

Gatien Casu

Le renvoi préalable. Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation

CASU Gatien. *Le renvoi préalable. Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation*, sous la direction de Frédéric Zenati-Castaing, Université Jean Moulin (Lyon 3) et de Pierre-Yves Gahdoun, Université Montpellier 1. Thèse soutenue le 09/12/2013.

Disponible sur : www.theses.fr/2013LYO30078



Document diffusé sous le contrat Creative Commons « Paternité – pas d'utilisation commerciale - pas de modification » : vous êtes libre de le reproduire, de le distribuer et de le communiquer au public à condition d'en mentionner le nom de l'auteur et de ne pas le modifier, le transformer, l'adapter ni l'utiliser à des fins commerciales.



THESE

Pour obtenir le grade de

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ LYON III – JEAN MOULIN

Discipline : DROIT PRIVE

Présentée et soutenue publiquement par

Gatien CASU

Le 9 décembre 2013

LE RENVOI PRÉALABLE
Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation

DIRECTEURS DE THESE :

Monsieur le professeur Frédéric ZENATI-CASTAING

Monsieur le professeur Pierre-Yves GAHDOUN

JURY :

Dominique ROUSSEAU

*Professeur de droit public à L'École de droit de la Sorbonne, Université Paris I
Rapporteur*

Rafael ENCINAS DE MUNAGORRI

*Professeur de droit privé à l'Université de Nantes
Rapporteur*

Guy CANIVET

Magistrat, Membre du Conseil constitutionnel

Frédérique FERRAND

Professeur de droit privé à l'Université Lyon III – Jean Moulin

Frédéric ZENATI-CASTAING

Professeur de droit privé à l'Université Lyon III – Jean Moulin

Pierre-Yves GAHDOUN

Professeur de droit public à l'Université Montpellier I

SOMMAIRE

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS	V
REMERCIEMENTS	VII
INTRODUCTION GENERALE	1

PARTIE I - LA NOTION DE RENVOI PRÉALABLE

TITRE I - FONDEMENTS EMPIRIQUES	21
Chapitre I - Les mécanismes préjudiciels d'interprétation de la loi	23
Chapitre II - Les mécanismes préjudiciels d'interprétation des textes supra-législatifs	71
TITRE II - EXPOSÉ DOGMATIQUE	119
Chapitre I - L'élément de renvoi	121
Chapitre II - L'élément d'interprétation	165

PARTIE II - LE RÉGIME DU RENVOI PRÉALABLE

TITRE I - LA PROCÉDURE DU RENVOI PRÉALABLE	253
Chapitre I - Le régime procédural commun	255
Chapitre II - L'articulation des renvois	299
TITRE II - LE RÉGIME DE L'INTERPRÉTATION SUR RENVOI	347
Chapitre I - La portée de l'interprétation	349
Chapitre II - L'autorité de l'interprétation	399
Chapitre III - L'efficacité de l'interprétation	423

CONCLUSION GENERALE	455
BIBLIOGRAPHIE	461
INDEX ALPHABÉTIQUE	507
TABLE DES MATIÈRES	513

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

Aff.	affaire
AIJC	<i>Annuaire international de justice constitutionnelle</i>
AJDA	<i>Actualité juridique – Droit administratif</i>
al.	alinéa
APD	<i>Archives de philosophie du droit</i>
Art.	article
BICC	<i>Bulletin d’information de la Cour de cassation</i>
Bull.	Bulletin
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. pén.	Code pénal
c/	contre
CASF	Code de l’action sociale et des familles
Cass. AP.	Cour de cassation – Assemblée plénière
Cass. ch. mixte	Cour de cassation – chambre mixte
Cass. ch. réunies	Cour de cassation – chambres réunies
Cass. civ.	Cour de cassation – chambre civile
Cass. com.	Cour de cassation – chambre commerciale
Cass. crim.	Cour de cassation – chambre criminelle
Cass. soc.	Cour de cassation – chambre sociale
CC	Conseil constitutionnel
CCC	<i>Les Cahiers du Conseil constitutionnel</i>
CDE	<i>Cahiers du droit européen</i>
CE	Conseil d’État
CEDH	Cour européenne des droits de l’homme.
cf.	confer
chron.	chronique
CJA	Code de justice administrative
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l’Union européenne.
concl.	conclusions
CPC	Code de procédure civile
CPP	Code de procédure pénale
D.	<i>Recueil Dalloz</i>
DDHC	Déclaration des droits de l’homme et du citoyen
dir.	Sous la direction de
DO	<i>Droit ouvrier</i>
Dr. et patr.	<i>Droit et patrimoine</i>
Dr. Famille	<i>Droit de la famille</i>
DS	<i>Droit social</i>
éd.	édition
fasc..	fascicule
GACE	Grands avis du Conseil d’État
GACEDH	Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme

GAJA	Grands arrêts de la jurisprudence administrative
GAJC	Grands arrêts de la jurisprudence civile
GDCC	Grandes décisions du Conseil constitutionnel
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
<i>Ibid</i>	<i>Au même endroit</i>
<i>infra</i>	<i>ci dessous</i>
<i>J. Cl. Civil</i>	<i>Jurisclasseur civil</i>
<i>JCP A</i>	<i>Semaine juridique – édition administration et collectivités territoriales</i>
<i>JCP G</i>	<i>Semaine juridique – édition générale</i>
<i>JCP N</i>	<i>Semaine juridique – édition notariale</i>
<i>JO</i>	<i>Journal officiel de la République française</i>
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les petites affiches
<i>loc. cit.</i>	A l'endroit cité
NCCC	<i>Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel</i>
obs.	Observations
<i>op. cit.</i>	<i>dans l'ouvrage cité</i>
Ord.	Ordonnance
p.	page ou pages
PFRLR	Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République
préc.	Précité
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
RA	<i>Revue administrative</i>
rapp.	Rapport
RDC	<i>Revue des contrats</i>
RDP	<i>Revue du droit public et de la science politique en France et à</i>
<i>l'étranger</i>	
RDUE	<i>Revue du droit de l'Union européenne</i>
Rec.	<i>Recueil des décisions du CC ; Recueil Lebon du CE ; Recueil</i>
<i>des décisions</i>	
	<i>du TC ; Recueil des arrêts de la CJUE</i>
Rééd.	Réédition
Réimp.	Réimpression
<i>Rép. civ.</i>	<i>Répertoire Dalloz de droit civil</i>
<i>Rep. cont. adm.</i>	<i>Répertoire du contentieux administratif</i>
RFDA	<i>Revue française de droit administratif</i>
RFDC	<i>Revue française de droit constitutionnel</i>
RGDIP	<i>Revue générale de droit international public</i>
RIDC	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
RRJ	<i>Revue de la recherche juridique. Droit prospectif</i>
RTD civ.	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
RTD com.	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
RTDE	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
RTDH	<i>Revue trimestrielle des droits de l'homme</i>
s.	suivant
<i>spéc.</i>	spécialement
<i>supra</i>	ci dessus

REMERCIEMENTS

Ma plus profonde considération revient aux professeurs Frédéric ZENATI-CASTAING et Pierre-Yves GAHDOUN.

Mes remerciements vont également à l'ensemble des membres de l'équipe de droit privé de l'Université Lyon III, ainsi qu'aux dévoués relecteurs du présent ouvrage.

« Hâtez-vous lentement ; et, sans perdre courage,
Vingt fois sur le métier remettez votre ouvrage ;
Polissez-le sans cesse et le repolissez ;
Ajoutez quelquefois, et souvent effacez.

C'est peu qu'en un ouvrage où les fautes fourmillent
Des traits d'esprit, semés de temps en temps, pétillent :
Il faut que chaque chose y soit mise en son lieu ;
Que le début, la fin, répondent au milieu ;
Que d'un art délicat les pièces assorties
N'y forment qu'un seul tout de diverses parties ;
Que jamais du sujet le discours s'écartant
N'aille chercher trop loin quelque mot éclatant. ».

Nicolas BOILEAU, *L'art poétique*, 1674, Chant 1, § 22.

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. En 1859, Darwin publiait la première édition d'une œuvre aujourd'hui passée à la postérité : *L'origine des espèces*¹. L'auteur démontrait, au moyen d'une argumentation puissamment détaillée, que, contrairement à l'idée jusqu'alors abondamment répandue², « les espèces n'ont pas été créées indépendamment les unes des autres »³ ; elles sont chacune liées à un ancêtre commun, duquel elles descendent et se sont distinguées par l'action du temps. Cette étude, fruit d'une vie d'observation, livrait au monde la clé nécessaire à la compréhension du vivant : l'évolution.

Depuis lors, l'idée est acquise que l'évolution gouverne les hommes comme elle gouverne le monde, et que dirigeant leurs actions elle régent également leur Droit⁴. Produit de la société, secrété par elle et pour elle, le droit porte les stigmates de ses mutations incessantes. Quel que soit son domaine, qu'il soit public ou privé, national ou international, il suit les pérégrinations de la communauté qui le féconde, déjouant quotidiennement l'idée soutenue de sa fixité naturelle⁵.

¹ C. DARWIN, *On the Origin of Species by Means of Natural Selection or the Preservation of Favoured Races in the Struggle for Life*, John Murray, 1859. Les trois premières traductions françaises, effectuées par Clémence Royer, s'émancipent souvent du texte originel. Darwin a donc personnellement demandé que la traduction de ses éditions ultérieures soit confiée à J.-J. Moulinié puis, après sa mort, à Edmond Barbier. Les multiples traductions, ajoutées aux digressions accumulées par Darwin au fil de ses éditions, rendent plus difficile la compréhension de sa thèse. Il est donc conseillé de prendre connaissance de la récente traduction de Daniel Becquemont, qui revient à la pureté de la première édition de *L'Origine des espèces* pour en livrer une traduction fidèle : C. DARWIN, *L'Origine des espèces*, Trad. E. BARBIER revue par D. BECQUEMONT, Flammarion, 2008.

² Si l'ouvrage de Darwin est à juste titre considéré comme la date de naissance de la théorie de l'évolution, d'autres auteurs étaient avant lui convaincus de la mutabilité des espèces, sans, pour autant, l'avoir explicitement démontrée. C. Lyell, J.-D. Hooker, R. Chambers ou J.-B. Lamarck, avaient remarqué, avec A.-R. Wallace, cette *tendance des variétés à s'écarter indéfiniment du type primitif* (nous soulignons). Toutefois, en dehors de ces précurseurs, l'idée de la fixité des espèces et de leur création parfaite et instantanée était encore largement partagée au milieu du XIX^{ème} siècle. En témoignent les controverses religieuses et scientifiques nées de la publication de *L'Origine des espèces* et les incessantes justifications que Darwin a dû présenter contre les arguments qui lui étaient opposés.

³ C. DARWIN, *L'Origine des espèces*, Trad. E. BARBIER revue par D. BECQUEMONT, Flammarion, 2008, p. 49.

⁴ R. Saleilles considère que « la première de toutes les lois sociales est la loi de l'évolution progressive, laquelle est d'essence de toute collectivité » (R. SALEILLES, « Le code civil et la Méthode historique », in *Le code civil, 1804-1904, Livre du centenaire*, Dalloz, 2004, p. 108) avant de remarquer que « le Code civil a évolué ; son texte est resté le même mais le contenu qu'il recouvre s'est modifié du tout au tout. Dans ces autres que l'on croyait vieilles a coulé le vin nouveau ; et sa vigueur généreuse a suffi pour rajeunir l'enveloppe qui le contenait » (*Ibid.*, p. 114).

⁵ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955.

Cette mobilité est vertueuse. Elle fonde l'existence d'une science juridique travaillant à la révélation des grands mouvements du droit, cette tectonique qui façonne inlassablement son objet, mais se dérobe pourtant au jugement quotidien. Dévoiler les éternelles transformations des systèmes juridiques, expliquer leurs causes, prédire leurs conséquences, telle est la mission du chercheur, tel est l'ultime dessein de la présente étude. L'évolution qu'il s'agit de découvrir est lente et profonde. Elle est celle d'un système juridique dans sa propension à unifier l'interprétation du droit. C'est alors dans l'observation de son objet qu'elle trouve l'esquisse de sa révélation.

2. *Le renouveau de l'unification préjudicielle de l'interprétation.* De l'observation du droit positif naît un constat qui suscite la perplexité, celui de la multiplication des mécanismes préjudiciels destinés à unifier l'interprétation des sources formelles du droit. Les hypothèses sont nombreuses aujourd'hui où, avant de statuer, un juge interroge une juridiction suprême sur un point de droit nécessaire à la solution du litige, lui fournissant ainsi l'occasion d'assurer l'unité d'interprétation des textes qu'elle protège. L'expansion de l'interprétation préjudicielle est telle qu'il est bien difficile d'en ignorer l'existence. En l'espace d'un demi-siècle seulement, le législateur a consacré cinq espèces de ce genre nouveau, démontrant une certaine ferveur, mais nourrissant corrélativement des interrogations légitimes quant aux raisons de cette dévotion.

3. L'unification préjudicielle de l'interprétation a trouvé le point de départ de cet élan dans la construction européenne initiée au milieu du siècle dernier. L'avènement des Communautés a rendu nécessaire la création d'une cour de justice chargée d'assurer l'unité d'interprétation des traités et de la législation produite par ces entités politiques nouvelles. Outre sa création qui constituait, en soi, une véritable révolution, la Cour de justice attirait les regards par son mode de saisine : le renvoi préjudiciel. Elle pouvait dorénavant être saisie par un juge national s'interrogeant sur l'interprétation ou la validité du droit communautaire⁶. L'interprétation préjudicielle, dont on va voir qu'elle n'était pas vraiment nouvelle, initiait de la sorte une dynamique qui se poursuit encore aujourd'hui.

⁶ La Cour de justice était compétente dans le cadre du traité CECA pour « statuer, à titre préjudiciel, sur la validité des délibérations de la Haute Autorité et du Conseil, dans le cas où un litige porté devant un tribunal national mettrait en cause cette validité » (art. 41), la compétence d'interprétation n'a été consacrée qu'à l'occasion des traités CEEA (art. 150) et du traité CEE (art. 177) du 25 mars 1957.

4. Depuis lors, les mécanismes d'interprétation érigés sur son modèle n'ont cessé de fleurir, unifiant l'interprétation de textes toujours plus nombreux, toujours plus variés. La loi est l'objet de trois de ces instruments, selon qu'il s'agit d'assurer son interprétation au sein des ordres juridictionnels administratif et judiciaire, ou d'unifier l'interprétation des textes gouvernant la répartition de leurs compétences. Moins de dix années après la consécration du renvoi préjudiciel à la Cour de justice, le législateur a octroyé aux juridictions suprêmes nationales la possibilité de saisir le Tribunal des conflits, par la voie préjudicielle, lorsqu'une affaire suscite un doute sur l'interprétation des règles de compétence. L'intervention préventive de cet organe régulateur lui permet de remplir parfaitement son office : livrer l'interprétation de règles dont le Conseil d'État et la Cour de cassation ne peuvent assurer l'unité.

5. Par effet de contagion, l'interprétation préjudicielle s'est étendue au-delà du cadre limité des règles de compétence. Elle s'est d'abord propagée aux juridictions administratives, la réforme de leur contentieux ayant fourni au législateur l'occasion de créer un renvoi pour avis devant le Conseil d'État. Depuis 1987, tout juge administratif peut surseoir à statuer et interroger la juridiction du Palais-Royal lorsqu'il est confronté à un problème de droit qu'il ne sait résoudre. Le mécanisme permet de centraliser les problèmes d'interprétation nés de l'application de la loi et de préserver l'unité de leur solution. Ces demandes d'avis ont manifestement séduit puisqu'elles se sont exportées vers l'ordre judiciaire quatre années plus tard seulement. Par un énoncé qui trahit sa paternité, une loi de 1991 a octroyé aux juridictions de l'ordre judiciaire la faculté de saisir pour avis la Cour de cassation, accentuant son rôle séculaire d'artisan de l'unité d'interprétation.

6. Initiée dans les années 1950, confirmée à la fin du XX^{ème} siècle, l'extension de l'interprétation préjudicielle semble aujourd'hui s'accélérer. Après des années de maturation, le législateur s'est décidé à offrir aux parties la possibilité de contester, à l'occasion d'un litige, la constitutionnalité de la loi qui lui est applicable. Si le juge considère le moyen comme sérieux, il doit surseoir à statuer et renvoyer, en dernier lieu, l'étude de la question au Conseil constitutionnel. Parmi l'ensemble des voies qui étaient ouvertes au constituant pour introduire, en droit français, un contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité de la loi, son choix s'est porté sur la technique préjudicielle. La question prioritaire de constitutionnalité est une illustration supplémentaire de l'attraction de cette technique qui permet au Conseil constitutionnel, non seulement de purger l'ordre juridique des dispositions

inconstitutionnelles, mais également d'assurer, avec douceur, la primauté de ses interprétations.

7. L'interprétation préjudicielle est l'objet d'un véritable engouement dont les effets ne sont d'ailleurs pas encore épuisés. La Cour européenne des droits de l'homme devrait bientôt bénéficier d'un mécanisme de demande d'avis sensiblement similaire à celui qui a lieu devant les juridictions suprêmes nationales⁷. Les juges nationaux pourront surseoir à statuer et la saisir lorsqu'un moyen tiré de la violation de la Convention sera soulevé devant eux et que l'interprétation de celle-ci ne sera pas suffisamment établie pour y répondre avec certitude. Cette nouvelle procédure viendra accentuer le rôle jurisprudentiel de la Cour, qu'elle n'exerce aujourd'hui de manière effective qu'à l'occasion des recours formés par les victimes des violations de la Convention.

8. Renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne, renvoi préventif au Tribunal des conflits, renvoi pour avis au Conseil d'État, saisine pour avis de la Cour de cassation, question prioritaire de constitutionnalité, demande d'avis à la Cour européenne des droits de l'homme, le législateur s'est littéralement entiché de l'unification préjudicielle de l'interprétation. Il reste à révéler le sens de cette spectaculaire conversion.

9. *Les obstacles à la reconnaissance de l'unification préjudicielle de l'interprétation.*
C'est en vain que l'on chercherait sa signification chez les auteurs, faute pour la doctrine de s'être encore attaquée à ce champ d'étude. Aussi étonnant qu'il puisse paraître, le sujet est à peu près inexploré. Si chacun des mécanismes de renvoi a fait l'objet d'une littérature foisonnante, les études sont souvent restées centrées sur leur objet, réticentes à l'idée d'en dépasser les frontières. Les publications se bornent généralement à présenter l'instrument préjudiciel et à rendre compte de sa pratique. Rares sont les auteurs qui s'émancipent du droit positif pour tenter de replacer l'objet de leur étude dans une perspective élargie ; rares sont ceux qui s'aventurent sur la voie de la comparaison autrement qu'au détour d'une simple incidente sans prétention scientifique.

⁷ Le mécanisme de demandes d'avis a été consacré par le Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Approuvé le 10 juillet 2013, le Protocole a été ouvert à la signature le 2 octobre 2013. Son article 8 prévoit qu'il entrera en vigueur lorsque dix Hautes Parties contractantes auront exprimé leur consentement à être liées par le Protocole. A consulter en ligne : <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=fra>

Cette réticence à une appréhension unitaire des mécanismes préjudiciels s'explique probablement par l'idée bien ancrée de leur hétérogénéité. Toute étude tendant à les rapprocher semble condamnée *ab initio* par l'opposition vivace entre les « renvois en interprétation » et les « renvois de conformité ». Alors que les premiers permettent à une juridiction de solliciter d'un juge suprême l'interprétation d'un texte, les seconds tendent à apprécier la conformité d'une norme à une autre qui lui est supérieure. Dans l'approche courante, l'objet de ces questions serait à ce point dissemblable qu'on aurait là deux genres irréductibles. Les rédacteurs du traité de Rome ont d'ailleurs été largement critiqués⁸ pour avoir réuni le renvoi en interprétation et le renvoi en appréciation de validité à la Cour de justice au sein d'un seul et même article. Les deux instruments répondant de démarches intellectuelles étrangères l'une de l'autre⁹, leur traitement aurait en effet dû être différencié. L'étude liminaire des mécanismes de renvoi invite donc à la reconnaissance de leur désunion. Elle réduit l'unité du contentieux préjudiciel à une communauté purement formelle, strictement limitée à de simples éléments procéduraux. L'évidence de la distinction des renvois vouerait ainsi à l'inanité toute tentative tendant à leur rapprochement.

10. Il faut toutefois se méfier des évidences, car elles aveuglent souvent plus qu'elles ne crèvent les yeux. L'ancrage dont bénéficie la distinction entre les renvois en interprétation et les renvois de conformité érige souvent leur opposition au rang d'obstacle épistémologique¹⁰. S'il n'est pas question d'en contester le bien fondé, il faut en revanche se libérer de son emprise et la dépasser. Les mécanismes préjudiciels sont à l'image de ces toiles impressionnistes dont on ne perçoit l'harmonie qu'en se libérant de leur attraction. Il faut s'émanciper de leur détail pour percevoir leur essence.

⁸ M. Couzinet considère que « leur finalité est en effet très différente : le recours en interprétation vise à connaître le sens exact d'une disposition obscure ou ambiguë, le recours en appréciation de validité a pour but la vérification de la conformité d'un acte au droit communautaire supérieur. Le premier appartient au contentieux de l'interprétation, le deuxième se rattache au contentieux de la légalité » (J.-F. COUZINET « Le renvoi en appréciation de validité devant la Cour de justice des communautés européennes, *RTDE* 1976. 648). V° égal : M. BEBR, « Examen en validité au titre de l'article 177 du traité CEE et cohésion juridique de la Communauté », *CDE* 1975. 379 ; J. PERTEK, « Renvoi préjudiciel », in Dictionnaire juridique des communautés européennes, PUF, 1993, en ligne : http://fdv.univ-lyon3.fr/mini_site/cee/Dico/RENVOI_PREJUDICIEL.pdf.

⁹ F.-C. JEANTET, « Originalité de la procédure d'interprétation du traité de Rome. A propos de l'application de l'article 177 C.E.E. », *JCP* 1966. I. 1987.

¹⁰ L'obstacle épistémologique est un concept inventé par le philosophe Gaston Bachelard et désignant la barrière qui s'érige entre le désir de connaître du scientifique, et l'objet qu'il étudie. Certaines distinctions et constructions doctrinales accèdent alors au rang de dogme ou de vérité générale, rendant délicate toute tentative de contestation (G. BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique*, Librairie J. Vin, 2000).

Imprégnés de la distinction du contentieux de l'interprétation et du contentieux de la légalité¹¹, les auteurs publicistes n'ont pas tardé à la transporter dans l'orbite préjudicielle. Ils ont focalisé toute leur attention sur un élément précis du renvoi : son objet, certains que sa dualité traduisait les natures distinctes des mécanismes. La conclusion était peut-être un peu hâtive, car la diversité des questions n'implique pas nécessairement celle des renvois. Le fait qu'ils aient un *objet* différent ne signifie pas nécessairement qu'ils aient une *nature* distincte. Pour révéler cette nature, il convient de s'émanciper des contingences et d'élargir le spectre de la réflexion. En *focalisant son attention sur l'objet des renvois, la doctrine ne pouvait percevoir l'identité de leurs effets*. C'est pourtant en eux que réside l'essence commune des mécanismes préjudiciels.

Tous les mécanismes consacrés ces cinquante dernières années participent d'une même finalité : l'unité de l'interprétation. Par delà les différences qui les caractérisent, cet objectif préside dans tous les cas à leur instauration. Le constat est patent s'agissant du renvoi au Tribunal des conflits, des mécanismes de demande d'avis aux juridictions suprêmes et du renvoi préjudiciel à la Cour de justice. La nature interprétative des questions posées trahit leur finalité. Au-delà des apparences, cette nature se retrouve tout autant quand le renvoi vise à l'examen de la conformité d'une norme¹². Lorsque le Conseil constitutionnel répond à une question prioritaire de constitutionnalité, il délivre une interprétation de la Constitution que les juridictions administratives et judiciaires doivent appliquer. L'interprétation est au cœur du mécanisme, les auteurs¹³ et certains membres du Conseil¹⁴ admettant d'ailleurs que la question prioritaire de constitutionnalité est un artisan majeur de l'unité d'interprétation de la Constitution.

La fonction d'unification est vainement déniée au renvoi en validité à la Cour de justice. Si l'existence d'un renvoi spécialement consacré à l'unification de l'interprétation peut suggérer

¹¹ Cette distinction, au sein des mécanismes préjudiciels, est une conséquence de la séparation récente du contentieux de l'interprétation et celui de la légalité. Laferrière présentait encore le contentieux de l'interprétation, à la fin du XIX^{ème}, comme un tout comprenant les demandes et contestations qui ont pour objet, soit l'interprétation des actes, soit l'appréciation de leur validité (E. LAFERRIERE, *Traité de la jurisprudence administrative et des recours contentieux*, 1887, réimp, LGDJ, 1989, t.2, p. 574).

¹² En effet, la démonstration sera faite des liens entre interprétation et conformité, le second reposant sur la confrontation de deux interprétations. Sur ce point : M. TROPER, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 133. René Chapus remarque d'ailleurs, à l'occasion de l'étude des recours en interprétation et en appréciation de validité, l'incertitude « qui tient aux difficultés fréquentes à distinguer ce qui est interprétation et ce qui est appréciation de validité » (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 2008, p. 753).

¹³ B. MATHIEU, « Les décisions du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme : coexistence, autorité, conflits, régulation », *NCCC*, 2011, n° 32, p. 54 ; O. DESAULNAY, « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel vue par la Cour de cassation », *NCCC* 2011, n° 30, p. 45.

¹⁴ J.-L. DEBRE, Intervention devant le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Vème République, 19 septembre 2007 ; M. GUILLAUME, « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel : vers de nouveaux équilibres ? », *NCCC* 2011, n° 30, p. 71.

que le renvoi en validité lui est étranger, il reste que la Cour de justice interprète bel et bien le droit de l'Union lorsqu'elle vérifie qu'un acte de ses institutions ne lui est pas contraire. Elle agit à l'instar du Conseil constitutionnel, qui interprète la Constitution lorsqu'il vérifie qu'une loi lui est conforme. Son office interprétatif est d'ailleurs renforcé dans la mesure où, à la différence du juge de la rue de Montpensier qui reçoit la loi telle qu'elle a été interprétée par la Cour de cassation¹⁵ et le Conseil d'État¹⁶, la Cour de justice doit également fixer l'interprétation de l'acte soumis à son contrôle. L'ensemble de ces interprétations est ensuite reçu par les juridictions nationales chargées de les appliquer.

Dès lors, s'il ne saurait être question de nier les spécificités des deux variétés de renvoi, il ne faut pas, non plus, conclure trop rapidement à leur différence de nature. Par delà leurs dissemblances, ils sont tous deux des mécanismes préjudiciels d'unification de l'interprétation.

11. *Le sens de la dévotion pour l'interprétation préjudicielle.* Comprendre ces mécanismes et dénouer le mystère de leur prolifération contemporaine impliquent de revenir aux origines de leur consécration. La question est existentielle des raisons de leur institution. La première d'entre toutes est que ces instruments répondent à un besoin, celui d'unifier l'interprétation des textes juridiques ; une nécessité inhérente au système juridique français qui, à l'instar des autres droits de tradition romano-germanique, repose sur une logique herméneutique.

12. *La logique herméneutique du système juridique français.* On sait, depuis le développement du droit comparé à la fin du XIX^{ème} siècle, que les systèmes juridiques sont le produit d'une histoire propre à chacun d'eux. Ce lien d'intime dépendance a favorisé l'éclosion de multiples conceptions du droit, parfois antagonistes. Le système français se caractérise, en ce qui le concerne, par sa systématisme. Il est un droit de juriste, de professeurs, un « savoir académique enseigné par les docteurs »¹⁷. Il se présente comme un tout cohérent, fait d'un ensemble architecturé de règles générales et abstraites¹⁸. Le droit y est

¹⁵ D. ROUSSEAU, « L'art italien au Conseil constitutionnel : les décisions des 6 et 14 octobre 2010 », *Gaz. Pal.*, 21 octobre 2010, n° 294, p. 12.

¹⁶ Sur la théorie du droit vivant : C. SEVERINO, *La doctrine du droit vivant*, PUAM, 2003 ; J.-J. PARDINI, *Le juge constitutionnel et le "fait" en France et en Italie*, LGDJ, PUAM, 2001 ; T. DI MANNO, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions "interprétatives" en France et en Italie*, *Economica*, 1999. V. *infra*, n° 668.

¹⁷ F. ZENATI-CASTAING, « L'évolution des sources dans les pays de droit civil », *D.* 2002. 18.

¹⁸ R. DAVID, « La jurisprudence », *RRJ* 1985. 777.

un savoir avant d'être un savoir faire, il est une science qui repose sur l'interprétation des textes.

Cette conception particulière d'un droit abstrait trouve ses origines au début du Moyen Âge lorsque les savants médiévaux ont redécouvert les compilations justiniennes élaborées cinq siècles plus tôt. Le *Corpus juris civilis*, reconstitué comme un ensemble achevé de règles et de principes, s'est alors imposé à leur esprit comme une source parfaite, manifestation d'une vérité incontestable. Cette redécouverte a incité les juristes à délaisser la pratique judiciaire pour se concentrer sur l'interprétation exégétique des textes romains. Le droit a cessé d'être la quête d'un idéal de justice, fruit de la confrontation d'intérêts antagonistes, pour la quête effrénée de l'interprétation de textes issus de la tradition. « Tels des docteurs de la loi religieuse, les romanistes médiévaux ont construit, à partir d'une approche herméneutique et au moyen d'une méthode philosophico-théologique, un droit essentiellement savant »¹⁹.

Cette logique herméneutique, initiée à l'occasion de la redécouverte du droit romain, s'est ensuite étendue au droit national coutumier alors en formation. La codification des coutumes entre les XV^{ème} et XVI^{ème} siècles a livré aux juristes un texte qu'ils pouvaient soumettre à leur glose. À l'interprétation des textes romains succédait l'interprétation systématisante des coutumes codifiées. « De Dumoulin à Pothier, en passant par Loysel, Domat et Bourjon, la doctrine a de nouveau élaboré un savoir normatif, théorique et abstrait à partir de la loi, comme l'avaient fait avant eux les romanistes du Moyen Âge »²⁰. L'idée un temps restaurée par les postglossateurs que le droit pouvait émerger du fait et de la *disputatio* a été battue en brèche par l'école humaniste. Le droit est devenu plus que jamais un savoir organisé, retranscrit dans des traités qui serviront de base à la codification du XVIII^{ème} siècle. Les codes ont reproduit sous la forme législative une rationalité qui a fait d'eux la marque des systèmes de droit romano-germanique. Ils mettent en œuvre, ou plutôt perpétuent, une conception savante du droit, vue comme un ensemble cohérent de textes qui sont adaptés à la réalité du quotidien par la voie de l'interprétation.

13. Le rôle de l'interprétation. L'interprétation est donc consubstantielle à tout système juridique qui prétend fonder son droit sur la loi. En effet, si le droit est conçu comme un ensemble organisé et structuré de règles juridiques préétablies, il a toutefois vocation à s'appliquer à des faits par nature variés et contingents. Entre la formule générale et abstraite

¹⁹ F. ZENATI-CASTAING, « L'évolution des sources dans les pays de droit civil », *D.* 2002. 18.

²⁰ F. ZENATI-CASTAING, « Un siècle de revue trimestrielle de droit civil. L'avenir des revues juridiques et la séparation de la théorie et de la pratique », *RTD civ.* 2002 .693.

de la loi et le détail de la réalité des faits, il est toujours nécessaire de dresser un pont, de tisser un lien. Ce trait d'union prend la forme de l'interprétation.

Le légicentrisme enfanté par la Révolution a tenté sans succès de la proscrire. Dans cette idéologie, la loi devait tout prévoir et reléguer le juge dans le rôle subalterne de son application. Pour trancher le litige qui lui était soumis, celui-ci ne devait qu'appliquer, aux faits rapportés devant lui, une règle de droit au respect de laquelle il était subordonné²¹. La loi devait se suffire à elle-même, elle était l'outil de l'asservissement du juge à la volonté de la Nation et devait, à terme, condamner l'existence d'une jurisprudence par nature détestable et corruptrice.

La réalité de la vie juridique n'a toutefois pas tardé à condamner cette utopie. Elle a ramené ses plus farouches opposants à la nécessité de l'interprétation. Le doux rêve d'une législation omnisciente a fait long feu. La loi ne peut prétendre régir seule l'infinie diversité des situations juridiques²², pas plus que son sens ne se livre toujours d'une limpide évidence. Son application oblige « à faire sortir les précisions scientifiques des formules empruntées à la langue courante »²³. Tout système fondé sur elle oblige donc inexorablement à l'institution d'un organe chargé d'en délivrer l'interprétation. Dans la mesure où elle s'inscrit dans un ordre juridique qui se veut exclusivement étatique, cette interprétation ne peut plus être assurée par les savants. Elle doit échoir à une autorité, et prendre une forme authentique.

²¹ S'il trouve ses origines lointaines « dans la voie tracée par les juristes de l'Antiquité et du Moyen-Age » (J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 3^{ème} éd., 1999, p. 291), ce raisonnement syllogistique a pris une dimension particulière sous l'Ancien Régime (Y.-L. HUFTEAU, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, PUF, 1965, p. 39) et plus particulièrement durant la période révolutionnaire. Profondément marqués par la pratique des parlements de l'Ancien Régime, ces derniers ont tenté d'asservir le juge à la loi, de réduire son rôle à celui d'un organe seulement chargé de l'application de sa lettre. Le raisonnement syllogistique constituait l'instrument de cet asservissement. Le juge constate, applique et conclut par une solution que la logique impose (F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1919, p. 72).

²² « Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés, et leurs rapports si étendus, qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout. Dans les matières mêmes qui fixent particulièrement son attention, il est une foule de détails qui lui échappent, ou qui sont trop contentieux et trop mobiles pour pouvoir devenir l'objet d'un texte de loi. D'ailleurs, comment enchaîner l'action du temps ? Comment s'opposer au cours des événements, ou à la pente insensible des cœurs ? Comment connaître et calculer d'avance ce que l'expérience seule peut nous révéler ? La prévoyance peut-elle jamais s'étendre à des objets que la pensée ne peut atteindre ? Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir aux magistrats. Car les lois une fois rédigées demeurent telles qu'elles ont été écrites. Les hommes, au contraire, ne se reposent jamais ; ils agissent toujours : et ce mouvement, qui ne s'arrête pas, et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit, à chaque instant, quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau », (J.-E.-M. PORTALIS, « Discours préliminaire sur le projet de code civil », in *Discours et rapports sur le code civil*, Presses Universitaires de Caen, 2010, p. 66).

²³ R. SALEILLES, « Le code civil et la Méthode historique », in *Le code civil, 1804-1904, Livre du centenaire*, Dalloz, 2004, p. 103.

14. La figure de l'interprète a changé depuis la naissance du légalisme. Réservée un temps à l'auteur même du texte, l'interprétation officielle de la loi a rapidement été dévolue à l'organe originellement chargé de la réprimer, le Tribunal de cassation. La transformation de cette institution en cour souveraine surplombant l'ordre judiciaire, associée au glissement du contrôle de la seule violation de la loi vers celui de sa bonne interprétation, lui ont permis de s'imposer comme le grand architecte de l'interprétation du droit. La technique de la cassation est apparue, dès le début du XVIII^{ème} siècle, comme le meilleur moyen de supplanter le Corps législatif dans une tâche qu'il n'a jamais véritablement tenu à exercer. Elle a surtout permis d'accomplir la logique romano-germanique par la délivrance d'une interprétation authentique, unitaire, détachée de la contingence des faits, et complètement modelée à l'image du texte qui la fonde.

15. *Le besoin d'une évolution dans l'unification de l'interprétation.* L'unification hiérarchique de l'interprétation²⁴ livre un bilan qui est loin d'être aussi vertueux que son exposé théorique pouvait laisser présumer. Après deux siècles d'existence, elle semble frappée de plein fouet par les mutations qui touchent les sources du droit depuis le milieu du XX^{ème} siècle. Celles-ci tiennent essentiellement à l'accélération du temps du droit, au développement de la supra-légalité²⁵, et à la reconnaissance des vertus de la négociation face à un droit trop souvent considéré comme l'application autoritaire d'une volonté étatique.

L'unification hiérarchique de l'interprétation nécessite un temps que la règle de droit, aujourd'hui éphémère, ne peut plus lui accorder. Les textes n'ont plus cette stabilité qui faisait naguère leur force. Leur précarisation oblige à une accélération de leur interprétation, sous peine de créer un état d'insécurité juridique permanent. L'unification hiérarchique en est incapable, reposant sur l'exercice des voies de recours par les parties et faisant de la jurisprudence le produit d'une œuvre sédimentaire.

Marquées désormais du sceau de la précarité, les lois ont également dû compter avec la consécration de sources qui leur sont hiérarchiquement supérieures. Elles ne sont plus la seule règle de droit invocable devant les juridictions. La Constitution, les traités et le droit dérivé de l'Union européenne sont autant de textes dont l'application féconde une interprétation qui ne peut être livrée à l'anarchie. Leur spécificité fait obstacle à ce que l'unification de leur

²⁴ La cassation sera considérée dans la présente étude comme une espèce d'un genre plus général nommé : « unification hiérarchique de l'interprétation ». L'unité recherchée est alors le produit d'une stratification juridictionnelle.

²⁵ C. THIBIERGE, « Sources du droit, source de droit : une cartographie », in *Libres propos sur les sources du droit, mélanges en l'honneur de P. Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 519.

interprétation procède selon les mêmes formes que celles mises au point pour les textes législatifs. L'unification hiérarchique présente en effet un caractère répressif inapproprié lorsqu'il s'agit, pour une cour suprême extérieure aux ordres juridictionnels administratif et judiciaire, d'assurer, en leur sein, le respect de ses interprétations. L'unification de l'interprétation ne peut plus emprunter la voie de la contrainte, elle implique un retour à l'argument d'autorité. L'interprétation ne peut plus s'imposer en raison de la puissance, mais doit au contraire s'imposer par la puissance de la raison.

16. Placée à l'index, incapable de remplir son rôle dans l'ordre des sources hérité du XX^{ème} siècle, l'unification hiérarchique était condamnée et risquait d'entraîner dans sa chute la conception romano-germaniste du droit. En effet, si l'unification de l'interprétation est consubstantielle à un droit fondé sur la loi, l'incapacité d'y procéder met bien en péril le système dans son ensemble. La cassation avait permis, en son temps, de sauvegarder l'héritage scientifique né de la Révolution. Elle était venue au secours d'un référé législatif incapable de remplir son office. L'unification préjudicielle vient aujourd'hui remédier à son impuissance devant les exigences nées des évolutions sociales du XX^{ème} siècle et les mutations corrélatives du droit.

17. La réponse par l'unification préjudicielle. L'unification préjudicielle de l'interprétation semble armée pour affronter ces nouveaux défis. Les techniques du sursis à statuer et du renvoi permettent d'économiser un temps précieux. Elles réduisent à son maximum le délai qui sépare l'identification du problème d'interprétation de sa solution. Elles permettent de satisfaire le besoin de célérité, hypertrophié depuis le milieu du XX^{ème} siècle. Le caractère avant dire droit du mécanisme purge l'unification de toute dimension répressive. Il fait d'elle le produit d'une collaboration des juridictions inférieures avec les cours suprêmes. Il ne s'agit plus de censurer l'interprétation retenue par un juge inférieur, mais au contraire de le guider dans son choix. Cette évolution vers un rapport dialogique est seule capable d'assurer l'unité de l'interprétation d'un droit dont les frontières dépassent celle de l'État législateur. L'unification de l'interprétation des textes supra-législatifs ne peut se faire à l'encontre du Conseil d'État et de la Cour de cassation, juridictions qui ont conquis de haute lutte une souveraineté à laquelle ils sont attachés. Le recours à la contrainte est voué à l'échec pour quiconque voudrait imposer l'interprétation de ces textes nouveaux dans le tréfonds de leurs jurisprudences. Le seul moyen de contourner les résistances consiste à les associer à son élaboration, pour mieux les persuader de sa légitimité et de son exactitude.

Telle est la vertu de l'interprétation préjudicielle, de délaissier la contrainte au profit de la persuasion, de convaincre plutôt que d'imposer. L'interprétation préjudicielle s'inscrit dans le prolongement d'un mouvement plus global, initié au milieu du XX^{ème} siècle sous l'effet de la mondialisation du droit et qui, afin de dépasser les résistances étatiques, prétend révéler un droit commun livré à la libre adhésion de ses destinataires. Les principes UNIDROIT²⁶ relatifs au droit du commerce international²⁷ illustrent bien ce mouvement qui voit la promotion d'un droit convaincu de pouvoir s'imposer par la seule preuve de son efficacité. L'interprétation préjudicielle s'inscrit dans un mouvement global de relâchement de la contrainte étatique et favorable à un droit souple, à une *soft law*. L'une et l'autre se sont d'abord développées dans l'ordre international avant de s'inviter au cœur du droit national. L'une et l'autre entendent pénétrer le bouclier protecteur de la souveraineté, à cette différence près qu'il ne s'agit plus d'élaborer une législation, mais de procéder à l'unification de son interprétation ; qu'il ne s'agit plus de défier la souveraineté des États, mais celle de ses juridictions suprêmes.

Apparentées, les deux logiques peuvent même s'avérer complémentaires. Tel est le cas lorsqu'un instrument de *soft law* est consacré par une législation, laquelle est ensuite livrée à l'interprétation préjudicielle. On songe au projet de règlement européen sur le droit de la vente²⁸, issu d'une reprise des principes européen du droit des contrats²⁹ et destiné, s'il est adopté, à être interprété par la voie du renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne. L'application définitive de ces règles constituerait l'aboutissement d'une

²⁶ « L'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) est une organisation intergouvernementale indépendante. Son objet est d'étudier des moyens et méthodes en vue de moderniser, harmoniser et coordonner le droit privé - en particulier le droit commercial - entre des États ou des groupes d'États et, à cette fin, d'élaborer des instruments de droit uniforme, des principes et des règles (...) De par la nature intergouvernementale de l'organisation, les règles élaborées par UNIDROIT prennent traditionnellement la forme de conventions internationales dont l'application prévaut sur celle du droit interne dès que leurs conditions d'application sont réunies en vertu du droit de l'État concerné. Toutefois, on a de plus en plus recours à d'autres formes d'unification dans des domaines où un instrument à caractère contraignant n'est pas considéré comme essentiel. Il s'agit notamment des lois modèles que les États peuvent prendre en considération lors de la préparation d'une réglementation nationale dans la matière traitée, ou encore des principes généraux destinés directement aux magistrats, arbitres et parties contractantes qui restent en tout état de cause libres de leur utilisation » (<http://www.unidroit.org/dynasite.cfm?dsmid=103293>).

²⁷ En ligne à l'adresse suivante : <http://www.unidroit.org/french/principles/contracts/main.htm>.

²⁸ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente du 11 octobre 2011, SEC (2011) 1165 final ; v. O. DESHAYES (dir.), *Le droit commun européen de la vente. Examen de la proposition de règlement du 11 octobre 2011*, Société de législation comparée, coll. Trans Europe experts, vol. 6, Paris, 2012, en ligne : http://www.legiscompare.fr/site-web/IMG/pdf/TEE_vol_6_sommaire_et_preface.pdf?PHPSESSID=fe16aef2ca652ebb48361ef0165bf079.

²⁹ *Principes européens du droit des contrats*, Version française préparée par G. ROUHETTE, I. DE LAMBERTERIE, D. TALLON, C. WITZ, Société de législation comparée, 2003. La proposition de règlement prévoit un régime facultatif de droit contractuel uniforme et marque implicitement sa filiation avec les principes européens du droit des contrats, notamment p. 5.

démarche doublement volontaire, dans l'adoption de son texte d'abord, dans le respect de son interprétation ensuite.

18. Tel semble bien être la signification de la dévotion préjudicielle qui est à l'œuvre depuis un demi-siècle. Elle est la marque d'une réaction du système français face aux mutations de sa société et de son droit. Remise dans une perspective comparatiste, cette évolution est riche d'enseignements. Elle démontre notamment la vitalité des systèmes romano-germaniques, qui consacrent l'innovation préjudicielle au moment même où l'influence grandissante de la logique des systèmes de *common law* pouvait faire douter de leur pérennité.

19. La pérennité du modèle romano-germanique. L'opposition du droit continental et de la *common law* s'explique par l'histoire. Les pays de *common law* n'ont pas connu, au début du Moyen Âge, la naissance d'une doctrine coupée de la pratique contentieuse. Ils n'ont donc pas développé cette vision systémique du droit, conçu comme un ensemble de règles générales et abstraites que le juge applique par subsomption aux situations qui lui sont présentées. Le droit est au contraire, chez eux, attaché au procès³⁰. Il ne s'applique pas aux faits, il en jaillit³¹. Le juge est le révélateur d'une règle qui, née du cas, n'a d'autre ambition que de prétendre s'appliquer aux situations futures qui lui seront strictement identiques. Le droit romano-germanique est systémique, le droit de *common law* est casuistique, conflit de logiques qui paraît d'abord irréductible.

Il s'agit pourtant d'un lieu commun³² du droit comparé et de la théorie des sources du droit d'observer que ce schisme tend aujourd'hui à se dissiper. Alors qu'en *common law* le législateur est traditionnellement considéré comme incapable de révéler un droit dont seul le juge peut percevoir l'essence, les pays de cette famille ont fini par succomber à l'attraction « irrésistible »³³ du droit légiféré. Les *statute law* s'y sont multipliés avec vigueur peu après la révolution industrielle, signe que le droit légiféré a une tendance à l'envahissement et à l'étouffement des autres sources³⁴. Inversement, les systèmes romano-germaniques ont

³⁰ R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporain*, Dalloz, 11^{ème} éd., 2002, p. 18.

³¹ F. ZENATI-CASTAING, « L'évolution des sources dans les pays de droit civil », *D.* 2002. 15

³² René David démontrait déjà ce rapprochement en 1985, au moyen d'une argumentation puissamment illustrée (R. DAVID, « La jurisprudence », *RRJ* 1985. 777 ; v. égal : P. JESTAZ, « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à l'autre », *RTD civ.* 1996. 299 ; R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, p. 18 ; F. ZENATI-CASTAING, *art. cit.*, p. 15).

³³ P. JESTAZ, « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à l'autre », *RTD civ.* 1996. 308.

³⁴ *Ibid.*

reconnu la nécessité d'une jurisprudence qui, originellement hermétique aux faits, a de plus en plus tendance à subir leur attraction. La distinction du fait et du droit et le raisonnement logico-déductif sont mis à mal, alors pourtant qu'ils sont au fondement de leur logique. Le syllogisme juridique apparaît plus comme l'habillage commode d'une démarche inductive que comme la transcription fidèle du raisonnement judiciaire. La norme abstraite semble perdre le crédit de son passé prestigieux, laissant une place croissante à l'empire du fait et sonnante corrélativement le glas du paradigme herméneutique. C'est en eux, et non plus dans la loi, que le juge puise les fondements de la normativité. L'hypothèse est proche que les assauts répétés de la mondialisation du droit aboutiront à un nivellement des spécificités inhérentes à chaque système juridique et qu'ils enfanteront à leur place un modèle universel. Dans ce mouvement d'indifférenciation croissante, les mécanismes préjudiciels d'interprétation traduisent sans équivoque la pérennité et la spécificité de la tradition romano-germanique. L'interprétation préjudicielle repose sur une dissection formelle du raisonnement syllogistique. La quête du droit et son application à l'espèce sont dissociés entre deux juges organiquement distincts. Plus que n'importe quel autre mécanisme, l'interprétation préjudicielle opère une distinction radicale du fait et du droit. Elle accomplit la logique déductive d'un droit savant à la rationalité propre, détaché des contingences des faits et de la réalité des espèces. Elle prouve que l'empire du fait n'a pas encore eu raison de la logique abstraite. Toutefois, pérennité ne veut pas dire immutabilité. L'unification préjudicielle témoigne d'une évolution. Elle est peut-être la réponse des droits continentaux à l'enjeu de leur perpétuation.

20. Hypothèse finale. L'uniformisation de l'interprétation des textes apparaît donc comme un besoin inhérent aux systèmes qui, tel le système français, reposent de manière prépondérante sur la loi. Malheureusement, les mécanismes historiques chargés de cet office sont incapables de répondre aux exigences nées le siècle dernier. Ils ont été lentement frappés de péremption, laissant insatisfait le besoin vital d'une jurisprudence unifiée. Le développement de l'interprétation préjudicielle est une réponse à cette carence. Elle apparaît comme une évolution dans la manière d'uniformiser l'interprétation, une évolution nécessaire à la survie de la conception romano-germaniste du droit. *Le développement de l'interprétation préjudicielle n'est donc qu'une réaction des systèmes de droit romano-germanique aux mutations qui touchent les sources du droit depuis le milieu du XX^{ème} siècle.*

21. Cette prolifération préjudicielle est en phase avec l'évolution contemporaine de la science juridique et le changement de paradigme qui semble traverser l'ensemble du droit. Le modèle traditionnel d'unification de l'interprétation s'inscrit pleinement dans le paradigme juridique prédominant au XIX^{ème} et XX^{ème} siècles d'un droit essentiellement répressif. L'unification de l'interprétation y est à l'image de son objet, hiérarchique et autoritaire. Toutefois, comme l'a démontré Thomas Samuel Kuhn, tout modèle de pensée qui, à la manière d'une carte ou d'une boussole, oriente pendant un temps les recherches, se trouve un jour contredit par des anomalies dont la multiplication entraîne alors la remise en cause pure et simple du paradigme dominant³⁵. Dans le domaine des sources du droit, la fin du XX^{ème} siècle se caractérise justement par la péremption du modèle hiérarchique, par l'idée que le droit n'est plus seulement une règle contraignante qui s'impose à son destinataire, mais qu'il peut aussi provenir de l'application volontaire d'une règle préalablement négociée. « L'État cesse d'être le foyer unique de la souveraineté, la volonté du législateur cesse d'être reçue comme un dogme (...) les pouvoirs interagissent, les systèmes juridiques s'enchevêtrent »³⁶. La prolifération des mécanismes préjudiciels d'interprétation pourrait bien être le signe de ce tournant. La recherche d'une unité fait sens en la matière. Les hypothèses convergent et livrent un ordre cohérent. Tous ces mécanismes produisent un même effet : l'unification de l'interprétation ; tous mobilisent une même méthode : la méthode préjudicielle. L'intuition grandit que, loin d'être étrangers les uns aux autres, ils jouissent d'une identité qui leur est commune. L'idée mûrit qu'ils ne sont en fait que les espèces d'un genre qui les dépasse, qu'ils dépendent d'une notion³⁷ nouvelle restant à révéler.

³⁵ T.-S. KHUN, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1972.

³⁶ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une dialectique du droit*, Publication des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, p. 14.

³⁷ La question peut se poser de l'alternative qui existe entre notion et concept. La majorité des auteurs distingue l'un et l'autre, mais le critère de la distinction diffère souvent, quand il est encore possible de percevoir l'intérêt de la distinction. Pour certains le concept serait « la représentation intellectuelle des lignes essentielles, des contours typiques qui forment la constitution fondamentale d'une chose » (P. AMSELEK, « Norme et loi », *APD*, tome 25, 1980, p. 95) alors que la notion serait « la représentation du concept, sa transcription effective dans un domaine précis » (J.-P. DEROSIER, « Enquête sur la limite constitutionnelle : du concept à la notion », *RFDC* 2008. 788). Pris en ce sens, les mécanismes préjudiciels étudiés seraient des notions, alors que le genre dont elles découlent et qu'il s'agit de créer serait un concept. Pour d'autres la notion « serait le résultat, le fruit d'un processus d'induction, de décantation, de rationalisation du réel alors que le concept serait quelque chose de "tout fait", de déjà là, un objet *a priori* de la pensée, ayant sa cohérence hors du réel » (X. BIOY, « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction... », *in Les notions juridiques*, Economica, 2009, p. 23). Pris en ce sens, le genre qui transcende les mécanismes d'interprétation préjudicielle serait assurément une notion, puisque c'est de leur étude qu'elle émerge. Ces exemples, qui pourraient être multipliés à l'excès, démontrent la nébuleuse que prétend dissiper la distinction du concept et de la notion. Les deux termes seront donc considérés comme synonymes dans l'ensemble de l'étude, faute de trouver un intérêt à la distinction. Sur ces questions v. J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, p. 209 et s.

22. Plan. La création de cette notion nouvelle relève de l'impérieuse nécessité. Son aboutissement permettrait de traduire l'engouement contemporain pour l'unification préjudicielle de l'interprétation, alors qu'enfouie dans les limbes d'un droit dispersé, cette mutation lente et incoercible se dérobe aujourd'hui à l'entendement. L'absence d'une notion commune livre les mécanismes d'unification préjudicielle à eux-mêmes, ils sont condamnés à errer seuls dans les interstices des classifications doctrinales, abandonnés à la méconnaissance de leur identité.

Le lecteur opposera peut être que certains mécanismes d'unification préjudicielle de l'interprétation bénéficient déjà d'une catégorie de rattachement : les questions préjudicielles. La remarque est exacte, mais la catégorie des questions préjudicielles est incapable de traduire l'engouement contemporain pour l'unification préjudicielle de l'interprétation. Elle n'est en effet qu'une simple technique procédurale permettant d'assurer, par la voie préjudicielle, le respect des règles de compétence exclusive. Sa finalité est étrangère à l'unification de l'interprétation, or lui étant étrangère, elle est incapable de traduire la synergie des instruments préjudiciels chargés de la préserver. Il est nécessaire de créer une notion regroupant les mécanismes préjudiciels d'unification de l'interprétation, faute pour elle d'exister aujourd'hui. Cette notion partage son caractère préjudiciel avec la question éponyme, mais l'une et l'autre mobiliseraient cette technique dans des finalités différentes : l'unité d'interprétation du droit pour l'une, le simple respect des règles de compétence exclusive pour l'autre. La notion construite doit rendre compte du genre dont chacun des mécanismes préjudiciels d'interprétation constitue une espèce. Sa reconnaissance est de nature à mettre au jour la synergie des mécanismes préjudiciels d'interprétation accumulés au cours des cinquante dernières années et d'expliquer leur rôle dans l'évolution des méthodes d'unification de l'interprétation.

23. L'édification d'une notion nouvelle peut toutefois se prévaloir d'un intérêt qui dépasse ses vertus explicatives. Ses incidences débordent le monde des idées pour se propager dans la réalité concrète. Toute création d'une notion s'accompagne de celle d'un ensemble cohérent de règles gouvernant sa mise en œuvre. Dans quelles formes la demande de renvoi doit-elle être présentée ? Dans quels délais l'action des juridictions est-elle enfermée ? Quelle est l'autorité des interprétations délivrées sur renvoi ? Les réponses à ces questions sont

intimement dépendantes de la notion dont elles découlent. Elles constituent un bloc homogène, corollaire de la notion construite : son régime juridique³⁸.

La construction de la notion n'est donc pas une fin en soi. Outre ses vertus explicatives, elle permet l'élaboration d'un régime juridique propre et cohérent. Ce modèle « prêt à l'emploi » apparaît d'autant plus nécessaire que le mouvement en faveur des mécanismes préjudiciels est loin d'avoir épuisé ses effets. Si la Cour européenne des droits de l'homme devrait rapidement bénéficier d'un renvoi préalable, d'autres institutions chargées de l'unification de l'interprétation pourraient être tentées par le modèle préjudiciel. Plutôt que de rechercher ce modèle dans une myriade de règles déstructurées, fruits de compromis internes et d'innovations irréfléchies, il serait expédient de recueillir la quintessence des mécanismes actuellement à l'œuvre et d'en proposer une théorie générale.

24. Terminologie. Le choix de la dénomination de ce genre nouveau est un exercice délicat. Il doit traduire l'essence préjudicielle du mécanisme et la finalité spécifique de sa mobilisation, mais il doit également composer avec des notions établies de longue date et dont il n'est pas loisible d'emprunter la dénomination. La terminologie de « question préjudicielle », qui renvoie à une notion séculaire et techniquement éprouvée, peut être rapidement évincée. L'expression « renvoi préjudiciel » peut sembler parfaite, mais elle risque d'entraîner la confusion dans l'esprit du lecteur entre la notion construite et l'une de ses espèces : le renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne.

Au regard des contraintes endogènes et exogènes qui enserrant la recherche d'une dénomination nouvelle, le substantif le plus adéquat semble être celui de « renvoi préalable ». Il rend compte de la mobilisation d'une technique particulière : le renvoi. Il témoigne également de l'un des marqueurs de son identité : son caractère avant dire droit. Il se distingue enfin nettement des notions voisines de « question préjudicielle » et de « question préalable »³⁹. Lorsque le maintien de l'unité du droit est le produit d'un renvoi, par un juge, d'une question de droit, le mécanisme peut donc être qualifié de « renvoi préalable ».

³⁸ J.-L. BERGEL, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.* 1984. 255 ; F. ROUVIERE, « Le revers du principe. "Différence de nature (égale) différence de régime" », in *Le droit entre autonomie et ouverture, Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruylant, 2013, p. 415.

³⁹ La question préalable est un problème à la solution duquel est nécessairement subordonné l'examen d'une question suivante mais qui, à la différence de la question préjudicielle, peut être résolue par la juridiction saisie du litige au principal. G. CORNU (Dir.), *Vocabulaire juridique*, v° Question préalable, PUF, 9^{ème} éd., 2011, p. 831.

25. L'édification de cette notion nouvelle ne peut donc résister aux appels de la nécessité. Le renvoi préalable n'est encore qu'une idée, il doit devenir une réalité (Partie 1), lui, et le régime juridique qui en constitue le corollaire indispensable (Partie 2).

Première partie - **La notion de renvoi préalable.**

Seconde partie - **Le régime du renvoi préalable.**

PARTIE I

LA NOTION DE RENVOI PRÉALABLE

26. Quiconque prétend révéler l'existence d'une notion juridique nouvelle doit résoudre une interrogation liminaire : celle de la méthode de sa démonstration.

27. Une première possibilité serait d'employer une approche bien connue des sciences du vivant : l'empirisme⁴⁰. Inductive, mariage de l'observation et de l'expérience, la méthode consisterait à fonder l'existence de la notion sur l'étude objective du droit positif, et sur lui seulement. Le renvoi préalable serait là, à attendre sa découverte, produit d'une comparaison objective de ses espèces.

Cette première solution séduit par sa légitimité. Si la construction se fonde exclusivement sur l'observation du droit positif, si son existence est objectivement démontrée, la contestation de sa reconnaissance apparaît d'autant plus difficile. Séduisante, la méthode empirique n'en demeure pas moins inadaptée à la discipline juridique. Toute réflexion sur le droit porte nécessairement l'empreinte subjective de son auteur. Il serait immoral, sinon dangereux, d'en nier l'existence. La notion de renvoi préalable est le produit de la raison, autant que de l'observation.

28. La seconde voie serait celle du dogmatisme⁴¹. Elle consisterait à poser de manière péremptoire l'existence du renvoi préalable, comme étant l'expression d'une vérité

⁴⁰ L'empirisme est une « méthode, un mode de pensée et d'action qui ne s'appuie que sur l'expérience » (P. ROBERT, J. REY-DEBOVE, A. REY (dir.), *Le Petit Robert 2014*, v^o empirisme, éd. Le Robert, 2013).

⁴¹ Le dogmatisme est une méthode, un mode de pensée, par lequel un auteur « exprime ses opinions de manière péremptoire » (P. ROBERT, J. REY-DEBOVE, A. REY (dir.), *Le Petit Robert 2014*, v^o dogmatique, éd. Le Robert, 2013).

d'évidence. La mobilisation du droit positif ne serait pas au fondement de la notion mais simplement à son soutien, comme la simple illustration d'une rationalité présupposée.

29. Aucune de ces deux méthodes ne traduit réellement la démarche intellectuelle qui préside à la construction d'une notion. L'étude objective du droit positif ne peut à elle seule dévoiler son émergence, pas plus que ne le peut l'exposé dogmatique d'une raison abstraite. La révélation du renvoi préalable est le produit d'une démarche qui emprunte à l'une comme à l'autre de ces méthodes. Le but de la démonstration est de proposer le récit fidèle de cette démarche par laquelle la notion s'impose à l'esprit.

L'étude empirique des mécanismes préjudiciels consacrés ce dernier siècle est au fondement de la notion construite. Elle constitue la matière première de sa reconnaissance, la cause de son émergence et la justification de son élaboration. Toutefois, la notion ne ressort par seulement de la simple comparaison des mécanismes préjudiciels, elle est le produit de leur rationalisation. Les mécanismes de renvoi constituent le fondement empirique (Titre I) d'une notion qui s'émancipe toutefois de ses espèces. Son exposé dogmatique (Titre II) permettra d'en révéler l'essence et l'existence.

Premier titre - **Fondements empiriques.**

Second titre - **Exposé dogmatique.**

TITRE I

FONDEMENTS EMPIRIQUES

30. La reconnaissance du renvoi préalable trouve son fondement dans l'étude empirique du droit positif. La confrontation des mécanismes préjudiciels contemporains et le recensement de leurs similitudes fait germer l'idée qu'ils ne sont que les espèces d'un genre qui les transcende. La question prioritaire de constitutionnalité, le renvoi préjudiciel à la Cour de justice, le renvoi préventif au Tribunal des conflits et les mécanismes des demandes d'avis aux juridictions suprêmes mobilisent chacun la technique préjudicielle. L'utilisation de cette technique produit un effet commun : l'uniformisation de l'interprétation d'un texte juridique. Rares sont les textes qui échappent aujourd'hui à son emprise. L'unification de l'interprétation de la loi lui a succombé (Chapitre 1), comme, du reste, les textes qui lui sont hiérarchiquement supérieurs (Chapitre 2).

Premier chapitre - **Les mécanismes préjudiciels d'interprétation de la loi.**

Second chapitre - **Les mécanismes préjudiciels d'interprétation des textes supra-législatifs.**

CHAPITRE I

LES MÉCANISMES PRÉJUDICIELS D'INTERPRÉTATION DE LA LOI

31. Chacun dans son ordre juridictionnel, la Cour de cassation et le Conseil d'État assure l'unité d'interprétation des textes législatifs. L'élaboration de leur jurisprudence permet de résorber les contradictions que féconde l'activité quotidienne des juges du fond. La centralisation de l'interprétation permet d'assurer que la solution d'un litige est indifférente au Tribunal administratif ou au Tribunal de grande instance saisi et qu'elle résulte seulement de l'application d'un texte de droit uniformément interprété.

Il existe toutefois une catégorie de textes dont le Conseil d'État et la Cour de cassation ne peuvent assurer l'unité d'interprétation : ceux qui régissent la répartition de leurs compétences respectives. Pour résoudre les divergences que l'interprétation de ces textes peut emporter entre les juridictions suprêmes des deux ordres, il était nécessaire de créer un organe départiteur : le Tribunal des conflits.

32. Si la fonction d'unification du droit dévolue aux juridictions suprêmes n'est pas nouvelle, le cadre traditionnel d'élaboration de la jurisprudence subit de profonds bouleversements depuis le milieu du XX^{ème} siècle. Alors qu'elle est souvent considérée comme un fait isolé, l'introduction du mécanisme des demandes d'avis au Conseil d'État et à la Cour de cassation porte témoignage de la défaveur faite aux mécanismes hiérarchiques. Elle manifeste un mouvement d'attraction de la technique préjudicielle préfigurée par la consécration d'un outil similaire devant le Tribunal des conflits. Le mécanisme des demandes d'avis aux juridictions suprêmes (Section 1) et le renvoi préventif au Tribunal des conflits (Section 2) témoignent l'un et l'autre d'un changement récent et radical dans la manière d'unifier l'interprétation des textes législatifs.

SECTION I : LES DEMANDES D'AVIS AUX JURIDICTIONS SUPREMES

33. C'est par la voie de la cassation que la Cour éponyme et le Conseil d'État assurent traditionnellement l'unité d'interprétation de la loi. La formation d'un pourvoi par les parties permet de centraliser entre les mains de ces institutions les questions d'interprétation les plus épineuses. La censure des interprétations délivrées par les juges de droit commun permet aux juridictions suprêmes de délivrer le sens officiel des dispositions législatives.

Heurtée de plein fouet par l'évolution du droit et de ses sources, la technique de la cassation est toutefois mise à rude épreuve. Encombrées, surchargées, les juridictions qui la mobilisent s'essoufflent et sont incapables de remplir leur office. Afin de pallier les carences et prévenir l'obsolescence de la cassation (§1), le législateur a introduit à la fin des années 1980 un mécanisme préjudiciel tendant à l'uniformisation de l'interprétation. Telles sont les demandes d'avis au Conseil d'État et à la Cour de cassation (§2).

§1 – LES CARENCES DE LA CASSATION

34. Le droit est à l'image de la société qui le secrète et à laquelle il s'applique, il est en perpétuelle évolution. Les mutations incessantes qui le touchent tiennent évidemment à son contenu, qu'il s'agisse du fond des règles du droit civil, du droit administratif, ou de toute autre domaine aussi spécifique soit-il. Mais la mutation du droit touche également la méthode de son élaboration. Les exigences d'hier ne sont plus celles d'aujourd'hui, entraînant l'élaboration de textes plus nombreux, plus précis, mais aussi plus éphémères. Toutes ces évolutions dans la fabrique du droit se répercutent nécessairement sur la manière dont il est interprété. Alors que pendant près de deux siècles les mécanismes hiérarchiques ont détenu l'apanage de l'unification du droit (A), les dernières mutations des sources ont révélé leurs carences. La crise de la cassation est ainsi révélatrice de la péremption du modèle classique ou traditionnel (B), un mécanisme qui mène à la sclérose des juridictions qui le mobilisent.

A) Grandeur de la cassation

35. L'histoire de la cassation diffère selon qu'il s'agit de s'attacher à son développement devant la Cour de cassation ou devant le Conseil d'État. En effet, alors qu'elle constitue depuis maintenant près de deux siècles le mode prépondérant d'uniformisation de l'interprétation de la loi dans l'ordre judiciaire, ce n'est que depuis quelques décennies seulement que le Conseil d'État la mobilise quotidiennement. Le juge du Palais-Royal a longtemps unifié le droit administratif par sa compétence d'appel des jugements des tribunaux administratifs. Il faut attendre la création des cours administratives d'appel par la loi du 31 décembre 1987 pour que la cassation devienne son activité principale. Le mécanisme de la cassation constitue par conséquent un mode traditionnel d'unification de l'interprétation qui, initié dans l'ordre judiciaire (1) s'est par la suite épanoui dans l'ordre administratif (2).

1) La cassation judiciaire

36. *Origines de la cassation judiciaire.* Bien que l'idée puisse aujourd'hui paraître saugrenue, l'unification de l'interprétation n'a pas toujours été des missions de la Cour de cassation⁴². Mieux encore, il peut être affirmé que cette tâche lui était originellement étrangère et qu'elle ne s'en est trouvée investie que par le fruit d'un heureux concours de circonstances.

37. La cassation prend racine dans l'Ancien Droit, à une époque⁴³ où le roi désirait imposer aux parlements l'application d'une « législation » balbutiante⁴⁴. Confrontés à une difficulté similaire, les révolutionnaires décidèrent de la prendre en héritage⁴⁵. La cassation était alors un formidable moyen d'imposer aux juges le respect, non des ordonnances royales

⁴² « En effet, l'Ancien Droit n'a pas connu le respect objectif de la règle de droit considérée en elle-même, il ne s'est pas davantage attaché à poursuivre, tout au moins par le biais de la cassation, l'unité de jurisprudence » (R. MARTINAGE-BARANGER, « Les idées sur la cassation au XVIII^{ème} siècle », *RDH* 1969. 275).

⁴³ Gabriel Marty date la naissance du pourvoi en cassation « vraisemblablement vers le XV^{ème} siècle » (G. MARTY, *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, Librairie du Recueil Sirey, 1929, p. 39). Jean-Louis Halpérin considère quant à lui que « la notion de cassation n'a pu s'épanouir réellement qu'à partir de la fin du XVI^{ème} siècle » (J.-L. HALPERIN, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, LGDJ, 1987, p. 24).

⁴⁴ F. ZENATI-CASTAING, *La jurisprudence*, Dalloz, 1991, p. 42.

⁴⁵ J.-L. HALPERIN, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, LGDJ, 1987, p. 23.

par eux vouées aux gémonies⁴⁶, mais de la lettre de la loi dont la Révolution devait accoucher. La cassation était alors conçue comme une arme braquée en direction du juge pour le contenir dans son rôle d'application de la loi et éviter que, par son interprétation, il ne vienne en corrompre l'esprit. Contrairement à une idée reçue, la réforme des 27 novembre et 1^{er} décembre 1790 instituant le Tribunal de cassation n'a donc pas voulu faire de lui un organe d'unification de l'interprétation de la loi ; bien au contraire, il constituait l'unique moyen de la réprimer⁴⁷. Le Tribunal de cassation venait détruire « cette jurisprudence des tribunaux, la plus détestable des institutions »⁴⁸, et contenir le juge dans le rôle qui lui était alors dévolu : l'application syllogistique de la loi.

Dans l'esprit de sa consécration, la cassation se veut donc répressive. Il s'agit, par la punition des juges, de protéger la loi contre le développement d'une jurisprudence corruptrice. Persuadés, selon le verbe de Rousseau, qu'interpréter la loi, c'est toujours la corrompre, soucieux de préserver une division des pouvoirs chère à Montesquieu et éviter que le juge ne s'immisce dans la fonction législative, les Constituants ont souhaité réserver l'interprétation de la loi à son auteur : le législateur. Pour condamner la jurisprudence, ils ont ressuscité le référé législatif.

38. *Évolution de la cassation judiciaire.* Les révolutionnaires étaient convaincus que le rôle du juge devait être cantonné à l'application de la loi à l'espèce. L'interprétation de la loi devait être exceptionnelle et sollicitée directement de son auteur. Tel un peintre pointilliste, le corps législatif était censé venir combler les quelques lacunes de son œuvre.

Si elle a pu séduire les membres de l'Assemblée constituante, cette construction abstraite s'est rapidement effondrée, heurtée de plein fouet par la dure réalité de la pratique judiciaire. L'interprétation du droit, loin d'être exceptionnelle, est inhérente à son application. L'adaptation d'une règle générale et abstraite à un cas particulier implique qu'à chacune de ses applications le juge est dans l'obligation d'interpréter le texte sur lequel il fonde sa décision. L'interprétation judiciaire n'est pas accidentelle, elle est une pratique aussi quotidienne que l'activité judiciaire elle-même. Le législateur a donc vite été noyé sous un

⁴⁶ F. FERRAND, *Cassation française et Révision allemande*, PUF, 1993, p. XVI, § 4.

⁴⁷ « Le Tribunal de cassation n'exerçait sa censure sur les jugements à lui soumis qu'en présence d'une contravention expresse au texte de la loi (...) aussi bien, loin de souhaiter l'unité de jurisprudence, l'Assemblée constituante en réprovait-elle l'idée » (F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1919, p. 90). « Il y aurait un non sens historique à voir dans cet organe un instrument d'unification du droit à une époque où il n'est d'autre droit que la loi et d'autre interprétation que législative » (F. ZENATI-CASTAING, *La jurisprudence*, Dalloz, 1991, p. 52).

⁴⁸ LE CHAPELIER, Archives parlementaires, Séance du 28 novembre 1790, t. XX, p. 517.

flot de demandes d'interprétation auxquelles il ne trouvait pas le moindre intérêt⁴⁹ et auxquelles il ne prenait pas même la peine de répondre⁵⁰. Le référé législatif était ainsi une solution inepte au besoin d'unification de l'interprétation, un besoin qui pourtant ne pouvait demeurer insatisfait. Le Tribunal de cassation s'est ainsi érigé en organe unificateur de l'interprétation jurisprudentielle sur les cendres encore chaudes d'un référé législatif incapable de tenir son rôle. Peut-être même est-ce dans « l'aptitude du Tribunal de Cassation à être le régulateur de l'interprétation du droit, que réside la cause juridique de l'abrogation du référé législatif »⁵¹. Voilà comment la cassation, originellement consacrée pour anéantir toute jurisprudence, s'est paradoxalement chargée d'en assurer l'unification. La cassation ne s'est donc lentement assignée une mission d'unification de la jurisprudence⁵² que sous l'empire d'une nécessité créée par l'impuissance du référé législatif.

39. En quoi la cassation est-elle un mode d'uniformisation de l'interprétation ? Le Tribunal de cassation s'est lentement emparé de cette mission d'unification de l'interprétation par étapes successives. Alors que son rôle originel consistait à sanctionner les jugements qui portaient en eux « une contradiction expresse au texte de la loi », alors que la motivation de ses décisions devait se limiter « à citer le texte de la loi et affirmer que le jugement déféré était contraire au texte visé »⁵³, le Tribunal s'est émancipé de ces contraintes qui bridaient son pouvoir. Lentement, il a laissé glisser son contrôle de la contradiction expresse vers la fausse application de la loi. Entendue de manière extensive, il s'agira ni plus ni moins que de sanctionner la fausse interprétation de celle-ci. Mine de rien, le Tribunal de cassation est devenu le censeur des interprétations des juges du fond et, par sa position hégémonique, le meilleur artisan de leur unification. Cet office est d'autant mieux rempli que, peu à peu, le

⁴⁹ « La plus importante cause [de l'abrogation du référé législatif] est certainement le fait que les tribunaux du fond n'en ont pas, à proprement parler, référé au législateur en matière d'interprétation, ou plutôt ils ont confondu interprétation et qualification. Ce qui a pu tromper les tribunaux du fait, c'est qu'ils sentirent qu'en qualifiant ils avaient une action créatrice de droit, que c'étaient eux qui, en décidant par exemple que tel ou tel droit était féodal, donnaient un sens à la loi. L'idée était exacte » (Y.-L. HUFTEAU, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, PUF, 1965, p. 86).

⁵⁰ *Ibid.*, p. 90.

⁵¹ *Ibid.*, p. 87.

⁵² « Quand on dit que la Cour de cassation exerce une complète souveraineté d'interprétation dans toute la sphère juridique, on exprime peut être assez bien l'état des choses actuellement existant. Mais si l'on prétend rattacher cet état de choses à l'origine même de l'institution du Tribunal suprême, si l'on soutient, pour employer la formule courante, qu'en établissant ce Tribunal, l'Assemblée constituante a voulu assurer l'unité de jurisprudence, pour compléter l'unité de législation, j'estime qu'on se méprend absolument sur la conception, primitivement admise, de notre juridiction suprême, et sur la portée de son contrôle, dans la pensée de ses fondateurs » (F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1919, p. 89).

⁵³ Y.-L. HUFTEAU, *op. cit.*, p. 87.

Tribunal va « abandonner le type de motivation très bref »⁵⁴ pour une motivation plus explicite⁵⁵, « vecteur privilégié de l'expansion du précédent judiciaire »⁵⁶. Il ne manque alors au Tribunal de cassation, devenu Cour de cassation en 1810, que la faculté d'imposer ses interprétations aux cours souveraines. Revenant sur la loi du 30 juillet 1828⁵⁷ octroyant aux juges du fond le pouvoir d'imposer leur interprétation, le législateur consacra neuf ans plus tard l'autorité des arrêts rendus par la cour suprême. La loi du 1^{er} Avril 1837 décide que lorsqu'un pourvoi est présenté après une double cassation, l'arrêt délivré toutes chambres réunies s'impose « sur le point de droit jugé par cette cour »⁵⁸. A compter de cet instant, la Cour de cassation « était juridiquement apte à devenir la source principale de l'interprétation de la loi »⁵⁹.

2) *La cassation administrative*

40. *Cassation administrative.* Bien que son histoire soit largement liée à celle de la cour éponyme, le mécanisme de la cassation n'en est pas moins connu et pratiqué par le Conseil d'État depuis ses origines. La doctrine trouve ses linéaments dans la loi du 14 octobre 1790 instituant le recours en annulation contre les décisions des autorités administratives, même s'il faut avouer que la généralité des termes employés invite à la contradiction⁶⁰. Une chose est sûre : dès le début du XIX^{ème} siècle le Conseil d'État considère que l'acte entaché d'incompétence ou d'excès de pouvoir doit être « cassé »⁶¹. Cette dernière formulation atteste de la vigueur de la cassation autant qu'elle manifeste sa confusion originelle avec le recours pour excès de pouvoir. Ce n'est qu'à la fin du XIX^{ème} siècle que les deux recours seront distingués. Le débat est d'ailleurs aujourd'hui encore ouvert quant à savoir si c'est la

⁵⁴ Y.-L. HUFTEAU, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, PUF, 1965, p. 87.

⁵⁵ F. ZENATI-CASTAING, *La jurisprudence*, Dalloz, 1991, p. 69.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 62.

⁵⁷ Archives parlementaires, 2^{ème} Série, t. LIII, p. 153.

⁵⁸ Y.-L. HUFTEAU, *op. cit.*, p. 127 et s. ; F. ZENATI-CASTAING, *op. cit.*, p. 71 et s.

⁵⁹ Y.-L. HUFTEAU, *op. cit.*, p. 89.

⁶⁰ Cette loi énonce en effet seulement que « les réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs ne sont en aucun cas du ressort des tribunaux ; elles seront portées au Roi, chef de l'administration générale », ce qui conduit A. Damien et J. Boré à considérer « qu'il faut un regard d'une presbytie hors du commun pour y déceler la trace de cette institution [la cassation] » (A. DAMIEN, J. BORE, « Le contrôle du juge de cassation en matière administrative et en matière civile », *RFDA* 1990. 777).

⁶¹ CE, 7 octobre 1807, *Hameau de Prévelèveque*, *Rec. Gén. des arrêts de l'an VIII à 1839*, Roche et Lebon, I, p. 105.

cassation administrative qui s'est progressivement dégagée de l'excès de pouvoir⁶² ou si, inversement, ce n'est pas l'excès de pouvoir qui, « en se libérant du carcan de la distinction du fait et du droit »⁶³, se serait dégagé de la cassation. Quoiqu'il en soit, la compétence de cassation de Conseil d'État restera résiduelle jusqu'à la fin du XX^{ème} siècle. Il suffit de parcourir les grands arrêts de la jurisprudence administrative pour constater que les constructions jurisprudentielles les plus emblématiques ont été élaborées par le Conseil alors qu'il statuait, non comme juge de cassation, mais en tant que juge d'appel. Loi du 31 décembre 1987, en faisant des cours administratives les juges d'appel de droit commun des décisions des Tribunaux administratifs, a corrélativement exacerbé le rôle de juge de cassation dévolu au Conseil d'État. Il unifie depuis lors l'interprétation du droit administratif par la censure des arrêts délivrés par ces juridictions naissantes. Après plus d'un siècle et demi d'utilisation devant les juridictions judiciaires, la cassation administrative est ainsi devenue un mode d'uniformisation de l'interprétation du droit⁶⁴.

B) Décadence de la cassation

41. La cassation est en crise. L'assertion peut paraître brutale, excessive, mais elle n'est pourtant que l'expression fidèle d'une triste réalité. A l'aube du XXI^{ème} siècle la cassation est incapable de remplir son office interprétatif⁶⁵ et pousse les juridictions qui l'utilisent vers une sclérose inévitable. Dans un monde marqué par l'accélération du temps, celui nécessaire à l'uniformisation de la jurisprudence la frappe de péremption. La cassation est chronophage (1), alors que l'évolution du système juridique impose une interprétation toujours plus rapide des textes législatifs (2).

⁶² E. LAFERRIERE (E.), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, 1^{ère} éd., 1887-1888, rééd., LGDJ, 1989, t. 1, p. 278.

⁶³ A. DAMIEN, J. BORE, « Le contrôle du juge de cassation en matière administrative et en matière civile », *RFDA* 1990. 777.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ A. TUNC, « La Cour de cassation en crise », *APD*, tome 30, 1985, p. 157.

1) *Les lenteurs de la cassation*

42. L'un des caractères de la cassation est sa « lenteur sénatoriale »⁶⁶. Certes, la lenteur a ses vertus, et il a même été avancé avec raison qu'en matière de jurisprudence, elle est une nécessité. Mais la lenteur est dommageable, comme de toutes choses, lorsqu'elle délaisse le nécessaire pour tomber dans l'excès. Cet excès de lenteur, la cassation ne pouvait qu'y succomber pour deux raisons. D'abord parce que l'aterrissement participe de son essence. L'unification de l'interprétation constitue l'aboutissement d'un processus sédimentaire, le terme d'un chemin juridique ponctué de décisions juridictionnelles. Ce n'est qu'après que les premiers juges auront statué, et, dans une large mesure, à l'aune de ces décisions, que la juridiction suprême délivrera l'interprétation officielle du droit. Ensuite parce que la cassation prend la forme d'un recours exercé directement par les parties devant la juridiction suprême. Cette ouverture entraîne un afflux de demandes qui, difficile à contenir, encombre son prétoire et rallonge d'autant l'élaboration de sa jurisprudence. La première cause de la lenteur⁶⁷ de la cassation est donc structurelle. Elle tient au caractère sédimentaire du mécanisme. La seconde est en revanche conjoncturelle et tient à l'engorgement des juridictions chargées de sa mise en œuvre.

43. *Une lenteur structurelle : le caractère sédimentaire.* C'est à l'occasion du pourvoi formé par l'une des parties que la Cour de cassation ou le Conseil d'État va, jugeant l'arrêt qui lui est déféré, délivrer l'interprétation unificatrice qu'il faut retenir des textes applicables. Il est donc de l'essence même de recours en cassation de n'intervenir qu'après qu'une décision aura été rendue, cette décision de justice constituant l'objet même du pourvoi. L'unification du droit par la voie hiérarchique poursuit alors un processus sédimentaire. Les juridictions chargées de l'unification du droit interviennent après que d'autres juridictions se sont prononcées, soit pour confirmer, soit pour contredire l'interprétation adoptée. La multiplication des voies de recours repousse l'intervention de la Cour de cassation et, dans

⁶⁶ F. ZENATI-CASTAING, *La jurisprudence*, Dalloz, 1991, p. 233.

⁶⁷ L'expression peut paraître excessive, elle est pourtant utilisée par J.-F. Flauss, selon qui « la lenteur de la procédure à Strasbourg jettera un doute sur l'effectivité du droit de recours individuel » (J.-F. FLAUSS, « Faut-il transformer la Cour européenne des droits de l'homme en juridiction constitutionnelle ? », *D.* 2003. 1638). Concernant la cassation, Bruno Oppetit considère que « le processus judiciaire à l'issue duquel s'exprimera l'interprétation de la loi se caractérise principalement par sa lenteur » (B. OPPETIT, « Les réponses ministérielles aux questions écrites des parlementaires et l'interprétation des lois », *D.* 1974, chron., p. 111).

une moindre mesure⁶⁸, du Conseil d'État, après la reddition d'un jugement de première instance et d'un arrêt d'appel. Le processus d'unification demande alors du temps, lui qui repose sur la stratification de plusieurs degrés de juridiction.

44. Une raison conjoncturelle : un droit de saisine des parties. La « lenteur » excessive de la cassation tient également à l'engorgement auquel les juridictions qui en ont la charge sont aujourd'hui confrontées. Cet engorgement n'est pas le fait d'une cause unique et trouve certainement son origine dans la réunion de plusieurs facteurs. Il ne fait toutefois aucun doute que la possibilité offerte aux parties de saisir directement la cour suprême y contribue largement. Peut-être faut-il regretter la cassation originelle qui, loin d'être considérée comme un droit pour le justiciable, lui permettait simplement de dénoncer au pouvoir royal la violation de la législation par les parlements d'Ancien Régime. En effet, telle qu'elle a été conçue, la cassation n'apparaît pas comme « un recours d'ordre privé dans l'intérêt des particuliers »⁶⁹, mais comme un recours dans l'intérêt du droit. Toute l'histoire de la cassation est celle d'une modification de cette conception originelle au profit des parties. « Par l'inévitable pression des plaideurs désireux d'élargir le plus possible le recours qui leur était ouvert »⁷⁰, la cassation est devenue plus qu'une simple possibilité, un véritable droit juridiquement consacré⁷¹. En matière civile, l'article 609 du Code de procédure dispose que « toute partie qui y a intérêt est recevable à se pourvoir en cassation »⁷², recueillant la règle jurisprudentielle selon laquelle « le recours en cassation est ouvert, pour cause de violation de la loi, contre toutes les décisions rendues en dernier ressort »⁷³. La jurisprudence administrative consacre la même solution, le Conseil d'État ayant établi, par son célèbre arrêt *D'Aillières* du 6 février 1947⁷⁴, un véritable droit au recours en cassation invocable par tout justiciable même en l'absence de texte venant le consacrer. « L'égalité des citoyens devant la

⁶⁸ Le Conseil d'État est encore juge d'appel de droit commun. La loi du 31 décembre 1987 n'a fait des cours administratives d'appel que les juges d'appel de droit commun des jugements des tribunaux administratifs qui, il faut l'avouer, drainent l'essentiel du contentieux.

⁶⁹ G. MARTY, *La distinction du fait et du droit, Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, Librairie du Recueil Sirey, 1929, p. 43.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 47.

⁷¹ R. MARTINAGE-BARANGER, « Les idées sur la cassation au XVIII^{ème} siècle », *RDH* 1969. 273.

⁷² Art. 609 CPC : « Toute partie qui y a intérêt est recevable à se pourvoir en cassation même si la disposition qui lui est défavorable ne profite pas à son adversaire ».

⁷³ Cass., 12 mai 1812 ; Cass., 28 juin 1882, *DP*. 1883, 1, p. 78.

⁷⁴ CE, 7 février 1947, *D'Aillières*, n° 79128 : « Considérant à la vérité qu'aux termes du 3^e alinéa de l'article 18 bis ajouté à l'ordonnance du 21 avril 1944 par celle du 6 avril 1945, qui était en vigueur au moment de l'introduction de la requête et dont la modification ultérieure par l'ordonnance du 13 septembre 1945 n'a d'ailleurs eu ni pour but, ni pour effet de changer sur ce point la signification, la décision du jury d'honneur "n'est susceptible d'aucun recours" ; Mais considérant que l'expression dont a usé le législateur ne peut être interprétée, en l'absence d'une volonté contraire, clairement manifestée par les auteurs de cette disposition, comme excluant le recours en cassation devant le Conseil d'État ».

loi suppose le droit fondamental donné à chacun d'eux d'obtenir du juge de cassation l'application de la règle commune »⁷⁵.

Force est de constater que le recours à cassation a perdu sa vocation originelle, qu'il est aujourd'hui moins un recours dans l'intérêt du Droit qu'un recours dans l'intérêt de son auteur. Le Doyen Marty enregistrait déjà au début du XX^{ème} siècle la tendance « presque fatale de ce recours à s'étendre et même à se déformer principalement sous la pression des demandeurs au pourvoi qui cherchent évidemment à obtenir par ce moyen une révision aussi étendue que possible des arrêts souverains »⁷⁶.

45. Conséquence du droit des parties. En ouvrant grand les portes de leur prétoire aux justiciables, la Cour de cassation et le Conseil d'État ont favorisé un afflux de demandes qu'il leur est impossible de maîtriser⁷⁷. La section du contentieux du Conseil d'État a enregistré en 2010 plus de 11 000⁷⁸ requêtes pendant que la Cour de cassation en traitait 28 388⁷⁹. Ce flot des saisines entraîne inévitablement un rallongement significatif des délais de jugement⁸⁰ et, par là même, un rallongement du temps nécessaire à la fixation définitive de l'état du droit. Tel un cercle vicieux, le temps nécessaire à l'unification de l'interprétation est la source d'une incertitude juridique qui suscite à son tour le contentieux. Le plaideur est toujours plus enclin à intenter une action en justice lorsque l'état du droit est incertain, voyant dans cette incertitude l'hypothèse d'une issue favorable à son action⁸¹. « Un texte obscur, non encore interprété par le Conseil d'État ou la Cour de cassation, laisse penser aux parties à un litige que la solution rendue par un juge du fond n'est pas définitive et que, peut-être, le juge de cassation permettra une remise en question des décisions intervenues jusque là »⁸². Christian Poncelet concédait, à l'occasion d'un colloque dans les murs du Sénat dont il était alors le

⁷⁵ J. BORE, « La Cour de cassation de l'an 2000 », *D.* 1995. 133.

⁷⁶ G. MARTY, *La distinction du fait et du droit, Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, Librairie du Recueil Sirey, 1929, p. 56.

⁷⁷ J. BORE, « La Cour de cassation de l'an 2000 », *D.* 1995. 133.

⁷⁸ Rapport public 2010 du Conseil d'État, p. 30 en ligne : http://www.conseil-état.fr/media/document/rapport_public_2010.pdf

⁷⁹ Rapport annuel de la Cour de cassation, 2010, p. 493 et s., en ligne : http://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/Rapport_annuel_CC_2010.pdf

⁸⁰ Le délai moyen était, en 2010, de 18 mois et 19 jours devant le Conseil d'État (rapport cité en note 43, p. 30), d'environ 400 jours pour la Cour de cassation (rapport précité en note 44, p. 500). Enfin concernant la Cour européenne des droits de l'homme, aucun délai moyen n'est mentionné. Les affaires sont classées selon leur urgence en catégories I, II, ou III. Ces deux dernières catégories laissent apparaître que le stock est composé d'un nombre sensiblement équivalent d'affaires introduites depuis 1, 2, 3 et 4 ans et plus (analyse statistique p. 12 et 13, http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/E5CF240E-5305-4E9F-BC0F-A06CABAC1315/0/Analyse_statistique_2010.pdf).

⁸¹ F. FERRAND, *Cassation française et Révision allemande*, PUF, 1993, p. XIX, §11 et p. XXV, §18.

⁸² H.-M. DARNANVILLE, « La saisine pour avis du Conseil d'État et de la Cour de cassation », *AJDA* 2001. 146.

président, que l'accélération du temps juridique et « l'inflation normative entraîne[nt] mécaniquement un recours de plus en plus fréquent au juge lorsqu'une difficulté se présente pour son application »⁸³⁸⁴. L'incertitude du droit attise le contentieux, participe de l'engorgement des juridictions et de l'augmentation du temps nécessaire à la fixation du droit.

2) *L'accélération du temps du droit*

46. Définition de « l'accélération du temps du droit » ? L'accélération du temps du droit s'entend d'une « une remise en question imprévisible et perpétuelle des règles »⁸⁵ juridiques. Elle est un mal qui touche indiscutablement les sociétés contemporaines où la production législative⁸⁶ suit un rythme effréné et se précipite toujours davantage. « Le droit se renouvelle aujourd'hui à une cadence qu'on n'aurait pu imaginer au temps jadis »⁸⁷.

47. Critique de l'accélération. Les inconvénients de ce droit qui s'érige en courant sont largement dénoncés par la doctrine⁸⁸. « La loi se fait trop vite, de façon trop événementielle ; elle n'est qu'une réponse ponctuelle à un certain nombre de problèmes, voire à une impulsion et une pression de l'opinion sans réflexion sur les enjeux »⁸⁹. Elle paraît se satisfaire d'être devenue purement mécaniste, de n'être plus qu'un équilibre d'intérêts, une combinaison d'utilités et de jouissances. « Instrument à court terme »⁹⁰, elle néglige sa vocation

⁸³ C. PONCELET, « Ouverture », in *L'office du juge, Colloque organisé par le Pr Gilles DARCY, le Doyen Véronique LABROT et Mathieu DOAT les vendredi 29 et samedi 30 septembre 2006, Palais du Luxembourg*, en ligne http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.pdf, p. 9.

⁸⁴ « Les facteurs sont enfin juridiques, liés à la prolifération des textes de droit, parfois confus ou obscurs, justifiant notamment des recours en interprétation devant la Cour de cassation ou le Conseil d'État » (H.-M. DARNANVILLE, « La saisine pour avis du Conseil d'État et de la Cour de cassation », *AJDA* 2001. 146).

⁸⁵ F. TULKENS, « Accélération du temps et sécurité juridique : poison et contre-poison ? », in *L'accélération du temps juridique*, P. Gérard, F. Ost, M. Van de Kerchove (dir.), Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2000, p. 469.

⁸⁶ Les termes « production législative » englobent tant la législation nationale que la législation de l'Union européenne, atteinte des mêmes vices. Sur ce point : J.-P. PUISSOCHET, C. TIMMERMANS, « Rapport pour le colloque 2004 de l'Association des Conseils d'État et des juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne », <http://www.juradmin.eu/colloquia/2004/coce.pdf>.

⁸⁷ P. AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP*. 1982. 283.

⁸⁸ A. MARAIS, *Introduction au droit*, Vuibert, 3^{ème} éd., 2011, p. 96. Jacques Chevallier constate quant à lui que le droit postmoderne apparaît comme « un droit transitoire, à l'espérance de vie limitée, qu'on hésitera pas à modifier au gré des circonstances » (J. CHEVALLIER, « Vers un droit postmoderne », in *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, p. 29 et p. 39) ; v. égal. P. AMSELEK, *art. cit.*, p. 275 ; B. OPPETIT, « L'hypothèse du déclin du droit », *Droits*, n° 4, 1986, p. 527.

⁸⁹ S. GABORIAU, « Le juge et le temps », in *Le temps la justice et le droit*, S. Gaboriau, H. Pauliat (dir.), PULIM 2004, p. 12.

⁹⁰ C. JAUFFRET-SPINOSI, *Le temps et le droit*, Thémis, 2007, p. 31.

prospective originelle⁹¹. « Une nouvelle loi chasse l'ancienne »⁹² plus rapidement qu'auparavant, « diminuant ainsi le temps de son application »⁹³. « La règle est déjà vieillie le jour où elle est promulguée »⁹⁴ signe de « l'incessante légifération d'un droit qui devra changer dès qu'il aura été créé »⁹⁵.

A ce constat d'échec succède d'ailleurs généralement la valorisation des textes anciens desquels « on peut toujours extraire des applications nouvelles »⁹⁶ parce que, « dépassant la contingence, ils ont toujours quelque chose à apprendre aux temps futurs »⁹⁷. Le souvenir du Code civil originel inspire, il est vrai, un profond regret⁹⁸, celui de ce dépouillement, cette austérité, cette limitation que ses rédacteurs et leurs disciples y avaient mis. Les lois se succèdent aujourd'hui « sans dessein et sans ordre, et le Droit roule alors, comme le bateau ivre de Rimbaud, entre les rives peuplées d'ennemis, vers un Océan inconnu »⁹⁹.

48. Caractère inéluctable de l'accélération. Il paraît toutefois chimérique de vouloir stopper cette fuite du temps en avant. L'accélération du temps du droit n'est qu'une conséquence de « l'accélération générale des évolutions sociales et techniques que le droit tenterait de suivre »¹⁰⁰ ou d'« anticiper, afin de les orienter »¹⁰¹. Elle s'explique par les « rapides et profonds changements que des phénomènes comme la mondialisation du droit, l'essor de nouvelles techniques, les bouleversements politiques et économiques, entraînent dans presque tous les domaines... »¹⁰², elle est un phénomène inéluctable aux conséquences malheureusement dommageables.

⁹¹ « Une loi ne doit pas être faite seulement pour les actes et les faits qui se produiront dans les quelques jours ou mois après sa promulgation. Elle s'applique aux générations qui suivront celle qui l'a faite. Destinée à régler la conduite des hommes, elle atteint l'avenir » (G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1955, p. 317).

⁹² C. JAUFFRET-SPINOSI, *Le temps et le droit*, Thémis, 2007, p. 31.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1955, p. 59.

⁹⁵ *Ibid.* ; « Enfin, comme le législateur s'inspire de l'intérêt de la société et que, suivant les circonstances, cet intérêt n'est pas le même, les lois se succèdent et se remplacent » (*Ibid.*, p. 175).

⁹⁶ S. GABORIAU, « Le juge et le temps », in *Le temps la justice et le droit*, S. Gaboriau, H. Pauliat (dir.), PULIM 2004, p. 12.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ « Dans cette querelle des Anciens et des Modernes que ravive tout débat sur la législation, on a déjà fait observer que les juristes se réclamaient toujours des Anciens et d'un modèle indépassable incarné par le code civil » (R. LIBCHABER, « Qu'est-ce qu'une loi », *RTD Civ.* 1999. 242).

⁹⁹ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1955, p. 94.

¹⁰⁰ R. CABRILLAC, « Recodifier », *RTD Civ.* 2001. 833.

¹⁰¹ G. EVEILLARD, *Les dispositions transitoires en droit public français*, Dalloz, 2007, p. 14 et s.

¹⁰² C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, p. 31.

49. Conséquences de l'accélération. Les textes juridiques sont en principe des règles générales qui tendent à orienter les comportements futurs de ceux qui leur sont soumis. Cette vision prospective s'accommode mal de l'urgence dans laquelle sont adoptés ces textes juridiques toujours plus nombreux¹⁰³, toujours plus précis. Le tribut de ce droit circonstanciel, adopté à la hâte, se paie à l'occasion de son application. Bien des étapes de la réflexion auront été bâclées, or « la mauvaise rédaction d'un texte a l'inconvénient de créer l'hésitation sur l'application et l'interprétation de la loi »¹⁰⁴. Comment articuler cette nouvelle disposition avec le reste du corpus juridique ? Quelle interprétation doit en être retenue ? L'accélération du temps du droit laisse derrière son passage un flot de questions irrésolues. Autant d'interrogations dont la résolution revient au juge, un juge qui, assailli de demandes, doit à son tour exercer son office dans les plus brefs délais. L'accélération du temps du droit appelle une accélération du temps judiciaire.

50. Conséquences de l'accélération du temps du droit. L'accélération du temps entraîne des conséquences en cascade, à l'image de ces dominos qui s'abattent les uns après les autres sous l'effet d'une impulsion originelle. L'accélération de la vie sociale entraîne une accélération du temps du droit, lequel implique à son tour une accélération du temps dans lequel doit être assurée son interprétation. La durée de vie d'un texte étant de plus en plus courte, il est nécessaire de rapprocher le plus possible son interprétation de la date de son adoption. Dans le cas contraire, l'interprétation d'un texte pourrait n'intervenir qu'après qu'il eût été remplacé par un nouveau texte... dont l'interprétation se devrait d'être également établie. Les justiciables devraient faire face à un état d'incertitude permanent, la clarification des règles de conduite auxquelles ils doivent se conformer n'intervenant qu'après qu'elles eussent été retirées de l'ordonnement juridique. Du fait du retard de l'interprétation, ils seraient continuellement soumis à des règles à la signification incertaine. A titre d'exemple particulièrement évocateur, M. Martin Laprade soulignait que chaque loi de finances apporte son lot de mesures nouvelles, mais que « la jurisprudence du Conseil d'État n'intervient pour fixer l'interprétation juridictionnelle de ces dispositions qu'environ neuf ans pour les lois de procédure fiscale, dix à onze ans pour les lois d'assiettes. Ainsi les premiers arrêts relatifs à la loi du 29 décembre 1977 sur les garanties de procédure (encadrement de la vérification

¹⁰³ L'inflation touche « la loi au sens large, lois, règlements, décrets, arrêtés, mais aussi textes supranationaux, règlements, directives communautaires » (C. JAUFFRET-SPINOSI, *Le temps et le droit*, Thémis, 2007, p. 31) ; pour un même constat, avec des données chiffrées v. P. AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP*. 1982. 281.

¹⁰⁴ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1955, p. 308.

approfondie de situations fiscales d'ensemble, formalisme accru des rectifications d'office, mise en demeure préalables aux taxations d'office, obligation de répondre aux observations présentées après redressement, etc.) ont-ils commencés à intervenir en 1986 seulement »¹⁰⁵. N'est-ce pas là une absurdité ?

51. L'accélération du temps du droit entraîne une profusion de textes dont la durée de vie s'apprécie à l'aune du temps consacré à leur élaboration. L'interprétation des textes doit être accélérée à la mesure de l'accélération qui affecte leur production. La fixation rapide de l'état du droit, tel qu'il doit être appliqué, permet d'éviter une insécurité juridique perpétuelle qui attise le contentieux et rallonge d'autant les délais de jugement. « Le juge a dû s'adapter pour répondre à cette demande, à cette nécessité résultant du rythme parfois effréné de notre société, comme il s'est adapté d'ailleurs à sa dimension internationale qui va grandissante »¹⁰⁶.

52. Conclusion du paragraphe 1. La cassation s'essouffle faute pour elle de pouvoir suivre le rythme imposé par l'accélération du temps du droit. L'évaluation des juridictions qui la pratiquent confine à l'inaptitude¹⁰⁷. La fixation de l'état du droit nécessite plusieurs « années de procédure pendant lesquelles les cours, les tribunaux et les justiciables restent dans l'incertitude sur la position qu'adoptera la cour suprême »¹⁰⁸. Sitôt la jurisprudence suprême unifiée, « la loi qu'elle complète est dépassée »¹⁰⁹ par une nouvelle législation aux vices congénitaux. Dès lors, la jurisprudence a « beau être, à l'instar de la loi, générale et contraignante, elle ne parvient plus à faire office de loi et à atteindre son objectif sécuritaire quand elle arrive en retard »¹¹⁰. Cette mission normative semble délaissée¹¹¹ au profit d'une « débordante police des sentences »¹¹². La consécration au profit des justiciables d'un véritable droit au recours et la faculté qui leur est ouverte de saisir directement la juridiction suprême ont profondément modifié l'ontologie même de la cassation. La mission

¹⁰⁵ B. MARTIN-LAPRADE, « Le filtrage des pourvois et les avis contentieux », *AJDA* 1988. 89.

¹⁰⁶ C. PONCELET, « Ouverture », in *L'office du juge, Colloque organisé par le Pr Gilles DARCY, le Doyen Véronique LABROT et Mathieu DOAT les vendredi 29 et samedi 30 septembre 2006, Palais du Luxembourg*, en ligne http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.pdf, p. 9.

¹⁰⁷ F. DESCORPS DECLERE, « Les motivations exogènes des décisions de la Cour de cassation », *D.* 2007. 2822.

¹⁰⁸ G. KIEJMAN, Ministre délégué auprès du garde des sceaux, Ministre de la justice, *Compte rendu des débats, Sénat, Séance du 7 mai 1991*, p. 875.

¹⁰⁹ F. ZENATI-CASTAING, « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *D.* 1992. 247.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ « L'encombrement d'une juridiction suprême unificatrice nuit à l'effectivité de son rôle (...) la masse des arrêts rendus affecte la lisibilité de sa doctrine » (L. CADDIET, *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 265).

¹¹² F. ZENATI-CASTAING, *art. cit.*, 247.

jurisprudentielle de la juridiction suprême semble aujourd'hui sacrifiée sur l'autel de sa mission juridictionnelle. L'unification du droit subit « une remise en question, tant la tâche de contrôler la jurisprudence devient titanesque et incompatible avec la sérénité que requiert l'élaboration du droit prétorien ¹¹³». L'accélération du temps du droit ayant exacerbé ses défaillances, il est devenu urgent de concevoir un nouveau mécanisme venant combler les lacunes de la cassation et faciliter la mission jurisprudentielle de ces cours. Telle est la cause première de l'introduction des mécanismes de demandes d'avis devant les juridictions suprêmes administratives et judiciaires.

§2 - L'AVENEMENT DES DEMANDES D'AVIS

53. Le mécanisme de la demande d'avis trouve son acte de naissance dans une loi bien connue des publicistes, datée du 31 décembre 1987¹¹⁴. Le législateur, soucieux de désengorger un Conseil d'État au bord de l'asphyxie, n'avait d'autre solution que d'intervenir pour réformer le contentieux administratif. La mesure la plus à même d'y remédier était de confier les recours contre les jugements des tribunaux administratifs à une juridiction nouvelle : la cour administrative d'appel. Le législateur avait toutefois conscience que la création d'un degré supplémentaire de juridiction allait retarder l'intervention du Conseil d'État et rallonger le temps nécessaire à l'unification de la jurisprudence. Cette volonté de pallier les effets indésirables de la réforme du contentieux administratif a inspiré la création du renvoi pour avis. Reprenant un avant projet de texte esquissé en 1983, l'article 12 de la loi du 31 décembre 1987 dispose qu' « avant de statuer sur une requête soulevant une question de droit nouvelle présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel peut (...) transmettre le dossier de l'affaire au Conseil d'État, qui examine (...) la question soulevée »¹¹⁵.

54. Le succès du mécanisme dans l'ordre administratif a rapidement convaincu de son utilité pour l'ordre judiciaire. Il ne s'agissait plus de prévenir un engorgement qui était déjà bien installé, mais l'innovation était une manière de contribuer à sa résorption. Préventif devant le Conseil d'État, ce sont les vertus curatives du mécanisme qui justifiaient son

¹¹³ F. ZENATI-CASTAING, « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *D.* 1992. 247.

¹¹⁴ Loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987.

¹¹⁵ Cet article a été codifié dans le Code de justice administrative à l'article L. 113-1.

introduction dans l'ordre judiciaire. Une loi du 15 mai 1991 est donc venue instaurer une saisine pour avis devant la Cour de cassation. Selon une formulation qui trahit sa paternité, l'article L. 441-1 du Code de l'organisation judiciaire dispose qu' « avant de statuer sur une demande soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation ».

55. La lecture des dispositions législatives semble suffire à révéler l'essence des demandes d'avis. Elle semble les livrer sans détour à l'entendement par l'effet d'une formulation à l'évidente clarté. Pourtant, une étude disséquée du mécanisme laisse apparaître toutes ses subtilités. Les règles qui le gouvernent interrogent, non sur son fonctionnement, mais sur son essence. Qu'est-il ? La présentation des demandes d'avis (A) jette un trouble sur leur nature juridique (B).

A) Le fonctionnement des demandes d'avis

56. A l'origine d'une demande d'avis se trouve un juge qui, confronté à un problème de droit qu'il ne sait comment résoudre, sollicite le concours de sa juridiction suprême. Le mécanisme apparaît comme le vecteur d'une aide entre deux juridictions. Un juge suprême accompagne le juge du fond dans la détermination du droit applicable au litige porté devant lui. Les demandes d'avis seraient une sorte de participation des juridictions suprêmes à l'office délicat des juges du fait.

57. Il faut toutefois prendre garde de ne pas exagérer le caractère unilatéral du mécanisme et considérer qu'il a été créé au seul profit des juridictions du fond. Tel n'est certainement pas son esprit. Loin de constituer un service de consultation juridique, il est avant tout un moyen permettant aux juridictions suprêmes de remplir plus efficacement leur mission. La finalité des demandes d'avis dépasse le cadre de la résolution du litige qui leur donne naissance. Elles sont avant tout un mode d'uniformisation de l'interprétation. Par le renvoi d'une question de droit qu'il ne sait résoudre, le juge du fond œuvre en fait pour sa juridiction suprême. Il lui fait remonter les questions d'interprétation les plus discutées. Par sa réponse, la Cour délivre une interprétation dont la portée dépasse le cadre du litige qui lui a donné naissance. Juges du

fond et juge suprême concourent donc à l'unification de l'interprétation. Le premier par son renvoi (1), le second par l'interprétation qu'il délivre (2).

1) Un renvoi

58. L'objet du renvoi : une question de droit. Bien qu'il présente une large part d'artifice, le raisonnement suivi par le juge pour trancher le litige qui lui est soumis est strictement délimité. Formellement au moins, la juridiction doit rechercher dans le corpus juridique les règles de droit qui régissent la situation qui lui est présentée. De l'application des premières à la seconde découle une solution qui s'impose.

La question constituant l'objet du renvoi ne porte pas sur l'intégralité de l'office du juge. Seules les interrogations relatives à la majeure syllogistique, seules les questions dite « de droit » sont justiciables de la demande d'avis. Reste alors l'essentiel : déterminer ce qu'est une « question de droit ». La tâche est délicate et il n'est d'autre moyen pour lui satisfaire que d'en appeler à l'étude de la doctrine et de la jurisprudence. Seules les vingt-cinq années de pratique et de réflexion sont à même d'en circonscrire l'étendue.

59. Une question d'interprétation. Lorsque le juge applique une loi par nature générale et abstraite à des faits contingents, cette application ne peut se faire que par le truchement de l'interprétation. S'il est donc une question de droit qui s'impose comme une évidence : c'est la question d'interprétation. Les débats devant les chambres révèlent d'ailleurs que nombre de parlementaires¹¹⁶ les assimilaient, au point que certains ont proposé « de remplacer le mot : « avis » par le mot « interprétation » »¹¹⁷. Quelques auteurs ont souscrit sans réserve à cet amalgame, doutant que la question de droit puisse revêtir « des hypothèses autres que celle de l'interprétation d'une disposition législative »¹¹⁸.

¹¹⁶ Les propos de M. Marcel Rudloff, rapporteur de la commission des lois, sont, quant à l'objet de la demande d'avis, particulièrement éloquents : « lorsqu'une loi nouvelle est promulguée (...) subsistent nécessairement quelques zones d'incertitudes qu'il appartient aux juges d'interpréter ». Avec plus encore de clarté encore : « on peut donc se poser la question de savoir s'il ne serait pas opportun de saisir au préalable la cour suprême pour recueillir un avis sur l'interprétation à donner à ces termes obscurs qui font l'objet de controverses et de discussions » (M. RUDLOFF, Débats au Sénat, Séance du 7 mai 1991, JO, p. 876).

¹¹⁷ M. DREYFUS-SCHIMDT, Débat Sénat, Séance du 9 décembre 1987, JO, p. 5191.

¹¹⁸ D. LABETOULLE, « Ni monstre, ni appendice : le « renvoi » de l'article 12 », *RFDA* 1988. 214 ; v. égal. « il allait de soi, semble-t-il, que le renvoi aurait pour objet l'interprétation des textes législatifs et réglementaires », (A. ASHWORTH, « Singularité et tradition : l'article 12 de la loi du 31 décembre 1987 », *RDP* 1990. 1450) ; « le rescrit en forme d'avis juridictionnel qui peut désormais être obtenu de la Cour de cassation a pour finalité évidente de permettre une unification plus rapide et plus systématique de l'interprétation du droit », (A.

60. *L'interrogation de la doctrine : rien qu'une question d'interprétation ?*

L'assimilation des questions de droit aux seules questions d'interprétation doit pourtant être appréhendée avec circonspection. Si les questions d'interprétations sont assurément des questions de droit, il n'est rien de moins certain que la catégorie des secondes se limite aux premières. L'analogie de la question de droit à la question d'interprétation repose sur le postulat que le juge ne rechercherait le droit que dans la loi, or si « dans un système de droit codifié les juges interprètent la loi et ne créent de règle qu'à partir des textes », il faut avouer que ce principe « comporte une large part de fiction »¹¹⁹. Nombreuses sont les hypothèses où le juge recherche le droit ailleurs que dans une règle écrite et préétablie¹²⁰. Les exemples sont légion où le lien entre le texte et la solution peut être distendu sinon inexistant¹²¹. Ces questions posées au juge et dépassant le strict cadre de l'interprétation d'un texte législatif étaient-elles des « questions de droit » ? Pouvaient-elles fonder une demande d'avis ?

61. *La réponse de la jurisprudence.* Si l'hypothèse était tout à fait fondée, le dépouillement des avis révèle que, dans l'immense majorité des cas, le mécanisme est utilisé dans le but d'obtenir l'interprétation d'un texte de loi¹²². Rares, pour ne pas dire exceptionnelles, sont les hypothèses où la question posée ne repose pas expressément sur une disposition législative¹²³. La remarque n'est pas sans conséquence, surtout concernant le renvoi pour avis au Conseil d'État. En effet, « la transformation progressive du droit administratif, jadis largement jurisprudentiel, en un droit de plus en plus textuel, confère un place croissante à la fonction d'interprétation du juge »¹²⁴. En cantonnant la question de droit

COEURET, « Loi n° 91-491 du 15 mai 1991 modifiant le code de l'organisation judiciaire et instituant la saisine pour avis de la Cour de cassation », *RTD Civ.* 1991. 615) ; « la procédure d'avis a été, notamment en matière administrative, conçue pour unifier l'interprétation des textes », (F. ZENATI-CASTAING, « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *D.* 1992. 248) ; A.-M. Morgan de Rivery-Guillaud, considère que cette procédure pour avis constitue une « confirmation de la prééminence de la jurisprudence dans l'interprétation de la loi », (A.-M. MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *JCP* 1992. I. 3576, spéc. p. 173).

¹¹⁹ F. ZENATI-CASTAING, *art. cit.*, p. 249.

¹²⁰ *Ibid.* ; H.-M. DARNANVILLE, « La saisine pour avis du Conseil d'État et de la Cour de cassation », *AJDA* 2001. 416.

¹²¹ « Il en est ainsi en matière de principes généraux du droit » (F. ZENATI-CASTAING, *art. cit.*, p. 249).

¹²² Par quelques avis le Conseil d'État apprécie la validité des règlements administratifs ou la conventionnalité de la loi. Toutefois, comme il sera détaillé plus loin, il ne s'agit jamais, dans ces situations, que de résoudre des problèmes d'interprétation.

¹²³ CE avis, 12 juin 1998, *Bazillon*, n° 194862, Lebon p. 230. Dans cet avis « le Conseil d'État est amené à répondre à la question suivante : “Quel est l'ordre de juridiction compétent pour connaître des recours relatifs aux versements en cas de dépassement du seuil d'activité des infirmiers ?”. Le juge ici ne limite pas son contrôle à la seule interprétation d'un texte de loi, pour la simple raison qu'aucun texte n'envisage le problème » (H.-M. DARNANVILLE, *art. cit.*, p. 416).

¹²⁴ D. LABETOULLE, « Ni monstre, ni appendice : le « renvoi » de l'article 12 », *RFDA* 1988. 217.

à une question d'interprétation, le mécanisme des demandes d'avis suit et traduit ce mouvement des sources qui voit supplanter le droit législatif aux ancestraux principes jurisprudentiels¹²⁵.

62. *Le sursis à statuer et le renvoi.* Une fois le problème d'interprétation identifié, le juge va surseoir à statuer et renvoyer l'examen de cette question à sa juridiction suprême. En aucun cas toutefois le juge n'est tenu de procéder au renvoi. Le recours au mécanisme des demandes d'avis au Conseil d'État et à la Cour de cassation est à sa libre disposition. L'utilisation du verbe « pouvoir » manifeste clairement la volonté du législateur d'en faire une simple faculté. La préservation de la liberté du juge du fond était d'ailleurs une considération essentielle des parlementaires, Georges Kiejman, ministre délégué auprès du garde des sceaux, soulignant devant le Sénat que « la liberté d'appréciation du juge a été complètement préservée »¹²⁶ et que le texte « présenté garantit cette liberté de la manière la plus large : liberté de saisir ou non la Cour de cassation »¹²⁷.

2) *Une interprétation unifiée*

63. *Un mécanisme d'entraide entre juridictions.* L'interprétation délivrée est destinée au juge qui en a fait la demande, elle est un avis officiellement dépourvu de toute force obligatoire.

En effet pour faire obstacle à l'introduction du mécanisme des demandes d'avis, l'opposition parlementaire a rouvert un débat passionnel qui anime la doctrine depuis plus de deux siècles : celui de la prohibition des arrêts de règlement. En autorisant le juge suprême à énoncer une règle de droit générale et abstraite en dehors de tout litige, le renvoi aurait violé directement l'article 5 du Code civil¹²⁸. Face au spectre de la prohibition de l'arrêt de

¹²⁵ B. GENEVOIS, « Le Conseil d'État et l'interprétation de la loi », *RFDA* 2002. 877.

¹²⁶ Propos de G. KIEJMAN, Ministre délégué auprès du garde des sceaux, Ministre de la justice, JO Sénat, Compte rendu intégral des débats, Séance du 7 mai 1991, p. 876.

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ « La Cour de justice des Communautés Européennes a notamment pour mission d'interpréter les textes de droit communautaire. Lorsqu'elle remplit cette mission, la Cour rend des arrêts dont le dispositif est abstrait : la formule utilisée est que "la Cour dit pour droit". Pour autant, sa décision n'est pas un arrêt de règlement. En effet, le dispositif de l'arrêt est destiné à devenir le motif de principe du jugement rendu par le juge national qui l'a saisie de la question préjudicielle. C'est dire que l'interprétation donnée par l'arrêt de la Cour de justice va s'appliquer aux faits du litige, donc à des faits antérieurs à son édicton. Un raisonnement analogue peut être tenu au sujet de la saisine pour avis de la Cour de cassation ou du Conseil d'État » (J. HERON, « L'application des

règlement, les défenseurs du projet de loi ont opposé la liberté du juge du fond dans la réception de la réponse du juge suprême. Il y aurait là une différence fondamentale entre le mécanisme des demande d'avis et l'arrêt de règlement : alors que le second s'imposait de toute son autorité à l'ensemble des juridictions, la loi proclame solennellement la liberté du juge du fond dans la réception de la réponse délivrée. Les avis de la Cour de cassation et du Conseil d'État ne seraient qu'une consultation dépourvue de toute autorité juridique. Les juges du fond seraient alors totalement libres de les suivre, ou, au contraire, de ne pas en tenir compte. Les parlementaires ont été convaincus que la préservation de la liberté du juge du fond permettrait de purger la réponse de la Cour de cassation de son caractère réglementaire¹²⁹ et d'éviter qu'elle ne tombe sous le coup de la prohibition énoncée à l'article 5 du Code civil¹³⁰. Cette volonté de contourner l'obstacle de l'arrêt de règlement explique que la liberté des juges du fond dans la réception de la réponse soit solennellement consacrée par l'article 1^{er} des lois de 1987 et 1991. « L'avis rendu ne lie pas la juridiction qui a formulé la demande ». L'autorité de la réponse délivrée par les juridictions suprêmes confine donc à l'inexistence. Les termes de la loi sont d'une rare clarté et ne sauraient nourrir quelque divergence d'interprétation. Juridiquement, les juges du fond restent totalement libres dans la prise en considération de l' « avis » qu'ils ont sollicité.

64. La volonté du législateur de proclamer la liberté du juge du fond transparaît jusque dans le vocable finalement consacré. Le choix du terme « avis » n'est pas anodin et fut d'ailleurs longuement discuté. L'Assemblée nationale avait profité de la navette parlementaire pour corriger le Sénat dont elle pensait qu'il s'était mépris en consacrant cette terminologie.

jugements dans le temps », in *Le temps et le droit, Actes du 4^{ème} Congrès international de l'Association internationale de méthodologie juridique*, Ed. Yvon Blais Inc., 1996, p. 248).

¹²⁹ « L'avis ne sera pas pour autant un arrêt de règlement ayant valeur contraignante. Il n'est pas question, en effet, de revenir sur la prohibition des arrêts de règlement énoncée à l'article 5 du code civil et dont on peut penser qu'elle a valeur de principe général de notre droit. Pour que le présent projet s'écarte de cette prohibition, il serait nécessaire que l'avis rendu soit une décision et que cette dernière s'impose non seulement au juge qui a pris l'initiative de saisir la Cour de cassation, mais à l'ensemble des juridictions. Or vous savez qu'il n'en est rien. L'avis rendu laisse intacte la liberté du juge et celle des autres juridictions. Il n'y a donc pas d'atteinte à la prohibition des arrêts de règlement » (G. KIEJMAN, Ministre délégué auprès du garde des sceaux, Ministre de la justice, *JO Sénat*, compte rendu intégral des débats, Séance du 7 mai 1991, p. 877).

¹³⁰ « Vous avez indiqué que ce texte allait violer le principe admis par tous, et que nous ne voulons pas remettre en question, de l'interdiction des arrêts de règlement. Qu'est-ce qu'un arrêt de règlement ? C'est une décision qui s'impose dans l'affaire où elle est rendue, mais aussi dans les autres affaires où des problèmes analogues pourront se poser. Dans notre texte, cet avis ne s'impose pas à la juridiction qui l'a sollicité et, *a fortiori*, ne s'impose pas aux juridictions qui ne l'ont pas sollicité » (*Ibid.*, p. 882) ; « il a aussi été fait reproche à l'article 12 d'aller à l'encontre de la prohibition des arrêts de règlement. A s'en tenir à la lettre du texte, le reproche manque en fait : le projet de loi n'a jamais entendu imposer aux tribunaux ou aux cours d'appel de se plier à la solution exprimée à la suite du renvoi (...) et en retenant la notion d' « avis », le Parlement a consacré cette évidence » (D. LABETOULLE, « Ni monstre, ni appendice : le « renvoi » de l'article 12 », *RFDA* 1988. 217).

M. Mazeaud avait fait observer qu'en substituant le terme avis au terme décision, le Sénat avait commis une erreur car ce terme ne peut en aucun cas s'appliquer aux décisions rendues par les formations contentieuses. La terminologie retenue n'était toutefois nullement fortuite. « Le mot avait été parfaitement choisi » traduisant la volonté du Sénat d'ôter à la réponse de la juridiction suprême de l'ordre administratif toute valeur juridique. « Précisément ce que nous avons voulu c'est que dans ce cas le Conseil d'État ne rende pas une décision juridictionnelle, que la juridiction, qu'il s'agisse d'un tribunal ou d'une cour d'appel, ne puisse demander qu'un avis [...] Ainsi éclairé de sa demande le tribunal aurait pu tenir compte ou non de l'avis du Conseil »¹³¹. La réponse formulée par les juridictions suprêmes n'est donc pas une décision qui, revêtue de l'autorité de chose jugée se serait, selon les parlementaires, nécessairement imposée au juge du fond. Bien au contraire, l'avis s'oppose à la décision, il ne constitue qu'un simple élément de réflexion et laisse entière la liberté du juge du fond de le suivre, ou de s'en départir¹³². Si les développements qui suivront permettront de discuter l'opportunité de telles conclusions¹³³, il ne fait aucun doute que, dans l'esprit des parlementaires, le juge du fond est libre de ne pas suivre l'avis émis par la juridiction suprême.

65. Le mécanisme des demandes d'avis apparaît donc comme une consultation par laquelle un juge, confronté à un problème d'interprétation de la règle de droit, sollicite le concours de sa juridiction suprême. Il faut toutefois prendre garde de ne pas cantonner les demandes d'avis à ce rôle de simple consultation. Leur finalité dépasse le cadre de l'affaire dans laquelle elles trouvent leur origine. La finalité des demandes d'avis consiste, par la saisine de la juridiction suprême, à unifier l'interprétation des règles de droit.

66. *Un mécanisme d'unification de l'interprétation.* La volonté du législateur de faire des demandes d'avis un mécanisme d'unification de l'interprétation ressort de l'exégèse des dispositions l'instituant. Le fait de circonscrire son domaine en le limitant aux questions de droit en est l'indice. L'étude du destinataire de la question et des conditions posées à sa recevabilité manifeste sans équivoque possible que telle était bien sa volonté. L'unification de l'interprétation est le fruit d'une alchimie entre la sélection des questions d'interprétation les

¹³¹ M. DREYFUS-SCHMIDT, *JO Sénat*, Compte rendu intégral des débats, 9 décembre 1987, p. 5189.

¹³² « L'acte rendu par le Conseil d'État sur le fondement de l'article 12 a été qualifié d'avis pour marquer qu'il est dépourvu d'autorité juridique » (A. ASHWORTH, « Singularité et tradition : l'article 12 de la loi du 31 décembre 1987 », *RDJ* 1990. 1439).

¹³³ V. *infra*, n° 627 et s.

plus importantes et la centralisation de leur résolution entre les mains d'une juridiction suprême.

67. *L'unification par la centralisation.* Le fait que l'interprétation soit l'objet des demandes d'avis ne suffit pas à faire d'eux un mécanisme d'uniformisation de l'interprétation. Ce qui lui confère ce caractère, c'est la centralisation qu'il opère de ces questions entre les mains d'une juridiction suprême. En d'autres termes, la qualité du destinataire de la question (le Conseil d'État ou la Cour de cassation) fait du renvoi pour avis un mécanisme d'uniformisation de l'interprétation. L'avis étant délivré par la plus haute juridiction administrative ou judiciaire, sa portée va nécessairement dépasser le simple cadre du litige qui en fournit l'occasion. L'interprétation délivrée va se diffuser dans tout l'ordre juridique que surplombe la juridiction. En ce qu'il opère la centralisation de toutes les questions d'interprétation, le renvoi pour avis constitue le principal artisan du maintien de leur unité. C'est d'ailleurs en raison de cette fonction dévolue au renvoi pour avis que sa mise en œuvre est triplement conditionnée.

68. *L'unification par la sélection.* En effet, toute question de droit n'est pas susceptible de fonder une demande d'avis. Le législateur a voulu favoriser la mission jurisprudentielle du Conseil d'État et de la Cour de cassation. Pour cela il fallait d'abord éviter son encombrement en excluant la possibilité, pour les plaideurs, de saisir directement la juridiction suprême. Seuls les juridictions de l'ordre administratif ou judiciaire sont en mesure de solliciter un avis. Il fallait ensuite opérer un tri dans les questions de droit susceptibles de se poser au juge du fond pour que seules les questions d'interprétation les plus épineuses parviennent jusqu'au Conseil d'État ou la Cour de cassation. Le renvoi pour avis est ainsi triplement conditionné. La question doit être nouvelle, sérieuse, et susceptible de se présenter dans de nombreux litiges. On comprend l'idée qui justifie l'introduction de ces conditions : il s'agit en quelque sorte de restreindre le mécanisme des demandes d'avis aux questions de principe qui n'ont pas encore été tranchées par la voie de la cassation. Il s'agit ni plus ni moins que de favoriser la fonction jurisprudentielle de la juridiction suprême.

69. Encore que la question soit débattue¹³⁴, le Conseil d'État¹³⁵ et la Cour de cassation assurent le contrôle du respect de ces exigences. Le succès du mécanisme dépend de

¹³⁴ Les dispositions législatives telles que votées en 1987 n'indiquent pas clairement si la juridiction suprême doit opérer un contrôle des conditions de recevabilité. La question a été débattue par tous les artisans du droit.

l'interprétation plus ou moins restrictive que les juridictions suprêmes entendent donner des conditions de mise en œuvre. L'étude des avis délivrés traduit une approche volontairement libérale et plus particulièrement s'agissant du Conseil d'État. En effet, la nouveauté de la question ne se résume pas à la nouveauté du texte sur lequel elle porte¹³⁶ mais au simple fait qu'elle n'a encore jamais été tranchée¹³⁷. Et quand bien même la demande ne serait pas nouvelle, il n'est pas rare que la juridiction saisie réponde indirectement à la question posée¹³⁸. Le caractère sérieux est également très largement interprété. La question remplit ce caractère dès lors qu'une simple difficulté se fait jour. Le Conseil d'État a même accueilli une question d'interprétation qu'une simple référence aux travaux préparatoires suffisait à résoudre¹³⁹. Enfin, quant à la multiplicité des litiges concernés par la question de droit posée, les conclusions des avocats généraux et commissaires du gouvernement ne mentionnent que très rarement des indications chiffrées et se contentent de considérer comme satisfaite cette dernière condition. Certains auteurs ont poussé le propos plus loin encore, considérant que le juge acceptait de rendre son avis alors même que cette condition n'était pas remplie¹⁴⁰. Cette approche libérale des conditions posées à la mise en œuvre du renvoi révèle, en creux, leur strict respect par les juges du fond. Elle révèle surtout leur volonté de promouvoir le mécanisme, certains qu'en ouvrant les vannes de la demande d'avis, ils allaient réduire le flux

Les parlementaires d'abord se sont interrogés sur l'opportunité du contrôle en l'absence de sanction. En effet « quelle serait la sanction d'un tribunal qui enverrait aujourd'hui pour avis au Conseil d'État une affaire qui ne présente pas une difficulté sérieuse et dont ne dépend pas le règlement d'autres litiges ? Aucune sanction n'interviendrait » (M. RUDLOF, *JO Sénat*, Compte rendu des débats, séance du 9 décembre 1987, p. 5191). Le débat a ensuite été relayé par la doctrine soulevant notamment que « l'absence de recours possible contre les décisions de renvoi pourrait laisser penser qu'un tel contrôle est inutile » (A. ASHWORTH, « Singularité et tradition : l'article 12 de la loi du 31 décembre 1987 », *RDP* 1990. 1455). C'est enfin devant les juridictions que le problème s'est rapidement cristallisé, le commissaire du Gouvernement M. Laroque était peu favorable, dans les conclusions rendues à l'occasion du premier avis du Conseil d'État, à l'exercice d'un contrôle des conditions posées à l'article 12. Il indiquait combien il serait « difficile de s'engager dans la voie d'un contrôle formel du respect des exigences de l'article 12 et d'une sanction pouvant aller jusqu'au refus de réponse par le biais d'une véritable irrecevabilité » (CE avis, 7 juillet 1989, *Demoiselle Cale*, n° 106902, Concl. M. LAROQUE).

¹³⁵ Aujourd'hui bien nommé rapporteur public.

¹³⁶ S'agissant de l'article 11 du code de la route tel qu'issu d'une loi du 11 juillet 1989 : CE avis, 22 Novembre 1995, *Charton*, *JO*, 18 janvier 1996, p. 896 ; CE avis, 20 juin 1997, *Fety*, *JO*, 23 juillet 1997, p. 11048 ; CE avis, 28 juillet 2000, *Boullay*, *DA*. 2000, n° 237 ; s'agissant de l'article 92 de la loi du 7 janvier 1983 relative à la responsabilité du fait des rassemblements et attroupements, CE avis, 20 février 1998, *JO*, 19 mars 1998, p. 4159 ; F. ZENATI-CASTAING, « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *D.* 1992. 251 ; A.-M. MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *JCP* 1992. I. 3576, spéc. p. 175 ; F. BRENET, A. CLAEYS, « La procédure de saisine pour avis du Conseil d'État : pratique contentieuse et influence en droit positif », *RFDA* 2002. 525.

¹³⁷ Le commissaire du Gouvernement Philippe Martin a considéré qu'une question de droit doit être considérée comme nouvelle tant qu'elle n'a pas été tranchée par un arrêt du Conseil d'État. V. CE Ass. avis, 7 juillet 1989, *Société Cofiroute*, n° 106284 ; CE avis, 6 octobre 1995 *Chevillon*, Lebon p. 350.

¹³⁸ CE avis, 31 mars 1995, *SA expertise comptable et SARL Cara-Cara*, Lebon, p. 153.

¹³⁹ CE avis ass., 6 avril 1990, *Société Cofiroute*, n° 112497.

¹⁴⁰ CE avis, 6 octobre 1995, *Chevillon* ; *AJDA* 1995. 885, obs. J.-H. STAHL, D. CHAVALAUX ; CE avis, 25 février 1994, M. Peters, Lebon p. 97.

de pourvois. Les propriétés vertueuses du renvoi apparaissent d'une limpide évidence. Il permet d'unifier l'interprétation avec célérité.

70. La rapidité de l'unification. S'il décide de solliciter l'avis de sa juridiction suprême, le juge doit préalablement surseoir à statuer¹⁴¹. Cette décision, et le renvoi de la question litigieuse qui lui est associé, sont les moyens permettant de réduire autant qu'il se peut le délai séparant l'identification d'une question de droit de sa résolution définitive. En effet, la juridiction confrontée à une question de droit qu'elle ne sait résoudre interrompt le cours du procès, « suspend le cours de l'instance »¹⁴² et renvoie sa solution à la juridiction suprême. Cette décision de sursis à statuer est doublement profitable d'un point de vue strictement temporel. Elle évite d'abord à la juridiction saisie le travail d'un règlement du litige au fond dont elle sait que, reposant sur un droit incertain, il sera probablement contesté. Elle permet ensuite l'intervention précoce de la juridiction suprême et, par là, une fixation rapide de l'état du droit. Les demandes d'avis prennent sur ce point le contrepied direct des mécanismes hiérarchiques. Alors que la cassation fait de l'unification du droit l'aboutissement d'une succession de décisions juridictionnelles, se nourrit de la sédimentation jurisprudentielle et de ses divergences, la demande d'avis « court-circuite » le processus habituel de formation et précipite l'intervention de la juridiction suprême. Les demandes d'avis font l'économie d'un temps précieux en réduisant l'âge de maturité de la jurisprudence, une célérité structurelle qui explique leur consécration contemporaine.

71. L'introduction des demandes d'avis devant la Cour de cassation ne trouvait en effet d'autre motivation que la recherche d'« une unification plus rapide de l'interprétation de la règle de droit »¹⁴³. Le législateur cherchait à remédier « à la lenteur de la formation de la

¹⁴¹ Art. 1031-1 CPC : « Dès réception des observations ou à l'expiration du délai, le juge peut, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation en formulant la question de droit qu'il lui soumet. Il surseoit à statuer jusqu'à la réception de l'avis ou jusqu'à l'expiration du délai mentionné à l'article 1031-3 ». Art. 706-65 CPP : « Dès réception des observations et conclusions ou à l'expiration du délai, le juge peut, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation en formulant la question de droit qu'il lui soumet. Il surseoit à statuer jusqu'à la réception de l'avis ou jusqu'à l'expiration du délai mentionné à l'article 706-67 » ; Art L. 113-1 CJA : « Avant de statuer sur une requête soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel peut, par une décision qui n'est susceptible d'aucun recours, transmettre le dossier de l'affaire au Conseil d'État, qui examine dans un délai de trois mois la question soulevée. Il est sursis à toute décision au fond jusqu'à un avis du Conseil d'État ou, à défaut, jusqu'à l'expiration de ce délai ».

¹⁴² Art. 378 C. civ.

¹⁴³ J. BUFFET, « La saisine pour avis de la Cour de cassation, exposé devant les premiers présidents de cours d'appel réunis à la Cour de cassation le 29 mars 2000 », www.courdecassation.fr.

jurisprudence »¹⁴⁴ et « à la paralysie croissante du corps judiciaire »¹⁴⁵. L'avantage premier du mécanisme des demandes d'avis est que « tout de suite, la portée de la loi est dite par la juridiction qui a le dernier mot »¹⁴⁶. Ainsi, à titre d'exemple, les opposants à la généralisation de l'appel en matière prud'homale arguaient qu'elle risquait de repousser la solution du litige et l'unification du droit dans des délais déraisonnables. Ses défenseurs ont alors immédiatement revendiqué l'existence de la saisine pour avis¹⁴⁷.

Cette vertu est à l'origine de son apparition dans le fonctionnement du Conseil d'État quatre années plus tôt. La loi du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif avait pour ambition première le désengorgement du Conseil d'État. Pour y parvenir, la loi de 1987 a créé les cours administratives d'appel. Mais en généralisant la procédure d'appel et en développant corrélativement le rôle de cassation du Conseil d'État¹⁴⁸, cette même loi augmentait considérablement le temps nécessaire à l'élaboration de la jurisprudence. A s'en tenir aux règles désormais établies « c'est n'est que trop tardivement, au terme de la procédure de première instance, d'appel et éventuellement de cassation, que l'intervention du Conseil d'État peut aboutir à ce que soit tranchée la question de principe nouvelle et importante »¹⁴⁹. « Inquiète des longueurs qui allaient résulter de l'institution des cours administratives d'appel et des délais désormais nécessaires pour disposer d'une jurisprudence sûre pour l'interprétation des textes nouveaux »¹⁵⁰, « l'administration a souhaité la création d'une procédure accélérée permettant de provoquer l'intervention rapide du Conseil d'État sur des points de droit encore incertains »¹⁵¹. Il s'agissait d'« avancer le moment où cette question (uniformisation du droit) sera résolue »¹⁵² en permettant au Conseil d'État « d'indiquer, dès la première instance, les tendances jurisprudentielles »¹⁵³. C'est donc à leur célérité que les demandes d'avis doivent principalement leur consécration.

¹⁴⁴ J. BUFFET, « La saisine pour avis de la Cour de cassation, exposé devant les premiers présidents de cours d'appel réunis à la Cour de cassation le 29 mars 2000 », www.courdecassation.fr.

¹⁴⁵ A.-M. MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *JCP* 1992. I. 3576, spéc. p. 173.

¹⁴⁶ J. BUFFET, *art. cit.*

¹⁴⁷ J. BORE, « La Cour de cassation pour l'an 2000 », *D.* 1995. 135.

¹⁴⁸ La pratique de la cassation par le Conseil d'État était jusqu'alors marginale. A ce titre, la loi de 1987 fut une véritable révolution opérant une « transformation profonde du Conseil d'État statuant au contentieux » (J.-H. STAHL, « La cassation », *RA.* 1999, n° spécial, p. 83).

¹⁴⁹ D. LABETOULLE, « Ni monstre, ni appendice : le « renvoi » de l'article 12 », *RFDA* 1988. 213.

¹⁵⁰ Y. GAUDEMET, « La prévention du contentieux administratif par les avis du Conseil d'État », *RA.* 1999, n° spécial, p. 97.

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² D. LABETOULLE, *art. cit.*, p. 213.

¹⁵³ C. LEDERMAN, Compte rendu des débats, Sénat, *JO*, Séance du 7 mai 1991, p. 879.

72. Le mécanisme des demandes d'avis présente ainsi un double visage. Mécanisme d'entraide entre un juge du fond et sa juridiction suprême dans la résolution d'un litige, il constitue aussi et avant tout une méthode atypique permettant à celle-ci d'unifier l'interprétation des règles législatives. Cette finalité transparaît de l'étude des travaux préparatoires comme de l'exégèse des dispositions législatives l'instituant. La délimitation de l'objet de la question, les conditions posées à sa transmission et la qualité du destinataire du renvoi sont autant d'éléments tournés vers l'uniformisation de l'interprétation des règles de droit. La méthode utilisée pour parvenir à cette fin présente des caractères particuliers qui sont dignes d'intérêt.

B) La nature juridique des demandes d'avis

73. Le mécanisme des demandes d'avis n'a pas tardé à mobiliser la doctrine. Il est d'ailleurs remarquable qu'il ait suscité des écrits avant même son introduction¹⁵⁴. Sur le fond, les auteurs se sont généralement livrés à une analyse prospective de l'efficacité du mécanisme et à l'interprétation des conditions nécessaires à sa mise en œuvre¹⁵⁵. Qu'est-ce qu'une question de droit ? Comment le critère de la nouveauté doit-il être apprécié ? A partir de quel seuil quantitatif la question doit elle être considérée comme se posant dans de nombreux litiges ? Ces interrogations sont consubstantielles à toute réforme législative et il est de l'office même des commentateurs d'en soumettre les dispositions à une vision prospective. Le débat n'a toutefois pas tardé à glisser vers le domaine privilégié de la doctrine, celui des distinctions et des classifications. Sitôt la réforme élaborée, les auteurs se sont posés la question de la catégorie juridique à laquelle le mécanisme nouvellement consacré pouvait être rattaché. Bref, la question s'est posée de la nature juridique des demandes d'avis au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

Les réponses à ces questions ont toutes convergé vers une seule et même idée : celle de leur caractère inédit¹⁵⁶. Certes les méthodes pour qualifier son « originalité »¹⁵⁷ et son

¹⁵⁴ G. ROUHETTE, « Une fonction consultative pour la Cour de cassation », in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, p. 343.

¹⁵⁵ A. ASHWORTH, « Singularité et tradition : l'article 12 de la loi du 31 décembre 1987 », *RDP* 1990. 1445 ; F. ZENATI-CASTAING, « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *D.* 1992. 247 ; A.-M. MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *JCP* 1992.I. 3576, spéc. p. 173.

¹⁵⁶ Y. GAUDEMET, « La prohibition de l'arrêt de règlement s'adresse-t-elle au juge administratif ? Les leçons de l'histoire », *RDP* 2010. 1617.

¹⁵⁷ M. FRANC, « Commentaire sur une réforme », *AJDA* 1988. 83.

« innovation »¹⁵⁸ divergent d'un auteur à un autre. Certains font fi de toute délicatesse et soulignent l'« étrangeté »¹⁵⁹ voire la « monstruosité » du mécanisme. D'autres traduisent son irréductibilité par le recours à des termes didactiques nébuleux, lui attribuant un « caractère tératologique »¹⁶⁰. Mais quel que soit le qualificatif employé, il ne s'agit jamais que d'insister sur son caractère « atypique »¹⁶¹. C'est « un peu vainement qu'on a cherché, sans succès d'ailleurs, une catégorie ou un modèle théorique auquel le rattacher »¹⁶². Le mécanisme des demandes d'avis serait un « objet juridique non identifié »¹⁶³ qui « ne peut être comparé terme à terme à aucune procédure de renvoi »¹⁶⁴. Il serait un mécanisme inédit, *sui generis* et impropre à toute classification. Il serait sans précédent exact »¹⁶⁵, ni en droit positif (1), ni dans les figures du passé (2).

1) *L'absence de référent en droit positif*

74. Les demandes d'avis ne sauraient d'abord être rattachées aux mécanismes de renvoi connus du droit positif. La doctrine s'accorde pour mettre en évidence les disparités qui les opposent au renvoi direct en interprétation d'abord, et à la question préjudicielle ensuite.

75. *Saisine pour avis et recours direct en interprétation.* Une première hypothèse de comparaison pourrait viser à lier la saisine pour avis au recours permettant à une partie de solliciter du juge administratif l'interprétation d'un acte juridique¹⁶⁶. Il faut avouer que l'objet de la question invite au rapprochement, elle qui porte dans l'un comme dans l'autre cas sur l'interprétation. Ce point de convergence ne doit toutefois pas induire en erreur. Les deux mécanismes ne tendent absolument pas au même but et sont d'ailleurs régis par des règles de fonctionnement étrangères les unes aux autres. Concernant la finalité d'abord, le renvoi direct

¹⁵⁸ R. CHAPUS, « Les aspects procéduraires », *AJDA* 1988. 93.

¹⁵⁹ J.-F. THERY, « Les nouvelles procédures contentieuses au Conseil d'État », *RFDA* 1988, p. 710.

¹⁶⁰ A. ASHWORTH, « Singularité et tradition : l'article 12 de la loi du 31 décembre 1987 », *RDP* 1990. 1443.

¹⁶¹ *Ibid.* p. 1444.

¹⁶² Y. GAUDEMET, « La prévention du contentieux administratif par les avis du Conseil d'État », *RA*. 1999, n° spécial, p. 98.

¹⁶³ R. WASS, « L'influence contentieuse des « avis sur des questions de droit », *LPA*, 22 avril 2011, n° 80, p. 3.

¹⁶⁴ A. ASHWORTH, *art. cit.*, p. 1444.

¹⁶⁵ Y. GAUDEMET, *art. cit.*, p. 99

¹⁶⁶ Le recours direct en interprétation est conditionné à l'existence d'un litige né et actuel dont la résolution est commandée par l'interprétation sollicitée sans pour autant que la situation conflictuelle ait déjà donné matière à l'exercice d'un recours contentieux. L'interprétation demandée peut être celle d'un acte réglementaire mais également d'un contrat par exemple. Sur ce point, R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Domat, 2008, 13^{ème} éd., p. 759.

en interprétation n'a pas pour objectif d'unifier l'interprétation du droit. Preuve en est que les actes administratifs individuels ou les contrats administratifs¹⁶⁷ peuvent faire l'objet d'un tel recours, alors que cette interprétation n'intéresse que leurs destinataires. Le recours direct en interprétation apparaît donc comme une consultation sollicitée par le justiciable. La modalité de saisine constitue d'ailleurs le second point d'achoppement de la comparaison. Entièrement dirigé vers l'unification de l'interprétation, le mécanisme des demandes d'avis restreint sa mise en œuvre aux juges, seuls capables de distinguer les questions importantes des questions secondaires. Etranger à cette finalité, le recours en interprétation permet en revanche au justiciable de saisir la juridiction administrative directement, sans que le contentieux ne soit forcément cristallisé devant une juridiction. Des lors, excepté l'objet commun de la question posée, rien ne permet d'assimiler le mécanisme des demandes d'avis au recours direct en interprétation.

76. Saisine pour avis et question préjudicielle. Pas plus qu'elles ne peuvent être considérées comme une sorte de renvoi direct en interprétation, les demandes d'avis ne peuvent être qualifiées de question préjudicielle. En effet, transcendant l'opposition des doctrines privatiste et publiciste¹⁶⁸, la question préjudicielle est communément définie comme « un point litigieux dont la solution doit précéder celle de la question principale qu'elle commande mais qui ne peut être tranché par la juridiction saisie, de telle sorte que celle-ci doit surseoir à statuer jusqu'à ce que la question préjudicielle ait été résolue par la juridiction seule compétente pour en connaître »¹⁶⁹. La cause de la question préjudicielle tient ainsi à l'incompétence¹⁷⁰ du juge saisi pour connaître d'une question nécessaire à la solution du litige. Le sursis à statuer est alors une obligation à laquelle, sous peine de sanction, le juge est obligé de se soumettre. Une telle contrainte est étrangère au mécanisme des demandes d'avis

¹⁶⁷ R. ODENT, *Contentieux administratif*, Dalloz, 2007, t. 2, p. 692.

¹⁶⁸ « Pour qu'il y ait question préjudicielle, il faut d'abord qu'il y ait une question, c'est-à-dire une difficulté réelle, soulevée par les parties ou spontanément reconnue par le juge, et de nature à faire naître un doute dans un esprit éclairé ; enfin cette question doit exiger un jugement distinct et séparé, émanant d'un juge autre que celui de fond » (E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, 1^{ère} éd., 1887-1888, rééd., LGDJ, 1989, t.1, p. 449) ; « une question est dite préjudicielle lorsque sa solution doit précéder l'examen du fond, et lorsqu'elle doit être tranchée par une juridiction qui n'appartient pas à l'ordre juridictionnel auquel appartient la juridiction compétente sur l'action principale » (R. ODENT, *Cours de contentieux administratif*, IEP Paris, 1978, Fascicule 1, p. 142).

¹⁶⁹ G. CORNU (sous la dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 8^{ème} éd., 2007, p. 751.

¹⁷⁰ « Celle-ci [la question préjudicielle] peut se définir comme la question qui, nécessaire à l'examen au fond du litige, doit être tranchée, non par la juridiction saisie, mais par le tribunal ayant compétence exclusive pour en connaître. Concrètement, la juridiction devant laquelle se pose une question préjudicielle a l'obligation de surseoir à statuer sur le litige dont elle est saisie, jusqu'à ce que l'autorité juridictionnelle, exclusivement compétente, ait tranché la difficulté qui faisait l'objet de la question préjudicielle » (L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2007, p. 1118).

dont le caractère foncièrement discrétionnaire a été souligné plus haut. Le juge n'est jamais contraint de recourir à une demandes d'avis, il peut tout à fait, malgré le doute dont il est saisi, trancher le problème de droit auquel il est confronté. « La question qui conduit la juridiction à se dessaisir ne relève pas de la compétence exclusive d'une autre juridiction puisqu'elle n'est autre que l'interprétation du droit, laquelle incombe à toute juridiction quelle qu'elle soit »¹⁷¹. En bref, le mécanisme des demandes d'avis ne repose pas sur l'incompétence de l'auteur de la question. Il est au contraire un mécanisme à la libre disposition des juges du fond. Dépourvu de tout rattachement contemporain, c'est dans le passé que les auteurs sont allés rechercher sa paternité (2).

2) *L'absence de référent historique*

77. Les débats parlementaires ont été la première occasion de tisser des liens entre le mécanisme des demandes d'avis et d'illustres prédécesseurs. Conscients que le mécanisme serait d'autant mieux accepté qu'il pourrait se prévaloir d'une prestigieuse paternité, les parlementaires se sont efforcés de le rattacher à des figures révolues. Le pas fut vite franchi « lors du vote de la loi de 1987, ou dans les commentaires doctrinaux qui ont suivi »¹⁷², qui a conduit à assimiler les demandes d'avis au référé législatif d'abord, et au rescrit de droit romain ensuite. Toutefois, si les mécanismes ne sont pas dénués de toute parenté, il est excessif de pousser la comparaison jusqu'à l'analogie. Il est évident que pour chacun d'eux « l'objectif était bien, comme dans l'actuelle procédure d'avis juridictionnel, de compléter un texte incertain, ambigu ou incomplet par une interprétation "officielle" »¹⁷³. Il ne fait aucun doute également que cette finalité commune était satisfaite au moyen de la même technique préjudicielle. Malgré ces points communs, un obstacle de taille empêche toute assimilation, auquel les commentateurs n'ont peut-être pas apporté toute l'attention qu'il méritait. Cet obstacle, c'est l'esprit profondément différent qui anime les demandes d'avis. Les motifs qui ont justifié l'introduction des rescrits et référés sont indifférents à ceux qui ont motivé leur introduction. Mieux, ils s'opposent.

¹⁷¹ F. ZENATI-CASTAING, « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *D.* 1992. 252.

¹⁷² Y. GAUDEMET, « La prévention du contentieux administratif par les avis du Conseil d'État », *RA.* 1999, n° spécial, p. 99.

¹⁷³ *Ibid.*

78. En effet, en ressuscitant le référé monarchique¹⁷⁴ les révolutionnaires n'avaient d'autre volonté que de juguler l'action du juge et de réserver à l'auteur du texte le pouvoir de l'interpréter. Conscients qu'en acceptant l'interprétation juridictionnelle le législateur se serait exposé à la trahison de sa lettre, ils ont décidé d'interdire au juge d'interpréter la loi. Le référé législatif était une obligation faite aux juges de solliciter l'intervention du législateur et de « provoquer de sa part une interprétation officielle »¹⁷⁵ de la loi. Le référé législatif était avant tout un mécanisme de défiance vis-à-vis du juge. Sa logique n'est pas différente de celle du rescrit romain. L'empereur a décidé de préserver l'interprétation de son droit afin d'affermir son pouvoir et de lutter contre les corps intermédiaires. Une logique suspicieuse est donc à l'origine de la volonté de l'empereur de répondre directement aux « questions posées par des particuliers, des fonctionnaires ou des magistrats, à l'occasion ou en dehors de tout litige »¹⁷⁶. Les rescrits et référé font ainsi de l'interprétation « le fait du législateur »¹⁷⁷, alors que c'est à une « cour suprême »¹⁷⁸ que les demandes d'avis s'adressent. Cette translation du pouvoir de l'interprétation n'est pas un point de détail. Elle marque une différence ontologique qui rend la comparaison des mécanismes plus qu'approximative. Alors que « la raison d'être »¹⁷⁹, « la justification théorique »¹⁸⁰ des rescrit et référés était « d'assurer l'omnipotence du législateur et se prémunir contre l'activité jurisprudentielle »¹⁸¹, alors que ces procédures sont un moyen pour l'auteur du texte de contrôler l'interprétation et son application, l'avis juridictionnel est étranger à ce sentiment de suspicion. Il s'agit, non de juguler l'action interprétative du juge, mais simplement de l'unifier. Si l'analogie a pu « faire florès »¹⁸², cette différence profonde exclut que les demandes d'avis soient assimilées à ces précédents historiques. Yves Gaudemet l'avait compris, lui qui, devant l'analogie faite par le président Foyer « avec le rescrit de droit romain », préférerait quant à lui « parler plus modestement de renvoi »¹⁸³.

¹⁷⁴ La loi des 16 et 24 août 1790 dispose dans son article 12 que les tribunaux « ne pourront point faire de règlement mais ils s'adresseront au Corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle ». Le texte est source d'ambiguïté quant à son champ d'application. En effet le « mais » interdit-il seulement l'interprétation abstraite ou également l'interprétation concrète ? Le « mais » aurait pu laisser penser que seule est interdite l'interprétation abstraite énoncée dans les arrêts de règlement et non l'interprétation concrète livrée à l'occasion d'une affaire, notamment en cas d'absence de loi. Le débat ne fut jamais tranché.

¹⁷⁵ Y. GAUDEMET, « La prévention du contentieux administratif par les avis du Conseil d'État », *RA*, 1999, n° spécial, p. 99.

¹⁷⁶ J. GAUDEMET, *Les institutions de l'antiquité*, Sirey, 1967, p. 584.

¹⁷⁷ Y. GAUDEMET, *art. cit.*, p. 99.

¹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ *Ibid.*

¹⁸² A. ASHWORTH, « Singularité et tradition : l'article 12 de la loi du 31 décembre 1987 », *RDP* 1990. 1470.

¹⁸³ D. LABETOULLE, « Ni monstre, ni appendice : le « renvoi » de l'article 12 », *RFDA* 1988. 213.

79. Conclusion de section. Replacées au sein des modes d'unification de l'interprétation, les demandes d'avis présentent des caractères atypiques.

Elles reposent d'abord sur une libre collaboration entre les juges du fond et leur juridiction suprême. Le maintien de l'unité d'interprétation est ainsi le produit d'une démarche profondément pacifique. *Les demandes d'avis sont un mécanisme dialogique d'unification du droit.* Elles reposent ensuite sur la technique préjudicielle, méthode qui accélère considérablement le temps nécessaire à son uniformisation. Le problème d'interprétation est résolu sitôt qu'il a été identifié par le juge et cela indépendamment de l'exercice des voies de recours par les parties. *Les demandes d'avis sont un mécanisme diligent d'unification du droit.*

Ces deux caractères posent les demandes d'avis en contrepoint d'une cassation hiérarchique et autoritaire. Il ne faut pas s'en étonner, l'étude des travaux préparatoires a justement révélé que l'introduction des secondes avait pour but précis de pallier les carences de la première. Dans « une société de l'instantanéité et de l'immédiateté, les avis de la Cour de cassation permettent ainsi d'obtenir une réponse plus rapide sur une question nouvelle sans subir les lenteurs d'un contentieux¹⁸⁴ ». Leur institution apparaît ainsi comme une réponse pratique au problème de l'inadaptation contemporaine du modèle hiérarchique d'uniformisation.

80. Au moment de leur avènement, les demandes d'avis ont posé le problème de leur qualification. Elles ont rapidement été considérées comme rétives aux classifications existantes, condamnées à errer seules dans les interstices de l'espace juridique.

Cet isolement n'est pourtant pas justifié. Les demandes d'avis ont une fonction : l'unité de l'interprétation ; elle utilisent une technique particulière : la technique préjudicielle ; elle sont justifiées par une cause : la carence des modèles hiérarchiques d'unification. Fort de ces trois marqueurs il faut reprendre la comparaison et regarder si le droit positif ne contenait pas déjà, au moment de leur institution, quelques mécanismes susceptibles de s'en rapprocher. Ce changement de méthode, du microscopique vers le macroscopique, permet d'éclairer la comparaison d'un jour nouveau. Il apparaît rapidement que les demandes d'avis ne sont pas aussi esseulées que les écrits le laissent à penser. Un mécanisme aux mêmes caractères avait d'ores et déjà été institué près d'un demi-siècle auparavant devant le Tribunal des conflits (Section II).

¹⁸⁴ M. MEKKI, « Propos introductifs sur le droit souple », in *Le droit souple*, Dalloz, 2009 p. 20.

SECTION II : LE RENVOI PREVENTIF AU TRIBUNAL DES CONFLITS

81. A l'image des cours souveraines dont il est issu, le Tribunal des conflits est le produit d'une Histoire longue et tumultueuse, faite de bouleversements et d'évolutions. Les temps changent et obligent ces cours à s'embarquer sur la voie de la conversion. Le Tribunal des conflits n'est donc plus aujourd'hui celui qu'il était à époque de sa création, parce que les contraintes juridiques actuelles ne sont pas celles du siècle précédent. L'accélération du temps du droit et la fièvre consultative ne l'ont pas épargné, pas plus qu'ils n'ont épargné quelques temps après le Conseil d'État et la Cour de cassation. Le Tribunal n'a pas hésité à surmonter ces nouveaux enjeux par des réformes structurelles auxquelles il doit sa survie. Les modalités de sa saisine ont évolué dans un sens dialogique, au point de changer sa nature et de faire douter de l'opportunité de sa dénomination. S'il « symbolisait historiquement, le combat dirigé contre l'excès de puissance des tribunaux judiciaires »¹⁸⁵, il joue aujourd'hui la carte de la célérité et de l'apaisement. La consécration de mécanismes préjudiciels au début des années 1960 lui a permis d'accélérer le prononcé de sa décision et, par suite, l'unification de la jurisprudence. Elle lui a également permis de faire de cette unification le produit d'une procédure placée sous l'égide de la négociation et du dialogue. A l'instar du mécanisme des demandes d'avis venu pallier les carences du modèle hiérarchique d'unification des cours suprêmes nationales, le renvoi préventif au Tribunal des conflits (§2) est venu pallier les lacunes du modèle conflictuel qui prévalait jusqu'alors (§1).

§1 - LES CARENCES DE L'UNIFICATION CONFLICTUELLE DE L'INTERPRETATION

82. Pour comprendre l'évolution générale du Tribunal des conflits, il faut évidemment partir de ses origines. Sa naissance, sa composition, et les missions qui lui ont été confiées expliquent qu'il soit devenu un acteur majeur de l'édification de la jurisprudence. Il a été créé pour unifier l'interprétation des règles de répartition des compétences entre les juges administratif et judiciaire. A ses origines, sa jurisprudence s'est développée dans un cadre conflictuel (A) qui, dès le milieu du XX^{ème} siècle, ne répond plus aux besoins de

¹⁸⁵ P. GONOD, « Rapport introductif », in *Le Tribunal des conflits, Bilan et perspectives*, P. Gonod, L. Cadiet (dir.), Dalloz, 2009, p. 3.

l'administration de la justice. Le Tribunal des conflits a éprouvé le modèle conflictuel bien avant la Cour de cassation et le Conseil d'État. Il a, bien avant eux, révélé ses lacunes insurmontables (B).

A) Grandeur du modèle conflictuel

83. Le Tribunal des conflits est généralement connu pour son rôle départiteur. Lorsqu'à l'occasion d'un litige une contestation s'élève sur la compétence des ordres de juridiction, il lui revient en dernier lieu de désigner celui, du juge administratif ou du juge judiciaire, auquel doit échoir l'affaire. Cet office pratique est l'occasion pour lui d'élaborer une importante jurisprudence. Par-delà son rôle d'arbitre, il est un acteur jurisprudentiel de premier plan (1). Sa mission s'exerce dans un cadre conflictuel qui explique sa dénomination (2).

1) Le Tribunal des conflits, acteur jurisprudentiel

84. Pour comprendre le rôle du Tribunal des conflits, il faut revenir aux origines ; non pas seulement aux origines de sa création, mais plus loin encore, à l'événement qui devait la rendre indispensable, l'apparition du dualisme juridictionnel.

85. Histoire d'une création. Pour la majorité des auteurs¹⁸⁶, la loi des 16 et 24 août 1790 constitue l'acte de naissance du dualisme juridictionnel¹⁸⁷. En énonçant que « les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions », son article 13 a reconnu la spécificité de l'action administrative et soustrait son contentieux à

¹⁸⁶ Pour les plus illustres : E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 1^{ère} éd., 1887, rééd., LGDJ, 1989, t.1, p. 150 ; M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 11^{ème} éd., Sirey, 1927, t.2, p. 946 ; L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3^{ème} éd., Fontemoing, 1928, t.2, p. 675 et s.

¹⁸⁷ Cette thèse est mise en cause par certains auteurs considérant que la loi des 16 et 24 août 1790 interdisait aux juges judiciaires de troubler l'administration, non pas de la juger. L'idée que l'administration devait être soustraite à l'action du juge judiciaire ne se serait développée que quelques mois plus tard, pour aboutir à la consécration de la théorie du ministre juge. V. M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, LGDJ, 1973, rééd. 1980 ; J. CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Thèse, Paris, 1968, LGDJ, 1970 ; J. CHEVALLIER, « Du principe de séparation au principe de dualité », *RFDA* 1990. 712.

la compétence des juridictions ordinaires. Le juge ne peut juger l'administration. Celle-ci sera son propre juge.

86. La compétence du juge étant circonscrite, il restait à trancher les éventuels conflits qui pouvaient naître de l'application de ces règles. Le décret du 21 fructidor an III (7 septembre 1795) avait prévu que le ministre s'en chargerait, contrôlé dans cette tâche par le Directoire, lequel pouvait, en dernier ressort, en référer au Corps législatif. Cette mission devait être rapidement transférée au Conseil d'État par le Règlement du 5 nivôse an VIII (26 décembre 1799) qui l'a institué¹⁸⁸. Au début du XIX^{ème} siècle l'administration n'était donc pas seulement son propre juge, elle détenait également le remarquable pouvoir de déterminer elle-même l'étendue de sa compétence.

87. L'élan Republicain du milieu du XIX^{ème} siècle est venu bouleverser ce schéma initial. La seconde République, en même temps qu'elle donnait « la justice administrative déléguée au Conseil d'État (...) lui retirait la fonction de règlement des conflits qu'il exerçait auparavant à l'ombre et sous l'autorité du chef de l'État »¹⁸⁹. Le Tribunal des conflits était né, chargé de prémunir le justiciable contre un déni de justice et de préserver la compétence de la juridiction administrative contre les atteintes que le juge judiciaire était susceptible de lui porter. Son existence devait toutefois être éphémère. La proclamation du second Empire quatre années plus tard lui fut fatale, restaurant le Conseil d'État dans ses anciennes attributions. L'histoire du Tribunal des conflits est donc celle d'une mort prématurée, puis d'une résurrection. Sa renaissance sera le fait de la loi du 24 mai 1872. Le Conseil d'État, désormais souverain dans ses attributions, ne pouvait plus statuer seul sur les conflits de compétence. Il fallait un juge chargé de « l'aiguillage des affaires entre les deux ordres de juridiction »¹⁹⁰, un « capitaine qui conduit, guide, et oriente les procès parmi les méandres de la ligne de partage des eaux entre les contentieux privés et publics »¹⁹¹. La réviviscence¹⁹² du Tribunal des conflits était devenue une nécessité pratique.

¹⁸⁸ B. PACTEAU, « Contributions », in *Rapport annuel du Tribunal des conflits pour 2005*, non publié, en ligne sur http://www.tribunal-conflits.fr/documents/rapports-annuels/rapport_tc_2005.pdf, p. 32.

¹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁰ P. MARTIN, « Rapports introductifs », in *Le Tribunal des conflits, Bilan et perspectives*, P. Gonod, L. Cadiet (dir.), Dalloz, 2009, p. 10.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 31.

¹⁹² Le Tribunal des conflits de 1872 est quasiment identique à celui de 1848. L'article 27 de la loi du 24 mai 1872 dispose en effet que « la loi du 4 février 1850 et le règlement du 28 octobre 1849, sur le mode de procéder devant le tribunal des conflits, sont remis en vigueur ».

88. Un rôle jurisprudentiel. Au moment de son institution, le Tribunal des conflits a pour vocation première de résoudre les problèmes de compétence que rencontrent les juridictions dans l'exercice de leur mission. Son rôle apparaît, à première vue, pratique et casuel.

Il serait aujourd'hui profondément réducteur de limiter la fonction du Tribunal des conflits à celle d'un simple juge départiteur. Pas plus que la Cour de cassation et que le Conseil d'État, il n'a pu se dérober au processus naturel de l'éclosion d'une jurisprudence. Il est soumis à la loi des 16 et 24 août 1790 et aux règles qui lui dérogent¹⁹³, mais comment ne pas voir qu'à cette occasion il en délivre une interprétation authentique ? Il est une juridiction suprême chargée de l'interprétation de textes juridiques dont l'unification échappe au Conseil d'État et à la Cour de cassation : les textes qui régissent leur propre compétence.

Ce rôle d'interprète authentique découle directement de la situation hégémonique qui lui est dévolue. Sa position unique dans l'appareil juridictionnel, le prestige des magistrats qui le composent et la généralité des considérants favorisent le rayonnement de ses interprétations par-delà le cadre strict de l'affaire qui en a constitué l'occasion. Derrière son rôle d'organe départiteur, le Tribunal des conflits est un acteur jurisprudentiel de premier plan.

La jurisprudence qu'il diffuse est d'autant plus importante que la loi des 16 et 24 août 1790 dont il assure l'interprétation est un texte creux et évasif. Jean Rivero le clamait avec force : « pour guider le juge des compétences il n'est plus de critère certain ; ici plus qu'ailleurs, la tâche du juge sera, non d'appliquer le droit, mais de le construire ; et l'on en voit peu de moins aisées »¹⁹⁴. De l'avis de ses membres, ce n'est d'ailleurs qu'« une forte minorité des affaires soumises au Tribunal des conflits [qui] proviennent de domaines dans lesquels les critères de compétence sont connus mais ont été inexactement appliqués par l'un des deux ordres de juridiction »¹⁹⁵, preuve de l'importance seulement résiduelle de son rôle juridictionnel. Arbitre des compétences, le Tribunal se fait, à cette occasion, interprète authentique. Peut-être d'ailleurs serait-il plus exact d'inverser la hiérarchie de ces fonctions. Tel était l'avis du Doyen Vedel pour qui le « rôle jurisprudentiel [du Tribunal] dépasse son rôle juridictionnel »¹⁹⁶.

¹⁹³ « Indicateur de compétences, le Tribunal des conflits est appelé à interpréter d'une part, et principalement, la loi des 16 et 24 août 1790 qui pose le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, d'autre part, les lois qui lui sont dérogoires en tant qu'elles sont attributives de compétences à l'un des deux ordres juridictionnels » (P. GONOD, « Rapport introductif », in *Le Tribunal des conflits, Bilan et perspectives*, P. Gonod, L. Cadiet (dir.), Dalloz, 2009, p. 3).

¹⁹⁴ J. RIVERO, « Sur la réforme du contentieux administratif », *D.* 1951, chron., p. 163 et s, spéc. p. 167.

¹⁹⁵ P. MARTIN, « Rapports introductifs », in *Le Tribunal des conflits, Bilan et perspectives*, P. Gonod, L. Cadiet (dir.), Dalloz, 2009, p. 12.

¹⁹⁶ G. VEDEL, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein », *JCP* 1948. I. 682, spéc. § 15.

89. Depuis sa création le Tribunal est à l'origine d'une jurisprudence considérable, non pas en volume, mais par l'importance qu'elle recouvre. Il n'est, pour s'en convaincre, que de se remémorer certains arrêts fondateurs. *Blanco*¹⁹⁷, *Pelletier*¹⁹⁸, *Société commerciale de l'Ouest Africain*¹⁹⁹, *Septfonds*²⁰⁰, *Préfet de Guyane*²⁰¹, *Effimieff*²⁰², *Union des Assurances de Paris*²⁰³ ou, plus récemment, *Boussadar*²⁰⁴, *Préfet de Bretagne*²⁰⁵ et *Société Bouygues Télécom*²⁰⁶. Autant d'arrêts par lesquels il a tracé les grandes lignes d'une jurisprudence rarement remise en cause par la suite. Par delà son rôle dans l'affaire qui fonde sa saisine, « l'objectif du Tribunal des conflits est de formuler une jurisprudence simple, unificatrice dans un souci constant de sécurité juridique »²⁰⁷. Loin d'être un simple organe d'application de la loi, il « nourrit la réflexion juridique et doctrinale »²⁰⁸ par une jurisprudence des plus vivantes.

90. Si cet office interprétatif est un trait constant depuis les origines de la juridiction, des exigences nouvelles sont venues menacer de péremption le cadre de son élaboration à compter de la seconde moitié du XX^{ème} siècle. Le principe d'une construction conflictuelle (2) de la jurisprudence a commencé à montrer ses limites et dévoiler ses carences.

2) Le cadre conflictuel de l'uniformisation de l'interprétation

91. **La saisine du Tribunal.** Le Tribunal des conflits n'a longtemps connu que deux modes de saisine distincts, deux modes qui survivent aujourd'hui et qui expliquent pour beaucoup son nom.

La première saisine s'exerce directement par les parties lorsque, malgré leur sollicitation successive, les tribunaux administratifs et judiciaires déclinent tour à tour leur compétence²⁰⁹.

¹⁹⁷ TC, 8 février 1873, *Blanco*, n° 00012.

¹⁹⁸ TC, 30 juillet 1873, *Pelletier*, n° 00035.

¹⁹⁹ TC, 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, n° 00706.

²⁰⁰ TC, 16 juin 1923, *Septfonds*, n° 00732.

²⁰¹ TC, 27 novembre 1952, *Préfet de Guyane*, n° 01420.

²⁰² TC, 28 mars 1955, *Effimieff*, n° 01525.

²⁰³ TC, 21 mars 1983, *Union des Assurances de Paris*, n° 02256.

²⁰⁴ TC, 23 octobre 2000, *Préfet de police c/ M. Boussadar*, n° 03227.

²⁰⁵ TC, 17 octobre 2011, *Préfet de la Région Bretagne*, n° 3828 et 3829.

²⁰⁶ TC, 14 mai 2012, *Sté Bouygues Telecom c/ M. Jean-Claude Roeland et autres*, n° 3852.

²⁰⁷ P. BARGUE, « Introduction », in *Le Tribunal des conflits, Bilan et perspectives*, P. Gonod, L. Cadiet (dir.), Dalloz, 2009, p. 17.

²⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁹ L'article 17 du décret du 26 octobre 1849 portant règlement d'administration publique déterminant les formes de procédure du tribunal des conflits dispose que « lorsque l'autorité administrative et l'autorité judiciaire se sont

Confronté à un véritable déni de justice, le requérant n'a d'autre solution que de saisir le Tribunal d'un conflit pour qu'il désigne la juridiction compétente. Le conflit est alors dit « négatif ».

La seconde saisine est exercée, non par une partie, mais par un préfet historiquement soucieux de protéger la compétence du juge administratif contre « l'excès de puissance des tribunaux judiciaires »²¹⁰. En effet, lorsque le représentant de l'État estime que la connaissance d'une question portée devant un tribunal civil revient à l'autorité administrative, il peut, alors même que l'administration n'est pas en cause, demander le renvoi de l'affaire devant la juridiction compétente²¹¹. Si son déclinaire de compétence est rejeté par la juridiction judiciaire, il peut élever le conflit devant le Tribunal.

A ces deux premières saisines, la loi du 20 avril 1932 est venue en ajouter une troisième permettant à un justiciable de déférer au Tribunal des conflits les décisions contradictoires rendues sur une même affaire par les tribunaux administratif et judiciaire. Chose exceptionnelle, le conflit médiat entre les décisions lui permet, en pareil cas, de statuer sur le fond du litige.

92. Caractère conflictuel du cadre d'élaboration de la jurisprudence. Les modalités de saisine témoignent du cadre conflictuel dans lequel s'élabore la jurisprudence. L'interprétation est certes uniformisée, mais par la voie d'un processus essentiellement hiérarchique et répressif. Le Tribunal des conflits n'intervient qu'après que les juridictions administratives et judiciaires ont pris position pour l'une ou l'autre des interprétations possibles, soit pour la confirmer, soit pour l'infirmer.

En effet, lorsqu'il est saisi d'un conflit positif, le Tribunal apprécie l'interprétation des règles de compétence donnée par la juridiction judiciaire. Si cette interprétation est erronée, il sanctionnera la résistance du juge par son dessaisissement immédiat. Le processus est

respectivement déclarées incompétentes sur la même question, le recours devant le tribunal des conflits, pour faire régler la compétence, est exercé directement par les parties intéressées ».

²¹⁰ P. GONOD, « Rapport introductif », in *Le Tribunal des conflits, Bilan et perspectives*, P. Gonod, L. Cadiet (dir.), Dalloz, 2009, p. 3.

²¹¹ Les règles qui régissent la procédure applicable au conflit positif sont prévues par l'ordonnance du 1^{er} juin 1828 relative aux conflits d'attribution entre les tribunaux et l'autorité administrative, dont la dernière modification remonte au 1^{er} janvier 2012. L'article 6 dispose que « le préfet adressera au procureur de la République un mémoire dans lequel sera rapportée la disposition législative qui attribue à l'administration la connaissance du litige. Le procureur de la République fera connaître, dans tous les cas, au tribunal la demande formée par le préfet, et requerra le renvoi si la revendication lui paraît fondée ». L'article 7 ajoute qu'« après que le tribunal aura statué sur le déclinaire, le procureur de la République adressera au préfet (...) copie de ses conclusions ou réquisitions et du jugement rendu sur la compétence ». Enfin l'article 8 prévoit que « si le déclinaire est rejeté, le préfet du département pourra élever le conflit ».

sensiblement identique en cas de conflit négatif. Le Tribunal doit déterminer laquelle des interprétations du juge administratif et du juge judiciaire est exacte, et, corrélativement, laquelle doit être condamnée. Enfin, la saisine pour contradiction de décisions l'oblige au mieux à revenir sur l'interprétation de l'un des juges, au pire, sur les deux à la fois.

La logique est donc claire : saisi d'un doute sur l'interprétation d'une règle de compétence, le juge du fond est tenu de statuer, au risque de voir sa décision réformée dans l'instant qui suit. L'élaboration de la jurisprudence se fait à l'occasion de la contestation d'une interprétation précédemment posée par les juges de droit commun. Elle est hiérarchique, s'effectue *a posteriori* et prend la forme d'une sanction. C'est par la correction du mal qu'elle s'effectue, non par sa prévention²¹². Ces caractères rappellent étrangement ceux de la cassation. Leur identité dans l'élaboration de la jurisprudence explique alors que les problèmes auxquels ont été confrontés la Cour de cassation et le Conseil d'État se soient d'abord manifestés devant le Tribunal des conflits.

B) Décadence de modèle conflictuel

93. *La prise de conscience des carences.* Au sortir de la seconde guerre mondiale, le Tribunal est au bord de l'asphyxie, incapable de remplir son office dans les délais auxquels il est astreint. Il traverse une crise²¹³ existentielle, agonisant sous l'écrasante pesanteur de la tâche à accomplir²¹⁴. La littérature juridique de l'époque en porte témoignage et exhorte les juristes à faire du « problème de l'embouteillage du Tribunal des conflits »²¹⁵ une préoccupation majeure. Elle révèle une aspiration à traiter le mal, à le prendre à la racine, à en rechercher les causes pour mieux les combattre.

94. *Les causes des carences.* Il serait infidèle de réduire le problème de l'encombrement du Tribunal des conflits à une cause unique. Ce sont de multiples facteurs qui, agrégés, ont mené cette juridiction à la situation qui était la sienne au début des années 1950. Trois motifs principaux doivent être développés.

²¹² J. RIVERO, « Sur la réforme du contentieux administratif », *D.* 1951, chron., p. 163 et s, spéc. p. 166.

²¹³ C. GABOLDE, « Un projet de réforme de la juridiction des conflits », *RA.* 1952. 588.

²¹⁴ J. DEVOLVE, *Etudes et documents du Conseil d'État*, 1950, p. 47.

²¹⁵ TC, 9 Juillet 1953, *JCP* 1953. II. 7797, obs, J. RIVERO.

Il est tout d'abord évident que la période de l'après-guerre est marquée par un développement fulgurant du droit administratif. La reconstruction est propice à l'interventionnisme étatique et à l'accroissement quantitatif de son droit. Si ces règles se développent d'abord par la voie jurisprudentielle, la loi n'est pas en reste et « crée des hypothèses de plus en plus nombreuses d'oppositions possibles entre les tribunaux judiciaires et les tribunaux administratifs »²¹⁶. Le Tribunal des conflits est ainsi d'abord obstrué... parce qu'il est plus souvent saisi.

A l'explosion du contentieux s'ajoute une modification de l'office du Tribunal qui, à l'instar des cours suprêmes, succombe lentement à l'attraction du fait. Alors qu'il est censé ne répondre qu'à une question de droit, celle de la compétence, il cède à la funeste tendance de se lier à l'espèce, au point de faire regretter à certains auteurs les arrêts fondateurs et leur vocation jurisprudentielle. « Indépendamment de l'encombrement qui en résulte, son rôle se transforme et se rapproche considérablement de celui d'une juridiction ordinaire, où l'intime conviction du juge est primordiale pour l'appréciation des faits »²¹⁷.

Enfin et surtout, les modalités de saisine du Tribunal, son fonctionnement et les règles procédurales qui le gouvernent paraissent « archaïques »²¹⁸ aux yeux de beaucoup. Ses caractères conflictuel et répressif sont dépassés. Son fondement hiérarchique consomme du temps et retarde à l'excès l'unification de la jurisprudence. L'arrêt *Lacquièrre*²¹⁹ est souvent donné comme malheureux exemple. Le requérant a patienté quatorze années avant d'accéder au Tribunal des conflits, quatorze années de procédure, certes, mais aussi et surtout quatorze années durant lesquelles l'interprétation des règles de compétence est demeurée incertaine. Plus que jamais, il est apparu nécessaire d'« accélérer le rythme de la justice »²²⁰ pour répondre aux exigences de l'accélération du temps du droit. La réforme était nécessaire, il restait à la modeler.

95. Propositions de réforme. Les propositions n'ont pas manqué en vue de sortir le Tribunal des conflits de l'ornière dans laquelle il s'était enlisé. Certaines, radicales, prônaient la fusion des deux ordres et la disparition d'un Tribunal des conflits condamné à l'inutilité²²¹. Le traitement du contentieux administratif aurait alors relevé d'une chambre administrative créée au sein des juridictions judiciaires ou plus simplement encore d'un ordre de juridictions mixtes. D'autres, à l'extrême opposé, ont suggéré de faire du Tribunal des conflits une

²¹⁶ G. VEDEL, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein », *JCP* 1948.I.682, spéc. § 15.

²¹⁷ C. GABOLDE, « Un projet de réforme de la juridiction des conflits », *RA*. 1952. 589.

²¹⁸ J. RIVERO, « Sur la réforme du contentieux administratif », *D.* 1951, chron., p. 163 et s, spéc. p. 166.

²¹⁹ TC, 26 février 1948, *Lacquièrre*, Lebon, p. 510.

²²⁰ J. RIVERO, *art. cit.*, p. 168.

²²¹ E. LANGAVANT, « Le Tribunal et le conflits de jurisprudence », *AJDA* 1956. 17.

véritable « cour suprême commune à l'ordre judiciaire et administratif »²²² saisi par la voie de la cassation ou par un pourvoi dans l'intérêt de la loi diligenté par le Parquet²²³.

Si ces solutions ont été rapidement écartées, une autre a été adoptée par la Commission de la justice de l'Assemblée nationale, avant d'être écartée. L'intérêt qu'elle a suscité justifie l'examen de son contenu et des raisons de son abandon.

96. L'échec de la voie hiérarchique. Une réforme initiée en 1951 proposait une déconcentration du traitement des conflits au niveau local. Elle prévoyait la création de « chambres régionales de conflit » chargées de fixer, dans les litiges dont elles auraient été saisies, l'ordre de juridiction compétent pour en connaître. Composées de deux magistrats des cours d'appel et de deux conseillers de préfecture désignés par le Garde des sceaux, leur procédure aurait été celle applicable devant les Conseils de préfecture, prévue par la loi du 22 juillet 1889²²⁴. Cette réforme aurait eu, de l'avis de ses instigateurs, le double mérite de rapprocher les plaideurs de la justice et de décharger considérablement le Tribunal des conflits.

Malgré ces arguments, le projet s'est vu opposer une résistance farouche, au point qu'un groupe de députés a déposé une proposition de loi destinée à lui faire échec²²⁵. Il faut dire qu'un argument de poids est venu anéantir les avantages espérés de la réforme. La déconcentration du règlement des conflits avait pour inconvénient majeur de laisser craindre l'apparition de contrariétés de jurisprudence. Sur une même question de principe, deux commissions auraient pu adopter deux interprétations contradictoires. Pour résorber cette diversité, il ne restait plus qu'à ouvrir un appel de la décision devant... le Tribunal des conflits²²⁶. Sous des dehors fallacieusement préventifs, la proposition réintroduisait une hiérarchie et une sanction que la réforme se proposait justement d'éradiquer. La stratification des recours réduisait à néant « les avantages tirés de l'économie de temps, du rapprochement territorial du justiciable et du juge, et de la décongestion du tribunal des conflits »²²⁷. Elle condamnait à l'oubli la réforme proposée et menait les réformateurs vers une voie autrement plus novatrice : la voie préjudicielle.

²²² G. VEDEL, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein », *JCP* 1948. I. 682, spéc. § 15.

²²³ M. WALINE, *RDP* 1949. 370.

²²⁴ Pour une exposé détaillé : C. GABOLDE, « Un projet de réforme de la juridiction des conflits », *RA*. 1952. 590.

²²⁵ Pour le détail de ce texte à l'initiative de M. le professeur Prélot et M. le bâtonnier Grimaud, v. *AJDA*, 1952, n° 7, p. 321.

²²⁶ J. RIVERO, « Sur la réforme du contentieux administratif », *D*. 1951, chron., p. 163 et s, spéc. p. 168.

²²⁷ C. GABOLDE, « Un projet de réforme de la juridiction des conflits », *RA*. 1952. 589.

97. Il a fallu attendre 1960²²⁸ pour que le Tribunal des conflits soit enfin réformé, dix années de réflexions qui s'expliquent par l'ampleur des modifications apportées et qui traduisent une prise de conscience fondamentale : les maux du Tribunal tenaient au fait que, jusqu'alors, « on a pas cherché à prévenir, mais à corriger »²²⁹. La conviction s'est faite jour que cette institution devait faire peau neuve. Mâtiné d'un esprit conflictuel, le Tribunal s'est enrichi d'une procédure préjudicielle à ses antipodes (A). Il n'était pas certain que la greffe prît. Pourtant, cinquante ans plus tard, l'audace est félicitée au point de promouvoir l'extension de son champ d'application (B).

A) La consécration du mécanisme

98. *Présentation de la réforme.* La réforme de 1960 a consacré l'ouverture de deux nouvelles saisines du Tribunal des conflits.

La première saisine, dite de l'article 34²³⁰, est venue accélérer le traitement des conflits négatifs. La partie devait auparavant attendre que les juges administratif et judiciaire aient chacun décliné leur compétence pour saisir le Tribunal d'un conflit négatif. Avec la réforme, le juge saisi après qu'un juge de l'ordre opposé a décliné sa compétence par une décision insusceptible de recours, peut surseoir à statuer et renvoyer le règlement de cette question devant le Tribunal des conflits. En d'autres termes, au lieu d'attendre que deux jugements d'incompétence soient rendus, en abandonnant aux parties la responsabilité de la saisine du Tribunal des conflits, le juge saisi en second lieu doit désormais le questionner directement. La technique préjudicielle permet de gagner un temps précieux, puisque la résolution du conflit négatif peut être sollicitée avant que le second juge ne décline sa compétence.

²²⁸ Décret n° 60-728 du 25 juillet 1960 portant réforme de la procédure des conflits d'attribution.

²²⁹ J. RIVERO, « Sur la réforme du contentieux administratif », *D.* 1951, chron., p. 163 et s, spéc. p. 166.

²³⁰ L'article 34 du décret du 26 octobre 1849 portant règlement d'administration publique déterminant les formes de procédure du tribunal des conflits tel que modifié par le décret n° 60-728 du 25 juillet 1960 portant réforme de la procédure des conflits d'attribution dispose que : « lorsqu'une juridiction de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif a, par une décision qui n'est plus susceptible de recours, décliné la compétence de l'ordre de juridiction auquel elle appartient au motif que le litige ne ressortit pas à cet ordre, toute juridiction de l'autre ordre, saisie du même litige, si elle estime que ledit litige ressortit à l'ordre de juridictions primitivement saisi, doit, par un jugement motivé qui n'est susceptible d'aucun recours même en cassation, renvoyer au tribunal des conflits le soin de décider sur la question de compétence ainsi soulevée et surseoir à toute procédure jusqu'à la décision de ce tribunal ».

La deuxième saisine instituée, dite de l'article 35, est ouverte aux seules juridictions suprêmes. Elle leur permet de surseoir à statuer et de saisir le Tribunal des conflits par la voie préjudicielle lorsqu'elles sont confrontées à « une question de compétence soulevant une difficulté sérieuse »²³¹.

99. La saisine de l'article 34. Ces deux saisines sont souvent présentées de concert²³². La loi y invite d'ailleurs, puisqu'elles sont abordées au sein de la même section et dans le cadre de deux articles successifs. Il faut pourtant se garder de toute assimilation car, par delà le partage de la technique préjudicielle, ces deux mécanismes sont inspirés d'un esprit dissemblable.

La saisine ouverte par l'article 34 du décret de 1848 n'est guère différente de la résolution d'un conflit négatif habituel. La seule modification tient à ce que le Tribunal des conflits peut intervenir avant que le juge saisi en second lieu ne décline sa compétence. L'esprit est identique à celui qui prévaut lors du traitement historique du conflit négatif. La saisine du Tribunal des conflits est inspirée par la contestation de l'interprétation des règles de compétence donnée par le juge saisi en premier lieu. L'unification de l'interprétation s'effectue *a posteriori* et présente un caractère répressif. Le mécanisme « implique que le conflit négatif, à défaut d'être consommé, soit tout de même engagé par une première décision définitive d'incompétence dans le premier ordre juridictionnel saisi, ce qui conduit nécessairement à un allongement du délai de règlement de la question de compétence qu'une intervention plus en amont du juge des conflits aurait pu éviter »²³³. Bien que fondée sur la technique préjudicielle, la voie ouverte par l'article 34 ne modifie pas le traitement du conflit négatif, elle se contente de l'accélérer... timidement.

²³¹ L'article 35 du décret du 26 octobre 1849 portant règlement d'administration publique déterminant les formes de procédure du tribunal des conflits tel que modifié par le décret n° 60-728 du 25 juillet 1960 portant réforme de la procédure des conflits d'attribution dispose que : « lorsque le Conseil d'État statuant au contentieux, la Cour de cassation ou toute autre juridiction statuant souverainement et échappant ainsi au contrôle tant du Conseil d'État que de la Cour de cassation, est saisi d'un litige qui présente à juger, soit sur l'action introduite, soit sur une exception, une question de compétence soulevant une difficulté sérieuse et mettant en jeu la séparation des autorités administratives et judiciaires, la juridiction saisie peut, par décision ou arrêt motivé qui n'est susceptible d'aucun recours, renvoyer au tribunal des conflits le soin de décider sur cette question de compétence. Il est alors sursis à toute procédure jusqu'à la décision de ce tribunal ».

²³² J.-M. AUBY, « Le décret du 25 juillet 1960 portant réforme de la procédure des conflits d'attribution », *AJDA* 1961.1 ; B. SEILLER, « La saisine du Tribunal des conflits », in *Le Tribunal des conflits, Bilan et perspectives*, P. Gonod, L. Cadiet (dir.), Dalloz, 2009, p. 70.

²³³ J.-M. SAUVE, « Rapport introductif à la seconde partie », in *Le Tribunal des conflits, Bilan et perspectives*, P. Gonod, L. Cadiet (dir.), Dalloz, 2009, p. 55.

100. *La saisine de l'article 35.* La saisine de l'article 35 constitue en revanche un profond bouleversement. Le juge suprême peut déclencher le renvoi au Tribunal alors pourtant qu'il n'existe encore aucun conflit sur la question de la compétence. Seule compte l'existence d'un doute sur l'interprétation des règles applicables. Dès lors que le juge suprême s'interroge sur la compétence de son ordre juridictionnel, il peut renvoyer sa question au juge chargé de l'interprétation authentique des règles qui la régissent. Ce nouveau mode de saisine est plus qu'une simple modification procédurale. Il ne se borne pas à procurer un gain de temps précieux, il bouleverse le cadre d'élaboration de la jurisprudence et retentit sur la nature même du Tribunal des conflits.

101. *La célérité du renvoi.* L'avantage pratique du renvoi des juridictions suprêmes est qu'il rapproche au plus près le point d'émergence²³⁴ de la difficulté d'interprétation de celui de son règlement. Sitôt le problème identifié, le Tribunal des conflits est saisi sans qu'il soit nécessaire « au plaideur d'épuiser les voies de recours devant le premier ordre et de saisir ensuite une juridiction du second ordre »²³⁵. Ce gain de temps est appréciable pour lui. Il est aussi une victoire pour l'intérêt public qui bénéficie d'une unification rapide des règles de compétence. « Le Tribunal des conflits sera mis à même de dégager une interprétation des règles de compétence presque aussitôt après qu'une difficulté sera apparue et sans attendre que de trop graves divergences se soient établies dans la jurisprudence »²³⁶. Le premier atout de cet article 35 est certainement sa célérité.

102. *Modification du cadre d'élaboration de la jurisprudence.* Du point de vue de son essence, le nouveau mode de saisine s'oppose radicalement à tous ceux qui existent ou ont pu exister. Les conflits positif et négatif, le renvoi préventif par les juges du fond et la saisine pour contradiction de jugements présentent un caractère conflictuel plus ou moins marqué. La saisine de l'article 35 en est, quant à elle, totalement dépourvue. L'unification de

²³⁴ « Il appartient aux juridictions souveraines, sitôt que la question de compétence se pose devant elles, de renoncer à la trancher elle-même et de susciter l'intervention de la juridiction des conflits. Celle-ci peut donc être en mesure de régler une difficulté de compétence dès qu'elle se manifeste sans attendre l'apparition, à plus ou moins long terme, d'une situation de conflit » (J.-M. AUBY, « Le décret du 25 juillet 1960 portant réforme de la procédure des conflits d'attribution », *AJDA* 1961. 5) ; « ce mécanisme permet de faire régler une difficulté sérieuse de compétence à l'initiative d'une juridiction suprême, sans que le plaideur doive en prendre l'initiative. Dans certains cas, une seule juridiction peut même être saisie et renvoyer au Tribunal de conflits la question de compétence. C'est le cas lorsque le Conseil d'État est saisi en premier et dernier ressort. L'inutilité d'une décision d'incompétence préalable permet l'économie d'un temps précieux » (M.-C. ROUAULT, « Le Tribunal des conflits pouvait-il se prononcer sur la question renvoyée par le Conseil d'État, dans la mesure où la juridiction judiciaire s'était déclarée compétente par une décision définitive ? », *JCP A* 2011, n° 16, p. 34).

²³⁵ M.-C. ROUAULT, *art. cit.*, p. 34.

²³⁶ J.-M. AUBY, *art. cit.*, p. 5

l'interprétation se fait dans un cadre dialogique qui se traduit par la simple faculté dont disposent les juges de procéder au renvoi. Le décret de 1960 dispose que « la juridiction saisie peut (...) renvoyer au tribunal des conflits le soin de décider sur cette question de compétence »²³⁷, ce dont il faut déduire qu'elle peut tout autant s'abstenir et statuer elle-même sur la difficulté. Ce caractère coopératif se traduit également par une anticipation de l'intervention du Tribunal des conflits. Le caractère *a priori* de sa saisine fait obstacle à l'émergence du conflit. « On voit l'originalité de la procédure : elle n'implique pas nécessairement désaccord entre les parties (...) mais simplement hésitation et doute »²³⁸. Il ne s'agit plus tant de départager deux interprétations qui s'opposent que de faire œuvre consultative. La réforme de 1960 ne doit donc pas être considérée comme un tout uniforme. Elle doit être disséquée, avec comme point de scission ses articles 34 et 35. Le premier est une évolution dans le traitement des conflits négatifs, le second est en revanche une révolution qui touche jusqu'à la nature même du Tribunal des conflits.

103. *Le bouleversement de la nature du Tribunal des conflits.* L'évolution de la nature du Tribunal des conflits est incontestable. Bras séculier de la séparation des autorités administratives et judiciaires, il symbolisait « historiquement le combat dirigé contre l'excès de puissance des tribunaux judiciaires »²³⁹. La réforme de 1960 a renversé la vapeur au point que l'opinion moyenne considère aujourd'hui que le Tribunal des conflits n'est plus cette machine broyeuse autrefois redoutée, « cet “interdit lancé sur l'ordre judiciaire” comme l'avait dénoncé Dupin à la Chambre des députés, le 10 avril 1828 »²⁴⁰. L'article 35 « prend le contrepied de l'attitude traditionnelle : il est conduit tout naturellement à prévenir, non à corriger »²⁴¹. « A la forme en quelque sorte répressive que revêtait jusqu'alors le contentieux des conflits se substitue ici une forme nouvelle dans laquelle le Tribunal aide les juridictions souveraines à résoudre les difficultés de compétence qui se posent devant elles »²⁴². Plutôt que « censurer les erreurs de compétence commises par les juridictions administratives ou

²³⁷ Article 35 du décret du 26 octobre 1849 portant règlement d'administration publique déterminant les formes de procédure du tribunal des conflits tel que modifié par le décret n° 60-728 du 25 juillet 1960 portant réforme de la procédure des conflits d'attribution.

²³⁸ J. RIVERO, « Sur la réforme du contentieux administratif », *D.* 1951, chron., p. 163 et s, spéc. p. 167.

²³⁹ P. GONOD, « Rapport introductif », in *Le Tribunal des conflits, Bilan et perspectives*, P. Gonod, L. Cadet (dir.), Dalloz, 2009, p. 3.

²⁴⁰ B. PACTEAU, « Contributions », in *Rapport annuel du Tribunal des conflits pour 2005*, non publié, en ligne sur http://www.tribunal-conflits.fr/documents/rapports-annuels/rapport_tc_2005.pdf, p. 34.

²⁴¹ J. RIVERO, *art. cit.*, p. 166.

²⁴² J.-M. AUBY, « Le décret du 25 juillet 1960 portant réforme de la procédure des conflits d'attribution », *AJDA* 1961. 5.

judiciaires, il collabore avec elles »²⁴³ et « fait plutôt penser à un système de conciliation entre nos deux justices après avoir servi leur réconciliation historique »²⁴⁴.

104. Depuis son instauration, le renvoi préventif des cours suprêmes s'attire les louanges de ceux-là mêmes qui le pratiquent²⁴⁵. Leur seul regret est que, réservé aux juridictions suprêmes, il fonctionne peu. Les opinions se rejoignent²⁴⁶ pour proposer l'extension de cette innovation aux juridictions inférieures (B).

B) L'extension du mécanisme

105. La réforme de 1960 a été adoubée tant par les acteurs que par les observateurs du Tribunal des conflits. Elle a d'abord permis de donner à ses décisions un rythme lui permettant de statuer dans les délais et d'opposer cette réussite à ceux qui opinait en faveur de son démantèlement. Elle a ensuite permis de mettre au jour les vertus de la prévention et de démontrer que la voie du conflit n'était pas la seule possible. Elle incarne enfin la réception historique de l'unification préjudicielle de l'interprétation par l'ordre juridique français.

Les trente années qui se sont écoulées permettent de constater avec un recul suffisant la viabilité du mécanisme. De ce constat émerge nécessairement une réflexion sur l'opportunité de son extension. L'apanage des cours suprêmes dans sa mise en œuvre apparaît en effet comme une limite inutile. Pourquoi ne pas ouvrir à toute juridiction la possibilité de saisir le Tribunal des conflits lorsque le litige auquel elle est confrontée pose une question de compétence particulièrement sérieuse ? La proposition avait convaincu certains auteurs en 1956²⁴⁷, mais sans doute était-elle trop novatrice pour passer l'épreuve du vote parlementaire.

²⁴³ *Ibid.*

²⁴⁴ B. PACTEAU, « Contributions », in *Rapport annuel du Tribunal des conflits pour 2005*, non publié, en ligne sur http://www.tribunal-conflits.fr/documents/rapports-annuels/rapport_tc_2005.pdf, p. 34.

²⁴⁵ J.-M. SAUVE, « Rapport introductif à la seconde partie », in *Le Tribunal des conflits, Bilan et perspectives*, P. Gonod, L. Cadiet (dir.), Dalloz, 2009, p. 55 ; B. SEILLER, « La saisine du Tribunal des conflits », in *Le Tribunal des conflits, Bilan et perspectives*, P. Gonod, L. Cadiet (dir.), Dalloz, 2009, p. 71.

²⁴⁶ « C'est dans cette veine que s'inscrit la proposition largement partagée de créer une procédure de saisine pour avis, à l'instar de celles qui existent devant le Conseil d'État et la Cour de cassation » (L. CADIET, « Conclusion », in *Le Tribunal des conflits, Bilan et perspectives*, P. Gonod, L. Cadiet (dir.), Dalloz, 2009, p. 120).

²⁴⁷ « Si la contestation ainsi soulevée appelle un choix entre les compétences respectives des tribunaux judiciaires et administratifs, la juridiction saisie devrait, dans les quinze jours de l'exception, en renvoyer la connaissance à un Tribunal spécial qui, au lieu de mettre fin aux multiples péripéties d'un long litige, comme le fait actuellement le Tribunal des conflits, déciderait *in limine litis* et sans recours, quel est l'ordre de juridiction compétent » (R. LINDON, « Pour diminuer et simplifier les conflits de compétence », *JCP* 1956. I. 1300).

Les réticences d’hier n’ont plus lieu d’être d’aujourd’hui. L’extension de la voie préjudicielle serait source de bienfaits incontestables. « Les risques de conflit négatif ou de mise en œuvre de la procédure de prévention de ces conflits seraient atténués et, par voie de conséquence, les procédures abrégées »²⁴⁸. La première juridiction saisie aurait d’emblée, soit spontanément, soit au vu des interrogations des parties, la possibilité de faire trancher la question de l’interprétation des règles de compétence. Toutes les conditions sont réunies en faveur de l’élargissement du mécanisme de l’article 35. Toutes, et plus encore. L’uniformisation préjudicielle de l’interprétation peut en effet se prévaloir de références à succès : le renvoi au Tribunal par les juridictions suprêmes, mais aussi d’autres renvois dont il partage la nature.

106. Lien avec les demandes d’avis. Comment nier que l’évolution du Tribunal des conflits sur la voie de la prévention a préfiguré celle du Conseil d’État et la Cour de cassation trois décennies plus tard ? Le mécanisme des demandes d’avis et le renvoi au Tribunal des conflits apparaissent comme une réponse similaire apportée à un problème identique. Le Conseil d’État et la Cour de cassation se trouvaient en 1987 et 1991 dans une situation d’encombrement sensiblement comparable à celle qui touchait le juge des conflits à la fin des années 1950. Dans l’un comme dans les autres cas, la technique préjudicielle est venue seconder des mécanismes hiérarchiques d’uniformisation incapables de répondre à l’évolution du contentieux. Même cause, même fin, même moyen. Ces procédures sont les espèces d’un même genre.

Cette analogie n’est toutefois pas la seule qui doive être relevée. Le débat sur l’opportunité d’une extension de l’article 35 aux juridictions du fond est l’occasion pour la doctrine de tisser des liens étroits entre le mécanisme que ce texte institue et d’autres mécanismes préjudiciels auxquels il est apparenté. Bruno Genevois par exemple, après s’être prononcé en faveur de l’extension du renvoi au profit des juridictions inférieures, ajoute naturellement « que deux modèles pourraient servir de source d’inspiration : celui de la Cour de justice des Communautés européennes et celui qui va régir le dispositif des questions préjudicielles de constitutionnalité »²⁴⁹. Si la célérité du mécanisme de l’article 35 invite à son extension aux juridictions du fond, la voie préjudicielle est aussi soutenue par ces références prestigieuses. C’est à ces dernières qu’il faut maintenant s’intéresser.

²⁴⁸ B. SEILLER, « La saisine du Tribunal des conflits », in *Le Tribunal des conflits, Bilan et perspectives*, P. Gonod, L. Cadiet (dir.), Dalloz, 2009, p. 71.

²⁴⁹ J.-M. SAUVE, « Rapport introductif à la seconde partie », in *Le Tribunal des conflits, Bilan et perspectives*, P. Gonod, L. Cadiet (dir.), Dalloz, 2009, p. 55.

CONCLUSION DU PREMIER CHAPITRE

107. L'étude des demandes d'avis aux juridictions suprêmes et du renvoi préventif au Tribunal des conflits témoigne d'une troublante convergence. L'un et l'autre de ces mécanismes permettent d'unifier l'interprétation des textes législatifs. L'un et l'autre mobilisent, pour ce faire, une même technique préjudicielle. Même fin, même moyen, l'identité est trop flagrante pour être mise au compte de la simple coïncidence.

La concordance ne fait plus aucun doute lorsque le regard se porte sur les causes de leur consécration. L'émergence des demandes d'avis et du renvoi préventif s'explique par la décadence des mécanismes hiérarchique et répressifs qui assuraient jusqu'alors l'unité d'interprétation de la loi. L'introduction de la saisine pour avis de la Cour de cassation répondait à la nécessité de pallier les carences de la cassation. Le renvoi pour avis devant le Conseil d'État tendait à les prévenir. Quant au renvoi au Tribunal des conflits, il est venu au secours d'une juridiction que les procédures de conflits positif et négatif avaient mené au bord de l'agonie.

Il apparaît que, depuis le milieu du XX^{ème} siècle, l'unification hiérarchique n'arrive plus à remplir son office. Elle prend du temps et repose sur la sanction, deux caractères qui s'opposent aux exigences de célérité et de dialogue qui irriguent le droit depuis le milieu du XX^{ème} siècle. La censure tardive de la cour suprême est source de difficultés que la technique préjudicielle permet de résorber.

Loin de la simple coïncidence, la consécration des demandes d'avis et du renvoi préventif témoigne d'un mouvement de pacification et d'accélération dans la manière d'unifier l'interprétation. Cette mutation est profonde. Elle touche l'interprétation de la loi, mais également celle des textes supra-législatifs (Chapitre 2).

CHAPITRE II

LES MÉCANISMES PREJUDICIELS D'INTERPRÉTATION DES TEXTES SUPRA-LÉGISLATIFS

108. L'une des évolutions majeures des sources du droit au XX^{ème} siècle réside certainement dans le développement de la supra-légalité. Si le XIX^{ème} siècle fut celui du culte de la loi, le siècle suivant fut, au contraire, celui de sa soumission à des règles hiérarchiquement supérieures. Les causes de cette obédience sont largement connues. Les atrocités de la seconde guerre mondiale ont d'abord convaincu de la nécessité de soumettre la validité de la loi au respect de droits fondamentaux. Le développement des entités politique régionales impliquait ensuite que les traités et la législation produite par elles s'imposent aux législations nationales. La montée de l'État de droit passait enfin par la mise en place d'un contrôle de constitutionnalité des lois.

109. La soumission de la loi à des normes supérieures impliquait toutefois l'existence d'un moyen d'assurer l'uniformisation de leur interprétation. Les règles conventionnelles et constitutionnelles ne sont pas moins exposées au risque de divergences que la règle législative. Afin d'éviter que les dispositions et les droits consacrés ne voient leur portée varier selon le lieu de leur application, il était impérieux d'adopter un mécanisme permettant d'assurer leur unité. A l'instar du mécanisme des demandes d'avis et du renvoi préventif au Tribunal des conflits, la voie préjudicielle fut choisie pour assurer l'unité d'interprétation de ces textes, qu'il s'agisse de la Constitution (Section 1) ou des textes européens (Section 2).

SECTION I : L'INTERPRETATION DES TEXTES CONSTITUTIONNELS PAR LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE

110. Bien qu'elle ne soit guère présentée comme telle, la question prioritaire introduite par la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 permet d'assurer l'unité d'interprétation du bloc de constitutionnalité. Par delà son objet spécifique qui réside dans le contrôle de la loi, elle permet à son destinataire, le Conseil constitutionnel, de délivrer par la voie préjudicielle l'interprétation officielle de la Constitution. La question prioritaire de constitutionnalité (§2) est donc un nouvel atout tendant à résorber les divergences dans l'interprétation des textes constitutionnels (§1).

§1 – LES CARENCES PASSES DANS L'UNITE DE L'INTERPRETATION CONSTITUTIONNELLE

111. Qui interprète la Constitution ? En réponse à cette question, le juriste désignera à n'en pas douter le Conseil constitutionnel. Il faut dire que, par delà une dénomination qui invite à l'assimilation, le rôle de gardien de la Constitution dévolu à cette institution lui donne une vocation naturelle à l'interpréter. Toutefois, le Conseil constitutionnel ne dispose en la matière d'aucun monopole. Il doit composer avec d'autres juridictions, à commencer par les juridictions administratives et judiciaires (A).

112. En soi, cette pluralité d'interprètes n'est pas dommageable. La loi est elle-même interprétée par plusieurs centaines de tribunaux, suscitant d'innombrables divergences d'interprétation. Ce n'est pas tant la divergence d'interprétation qui fait difficulté que l'incapacité du système à la résorber. Entre 1958 et 2010, date de création de la question prioritaire de constitutionnalité, l'absence de mécanisme d'uniformisation a justement provoqué la floraison de contradictions jurisprudentielles célèbres (B).

A) Une pluralité d'interprètes

113. *L'institution du Conseil constitutionnel.* Après bon nombre de tentatives avortées ou inefficaces²⁵⁰, la Constitution du 4 octobre 1958 a doté le système juridique français d'un contrôle de constitutionnalité des lois. La symbolique est forte eu égard au culte dont celles-ci faisaient l'objet un siècle et demi auparavant²⁵¹. Depuis lors, la loi n'est plus toute puissante ; son entrée en vigueur peut être subordonnée à un contrôle de constitutionnalité exercé par un organe dédié principalement à cette tâche : le Conseil constitutionnel.

114. *Le Conseil, interprète de la Constitution.* Le contrôle de constitutionnalité de la loi a été l'occasion pour le Conseil d'enrichir le texte constitutionnel de ses interprétations, car loin d'être étranger à l'interprétation, le contrôle de la validité d'une norme repose tout entier sur elle. Le professeur Troper a décomposé avec une particulière limpidité les étapes du raisonnement judiciaire inhérent à tout contrôle de validité. Ce raisonnement repose, en ce qui concerne l'appréciation de la constitutionnalité de la loi, sur un syllogisme dont « la norme

²⁵⁰ La consécration d'un tel contrôle a été, en France, un véritable serpent de mer. La subordination de la loi à un texte hiérarchiquement supérieur fut le leitmotiv de nombreux penseurs de la période révolutionnaire. Thouret et Le Chapelier firent voter en alinéa supplémentaire au texte définitif de la Constitution de 1791 selon lequel « le pouvoir législatif ne pourra faire aucune lois qui portent atteinte et mettent obstacle à l'exercice des droits naturels et civiles consignés dans le présent titre, et garantis par la Constitution ». Toutefois, dès 1791, Clermont-Tonnerre fit remarquer que pour qu'une telle prescription fût effective, il eût fallu « un juge qui prononçât s'il y a identité ou contradiction entre la loi et le principe dont on la rapproche : mais ce juge n'existe pas » (CLERMONT-TONNERRE, *Analyse raisonnée de la Constitution française*, Paris, Imprimerie Migneret, 1791, p. 132, en ligne sur <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k41645n/f16.image>). L'effectivité de la Constitution, son caractère contraignant reposait dans l'existence d'un juge capable de censurer les lois qui lui seraient contraires. Ainsi nombreuses furent les tentatives de juguler l'action législative par la contrainte de la Constitution. Par deux discours des 2 et 18 thermidor de l'an III prononcés devant la Convention, Sieyès se prononçât en effet pour la création d'un jury constitutionnaire ayant pour mission de « juger et de se prononcer sur les plaintes en violation de la Constitution qui seraient portées contre les décrets de la législature » (L. CHAUME, « Le contrôle de constitutionnalité de la loi a-t-il un sens pour la doctrine française de la Révolution et des premières années du XIX^{ème} siècle », in *Aux origines du contrôle de constitutionnalité XVIII^{ème} – XX^{ème}*, LGDJ, 2003, p. 22). Au XVIII^{ème} siècle, Charles Benoist fut à l'origine d'une résolution et d'une proposition de loi visant à constitutionnaliser la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et à instituer une cour suprême chargée d'effectuer un contrôle de la constitutionnalité des lois. Elle aurait été chargée, par la même occasion, de veiller à la protection des libertés individuelles consacrées par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (C. BENOIST, « Les deux parlementarismes. La Cour suprême des États-Unis », *Revue des deux mondes*, Janvier 1902, p. 284 et s.). Jacques Bardoux a diffusé en 1936 un projet de réforme de l'État dans lequel il aspire à un renforcement du pouvoir judiciaire. Il a préconisé la création d'une cour suprême polyvalente chargée notamment de « déclarer la nullité » des lois contraires à la Constitution ; J. BARDOUX, *La France de demain*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1936, rééd. Dalloz, 2006). Un comité constitutionnel avait, enfin, été consacré par l'article 91 de la Constitution du 27 octobre 1946. Il ne rendit qu'une seule décision le 18 juin 1948.

²⁵¹ L'absence de contrôle faisait auparavant cruellement défaut, G. Ripert le faisant remarquer avec panache : « De Bonald disait des droits de l'Homme déclarés en 1789 qu'ils ressemblaient aux ombres légères que Virgile a placées à l'entrée des enfers. Les droits de l'Homme de 1946 ne sont plus que les ombres de ces ombres. Le législateur oublie volontiers les principes que les constituants proclamèrent » (G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1955, p. 178).

constitutionnelle, qui sert de majeure a été, elle aussi, déterminée par le juge au terme d'une interprétation d'une disposition constitutionnelle »²⁵². En d'autres termes lorsqu'un juge apprécie la validité d'un acte, il procède nécessairement à l'interprétation de la norme qui fonde son contrôle. Il n'est d'ailleurs pas de domaine dans lequel l'assertion serait plus vraie qu'en matière constitutionnelle. Si « comme tout énoncé celui de la Constitution est souvent susceptible de plusieurs significations »²⁵³, leur nombre se trouve sans doute multiplié par la généralité de ses termes, son degré d'ouverture, et son « obscurité structurelle »²⁵⁴. Les textes constitutionnels sont des lieux de contradictions où coexistent des principes formulés à des dates différentes, exprimant des philosophies distinctes et dont la conciliation ne peut être réalisée que par l'interprétation.

115. Toutefois, pour que le Conseil puisse développer son office interprétatif, encore fallait-il qu'il soit appelé à l'exercer. Or, à ses origines, le contrôle de constitutionnalité « à la française » fait figure de parent pauvre²⁵⁵ au regard des expériences étrangères qui l'ont précédé. D'une part les normes de référence à l'aune desquelles le Conseil effectue son contrôle se limitent au texte de la Constitution qui, à la différence des Constitutions étrangères, ne comporte pas de catalogue des droits fondamentaux. D'autre part, seule une poignée d'autorités politiques peut le saisir et uniquement entre le moment du vote et celui de la promulgation de la loi.

Ces deux entraves ont cédé l'une après l'autre. Le Conseil constitutionnel s'est libéré lui-même des fers dans lesquels les constituants avaient tenté de l'enfermer. Il a conféré une valeur constitutionnelle au Préambule de la Constitution et aux textes auxquels celui-ci fait

²⁵² M. TROPER, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 146.

²⁵³ Y. AGUILA, « Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle », *RFDC* 1995, n° 21, p. 4.

²⁵⁴ *Ibid.*

²⁵⁵ Les États-Unis connaissent un contrôle diffus, concret, exercé *a posteriori* et par voie d'exception (C. Sup. U.S., 24 février 1803, (arrêt 5 U.S. 137), *Marbury vs. Madison*), l'Allemagne cumule trois procédures distinctes mobilisant ainsi à la fois un contrôle abstrait (l'article 93.I n° 2 de la Loi fondamentale permet au gouvernement fédéral, à ceux des Länder et au tiers des membres du Bundestag de demander à la Cour constitutionnelle fédérale de contrôler la constitutionnalité d'une loi (fédérale ou de Land) ou d'un règlement), un contrôle concret (l'article 100 de la Loi fondamentale impose aux tribunaux de surseoir à statuer en cas de doute sur la constitutionnalité de la loi qu'ils doivent appliquer et de saisir le Cour constitutionnelle fédérale pour qu'elle statue sur la question posée) et un recours constitutionnel ouvert aux citoyens (l'article 93.I n° 4 de la Loi fondamentale prévoit un recours direct des citoyens devant la Cour constitutionnelle pour contester la conformité d'une loi, d'une mesure exécutive ou d'une décision judiciaire aux droits fondamentaux, après qu'ils ont épuisé toutes les voies de recours devant les tribunaux), l'Espagne enfin consacre notamment un recours en protection que tout justiciable peut mettre en œuvre directement devant le Tribunal constitutionnel : le recours d'*amparo* prévu à l'article 53.2 de la Constitution. Sur ce point : C. RUIZ-MIGUEL, « L'*amparo* constitutionnel en Espagne : droit et politique », *CCC*, 2001, n° 10.

référence²⁵⁶. La multiplication des normes qui en est résultée lui a permis de devenir, à l'instar de ses homologues européens, le premier protecteur des libertés. Son interprétation ne se limite plus au texte de la Constitution ; c'est dans un bloc de constitutionnalité qu'il recherche le sens et la portée des droits et libertés fondamentaux.

À cette première évolution s'est ajoutée la réforme de son mode de saisine. Des révisions constitutionnelles successives ont octroyé à l'opposition la possibilité de le saisir et institué une saisine par voie d'exception. Invité à se prononcer plus souvent, sur des textes toujours plus nombreux, le Conseil a vu son office interprétatif se développer d'une manière telle que le droit constitutionnel est aujourd'hui devenu essentiellement jurisprudentiel.

De cette évolution remarquable il faut toutefois se garder d'en déduire que le Conseil détient le monopole de l'interprétation de la Constitution. Si la déclaration d'inconstitutionnalité de la loi constitue son apanage, l'interprétation de la Constitution ne saurait quant à elle lui être réservée.

116. *L'interprétation non contentieuse de la Constitution.* Avant même d'être le médiateur des droits fondamentaux, la Constitution de la V^{ème} République a pour vocation de régir le fonctionnement des organes étatiques. C'est elle qui donne au président de la République le pouvoir de promulguer une loi (art. 10), aux ministres celui de contresigner les actes du chef du Gouvernement (art. 22), au premier d'entre eux d'engager la responsabilité de son gouvernement (article 49 alinéa 3), ou encore au président de l'Assemblée nationale de procéder à la nomination de trois des membres du Conseil constitutionnel (art. 56). Autant de dispositions constitutionnelles dont l'application n'est pas sans poser des problèmes d'interprétation. Le Président de la République est-il obligé de ratifier une ordonnance ou peut-il valablement le refuser²⁵⁷ ? Le fait pour un ancien président d'être membre à vie du Conseil constitutionnel fait-il obstacle, en raison des incompatibilités que cette fonction implique, à son élection en tant que député²⁵⁸ ? Le président peut-il réviser la Constitution en utilisant le

²⁵⁶ CC 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, GDCC, Dalloz, 16^{ème} éd., 2011, n° 6, p. 51 ; *AJDA* 1971. 537, obs. J. RIVERO.

²⁵⁷ A l'occasion de la première cohabitation (1986), le président de la République F. Mitterrand a refusé de signer certaines ordonnances édictées par le gouvernement de J. Chirac. La question s'est alors posée de savoir si l'article 13 selon lequel « le président de la République signe les ordonnances et les décrets délibérés en Conseil des ministres » devait être interprété comme imposant au président la signature ou au contraire comme la laissant à sa seule discrétion. Certains auteurs ont relevé que l'utilisation du présent de l'indicatif manifestait l'existence d'une véritable obligation. C'est pourtant l'interprétation contraire que, refusant la signature, F. Mitterrand a, par la force des choses, imposée.

²⁵⁸ L'hypothèse s'est présentée concernant Valéry Giscard d'Estaing qui, après sa défaite à l'élection présidentielle de 1981, a désiré conserver son mandat de parlementaire. La question s'est alors posée de savoir

référéndum de l'article 11 aux dépens de la procédure de l'article 89²⁵⁹ ? La solution de ces questions est demeurée étrangère au Conseil constitutionnel, soit parce que les institutions de la République, soustraites à tout contrôle, sont demeurées jusqu'en 1958 en « situation d'oligopole »²⁶⁰, soit parce qu'il n'a tout simplement jamais été amené à leur répondre. Le bouleversement apporté par l'introduction du contrôle de constitutionnalité ne doit pas occulter le fait que l'interprétation hors contentieux constitue encore aujourd'hui une part importante de l'interprétation de la Constitution²⁶¹.

117. *L'interprétation contentieuse des juridictions de droit commun.* L'interprétation contentieuse de la Constitution n'est pas, elle non plus, l'apanage du Conseil constitutionnel. Celle délivrée par les juridictions administratives et judiciaires a même précédé l'institution de ce dernier. « L'hostilité du système juridique français au contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois a conduit de manière paradoxale le juge judiciaire et le juge administratif à connaître des matières constitutionnelles au sens strict »²⁶². Si « la création du Conseil constitutionnel en 1958 a modifié ce rôle »²⁶³ il ne l'a « pour autant, jamais effacé »²⁶⁴. Les juges administratifs et judiciaires sont amenés à appliquer le texte constitutionnel dans des hypothèses plus hétéroclites que celles que connaît le Conseil constitutionnel. Les dispositions de la Constitution peuvent d'abord être invoquées par les justiciables à l'encontre de l'État ou l'un de ses organes : c'est l'effet vertical du texte constitutionnel. Ensuite, sous certaines conditions, les juridictions de droit commun mobilisent parfois les dispositions constitutionnelles pour les appliquer aux rapports intersubjectifs qui lient les justiciables. C'est alors l'effet horizontal de la Constitution qui se trouve mobilisé.

118. *L'effet vertical de la Constitution.* Dans une décision célèbre du 16 janvier 1982, le juge constitutionnel a considéré que le législateur ne saurait être dispensé, dans l'exercice de sa compétence, « du respect des principes et règles de valeur constitutionnelle qui s'imposent

si, membre à vie du Conseil constitutionnel en tant qu'ancien président de la République, les incompatibilités inhérentes à cette fonction devaient lui être appliquées.

²⁵⁹ En 1962 le président de Gaulle a utilisé l'article 11 de la Constitution pour procéder à sa révision, évitant ainsi l'intervention du Parlement. Cette interprétation fut largement contestée alors que l'article 89 semblait organiser une procédure exclusive de révision de la Constitution.

²⁶⁰ M. DISANT, *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2010, p. 69.

²⁶¹ M. TROPER, « L'interprétation constitutionnelle », in *L'interprétation constitutionnelle*, Dalloz, 2005, p. 16.

²⁶² M. DISANT, *op. cit.*, p. 74.

²⁶³ *Ibid.*

²⁶⁴ *Ibid.*

à tous les organes de l'État »²⁶⁵. Cet énoncé peut paraître pour le moins banal et évasif, pourtant le dernier membre est particulièrement significatif et important : aucun organe de l'État, aucun pouvoir institué n'échappe au respect de la norme constitutionnelle. Les auteurs n'ont pas tardé à voir dans cette incise la reconnaissance de l'effet vertical de la Constitution²⁶⁶ qui impose son respect « non seulement aux actes législatifs mais aussi à tous les actes infra-constitutionnels et donc éventuellement infra-législatifs : c'est-à-dire aux actes des autorités gouvernementales, administratives (décrets, arrêtés, délibérations, etc.) et juridictionnelles (jugements et arrêts des juridictions judiciaires et administratives) »²⁶⁷. Dès lors, si le Conseil constitutionnel dispose du monopole de la déclaration d'inconstitutionnalité de la loi, le contrôle de la constitutionnalité des actes réglementaires lui échappe et constitue l'apanage des juridictions de droit commun²⁶⁸. A l'occasion de ce contrôle elles appliquent la Constitution, ce qui les conduit à l'interpréter. De même, en vertu de son effet vertical, la Constitution est une norme qui s'impose au juge et « au litige qu'il doit trancher »²⁶⁹. La Cour de cassation et le Conseil d'État doivent veiller à ce que les jugements et arrêts des juridictions subordonnées soient conformes aux dispositions constitutionnelles. À titre d'illustration, la chambre criminelle a invoqué à deux reprises le principe de l'indépendance des magistrats du siège pour « faire obstacle à ce qu'une décision de justice puisse être considérée comme constitutive, par elle-même, d'un crime ou d'un délit »²⁷⁰.

119. L'effet horizontal des dispositions constitutionnelles. L'application des droits fondamentaux aux relations juridiques qui se nouent entre personnes privées ne va pas forcément de soi. « Le réflexe habituel veut en effet que les textes proclamant les droits et libertés soient destinés à prémunir l'individu contre les exactions d'origine étatique »²⁷¹. Pourtant cette limitation, outre qu'elle repose sur un présupposé théorique contestable²⁷², ne reflète pas la jurisprudence des juridictions administratives et judiciaires. L'hypothèse est

²⁶⁵ CC 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Nationalisations I*, cons. 18 ; *GDCC*, Dalloz, 2011, 16^{ème} éd, n° 16, p. 142 ; J. RIVERO, « Ni lu, ni compris ? », *AJDA* 1982. 209.

²⁶⁶ L. FAVOREU, P. GAIA, R. GHEVONTIAN, J.-L. MESTRE, O. PFERSMANN, A. ROUX, G. SCOFFONI, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 2013, 15^{ème} éd., p. 145 ; POTVIN-SOLIS, *L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'État français*, LGDJ, 1999, p. 151.

²⁶⁷ L. FAVOREU, P. GAIA, R. GHEVONTIAN, J.-L. MESTRE, O. PFERSMANN, A. ROUX, G. SCOFFONI, *op. cit.*, p. 145.

²⁶⁸ L. FAVOREU, T.-S. RENOUX, « Constitutionnalité des actes administratifs », *Rép. Cont. Adm.* Dalloz, Tome I, 1992, p. 24.

²⁶⁹ O. DESAULNAY, *L'application de la Constitution par la Cour de cassation*, Dalloz, 2009, p. 54.

²⁷⁰ Cass. Crim., 9 décembre 1981, *Epoux P. c. X. et autres*, *Bull. crim.*, n° 327 ; Cass. Crim., 9 mars 1983, *Procureur de la République près le tribunal de grande instance de Sarreguemines*, *Bull. crim.*, n° 75 ; *D.* 1983. 352, obs. W. JEANDIDIER.

²⁷¹ O. DESAULNAY, *op. cit.*, p. 50.

²⁷² *Ibid.*, p. 55 et s.

courante où une personne saisit les tribunaux pour imposer à son contradicteur le respect de la Constitution. Dès le milieu du XX^{ème} siècle, la Cour de cassation a sanctionné, sur le fondement des dispositions constitutionnelles, certains licenciements motivés par l'exercice du droit de grève ou de la liberté syndicale par le salarié. En arrêtant de travailler, le salarié « n'a fait qu'user du droit proclamé par la Constitution du 27 octobre 1946 »²⁷³, une proclamation « qui ne peut logiquement se concilier avec la rupture du contrat de travail qui résulterait de l'exercice de ce droit »²⁷⁴. A défaut de disposition législative, et jusqu'à l'adoption de la loi du 11 février 1950²⁷⁵, ce sont donc les dispositions de la Constitution qui ont directement régi certaines des relations entre employeurs et salariés. L'exemple est révélateur de l'intrusion des droits fondamentaux dans les relations de droit privée et atteste du pouvoir d'interprétation des principes constitutionnels par le juge de droit commun. Plus récemment, certains licenciements à l'occasion desquels la charge d'une famille nombreuse avait été différemment appréciée selon l'origine du travailleur, européenne d'une part, et maghrébine ou turque d'autre part, ont été considérés comme discriminatoires par le juge judiciaire. La Cour de cassation²⁷⁶ a sanctionné ces pratiques au double visa du Préambule de la Constitution de 1946 et de l'article L. 122-45 du Code du travail, manifestation flagrante de ce que « malgré certaines hésitations, les droits de l'homme et libertés fondamentales produisent (...) un véritable effet horizontal »²⁷⁷. Les exemples d'application directe de la Constitution par la Cour de cassation pourraient être multipliés à l'envi. Les normes constitutionnelles se sont par exemple invitées dans le débat sur la validité des clauses de non concurrence²⁷⁸. En l'absence de disposition législative venue réglementer ce type de clauses, la Cour de cassation s'en est référée à la Constitution pour en limiter l'exercice. Elle considère que, dès lors qu'elle a pour « effet d'apporter une restriction (...) à la liberté du travail garantie par la Constitution, la clause de non concurrence insérée dans un contrat de travail n'est licite que dans la mesure où la restriction de liberté qu'elle entraîne est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise »²⁷⁹. L'effet horizontal se

²⁷³ Cass. Soc., 28 juin 1951, *Société d'impression sur étoffes du Grand Lemps c. Geoffroy*, DS 1951. 532.

²⁷⁴ Cass. Soc., 28 juin 1951, *Maïseries de la Méditerranée c. Dame Roth*, DS 1951. 532.

²⁷⁵ L'article 4 dispose que « la grève ne rompt pas le contrat de travail, sauf faute lourde du salarié ».

²⁷⁶ Cass. Soc., 8 avril 1992, *Bull. civ. V*, n°256 ; *D.* 1992. 155, obs. A. LYON-CAEN ; *JCP* 1992. IV. 189 ; Cass. Soc., 10 février 1998, *Mamri c. S.A.R.L. S.I.M.A.F. et autres*, *Bull. civ. V*, n° 78 ; *JCP* 1998. VI. 1728.

²⁷⁷ *D.* 1992. 155, obs. A. LYON-CAEN.

²⁷⁸ Les clauses de non concurrence sont des « stipulations par lesquelles un contractant se prive de la faculté d'exercer pendant une certaine période et dans une aire géographique déterminée, une activité professionnelle susceptible de concurrencer » celle de son cocontractant (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2007, p. 61).

²⁷⁹ Cass. Soc., 19 novembre 1996, *Martinez c/ Auto Service 34*, *Bull. civ. IV*, n° 392 ; *DS* 1997. 1, obs. G. COUTURIER.

manifeste ici avec une acuité particulière. Le principe constitutionnel vient directement régir la relation contractuelle en contraignant l'employeur.

120. L'occurrence n'est donc pas exceptionnelle qui voit les juridictions de droit commun mobiliser des textes de valeur constitutionnelle. Dans la mesure où le juge interprète la loi lorsqu'il l'applique, il en va forcément de même lorsque le juge applique la Constitution. Il faut se résoudre à l'idée que le Conseil constitutionnel n'a pas le monopole de l'interprétation des règles constitutionnelles et qu'il partage cet office avec le juge du droit commun. Ce conflit de compétences a donné lieu à de célèbres divergences d'interprétation (B).

B) Une pluralité d'interprétations

121. C'est une « chose sue et répétée » que « le Conseil constitutionnel ne dispose pas du monopole de l'interprétation de la Constitution »²⁸⁰. Son texte a vocation à être appliqué, non seulement par le Conseil, mais également « par l'ensemble des juridictions de la République »²⁸¹. Il en résulte que, soumis à une pluralité d'interprètes, les droits et principes constitutionnels sont susceptibles d'interprétations divergentes. Chaque juridiction qui les applique est en mesure²⁸² de développer une interprétation autonome²⁸³.

122. De célèbres exemples viennent illustrer la cacophonie des interprétations constitutionnelles. L'article 34 de la Constitution²⁸⁴ « a provoqué la première et plus

²⁸⁰ M. DISANT, *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2010, p. 68.

²⁸¹ B. GENEVOIS, « Une catégorie de principes à valeur constitutionnelle : les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », *RFDA* 1998. 484.

²⁸² « L'important est de souligner que la pluralité des juges de la constitutionnalité génère immédiatement une pluralité d'interprètes de la Constitution et, par suite, la possibilité d'une pluralité d'interprétations constitutionnelles » (M. DISANT, *op. cit.*, p. 73).

²⁸³ O. DESAULNAY, *L'application de la Constitution par la Cour de cassation*, Dalloz, 2009 ; J. BONNET, *Le juge ordinaire français et le contrôle de la constitutionnalité des lois. Analyse critique d'un refus*, Dalloz, p. 20 ; B. DE LAMY, « les principes constitutionnels dans la jurisprudence judiciaire. Le juge judiciaire, juge constitutionnel », *RDJ* 2002. 781 ; N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, 1998 ; A. DERRIEN, *Les juges français de la constitutionnalité. Etude sur la construction d'un système contentieux. Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation : trois juges pour une norme*, Bruylant, 2003 ; A. DERRIEN, « Dialogue et compétition des cours suprêmes ou la construction d'un système juridictionnel », *Pouvoirs* 2003, n° 105, p. 41.

²⁸⁴ CE Ass., 3 février 1967, *Confédération générale des vignerons du midi*, Lebon p. 55, concl. Y. GALMOT. Le Conseil d'État considère que l'article 34 de la Constitution selon lequel la loi fixe « les règles concernant (...) la détermination des crimes et délits, ainsi que les peines qui leurs sont applicables » s'oppose à ce que le gouvernement ne puisse modifier ou supprimer des dispositions réglementaire dont la méconnaissance est constitutive d'un délit institué par la loi. Ainsi en était-il du décret mettant fin à l'interdiction du coupage de

importante divergence entre la Haute juridiction administrative et le Conseil constitutionnel »²⁸⁵. Elle a été suivie quelques années plus tard par le retentissant arrêt *Koné*²⁸⁶ à travers lequel le Conseil d'État, usurpant une compétence qui était jusqu'alors réservée au Conseil constitutionnel, a érigé en principe fondamental reconnu par les lois de la République le refus de l'extradition d'un étranger lorsque celle-ci est sollicitée dans un but exclusivement politique.

Le droit privé n'est pas plus avare d'exemples lorsqu'il s'agit d'illustrer les divergences d'interprétation qui opposent le Conseil constitutionnel à la Cour de cassation. L'opposition révélée à l'occasion de l'arrêt *Breisacher*²⁸⁷ quant à l'interprétation de l'article 66 de la Constitution fait figure d'épouvantail²⁸⁸. Elle masque de nombreuses autres distorsions telles que l'interprétation des principes de sauvegarde de la personne humaine²⁸⁹, du respect des

vins, alors que la méconnaissance de cette interdiction avait été assortie, par la loi, de peines correctionnelles. A noter également la divergence d'interprétation quant aux peines privatives de liberté en matière contraventionnelle. Alors que dès 1973 (n° 73-80 L du 23 novembre 1973) le Conseil constitutionnel a posé la compétence de la loi pour fixer les peines privatives de liberté y compris en matière contraventionnelle, le juge administratif a continué d'admettre la validité des règlements établissant des peines contraventionnelle même privatives de liberté. Ce n'est que l'introduction du Code pénal de 1993 qui viendra résorber cette divergence. Sur ce point : M. GUILLAUME, « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel : vers de nouveaux équilibres ? », *NCCC* 2011, n° 30, p. 56.

²⁸⁵ M. DISANT, *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2010, p. 75.

²⁸⁶ CE ass., 3 juillet 1996, *Koné* ; *RFDA* 1996. 870, concl. DELARUE ; *RFDA* 1996. 882, note L. FAVOREU ; *RDP* 1996. 1751, note BRAUD ; *D.* 1996. 509, note JULIEN-LAFERRIERE ; *JCP* 1996. II. 22720, note X. PRETOT.

²⁸⁷ Cass. ass., 10 octobre 2001, *Breisacher*, n° 01-84.922 ; *RFDC* 2002. 51, concl. R. DE GOUTTES ; *RDP* 2001. 1613, note D. CHAGNOLLAUD, X. PRETOT ; *RFDA* 2001. 1169, note O. JOUANAJAN, WACHSMANN ; L. FAVOREU, « De la responsabilité pénale à la responsabilité politique du Président de la République », *RFDC* 2002. 7 ; F. DELPEREE, « La responsabilité du chef de l'État, brèves observations comparatives », *RFDC* 2002. 31 ; *LPA*, 30 octobre 2001, p. 11, note P. AVRIL, J. GICQUEL ; *D.* 2002. 237, note C. DEBBASCH ; F. HAMON, « A propos du statut pénal du chef de l'État : convergence et divergence entre le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation », *RCS.* 2002. 59.

²⁸⁸ Par cet arrêt la Cour de cassation délivre une interprétation de l'article 68 (ancien) de la Constitution dissonante de celle retenue par le Conseil constitutionnel à l'occasion de sa décision 98-408 DC du 22 janvier 1999 *Traité portant statut de la Cour pénale internationale*. En effet le Conseil constitutionnel considère « qu'il résulte de l'article 68 de la Constitution que le Président de la République, pour les actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions et hors le cas de haute trahison, bénéficie d'une immunité » et que « pendant la durée de ses fonctions, sa responsabilité pénale ne peut être mise en cause que devant la Haute Cour de Justice ». En d'autres termes, le Conseil considère que les juges judiciaires ne peuvent poursuivre pénalement le président de la République en cours de mandat pour les actes commis antérieurement et pendant le mandat mais détachable de l'exercice de la fonction présidentielle. En revanche, pour ces mêmes actes, la responsabilité du président de la République pouvait être engagée devant la Haute Cour de justice. La Cour de cassation considère, à l'instar du Conseil constitutionnel que « le Président de la République ne peut, pendant la durée de son mandat, être entendu comme témoin assisté, ni être mis en examen, cité ou renvoyé pour une infraction quelconque devant une juridiction pénale de droit commun ». Mais, s'écartant de l'interprétation du Conseil, elle considère que « que la Haute Cour de justice n'est compétente que pour connaître des actes de haute trahison du président de la République commis dans l'exercice de ses fonctions » et qu'ainsi « les poursuites pour tous les autres actes devant les juridictions pénales de droit commun ne peuvent être exercées pendant la durée du mandat présidentiel, la prescription de l'action publique étant alors suspendue ».

²⁸⁹ Dans son arrêt du 9 octobre 2001, la première chambre civile de la Cour de cassation a fondé l'obligation d'information du médecin nouvellement créée sur « l'exigence du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine ». Cette utilisation du principe constitutionnel semble éloignée du principe

droits de la défense²⁹⁰, de la liberté de conscience²⁹¹ ou encore de l'indépendance des magistrats, principe posé à l'article 64 de la Constitution²⁹².

Ce sont enfin les jurisprudences constitutionnelles du Conseil d'État et de la Cour de cassation qui s'opposent parfois. En l'absence d'une réglementation générale du droit de grève, c'est à l'aune des dispositions constitutionnelles de l'alinéa 7 du préambule de la Constitution de 1946 que les juges ordinaires interprètent les dispositions du Code du travail et apprécient les pratiques contraires à l'exercice de ce droit. L'opposition entre la Cour de cassation et le Conseil d'État se cristallise quant aux autorités compétentes pour réglementer le droit de grève. Fidèle « à une lecture stricte ou littérale des dispositions du préambule de 1946 »²⁹³, la Cour de cassation considère qu'une convention collective ne peut limiter ou réglementer le droit de grève, le législateur étant seul habilité à le faire²⁹⁴. A l'inverse, le juge administratif considère, quant à lui, que le droit de grève peut être gouverné par le règlement intérieur d'une entreprise ou par un acte de l'autorité compétente, fidèle application de la célèbre jurisprudence *Dehaene*²⁹⁵. Il est évident que « le dédoublement de la juridiction issu

consacré par le Conseil dans ses décisions 94-343 DC et 94-344 DC du 27 juillet 1994. Selon D. Thouvenin le principe consacré par le Conseil et l'obligation d'information qui peut en découler a pour fonction « d'empêcher des interventions sur le corps contre le gré de sa personne ». « C'est donc le physique de la personne qu'il importe de sauvegarder dans sa matérialité biologique (...) en obligeant les médecins à informer la personne de leur projet de l'utiliser comme sujet d'expérimentation ; elle n'a rien à voir avec l'information précontractuelle dont la finalité est de permettre au patient de prendre une décision en connaissance de cause à propos des soins le concernant », (D. 2001. 3470, obs. D. THOUVENIN).

²⁹⁰ Dans son arrêt d'assemblée plénière du 30 juin 1995, la Cour de cassation aurait étendu à la procédure civile le principe constitutionnel des droits de la défense que le Conseil constitutionnel avait érigé en matière de procédure pénale et de sanctions administratives. En transposant la jurisprudence du Conseil constitutionnel la Cour de cassation aurait conféré « aux exigences constitutionnelles un développement non imputable au Conseil » (G. ROUHETTE, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel dans le droit privé », in *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1999, p. 149).

²⁹¹ L'opposition est flagrante entre la décision 77-87 DC du 23 novembre 1977 et l'arrêt de l'assemblée plénière du 19 mai 1978, *Dame Roy*.

²⁹² Par deux arrêts en date du 9 décembre 1981, *Epoux P c. X et autres* et du 9 mars 1983, *Procureur de la République près le tribunal de grande instance de Sarguemines*, la Chambre Criminelle de la Cour de cassation aurait délivrée une interprétation élargie du principe d'indépendance des magistrats du siège posé à l'article 64 de la Constitution. Alors que les termes de cet article semblent garantir l'indépendance des magistrats à l'égard du seul pouvoir exécutif, la Cour de cassation l'a mobilisé pour garantir l'indépendance des magistrats à l'égard des justiciables. M. Desaulnay remarque que certes une décision du Conseil constitutionnel des 19 et 20 janvier 1981 était venue donner au principe d'indépendance une signification débordant le cadre des relations pouvoir publics-magistrats, mais « la jurisprudence du Conseil constitutionnel demeure inachevée à l'époque des litiges en ce qu'elle ne couvre pas explicitement la relation entre les magistrats et les justiciables (...) de sorte que la Cour de cassation affirme plus que ce que la Constitution et la jurisprudence constitutionnelle avaient affirmé jusqu'à présent » (O. DESAULNAY, *L'application de la Constitution par la Cour de cassation*, Dalloz, 2009, p. 223).

²⁹³ M. DISANT, *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2010, p. 81.

²⁹⁴ Cass. Soc., 7 juin 1995, *SA transports Sérour c/ Beillevaire et autres*, n° 93-46.448, Bull. civ., 1995, p. 132 ; D. 1996. 75, note B. MATHIEU.

²⁹⁵ CE ass, 7 juillet 1950, *Dehaene*, Rec. p. 426, GAJA, 2013, n° 62 p. 399.

de la séparation des contentieux privé et public compromet le principe d'une interprétation unique de la Constitution »²⁹⁶.

123. La cause des divergences d'interprétation. Dans la période qui précède l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité, les divergences d'interprétation du texte constitutionnel sont par conséquent une réalité palpable. Il faut dire qu'en l'absence de dispositions érigeant formellement le Conseil constitutionnel en interprète officiel de la Constitution, le système juridique français est un terrain fertile pour leur épanouissement. Alors que l'article 93.1.1 de la Loi fondamentale allemande²⁹⁷ pose avec force la compétence d'interprétation de la Cour constitutionnelle, alors que, pour ne citer qu'elles, les Constitutions espagnole²⁹⁸, ukrainienne²⁹⁹, centrafricaine³⁰⁰ ou encore iranienne³⁰¹ postulent explicitement l'autorité supérieure des interprétations délivrées par leur juridiction constitutionnelle, la Constitution française fait preuve à cet égard d'un étonnant mutisme. Aucune des dispositions des articles 56 à 63 de la Constitution ne vient proclamer explicitement l'autorité des interprétations délivrées par le Conseil constitutionnel. L'article 62 alinéa 3 (ex. 62 alinéa 2) dispose que « les décisions du Conseil constitutionnel (...) s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles »,

²⁹⁶ M. DISANT, *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2010, p. 81.

²⁹⁷ L'article 93.1 dispose que « la Cour constitutionnelle fédérale statue : 1. sur l'interprétation de la présente Loi fondamentale, à l'occasion de litiges sur l'étendue des droits et obligations d'un organe fédéral suprême ou d'autres parties investies de droits propres, soit par la présente Loi fondamentale, soit par le règlement intérieur d'un organe fédéral suprême ».

²⁹⁸ L'article 123 al. 1^{er} de la Constitution du 27 décembre 1978 dispose que « Le tribunal suprême (...) est l'organe juridictionnel supérieur dans tous les ordres, sauf ce qui est prévu concernant les garanties constitutionnelles ». Cette réserve vise la compétence du Tribunal constitutionnel espagnol dont la loi organique le concernant dispose dans son article 1^{er} qu'il est « l'interprète suprême de la Constitution » et dans son article 40 al. 2 que « dans tous les cas, la jurisprudence des tribunaux de justice (...) est censée être corrigée par la doctrine résultant des arrêts et des ordonnances motivée résolvant les recours et les questions de constitutionnalité ».

²⁹⁹ Les articles 147 et 150 du texte constitutionnel ukrainien disposent réciproquement que « la Cour constitutionnelle de l'Ukraine (...) délivre l'interprétation officielle de la Constitution de l'Ukraine » et que « l'autorité de la Cour constitutionnelle de l'Ukraine comprend : 2. L'interprétation officielle de la Constitution de l'Ukraine... ».

³⁰⁰ L'article 73 al. 2 de la Constitution centrafricaine du 27 décembre 2004 prévoit que « la Cour constitutionnelle interprète la Constitution, juge de la constitutionnalité des lois ordinaires et organiques promulguées ou en instance de promulgation ». Cette disposition est complétée par l'article 12 de la loi organique n° 05.014 du 29 décembre 2005 qui dispose que la Cour constitutionnelle est saisie de l'interprétation de la Constitution.

³⁰¹ L'article 98 de la Constitution iranienne dispose que « l'interprétation de la Constitution incombe au Conseil des gardiens qui fera approuver par les trois quart de ses membres » (A.-A. GORJI, « Le pouvoir interprétatif du juge constitutionnel iranien », en ligne à l'adresse : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes5/GORJI.pdf>).

mais confrontée à son imprécision³⁰², la doctrine majoritaire³⁰³ s'accorde sur le fait que cette disposition, qui fonde « l'autorité relative de la chose jugée »³⁰⁴ par le Conseil constitutionnel, est impropre à fonder l'autorité de sa jurisprudence³⁰⁵. Elle distingue « l'autorité “obligatoire” de la “chose jugée”, inscrite dans la Constitution, qui s'attache au texte sur lequel s'est prononcé le Conseil constitutionnel, et l'autorité “morale” ou “persuasive”, mais non écrite, qui peut être reconnue à la “chose interprétée”³⁰⁶ par le Conseil constitutionnel ou à sa jurisprudence »³⁰⁷.

124. Cette absence d'habilitation expresse aurait pu être contrebalancée si le Conseil constitutionnel avait été « placé au sommet de l'édifice juridictionnel de l'État »³⁰⁸ et avait reçu « la charge de garantir une application effective et une interprétation uniforme du droit (et notamment de la Constitution) en annulant les décisions des juridictions inférieures »³⁰⁹. Bref, l'absence de disposition expresse n'aurait pas été un obstacle si le Conseil constitutionnel avait été une authentique cour suprême. Il est en effet inutile, dans un tel

³⁰² Cette imprécision tient pour beaucoup à la « brièveté » de l'article 62 al. 3, mais également à l'absence de « précisions de nature organique » (M. VERPEAUX, « Brèves considérations sur l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel », *NCCC* 2011, n° 30, p. 11).

³⁰³ G. Vedel considère que la décision du Conseil constitutionnel « n'a pas d'autorité absolue de chose jugée et ne s'impose donc pas au juge pénal » (G. VEDEL, « La responsabilité pénale du président français. Réponses à deux questions », *Pouvoirs*, n° 92, 2000, p. 73) ; v. égal. : M. GUILLAUME, « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel : vers de nouveaux équilibres ? », *NCCC* 2011, n° 30, p. 55 ; Cf *contra* : Certains auteurs semblent rattacher à l'article 62 de la Constitution l'autorité des interprétations délivrées par le Conseil. M. Verpeaux indique en effet que « cette autorité (des décisions du Conseil vis-à-vis des “autres”) est souvent qualifiée d'autorité de chose interprétée, signifiant que les décisions du Conseil ont aussi une influence sur les jurisprudences des autres juridictions. L'affaire de la responsabilité pénale du chef de l'État (...) a montré les limites de cette *autorité de chose jugée* (nous soulignons) » (M. VERPEAUX, *art. cit.*, p. 11).

³⁰⁴ Il semble que ce soit le Conseil constitutionnel qui ait « assimilé l'autorité de ses décisions à l'autorité de la chose jugée » (M. GUILLAUME, *art. cit.*, p. 50) à l'occasion des décisions 62-18 L du 16 janvier 1962 *Loi d'orientation agricole*, 88-244 DC du 20 juillet 1988 *Loi portant amnistie* et 89-258 DC du 8 juillet 1989 *Loi portant amnistie*. Nombreux sont pourtant les auteurs à considérer qu'à proprement parler, les décisions du Conseil ne peuvent être revêtues d'une « autorité de la chose jugée », telle que définie par l'article 1351 du Code civil. La spécificité du contentieux constitutionnel impliquerait de reconnaître une « autorité de chose décidée » attachée aux décisions du Conseil (F.-X. MILLET, « L'exception d'inconstitutionnalité en France ou l'impossibilité du souhaitable ? Réflexion à travers le prisme de l'interprétation constitutionnelle authentique », *RDP* 2008. 1305) ; « certains auteurs considèrent néanmoins que l'expression d'autorité de la décision de constitutionnalité serait préférable, l'autorité de chose jugée exigeant au sens strict des critères difficiles à réunir dans le cadre du contentieux constitutionnel » (M. VERPEAUX, *art. cit.*, p. 11).

³⁰⁵ « Le Conseil d'État et la Cour de cassation se conforment à la chose jugée par le Conseil constitutionnel dans la limite de l'objet et de la cause juridique de la décision rendue par ce dernier. Ils ne s'estiment juridiquement pas liés par ses décisions et, en tout état de cause, pas liés par sa jurisprudence » (M. GUILLAUME, *art. cit.*, p. 52).

³⁰⁶ V. *infra*, n° 617 et s.

³⁰⁷ R. DE GOUTTES, concl. sur Cass. Ass., 10 octobre 2001, *Breisacher*, n° 01-84.922, *RFDC* 2002. 65.

³⁰⁸ L. FAVOREU, « Cours suprêmes et cours constitutionnelles », in *Dictionnaire de la Justice*, L. CADIET (dir.), PUF, 2004, p. 277.

³⁰⁹ O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, « L'autorité de l'interprétation constitutionnelle », Intervention pononcée à la Table ronde organisée par l'AIDC les 15 et 16 octobre 2004 à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV sur l'interprétation constitutionnelle, en ligne : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/autorite.pdf.

système, de consacrer explicitement l'autorité des interprétations délivrées, puisque la juridiction supérieure « est en mesure d'imposer son point de vue aux autres juridictions par une sanction radicale qui est l'annulation de leurs jugements »³¹⁰. La question de l'autorité des décisions de la cour suprême vis-à-vis des autres juridictions « ne se pose donc pas »³¹¹, « l'unicité de l'interprétation authentique résultant de l'effet *de facto* absolu de ses décisions »³¹². Malheureusement, loin de constituer une cour suprême au sens strict, le Conseil constitutionnel n'est rien de moins que son opposé. « Situé hors de l'appareil juridictionnel ordinaire et indépendant de celui-ci comme des pouvoirs publics »³¹³, le Conseil est une cour constitutionnelle. Dès lors, la création d'une cour constitutionnelle « sans lien organique avec l'appareil judiciaire pose évidemment la question de l'autorité de ses décisions par rapport aux autres juges (...) et de l'autorité de l'interprétation constitutionnelle »³¹⁴.

125. Absence de disposition expresse, situation extérieure à l'édifice juridictionnel national, l'autorité des interprétations du Conseil constitutionnel était dès l'origine sujette à difficulté. Une reconnaissance implicite aurait toutefois suffi à faire taire toute velléité et lui assurer la place d'interprète authentique de la Constitution. « Certaines procédures constitutionnelles consacrent, par leur objet même, la fonction privilégiée d'interprétation d'une cour constitutionnelle. C'est en particulier le cas lorsque les cours sont compétentes pour répondre à une demande en interprétation »³¹⁵. En d'autres termes, octroyer au juge constitutionnel une compétence pour statuer sur les demandes d'interprétation, c'eût été faire de lui l'organe privilégié d'interprétation du texte constitutionnel et consacrer son autorité. Malheureusement, comme semble d'ailleurs le regretter le Procureur général Régis de Gouttes dans ses conclusions sous l'arrêt *Breisacher*, « il n'existe pas de mécanisme permettant de demander l'interprétation du Conseil constitutionnel sous la forme, par exemple, de recours préjudiciel »³¹⁶. Un tel mécanisme est en effet étranger à la Constitution du 4 octobre 1958.

³¹⁰ O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, « L'autorité de l'interprétation constitutionnelle », Intervention prononcée à la Table ronde organisée par l'AIDC les 15 et 16 octobre 2004 à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV sur l'interprétation constitutionnelle, en ligne : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/autorite.pdf.

³¹¹ *Ibid.*

³¹² F.-X. MILLET, « L'exception d'inconstitutionnalité en France ou l'impossibilité du souhaitable ? Réflexion à travers le prisme de l'interprétation constitutionnelle authentique », *RDP* 2008. 1305.

³¹³ L. FAVOREU, « Cours suprêmes et cours constitutionnelles », in *Dictionnaire de la Justice*, L. CADIET (dir.), PUF, 2004, p. 277.

³¹⁴ O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, *art. cit.*

³¹⁵ M. DISANT, *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2010, p. 111.

³¹⁶ R. DE GOUTTES, concl. sur Cass. ass., 10 octobre 2001, *Breisacher*, n° 01-84.922, *RFDC* 2002. 68.

126. Condamnation des divergences d'interprétation. Les divergences d'interprétation de la Constitution qui ont germé avant l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité sont donc facilement explicables. En effet, aucune disposition expresse ou même implicite de la Constitution ne vient consacrer l'autorité supérieure des interprétations délivrées par le Conseil constitutionnel. Ces divergences, aussi justifiables qu'elles soient juridiquement, n'en demeurent pas moins condamnables. Du point de vue principal d'abord, n'est-il pas louable de chercher à « maintenir une harmonie entre les plus hautes juridictions françaises et à sauvegarder l'unité et l'homogénéité de l'ordre juridique interne ? »³¹⁷. « Dans un État de droit (...) chaque haute juridiction ne peut avoir son ordre juridique propre et indépendant. Il faut que l'unicité du droit soit assurée (...) et dans ce processus d'harmonisation, il est normal que le juge constitutionnel soit considéré comme le principal interprète de la Constitution »³¹⁸. D'un point de vue pratique ensuite, l'unité d'interprétation « se justifie par un impératif de sécurité juridique »³¹⁹. « Le temps n'est plus où, comme dans les années cinquante et soixante, les juristes se délectaient à étudier les divergences de jurisprudence entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif (...) Ce qui était perçu autrefois comme un fait inéluctable est aujourd'hui considéré comme fâcheux et pernicieux. Les justiciables souhaitent pouvoir déterminer facilement et clairement le contenu des règles de droit et la juridiction compétente pour trancher leurs litiges sur la base desdites règles »³²⁰. Les discordances quant à l'interprétation de la Constitution sont donc à contre-courant de la « conception contemporaine de l'État de droit »³²¹, « de l'intérêt des justiciables »³²² et portent atteinte jusqu'à « l'autorité de la Constitution »³²³. « Pour que le système fonctionne harmonieusement, il est nécessaire que la constitutionnalité soit une et non diverse, comme l'était la légalité au temps de l'État légal »³²⁴.

127. Au constat des divergences d'interprétation succède donc la critique unanime des auteurs. Il est nécessaire, dans l'intérêt du droit autant que dans celui du justiciable, de

³¹⁷ R. DE GOUTTES, concl. sur Cass. ass., 10 octobre 2001, *Breisacher*, n° 01-84.922, *RFDC* 2002. 72.

³¹⁸ *Ibid.*

³¹⁹ *Ibid.*, p. 73.

³²⁰ L. FAVOREU, T. RENOUX, « Rapport général introductif », in *La Cour de cassation et la constitution de la République*, actes du colloque des 9 et 10 décembre 1994, PUF, 1995, p. 31.

³²¹ « La conception contemporaine de l'État de droit ne peut permettre, ni que la Constitution reste inappliquée, ni qu'elle fasse l'objet d'interprétations concurrentes » (B. MATHIEU, « Pour une reconnaissance de l'autorité de chose interprétée par le Conseil constitutionnel. A propos des quotas par sexe dans les jurys de concours de la fonction publique », *D.* 2003. 1507, spéc. 1509).

³²² L. FAVOREU, « Légalité et constitutionnalité », *CCC* 1997, n° 3, p. 73.

³²³ F.-X. MILLET, « Pour l'introduction d'un article 234 dans la Constitution française », *LPA*, 22 avril 2009, n° 80, p. 4.

³²⁴ L. FAVOREU, *art. cit.*, p. 73.

résorber ces dissidences d'interprétation. La question qui reste en suspens est bien entendu celle de savoir comment empêcher les contradictions. Comment assurer l'unité d'interprétation ? Par sa réforme du 23 juillet 2008, le Constituant a instauré un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* sous la figure innovante de la « question prioritaire de constitutionnalité ». Cette procédure est en mesure de faciliter la résorption des désaccords auxquels donne lieu l'interprétation de la Constitution.

§2 – L'AVENEMENT DE LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE

128. Après bien des années de maturation, la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 est venue introduire dans l'ordre juridique français un contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori*. Tout justiciable peut aujourd'hui demander à ce que la constitutionnalité d'une loi soit vérifiée avant qu'elle ne lui soit appliquée (A). Toutefois, par-delà cette fonction première, le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité poursuit une autre finalité plus élevée, celle d'unifier l'interprétation de la Constitution. Ainsi, à l'instar du mécanisme des demandes d'avis, du renvoi préventif au Tribunal des conflits et des mécanismes européens qui seront par la suite étudiés, la question prioritaire de constitutionnalité participe à l'uniformisation préjudicielle de l'interprétation de la Constitution (B).

A) Un contrôle préjudiciel de la constitutionnalité de la loi

129. Présentation de la question prioritaire de constitutionnalité. La consécration du contrôle de constitutionnalité des lois par la Constitution du 4 octobre 1958 et la portée que, par sa pratique, le Conseil s'est attaché à lui conférer, furent de considérables avancées vers la protection des droits fondamentaux des citoyens. Le Conseil constitutionnel a résorbé une lacune à laquelle jamais les juridictions ordinaires n'avaient voulu remédier³²⁵. Toutefois, la portée de cette initiative hardie est restée longtemps limitée, le contrôle de constitutionnalité

³²⁵ Ce refus a traversé les siècles. En 1797 l'article 203 de la constitution de l'an III interdisait au Tribunal de cassation de « s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif et d'arrêter ou de suspendre l'exécution d'aucune loi ». Les arrêts de la fin du XX^{ème} siècle vont toujours dans ce sens (Cass. Soc., 17 décembre 1996, D.1997. 18). Pour le Conseil d'État : CE, 6 novembre 1936, *Arrighi* et CE, 5 mars 1999, *Rouquette*, RFDA 1999. 357.

ne s'exerçant à l'origine qu'*a priori*³²⁶. Pendant près de vingt ans³²⁷, l'idée fut donc soutenue de la nécessité d'introduire, en France, un contrôle *a posteriori* de la Constitutionnalité de lois. Les projets entamés n'ont toutefois jamais passé l'étape du vote parlementaire, faisant de cette réforme le « serpent de mer du débat judiciaire, [la] vedette des révisions constitutionnelles inabouties »³²⁸. En 2007 cependant, le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Vème République a été chargé, entre autres attributions, d'étudier les modalités de son introduction en droit français.

130. Il existe schématiquement deux grands modèles de contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori*, deux modèles que la doctrine a pris l'habitude de distinguer. A l'instar du modèle américain, le contrôle peut d'abord revêtir la forme d'une exception d'inconstitutionnalité. Dans ce schéma, c'est le juge du fond qui opère le contrôle de la constitutionnalité des lois à l'occasion du règlement du litige qui lui est soumis. L'uniformisation de l'interprétation de la Constitution est opérée par une juridiction supérieure qui confirme ou infirme les décisions des juridictions subordonnées. Ce premier modèle repose sur la hiérarchique juridictionnelle, l'uniformisation de l'interprétation de la Constitution y étant réalisée par une cour suprême qui se tient au dessus de l'édifice juridictionnel.

Le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* peut aussi être fondé sur un modèle qualifié de « kelsenien », modèle dans lequel les déclarations d'inconstitutionnalité constituent l'apanage d'une cour constitutionnelle autonome. L'organe chargé du contrôle ne connaît que de la

³²⁶ Le Conseil constitutionnel a consacré l'existence d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* par sa décision 85-187 DC du 25 janvier 1985, *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie*, mais dans des cas qui restent résiduels.

³²⁷ Le rapport remis au Président de la République par le comité Vedel date du 15 février 1993. Il a été publié au Journal Officiel le lendemain : *JO*, 16 février 1993, p. 2537.

³²⁸ B. MATHIEU, « Trois raisons pour adopter l'exception d'inconstitutionnalité », *Les Echos*, 19 févr. 2008, p. 19. Par deux discours le président de la République a manifesté, plus ou moins franchement, cette volonté : le 12 janvier 2006 d'abord il affirme qu' « il est plus que temps d'ouvrir l'accès du Conseil constitutionnel aux citoyens. Je propose qu'à l'occasion d'un procès, tout plaignant qui estime que la loi en vertu de laquelle il risque d'être condamné est contraire à la Constitution puisse soulever l'exception d'inconstitutionnalité. Si le Président de la juridiction estime que le moyen est sérieux, il décide de surseoir à statuer et saisit le Conseil constitutionnel ». Dans un discours du 12 juillet 2007 il considère qu' « il y a un paradoxe dans le fait que les citoyens français puissent contester les lois françaises devant les juridictions européennes mais ne puissent pas contester leur constitutionnalité devant les tribunaux français. Certains pensent que cette faculté devrait être reconnue aux citoyens de notre pays et que ce serait un progrès pour les libertés. Mais faut-il transformer le Conseil constitutionnel en cour suprême ? Faut-il que la jurisprudence prenne le pas sur la loi ? Faut-il accroître l'insécurité juridique ? Je ne suis pas favorable à la judiciarisation de la société. Je ne suis pas favorable à ce que le juge prenne le pas sur le législateur. Ce serait une rupture profonde avec notre modèle républicain. Mais pourquoi ne pas examiner les termes de ce débat puisqu'il existe et puisqu'il est sur la table, allons jusqu'au bout de sa logique, présentons les alternatives et choisissons une bonne fois pour toutes » (N. SARKOZY, Discours d'Epinal, 12 juillet 2007, à consulter sur <http://www.elysee.fr>).

question de constitutionnalité, une question qui lui est renvoyée par les justiciables ou par les juridictions de droit commun. La solution du litige demeure, quant à elle, de la compétence du juge civil ou administratif. Ce second modèle se fonde alors, non sur la hiérarchie, mais sur l'hétérarchie. La Cour constitutionnelle demeure extérieure à l'ordre juridictionnel ordinaire et forme même, d'après certains auteurs, un troisième « ordre de "juridiction" »³²⁹.

131. *L'éviction de l'exception d'inconstitutionnalité.* Bien que plus éloignée de notre tradition, l'introduction du modèle de l'exception d'inconstitutionnalité n'en a pas moins été discutée devant le comité de révision. La possibilité de sa consécration a toutefois été rapidement évincée. L'exception d'inconstitutionnalité présente les inconvénients des mécanismes hiérarchiques d'uniformisation : la lenteur d'abord, la sanction ensuite.

132. *L'exception d'inconstitutionnalité nécessite du temps.* La question de constitutionnalité et l'unité d'interprétation qui en constitue le préalable « n'auront d'issue définitive qu'après leur examen par la hiérarchie des juridictions qui auront à en connaître »³³⁰. A l'instar de la cassation, l'exception d'inconstitutionnalité est un mécanisme sédimentaire qui repose sur la stratification des décisions juridictionnelles. L'obtention de l'ultime décision implique que la question ait d'abord été résolue par les juridictions du premier, puis du second, voire d'un éventuel troisième degré. Cette lenteur est triplement condamnable. D'abord parce que pendant le temps nécessaire à l'élaboration de la solution « le législateur ne saura pas s'il peut faire confiance à la loi votée et il pourrait hésiter sur la valeur juridique d'autres projets mettant en jeu des problèmes de constitutionnalité analogues à ceux qui sont en suspens »³³¹. Ensuite parce que durant tout ce temps « le citoyen demeurera dans l'incertitude »³³². Enfin parce que le temps nécessaire à l'exercice de ce contrôle reporte d'autant la connaissance définitive de l'interprétation de la Constitution.

Il y a donc, dans sa lenteur, une première explication au rejet, par l'autorité constituante, du mécanisme de l'exception d'inconstitutionnalité. Une première, mais pas la seule.

³²⁹ M. VERPEAUX, « Brèves considérations sur l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel », *NCCC* 2011, n° 30, p. 11 ; J. CHEVALLIER, « Vers un droit postmoderne ? », in *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, p. 41.

³³⁰ J.-L. WARSMANN, Rapport n° 892 du 15 mai 2008 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi constitutionnelle n° 820 de modernisation des institutions de la V^{ème} République.

³³¹ *Ibid.*

³³² *Ibid.*

133. *L'exception d'inconstitutionnalité est répressive.* A l'instar de la cassation, cet outil juridique est un mécanisme hiérarchique qui revêt un caractère répressif particulièrement marqué. L'uniformisation de l'interprétation repose sur la réformation des décisions des juridictions inférieures. La cour suprême délivre l'interprétation correcte de la Constitution par la confirmation ou, au contraire, par un désaveu de la décision des juridictions subalternes.

La hiérarchie inhérente à l'exception d'inconstitutionnalité faisait donc obstacle à sa transposition en droit français. Elle aurait obligé à la transformation du Conseil constitutionnel en une véritable cour suprême supérieure au Conseil d'État et à la Cour de cassation. Son introduction aurait obligé à subordonner au Conseil deux juridictions qui goûtent depuis plus d'un siècle aux plaisirs de la souveraineté, sacrifice inconcevable.

134. Le rejet de l'exception d'inconstitutionnalité procède ainsi d'une défaveur à l'égard des mécanismes hiérarchiques d'uniformisation que la crise de la cassation a déjà illustré. Le manque de célérité et l'esprit de censure vont à contre-courant de l'évolution des sources du droit et des besoins contemporains. Ces contraintes expliquent corrélativement le succès de la solution préjudicielle.

135. *Le rejet du monopole du Conseil constitutionnel.* Une solution théoriquement envisageable aurait pu consister à reconnaître au Conseil constitutionnel le monopole du contrôle de constitutionnalité. Tout justiciable aurait pu saisir le Conseil constitutionnel pour se plaindre d'une violation de ses droits. Cette hypothèse a toutefois fait long feu. Sans doute les moyens techniques et logistiques dont est doté le Conseil constitutionnel faisaient obstacle à l'idée même de l'introduction d'un recours d'*amparo*³³³ à la française. Il ne peut assumer seul l'exercice du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Il doit pouvoir s'appuyer sur un réseau juridictionnel solide constitué par les juridictions des ordres administratif et judiciaire. Le Conseil constitutionnel doit être un guide pour des juridictions avec lesquelles il doit nécessairement composer. Le contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* devait ainsi trouver un point d'équilibre entre, d'une part, la prééminence nécessaire du Conseil dans l'interprétation de la Constitution et, d'autre part, le refus d'une subordination directe de la Cour de cassation et du Conseil d'État qui aurait frontalement attenté à leur souveraineté³³⁴.

³³³ C. RUIZ-MIGUEL, « L'*amparo* constitutionnel en Espagne : droit et politique », CCC, 2001, n° 10.

³³⁴ D. ALLAND, S. RIALS, v° « Souveraineté », in *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 1435.

136. *Choix du mécanisme préjudiciel.* La réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 a consacré une solution proche de celle proposée par le comité de réflexion sur la réforme des institutions, laquelle était elle-même largement inspirée de projets qui l'avaient précédée³³⁵. Le nouvel article 61-1 de la Constitution dispose que « lorsqu'à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé »³³⁶.

137. Le mécanisme est d'une compréhension aisée. Tout citoyen a la possibilité de contester, devant le juge saisi, la constitutionnalité de la loi qui doit lui être appliquée. La juridiction saisie du « moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution » doit alors « statuer sans délai (...) sur la transmission de [cette] question » à la juridiction suprême de son ordre. Le Conseil d'État ou la Cour de cassation saisi ne peut, par lui-même, déclarer l'inconstitutionnalité de la loi mise en cause et doit, « dans le délai de trois mois à compter de la réception de la transmission³³⁷ (...) se prononcer sur le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel ». Même s'il supporte quelques exceptions tenant à l'urgence³³⁸, à la sauvegarde des droits fondamentaux³³⁹ ou aux intérêts impérieux de l'une des parties³⁴⁰, le principe reste que le juge saisi d'un moyen tendant à déclarer inconstitutionnelles les dispositions applicables doit surseoir à statuer jusqu'à la décision du Conseil d'État ou de la

³³⁵ Voir notamment sur ce point les conclusions du rapport du comité Vedel, G. VEDEL, *Rapport au président de la République*, 15 février 1993, *Doc. Fr.*, 1993, p. 76.

³³⁶ Ces dispositions sont complétées par un article 62 al. 2 lequel dispose qu'« une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ».

³³⁷ Précisons toutefois que le moyen, s'il ne peut être relevé d'office par le juge, peut être soulevé pour la première fois en cassation devant le Conseil d'État ou la Cour de cassation. Voir sur ce point l'article 23-5 de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009.

³³⁸ Art. 23-3 al. 3 de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution : « La juridiction peut également statuer sans attendre la décision relative à la question prioritaire de constitutionnalité si la loi ou le règlement prévoit qu'elle statue dans un délai déterminé ou en urgence ».

³³⁹ Art. 23-3 al. 2 de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution : « toutefois il n'est sursis à statuer ni lorsqu'une personne est privée de liberté à raison de l'instance ni lorsque l'instance a pour objet de mettre fin à une mesure privative de liberté ».

³⁴⁰ Art. 23-3 al. 3 de la loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution : « Lorsque le sursis à statuer risquerait d'entraîner des conséquences irrémédiables ou manifestement excessives pour les droits d'une partie, la juridiction qui décide de transmettre la question peut statuer sur les points qui doivent être immédiatement tranchés ».

Cour de cassation sur sa transmission ou, s'il a été saisi, jusqu'à celle du Conseil constitutionnel.

138. La réforme de 2008 remplit les exigences de dialogisme et de diligence qui lui étaient imposées. Le choix de la technique préjudicielle permet, à l'instar du mécanisme des demandes d'avis et du renvoi au Tribunal des conflits, d'éviter « l'allongement des délais »³⁴¹ qui résulterait d'un mécanisme hiérarchique. Le sursis à statuer, associé au renvoi de la question, permet d'économiser le temps imposé par l'exercice des voies de recours.

Le choix de la technique préjudicielle permet également de préserver l'apparence d'une égalité juridictionnelle. Pas plus avant qu'après 2008 « il n'existe de hiérarchie entre le Conseil d'État, la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel. Ce dernier n'est pas le supérieur des deux cours suprêmes »³⁴². « La révision constitutionnelle (...) conforte le rôle de chacun. Le Conseil d'État et la Cour de cassation sont et demeurent les deux cours suprêmes au sommet des deux ordres de juridiction »³⁴³. Les apparences sont sauvées.

B) Un mécanisme d'unification de l'interprétation constitutionnelle

139. Le lecteur sera peut être surpris de trouver la question prioritaire de constitutionnalité présentée comme un artisan de l'unité d'interprétation de la Constitution. Il est en effet plus conventionnel de présenter ce mécanisme comme tendant à assainir le système juridique de ses dispositions inconstitutionnelles³⁴⁴. Assurer la constitutionnalité de l'ordre juridique, octroyer au citoyen la possibilité de faire valoir ses droits constitutionnels, conforter la prééminence de la Constitution, telles sont assurément les idéaux qui ont motivé l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité. De l'uniformisation de l'interprétation de la Constitution en revanche, il semble ne pas être question. Est-ce à dire que la question prioritaire de constitutionnalité lui est étrangère ? Assurément non. Si telle

³⁴¹ J.-L. WARSMANN, Rapport n° 892 du 15 mai 2008 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi constitutionnelle n° 820 de modernisation des institutions de la V^{ème} République.

³⁴² M. GUILLAUME, « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel : vers de nouveaux équilibres ? », *NCCC* 2011, n° 30, p. 49.

³⁴³ *Ibid.*

³⁴⁴ La lecture des rapports du député J.-L. WARSMANN (rapport n° 892) et du sénateur J.-J. HYEST (rapport n° 387) sur le projet de réforme constitutionnelle ainsi que celle des rapports du député WARSMANN (rapport n° 1898) et du sénateur H. PORTELLI (rapport n° 637) sur la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 expriment la volonté première de consacrer un nouveau droit au justiciable afin de renforcer la protection de ses droits fondamentaux.

n'est pas sa finalité première, elle participe de l'unité d'interprétation de la Loi, mécanisme fondamental du régime des sources en droit français. Elle s'attaque à la cause même des divergences d'interprétation de la Constitution : l'absence d'interprète officiellement déclaré. En effet, en centralisant les déclarations d'inconstitutionnalité, la question prioritaire fait du Conseil constitutionnel l'interprète officiel de la Constitution et, corrélativement, résorbe les divergences d'interprétation. Pour trois raisons qui tiennent à son essence, à l'étude de ses travaux préparatoires et à la jurisprudence constitutionnelle qu'elle a déjà suscitée, la réforme de 2008 a placé le Conseil constitutionnel en interprète hégémonique de la Constitution.

140. *L'essence de la réforme.* En associant les juridictions ordinaires au contrôle de constitutionnalité *a posteriori* et en les plaçant sous l'égide du Conseil constitutionnel, la question prioritaire de constitutionnalité désigne clairement ce dernier comme l'interprète officiel de la Constitution. Si la question prioritaire de constitutionnalité ne crée pas de lien de subordination entre les juridictions de droit commun et le Conseil constitutionnel, elle hiérarchise toutefois leurs interprétations de la Constitution³⁴⁵. Chaque juridiction, à l'occasion du filtre dont elle a la charge, opère un pré-contrôle la constitutionnalité de la loi³⁴⁶. Ce pré-contrôle³⁴⁷ l'oblige à interpréter les dispositions constitutionnelles qui fondent le moyen d'inconstitutionnalité. Il est évident que, telle qu'elle a été conçue par ses rédacteurs, la question prioritaire de constitutionnalité impose qu'à cette occasion le juge ordinaire mobilise les dispositions constitutionnelles telles qu'elles ont été préalablement interprétées par le Conseil constitutionnel³⁴⁸. « Ce système implique un dialogue des juges renforcé (...) Ce dialogue passe par la prise en compte, d'une part, par le Conseil constitutionnel de l'interprétation de la loi par les deux cours suprêmes et, d'autre part, par ces deux cours suprêmes des décisions du Conseil constitutionnel »³⁴⁹. Le Constituant ayant en effet accordé aux juridictions ordinaires un rôle de filtrage des demandes, ce filtre doit être exercé dans les mêmes conditions que le contrôle opéré, en dernier lieu, par le Conseil. En faisant des

³⁴⁵ « En tout état de cause, la question prioritaire de constitutionnalité rend probablement inéluctable la reconnaissance d'une telle autorité (de chose interprétée) », B. MATHIEU, « Les décisions du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme : coexistence, autorité, conflits, régulation », *NCCC*, 2011, n° 32, p. 54.

³⁴⁶ Le contrôle de constitutionnalité de la loi opéré par les juridictions ordinaires est particulièrement flagrant en cas de refus de transmettre la question au Conseil constitutionnel.

³⁴⁷ L'expression est consacrée par de nombreux auteurs : O. DESAULNAY, « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel vue par la Cour de cassation », *NCCC* 2011, n° 30, p. 45.

³⁴⁸ J. ARRIGHI DE CASANOVA, « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel vue du Conseil d'État », *NCCC* 2011, n° 30, p. 27.

³⁴⁹ M. GUILLAUME, « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel : vers de nouveaux équilibres ? », *NCCC* 2011, n° 30, p. 71.

juridictions ordinaires les bras armés du Conseil constitutionnel, le Constituant a manifesté sa volonté de les subordonner à l'interprétation que celui-ci délivre de la Constitution. Il est indubitable que l'institution même de la question prioritaire de constitutionnalité permet d'affirmer « l'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel et ce à deux niveaux : d'une part, en amont, c'est au regard des interprétations du Conseil que le renvoi est jugé nécessaire par la Cour, et, d'autre part, c'est précisément pour obtenir, en aval, l'interprétation authentique de la Constitution que le Conseil constitutionnel est sollicité »³⁵⁰.

141. *La jurisprudence constitutionnelle.* Le Conseil s'est par ailleurs expressément reconnu la qualité d'interprète officiel de la Constitution. En effet, à la question de savoir dans quelle situation une question prioritaire de constitutionnalité peut présenter un caractère nouveau et doit, à ce titre, lui être transmise, le Conseil a répondu que « le législateur organique a entendu, par l'ajout de ce critère, imposer que le Conseil constitutionnel soit saisi de l'interprétation de toute disposition constitutionnelle dont il n'a pas encore eu l'occasion de faire application »³⁵¹. En d'autres termes, les juridictions de droit commun ne peuvent délivrer l'interprétation de dispositions constitutionnelles qui, telles certaines de la Charte de l'environnement, n'ont pas encore été interprétées par le Conseil³⁵². On ne peut affirmer plus clairement que, par l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité, le Constituant a entendu réserver l'interprétation officielle de la Constitution au Conseil constitutionnel³⁵³.

142. *Les travaux préparatoires.* L'examen des travaux préparatoires à la réforme termine de convaincre du rôle du Conseil dans le maintien de l'unité d'interprétation de la Constitution. Après avoir rappelé la divergence née de l'arrêt *Breisacher*, M. Jean-Louis Debré a déclaré, lors de son audition le 19 septembre 2007 devant le Comité de réflexion, que l'« intérêt de la réforme serait d'améliorer l'unité d'interprétation de la Constitution ». Il était impérieux selon lui que « demain, le Conseil constitutionnel assure l'unité de l'interprétation de la Constitution »³⁵⁴. M. Marc Guillaume, secrétaire général du Conseil constitutionnel, a

³⁵⁰ O. DESAULNAY, « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel vue par la Cour de cassation », *NCCC* 2011, n° 30, p. 46.

³⁵¹ CC 2009-595 DC du 03 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, cons. 21.

³⁵² M. GUILLAUME, « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel : vers de nouveaux équilibres ? », *NCCC* 2011, n° 30, p. 67.

³⁵³ *Ibid.*

³⁵⁴ J.-L. DEBRE, Intervention devant le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Vème République, 19 septembre 2007.

repris cette idée lorsqu'il a été interrogé le 30 juin 2009 par la Commission des lois constitutionnelles. Il a observé que les décisions du Conseil constitutionnel n'auront « pas seulement l'autorité de la chose jugée mais également de la chose interprétée »³⁵⁵. Il a ajouté qu' « alors que le Conseil d'État, depuis décembre 2006, reconnaît aux décisions de la Cour de justice des Communautés européennes l'autorité de la chose interprétée, il conviendra de faire de même pour les décisions du Conseil constitutionnel »³⁵⁶. Lors de la création de la question prioritaire de constitutionnalité, le maintien de l'unité d'interprétation de la Constitution n'était donc pas étranger à la volonté du constituant³⁵⁷.

143. Ces trois considérations établissent que la question prioritaire de constitutionnalité participe de l'unité d'interprétation de la Constitution. Trois raisons qui font de cette procédure un moyen de résorber les divergences que le système antérieur avait laissé se développer. Sans doute aucun moyen de contrainte ne vient-il obliger les juridictions ordinaires à retenir l'interprétation retenue par le Conseil, carence pouvant inspirer la crainte que son unification ne soit mise à mal. Toutefois, une chose est de démontrer que la question prioritaire de constitutionnalité fait du Conseil constitutionnel l'organe officiel de l'interprétation constitutionnelle et que ses décisions sont revêtues d'une autorité qui désormais oblige, autre chose est la question des moyens qui permettent d'imposer cette autorité. Ce n'est pas parce que le Conseil ne dispose d'aucun moyen de contrainte que la question prioritaire de constitutionnalité n'a pas fait de lui l'interprète officiel de la Constitution. La reconnaissance de l'autorité de l'interprétation du Conseil est, comme il sera démontré plus loin³⁵⁸, indépendante de la mise en œuvre d'un mécanisme lui permettant de l'imposer par la contrainte.

³⁵⁵ M. GUILLAUME, audition devant la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, Mardi 23 juin 2009, Séance de 9 heures, Compte rendu n° 58, en ligne http://www.assemblee-nationale.fr/13/commissions/modernisation_institutions/.

³⁵⁶ *Ibid.*

³⁵⁷ « La procédure de la question préjudicielle devant la Cour de justice des communautés européennes a pour objet d'assurer une interprétation uniforme du droit communautaire et d'éviter d'autant les divergences au plan national en la matière. C'est une ambition, sinon identique, comparable qui a retenu le récurrent débat puis enfin la récente institution d'un mode préjudiciel d'interprétation de la Constitution par le Conseil constitutionnel » (M. DISANT, *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2010, p. 101).

³⁵⁸ V. *infra*, n° 617 et s.

144. Conclusion de la section 1 : La question prioritaire de constitutionnalité n'est pas un renvoi *en* interprétation. En aucun cas le juge de droit commun ne saurait saisir le Conseil constitutionnel d'une telle demande. L'interdiction est d'ailleurs dommageable³⁵⁹ lorsqu'en dehors du contrôle de constitutionnalité de la loi, le juge est confronté à l'interprétation de dispositions constitutionnelles sur lesquelles le Conseil ne s'est pas encore prononcé³⁶⁰. Pour autant, s'il n'est pas question de nier les différences qui séparent la question prioritaire de constitutionnalité des renvois en pure interprétation, il ne faut pas non plus que, focalisé sur cette dissemblance, le commentateur en vienne à nier leurs points de convergence. Certes la question posée au Conseil n'est pas une question d'interprétation, mais son objet spécifique ne fait pas obstacle à ce que la question prioritaire de constitutionnalité soit le principal artisan de l'unification de l'interprétation de la Constitution. Elle opère une centralisation de l'interprétation des textes constitutionnels, assurant par là leur unité. Contrairement aux apparences trompeuses que suscite la lecture des dispositions constitutionnelles, la réforme a « renforcé [le Conseil] dans son rôle d'interprète premier de la Constitution »³⁶¹, « son action dans le cadre de l'article 61-1 ne sera pas seulement de censurer les dispositions législatives, mais aussi d'assurer l'interprétation uniforme de la Constitution, même dans les cas dans lesquels la disposition législative contestée n'apparaît pas contraire à la Constitution »³⁶². Dès lors, la question prioritaire poursuit « la finalité de générer l'interprétation authentique de la Constitution ainsi que d'unifier et d'imposer celle-ci sous l'égide du Conseil constitutionnel »³⁶³.

145. La question prioritaire est donc un mécanisme d'uniformisation de l'interprétation. C'est un fait. Toutefois, par delà cette finalité, sa structure et son fonctionnement intriguent. A l'instar du mécanisme des demandes d'avis et du renvoi au Tribunal des conflits, cette uniformisation est le fruit d'un renvoi inter-juridictionnel. A l'instar de ces mécanismes elle a

³⁵⁹ Comme le relève M. Disant, « il est permis d'évoquer l'intérêt que pourrait présenter un mécanisme complémentaire à la QPC, de renvoi en interprétation des décisions QPC du Conseil constitutionnel » (M. DISANT, *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité*, Lamy, 2011, p. 96). Sur ce point également : X. DOMINO, A. BRETONNEAU, « Les suites de la QPC : histoire et géographie du dialogue des juges », *AJDA* 2011. 1136.

³⁶⁰ Le Conseil d'État considère que la QPC « a pour objet de faire juger par le Conseil constitutionnel si une disposition législative porte ou non atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution mais non de l'interroger, à titre préjudiciel, sur l'interprétation d'une norme constitutionnelle en vue de son application au litige » (CE, 16 avril 2010, n° 336270).

³⁶¹ O. DESAULNAY, « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel vue par la Cour de cassation », *NCCC* 2011, n° 30, p. 42.

³⁶² M. GUILLAUME, « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel : vers de nouveaux équilibres ? », *NCCC* 2011, n° 30, p. 67.

³⁶³ O. DESAULNAY, *art. cit.*, p. 46.

été préférée au procédé hiérarchique de l'exception d'inconstitutionnalité. Simple coïncidence ? L'histoire inspire la conviction contraire. La question prioritaire de constitutionnalité vient, après le renvoi au Tribunal des conflits et l'instauration de demandes d'avis devant les deux cours suprêmes françaises, attester de la faveur faite à l'uniformisation persuasive de l'interprétation. Cette tendance lourde n'est pas nouvelle, elle a commencé il y a plus de cinquante ans lorsqu'il a fallu uniformiser l'interprétation des textes européens.

SECTION II : L'UNIFORMISATION DES TEXTES EUROPEENS

146. Au sortir de la seconde guerre mondiale, le contexte était paradoxalement favorable à l'émergence d'organisations intergouvernementales. L'association des États dans des projets d'institutions les transcendant était la meilleure manière d'éviter que les atrocités d'hier puissent demain se reproduire. Les États ont admis, dans une certaine mesure, de subordonner leur action à une volonté supérieure : leur volonté commune. Au plan international, ce mouvement a conduit à l'adoption, par les Nations Unies, de la Déclaration Universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, texte qui marque la première volonté des États de se réunir sous une même bannière. Au plan régional, dix États décidaient de s'associer dans l'objectif de favoriser, en Europe, un espace démocratique et juridique commun. L'instrument de cette quête vers la protection des droits fondamentaux de l'individu a pris notamment la forme d'une Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales adoptée le 4 novembre 1950 ; une convention aujourd'hui directement invocable par les justiciables, devant les juridictions nationales³⁶⁴.

L'union idéologique autour de valeurs communes n'était toutefois qu'un point de départ pour ceux qui, tels Jean Monnet et Robert Schuman, croyaient déjà en l'union politique des États européens. Les pères fondateurs de l'Europe ont décidé de créer, à partir de secteurs très limités, des solidarités économiques vouées à l'épanouissement. Les ramifications issues de ces communautés économiques devaient aboutir, à leur terme, à une union politique générale proche du modèle de l'État fédéral. Aujourd'hui, « l'édifice communautaire » s'est renforcé au point d'aboutir à la création d'une « Union européenne »³⁶⁵ au profit de laquelle les États ont renoncé à une part de leur souveraineté. L'Union européenne est dotée d'organes indépendants des États qui la composent, des organes qui secrètent une législation autonome souvent invocable devant les juges nationaux.

147. Pour résoudre les litiges portés devant lui, le juge n'est donc pas cantonné à l'application du droit national. Le droit né de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'Union européenne est susceptible de régir la situation qui lui est présentée.

³⁶⁴ La France a ratifié la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales par une loi du 3 mai 1974.

³⁶⁵ C. BLUMANN, L. DUBOUIS, *Doit institutionnel de l'Union européenne*, Litec, 4^{ème} éd., 2010, p. 2.

L'application par le juge national de ces règles extérieures à son ordre juridique le conduit inévitablement à les interpréter. Pour que les ordres juridiques européens conservent leur cohérence, il importe que l'ensemble des juridictions nationales retienne une même interprétation des textes européens. Les rédacteurs des traités ont, à cet effet, prévu des mécanismes d'uniformisation différents. L'uniformisation de l'interprétation du droit de l'Union est opérée grâce à un mécanisme préjudiciel : le renvoi préjudiciel (§1).

Une voie opposée a été choisie pour assurer l'unité d'interprétation de la Convention, celle d'un recours hiérarchique devant la Cour européenne des droits de l'homme. Ce second mécanisme fait aujourd'hui l'objet de sérieuses critiques qui ont conduit le Conseil de l'Europe à décider la création d'un mécanisme préjudiciel (§2).

§1 - LE RENVOI PREJUDICIEL A LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE

148. L'étude des modes d'uniformisation de la loi et de la Constitution a révélé l'existence de deux techniques aux essences radicalement opposées : l'uniformisation hiérarchique et l'uniformisation préjudicielle. Le droit de l'Union est à l'origine du mouvement en faveur de la seconde. Le choix de ce procédé (B) a été délibérément fait au détriment d'un mécanisme d'unification de type hiérarchique (A).

A) Le rejet de l'uniformisation hiérarchique

149. *La nécessité d'une juridiction autonome.* Pour voir appliquer le droit communautaire dans les ordres juridiques nationaux, les initiateurs des Communautés n'avaient d'autre solution que de faire du juge national le juge de droit commun du droit communautaire³⁶⁶. Les Communautés ne disposaient en effet d'aucun appareil juridictionnel propre, et il était utopique de croire pouvoir le créer de toutes pièces. L'application et la diffusion du droit communautaire ne pouvaient se faire autrement que par le truchement des juridictions étatiques.

³⁶⁶ F. CHATIEL, « L'application du droit communautaire par le juge national », in *Mélanges en hommage à G. Isaac*, Presses universitaires des sciences sociales de Toulouse, 2004, p. 843 ; A. BRAVAV, « La plénitude des compétences du juge national en sa qualité de juge communautaire », in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, 1991, p. 1.

150. Si l'évidence l'imposait, cette solution n'en était pas moins risquée. Laisser les juridictions nationales appliquer le droit communautaire, c'était prendre le risque de le voir éclater dès sa mise en application. « Laisser aux instances nationales le soin d'interpréter à leur guise les divers textes communautaires » c'était « aboutir à un fractionnement et à des contradictions de nature à détruire dans la réalité l'énorme effort d'unification réalisé dans les textes et à recréer pratiquement les discriminations que les traités ont pour objet de faire disparaître »³⁶⁷. Dans le même esprit, il n'était guère admissible d'abandonner aux juges nationaux pleine compétence pour apprécier la validité, au regard des traités, des actes adoptés par les Communautés. « Peut-on imaginer qu'un règlement du Conseil ou de la Commission soit déclaré illégal dans un pays de la Communauté et légal dans l'autre ? »³⁶⁸. Les pères fondateurs ont donc fait preuve de réalisme et conclu à l'impérieuse nécessité d'instituer une juridiction autonome chargée d'unifier l'application et l'interprétation du droit communautaire. La conférence de Paris du 20 juin 1950 sur le traité CECA a ainsi vu naître la Cour de justice des Communautés européennes, dont la compétence devait être sans cesse étendue par les traités postérieurs.

151. *Le refus d'une juridiction hiérarchiquement supérieure.* Une fois le choix de créer une juridiction autonome effectué, il restait encore à établir les modalités d'exercice de sa mission. Un « groupe juridique »³⁶⁹ spécialisé fut ainsi chargé de déterminer les moyens pour la Cour d'unifier l'interprétation et l'application du droit communautaire. Si les négociations « essentiellement libres et ouvertes »³⁷⁰ qui ont eu lieu dans ce cadre n'ont malheureusement été ni reproduites, ni enregistrées, certains chercheurs ont pris l'initiative heureuse de recueillir et d'archiver les témoignages de ses participants. Michel Gaudet, représentant de la CECA au comité des juristes, explique dans ses mémoires que le débat quant au rôle et aux attributions de la Cour de justice fut animé. Certains membres du groupe « étaient partisans de faire de la Cour de justice une Cour de Cassation »³⁷¹ européenne, seule compétente dès lors

³⁶⁷ M. LAGRANGE, « L'action préjudicielle dans le droit interne des États membres et en droit communautaire », *RTDE* 1974. 270.

³⁶⁸ *Ibid.*

³⁶⁹ P. PESCATORE, « Les travaux du "groupe juridique" dans la négociation des traités de Rome », *Revue d'histoire luxembourgeoise*, 1982, n° 2, p. 34. Également en ligne sur <http://www.cvce.eu/viewer/-/content/1d333821-00f1-495a-ba5b-305a2a2536d3/fr>

³⁷⁰ *Ibid.*

³⁷¹ « Une telle solution correspondait à une vision hiérarchique du système judiciaire faisant du juge communautaire une sorte de Cour de cassation, solution manifestement écartée par les auteurs des traités lorsqu'à été institué le mécanisme de coopération juridictionnelle de l'article 177 CEE » (D. SIMON, « L'effet dans le temps des arrêts préjudiciels de la Cour de justice des Communautés européennes : enjeu ou prétexte

qu'une disposition de droit communautaire était en cause »³⁷². L'unification du droit aurait alors été imposée par un « mécanisme hiérarchique d'appel et de cassation au sommet duquel se situerait la Cour de justice »³⁷³. Cette « solution, appliquée dans les États où l'unification est réalisée par des recours jusqu'en cour suprême »³⁷⁴ n'était pas dénuée d'argument. Elle était celle pratiquée, au niveau interne, par une grande majorité des États parties à la négociation. Un obstacle de taille s'opposait toutefois à sa transposition à l'échelon supranational : par son intervention *a posteriori*, la cassation eut nécessairement porté « atteinte à l'ordre judiciaire des États membres »³⁷⁵. Dès lors, conscient des contraintes liées à la superposition du droit communautaire au droit national, le groupe juridique devait rechercher un mécanisme de nature à sauvegarder « la plénitude du pouvoir de décision »³⁷⁶ des juridictions nationales, un mécanisme qui constitue « une heureuse conciliation entre le respect des ordres judiciaires nationaux et l'indispensable unité d'application du droit communautaire »³⁷⁷.

B) Le choix de l'unification préjudicielle

152. Consécration du renvoi préjudiciel. L'idée retenue par les fondateurs a été d'instaurer « un mécanisme plus inspiré de la coopération entre le juge national et le juge de l'Union européenne »³⁷⁸, distinguant la compétence du premier quant à l'application du droit communautaire de celle du second quant à son interprétation et l'appréciation de sa validité³⁷⁹. Le juge national qui, à l'occasion d'un litige porté devant lui, se trouverait

d'une nouvelle guerre des juges ? », in *Du droit international au droit de l'intégration, Liber amicorum Pierre Pescatore*, Nomos, 1987, p. 668).

³⁷² Entretien avec M. GAUDET, réalisé par le Pr. G. BOSSUAT le 10/01/1998 et déposé aux archives européennes de Florence dans le cadre d'un programme d'archive des fondateurs de l'Union européenne. En ligne sur <http://www.eui.eu/HAEU/OralHistory/pdf/INT603.pdf>

³⁷³ M. WATHELET, *Contentieux européen*, Larcier, 2010, p. 305.

³⁷⁴ *Ibid.*

³⁷⁵ Entretien avec M. GAUDET, réalisé par le Pr. G. BOSSUAT le 10/01/1998 et déposé aux archives européennes de Florence dans le cadre d'un programme d'archive des fondateurs de l'Union européenne. En ligne sur <http://www.eui.eu/HAEU/OralHistory/pdf/INT603.pdf>

³⁷⁶ *Ibid.*

³⁷⁷ *Ibid.*

³⁷⁸ M. WATHELET, *op. cit.*, p. 305.

³⁷⁹ Sur le fait que la Cour de justice unifie l'interprétation, mais selon une méthode radicalement différente de la cassation : « La Cour exerce la fonction d'une juridiction régulatrice, chargée d'assurer l'application uniforme du droit dans l'ensemble du territoire de l'Union, à la manière d'un juge de cassation, même si la technique retenue est celle d'une collaboration juridictionnelle avec les tribunaux nationaux grâce au mécanisme des questions préjudicielles » (D. SIMON, « La légitimité du juge communautaire », in *L'office du juge, Colloque organisé par le Pr Gilles DARCY, le Doyen Véronique LABROT et Mathieu DOAT les vendredi 29 et samedi 30*

confronté à une question d'interprétation ou d'appréciation de la validité d'un acte communautaire pourrait surseoir à statuer et solliciter du juge du plateau de Kirchberg le règlement de cette question. La simple faculté du juge se muerait en obligation lorsqu'aucune voie de recours n'est ouverte contre sa décision. Originale, cette solution consacrée par les traités fondateurs des Communautés européennes³⁸⁰ fut conservée par l'ensemble des traités ultérieurs.

153. *Domaine du renvoi préjudiciel.* Depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, le mécanisme du renvoi préjudiciel peut se prévaloir d'un fondement juridique unique dont la succession des traités l'avait jusqu'à présent privé. En effet, si les traités ultérieurs ont tous respecté le mécanisme du renvoi préjudiciel initialement retenu, certaines spécificités procédurales ont parfois été introduites selon les matières dans lesquelles l'intervention de la Cour était sollicitée. La création de l'Union européenne et son organisation en piliers par le traité de Maastricht ont éclaté le régime du renvoi préjudiciel. Alors que les matières relevant de la Politique Etrangère et de Sécurité Commune ne pouvaient faire l'objet d'un tel renvoi, les matières communautaires étaient soumises à l'article 177 du traité CEE (devenu 234 CE, puis 267 TFUE) et celles du troisième pilier (Justice et Affaires Intérieures) relevaient d'une procédure distincte prévue à son article 35. Le traité d'Amsterdam, en communautarisant certaines matières du troisième pilier (visas, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulations) créait un régime préjudiciel spécifique prévu à l'article 68 du traité CE. Le surplus du troisième pilier (Dispositions relatives à la coopération policière et judiciaire en matière pénale) restait quant à lui soumis au régime de l'article 35.

Aujourd'hui le renvoi préjudiciel bénéficie d'un régime juridique unitaire³⁸¹ prévu par l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). « La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer à titre préjudiciel a) sur l'interprétation des traités, b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes et organismes de l'Union ».

154. Alors que les statistiques manifestent l'importance quantitative de ce mécanisme, il est remarquable que le renvoi préjudiciel a été l'instrument par lequel « la Cour de justice a

septembre 2006, Palais du Luxembourg, en ligne http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.pdf, p. 458).

³⁸⁰ Article 41 du traité CECA ; Article 150 du traité EURATOM et 177 du traité CEE.

³⁸¹ Notons toutefois que si le principe de l'unité de régime est consacrée par le traité de Lisbonne, elle ne sera effective qu'une fois purgée des dispositions transitoires figurant à l'article 10 du Protocole n° 36 (sur les dispositions transitoires du traité de Lisbonne). JO C 83 du 30 mars 2010, p. 322.

développé le droit communautaire et lui a donné le contenu et la forme que ce droit connaît aujourd'hui »³⁸². Tous les arrêts fameux : *Van Gend en Loos*³⁸³, *Costa*³⁸⁴, *Reyners*³⁸⁵, *Defrenne*³⁸⁶, *International Fruit Company*³⁸⁷, *Factortame*³⁸⁸, *Hoffmann-La Roche*³⁸⁹, *Dassonville*³⁹⁰, *Cassis de Dijon*³⁹¹, *Keck et Mithouard*, *Kobler et autres*³⁹² ont été rendus sur renvoi préjudiciel d'une juridiction nationale. Sans conteste, le renvoi préjudiciel à la Cour de justice constitue bien un mécanisme d'unification de l'interprétation du droit de l'Union européenne.

155. Conclusion du §1. Lorsqu'ils ont eu à se prononcer sur la manière d'unifier l'interprétation du droit communautaire, les fondateurs des Communautés européennes ont décidé de répudier la hiérarchie au profit d'un mécanisme novateur : le renvoi préjudiciel. Ce choix a une importance qui ne doit pas être négligée. Il procède d'une volonté, depuis lors constante, de sacrifier la sanction sur l'autel de la collaboration. Le renvoi préjudiciel n'est pas un mécanisme isolé. Il est au contraire l'initiateur d'un mouvement, d'une évolution qui touche l'ensemble des sources du droit, évolution tendant à promouvoir l'instrument préjudiciel pour assurer l'unité d'interprétation des textes juridiques. Cette dynamique est à ce point puissante que l'instauration d'un mécanisme préjudiciel est envisagée pour remédier aux inconvénients du recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'homme.

§2 - LES DEMANDES D'AVIS A LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

156. A l'instar du droit de l'Union européenne, les stipulations de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont directement applicables devant le juge national. Tout justiciable peut solliciter du juge qu'il impose à l'État signataire

³⁸² P. MATHISEN, « Le début : la Cour CECA », in *La Cour de justice des communautés européennes 1952-2002 : Bilan et perspectives*, Bruylant, 2004, p. 7.

³⁸³ CJCE, 5 février 1963, *Van Gend and Loos*, 26-62, Rec. p. 3.

³⁸⁴ Ordonnance du 3 juin 1964, *Costa/ENEL*, 6/64, Rec. p. 1194-1195.

³⁸⁵ CJCE 21 juin 1974, *Reyners*, aff. 2/74, Rec. p. 651.

³⁸⁶ CJCE 8 avril 1976, *Defrenne II*, 43/75, Rec. p. 455.

³⁸⁷ CJCE, 12 décembre 1972, *International Fruit Company NV et autres c. Produktschap voor Groenten en Fruit*, Aff. jtes 21 à 24/72, Rec., 1972, p. 1219.

³⁸⁸ CJCE 19 juin 1990, *Factortame e.a.*, C-213/89, Rec. p. I-2433.

³⁸⁹ CJCE 24 mai 1977, *Hoffmann-La Roche*, 107/76, Rec. p. 957.

³⁹⁰ CJCE, 11 juillet 1974, *Procureur du droit contre Gustave Dassonville*, affaire 8/74, rec. 1974, p. 837.

³⁹¹ CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral*, aff. 120/78, rec. p. 649.

³⁹² CJCE 30 septembre 2003, *Köbler*, C-224/01, Rec. p. I-10239.

le respect des droits fondamentaux consacrés dans la Convention. Panacée quant au degré de protection accordé aux individus, l'applicabilité directe du texte conventionnel pose en revanche le sérieux problème de l'uniformisation de son interprétation. Comment s'assurer que les juridictions nationales des différents États donnent une même consistance et une même étendue aux droits consacrés ? Comment éviter que le texte conventionnel ne devienne un instrument à géométrie variable ?

157. Afin d'assurer l'effectivité et l'unité d'interprétation de la Convention, le Conseil de l'Europe a installé une Cour uniquement chargée de veiller à sa bonne application : la Cour européenne des droits de l'homme. La personne estimant que l'un de ses droits protégés par la Convention a été bafoué peut, si elle n'a pas obtenu réparation devant les juridictions nationales, saisir directement la juridiction européenne d'un « recours individuel » et lui faire constater la violation dont elle est victime.

158. Quelques décennies après sa mise en œuvre, le recours individuel suscite des réactions ambivalentes. Adoubé dans son principe en ce qu'il permet d'imposer à un État le respect des droits consacrés par la Convention, il est également très largement critiqué pour être victime de son succès, conduire à l'obstruction de la Cour et préjudicier à son office interprétatif (A). Face aux appels de la doctrine pour endiguer la décadence du recours individuel et éviter sa chute, le comité des ministres a récemment adopté un protocole additionnel consacrant officiellement l'introduction d'un mécanisme de demande d'avis (B). Une fois de plus, l'uniformisation préjudicielle semble venir au secours de l'uniformisation hiérarchique.

A) Les carences du recours individuel devant la CEDH

159. *Principe du recours individuel.* Toute personne physique qui « se prétend victime d'une violation, par l'une des Hautes Parties contractantes, des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles » peut, après avoir épuisé les voies de recours qui lui sont ouvertes en droit interne, saisir directement la Cour européenne pour qu'il soit statué sur la

violation de la convention dont elle s'estime victime³⁹³. Le mécanisme de contrôle du respect de la Convention européenne des droits de l'homme est un modèle « audacieux »³⁹⁴, une « véritable référence »³⁹⁵, pour ne pas dire « le modèle le plus achevé de la protection juridictionnelle des droits de l'homme »³⁹⁶. « Unique en son genre »³⁹⁷, il ouvre à toute victime d'une violation de la convention la possibilité de saisir directement la Cour européenne des droits de l'homme pour voir condamner l'État signataire qui n'a pas tenu ses engagements.

160. La Cour profite alors de l'occasion du recours individuel pour délivrer l'interprétation officielle de la Convention, celle que les juridictions nationales doivent retenir à l'occasion de son application. Les arrêts de principe venus préciser le sens du texte conventionnel sont si nombreux qu'il est impossible d'en faire une énumération exhaustive. *Golder c/ Royaume-Uni*³⁹⁸, *Kruslin c/ France*³⁹⁹, *Borgers c/ Belgique*⁴⁰⁰, *Selmouni c/ France*⁴⁰¹, *Mazurek c/ France*⁴⁰², *Oneryildiz c/ Turquie*⁴⁰³. Autant d'arrêts emblématiques qui, à l'occasion du recours par leur auteur éponyme, sont venus préciser de manière déterminante l'étendue des droits consacrés par le texte conventionnel⁴⁰⁴. Le recours individuel constitue

³⁹³ Le recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'homme a été consacré en France le 2 octobre 1981 par la remise d'une déclaration au secrétaire général du Conseil de l'Europe signé de M. Chandernagor alors ministre délégué auprès du ministre des services extérieurs.

³⁹⁴ J.-P. MARGUENAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, Connaissance du droit, 3^{ème} éd., 2005, p. 1.

³⁹⁵ J.-F. RENUCCI, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2007, p. 813.

³⁹⁶ *Ibid.*

³⁹⁷ F. BENOIT-ROHMER, « Il faut sauver le recours individuel », *D.* 2003. 2584.

³⁹⁸ CEDH, *Golder c/ Royaume-Uni*, 21 février 1975, série A, n° 18, *AFDI* 1975. 330, note R. PELLOUX.

³⁹⁹ CEDH, *Kruslin c/ France*, 24 avril 1990, série A, n° 176-A, *RUDH* 1990. 195, note G. COHEN-JONATHAN ; R. KOERING-JOULIN, *D.* 1990. 187 ; *JDI* 1991. 786, obs. E. DECAUX.

⁴⁰⁰ CEDH, *Borgers c/ Belgique*, 30 octobre 1991, série A, n° 214-A, *RTDH* 1992. 204, note J. CALLEWAERT ; *RUDH* 1992. 6, obs. F. SUDRE.

⁴⁰¹ CEDH, *Selmouni c/ France*, grande chambre, 28 juillet 1999 ; *JCP G* 1999. II. 10193, obs. F. SUDRE ; *RGDIP* 2000. 181, note G. COHEN-JONATHAN ; *RTFH* 2000. 123, note P. LAMBERT.

⁴⁰² CEDH, *Mazurek c/ France*, 1^{er} février 2000 ; *JCP G* 2000. II. 10286, obs. A. GOUTTENOIRE-CORNUT, F. SUDRE ; *RTD civ.* 2000. 311, obs. J. HAUSER ; *RTD civ.* 2000. 429, J.-P. MARGUENAUD.

⁴⁰³ CEDH, *Oneryildiz c/ Turquie*, Grande chambre, 30 novembre 2004 ; *AJDA* 2005. 550, obs. J.-F. FLAUSS.

⁴⁰⁴ L'arrêt *Golder* a été l'occasion pour la Cour de consacrer, sur le fondement de l'article 6 de la Convention, le droit d'accès à un tribunal. L'arrêt *Kruslin* est venu préciser le sens du §2 de l'article 8 sur la vie privée et familiale à l'occasion de l'étude de la conventionnalité de la législation française sur les écoutes téléphoniques. Dans l'arrêt *Borgers*, la Cour a admis la violation du principe de l'égalité des armes pour la première fois sur le fondement de l'article 6§1 de la convention. L'arrêt *Selmouni* a été l'occasion pour la Cour de préciser le sens de l'article 3 de la Convention interdisant la torture ou les peines et traitements dégradants et de mettre à la charge des États une double obligation : une obligation substantielle d'interdiction de la torture d'abord, une obligation procédurale imposant de procéder à une enquête officielle approfondie et effective à chaque fois qu'il y a des motifs raisonnables de croire que des traitements inhumains ou dégradants ont été commis par des agents de l'État. L'arrêt *Mazurek* est venu préciser le sens de l'article 14 de la convention à l'occasion de l'examen de la conventionnalité de l'article 760 du code civil opérant une discrimination, quant à leur vocation successorale entre les enfants légitimes, naturels et adultérins. Enfin l'arrêt *Oneryildiz* a permis à la Cour de rappeler, toute en

l'outil exclusif de l'uniformisation de l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme. Toutefois, si l'office interprétatif de la Cour est aujourd'hui l'un des plus étendus qui soit, l'instrument mis à sa disposition est largement critiqué. Le recours individuel est un mécanisme hiérarchique d'uniformisation de l'interprétation qui, apparenté à la cassation (1), en épouse malheureusement les vices (2).

1) Le recours individuel : mécanisme hiérarchique

161. Lien avec la cassation. La parenté du recours individuel et de la cassation paraît de prime abord ténue, sinon inexistante. Plus que leurs convergences, ce sont leurs dissemblances qui frappent l'esprit. La distinction du fait et du droit sur laquelle repose la cassation est étrangère au recours individuel. Tous deux n'ont ni le même objet, ni les mêmes effets. Alors que la cassation repose sur l'examen de la conformité au droit d'une décision de justice, l'objet du recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'homme consiste, non dans un tel contrôle, mais dans l'étude de la législation ou des pratiques d'un État membre du Conseil de l'Europe. Il s'agit, non de sanctionner un juge national qui aurait mal appliqué la Convention, mais de condamner un État pour une législation ou une pratique qui lui est contraire. L'opposition se prolonge jusque dans les effets du recours. Alors que la cassation implique généralement l'anéantissement de la décision rendue par les juges du fond, la Cour européenne des droits de l'homme ne peut que condamner l'État défaillant au versement d'une satisfaction équitable. Bref, plus qu'une indifférence, c'est une opposition que semble révéler l'étude conjointe de la cassation et du recours individuel.

162. Ces différences, qui se doivent d'ailleurs d'être largement nuancées⁴⁰⁵, masquent pourtant l'existence d'une réelle filiation entre lesdits mécanismes. Tous deux partagent une même architecture, présentent les mêmes caractères et participent d'une même essence. L'un et l'autre appartiennent aux modes hiérarchiques d'uniformisation de l'interprétation. Il s'agit toujours, pour la juridiction suprême, d'intervenir *a posteriori*, afin de condamner ou entériner l'interprétation que les juridictions nationales ont retenu de la Convention.

la précisant, l'autonomie de la notion de « biens » protégés par l'article 1^{er} du 1^{er} Protocole additionnel à la Convention.

⁴⁰⁵ J.-P. COSTA, « Le recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'homme s'apparente-t-il à un pourvoi en cassation ? », in *La création du droit jurisprudentiel, Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Dalloz, 2006, p. 97.

L'intervention de la Cour européenne repose, à l'instar de celle de la Cour de cassation et de celle du Conseil d'État, sur l'exercice, par les plaideurs, des voies de recours qui leurs sont ouvertes. Le recours individuel constitue l'aboutissement d'un processus sédimentaire qui permet à la Cour européenne de se nourrir des divergences de jurisprudence nées de l'activité des juges du fond. La centralisation des questions d'interprétation obéit donc, dans la cassation et dans le recours individuel, à un schéma similaire qui traduit leur parenté. Il n'est dès lors pas étonnant que les maux qui touchent la première frappent également le second.

2) *Le recours individuel : mécanisme dépassé*

163. Carences du recours individuel. Deux caractères du recours individuel sont aujourd'hui largement critiqués par la doctrine. Le premier tient à la lenteur du mécanisme, une lenteur préjudiciable tant aux justiciables qu'à la fixation de l'état du droit. Le second tient à son caractère répressif, caractère inadapté dans l'ordre des sources qui se dessine à l'aube du troisième millénaire

164. Lenteur du recours individuel. Il a été dit que le mécanisme de la cassation se caractérise par sa « lenteur sénatoriale ». Que dire alors du recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'homme, dont l'une des conditions de recevabilité réside dans l'épuisement des voies de recours de droit interne⁴⁰⁶ ? Bien que cette condition fasse l'objet de la part de la Cour d'une appréciation pour le moins libérale⁴⁰⁷, la mise en œuvre du recours individuel est souvent subordonnée à l'échec du recours en cassation devant les juridictions françaises⁴⁰⁸.

Cette règle de subsidiarité⁴⁰⁹ est certes « conforme aux règles classiques du droit international »⁴¹⁰. Elle permet de « laisser aux instances nationales l'occasion de prévenir ou

⁴⁰⁶ Art. 35 §1^{er} de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

⁴⁰⁷ « Il est évident que la règle de l'épuisement des recours internes doit s'appliquer avec une certaine souplesse et sans formalisme excessif (...) ainsi la règle de l'épuisement des voies des recours internes cesse d'être opposable si les recours prévus par le droit national sont illusoire » (J.-F. RENUCCI, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2007, p. 861 et 863).

⁴⁰⁸ « La règle de l'épuisement des voies de recours internes, la lenteur des procédures (...) laissent à la Cour de cassation la possibilité de s'opposer ouvertement à celle-là [la Cour européenne des droits de l'homme] sur l'interprétation de la Convention » (A. DECOCQ, « Le désordre juridique français », *in Jean Foyer, in memoriam*, LGDJ, 2010, p. 155).

⁴⁰⁹ J. NORMAND, « La subsidiarité de la Convention européenne des droits de l'Homme devant la Cour de cassation », *in La procédure en tous ses états, Mélanges en l'honneur de Jean Buffet*, Montchrestien, 2004, p. 357.

de redresser les violations des dispositions conventionnelles »⁴¹¹. Mais elle retarde l'intervention de la Cour européenne dans des proportions qui sont difficilement acceptables. À ce problème structurel s'ajoute, à l'instar de la cassation, un problème conjoncturel : celui de l'ouverture du recours aux justiciables. En ouvrant grand les portes de son prétoire aux particuliers, la Cour européenne des droits de l'homme a favorisé un afflux de demandes qu'il lui est devenu impossible de maîtriser⁴¹². Elle se trouve, depuis quelques années déjà, confrontée à la difficulté endémique de « l'accroissement des requêtes »⁴¹³. Malgré les modifications apportées par le Protocole n° 11⁴¹⁴ et le Protocole n° 14⁴¹⁵, censées enrayer son engorgement, elle a été saisie, en 2010, à 61 300⁴¹⁶ reprises. Son encombrement est tel qu'avec un stock surréaliste de près de 140 000 affaires pendantes devant une formation judiciaire, c'est la « survie »⁴¹⁷ de la Cour qui est en jeu⁴¹⁸.

165. Le recours individuel et la lenteur qui lui est consubstantielle sont doublement condamnables. Ils le sont d'abord en ce qu'ils rallongent excessivement les délais des recours ; des délais qui, avec plus de 60 000 requêtes chaque année deviennent, « par la force des choses, de moins en moins raisonnables⁴¹⁹ ». La situation est d'autant plus dommageable que la Cour européenne des droits de l'homme « n'hésite pas à se montrer extrêmement pointilleuse quant au respect par les autorités nationales de l'exigence d'effectivité de la justice »⁴²⁰, si bien que « l'engorgement qu'elle connaît aujourd'hui risque de jeter le discrédit sur le contrôle qu'elle exerce »⁴²¹. Elle l'est ensuite par le temps d'incertitude particulièrement long que la lenteur de son intervention laisse planer sur l'état du droit. Le délai qui sépare l'introduction d'une demande, de l'interprétation de la Convention et de la conformité du droit national, ouvre une période de précarité juridique. A titre d'exemple

⁴¹⁰ J.-F. RENUCCI, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2007, p. 861.

⁴¹¹ *Ibid.*

⁴¹² J. BORE, « La Cour de cassation pour l'an 2000 », *D.* 1995. 133.

⁴¹³ J.-F. RENUCCI, *op. cit.*, p. 813.

⁴¹⁴ Le Protocole n° 11 a été adopté le 11 mai 1994 pour une entrée en vigueur le 1^{er} novembre 1998.

⁴¹⁵ Le Protocole n° 14 est entré en vigueur le 1^{er} juin 2010.

⁴¹⁶ Rapport annuel de la Cour européenne des droits de l'homme, 2010, p. 145, http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/E5CF240E-5305-4E9F-BC0F-A06CABAC1315/0/Analyse_statistique_2010.pdf

⁴¹⁷ J.-F. RENUCCI, *op. cit.*, p. 813.

⁴¹⁸ Les conférences sur l'avenir de la Cour qui se sont tenues à Interlaken en 2010, à Izmir en 2011 et à Brighton en 2012 témoignent de la gravité de la situation. La succession des Protocoles additionnels 14, 15 et 16 est également révélatrice de l'importance du sujet.

⁴¹⁹ J.-F. FLAUSS, « Faut-il transformer la Cour européenne des droits de l'homme en juridiction constitutionnelle ? », *D.* 2003. 1638.

⁴²⁰ J.-F. FLAUSS, « Faut-il transformer la Cour européenne des droits de l'homme en juridiction constitutionnelle ? », *D.* 2003. 1638.

⁴²¹ F. BENOIT-ROHMER, « Il faut sauver le recours individuel », *D.* 2003. 2584.

particulièrement évocateur, la question de la conventionnalité de l'article 760⁴²² du Code civil français a été soulevée par M. Mazurek dès une instance en partage de succession introduite le 30 avril 1991. Selon cet article l'enfant adultérin ne devait recueillir dans la succession de son parent auteur de l'adultère que la moitié de la part à laquelle il aurait eu droit s'il avait été un enfant légitime. Après que la Cour d'appel et la Cour de cassation eurent déclaré la validité du droit français, la Cour européenne est venue interpréter la Convention dans un sens le condamnant. Dix années se sont écoulées entre l'interprétation de la Convention retenue par le tribunal de grande instance de Nîmes et celle arrêtée par la Cour européenne. Dix années d'incertitude, dix années de sursis pour le droit français. Combien de successions se sont réglées durant cette même période sur le fondement d'une disposition législative invalide ? Combien d'enfants adultérins ont été lésés sans ne pouvoir recouvrer la part de succession dont ils ont été injustement privés, à défaut pour eux d'avoir intenté une action en justice dans les délais prescrits ? Inversement, combien d'enfants adultérins sont venus gonfler le rôle des juridictions nationales dans l'attente de la décision de la Cour et la modification législative subséquente ? Autant de conséquences qu'une intervention plus rapide de la Cour aurait sans doute permis d'éviter.

166. *Le caractère répressif du recours individuel.* L'intervention de la Cour européenne, comme celle de la Cour de cassation, est repoussée au terme d'un processus sédimentaire dont chaque strate est constituée par une décision juridictionnelle. L'unification du droit n'est donc assurée qu'*a posteriori*, après que les juridictions subordonnées se sont prononcées. Dès lors, même si l'objet du recours individuel n'entraîne pas l'annulation des décisions de justice rendues par les juridictions nationales, il n'empêche que la décision définitive de la Cour européenne n'intervient qu'après qu'elles ont été rendues. Le recours individuel porte donc en lui le germe de la désapprobation. Comment une décision de la Cour européenne des droits de l'homme statuant sur les mêmes moyens que ceux soumis aux juridictions nationales, mais dans un sens contraire de celui par elles retenu, pourrait ne pas constituer un désaveu cinglant de cette juridiction⁴²³ ? Il ne fait aucun doute que le recours individuel met « le juge national

⁴²² Art. 760 C. civ (ancien) : « Les enfants naturels dont le père ou la mère était, au temps de leur conception, engagé dans les liens d'un mariage d'où sont issus des enfants légitimes, sont appelés à la succession de leur auteur en concours avec ces enfants ; mais chacun d'eux ne recevra que la moitié de la part à laquelle il aurait eu droit si tous les enfants du défunt, y compris lui-même, eussent été légitimes. La fraction dont sa part héréditaire est ainsi diminuée accroîtra aux seuls enfants issus du mariage auquel l'adultère a porté atteinte ; elle se divisera entre eux à proportion de leurs parts héréditaires ».

⁴²³ « Les décisions rendues par des juridictions internes situées au sommet des diverses hiérarchies ont été indirectement soumises au contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme », F. TERRE, « L'hétéarchie juridique », in *La création du droit jurisprudentiel, Mélanges en l'honneur de J. Boré*, Dalloz, 2007 p. 451.

sur la sellette »⁴²⁴, un juge qui « se voit montré du doigt pour avoir mal interprété la Convention »⁴²⁵. Ainsi par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme a censuré la France dans un arrêt *E.B.*⁴²⁶ pour avoir refusé à une personne célibataire homosexuelle l'agrément nécessaire à une adoption. En fondant ce refus sur l'absence de « référent paternel », le président du Conseil général du Jura avait, selon-elle, contrevenu à la Convention. La condamnation vise en premier lieu l'auteur de la décision in conventionnelle, à savoir le président du Conseil général du Jura, mais comment nier qu'elle jette également l'opprobre sur le Conseil d'État⁴²⁷ qui, soumis à un moyen identique, avait interprété la Convention dans le sens de la conventionnalité de la décision ? Par conséquent, même si l'arrêt du juge national ne constitue pas l'objet du recours, il n'empêche que le recours individuel tend à « constater *a posteriori* une violation de la Convention, c'est-à-dire, dans la plupart des cas, à condamner le juge national »⁴²⁸. La dimension répressive du recours individuel est encore plus évidente lorsque c'est « la manière même de juger de la Cour de cassation française »⁴²⁹ qui fait l'objet de la condamnation. Dans l'affaire *Dulaurans*⁴³⁰, une femme a vu son pourvoi en cassation rejeté au motif que le moyen qu'elle faisait valoir n'avait « pas été soutenu dans ses conclusions »⁴³¹ devant les premiers juges et qu'elle n'était « pas recevable à le faire pour la première fois devant la Cour de cassation »⁴³². La Cour européenne, saisie par l'intéressée, a considéré « que le droit à un procès équitable, garanti par l'article 6 §1 de la Convention, englobe, entre autres, le droit des parties au procès à présenter les observations qu'elles estiment pertinentes pour leur affaire »⁴³³ et qu'en retenant que le moyen de Mme Dulaurans était nouveau, et donc irrecevable, la Cour de cassation avait commis une erreur manifeste d'appréciation. Il existe donc des affaires où le violateur de la

⁴²⁴ F. BENOIT-ROHMER, « Il faut sauver le recours individuel », *D.* 2003. 2588.

⁴²⁵ *Ibid.*

⁴²⁶ CEDH, *Mlle E.B.*, 22 janvier 2008, n° 43506/02.

⁴²⁷ « Considérant, en premier lieu, que la circonstance qu'une demande d'agrément en vue de l'adoption d'un enfant est présentée, comme le permet l'article 343-1 du code civil, par une personne célibataire, n'interdit pas à l'autorité administrative de rechercher (...) si la personne candidate à l'adoption peut offrir dans sa famille ou son entourage une « image ou un référent » paternel, dans le cas d'une demande présentée par une femme » (CE, 5 juin 2002, n° 230533,) ; contra : « S'agissant du recours, par les autorités internes, au motif tiré de l'absence de référent paternel ou maternel dans le foyer d'un demandeur à l'agrément en vue d'adopter (...) il est permis de s'interroger sur le bien-fondé d'un tel motif qui a finalement pour conséquence d'exiger de la requérante qu'elle justifie, dans son entourage proche, de la présence d'un référent de l'autre sexe, risquant ainsi de vider de sa substance le droit qu'ont les célibataires de demander l'agrément, dès lors que la présente affaire ne concerne pas une demande d'agrément en vue d'adopter présentée par un couple, marié ou non, mais par une célibataire » (CEDH, *Mlle E.B.*, 22 janvier 2008, n° 43506/02).

⁴²⁸ F. BENOIT-ROHMER, « Il faut sauver le recours individuel », *D.* 2003. 2560.

⁴²⁹ J.-F. BURGELIN, « La Cour de cassation en question », *D.* 2001. 932.

⁴³⁰ CEDH, 21 mars 2000, *Dulaurans*, n° 34553/97.

⁴³¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 2 juillet 1996, n° 94-17.750.

⁴³² Cass. civ. 1^{ère}, 2 juillet 1996, n° 94-17.750.

⁴³³ CEDH, 21 mars 2000, *Dulaurans*, n° 34553/97.

convention que l'arrêt de la Cour tend à dénoncer est clairement désigné comme étant le juge national.

167. Effets du contrôle. Il est vrai que le recours individuel est, par principe, sans effet sur les décisions juridictionnelles prononcées. Le Conseil de l'Europe est une organisation intergouvernementale, il n'y a donc rien d'illogique à ce que, dans le but de préserver la souveraineté de leur juridiction, les États aient préféré rejeter tout effet des décisions de la Cour sur les affaires déjà jugées. Cette absence d'incidence de l'arrêt de la Cour sur la situation personnelle de celui qui en est l'origine est toutefois de moins en moins supportable. Comment expliquer à l'auteur du recours que la violation de la Convention par l'État est sans incidence sur le règlement de son litige ? La solution est d'autant moins soutenable que l'octroi d'une satisfaction équitable est parfois impropre, si importante soit-elle, à réparer l'atteinte portée à un droit conventionnel. Ces inconvénients sont à l'origine de la réforme pénale du 15 juin 2000 qui a ouvert la possibilité à toute personne reconnue coupable d'une infraction de demander le réexamen de sa condamnation « lorsqu'il résulte d'un arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme que la condamnation a été prononcée en violation des dispositions de la Convention »⁴³⁴. Depuis cette réforme⁴³⁵, la thèse selon laquelle les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme sont sans effet sur les arrêts rendus par les juridictions nationales doit donc être nuancée. La Cour de cassation peut être tenue de réviser un arrêt à la suite de l'intervention de la Cour. Les liens entre le recours individuel et la cassation se révèlent peu à peu.

168. Conséquences du caractère répressif. Le caractère répressif du recours individuel instaure une « relation conflictuelle »⁴³⁶ entre ses acteurs qui nuit à son efficacité. Certains auteurs n'hésitent pas à contester la domination de la Cour européenne, comparant ses interprétations à des « dictats »⁴³⁷, à « une forme d'inceste, en tout cas d'inceste social »⁴³⁸.

⁴³⁴ Art. 626-1 CPP.

⁴³⁵ C. PETTITI, « Le réexamen d'une décision pénale française après un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme : la loi française du 15 juin 2000, *RTDH*, 2001, p. 3.

⁴³⁶ F. SUDRE, « L'interprétation dynamique de la Cour européenne des droits de l'homme », in *L'office du juge, Colloque organisé par le Pr Gilles DARCY, le Doyen Véronique LABROT et Mathieu DOAT les vendredi 29 et samedi 30 septembre 2006, Palais du Luxembourg*, en ligne http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.pdf, p. 241.

⁴³⁷ J. FOYER, « Intervention sous F. Sudre, L'interprétation dynamique de la Cour européenne des droits de l'homme », in *L'office du juge, Colloque organisé par le Pr Gilles DARCY, le Doyen Véronique LABROT et Mathieu DOAT les vendredi 29 et samedi 30 septembre 2006, Palais du Luxembourg*, en ligne http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.pdf, p. 241.

⁴³⁸ *Ibid.*

Cette réaction est somme toute assez logique. Si l'uniformisation par la sanction est envisageable dans le cadre d'une relation hiérarchique, elle devient inappropriée lorsqu'il s'agit d'imposer une interprétation à des juridictions qui jouissent depuis plusieurs siècles d'un pouvoir souverain. En d'autres termes, l'uniformisation de l'interprétation par la voie hiérarchique se conçoit bien au sein d'un seul et même ordre juridique. Elle est en revanche, sinon illusoire, à tout le moins inappropriée, lorsqu'elle repose sur l'intervention de juridictions appartenant à des ordres juridiques étrangers les uns aux autres. Ces caractères hiérarchique et répressif ont longtemps fait obstacle à la reconnaissance de l'autorité des interprétations de la Cour européenne par la Cour de cassation et le Conseil d'État. Si la réticence d'hier s'est aujourd'hui apaisée, il ne fait aucun doute que la mise en place d'un mécanisme plus respectueux de la souveraineté des juridictions nationales aurait certainement favorisé la diffusion de la jurisprudence de la Cour européenne au sein des ordres juridiques nationaux.

169. Mécanisme théoriquement louable dans son inspiration, le recours individuel n'a donc pas résisté aux affres de la pratique. Fondé sur la sanction, son acceptation par les juridictions nationales ne s'est pas fait sans heurts. « Victime de son succès »⁴³⁹ auprès des justiciables, il a conduit la Cour européenne à la sclérose au point « qu'à terme, si des mesures efficaces ne sont pas prises, le succès du mécanisme européen de protection mettra en cause sa propre survie »⁴⁴⁰. Afin de se prémunir contre la réalisation de ce risque, le Conseil des ministres a finalement adopté un protocole consacrant l'introduction d'un mécanisme de demande d'avis devant la Cour européenne.

B) L'avènement prochain des demandes d'avis

170. Afin de pallier son engorgement paroxystique, le Comité des ministres a rapidement compris qu'une réforme de la Cour et de son fonctionnement était indispensable. Dès le 11 mai 1994, il a adopté le Protocole additionnel n° 11 censé simplifier l'organisation de la Cour tout en préservant les règles qui gouvernent la mise en œuvre du recours individuel. « Selon

⁴³⁹ J.-F RENUCCI, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2007, p. 813.

⁴⁴⁰ *Ibid.*

un point de vue largement partagé à l'époque⁴⁴¹ (...) la réforme du système européen de contrôle consacré par le Protocole n° 11 constituait une panacée universelle »⁴⁴². Pourtant, deux années seulement après son entrée en vigueur, les membres du Conseil de l'Europe devaient faire le triste constat de son impuissance à résorber le contentieux. Les promoteurs du Protocole n° 11 avaient manifestement manqué de « perspicacité »⁴⁴³ et de « clairvoyance »⁴⁴⁴, de sorte « qu'à peine était-il entré en vigueur que l'idée d'une réforme de la réforme commençait à se profiler »⁴⁴⁵. La décision de le réformer fut prise après que la Conférence ministérielle européenne sur les droits de l'homme, tenue à Rome les 3 et 4 novembre 2000, eût tiré la sonnette d'alarme et attiré l'attention du Comité des Ministres sur l'urgence de la situation⁴⁴⁶. Si la décision de réformer à nouveau était inévitable et faisait l'unanimité, la détermination des moyens de la réforme était, quant à elle, beaucoup plus délicate. Le Comité se trouvait confronté à deux partis antagonistes. Le premier prônait une réforme radicale du rôle de la Cour la déchargeant du contentieux de masse. Il s'agissait de favoriser sa mission jurisprudentielle quitte, pour cela, à l'ériger telle une véritable cour constitutionnelle⁴⁴⁷. La seconde, plus mesurée, manifestait un attachement au recours individuel originel et préconisait une simple modification de ses modalités de fonctionnement. Entre ces deux possibilités, le Comité des ministres s'est engagé dans la seconde direction. Selon lui, « la réforme ne devait en aucun cas remettre en cause ce qui est, à juste titre, considéré comme faisant partie des caractéristiques principales et uniques du système de la Convention : (...) le principe selon lequel tout individu se prétendant victime d'une violation des droits et libertés garantis par la Convention peut saisir la Cour »⁴⁴⁸. S'il fallait désengorger la Cour, il était impensable de revenir sur le principe du recours individuel. Les mesures se sont donc limitées à un filtrage plus serré des demandes, notamment par l'adjonction d'un nouveau critère de recevabilité en ce qui concerne les affaires dans lesquelles le requérant n'a subi aucun préjudice important. Loin de rompre avec le modèle originel de protection de la Convention, le Protocole additionnel n° 14 en a exacerbé les

⁴⁴¹ Pour une opinion dissidente : J. MAKARCZYK, « Protocole n° 11 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : notes de lecture », in *Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Pedone, 1999, p. 439.

⁴⁴² J.-F. FLAUSS, « Faut-il transformer la Cour européenne des droits de l'homme en juridiction constitutionnelle ? », *D.* 2003. 1638

⁴⁴³ *Ibid.*

⁴⁴⁴ F. BENOIT-ROHMER, « Il faut sauver le recours individuel », *D.* 2003. 2584.

⁴⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁴⁶ *Ibid.*, p. 2585.

⁴⁴⁷ J.-F. FLAUSS, *art. cit.*, p. 1642.

⁴⁴⁸ Rapport explicatif du Protocole additionnel n° 14, <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/194.htm>.

caractères. Le mécanisme de protection de la Convention repose toujours sur la sédimentation des décisions de justice, il prend toujours autant de temps et son caractère répressif, loin d'être amoindri, s'en trouve au contraire renforcé⁴⁴⁹.

171. Toutefois, le Protocole n° 14 n'était pas encore entré en vigueur que, déjà, les chefs d'État et de Gouvernement réunis à Varsovie les 16 et 17 mai 2005 décidèrent de mettre en place un Groupe de Sages pour examiner la question de « l'efficacité à long terme du mécanisme de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme ». Le rapport déposé le 15 novembre 2006 est sévère. Ses auteurs constatent que si « les effets de l'entrée en vigueur du Protocole n° 14 ne pourront être définitivement évalués qu'après une certaine période d'application (...) on peut d'ores et déjà prévoir que les mesures de réforme qu'il introduit ne suffiront pas pour que la Cour puisse faire face, de façon durable, au problème de son engorgement ». En d'autres termes, les réformes proposées ne sont pas suffisamment radicales pour résoudre ce problème et permettre, à terme, la survie de la Cour. Des mesures drastiques ont été proposées par le Groupe, parmi lesquelles la création d'un mécanisme de demande d'avis.

172. *Le mécanisme des demandes d'avis.* L'idée de mettre en place un système préjudiciel permettant aux juges nationaux de saisir la Cour européenne des droits de l'homme⁴⁵⁰ n'est pas nouvelle. Doctrine et magistrats⁴⁵¹ ont longtemps prôné sa mise en œuvre, certains que son instauration était la seule « réforme susceptible de désengorger le prétoire de la Cour de Strasbourg et de renforcer son autorité »⁴⁵². Le Groupe d'évaluation mis en place par le Comité avait d'ailleurs déjà proposé son introduction lors de l'adoption du Protocole n° 14. Il s'agissait alors « d'octroyer à la Cour le pouvoir d'examiner des recours préjudiciels à la demande de juridictions nationales ». La solution avait toutefois été écartée

⁴⁴⁹ Le système qui laissait déjà « peu de place au dialogue entre la Cour et le juge national » est « accentué » par le Protocole n° 14 puisque « seules seront dans le collimateur de la Cour les violations les plus graves ou celles fondées sur un préjudice important. Le juge national aura inévitablement l'impression d'avoir été sélectionné pour être placé sur une liste d'infamie et l'État mis en cause le sentiment d'être classé au hit-parade des grands violateurs ». En d'autres termes « la réforme proposée renforce le système ancien qui vise à obtenir le respect de la Convention par la répression » (F. BENOIT-ROHMER, « Il faut sauver le recours individuel », *D.* 2003. 2584).

⁴⁵⁰ *Ibid.*, p. 2589.

⁴⁵¹ « L'absence, devant la Cour européenne, de procédure comparable à celle de la question préjudicielle que connaît la Cour de justice des communautés européennes explique, pour partie, cette difficulté rencontrée dans l'interprétation préalable de la compatibilité des dispositions nationales avec la Convention » (Mme COUTOU DE VASSALLO, rapport sur Cass. avis, 8 octobre 2007, n° 0070011 P, en ligne sur www.courdecassation.fr)

⁴⁵² J.-F. FLAUSS, « Faut-il transformer la Cour européenne des droits de l'homme en juridiction constitutionnelle ? », *D.* 2003. 1642.

par le Comité des ministres, par peur que cette innovation vienne « interférer avec la compétence contentieuse de la Cour et aboutir, au moins à court terme, à une charge de travail accrue pour la Cour et non l'inverse »⁴⁵³. Avortée en 2004, la proposition était ressuscitée deux ans plus tard par le Groupe des sages, l'une des dispositions phares de son rapport étant précisément d'offrir aux juridictions nationales la possibilité « de saisir la Cour de demandes d'avis consultatif sur des questions juridiques concernant l'interprétation de la Convention et de ses protocoles »⁴⁵⁴.

L'idée émise en 2006 a suivi depuis lors un chemin long et sinueux. La proposition a été étudiée par le Comité directeur des droits de l'homme avant d'être mise à l'ordre du jour des Conférences de haut-niveau sur l'avenir de la Cour tenues à Izmir les 26 et 27 avril 2011 et à Brighton les 19 et 20 avril 2012. La Déclaration rédigée à l'issue de cette dernière conférence a impulsé la rédaction d'un projet de protocole par le Comité directeur des droits de l'homme. Après un avis favorable de l'Assemblée parlementaire⁴⁵⁵ et de la Cour européenne, le Comité des ministres a définitivement adopté le Protocole n° 16⁴⁵⁶ le 10 juillet 2013 et l'a ouvert à signature le 2 octobre dernier. Il entrera en vigueur dès que dix Hautes Parties contractantes à la Convention l'auront ratifié.

Sur le fond, le mécanisme consacré est très proche de ceux instaurés en 1987 et en 1991 devant le Conseil d'État et la Cour de cassation. La demande d'avis serait toujours facultative⁴⁵⁷, l'avis délivré n'aurait pas de caractère contraignant⁴⁵⁸, les États parties à la Convention pourraient présenter leurs observations⁴⁵⁹... Comme par mimétisme, certaines conditions ont été posées afin d'éviter que l'avis ne vienne participer à l'encombrement de la Cour, alors que son institution vise précisément à le résorber. Seules les juridictions de dernière instance pourraient mettre en œuvre le mécanisme et uniquement lorsqu'elles se trouvent confrontées à des « questions de principe relatives à l'interprétation ou à

⁴⁵³ Rapport explicatif du Protocole additionnel n° 14, <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/194.htm>.

⁴⁵⁴ Rapport du Groupe des Sages au Comité des Ministres : <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1063767&Site=CM>, n°80.

⁴⁵⁵ Avis n° 285 sur le projet de Protocole du 28 juin 2013. En ligne : <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-FR.asp?fileid=20015&lang=FR&search=dHlwZV9zdHJfZnI6QXZpcw==>

⁴⁵⁶ Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales. En ligne : http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=fra#n13739066402228547732800_pointer.

⁴⁵⁷ L'article 1er du Protocole stipule que « les plus hautes juridictions d'une Haute Partie contractante, telles que désignées conformément à l'article 10, peuvent adresser à la Cour des demandes d'avis consultatif sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles ». L'utilisation du verbe pouvoir traduit clairement le caractère facultatif du mécanisme, caractère confirmé par la lecture du rapport explicatif au Protocole n° 16, en ligne http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=fra#n13739066402228547732800_pointer p. 3.

⁴⁵⁸ L'article 5 du Protocole stipule que « les avis consultatifs ne sont pas contraignants ».

⁴⁵⁹ Cette possibilité est inscrite à l'article 3 du Protocole.

l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles »⁴⁶⁰. Cette dernière condition traduit à elle seule un changement profond de philosophie. La Cour ne serait plus cette « machine à juger »⁴⁶¹ née du recours individuel. Elle changerait d'orientation pour adopter les traits d'une véritable « cour constitutionnelle »⁴⁶². Il ne s'agit plus de juger de la violation de la Convention, mais d'en délivrer le plus rapidement possible l'interprétation officielle. Le mécanisme des demandes d'avis opèrerait ainsi une redistribution des rôles entre les juridictions nationales et la Cour. Le rôle des premières dans l'application de la Convention augmenterait d'autant que l'office interprétatif de la seconde serait renforcé. C'est là le second avantage de la demande d'avis, elle permettrait de rompre avec « le rôle principalement répressif et curatif qu'elle [la Cour] assume actuellement »⁴⁶³. Par son caractère préventif elle permettrait d'instaurer « un dialogue simple et direct entre le juge national et la Cour de Strasbourg »⁴⁶⁴, un dialogue qui fait cruellement défaut au recours individuel. « En d'autres termes, la Cour aurait la possibilité de privilégier l'assistance au détriment de la condamnation »⁴⁶⁵.

⁴⁶⁰ Article 1er du Protocole.

⁴⁶¹ J.-F. FLAUSS, « Faut-il transformer la Cour européenne des droits de l'homme en juridiction constitutionnelle ? », *D.* 2003. 1642.

⁴⁶² Rapport du Groupe des Sages au Comité des Ministres : <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1063767&Site=CM>, point n° 81.

⁴⁶³ J.-F. FLAUSS, *art. cit.*, p. 1642.

⁴⁶⁴ F. BENOIT-ROHMER, « Il faut sauver le recours individuel », *D.* 2003. 2588.

⁴⁶⁵ J.-F. FLAUSS, *art. cit.*, p. 1642.

CONCLUSION DU SECOND CHAPITRE

173. Le développement de la supra-légalité constitue certainement l'une des évolutions dominantes des sources du droit du XX^{ème} siècle. Le droit ne se limite plus à la loi, il prend également la forme de normes qui lui sont hiérarchiquement supérieures. Le juge applique les textes à valeur constitutionnelle, le droit de l'Union européenne et le droit de la Convention européenne des droit de l'homme.

Les mêmes causes produisant les mêmes effets, les problèmes rencontrés il y a deux siècles quand il s'est agit d'unifier l'interprétation de la loi se sont également posés lorsqu'il s'est agit d'unifier l'interprétation de ces textes supra-législatifs. Comment unifier la portée des droits garantis par le bloc de constitutionnalité ? Comment assurer l'interprétation unitaire des traités européens ? La lucidité a rapidement condamné la voie hiérarchique. Vouloir imposer ce droit par la sanction était le meilleur moyen de conspirer à son impuissance. Sa mise en œuvre et son unification ne pouvaient se faire au détriment des cours nationales qui, telles la Cour de cassation et le Conseil d'État, ont conquis de haute lutte leur souveraineté. L'unification du droit devait se faire avec elles, au risque de ne pas se faire du tout. Telle est la raison première du choix de la voie préjudicielle.

174. Le droit de l'Union européenne a ouvert la marche avec l'instauration du renvoi préjudiciel à la Cour de justice. Le mouvement a pris depuis lors une ampleur difficilement contestable. La question prioritaire de constitutionnalité n'est rien d'autre qu'une manière d'unifier l'interprétation de la Constitution sur le mode préjudiciel. Il n'est aujourd'hui plus que le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme qui ne soit gagné par cette lame de fond. Si son unification continue de se faire au moyen d'un mécanisme hiérarchique, les vices de cette technique ont obligé le Conseil de l'Europe à consacrer, à son tour, un mécanisme de demande d'avis devant la Cour européenne.

CONCLUSION DU PREMIER TITRE

175. Chacun des mécanismes étudiés présente ses propres spécificités. La question prioritaire de constitutionnalité n'est pas le renvoi préjudiciel, pas plus que celui-ci ne trouve une simple réplique dans les mécanismes de demande d'avis. Toutefois, si nier les différences qui séparent ces procédures serait hasardeux, nier leur indubitable parenté conduirait à méconnaître une puissante réalité. Par delà leurs traits originaux, ces mécanismes partagent une essence si commune qu'elle pourrait faire passer leurs dissemblances pour de simples détails. Tous aboutissent au même résultat : l'uniformisation de l'interprétation. Tous reposent sur une même technique : la technique préjudicielle. En dépit des différences qui caractérisent leur mise en œuvre, ils constituent la traduction d'un mouvement d'ensemble en faveur de l'unification préjudicielle de l'interprétation. Cette faveur s'explique par l'inadaptation contemporaine du modèle traditionnel et hiérarchique, incapable de répondre aux mutations qui bouleversent les sources du droit depuis le milieu du XX^{ème} siècle. Le délaissement de l'unification hiérarchique au profit de l'unification préjudicielle se manifeste à deux égards. Il a lieu lorsque le législateur crée *ex nihilo* un dispositif d'unification de l'interprétation. Tel fut le cas du renvoi préjudiciel à la Cour de justice, solution qui a été préférée à la cassation ; tel fut le cas aussi de la question prioritaire de constitutionnalité, qui a été préférée à l'exception d'inconstitutionnalité. Le délaissement de l'unification hiérarchique est encore plus marqué lorsqu'il est opéré de manière curative pour remédier aux vices du modèle hiérarchique. Le mécanisme des demandes d'avis à la Cour de cassation et au Conseil d'État est venu remédier aux lenteurs de la cassation. Son instauration devant la Cour européenne des droits de l'homme est également censée remédier à l'agonie du recours individuel.

176. Tous ces éléments suffisent à convaincre de la parenté, pour ne pas dire de l'identité commune de ces mécanismes. Tous ne sont en fait que les espèces d'un même genre qui les transcende, d'une notion qui traduit la faveur faite à l'unification dialogique du droit : le renvoi préalable (Titre II).

TITRE II

EXPOSÉ DOGMATIQUE

177. Le renvoi préjudiciel, les demandes d'avis, le renvoi au Tribunal des conflits et la question prioritaire de constitutionnalité sont autant de mécanismes qui, par delà les différences qui opposent, partagent une identité commune. Tous produisent un effet identique : l'uniformisation de l'interprétation. Tous mobilisent une même méthode : la méthode préjudicielle. De là germe la conviction que ces mécanismes, dont la doctrine a souvent relevé l'autonomie, l'indépendance ou l'irréductibilité, ne sont, en fait, que les espèces particulières d'un genre nouveau. Ces mécanismes ne sont que les révélateurs d'une nouvelle manière d'uniformiser l'interprétation, une nouvelle méthode qui délaisse la répression hiérarchique pour les vertus apaisantes de l'hétérarchie. Les juridictions suprêmes délivrent désormais leur interprétation dans un cadre renouvelé où l'interprétation n'est pas unifiée à l'occasion d'un recours contre les décisions des juges, mais à l'occasion d'un renvoi, par ceux-ci, d'une question de droit. Telle est la profonde mutation dans la manière d'unifier le droit qu'il s'agit de mettre au jour par l'élaboration de la notion de renvoi préalable.

178. Le renvoi préalable peut donc se définir comme *un mécanisme par lequel une juridiction suprême uniformise l'interprétation du droit, sur le renvoi, par un juge, d'une question de droit*. De cette définition ressortent les deux phases interdépendantes qui jalonnent sa mise en œuvre. À son origine il est un juge qui, confronté à un problème dans la détermination du droit applicable à son litige, sursoit à statuer et renvoie sa résolution à une juridiction spécialisée. À son dénouement se trouve la réponse d'une cour suprême qui, tout en répondant à la question posée, délivre une interprétation officielle et uniformisée du droit. Telles sont les deux phases du renvoi préalable qui se succèdent dans le temps : un renvoi d'abord (Chapitre 1), une interprétation unifiée ensuite (Chapitre 2).

Chapitre premier - **L'élément de renvoi.**

Chapitre second - **L'élément d'interprétation.**

CHAPITRE I

L'ÉLÉMENT DE RENVOI

179. Le terme « renvoi » est trop générique pour que sa simple formulation permette d'en percevoir directement l'étendue. La nébuleuse qu'il recouvre doit d'être éclaircie. Pour ce faire, il convient de déterminer avec précision les éléments de sa mise en œuvre, de son contenu, et les limites de son extension. Une fois ainsi borné son horizon, ses traits distinctifs et les éléments qui façonnent son originalité pourront alors être appréhendés. L'étude des caractères du renvoi (Section 2) succèdera à sa définition (Section 1).

SECTION I : LA DEFINITION DU RENVOI

180. Le renvoi est l'action d'un juge qui, face à une question de droit qu'il ne peut ou ne sait résoudre, décide de surseoir à statuer et de saisir le juge approprié pour en connaître. De cette définition semblent ressortir avec précision chacun des éléments qui constituent le mécanisme. Son objet est strictement défini. Le renvoi porte en effet sur une question de droit. Son auteur est clairement identifié puisque c'est d'un juge qu'émane la demande. À première vue, il n'y a rien à ajouter à cette définition.

181. Pourtant, aussi précise qu'elle puisse paraître, elle laisse derrière elle bon nombre d'interrogations, car à vrai dire, les certitudes sont chimériques pour ne pas dire dangereuses lorsqu'elles portent sur la définition du « droit » ou du « juge ». Rien n'a encore été dit lorsqu'est affirmé que le renvoi porte sur une question de droit et que son auteur est un juge. Il convient de préciser chacun de ces termes. Qui est l'auteur du renvoi (§1) ? Quel en est véritablement l'objet (§2) ?

§1 - L'AUTEUR DU RENVOI

182. L'effet recherché du renvoi tenant à l'uniformisation de l'interprétation, seule une juridiction doit pouvoir l'exercer (A). Ce point est essentiel car il permet au renvoi d'éviter l'écueil sur lequel les mécanismes hiérarchiques se sont brisés. Le renvoi porte bien son nom, il n'est pas un recours et exclut par là même la possibilité pour les parties de l'initier (B).

A) L'apanage de la juridiction

183. La détermination de l'auteur du renvoi paraît de prime abord évidente. Un juge confronté à un problème de droit qu'il ne peut ou ne sait résoudre sollicite le concours d'une juridiction spécialisée. Il en va ainsi dans toutes les espèces de renvoi étudiées : le renvoi préalable trouve toujours son origine dans la demande d'une juridiction.

Le Tribunal des conflits ne peut être saisi que par « le Conseil d'État statuant au contentieux, la Cour de cassation ou toute autre juridiction statuant souverainement et échappant »⁴⁶⁶ à leur contrôle. La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer à titre préjudiciel sur les demandes d'interprétation ou d'appréciation de validité du droit de l'Union européenne lorsqu'une telle question a été soulevée par « une juridiction d'un des États membres »⁴⁶⁷. La loi du 15 mai 1991 réserve quant à elle aux « juridictions de l'ordre judiciaire »⁴⁶⁸ la possibilité de solliciter l'avis de la Cour de cassation. La loi organique subordonne la recevabilité de la question prioritaire de constitutionnalité à une demande de la Cour de cassation ou du Conseil d'État, eux-mêmes saisis sur renvoi des seules juridictions relevant de leur contrôle⁴⁶⁹. Enfin, le Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme stipule que la demande d'avis peut être adressée par « les plus hautes juridictions »⁴⁷⁰ des Parties contractantes.

184. Affirmer que l'auteur du renvoi préalable est une juridiction implique toutefois de s'accorder sur sa définition et la détermination des critères permettant son identification. La tâche est délicate, car la juridiction constitue l'objet « d'une controverse doctrinale plus que centenaire qui reste toujours d'actualité »⁴⁷¹. Elle est de ces notions qui « suscitent le doute lorsque, sans même prétendre en atteindre l'essence, il s'agit d'en proposer des définitions »⁴⁷². Ainsi, avant même d'expliquer les raisons pour lesquelles la juridiction constitue l'organe désigné pour décider le renvoi (2) il y a lieu, par l'étude de la doctrine et de la jurisprudence, de tenter de la définir (1).

⁴⁶⁶ Art. 35 du décret du 26 octobre 1849 portant règlement d'administration publique déterminant les formes de procédure du tribunal des conflits : « lorsque le Conseil d'État statuant au contentieux, la Cour de cassation ou toute autre juridiction statuant souverainement et échappant ainsi au contrôle tant du Conseil d'État que de la Cour de cassation, est saisi d'un litige qui présente à juger, soit sur l'action introduite, soit sur une exception, une question de compétence soulevant une difficulté sérieuse et mettant en jeu la séparation des autorités administratives et judiciaires, la juridiction saisie peut, par décision ou arrêt motivé qui n'est susceptible d'aucun recours, renvoyer au tribunal des conflits le soin de décider sur cette question de compétence. Il est alors sursis à toute procédure jusqu'à la décision de ce tribunal ».

⁴⁶⁷ Art. 267 TFUE.

⁴⁶⁸ Art. L. 151-1 COJ : « Avant de statuer sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, *les juridictions* de l'ordre judiciaire peuvent, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation qui se prononce dans le délai de trois mois de sa saisine ».

⁴⁶⁹ Art. 23-1 et 23-4 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

⁴⁷⁰ Art. 1^{er} du Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits et l'Homme et des Libertés fondamentales.

⁴⁷¹ L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 702.

⁴⁷² G. WIEDERKEHR, « Qu'est ce qu'un juge », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1996, p. 575.

1) Qu'est-ce qu'une juridiction ?

185. En doctrine. La doctrine administrative fut la première confrontée à la difficile question de la définition de la juridiction. Par son arrêt *Cadot*⁴⁷³ du 13 décembre 1889, le Conseil d'État a décidé de réserver à ces organes la compétence permettant de statuer sur la légalité des décisions administratives. Grâce à cette jurisprudence, il émancipait la juridiction de la tutelle administrative et signait par la même occasion la déchéance de la théorie du ministre-juge. Bref, l'arrêt *Cadot* constitue l'acte de naissance de la juridiction administrative, celui par lequel elle est arrachée à la pesanteur de l'administration et gagne son indépendance. Cette reconnaissance fut toutefois problématique, car « dès l'instant où la responsabilité de trancher les litiges administratifs a été considérée comme distincte de celle d'agir, il s'est avéré indispensable de caractériser cette fonction et de qualifier les organes qui l'exercent »⁴⁷⁴. La jurisprudence s'est en effet rapidement trouvée confrontée à des institutions au statut et aux compétences hybrides auxquels il a fallu attribuer leur exacte qualification. S'agissait-il d'organes administratifs ou de juridictions ? Pour régler cette difficulté, les juges ont fait preuve d'un empirisme qui « est apparu peu satisfaisant aux commentateurs »⁴⁷⁵ et les a incités à « expliquer les solutions à l'aide de principes cohérents »⁴⁷⁶. En d'autres termes, dès l'instant où le juge est apparu séparé de l'administration, il est devenu impérieux pour la doctrine de déterminer les critères qui permettaient de les distinguer l'un de l'autre.

186. Critère formel. A cette question du critère identitaire de la juridiction, les grands auteurs de la doctrine du XIX^{ème} siècle ont d'abord apporté une réponse formelle. Selon eux, l'action de l'administration et de la juridiction sont matériellement identiques. Seules les formes dans lesquelles intervient la première permettent de la distinguer de la seconde. « Le caractère propre d'une juridiction n'est pas la mission qu'elle remplit, mais les règles spéciales d'organisation et de procédure »⁴⁷⁷ qui la régissent. Carré de Malberg considérait par exemple que l'acte juridictionnel était accompli par des organes spécialisés, hiérarchisés, indépendants et autonomes (critère organique) en suivant des règles de procédure particulières

⁴⁷³ CE, 13 décembre 1889, *Cadot*, Rec. Lebon p. 1148.

⁴⁷⁴ J. CHEVALLIER, « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 275.

⁴⁷⁵ *Ibid.*

⁴⁷⁶ *Ibid.*

⁴⁷⁷ J. CHEVALLIER, « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 288.

donnant des garanties aux plaideurs (critère procédural), alors que Gaston Jèze affirmait que c'est l'autorité de la chose jugée attachée à l'acte juridictionnel qui en constitue le trait caractéristique⁴⁷⁸.

Ces thèses fondées sur des critères formels n'ont pourtant pas tardé à montrer leurs limites⁴⁷⁹. Si elles ont pu convaincre lorsqu'il s'agissait de distinguer la juridiction de l'administration, elles ont été rapidement frappées de péremption lorsqu'il s'est agit, abstraction faite de tout autre référent, de déterminer le critère propre de la juridiction⁴⁸⁰. En d'autres termes, capables d'apporter une réponse à la question *comment distinguer juridiction et administration ?*, ces théories sont impuissantes devant la question plus générale de savoir ce qu'est une juridiction.

187. Critère matériel. Des études ont alors partiellement délaissé le critère formel pour rechercher le critère distinctif de la juridiction dans sa fonction, dans un critère matériel. Selon les tenants de cette théorie, le trait caractéristique de la juridiction ne tient pas seulement aux formes de son intervention mais aussi et surtout à la mission spécifique qui lui est impartie. Il existe une mission juridictionnelle propre qui constitue l'essence de la juridiction. Le problème consiste à en caractériser l'existence. Quelle est-elle ?

Les auteurs, faisant preuve d'une inventivité rarement égalée, ont apporté à cette question des réponses pour le moins hétéroclites. « Pour Duguit, la fonction du juge serait, saisi d'une prétention, de constater les atteintes au droit et d'en dégager les conséquences par une décision »⁴⁸¹. Pour un autre ensemble d'auteurs, dont Guillien, le but de l'activité du juge consisterait, lorsqu'il statue sur une prétention, de procéder à une vérification, à un contrôle. Le critère déterminant de l'activité du juge serait alors, non la décision, mais la constatation. Toutefois, parmi ce foisonnement de propositions où chaque auteur apporte sa contribution, une opinion majoritaire semble se dégager dans la doctrine contemporaine. Abstraction faite

⁴⁷⁸ S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile, droit interne et droit de l'Union européenne*, Dalloz, 31^{ème} éd., 2012, p. 694.

⁴⁷⁹ Le critère de l'autorité de la chose jugée prôné par G. Jèze est souvent inopérant dans la mesure où une telle autorité constitue, non le critère d'identification, mais la conséquence de la qualification d'un acte en tant qu'acte juridictionnel. Quant aux critères formels énoncés par M. Waline, ils sont impropres à distinguer, au sein d'un organe qui les remplit, celles des fonctions qui sont juridictionnelles de celles qui n'en sont pas.

⁴⁸⁰ « Les auteurs publicistes ont surtout cherché à qualifier les organismes que le législateur s'ingénie à multiplier, souvent sans préciser leur nature ; leur recherche avait pour but de les qualifier en juridictions ou en organes administratifs, non de rechercher systématiquement le critère de l'acte juridictionnel. Bref l'accent est mis en droit public sur la nature de l'organisme (juridiction ou non), alors que les privatistes s'attachent à la fonction des actes accomplis par cet organe pour en déterminer un critère de l'activité juridictionnelle » (S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *op. cit.*, p. 692, n° 1004).

⁴⁸¹ S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile, droit interne et droit de l'Union européenne*, Dalloz, 31^{ème} éd., 2012, p. 698, n° 1012.

des variations de détail, il semble que la juridiction se caractérise par le fait de « trancher des litiges par application des règles de droit »⁴⁸².

188. En jurisprudence. L'importance du critère matériel dans la définition de la juridiction s'est rapidement propagée en jurisprudence. Alors qu'il semblait s'appuyer sur des critères exclusivement formels, le Conseil d'État a opéré un important revirement dans son arrêt *De Bayo*⁴⁸³. Depuis lors, la qualification de juridiction tient à la réunion d'un certain nombre de critères formels et matériels qui, lorsqu'ils sont suffisamment nombreux, permettent de justifier la qualification de juridiction⁴⁸⁴. Cette technique dite du « faisceau d'indices » est mobilisée par les juridictions suprêmes⁴⁸⁵ lorsqu'elles contrôlent le caractère juridictionnel de l'auteur du renvoi préalable⁴⁸⁶. En effet, marque de l'influence « du contentieux administratif français sur le système contentieux communautaire »⁴⁸⁷, la Cour de justice⁴⁸⁸ subordonne la qualification de juridiction à la réunion de plusieurs critères qui,

⁴⁸² D. D'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, LGDJ, 1994 ; G. WIEDERKEHR, « Qu'est ce qu'un juge », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1996, p. 575 ; M. BANDRAC, « De l'acte juridictionnel, et de ceux des actes du juge qui ne le sont pas », in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 2000, p. 176 ; J. MOURY, « De quelques aspects de l'évolution de la *jurisdictio* en droit judiciaire privé », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1996, p. 299 ; M.-C. RIVIER, « Juridiction », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 702.

⁴⁸³ « En affirmant que le caractère non juridictionnel d'un organisme tient, non pas aux "formes" dans lesquelles il procède, mais de la "nature de la matière" dans laquelle il décide », le Conseil d'État se serait « montré aussi explicite que possible sur le fait que c'est par le report des données d'ordre matériel qu'il se prononce sur le caractère des organismes dont la qualification dépend de lui » (R. CHAPUS, « Qu'est ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative », in *Mélanges Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 265). « On va voir que la réponse jurisprudentielle à la question de savoir ce qu'est une juridiction a changé avec la reddition de l'arrêt de Bayo et que, d'ailleurs, c'est seulement depuis la reddition de cet arrêt que l'on peut, sans abus, dire qu'il existe une réponse du Conseil d'État à cette question » (*Ibid.*, p. 276).

⁴⁸⁴ O. GOHIN, « Qu'est-ce qu'une juridiction pour le juge français ? », *Droits* 1989, n° 9, p. 93.

⁴⁸⁵ Il est rare que la Cour de cassation doive statuer sur la nature de l'organe par lequel elle se trouve saisie. Même dans le cadre de la saisine pour avis, la qualité de juridiction de l'auteur du renvoi ne laisse pas de place au doute et évite à la Cour de cassation de se prononcer sur ce point. Il va en effet sans dire que lorsque l'avis est sollicité par un tribunal de grande instance, un juge de l'exécution, un juge aux affaires familiales, un conseil de prud'homme ou par un tribunal des affaires de sécurité sociale, la question de la qualification de cet organe n'est pas même abordée par le conseiller rapporteur ou l'avocat général. Quant aux cas dans lesquels la Cour de cassation a refusé de délivrer son avis, au motif que leur auteur n'était pas une juridiction (ainsi par exemple d'un bureau d'aide juridictionnel ou d'un bâtonnier), elle n'a pas pris le soin d'énoncer les critères qui ont présidé à sa décision.

⁴⁸⁶ La Cour européenne des droits de l'homme a précisé le sens, non de la juridiction, mais du « tribunal », dans le cadre de l'application de l'article 6 de la Convention. Selon elle le tribunal se caractérise par son rôle : trancher sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence (CEDH, 29 avril 1988, *Belilos c/ Suisse*, § 64 ; CEDH, 27 août 1991, *Demicoli c/ Malte*, § 39).

⁴⁸⁷ J. PERTEK, *La pratique du renvoi préjudiciel en droit communautaire, coopération entre CJCE et juges nationaux*, Litec, 2001, p. 94.

⁴⁸⁸ En effet la Cour de justice n'est en aucun cas liée par les qualifications nationales si bien que l'absence d'une telle qualification dans le droit national ne fait pas obstacle à une telle qualification par la Cour de justice. La situation refusant à un organe qualifié de juridiction par le droit national d'un État membre, bien que plus rare, n'est pas une hypothèse d'école (CJCE, 30 mars 1993, *Corbiau*, aff. C-24/92, Rec. p. I-1277). La qualification de juridiction relève en effet « uniquement du droit communautaire » (CJCE, 17 décembre 1997, *Dorsch Consult*

établis pour la première fois dans l'arrêt *Vaassen Göbbels*⁴⁸⁹, ont été approfondis dans les arrêts *Dorsch Consult*⁴⁹⁰ et *Syfait*⁴⁹¹. La Cour de justice tient compte d'un ensemble d'éléments « tels l'origine légale de l'organisme, sa permanence, le caractère obligatoire de sa juridiction, la nature contradictoire de la procédure, l'application, par l'organisme, des règles de droit, ainsi que son indépendance. En outre, les juridictions nationales ne sont habilitées à saisir la Cour que si un litige est pendant devant elles et si elles sont appelées à statuer dans le cadre d'une procédure destinée à aboutir à une décision de caractère juridictionnel »⁴⁹². Bref, pour la Cour de justice, une juridiction est un organe indépendant qui applique le droit et tranche un litige.

Le Conseil constitutionnel⁴⁹³ et la Cour de cassation seront, quant à eux, probablement amenés à se prononcer sur la question de la définition de la juridiction dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité. Les textes⁴⁹⁴ l'instituant disposent en effet que la question ne peut-être transmise que par une « juridiction relevant du Conseil d'État ou de la Cour de cassation », formule dont les acteurs du mécanisme devront certainement délimiter le sens et la portée⁴⁹⁵.

Ingenieursgesellschaft, aff. C-54/96, Rec. p. I-4961, CJCE, 21 mars 2000, *Gabalfrisa e.a.*, aff. C-110/98, Rec. p. I-1577).

⁴⁸⁹ CJCE, 30 juin 1966, *Vaassen Göbbels c/ Beambtenfond voor het Mijnbedrijf*, 61/65, Rec. p. 377.

⁴⁹⁰ CJCE, 17 décembre 1997, *Dorsch Consult Ingenieursgesellschaft*, C-54/96, Rec. p. I-4961.

⁴⁹¹ CJCE, 31 mai 2006, *Syfait*, C-53/03, Rec. p. I-4609, point 29.

⁴⁹² A ce titre la Cour de justice a par exemple refusé la qualité de juridiction à la Commission de conciliation et d'expertise douanière française (ordonnance du 11 juillet 2003, *Administration des douanes et Centrale d'achat française pour l'outre mer*, C-161/03). La Cour relève en effet que le recours à la Commission n'est pas obligatoire et que ses décisions ne s'imposent pas « alla Procura della Repubblica » italien pour son défaut d'indépendance (CJCE, 12 décembre 1996, *Procédure pénales c/ X*, C-74/95 et C-129/95 points 18 et 19), ou encore au Conseil de l'ordre des avocats saisi d'une demande tendant à l'obtention, par un avocat, d'une déclaration relative à un contentieux qui l'oppose aux juridictions d'un autre État membre (ordonnance du 18 juin 1980, *Borker*, 138/80, Rec. p. 1975).

⁴⁹³ Dans sa célèbre décision CC 86-224 DC du 23 janvier 1987, *Conseil de la concurrence*, et dans la décision CC 89-260 DC du 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, le Conseil constitutionnel a consacré le caractère d'organe administratif du Conseil de la concurrence et de la commission des opérations de bourse. Selon certains auteurs, malgré quelques hésitations en doctrine, le Conseil constitutionnel a toujours vu en elles des autorités de nature administrative au motif qu'elles seraient instituées et composées en dehors des principes qui président à l'institution et à la composition des autorités judiciaires et même des juridictions administratives. Le Conseil ferait donc, selon eux, la part belle aux critères formels dans le choix de la qualification de juridiction. Cette analyse ne convainc pas à la lecture des décisions, dont le laconisme révèle, au contraire, la prudence dont fait preuve, en la matière, le Conseil constitutionnel. Plutôt que de définir de manière périlleuse les critères de la juridiction, le Conseil pose péremptoirement que le Conseil de la concurrence et la commission des opérations de bourse n'en sont pas. Il faut donc convenir que le Conseil constitutionnel n'a jamais défini clairement la juridiction. La question prioritaire de constitutionnalité sera peut être l'occasion de s'atteler à cette tâche.

⁴⁹⁴ Art. 23-1 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

⁴⁹⁵ La question a d'ailleurs été posée par M. Jean-Jacques URVOAS, membre de la commission des lois, à l'occasion de la séance du travail du 23 juin 2009 : « Mes questions portent sur l'interprétation du texte. L'alinéa 6, qui modifie l'article 23-1 de l'ordonnance portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, commence ainsi : « Devant les juridictions relevant du Conseil d'État... ». Cette rédaction signifie-t-elle que la

189. Ainsi, la définition jurisprudentielle de la juridiction est subordonnée à la réunion de plusieurs critères dont aucun n'est ni déterminant, ni indispensable. Aux critères formels tirés de la procédure applicable, des garanties d'indépendance et du respect de la contradiction, s'ajoute un critère matériel tiré de la fonction exercée par l'organe juridictionnel. La jurisprudence est en phase avec les propositions doctrinales qui, malgré leur diversité, semblent s'accorder sur le fait que la juridiction ne peut être réduite ni à un critère formel, ni à un critère matériel. Une juridiction est un organe indépendant et impartial qui tranche les litiges par l'application des règles de droit.

2) Pourquoi une juridiction ?

190. A la lumière de sa définition, on comprend rapidement pourquoi la juridiction est investie de la faculté de mettre en œuvre le renvoi préalable. Le mécanisme a pour fonction d'unifier l'interprétation des textes législatifs et d'apporter une réponse uniforme aux problèmes d'interprétation que révèle l'application des textes juridiques. Définie comme celle qui tranche les litiges par application des règles de droit, la juridiction constitue précisément l'organe par excellence devant lequel échoient les problèmes d'interprétation. Lorsqu'elle ne porte pas sur des considérations de fait, l'opposition des parties repose généralement sur

question préjudicielle de constitutionnalité pourrait être soulevée devant une autorité administrative qui serait une juridiction au sens de la Convention européenne des droits de l'homme ? ». M. WICKERS, Président du Conseil national du barreau, répondit alors : « j'ai le sentiment que si les décisions des autorités administratives que vous avez mentionnées sont insusceptibles de recours, l'article 23-1 prive le justiciable de la possibilité de soulever cette exception d'inconstitutionnalité. Si en revanche elles sont susceptibles de recours, la réponse est inverse. À mon sens, il n'existe pas d'autorités de ce type dont les décisions soient insusceptibles de recours juridictionnel ». A cette même question le Pr MOLFESSIS a répondu que : « L'interprétation de cet article 6 par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme porte davantage sur la notion de tribunal que sur celle de juridiction. Il me semble donc, dans l'état actuel des choses, que, lorsqu'un texte se réfère à une juridiction, c'est exclusif de la référence aux autorités administratives indépendantes. S'il fallait en décider autrement, il serait plus légitime de le souligner que de laisser aux interprètes le soin de gloser sur le terme "juridiction". *A fortiori*, le raisonnement vaut pour les procédures arbitrales. Cela m'amène à répondre à votre première interrogation : une question de constitutionnalité peut-elle être soulevée devant un tribunal arbitral ou devant une autorité administrative exerçant un pouvoir de sanction et considérée comme une juridiction au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ? Le tribunal arbitral n'étant pas une juridiction étatique, il ne me semble pas que l'exception d'inconstitutionnalité pourra être soulevée devant lui. En revanche, elle pourrait l'être devant la cour d'appel ou la Cour de cassation, amenées à statuer à la suite d'une décision rendue par un tribunal arbitral. La jurisprudence de la Cour de cassation considère au demeurant qu'une sentence arbitrale est une décision de justice et que les arbitres doivent respecter les règles impératives du droit, en particulier les principes de la contradiction ou des droits de la défense, sous le contrôle du juge de l'annulation. Quant aux autorités administratives indépendantes, le même raisonnement m'amène à considérer qu'une exception d'inconstitutionnalité ne pourra être soulevée que devant la cour d'appel ou la Cour de cassation statuant sur le recours formé contre une de leurs décisions ». En ligne à l'adresse suivante à la date du 12 décembre 2013 : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/cr-cloi/08-09/c0809058.asp>

l'interprétation à retenir des règles de droit applicables à leur situation⁴⁹⁶. Foyer ardent de ces difficultés, n'est-il pas logique que la juridiction soit celle désignée pour concourir à leur résorption ? Mieux, n'est-il pas logique que l'organe habilité à mettre en œuvre le renvoi préalable soit celui qui est en principe tenu de les résoudre par application de l'article 4 du Code civil ? Au regard de sa définition et de sa position d'interprète prééminent⁴⁹⁷ du droit, la possibilité pour une juridiction de décider du renvoi préalable apparaît comme une évidence.

B) L'exclusion des parties

191. L'affirmation que l'auteur du renvoi est une juridiction attire l'attention sur le rôle reconnu aux parties à l'instance. Les deux sujets sont évidemment liés et il est indubitable qu'en réservant au juge le soin de sa mise en œuvre, le législateur a, en creux, délimité la place dévolue aux parties. Elles ne sont pas exclues du mécanisme du renvoi, mais ce n'est pas à elles qu'il appartient de le décider. Les places respectives du juge et des parties dans l'introduction du renvoi préalable peut ainsi se résumer à un énoncé lapidaire : les parties proposent, le juge dispose.

192. *Distinction entre renvoi et recours.* Le renvoi préalable porte bien son nom, un nom dont l'énoncé suffit déjà à régler la question du rôle qui doit être accordé aux parties. En tant qu'il s'agit d'un renvoi, seul le juge est susceptible de le mettre en œuvre. Si les parties bénéficiaient d'un accès direct à la juridiction unificatrice, il ne s'agirait pas d'un renvoi, mais d'un recours. En ce qu'il réserve au juge le choix de son exercice, le renvoi préalable doit être distingué des voies par lesquelles un plaideur peut directement solliciter l'interprétation d'un texte. Le renvoi préalable ne partage pas la nature du recours direct en interprétation⁴⁹⁸ par lequel un requérant peut demander à une juridiction administrative de fixer le sens d'un acte

⁴⁹⁶ Ainsi par exemple le bailleur peut contester l'extension du préavis réduit dont bénéficie le travailleur muté (en vertu de l'article 12 de la loi de 1989) à son colocataire. De même l'administré va peut être s'opposer à son administration quant à l'interprétation du décret du n° 2011-82 du 20 janvier 2011 relatif au cumul d'activités des fonctionnaires. Ces divergences d'interprétation, c'est au juge que les justiciables vont les soumettre, un juge qui est contraint de prendre position pour trancher, un juge qui est contraint d'interpréter.

⁴⁹⁷ Y. GAUDEMET, « Fonction interprétative et fonction législative : aménagements juridiques de leurs rapports », in *Interprétation et droit*, Bruylant, 1995, p. 201.

⁴⁹⁸ E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, 1^{ère} éd., 1887-1888, rééd., LGDJ, 1989, t. 2, p. 573 ; R. ODENT, *Contentieux administratif*, Dalloz, 2007, t. 2, p. 690 ; B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, PUF, 2008, p. 448 ; R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Domat, 2008, 13^{ème} éd., p. 749.

administratif ou juridictionnel obscur⁴⁹⁹. Il se distingue également du rescrit de droit romain, par lequel l'interprétation du droit était sollicitée de l'empereur, non seulement à l'initiative des juges⁵⁰⁰ (saisine par *relatio*), mais également par les parties⁵⁰¹.

193. Intérêt pratique du renvoi. Cette répartition des rôles respectifs entre le juge et les parties s'explique certainement par la volonté de restreindre au maximum l'accès à la juridiction suprême et d'éviter ainsi son encombrement. Les justiciables sont toujours enclins à utiliser une voie de droit dès lors que sa mise en œuvre est susceptible d'avoir une incidence favorable sur la solution de leur litige. Permettre au justiciable de saisir directement la Cour de cassation d'une demande d'interprétation⁵⁰² ou le Conseil constitutionnel du contrôle de constitutionnalité de la loi applicable⁵⁰³, c'eût été prendre le risque de susciter un flux de demandes qu'en l'état actuel de leurs moyens matériels, ces organes auraient été incapables d'absorber. L'ouverture du prétoire aux parties ne peut en effet que mener à l'encombrement et, corrélativement, au rallongement des délais nécessaires à l'uniformisation du droit. S'il est inutile de revenir sur une démonstration qui a déjà eu cours⁵⁰⁴, il est intéressant de rappeler que l'encombrement paroxystique de la Cour de cassation et de la Cour européenne des droits de l'homme tient, pour beaucoup, au droit dont bénéficie tout justiciable de les saisir. L'exclusion de l'accès direct des parties à l'organe unificateur tient donc, pour l'essentiel, à la volonté de préserver l'efficacité du renvoi préalable. Elle est une condition *sine qua non* de la bonne exécution de son office, elle permet d'éviter l'inertie des modes hiérarchiques d'uniformisation de l'interprétation et d'accélérer l'unification du droit. Ouvrir l'accès aux parties eût été l'assurance de ne pas y parvenir et de faire du renvoi préalable un mécanisme voué, dès son origine, à l'inanité.

194. Conséquences théoriques de la consécration du renvoi. La différence entre renvoi et recours n'est pas une simple question de technique procédurale. Le rôle du juge et des

⁴⁹⁹ R. ODENT, *Contentieux administratif*, Dalloz, 2007, t. 2, p. 690.

⁵⁰⁰ J.-P. CORIAT, « La technique du rescrit à la fin du principat », *Studia et documenta historiae et iuris*, 1985, p. 322.

⁵⁰¹ *Ibid.*

⁵⁰² Par exemple après jugement mais avant appel.

⁵⁰³ « Le recours direct des particuliers au Conseil constitutionnel a été écarté. Il aurait pu provoquer une saturation des dossiers soumis au Conseil constitutionnel sauf à admettre une réduction drastique de l'intérêt pour agir (J.-J. HYEEST, Rapport n° 387 fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi constitutionnelle, adopté par l'Assemblée nationale, de modernisation des institutions de la Ve République, en ligne : <http://www.senat.fr/rap/107-387/107-387.html>).

⁵⁰⁴ V. *supra*, n° 44, n° 45, n° 164 et n° 165.

parties est en effet riche d'enseignements quant à l'essence même du mécanisme consacré. L'instauration d'un recours direct implique la reconnaissance d'un droit nouveau pour les plaideurs qu'ils exercent pour la défense de leurs intérêts personnels. Ainsi, par exemple, celui qui soulève l'inconstitutionnalité de l'incrimination qui fonde les poursuites pénales dont il est l'objet agit en vue d'échapper à la sanction que contient le texte qu'il attaque. Il en est tout autant du recours en cassation qui, bien qu'il n'ait pas originellement cette qualité, est devenu, « par l'inévitable pression des plaideurs désireux d'élargir le plus possible le recours qui leur était ouvert »⁵⁰⁵, un mécanisme tendant à la protection de leur intérêt privé. Son exercice est motivé par la volonté du requérant de voir réformé l'arrêt délivré par la Cour d'appel.

La mise en œuvre d'un renvoi préalable obéit au contraire à un esprit diamétralement opposé. Sa mise en œuvre étant réservée au juge, il n'est pas une voie de droit nouvelle ouverte dans l'intérêt du justiciable. Son exercice répond moins à la préservation des intérêts particuliers des parties qu'à la protection de l'intérêt public qui s'attache à l'interprétation unifiée du droit et à la purge des dispositions qui lui sont contraires. C'est bien cet intérêt public attaché au renvoi qui justifie le rôle qui, en définitive, reste dévolu aux parties.

195. *Les parties auxiliaires du juge.* Si, par principe, le renvoi fait obstacle à ce que les parties disposent d'un accès direct à la juridiction suprême, il n'en demeure pas moins que celles-ci y occupent une place qui est loin d'être négligeable. Leur rôle est important, il est un rôle de proposition. Elles peuvent, par leurs conclusions, attirer l'attention de la juridiction sur une difficulté affectant la norme qui lui est applicable. S'il leur est interdit de mettre directement en œuvre le renvoi, elles jouissent tout de même du droit d'en solliciter l'exercice. Elles sont de véritables sentinelles chargées de dénoncer au juge tout point de droit qui leur paraît litigieux. La similitude de leur rôle avec celui des parties aux origines de la cassation civile est frappante. A ses débuts, la cassation était une procédure destinée à préserver les ordonnances royales contre l'application dévoyée que pouvaient en faire les parlements sous l'Ancien Régime⁵⁰⁶. Recours d'intérêt public, elle voyait dans les parties les collaborateurs les mieux placés du pouvoir royal pour lui dénoncer, à l'occasion de leur

⁵⁰⁵ G. MARTY, *La distinction du fait et du droit, Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, Librairie du recueil Sirey, 1929, p. 47.

⁵⁰⁶ « La cassation d'Ancien Régime avait « le caractère d'un droit régalien, complément du droit de légiférer et non celui d'un recours d'ordre privé dans l'intérêt des particuliers » (G. MARTY, *La distinction du fait et du droit, Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, Librairie du recueil Sirey, 1929, p. 43) ; « La cassation était fondée sur la recherche, non pas de l'intérêt particulier, mais de l'intérêt public qui s'attache au respect des ordonnances du royaume » (F. ZENATI-CASTAING, *La jurisprudence*, Dalloz, 1991, p. 42).

application, les violations de ses ordonnances. N'est-ce pas cette logique qui, en trame de fond, anime le mécanisme du renvoi préalable ? Les parties ne sont-elles pas les vigies privilégiées de la validité et de la bonne interprétation du droit, les collaborateurs du juge chargés de lui dénoncer l'interprétation fallacieuse ou la validité douteuse d'un texte juridique ?

196. Conclusion du paragraphe 1. La détermination de l'auteur du renvoi ne souffre d'aucune équivoque. Seule une juridiction, entendue comme un organe qui tranche les litiges par l'application d'une règle de droit, est susceptible d'actionner le mécanisme et de saisir la juridiction unificatrice. Le renvoi préalable se distingue ainsi d'autres mécanismes d'unification de l'interprétation qui, au contraire, font la part belle à l'initiative des justiciables. Le renvoi préalable n'est pas un recours direct en interprétation, il se distingue du pourvoi en cassation ou du recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'homme. Sa réservation au juge est révélatrice du caractère d'intérêt public qui l'anime. Lorsqu'il décide de le mettre en œuvre, le juge défend moins l'intérêt de l'une des parties que l'intérêt qui s'attache à l'unité et à l'intégrité du droit. Corrélativement, le monopole dont il jouit permet de cerner le rôle dévolu aux parties. Si elles ne peuvent décider du renvoi, leur concours n'en est pas moins précieux. Leur rôle de proposition fait d'elles les garants de la bonne interprétation et de la validité de la règle de droit.

§2 – L'OBJET DU RENVOI

197. La détermination de l'objet du renvoi consiste à répondre à la question délicate de savoir *ce que renvoie le juge*. Confronté à un problème dans la détermination de la règle de droit applicable, il pourrait d'abord renvoyer à la juridiction suprême le règlement de l'entier litige. L'hypothèse n'est pas invraisemblable. Tel était le cas du rescrit de droit romain dont la mise en œuvre par le juge entraînait l'évocation de l'affaire par l'empereur. Tel est également le cas des cours suprêmes étrangères qui uniformisent le droit par le traitement d'affaires soigneusement sélectionnées. Leur sélection pourrait très bien résulter d'un renvoi, par les juges du premier degré, des affaires dotées d'un intérêt jurisprudentiel évident. Le renvoi préalable consacre toutefois une position contraire. Il repose sur une dichotomie fonctionnelle entre le juge qui constate les faits et tranche le litige d'une part et le juge qui

« dit le droit » d'autre part. A l'auteur du renvoi revient la charge des premiers, à son destinataire la charge du second. Reprenant en cela une distinction familière au juriste français, le renvoi ne porte que sur une question de droit (A), exclusive de toute considération de fait (B).

A) Une question de droit

198. Le système juridique français constitue l'archétype des systèmes de droit romano-germanique, systèmes essentiellement fondés sur la loi. La solution d'un litige y doit être trouvée dans l'application, aux faits de l'espèce, d'une règle de droit générale et abstraite. Le raisonnement du juge peut être schématiquement divisé en trois étapes successives. La première consiste à sélectionner les faits pertinents dans la perspective de leur subsumption à la règle de droit⁵⁰⁷. La seconde consiste à rechercher, au sein de l'arsenal législatif, la règle de droit qui s'y applique. La dernière consiste, par un raisonnement syllogistique associant fait et droit, à dégager la solution du litige.

199. Le renvoi préalable passe par la dissection de ce raisonnement dont la seconde étape, la détermination du droit, est confiée à un organe différent de la juridiction saisie du fond du litige. La question posée dans le cadre du renvoi préalable ne peut porter que sur les problèmes que rencontre le juge dans la recherche du droit applicable à son affaire. Ces problèmes sont de deux ordres. Le juge peut d'abord être circonspect quant à l'applicabilité d'un texte à la situation litigieuse. Il est alors confronté à un problème d'interprétation. Il peut également être amené à se poser la question de sa validité. La règle de droit applicable au litige est-elle conforme aux normes qui lui sont hiérarchiquement supérieures ? Telles sont les deux questions de droit qui peuvent faire l'objet du renvoi préalable. Il peut s'agir d'une question d'interprétation (1), ou d'une question de validité (2).

⁵⁰⁷ Cette première étape se fait évidemment dans le respect des règles de preuve.

1) Une question d'interprétation

200. Qu'est ce qu'interpréter ? L'interprétation appartient à ces termes « sur lesquels peinent toutes les philosophies »⁵⁰⁸. Les philosophes les plus avertis en ont entrepris l'étude, s'essayant à en révéler les limites⁵⁰⁹ ou à résoudre leurs conflits⁵¹⁰. Pourtant, si les travaux diffèrent, la conclusion demeure invariable. A la question : « qu'est-ce que l'interprétation ? », on s'accorde à répondre que « rien n'est plus fluctuant que ce terme »⁵¹¹. L'interprétation est protéiforme, c'est un caméléon qui se laisse difficilement approcher. Elle est un « sujet inépuisable »⁵¹² sur lequel les plus grands esprits ne cessent justement de s'épuiser. Lorsqu'il s'agit de définir l'interprétation, les conclusions de leurs travaux posent alors plus de questions qu'elles n'apportent de réponses⁵¹³.

Il serait ainsi bien prétentieux de croire pourvoir, en quelques lignes, résoudre une question qui adopte depuis plusieurs siècles les airs d'un rocher de Sisyphe. L'entreprise serait, c'est un euphémisme, pour le moins périlleuse. Ainsi faut-il rester sur les sentiers battus et retenir les éléments de définition sur lesquels un consensus semble se dessiner. S'il est un point sur lequel toutes les positions doctrinales se rejoignent, c'est bien sur le fait que l'interprétation consiste en la détermination du sens d'un énoncé⁵¹⁴. Interpréter un texte c'est avant tout en préciser les termes, leur « attribuer une signification »⁵¹⁵.

⁵⁰⁸ M. VILLEY, « Préface », *APD* 1972, tome 17, p. 3.

⁵⁰⁹ U. ECO, *Les limites de l'interprétation*, Broché, 1992 ; U. ECO, *Interprétation et surinterprétation*, Broché, 1995.

⁵¹⁰ P. RICOEUR, *Le conflit des interprétations*, Broché, 1969.

⁵¹¹ M. VILLEY, « Préface », *APD* 1972, tome 17, p. 3.

⁵¹² H. BATIFFOL, « Question de l'interprétation juridique », *APD* 1972, tome 17, p. 9.

⁵¹³ P. AMSELEK (dir.), *Interprétation et droit*, Bruylant, 1995 ; voir également le dossier : « L'interprétation dans le droit », *APD* 1972, tome 17, p. 3.

⁵¹⁴ « Interpréter c'est tout simplement déterminer le sens d'un texte » (R. GUASTINI, « Interprétation et description des normes », in *Interprétation et droit*, Bruylant, 1995, p. 92) ; « or interpréter c'est attribuer un sens déterminé à un signe linguistique » (G. KALINOWSKI, « Philosophie et logique de l'interprétation », *APD* 1972, tome 17, p. 39) ; « l'interprétation juridique (...) est conçue comme une activité de détermination de la signification de la norme juridique » (J. WROBLEWSKI, « L'interprétation en droit : théorie et idéologie », *APD* 1972, tome 17, p. 52) ; « l'interprétation au sens strict se rapporte à la détermination du sens de cette expression », » (J. WROBLEWSKI, « L'interprétation en droit : théorie et idéologie », *APD* 1972, tome 17, p. 53) ; « l'interprétation est la recherche du sens de la règle obscure » (P. MALAURIE, P. MORVAN, *Introduction générale*, Defrénois, 3^{ème} éd., p. 331) ; « en droit l'interprétation consiste à expliquer, montrer ou révéler le sens de la norme interprétée » (S. BESSON, M.-L. GACHTER-ALGE, « L'interprétation en droit européen, Quelques remarques introductives », in *Interprétation en droit européen*, LGDJ, 2011, p. 6) ; « l'interprétation renvoie à l'opération qui attribue une signification à un texte », (A. EISENGRABER, « Les institutions européennes dans le gouvernement des juges », in *Interprétation en droit européen*, LGDJ, 2011, p. 83).

⁵¹⁵ M. TROPER, « La liberté de l'interprète », in *L'office du juge, Colloque organisé par le Pr Gilles DARCY, le Doyen Véronique LABROT et Mathieu DOAT les vendredi 29 et samedi 30 septembre 2006, Palais du Luxembourg*, en ligne à la date du 12 décembre 2013 ; http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.pdf, p. 28.

201. L'interprétation juridique. Définie comme telle, il n'est pas étonnant que l'interprétation occupe une place privilégiée dans la matière juridique. Il peut même être affirmé qu'elle constitue le « moment » central de la vie du droit. « L'office du juge consiste à appliquer directement une prescription conçue en termes généraux à des cas qui sont par définition singuliers ». L'application d'un règlement administratif, d'une loi ou d'un traité, nécessite qu'un pont soit dressé entre leur formule abstraite et les circonstances particulières à chaque espèce. Ce pont est du ressort de l'interprétation. Gabriel Marty l'avait remarqué lorsqu'il proposait à la Cour de cassation de contrôler l'ensemble des qualifications par la voie de la cassation. Il affirmait alors que « par l'identification d'une certaine situation de fait avec une notion légale, toute qualification entraîne indirectement une définition de cette notion »⁵¹⁶. Il paraît donc erroné de croire que l'interprétation présuppose une situation de doute ou de controverse sur la signification d'un texte ou sur la solution d'un différent et qu'en dehors de ces situations il n'y a aucun besoin d'interprétation⁵¹⁷. Non. Toute application d'un texte juridique nécessite de lui attribuer un sens⁵¹⁸. « Un sens clair ou évident c'est toujours un sens, et pour déterminer le sens d'un texte, il faut l'interpréter. L'application du droit demande toujours l'interprétation »⁵¹⁹.

202. Application et problème d'interprétation. Si toute application du texte juridique implique son interprétation⁵²⁰, toute application ne pose pas en revanche forcément un problème d'interprétation. L'interprétation est la détermination du sens d'un texte, or ce sens

⁵¹⁶ G. MARTY, *La distinction du fait et du droit, Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, Librairie du recueil Sirey, 1929, p. 205 ; « or, d'abord, toutes les décisions judiciaires auxquelles on songe d'emblée lorsqu'on parle de jugements recèlent une interprétation de la loi appliquée : le juge ne peut, en effet, appliquer une loi à une situation concrète qu'en adoptant du texte une interprétation que révèle son jugement » (P. DELNOY, « Les effets des jugements dans le temps », in *Le temps et le droit, Actes du 4^{ème} Congrès international de l'Association internationale de méthodologie juridique*, Ed. Yvon Blais Inc., 1996, p. 251).

⁵¹⁷ Voir sur ce point P. Malaurie et P. Morvan pour qui la distinction entre actes clairs et obscurs « s'avère fragile. La notion de clarté n'est simple qu'en apparence. Au demeurant lorsqu'il s'efforce de distinguer le clair de l'obscur, le juge est conduit à interpréter le contenu de l'acte. Reconnaître la clarté d'un acte procède déjà d'une interprétation » (P. MALAURIE, P. MORVAN, *Introduction générale*, Defrénois, 3^{ème} éd., 2009, p. 338).

⁵¹⁸ « Toutes les normes juridiques appellent une interprétation en tant qu'elles doivent être appliquées » (H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., Trad. C. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 454) ; le pouvoir d'interprétation est « consubstantiel à l'activité juridictionnelle », (Y. AGUILA, « Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle », *RFDC* 1995. 13).

⁵¹⁹ R. GUASTINI, « Interprétation et description des normes », in *Interprétation et droit*, Bruylant, 1995, p. 92

⁵²⁰ « Il appartient en effet au juge de dégager le sens de la règle applicable, donc de l'interpréter, avant d'en faire application au cas d'espèce » (F. SUDRE, « L'interprétation dynamique de la Cour européenne des droits de l'homme », in *L'office du juge, Colloque organisé par le Pr Gilles DARCY, le Doyen Véronique LABROT et Mathieu DOAT les vendredi 29 et samedi 30 septembre 2006, Palais du Luxembourg*, en ligne à la date du 12 décembre 2013 : http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.pdf, p. 224).

peut être plus ou moins clair, plus ou moins évident. C'est lorsqu'un doute naît quant à la signification d'une disposition que se pose, à proprement parler, une « question » d'interprétation. Lorsque le juge est confronté à un tel problème, le renvoi préalable lui permet alors de solliciter le concours d'une institution chargée d'en délivrer l'interprétation authentique.

203. Problème d'interprétation et demandes d'avis. Ainsi, par exemple, le Tribunal administratif de Nice s'est vu confronté à un problème d'interprétation de l'article 1411-1 du Code général des collectivités territoriales relatif à la procédure de passation des contrats de délégation de service public. Le texte dispose qu'une commission est chargée de dresser la liste des candidats aptes à proposer une offre avant d'envoyer à chacun d'eux un document définissant les caractéristiques des prestations attendues ainsi que les conditions de tarification du service rendu aux usagers. La commission établit ensuite un avis sur les candidatures destinées à l'autorité délibérante chargée de désigner le délégataire. L'article 1411-7 du même code disposait que « deux mois après la saisine de la commission, l'assemblée délibérante se prononce sur le choix du délégataire et le contrat de délégation ». Une question d'interprétation s'est posée quant au point de départ du délai de deux mois prévu par les textes. Le Conseil d'État a considéré qu'« il résulte de ces dispositions, éclairées par les travaux parlementaires, que l'objet de ce délai est de garantir l'efficacité de la négociation engagée avec les opérateurs économiques retenus après l'avis de la commission, en imposant une durée minimale de deux mois à cette dernière phase de la procédure de passation de la délégation de service public. Ce délai commence à courir de la saisine de la commission qui est la date limite de réception des plis contenant les offres des candidats et non celle à laquelle cette commission donne son avis sur le ou les candidats avec lesquels la discussion doit s'engager. Il fait obstacle à ce que l'assemblée délibérante de la personne publique délégante puisse valablement se prononcer sur le choix du délégataire et le contrat de délégation moins de deux mois après la date limite de réception des offres »⁵²¹.

204. Problème d'interprétation et renvoi préjudiciel. Concernant le renvoi préjudiciel à la Cour de justice, l'arrêt *Bosphorus*⁵²² est un exemple typique des problèmes d'interprétation qui peuvent faire l'objet du renvoi. Cette affaire trouve son origine dans toute une série de

⁵²¹ CE avis, 15 décembre 2006 n° 297846.

⁵²² CJCE, 30 juillet 1996, *Bosphorus c/ Minister for Transport, Energy and Communications e.a.*, C-84/95, Rec. I. 3953.

résolutions adoptées par le Conseil de sécurité des Nations Unies et visant à sanctionner la République fédérative de Yougoslavie pour les exactions commises sur son territoire. Afin de mettre en œuvre ces mesures, le Conseil de l'Union européenne a adopté le règlement n° 990/93 dont l'article 8 prévoit que « tous les navires, véhicules de transport, matériels roulants et aéronefs dans lesquels une participation majoritaire ou une minorité de contrôle est détenue par une personne physique ou morale ayant son siège dans la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro), ou opérant depuis cette république, sont saisis par les autorités compétentes des États membres ». Sur le fondement de cet article, le ministre des transports irlandais a ordonné la saisie d'un aéronef qui s'apprêtait à décoller de l'aéroport de Dublin après avoir subi des opérations d'entretien. La difficulté était que si l'avion en question appartenait à la compagnie aérienne nationale yougoslave (JAT), il avait été donné en location pour quatre années à la société turque Bosphorus Airways, spécialisée dans l'affrètement aérien et l'organisation de voyages. Contestant l'application qui lui était faite du règlement, la société a décidé de saisir la juridiction compétente. Deux interprétations contradictoires du règlement se sont alors rapidement opposées. La société Bosphorus considérait que le règlement devait être interprété au regard de son objectif premier : sanctionner la république fédérative de Yougoslavie et ses ressortissants. Dans cette hypothèse, la saisie de l'aéronef venait pénaliser, non pas la République de Yougoslavie, mais une partie innocente exerçant son activité à partir d'un État voisin. De son côté, le ministre irlandais retenait une interprétation extensive du règlement, considérant qu'il n'y avait pas lieu de distinguer là où le règlement ne distinguait pas. Confrontée à ce conflit d'interprétations, la juridiction nationale chargée de trancher le litige a renvoyé le règlement de cette difficulté à la Cour de justice de l'Union européenne.

205. Ces quelques illustrations permettent de prendre la mesure des problèmes d'interprétation auxquels, du fait de sa mission, le juge est nécessairement confronté. Toutefois, les juridictions ne se dessaisissent pas seulement de l'interprétation des textes lorsque son élaboration fait difficulté. Elles le font aussi lorsqu'il s'agit d'interpréter une norme supra-législative susceptible d'invalidier celle qui est applicable au litige.

2) Une question de validité

206. Définition du renvoi de conformité. La recherche de la majeure du syllogisme juridique est susceptible de révéler une autre difficulté que l'interprétation du texte : celle de sa validité. Dans un système fondé sur la légalité, la validité d'une norme est conditionnée à sa conformité à une autre qui lui est supérieure. Le règlement administratif doit être conforme à la loi sur le fondement de laquelle il a été pris. La validité des lois et règlements est subordonnée à leur conformité à la Constitution, au droit de l'Union européenne, au droit de la Convention européenne des droits de l'homme et, plus généralement, au droit conventionnel. Le droit dérivé de l'Union doit, enfin, être conforme aux traités originaires. La détermination du droit applicable au litige constitue dès lors, pour le juge, l'aboutissement d'une succession de questions de droit. Dire le droit revient à déterminer le sens des textes applicables aux faits, mais cela implique également de se prononcer sur leur validité. Dans certains cas, ce type de question échappe à la connaissance des juridictions qui doivent s'en dessaisir au profit d'une institution investie d'un pouvoir d'interprétation authentique. Tel est le cas, par exemple, de la question prioritaire de constitutionnalité et du renvoi en appréciation de validité à la Cour de justice.

207. Liens entre interprétation et validité. L'idée en ancrée qu'interpréter un texte et apprécier sa validité sont deux démarches radicalement distinctes. « L'examen de la validité soulève des problèmes spécifiques, inexistant dans le cadre de l'interprétation »⁵²³, si bien que « leur dissociation est largement admise aujourd'hui dans la doctrine du droit administratif français »⁵²⁴. Les questions étant dissemblables dans leur esprit comme dans leurs effets, leur regroupement au sein de l'article 177 du traité de Rome a d'ailleurs soulevé la contestation. Les auteurs ont parfois relevé une « impression de flottement » née de « la réunion dans une même méthode procédurale de démarches intellectuelles aussi différentes qu'interpréter un texte d'une part, et apprécier sa validité de l'autre »⁵²⁵. D'autres ont vivement dénoncé le fait que « l'article 177 traite de façon identique deux problèmes fondamentalement différents »⁵²⁶.

⁵²³ G. BEBR, « Examen en validité au titre de l'article 177 du traité C.E.E. et cohésion juridique de la communauté », *CDE* 1975. 379.

⁵²⁴ J.-F. COUZINET, « Le renvoi en appréciation de validité devant la Cour de justice des Communautés européennes », *RTDE* 1976. 652.

⁵²⁵ F.-C. JEANTET, « Originalité de la procédure d'interprétation du traité de Rome. A propos de l'application de l'article 177 C.E.E. par les juridictions françaises », *JCP* 1966. I. 1987, p. 16.

⁵²⁶ G. BEBR, *art. cit.*, p. 381.

S'il est certain que l'examen de la validité d'un texte diffère de l'énoncé d'une simple interprétation, il est toutefois erroné de considérer qu'il lui est totalement étranger. L'étude de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne témoigne avec une acuité particulière de leurs liens privilégiés. La mobilisation de la jurisprudence constitutionnelle permet de les confirmer. La porosité de la distinction entre les questions d'interprétation et les questions de conformité se manifeste dans deux situations particulières : d'abord lorsque le renvoi en interprétation dissimule un renvoi en validité ; ensuite lorsque l'examen de validité féconde une interprétation à la généralité troublante.

208. *Le renvoi en interprétation dissimule parfois un renvoi en validité.* Au regard de la jurisprudence de la Cour de justice, il semble que le renvoi en interprétation porte bien mal son nom. Dans la très grande majorité des cas, c'est à l'occasion de l'examen de la conformité d'une disposition nationale au droit de l'Union européenne que les juges nationaux sollicitent la Cour de justice. Ils lui demandent alors l'interprétation du droit de l'Union, interprétation qui, souvent, ne peut être délivrée indépendamment de l'examen de la validité du texte national. La formulation des questions porte d'ailleurs la marque de leur travestissement. Le juge demande à la Cour si « le droit de l'union doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une législation telle que la législation française... »⁵²⁷. Certains auteurs ont témoigné de ce glissement dès les premières années d'application du renvoi préjudiciel, remarquant qu'« en pratique une décision en interprétation a souvent contribué à la solution d'un conflit entre le droit communautaire et le droit national » et que « les nombreuses demandes préjudicielles concernant l'application directe d'une disposition du traité ou d'un acte communautaire dissimulent souvent, en fait, un tel conflit »⁵²⁸. Cette utilisation du renvoi en interprétation aux fins d'apprécier la validité du droit national prouve mieux qu'aucun autre argument les liens privilégiés qui unissent chacune de ces deux questions.

209. *L'examen de la conformité d'une norme repose sur l'interprétation.* L'idée que l'examen de la conformité d'une norme repose sur l'interprétation est acquise en droit constitutionnel⁵²⁹. Les écrits de Michel Troper⁵³⁰ ont démontré l'authenticité de cette

⁵²⁷ Cass. soc., 11 avril 2012, n° 11-21.609.

⁵²⁸ G. BEBR, « Examen en validité au titre de l'article 177 du traité C.E.E. et cohésion juridique de la Communauté », *CDE* 1975. 380.

⁵²⁹ V. *supra*, n° 114.

⁵³⁰ M. TROPER, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 133.

assertion. Partisan de la théorie du droit vivant⁵³¹, le juge constitutionnel⁵³² reçoit la loi telle qu'elle a été interprétée par les juges suprêmes nationaux⁵³³ et délivre pour sa part, à l'occasion de son contrôle, le sens des textes et des principes constitutionnels. Ainsi, par exemple, le Conseil constitutionnel a précisé récemment le sens et la portée du principe de la liberté d'entreprendre à l'occasion de deux questions prioritaires de constitutionnalité⁵³⁴.

À la différence du Conseil constitutionnel, la vocation interprétative des décisions de la Cour de justice statuant sur renvoi en appréciation de validité est passée sous silence. La présence d'un mécanisme dédié à l'unification de l'interprétation invite-il à la conclusion facile que le renvoi en validité lui est étranger. Cette déduction s'avère pourtant erronée, car lorsque la Cour de justice vérifie la conformité d'une directive ou d'un règlement au droit primaire, elle interprète ces actes et les traités à l'aune desquels ils sont jugés. Les illustrations ne manquent pas en jurisprudence⁵³⁵. Dans un arrêt du 19 septembre 2000⁵³⁶ par exemple, la Cour a statué sur la validité d'une décision du Conseil autorisant la France à exclure certaines dépenses des entreprises du droit à déduction dont elles bénéficient en matière de TVA. Les sociétés Ampafrance et Sanofi ont mis en doute la validité de cette décision du Conseil, à l'occasion de la contestation de leur imposition. Elles considéraient que cette décision était contraire à la sixième directive du 17 mai 1977 portant harmonisation des législations des États

⁵³¹ C. SEVERINO, *La doctrine du droit vivant*, PUAM, 2003 ; J.-J. PARDINI, *Le juge constitutionnel et le "fait" en France et en Italie*, LGDJ, PUAM, 2001 ; T. DI MANNO, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions "interprétatives" en France et en Italie*, Economica, 1999.

⁵³² Après que la Cour de cassation eût refusé au justiciable la possibilité de contester ses propres interprétations, le Conseil constitutionnel est intervenu pour livrer son interprétation de l'article 61-1 de la Constitution. Selon lui la réforme constitutionnelle permet au justiciable de contester non seulement une disposition législative, mais également « la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition » (CC 2010-39-QPC du 6 oct. 2010, *Mmes Isabelle D et Isabelle B*, cons. 2 et 3 et CC, 14 octobre 2010, n° 2010-52 QPC, *Compagnie agricole de la Crau*, cons. 3 à 5, *AJDA* 2011. 705, tribune E. SAGALOVITSCH ; *D.* 2010. 2744, obs. I. GALLMEISTER ; *D.* 2011. 529, chron. N. MAZIAU ; *D.* 2011. 1585, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *D.* 2011. 1713, obs. V. BERNAUD, L. GAY ; *AJ famille* 2010. 487, obs. F. CHENEDE ; *AJ Famille* 2010. 489, obs. C. MECARY ; *Constitutions* 2011. 75, obs. P. CHEVALIER ; *Constitutions* 2011. 361, obs. A. CAPPELLO ; *RTD civ.* 2010. 776, obs. J. HAUSER ; *RTD civ.* 2011. 90, obs. P. DEUMIER ; v. égal : D. ROUSSEAU, « L'art italien au Conseil constitutionnel : les décisions des 6 et 14 octobre 2010 », *Gaz. Pal.* 21 oct. 2010, p. 12). Le Conseil constitutionnel reçoit donc la loi telle qu'elle a été interprétée par la Cour de cassation ou le Conseil d'État.

⁵³³ Il arrive toutefois que le juge constitutionnel supplante, à l'occasion d'une réserve d'interprétation, sa propre interprétation à celle qui avait été délivrée par le Conseil d'État et la Cour de cassation. La situation reste exceptionnelle, afin de préserver la souveraineté de ces juridictions dans l'interprétation de la loi. Sur ce point : P. DEUMIER, « QPC : la question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du contrôle de l'interprétation de la loi) », *RTD civ.* 2010. 508.

⁵³⁴ CC 2010-55 QPC du 18 octobre 2010, *M. Rachid* et CC 2010-73 QPC du 3 décembre 2010, *Société ZEturf Limited (Paris sur les courses hippiques)*, *AJDA*, 4 avril 2011, n° 12, p. 652, note M. LOMBARD.

⁵³⁵ CJCE, 13 décembre 1989, *Jean-François Deschamps et autres contre Office national interprofessionnel des viandes, de l'élevage et de l'aviculture (Ofival)*, C-181/88 ; CJCE, 28 avril 1998, *Metronome Musik GmbH and Music Point Hokamp GmbH*, C-200/96 ; CJCE, 14 juillet 1998, *Gianni Bettati et Safety Hi-Tech Srl*, C-341/95 ; CJCE, 10 décembre 2002, *The Queen contre Secretary of State for Health*, C-491/01.

⁵³⁶ CJCE, 19 septembre 2002, *Ampafrance SA c/ Directeur des services fiscaux de Maine et Loire*, C-177/99 et CJCE, 19 septembre 2002, *Sanofi Synthelabo c/ Directeur des services fiscaux du Val de Marne*, C-181/99.

membres en matière de taxe sur le chiffre d'affaire. Saisie par la voie préjudicielle, la Cour n'avait d'autre choix, pour répondre à la question qui lui était posée, que d'interpréter la directive et fixer les limites des pouvoirs accordés au Conseil dans la restriction du droit à déduction de la TVA. La Cour a donc considéré, de manière générale et abstraite, que « dans l'état actuel du droit communautaire, une⁵³⁷ législation nationale excluant du droit à déduction de la TVA les dépenses de logement, de réception, de restaurant et de spectacle, sans qu'il soit possible à l'assujetti de démontrer l'absence de fraude ou d'évasion fiscales (...) affecte excessivement les objectifs et les principes de la sixième directive »⁵³⁸. En d'autres termes, la directive doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à toute décision ou législation excluant le droit à déduction de la TVA lorsque celle-ci repose sur une présomption irréfragable de fraude du déclarant. La Cour livre ici, à l'occasion d'un renvoi en validité, une interprétation formellement identique à celles qu'elle délivre quotidiennement lorsqu'elle statue sur des demandes d'interprétation.

210. *Le dépassement de l'objet distinct des mécanismes.* L'objet de la question posée sur renvoi préalable est fluctuant. Il peut s'agir d'une demande d'interprétation ou d'une demande d'appréciation de validité. Ce dédoublement est logique dans la mesure où l'interprétation et la validité sont les deux catégories de questions auxquelles le juge est confronté dans la recherche du droit applicable au litige. Il peut ainsi se décharger de chacune d'elles chaque fois qu'il est incapable d'y répondre.

De cette dissemblance quant à l'objet des renvois, il faut toutefois se garder d'en déduire leur nature irréductible. Ainsi qu'en témoigne avec force la jurisprudence de la Cour de justice, l'interprétation et la validité sont liées l'une à l'autre. Les demandes d'interprétation dissimulent souvent une appréciation de validité, laquelle n'est jamais que la confrontation de deux interprétations. Dès lors, par delà cette différence d'objet, l'interprétation est toujours au cœur de l'ensemble des mécanismes. C'est en elle que réside leur essence.

L'interprétation se limite toutefois au domaine du droit. Le renvoi préalable exclut de son orbite toute question portant sur les faits de l'espèce.

⁵³⁷ L'utilisation de l'article *une* démontre la vocation universelle de l'interprétation délivrée, alors que l'examen de validité était celui de *la seule* décision du Conseil, et, par voie de conséquence, de la seule législation française.

⁵³⁸ CJCE, 19 septembre 2002, *Ampafrance SA c/ Directeur des services fiscaux de Maine et Loire*, C-177/99 et CJCE, 19 septembre 2002, *Sanofi Synthelabo c/ Directeur des services fiscaux du Val de Marne*, C-181/99, § 61.

B) L'exclusion du fait

211. La distinction du fait et du droit paraît familière aux juristes qui évoluent dans un système juridique de tradition romano-germanique. Fondé sur la loi, le droit français voit la solution d'un litige dans l'application, à une situation de fait, d'une règle de droit générale et abstraite qui lui préexiste. Le fait et le droit apparaissent comme deux éléments autonomes dont la confrontation est nécessaire à la solution du litige. Rien ne s'oppose, dès lors, à ce que les faits et le droit soient dissociés pour être soumis à la connaissance de deux organes distincts.

212. Il faut se garder toutefois de croire que la juridiction suprême est étrangère au fait. Si l'objet du renvoi ne peut porter sur une question de fait (1), certains de ses éléments peuvent être nécessaires à la détermination du droit et justifient qu'ils soient portés à la connaissance du destinataire du renvoi⁵³⁹ (2).

1) L'exclusion des questions de fait

213. *Vigueur de la distinction du fait et du droit.* Bien que la pratique ait existé dans un lointain passé, le juge ne saurait renvoyer dans son entier la solution de l'affaire qui lui est soumise. La distinction du fait et du droit constitue l'épine dorsale du mécanisme, elle éclate leur résolution entre deux juges différents, à deux temps distincts. Au juge du fond revient la charge de déterminer les faits opérants et de trancher en dernier lieu le litige. Au juge destinataire du renvoi revient la charge de la détermination du droit. Il s'ensuit que la question posée doit d'être formulée de manière aussi générale et abstraite que possible et que, corrélativement, une question qui nécessiterait l'examen des faits particuliers de l'espèce doit être déclarée irrecevable.

214. *Illustrations.* Les mécanismes étudiés témoignent du respect de cette distinction. La Cour de cassation a parfois refusé de statuer sur des demandes d'avis dont la réponse aurait

⁵³⁹ Pour un exposé limpide de cette distinction entre le contrôle du fait et sa simple connaissance : F. FERRAND, *Cassation française et Révision allemande*, PUF, 1993, p. 135 et p. 161 et s.

nécessité une appréciation des faits qui l'ont motivée⁵⁴⁰. Le fondement du rejet a d'abord été implicite, la Cour considérant simplement que la demande « relevait des pouvoirs du juge »⁵⁴¹ du fond. Puis elle a clairement refusé de délivrer l'avis sollicité au seul motif que « la demande, qui suppose l'examen de situations concrètes nécessairement soumises à un débat contradictoire devant les juges du fond, ne rentre pas dans les prévisions de l'article L.151-1 du Code de l'organisation judiciaire »⁵⁴² ou encore que « la demande d'avis est mélangée de fait et de droit et ne soulève pas une question susceptible de se poser dans de nombreux litiges »⁵⁴³. Le Conseil d'État s'astreint à une même discipline, rappelant que s'il lui « appartient (...) de formuler un avis sur une question de droit nouvelle, il ne lui appartient pas de trancher l'affaire au fond »⁵⁴⁴. Il refuse d'apprécier par exemple « si l'association locale pour le culte des témoins de Jéhovah de Riom peut être qualifiée d'association culturelle »⁵⁴⁵, ou encore si, tel que le soutenaient les requérantes, la préfecture pour laquelle elles travaillaient « devait être considérée comme [leur] employeur »⁵⁴⁶.

Le Tribunal des conflits ne peut également jamais trancher l'affaire au fond lorsqu'il est saisi sur renvoi. Cette possibilité ne lui est ouverte que par exception, et uniquement lorsqu'il est saisi d'une contradiction entre les décisions des juges administratifs et judiciaires.

Quant à la Cour de justice de l'Union européenne, la formulation du dispositif de ses arrêts suffit à cerner son champ d'intervention. La Cour, saisie sur renvoi préjudiciel, « DIT POUR DROIT »⁵⁴⁷. Elle « n'est ainsi pas habilitée à connaître des faits de l'espèce »⁵⁴⁸ qui

⁵⁴⁰ « La demande qui concerne l'application dans le temps du décret n° 98-1201 du 28 décembre 1998 suppose l'examen des conditions de fait et de droit dans lesquelles des ruptures de contrat de travail prévues par un plan social sont intervenues...[Cette] demande échappe à la procédure d'avis », (Cass. avis, 1^{er} décembre 2003, n° 0030002P) ; « concernant la seconde question : cette question est mélangée de fait et de droit », (Cass. avis, 20 juin 1997, n° 09720013 P ; Cass. avis, 3 octobre 1994, n° 0940016 P ; Cass. avis, 2 mai 1994, n° 0904005 P ; Cass. avis, 11 mars 1994, n° 0940003 P ; Cass. avis, 8 octobre 1993, n° 0930009 P ; Cass. avis, 14 juin 1993, n° 0930003 P).

⁵⁴¹ Cass. avis, 14 juin 1993, n° 0930003 P.

⁵⁴² Cass. avis, 11 mars 1994, n° 0940003 P.

⁵⁴³ Cass. avis, 2 mai 1994, n° 0904005 P.

⁵⁴⁴ CE, avis, 24 octobre 1990, n° 187122.

⁵⁴⁵ CE, avis, 24 octobre 1990, n° 187122.

⁵⁴⁶ CE, avis, 16 mai 2001, n° 229810 et n° 229811.

⁵⁴⁷ Pour quelques illustrations : CJCE, 16 mars 1978, *Oehlschläger*, 104/77, Rec. p. 791, point 4 ; CJCE, 15 novembre 1979, *Denkavit Futtermittel*, 36/79, Rec. p. 3439, point 12 ; CJCE, 29 avril 1982, *Pabst & Richarz*, 17/81, Rec. p. 1331, point 12 ; CJCE, 4 mai 1999, *Sürül*, C 262/96, Rec. p. I-2685, point 95 ; CJCE, 16 septembre 1999, *WWF e.a.*, C-435/97, Rec. p. I-5613, point 32 ; CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal*, C-107/98, Rec. p. I-8121, point 30 ; CJCE, 23 octobre 2001, *Tridon*, C-510/99, Rec. p. I-7777, point 28 ; CJCE, 5 octobre 1999, *Lirussi*, C-175/98 et C-177/98, Rec. p. I-6881, point 37 ; CJCE, 16 octobre 2003, *Traunfellner*, C-421/01, Rec. p. I-11941, point 21 ; CJCE, 22 juin 2000, *Fornasar e.a.*, C-318/98, Rec. p. I-4785, point 31 ; CJCE, 9 juin 2005, *HLH Warenvertrieb et Orthica*, C-211/03, C-299/03 et C-316/03 à C-318/03, Rec. p. I-5141, point 96 ; CJCE, 23 janvier 1975, *van der Hulst*, 51/74, Rec. p. 79, point 12 ; CJCE, 5 octobre 1999, *Lirussi et Bizzaro*, C-175/98 et C-177/98, Rec. p. I-6881, point 38 ; CJCE, 15 juillet 1964, *Van der Veen*, 100/63, Rec. p. 1105, 1121 ; CJCE, 2 décembre 1964, *Dingemans*, 24/64, Rec. p. 1259, 1273 ; CJCE, 8 avril 1976, *Hirardin*, 112/75, Rec. p. 553, point 8 ; CJCE, 15 décembre 1976, *Simmenthal*, 35/76, Rec. p. 1871, point 8 ; CJCE, 26 janvier 1977,

« échappent à [son] appréciation » et « relèvent du juge national⁵⁴⁹. L'article 267 du traité est en effet « fondé sur une nette séparation des fonctions entre les juridictions nationales et la Cour »⁵⁵⁰, la seconde n'étant compétente que pour se prononcer sur les questions que peut soulever l'application d'un texte de l'Union européenne. La distinction du fait et du droit doit donc être comprise comme excluant que la détermination du fait puisse constituer l'objet de la question. L'établissement du fait et la solution du litige au fond relèvent de la seule compétence de l'auteur du renvoi.

2) La connaissance des éléments de fait

215. Si seule une question de droit générale et abstraite peut être transmise, la connaissance des faits par le destinataire du renvoi est parfois nécessaire à l'élaboration de sa réponse. Il faut donc se départir d'une distinction du fait et du droit trop stricte. C'est souvent à l'aune des faits de l'espèce que le juge de renvoi se prononce sur la question de droit⁵⁵¹. Ainsi, à titre d'exemple, bien que leur rappel ne soit pas retranscrit dans le corps de l'avis délivré par la Cour de cassation, les faits qui sont à l'origine de la question sont rappelés dès l'introduction des conclusions de l'avocat général et du rapport du conseiller. Mieux, le rappel des faits est une condition de recevabilité du renvoi préjudiciel⁵⁵² devant la Cour de justice.

Gesellschaft für Überseehandel, 49/76, Rec. p. 41, point 4 ; CJCE, 12 juin 1980, *Salmon*, 1/80, Rec. p. 1937, point 6 ; CJCE, 7 septembre 1999, *De Haan*, C-61/98, Rec. p. I-5003, point 29 ; CJCE, 10 mai 2001, *Veedfald*, C-203/99, Rec. p. I-3569, point 31 ; CJCE, 9 juillet 2002, *Flightline*, C-181/00, Rec. p. I-6139, points 20-21 ; CJCE, 12 juillet 2001, *Louloudakis*, C-262/99, Rec. p. I-5547, point 49 ; CJCE, 6 octobre 2005, *MyTravel*, C-291/03, Rec. p. I-8477, point 43.

⁵⁴⁸ CJCE, 9 juillet 1968, *Portelange*, 10/69, Rec. p. 309, point 5 ; CJCE, 19 décembre 1968, *Salgoil*, 13/68, Rec. p. 661, 672 ; CJCE, 15 décembre 1976, *Simmenthal*, 35/76, Rec. p. 1871, point 7 ; CJCE, 5 octobre 1977, *Tedeschi*, 5/77, Rec. p. 1555, point 17.

⁵⁴⁹ CJCE, 22 mars 1972, *Merluzzi*, 80/71, Rec. p. 175, point 10

⁵⁵⁰ CJCE, 2 juin 1994, *AC-ATEL*, C-30/93, Rec. p. I-2305, point 16 ; CJCE, 20 mars 1997, *Phytheron International*, C-352/95, Rec. p. I-1729, point 11 ; Arrêt 16 juillet 1998, *Dumon et Froment*, C-235/95, Rec. p. I-4531, point 25 ; CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal*, C-107/98, Rec. p. I-8121, point 29 ; CJCE, 16 septembre 1999, *WWF e.a.*, C-435/97, Rec. p. I-5613, points 31-32

⁵⁵¹ Le cas typique est celui où l'interprétation sollicitée repose sur une question de qualification. Si la question est posée de manière abstraite, et si la réponse est donnée sous la même forme, la connaissance des faits n'en est pas moins nécessaire à l'élaboration de la réponse.

⁵⁵² Ordonnance du 19 mars 1993, *Banchero*, C-157/92, Rec. p. I-1085, points 6-7 ; ordonnance du 23 mars 1995, *Saddik*, C-458/93, Rec. p. I-511, points 18-19 ; ordonnance du 7 avril 1995, *Grau Gomis e.a.*, C-167/94, Rec. p. I-1023, points 11-12 ; ordonnance du 21 décembre 1995, *Max Mara*, C-307/95, Rec. p. I-5083, points 9-10 ; ordonnance du 2 février 1996, *Bresle*, C-257/95, Rec. p. I-233, points 18, 20 ; ordonnance du 20 mars 1996, *Sunino et Data*, C-2/96, Rec. p. I-15, points 7, 8 ; ordonnance du 25 juin 1996, *Testa*, C-101/96, Rec. p. I-3081, points 7, 8 ; ordonnance du 19 juillet 1996, *Modesti*, C-191/96, Rec. p. I-3937, points 7-8 ; ordonnance du 19 juillet 1996, *Hassan*, C-196/96, Rec. p. I-3945, points 7-8 ; ordonnance du 8 juillet 1998, *Agostini*, C-9/98, Rec. p. I-4261, points 9, 10 ; CJCE, 14 juillet 1998, *Bettati*, C-341/95, Rec. p. I-4355, points 71-72 ; ordonnance du 2 mars 1999, *Colonia Versicherung e.a.*, C-422/98, Rec. p. I-1279, points 6, 9-10 ; ordonnance du 21 avril 1999,

Celle-ci impose en effet au juge national de « définir le cadre factuel et réglementaire dans lequel s'insèrent les questions qu'il pose ou que, à tout le moins, il explique les hypothèses factuelles sur lesquelles ces questions sont fondées »⁵⁵³. Une condition sensiblement identique est également posée à la recevabilité des demandes d'avis devant la Cour européenne des droits de l'homme⁵⁵⁴.

On pourrait *a priori* penser que les faits de l'espèce n'ont pas vocation à jouer le moindre rôle devant le Conseil constitutionnel. Le contrôle de la loi opéré est un contrôle objectif et abstrait censé ne mettre en cause que la loi et la norme constitutionnelle. Gustavo Zagrebelsky a cependant démontré que l'introduction de la saisine incidente est « incompatible avec une conception rigoureusement abstraite du contrôle de constitutionnalité »⁵⁵⁵. Le problème de la constitutionnalité de la loi émerge d'une situation de fait dont le juge constitutionnel ne peut se priver totalement. Qu'on le veuille ou non, le contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* « introduit dans le système un caractère concret marquant »⁵⁵⁶ qui rend « désormais insoutenable (...) la conception exclusivement abstraite du contrôle »⁵⁵⁷ de constitutionnalité. Cette relation avec le fait n'est-elle d'ailleurs pas implicitement consacrée par la question prioritaire de constitutionnalité ? La loi organique dispose en effet qu'une loi déclarée

Charreire, C-28/98 et C-29/98, Rec. p. I-1963, points 10, 18 ; CJCE, 13 mars 2001, *PreussenElektra*, C-379/98, Rec. p. I-2099, point 39 ; CJCE, 22 janvier 2002, *Canal Satélite Digital*, C-390/99, Rec. p. I-607, point 19 ; ordonnance du 19 octobre 2004, *AXA*, C-425/03, non publiée, points 13-14 ; ordonnance du 27 octobre 2005, *BVBA De Backer*, C-234/05, points 8-16 ; ordonnance du 6 octobre 2006, *De Graaf et Daniels*, C-436/05, points 7-11 ; ordonnance du 22 février 2005, *D'Antonio*, C-480/04, points 4-8 ; ordonnance du 13 juillet 2006, *Eurodomus*, C-166/06, points 8-10 ; CJCE, 14 décembre 2006, *CEES*, C-217/05, point 28.

⁵⁵³ Pour quelques illustrations : CJCE, 26 janvier 1993, *Telemarsicabruzzo e.a.*, C-320/90, C-321/90 et C-322/90, Rec. p. I-393, point 6 ; CJCE, 7 décembre 1995, *Gervais e.a.*, C-17/94, Rec. p. I-4353, point 20 ; CJCE, 28 janvier 1999, *van der Kooy*, C-181/97, Rec. p. 483, point 27 ; CJCE, 16 mars 1999, *Castelletti*, C-159/97, Rec. p. I-1597, point 14 ; CJCE, 21 septembre 1999, *Albany*, C-67/96, Rec. p. I-5751, point 39 ; CJCE, 21 septembre 1999, *Brentjens*, C-115/97 à C-117/97, Rec. p. I-6025, point 38 ; CJCE, 11 avril 2000, *Deliège*, C-51/96 et C-191/97, Rec. p. I-2549, point 30 ; CJCE, 13 avril 2000, *Lehtonen et Castors Braine*, C-176/96, Rec. p. I-2681, point 22 ; CJCE, 11 mai 2000, *Gascogne Limousin viandes*, C-56/99, Rec. p. I-3079, point 25 ; CJCE, 21 septembre 2000, *ABBOI*, C-109/99, Rec. p. I-7247, point 42 ; CJCE, 9 novembre 2004, *Fixtures Marketing*, C-46/02, Rec. p. I-10365, point 21 ; CJCE, 16 décembre 2004, *My*, C-293/03, Rec. p. I-12013, point 17 ; Arrêt du 17 février 2005, *Viacom*, C-134/03, Rec. p. I-1167, point 22 ; CJCE, 19 septembre 2006, *Wilson*, C-506/04, Rec. p. I-8613, point 38 ; CJCE, 5 octobre 2006, *Nádasdi*, C-290/05, Rec. 2006, p. I-10115, point 30 ; CJCE, 9 novembre 2006, *Nemec*, C-205/05, point 25 ; CJCE, 14 décembre 2006, *CEES*, C-217/05, point 26 ; CJCE, 19 avril 2007, *ANEF*, C-295/05, point 32 ; CJCE, 28 juin 2007, *Dell'Orto*, C-476/05, point 41

⁵⁵⁴ L'article 1^{er} alinéa 3 du Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales précise que la juridiction sollicitant la demande d'avis doit produire « les éléments pertinents du contexte juridique et factuel de l'affaire pendante ».

⁵⁵⁵ G. ZAGREBELSKY, « Aspects abstraits et aspects concrets du contrôle de constitutionnalité des lois en Italie », *LPA*, 25 juin 2009, n° 126, p. 12.

⁵⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁵⁷ G. Zagrebelsky prend un exemple concret tiré de la constitutionnalité d'une loi italienne sur l'adoption qui prévoyait qu'entre le mineur adopté et l'adoptant, la différence d'âge devait être à la fois supérieure à 18 ans et inférieure à 40 ans. La norme serait sortie indemne d'un contrôle de constitutionnalité abstrait. Pourtant une situation s'est présentée où deux frères étaient susceptibles d'être adoptés par un couple. Le problème était qu'à l'égard du plus jeune des deux enfants, la différence d'âge dépassait 40 ans. Comment l'examen de la constitutionnalité de la loi peut-elle alors faire abstraction des faits desquels la question émerge ? (*Ibid.*).

constitutionnelle dans le cadre du contrôle *a priori* peut faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité en cas de changement des circonstances de fait. N'est-ce pas considérer que le fait n'est pas indifférent au contrôle de constitutionnalité de la loi, que « le changement des circonstances de fait vient modifier l'appréciation d'un principe constitutionnel »⁵⁵⁸ ?

⁵⁵⁸ P.-Y. GAHDOUN, « Argumenter la question prioritaire de constitutionnalité », in *La question prioritaire de constitutionnalité*, *Gaz. Pal.* 2010, p. 85.

216. Conclusion de la section I : Les limites du renvoi sont maintenant bien circonscrites. Son auteur est identifié à l'aide de critères fermement établis. Seule une juridiction, entendue comme un organe indépendant et impartial qui tranche les litiges par application d'une règle de droit, est susceptible d'en prendre l'initiative. Son objet est strictement délimité. Toutes les questions auxquelles le juge est confronté dans le cadre de son office ne sont pas susceptibles d'être renvoyées à la juridiction suprême. Seules celles portant sur l'interprétation ou sur la validité de la règle de droit peuvent faire l'objet d'un renvoi.

Cette stricte délimitation quant à l'auteur et l'objet du renvoi s'explique avant tout par la finalité du mécanisme. La recherche de l'unité d'interprétation des textes juridiques justifie que son objet soit réduit aux seules questions de droit et que les questions relatives aux faits de l'espèce en soient corrélativement exclues. Elle justifie également que le déclenchement du renvoi soit réservé aux juridictions, d'abord parce que c'est devant elles que se forment les problèmes d'interprétation, ensuite parce qu'elles jugulent les ardeurs procédurieres des parties et préservent ainsi les juridictions suprêmes d'une asphyxie douloureuse.

Telle est la définition du renvoi, de son objet, de ses acteurs. Reste à déterminer ses modalités de mise en œuvre.

SECTION II : LES MODALITES DU RENVOI

217. Les modalités du renvoi préalable mettent en œuvre des techniques originales, différentes de celles qui résultent de la tradition des cours suprêmes nationales. Ces techniques tendent à substituer aux mécanismes répressifs une coopération des juges plus conforme aux valeurs contemporaines. Par deux de ses caractères, l'unification du droit devient le produit d'un œuvre dialogique, traduction juridique d'un recul de la contrainte inhérent aux sociétés actuelles.

Lorsque le juge décide de mettre en œuvre le mécanisme du renvoi, il doit surseoir à statuer jusqu'à ce que la réponse lui soit parvenue. Le renvoi est « préalable » à sa décision. Alors que les mécanismes hiérarchiques d'unification reposent sur la condamnation *a posteriori* des interprétations délivrées par les juridictions inférieures, le renvoi préalable se fonde, au contraire, sur leur collaboration avec les cours suprêmes. Son esprit repose donc sur une confiance réciproque des juridictions qui s'exprime par les conditions de sa mise en œuvre. En effet, le renvoi ne peut être forcé, il doit être volontaire.

Tels sont ainsi les deux caractères du renvoi qui participent, comme il sera démontré, du caractère coopératif du mécanisme : son caractère préalable d'abord (§1), son caractère volontaire ensuite (§2).

§1 – UN RENVOI PREALABLE

218. Une des caractéristiques essentielles du renvoi est qu'il se déroule en amont de la décision de justice. Il est « préalable » au jugement du fond de l'affaire. La règle souffre certes quelques exceptions qui peuvent tenir à l'urgence⁵⁵⁹, à la sauvegarde des droits

⁵⁵⁹ Art. 23-3 al. 3 de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution : « La juridiction peut également statuer sans attendre la décision relative à la question prioritaire de constitutionnalité si la loi ou le règlement prévoit qu'elle statue dans un délai déterminé ou en urgence ».

fondamentaux⁵⁶⁰ ou aux intérêts impérieux de l'une des parties. Le principe demeure toutefois : plutôt que de se prononcer, au risque d'être désavoué par la suite, le juge surseoit à statuer⁵⁶¹ et se dessaisit de la question de droit pour en confier la résolution à l'interprète authentique. Le renvoi, en tant qu'il est préalable, présente donc un caractère consultatif.

La vertu de ce dessaisissement est qu'il évite à la source les divergences d'interprétation, en confiant *de plano* l'interprétation à l'institution qui est chargée de l'unifier. Le mécanisme permet d'éviter les tensions entre les juridictions. La jurisprudence ne se fait plus au prix d'une censure de leurs décisions, mais s'élabore au contraire avec elles.

219. Le caractère préalable du renvoi fait ainsi de lui un mécanisme de collaboration à double détente. Dans le cadre de l'affaire particulière en cause, il est un outil de consultation du juge suprême par le juge de droit commun (A). Dans le cadre de l'élaboration de la jurisprudence, il est un outil d'association du juge de droit commun et du juge suprême (B).

A) Le caractère consultatif du renvoi préalable

220. *L'inscription du renvoi préalable dans un mouvement généralisé favorable à la consultation judiciaire.* L'antériorité du renvoi préalable traduit son essence consultative. Confronté à un problème qu'il ne peut résoudre, le juge du fond surseoit à statuer et consulte une juridiction suprême. Ce caractère consultatif n'est que la traduction d'un mouvement d'ensemble qui tend à la mutation de l'office du juge. La crise de la loi et la complexité croissante des affaires portées devant lui constituent deux évolutions majeures qui ont écorné

⁵⁶⁰ Art. 23-3 al. 2 de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution : « toutefois il n'est sursis à statuer ni lorsqu'une personne est privée de liberté à raison de l'instance ni lorsque l'instance a pour objet de mettre fin à une mesure privative de liberté ».

⁵⁶¹ Article 1031-1 CPC : « Lorsque le juge envisage de solliciter l'avis de la Cour de cassation (...) il surseoit à statuer jusqu'à la réception de l'avis ou jusqu'à l'expiration du délai mentionné à l'article 1031-3 » ; Art. L. 113-1 CJA : « Il est sursis à toute décision au fond jusqu'à un avis du Conseil d'État ou, à défaut, jusqu'à l'expiration de ce délai » ; article 706-65 du code de procédure pénale : « le juge peut, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation en formulant la question de droit qu'il lui soumet. Il surseoit à statuer jusqu'à la réception de l'avis ou jusqu'à l'expiration du délai mentionné à l'article 706-67 » ; Art. 23-3 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel (*al.1*) : « Lorsque la question est transmise, la juridiction sursoit à statuer jusqu'à réception de la décision du Conseil d'État ou de la Cour de cassation ou, s'il a été saisi, du Conseil constitutionnel » ; article 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel (*al.4*) : « Lorsque le Conseil constitutionnel a été saisi, le Conseil d'État ou la Cour de cassation sursoit à statuer jusqu'à ce qu'il se soit prononcé ».

sa légitimité. Dès lors que la justice apparaît comme l'expression d'un choix entre différentes valeurs et non comme l'application servile d'un texte, dès lors que le juge se présente comme un Homme dont bien des savoirs nécessaires à la réédition d'une solution juste échappent à sa connaissance, la consultation constitue l'alternative nécessaire à la restauration de cette légitimité. Le juge ne peut tout savoir, mais il peut être éclairé. L'avis donné au juge « a une vertu accréditrice et légitimante qui est particulièrement précieuse sur la scène juridique, lieu privilégié du discours rhétorique »⁵⁶².

221. La compréhension des faits de l'espèce est le lieu d'expansion privilégié de la consultation. Pour comprendre des données factuelles qui peuvent revêtir un degré de difficulté et de technicité important, le juge recourt de plus en plus souvent à l'expertise⁵⁶³. Qu'elle soit médicale, psychiatrique⁵⁶⁴ ou financière⁵⁶⁵, il consulte de plus en plus souvent des professionnels afin d'être éclairé sur la connaissance de leur art. Ce recours à la consultation est vertueux, manifestation de l'humilité du juge qui admet les limites de son savoir. Il apparaît en revanche plus inquiétant lorsqu'il dépasse les frontières du fait et pénètre la sphère du droit applicable au litige.

222. Consultation et détermination du droit. Un sentiment d'ambivalence accompagne l'idée que le juge puisse déléguer au profit d'une autre institution une mission aussi fondamentale que celle de la recherche du droit applicable à un litige. Si la consultation apparaît légitime dans l'empire du fait, l'extension de son champ dans le domaine du droit ne laisse pas d'interroger⁵⁶⁶. La question fut soulevée lorsque la faculté s'est offerte au juge de saisir « pour avis la Commission des clauses abusives aux fins de l'aider à déterminer si telle stipulation est ou non abusive, alors qu'il s'agit de trancher un problème de droit, question ressortissant pleinement de la fonction de juger »⁵⁶⁷. Elle se renouvelle naturellement à l'occasion du développement des renvois préalables où le juge délègue au profit d'une autre institution une étape fondamentale de son raisonnement. La pratique peut inquiéter. N'est-elle

⁵⁶² F. ZENATI-CASTAING, « La portée du développement des avis », in *L'inflation des avis en droit*, Economica, 1998, p. 106.

⁵⁶³ R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « La recevabilité d'une expertise scientifique aux États-Unis », *RIDC* 1999, vol. 51, n° 3, p. 621, spéc. § 5.

⁵⁶⁴ J. PRADEL, « L'expertise psychiatrique », in *L'expertise*, Dalloz, 1995, p. 11.

⁵⁶⁵ J. TOURIN, M. NUSSEMBAUM, « L'expertise financière », in *L'expertise*, Dalloz, 1995, p. 35.

⁵⁶⁶ « Issue du droit romain, la tradition française de l'expertise repose sur une claire répartition des rôles : à l'expert de dire les faits, au juge de dire le droit ; à l'expert de donner son avis, à l'autorité compétente de décider » (R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « Quel statut pour l'expert ? », *RFAP* 2002, n° 103, p. 380).

⁵⁶⁷ T. REVET, « Rapport introductif », in *L'inflation des avis en droit*, Economica, 1998, p. 6.

pas le signe d'un renoncement du juge dans une fonction régaliennne pourtant insusceptible de délégation ?

223. Une réponse négative s'impose rapidement. La consultation qu'opère le renvoi préalable ne mérite pas les reproches qui lui sont opposés. Elle est fondée théoriquement, historiquement et peut se prévaloir de vertus pratiques indubitables.

D'un point de vue théorique d'abord, l'opprobre inhérente à la délégation du pouvoir de juger est inopposable au renvoi préalable. La délégation n'est véritablement condamnable que lorsqu'elle est exercée au profit d'une institution extra-juridictionnelle. Elle est au contraire vertueuse lorsqu'elle se fait au profit d'une juridiction suprême et qu'elle concourt à l'élaboration du droit. On ne peut placer sur le même plan la consultation d'une commission *ad hoc* composée de représentants aux horizons juridiques variés et celle d'une juridiction suprême chargée d'assurer l'unité d'interprétation du droit.

D'un point de vue historique ensuite, « le juge a toujours eu recours à des sachants »⁵⁶⁸, qu'il s'agisse des « prudens romain où, à l'époque franque, des rachimbourgs puis des scabins »⁵⁶⁹. Le renvoi préalable, loin d'innover, s'inscrit au contraire dans le droit fil d'une tradition lointaine.

Enfin, la consultation d'un juge suprême permet d'octroyer un supplément de légitimité à la décision juridictionnelle et d'éviter sa contestation par les parties. Le recours au renvoi préalable permet au juge d'augmenter l'autorité de sa décision, décourage les plaideurs de l'exercice des voies de recours et participe du désengorgement des tribunaux. Tel est le cas par exemple d'un juge du tribunal de grande instance qui sollicite l'avis de la Cour de cassation sur un point de droit controversé. Tel est également le cas d'un tribunal administratif qui, plutôt que d'interpréter une directive et de voir sa décision contestée, consulte la Cour de justice par la voie du renvoi préjudiciel.

Le renvoi préalable s'inscrit par conséquent dans un mouvement d'ensemble qui voit la promotion de consultation. Il témoigne que les problèmes auxquels le juge est confronté dans l'exercice de son office peuvent « être mieux résolus par cette voie que selon les seuls modalités classiques »⁵⁷⁰. Cette orientation n'est pas critiquable et doit être encouragée.

⁵⁶⁸ F. ZENATI-CASTAING, « La portée du développement des avis », in *L'inflation des avis en droit*, Economica, 1998, p. 107.

⁵⁶⁹ *Ibid.*

⁵⁷⁰ T. REVET, « Rapport introductif », in *L'inflation des avis en droit*, Economica, 1998, p. 6.

224. Toutefois, le renvoi préalable n'est pas un simple outil de consultation au profit des juges d'application. Son exercice poursuit une autre finalité. Il permet aux juridictions suprêmes de centraliser entre leurs mains les questions de droit les plus épineuses et d'unifier ainsi l'interprétation des sources formelles du droit. L'attrait du renvoi préalable est d'effectuer cet office avec le concours et l'association des juridictions d'application.

B) Le caractère associatif du renvoi préalable

225. Outre qu'il constitue un mécanisme consultatif, le renvoi préalable est aussi et surtout un moyen efficace d'associer directement les juges à l'élaboration de la jurisprudence. Le contraste est frappant avec les mécanismes hiérarchiques où l'élaboration du droit et son unification reposent sur la défiance. Les parties contestent alors devant la juridiction suprême l'interprétation retenue par les juridictions inférieures. L'unification du droit est l'expression d'un bras de fer entre le juge qui a pris sa décision, les parties qui contestent l'interprétation consacrée, et le juge suprême départiteur tenu de condamner l'une des deux interprétations soutenues. Le renvoi préalable permet de résorber ces tensions et de faire de la jurisprudence une œuvre concertée. Non seulement la réformation ou la cassation des décisions est évitée, mais une réception harmonieuse de la jurisprudence de l'interprète authentique est assurée. Une décision est généralement mieux acceptée lorsque celui à qui elle doit s'appliquer a concouru à son élaboration. En associant directement les juridictions inférieures à la formation de la jurisprudence, la cour suprême assure la bonne réception et la bonne application de son œuvre. Le renvoi préalable répond à l'orientation contemporaine qui supplante la coopération à la sanction.

1) Le développement de l'association dans le droit

226. Les réflexions sur l'ontologie du droit convergent vers le constat d'un refoulement généralisé de la sanction dans les sociétés occidentales contemporaines⁵⁷¹. Le « néo-contexte

⁵⁷¹ Paul Amsselek remarque une « crise générale de l'autorité qui secoue ces sociétés et qui affecte en particulier l'autorité des pouvoirs publics » (P. AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique dans les

socioculturel » voit « la métamorphose du rapport à l'autorité »⁵⁷² et de son expression. « A une autorité – des parents, des enseignants, du chef d'entreprise, des pouvoirs publics... – jadis fortement caractérisée par la soumission et la contrainte, s'est en partie substituée une autorité soucieuse de légitimer son action, ouverte au dialogue et en quête de l'adhésion de ses destinataires »⁵⁷³. La mutation sémantique est d'ailleurs révélatrice de ces transformations, vouant aux gémonies les termes d'« interdit », de « discipline », ou d'« obéissance »⁵⁷⁴. Le droit, produit de la société, ne pouvait rester étranger à cette révolution.

Cette mutation semble d'abord contredire directement la définition même du droit dont le caractère autoritaire constitue pour beaucoup une condition de son existence. Le droit sans contrainte ne serait plus du droit. Il y aurait ici une antinomie insurmontable, si bien qu'on voit mal comment cette évolution sociétale pourrait se faire sans lui être fatale. En réalité le déclin de la contrainte ne semble pas affecter sa pérennité, car son évolution vers des méthodes non coercitives se fait par touches successives. La volonté de convaincre tend lentement à supplanter la volonté d'imposer.

227. La conviction grandit que la force de la règle de droit dépend du consensus dont elle jouit, un consensus qui peut être recherché dans la participation de ses destinataires à son élaboration⁵⁷⁵. Le glissement de l'autorité vers la négociation procède de la considération qu'une règle est mieux appliquée lorsque son destinataire a concouru à sa réalisation. L'attraction généralisée qu'exerce la technique contractuelle dans le droit contemporain atteste de ce changement de paradigme. Loin du déclin ou de la disparition annoncée⁵⁷⁶, la forme contractuelle s'est « démultipliée, diversifiée et disséminée dans les diverses branches du droit, imposant un démenti brutal à l'opinion des Ripert, Savatier, Josserand et autres Morel »⁵⁷⁷. Droit du travail⁵⁷⁸, droit de la famille⁵⁷⁹, droit pénal⁵⁸⁰, aucune discipline n'y

sociétés occidentales », *RDV* 1982. 285) ; v. égal : T. REVET, « Rapport introductif », in *L'inflation des avis en droit*, Economica, 1998, p.6.

⁵⁷² C. THIBIERGE, « Le droit souple, réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.* 2003. 599.

⁵⁷³ *Ibid.*

⁵⁷⁴ *Ibid.*

⁵⁷⁵ J. CHEVALLIER, « Vers un droit postmoderne ? », in *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, p. 34.

⁵⁷⁶ L. SIMONT, «Tendances et fonctions actuelles du droit des contrats», in *Renaissance du phénomène contractuel*, LaHaye, Martinus Nijhoff, 1971, p. 489.

⁵⁷⁷ G. LEWKOWICZ, M. XIFARAS, « Introduction », in *Repenser le contrat*, Dalloz, 2009, p. 3.

⁵⁷⁸ C. BESSY, *La contractualisation de la relation de travail*, LGDJ, coll. «Droit et Société», 2007.

⁵⁷⁹ D. FENOUILLET, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *La contractualisation de la famille*, Economica, coll. «Études juridiques», 2001.

⁵⁸⁰ F. ALT-MAES, «La contractualisation du droit pénal : mythe ou réalité?», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2002, n° 3, p. 501 ; F. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, «La justice pénale : justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée ?» in P. GÉRARD, F. OST, M. VAN DE

échappe ; la séduction de la technique contractuelle est telle qu'elle s'exporte dans des matières les plus inhospitalières⁵⁸¹. Cette mobilisation, cette vitalité de l'instrument contractuel traduit le recul généralisé de la contrainte au profit de la négociation⁵⁸². Le contrat est le chantre de l'autodétermination, il est la loi que les parties se sont elles-mêmes données. Bref, il est cette règle qui s'impose d'autant mieux que ceux qui lui sont assujettis ont directement participé à son élaboration.

228. La montée en puissance de la négociation est telle qu'elle en vient progressivement à dépasser le contenu des règles de droit pour s'immiscer jusque dans la fabrique des règles générales et abstraites. Depuis quelques années déjà, la doctrine disserte sur l'émergence d'un « droit souple »⁵⁸³, corollaire interne de la *soft law* pratiquée en droit international public⁵⁸⁴. On ne compte plus les « codes de conduites »⁵⁸⁵ et « codifications privées »⁵⁸⁶, « les recommandations des autorités administratives indépendantes »⁵⁸⁷, ou encore les « livres verts et les livres blancs de la Commission européenne »⁵⁸⁸ qui participent de l'élaboration du droit. L'inflation de ces avis⁵⁸⁹ et autres instruments⁵⁹⁰ serait la manifestation du passage d'un « droit monologique, reposant sur la transitivité »⁵⁹¹, à un droit postmoderne⁵⁹², « dialogique, reposant sur l'intransitivité »⁵⁹³. « Le commandement unilatéral, autoritaire, centralisé fait

KERCHOVE (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Publication des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1996, p. 529.

⁵⁸¹ L'action publique elle-même n'est pas épargnée, le constat n'étant pas discuté que le contrat constitue un mode de gouvernement à part entière. Sur ce point : J.-P. GAUDIN, *Gouverner par contrat, l'action publique en question*, Presses de sciences Po., 2^{ème} éd., 2007.

⁵⁸² Selon J. Chevallier, « le procédé contractuel a connu un spectaculaire renouveau, au point d'apparaître comme emblématique de la post-modernité juridique : le contrat illustre pleinement en effet le passage d'un droit de commandement à un droit reposant sur le libre accord des volontés » (J. CHEVALLIER, « Vers un droit postmoderne ? », in *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, p. 37).

⁵⁸³ C. THIBIERGE, « Le droit souple, réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.* 2003. 599.

⁵⁸⁴ P. WEIL, « Vers une normativité relative en droit international ? », *RDGDIP* 1982. 5.

⁵⁸⁵ Ces codes sont en principe ceux des grandes entreprises privées. Pour quelques exemples : C. JUBAULT, « Les codes de conduite privés », in *Le droit souple*, Dalloz, 2009, p. 27.

⁵⁸⁶ « Principes Unidroits pour les contrats du commerce international, principes du droit européens des contrats, de la responsabilité, ou des sûreté personnelles, avant projet de Code européen des contrats, Principes du droit européen de la faillite ou de la famille, ou encore récent projet du Cadre commun de référence... au plan national, avant projet de réforme du droit des sûretés ou du droit des obligations et de la prescription » (G. CHANTEPIE, « Les codifications privées », in *Le droit souple*, Dalloz, 2009, p. 39).

⁵⁸⁷ A.-S. BARTHEZ, « Les avis et recommandation des autorités administratives indépendantes », in *Le droit souple*, Dalloz, 2009, p. 59.

⁵⁸⁸ V. LASSERRE-KIESOW, « Les Livres verts et les Livres blancs de la commission européenne », in *Le droit souple*, Dalloz, 2009, p. 75.

⁵⁸⁹ T. REVET (dir.), *L'inflation des avis en droit*, Economica, 1998.

⁵⁹⁰ P. AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP* 1982. 291.

⁵⁹¹ J. CHEVALLIER, « Vers un droit postmoderne ? », in *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, p. 33.

⁵⁹² *Ibid.*, p. 21.

⁵⁹³ *Ibid.*, p. 33.

place à un ordonnancement assoupli, décentralisé, adaptatif et souvent négocié »⁵⁹⁴. En d'autres termes, l'émergence de ce droit souple, flou, mou et doux⁵⁹⁵ serait symptomatique de la « volonté de faire participer, d'associer au pouvoir de décision les intéressés eux-mêmes »⁵⁹⁶ ; avec toujours en toile de fond cette « idée élémentaire que ce qui est voulu est mieux vécu et mieux suivi que ce qui est imposé »⁵⁹⁷.

229. Dans ce mouvement largement étudié, il est toutefois un champ complet qui demeure inexploré. Tout autant que *celui à qui* elle s'applique, le destinataire de la norme est *celui qui* doit l'appliquer. Si les plaideurs et leurs conseils sont les destinataires naturels des interprétations délivrées par les cours suprêmes, les juges chargés de l'appliquer ne le sont-ils pas davantage ? L'idée qu'une règle de droit est d'autant mieux appliquée que son destinataire a été associé à son élaboration n'est pas propre au droit légiféré. Le renvoi préalable témoigne de sa propagation dans le champ de l'interprétation. Son caractère préalable permet d'associer directement le juge d'application à l'élaboration de la jurisprudence là où, autrefois, sa réalisation se faisait exclusivement sur le mode de la contrainte.

2) *L'association du juge à l'élaboration de la jurisprudence*

230. *Constat de l'association.* Il serait excessif, pour ne pas dire complètement erroné, d'affirmer que dans le cadre des modèles hiérarchiques tels que la cassation ou le recours individuel, les juridictions inférieures ne participent pas à l'élaboration de la jurisprudence. Les interprétations délivrées par les premiers juges sont le substrat indispensable de la conception de son interprétation par la juridiction suprême. Les véritables artisans de la jurisprudence sont les premiers juges, le rôle principal des cours suprêmes étant de procéder à son uniformisation⁵⁹⁸. Toutefois, cette participation se fait sur le mode de la confrontation. La juridiction suprême est là pour condamner ou adouber les interprétations produites par la prudence judiciaire. Quelle que soit la solution retenue, l'interprétation des premiers juges est donc toujours sur la sellette. Leur œuvre n'est qu'un instrument utilisé par l'interprète authentique.

⁵⁹⁴ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une dialectique du droit*, Presses des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, p. 26.

⁵⁹⁵ C. THIBIERGE, *art. cit.*, p. 610.

⁵⁹⁶ M. CLAPIE, « Demandeurs et émetteurs d'avis », in *L'inflation des avis en droit*, Economica, 1998, p. 34.

⁵⁹⁷ C. PERES, « La réception du droit souple par les destinataires », in *Le droit souple*, Dalloz, 2009, p. 94.

⁵⁹⁸ F. ZENATI-CASTAING, « La motivation de décisions de justice et les sources du droit », *D.* 2007. 1553.

231. Le caractère préalable ne saurait augmenter le rôle des juridictions inférieures dans l'élaboration de la jurisprudence, car, au fond, le renvoi les dépossède de l'interprétation. Il procède toutefois à une nouvelle répartition des tâches dans lesquelles la juridiction auteur du renvoi problématise l'interprétation et la prépare pour la cour suprême⁵⁹⁹. Le résultat de cette restructuration est que l'élaboration de la jurisprudence ne se fait plus contre les juridictions inférieures, mais avec leur concours. L'exercice de l'office du juge suprême est subordonné à la bonne exécution de leur tâche par les juridictions inférieures, à la bonne réalisation de son office par le juge d'application. Leurs rôles sont interdépendants. L'inertie de l'un paralyse l'autre. Leur marche commune est en revanche redoutable d'efficacité. Telle est la preuve indubitable de la fécondité de leur association.

232. *Parallèle avec le mouvement général.* Le développement d'un « droit associatif » trouve des linéaments dans le droit international public. Il faut dire que cette matière est un cadre propice à l'émergence de ce modèle. L'opposition des puissances régaliennes favorise l'avènement d'une « *soft law* », droit compatible avec le respect des souverainetés étatiques. C'est dans un second temps seulement que ce droit « souple » a pénétré l'intérieur des frontières, après qu'ait pu être faite, dans le droit des gens, la preuve de son efficacité. C'est un même mouvement concentrique que traduit l'avènement et la montée en puissance du renvoi préalable. Son apparition s'est faite dans le cadre des Communautés européennes, alors qu'il s'agissait d'assurer l'application par les juridictions étatiques d'un « droit venu d'ailleurs »⁶⁰⁰. L'idée était clairement d'associer les juges nationaux à l'élaboration de la jurisprudence de la Cour de justice afin d'en faciliter la réception. Les vertus apaisantes de l'association se sont ensuite propagées en droit interne. Ainsi, « de même que la construction européenne a eu pour effet de promouvoir un style nouveau de politiques publiques fondé sur le pluralisme et l'ouverture, la négociation et le compromis, la conception nouvelle du droit mise en œuvre au niveau européen travaille en profondeur les ordres juridiques nationaux »⁶⁰¹. Le renvoi au Tribunal des conflits, le développement des mécanismes de

⁵⁹⁹ Le rapport explicatif au Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales précise à son paragraphe 12 qu' « en exposant le contexte juridique et factuel pertinent, la juridiction qui procède à la demande sera amenée à présenter les éléments suivants : 5. Si cela est possible et opportun, un exposé de son propre avis sur la question, y compris toute analyse qu'elle a pu faire de la question ». Il y a là une preuve manifeste que la juridiction nationale concourt directement à l'élaboration de la jurisprudence de la Cour européenne.

⁶⁰⁰ J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la cinquième république*, Flammarion, 1996, p. 44.

⁶⁰¹ J. CHEVALLIER, « Vers un droit postmoderne ? », in *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, p. 31.

demande d'avis et la question prioritaire de constitutionnalité sont la marque de cette translation de la recherche incessante de l'entente et du compromis, depuis l'ordre juridique européen vers l'ordre interne.

233. Conclusion du paragraphe 1 : Le renvoi présente un caractère préalable dans la mesure où le juge qui l'exerce surseoit à statuer dans l'attente de la réponse de l'interprète authentique. Cette mécanique lui confère un caractère à la fois consultatif et collaboratif. En tant qu'il permet aux juridictions inférieures de connaître le droit applicable au litige, le renvoi présente un caractère consultatif. En tant que le renvoi permet au juge inférieur de participer à l'unification de l'interprétation du droit, il présente également un caractère associatif. Ces deux facettes du renvoi ne sont en fait que l'expression de son essence irénique et permettent d'inscrire le renvoi dans une évolution générale des sources du droit promouvant le droit négocié aux dépens de l'autorité et de la sanction. Le caractère dialogique du renvoi se trouve accentué par le fait que son exercice constitue toujours l'aboutissement d'une démarche volontaire.

§2 - UN RENVOI VOLONTAIRE

234. Le caractère préalable du renvoi lui confère une essence profondément dialogique. Alors que l'unification du droit se produit traditionnellement à l'occasion d'un recours des parties contre la décision des juges subalternes, alors qu'elle repose sur la défiance des juges, le renvoi préalable repose quant à lui sur une parfaite collaboration de ces organes.

235. La coopération n'est toutefois pas univoque. Elle change de sens et de valeur selon qu'à son origine se trouve un acte de liberté ou, au contraire, un acte de contrainte. Sa signification diffère selon qu'elle est imposée ou librement consentie, selon qu'elle résulte d'un choix plus que d'une obligation, qu'elle constitue l'expression d'une volonté libre ou celle de l'asservissement. La question se pose donc nécessairement de savoir si l'exercice du renvoi prend la forme d'une simple faculté ou d'une obligation juridiquement sanctionnée. L'étude des dispositions législatives apporte des réponses antagonistes. Certains textes octroient au juge une liberté pleine et entière dans l'exercice du renvoi alors que d'autres l'obligent au contraire à sa mise en œuvre. Si la première solution n'étonne guère, la seconde

apparaît en revanche en contradiction flagrante avec l'esprit qui anime le mécanisme. L'obligation d'y recourir cadre mal avec l'essence dialogique du renvoi préalable.

L'étude de sa pratique révèle toutefois l'apparence d'une telle contradiction. Le juge est certes obligé au renvoi (A), mais il apprécie son opportunité sans ne jamais être contrôlé. L'exercice du renvoi est donc toujours le produit d'une démarche volontaire (B), puisqu'il revient au juge et à lui seul de déterminer la nécessité de son exercice.

A) Le démenti des textes : l'existence de renvois obligatoires

236. *Les renvois facultatifs.* La faculté pour le juge de recourir au renvoi préalable est parfois expressément proclamée. La mise en œuvre du mécanisme est laissée à la discrétion du juge lorsqu'il s'agit par exemple de solliciter l'avis du Conseil d'État ou de la Cour de cassation sur une question de droit. Les termes de la loi mentionnent très clairement la faculté offerte au juge d'y recourir, la préservation de cette liberté ayant d'ailleurs été une considération essentielle des parlementaires. Georges Kiejman, ministre délégué auprès du garde des sceaux, a rappelé devant le Sénat que « la liberté d'appréciation du juge a été complètement préservée »⁶⁰² et que « le texte (...) présenté garantit (notamment) la liberté de saisir ou non la Cour de cassation »⁶⁰³.

Cette faculté dans l'exercice du renvoi préalable ressort également de l'étude des stipulations relatives au renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne. La terminologie employée par l'article 267 TFUE est sans équivoque. Toute juridiction nationale « peut », si elle estime qu'une interprétation est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de justice de statuer sur cette question.

Une même terminologie est reprise s'agissant des demandes d'avis à la Cour européenne des droits de l'homme, l'article 1^{er} du Protocole n° 16 inspirant un caractère facultatif que la lecture du rapport explicatif vient confirmer.

Les mécanismes de demande d'avis et le renvoi préjudiciel sont ainsi laissés à la seule discrétion du juge saisi du litige principal.

⁶⁰² Propos de G. KIEJMAN, Ministre délégué auprès du garde des sceaux, Ministre de la justice, *JO Sénat*, Compte rendu intégral des débats, Séance du 7 mai 1991, p. 876.

⁶⁰³ *Ibid.*

237. *Les renvois obligatoires.* Une position antagoniste s'impose lorsque, par exception, le renvoi à la Cour de justice est opéré par une juridiction dont les décisions sont insusceptibles de recours. L'article 267, qui insiste sur la liberté des juges dans la mise en œuvre du renvoi préjudiciel, consacre l'alinéa suivant l'obligation d'y recourir pour les juridictions dont les décisions ne sont susceptibles d'aucun recours. Dans ce cas, la « juridiction est tenue de saisir la Cour ».

Cette obligation se retrouve dans l'étude des dispositions relatives à la question prioritaire de constitutionnalité. La Cour de cassation et le Conseil d'État sont tenus de saisir le Conseil constitutionnel d'une question prioritaire dès lors qu'elle présente un caractère sérieux. L'obligation se traduit par l'utilisation de l'indicatif, dont les vertus prescriptives ne sont plus à démontrer.

238. *L'opposition des renvois.* Au terme de l'étude des textes, l'opposition paraît radicale. Il y aurait d'un côté les renvois préalables « facultatifs » dont la mise en œuvre relèverait de la discrétion du juge saisi de l'affaire principale et, de l'autre, les renvois préalables « obligatoires » qui ne laisseraient aucune place à son appréciation. Le renvoi préalable serait l'objet d'une profonde diversité. La coopération serait tantôt forcée, tantôt librement consentie. D'un côté les demandes d'avis et le renvoi préjudiciel à la Cour de justice, de l'autre la question prioritaire de constitutionnalité et le renvoi préjudiciel à la Cour de justice lorsqu'il est exercé par une juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours en droit interne.

239. Cette lecture des textes fondateurs traduit bien mal la réalité du renvoi préalable. L'étude de la jurisprudence née de leur interprétation permet seule d'établir son réel fonctionnement et de relativiser l'obligation à laquelle le juge à l'origine du renvoi semble parfois soumis.

B) La confirmation de la jurisprudence : le caractère volontaire des renvois

240. Le renvoi préalable est toujours le produit d'une démarche volontaire. En effet, la juridiction à l'origine du renvoi apprécie toujours l'opportunité de sa mise en œuvre (1) et son

refus de l'exercer n'est pas en mesure d'être sanctionné (2). Sa mise en œuvre constitue, par conséquent, l'expression d'un choix, celle de la volonté de son auteur.

1) L'appréciation de l'opportunité du renvoi

241. Renvoi préalable en interprétation. Le renvoi préalable semble relever de l'obligation lorsqu'il s'agit, pour une juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours juridictionnel en droit interne, de solliciter de la Cour de justice une interprétation du droit de l'Union européenne. Une préhension stricte de cette obligation était pourtant, dès son origine, vouée à l'inanité⁶⁰⁴. L'application du droit de l'Union européenne implique toujours son interprétation. Par conséquent, si le juge avait été dans l'obligation de renvoyer une question à la Cour de justice à chacune de ses interprétations du droit de l'Union, il eût été obligé de la saisir à chacune des ses applications. L'interprétation restrictive était donc inenvisageable, sauf à mener à l'engorgement de la Cour de justice. Conscients de cette impossibilité, l'idée a mûri d'une interprétation plus souple de l'obligation de renvoi. Le juge ne serait tenu de renvoyer que lorsque se pose une véritable « question » d'interprétation.

242. En effet, si toute application du droit implique son interprétation, toute application ne pose pas forcément un problème d'interprétation ! La Cour de justice n'a pas tardé à suivre cette analyse. Dans un arrêt *Cilfit*⁶⁰⁵, elle a pris soin de définir les circonstances dans lesquelles une juridiction peut s'abstenir d'opérer le renvoi préjudiciel. La juridiction nationale peut renoncer au renvoi lorsque la question est dénuée de pertinence, c'est-à-dire dans le cas où la réponse à la question, quelle qu'elle soit, n'aurait aucune influence sur la solution du litige. Elle peut également s'abstenir d'un tel renvoi lorsque la question soulevée est matériellement identique à une question ayant déjà fait l'objet d'une décision à titre préjudiciel dans une espèce analogue ou que le point de droit en cause a été résolu par une jurisprudence établie de la Cour. Enfin et surtout, la juridiction nationale peut statuer sur la question dès lors qu'elle constate que l'application du droit communautaire s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable. Par cette dernière solution, la Cour de justice a consacré la célèbre théorie de l'acte clair dont le Conseil d'État avait déjà

⁶⁰⁴ M. LAGRANGE, « L'action préjudicielle dans le droit interne des États membres et en droit communautaire », *RTDE* 1974. 268.

⁶⁰⁵ CJCE, 16 octobre 1982, *CILFIT c/Ministero della sanità*, 283/81, Rec. p. 3415.

fait quelques sulfureuses applications⁶⁰⁶. Elle laisse par la même occasion une marge d'appréciation considérable à la juridiction nationale dans l'appréciation de l'opportunité du renvoi⁶⁰⁷.

Au regard de cette interprétation, l'obligation de renvoi posée à l'article 267 alinéa 3 prend un tout autre sens. La juridiction n'est désormais tenue de renvoyer que si seulement elle considère qu'elle ne peut résoudre, seule, le problème d'interprétation. C'est donc toujours volontairement que la juridiction saisie de l'affaire principale exerce le renvoi préjudiciel, car elle est seul juge de sa nécessité.

243. Renvoi en appréciation de validité. La latitude du juge dans l'exercice du renvoi à la Cour de justice en appréciation de validité est régie par la même stipulation que celle applicable au renvoi préjudiciel en interprétation. Pourtant, cet article a fait l'objet de deux interprétations différentes par la Cour de justice. Dans un arrêt *Foto-Frost*⁶⁰⁸ du 22 octobre 1987, confirmé par les arrêts *Bakers of Nailsea*⁶⁰⁹ et *Gaston Schul*⁶¹⁰, la Cour de justice a considéré que les juridictions nationales ne pouvaient constater l'invalidité de tels actes. Peu importe que les décisions des juridictions en question soient susceptibles, ou non, de faire l'objet d'un recours en droit interne. Distinguant sur ce point le renvoi en interprétation et le renvoi en appréciation de validité, la Cour de justice pose l'interdiction générale faite à toute juridiction d'écarter l'application du droit de l'Union européenne motif pris de son invalidité. Le corollaire de cette interdiction est précisément que la juridiction nationale est alors tenue de renvoyer la question à la Cour de justice.

Cette solution jurisprudentielle est similaire à celle consacrée par la loi organique régissant la question prioritaire de constitutionnalité. La Cour de cassation et le Conseil d'État ne peuvent écarter une loi qui, selon eux, serait contraire à la Constitution. Ils sont, dans ce dernier cas, obligés de renvoyer l'examen de cette question au Conseil constitutionnel.

244. Doit-on voir dans ces dispositions l'anéantissement du libre arbitre des juridictions dans la mise en œuvre du renvoi ? Une fois encore l'utilisation des termes « obligation », « tenues de renvoyer » peut légitimement le laisser penser. Pourtant, un examen attentif ne

⁶⁰⁶ COLLIARD, « L'obscurité de l'article 37 du Traité de communauté économique européenne », *D.* 1964. 263.

⁶⁰⁷ M. LAGRANGE, « Cour de justice européenne et tribunaux nationaux. La théorie de l'acte clair : pomme de discorde ou trait d'union ? », *Gaz. Pal.*, 19 mars 1971, p. 130.

⁶⁰⁸ CJCE, 22 octobre 1987, *Foto Frost c/ Hauptzollamt Lübeck Ost*, 314/85, Rec. p. 4199.

⁶⁰⁹ CJCE, 15 avril 1997, *Bakers of Nailsea*, C-27/95, Rec. p. I-1847.

⁶¹⁰ CJCE, 6 décembre 2005, *Gaston Schul Douane-expéditeur*, C-461/03, Rec. p. I-10513.

peut qu'inspirer une réponse négative. En effet, si la juridiction devant laquelle est soulevé le moyen tiré de l'inconventionnalité d'un acte de l'Union européenne ou l'inconstitutionnalité de la loi est tenue de renvoyer lorsque le moyen paraît sérieux ; si, en d'autres termes, il lui est interdit d'écarter la loi ou l'acte de l'Union supposé invalide, cette juridiction peut en revanche légitimement écarter un tel moyen lorsqu'il lui paraît infondé. Le juge saisi d'une demande de renvoi en conformité garde, une fois encore, une large part de son libre arbitre. La question ne sera renvoyée au Conseil constitutionnel ou à la Cour de justice qu'après que la juridiction saisie en aura jugé l'opportunité. La décision de renvoyer constitue donc bien l'expression de la volonté de son auteur. L'obligation de renvoi ne vaut qu'à compter du moment où le renvoi est jugé nécessaire, or c'est à la juridiction saisie d'en décider, sans que cette décision ne puisse faire l'objet d'aucun contrôle juridique.

2) *Une appréciation non contrôlée*

245. Le renvoi n'est donc jamais systématique. Lorsqu'une partie sollicite sa mise en œuvre, il revient à la juridiction devant laquelle une telle demande est portée d'en apprécier l'opportunité. En cela le renvoi est toujours un acte volontaire, il n'intervient qu'après que la juridiction a décidé de sa nécessité.

Toutefois, cette latitude dans la mise en œuvre du renvoi serait anéantie si la juridiction pouvait être contrainte d'exercer le renvoi préalable. La juridiction refusant d'opérer le renvoi préalable peut-elle s'en voir imposer l'exercice ?

Le rôle majeur des juridictions d'application dans l'exercice du renvoi préalable est efficient par l'absence de contrôle de leur décision. Non seulement la juridiction saisie du fond de l'affaire apprécie l'opportunité du renvoi préjudiciel, mais cette appréciation n'est susceptible d'aucune vérification. La décision par laquelle la juridiction refuse de renvoyer est insusceptible de recours⁶¹¹.

246. *Absence de contrôle par le destinataire du renvoi.* La juridiction saisie du litige est tenue au renvoi dans trois situations différentes : lorsque ses décisions sont insusceptibles de recours et qu'elle se trouve confrontée à un problème sérieux d'interprétation du droit de l'Union, lorsqu'il s'agit de déclarer l'inconventionnalité d'un acte de l'Union ou, enfin,

⁶¹¹ Pour un exposé détaillé, avec certaines nuances à l'assertion de principe : v. *infra*, n° 403 et s.

lorsqu'il s'agit de déclarer l'inconstitutionnalité d'une loi. Outre que le terme « obligation » sied mal avec la possibilité pour la juridiction saisie du litige d'apprécier l'opportunité du renvoi, cette décision ne peut faire l'objet d'aucun contrôle par la Cour de justice ou le Conseil constitutionnel. Ces derniers sont dans l'incapacité de sanctionner une juridiction qui ne respecterait pas l'obligation de renvoi que les textes leur imposent. Obligatoire, le renvoi n'est pas contraignant. La Cour de cassation et le Conseil d'État peuvent bien considérer comme dépourvu de caractère sérieux une question de constitutionnalité pourtant légitime, le Conseil constitutionnel ne dispose d'aucune voie de droit pour sanctionner une telle attitude. La doctrine a d'ailleurs critiqué la Cour de cassation pour n'avoir pas renvoyé au Conseil constitutionnel certaines dispositions législatives dont la constitutionnalité était pourtant douteuse⁶¹². De même, l'essence du renvoi préjudiciel à la Cour de justice s'oppose à ce qu'une juridiction soit sanctionnée pour avoir refusé de renvoyer une question pourtant douteuse⁶¹³. Le renvoi est le produit d'une démarche volontaire qui lie ses acteurs.

⁶¹² Cass. crim., 7 mai 2010, n° 09-80.774, *D.* 2010. 1286 ; CCC. 2010. 256, chron. P. DE MONTALIVET ; CCC 2010. 261, chron. A. VIDAL-NACQUET ; *Constitutions*, 2010, p. 366, obs. A.-M. LE POURHIET ; *Constitutions*, 2011, p. 396, obs. D. DE BELLESCIZE ; *Rev. science crim.*, 2010, p. 640, obs. J. FRANCILLON ; *Rev. science crim.*, 2011, p. 178, obs. B. DE LAMY ; *RTD civ.* 2010. 504, obs. P. DEUMIER ; D. ROUSSEAU, « La Cour à ses raisons, la raison les siennes ! », *Gaz. Pal.*, 31 mai 2011, n° 151, p. 7 ; J.-B. PERRIER, « Le non renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par la Cour de cassation », *RFDA* 2011. 711.

⁶¹³ Sur la tendance à la réintroduction de la sanction dans le cadre du renvoi préjudiciel à la Cour de justice : v. *infra*, n° 638 et s.

CONCLUSION DU PREMIER CHAPITRE

247. Le premier terme du renvoi est maintenant strictement délimité. À la question « qui renvoie ? », la réponse désigne les juridictions et exclut corrélativement les parties à l'instance. À la question « que renvoie-t-on ? », la réponse est que le renvoi préalable se limite aux questions de droit et exclut corrélativement les questions de pur fait. Cette double limitation de l'auteur et de l'objet du renvoi s'explique par sa finalité : l'unification du droit. Ecarter les parties de sa mise en œuvre permet de maîtriser le rôle de la juridiction suprême. Exclure les considérations de fait de son objet permet à cette dernière d'accentuer son office interprétatif.

248. La spécificité du renvoi tient à ses caractères. Antérieur à toute décision, il fait de l'unification de l'interprétation le produit d'une collaboration inter-juridictionnelle. Cet esprit dialogique se prolonge dans sa mise en œuvre qui répugne la sanction et prône la délibération. *Préalable*, le renvoi est le produit d'une démarche *volontaire*.

Le renvoi préalable tarit les divergences à la source par une collaboration étroite entre les juridictions. Il prend sur ce point le contrepied direct des mécanismes hiérarchiques où l'unification est le fruit de la censure, par la juridiction suprême, des interprétations précédemment délivrées par les juges du fond. L'unité du droit ne repose plus sur la contestation, par les parties, de l'interprétation délivrée par le juge qui a tranché leur litige. Au contraire, parce qu'il est préalable et parce que la solution du problème de droit est sollicitée avant que le juge ne statue, le renvoi évite l'opprobre de la censure et présente une vertu irénique incontestable.

CHAPITRE II

L'ÉLÉMENT D'INTERPRÉTATION

249. L'étude des différents mécanismes a démontré le rôle primordial de l'interprétation. Qu'elle soit l'objet même du renvoi, comme dans les demandes d'avis ou le renvoi préjudiciel, ou qu'elle se dissimule derrière le paravent d'une question de validité, l'interprétation est toujours là, présente.

Cet élément est si essentiel qu'il dépasse le cadre des espèces pour constituer le cœur de la notion construite. Le renvoi préalable est un mécanisme herméneutique qui s'inscrit dans la plus pure tradition des systèmes de droit romano-germanique. Il a été créé dans le but d'assurer l'unité d'interprétation des textes juridiques et pallier les carences des modèles hiérarchiques d'unification. Il est donc logique que l'interprétation, qu'il a pour fonction d'unifier, y tienne une place à part. Elle est, avec l'élément de renvoi, son second terme constitutif ; elle est l'un des deux éléments permettant de l'identifier.

L'interprétation joue toutefois un rôle qui dépasse de beaucoup celui de l'identification du renvoi préalable. Si elle procède de sa reconnaissance, elle est surtout l'élément permettant de le distinguer des notions existantes. Ce n'est pas tant le renvoi qui fait la spécificité de la notion que la nature de son produit. La quête de l'unité d'interprétation est l'élément distinctif de la notion, elle est la clé qui permet de justifier l'intérêt de sa consécration.

L'interprétation est donc consubstantielle à la notion de renvoi préalable. Elle est, à l'instar de l'élément de renvoi, l'un de ses éléments constitutifs (section 1). Mais elle est, au delà, le signe particulier qui assure sa spécificité. L'interprétation est élément distinctif du renvoi préalable (section 2).

SECTION I : L'INTERPRÉTATION : ELEMENT CONSTITUTIF DU RENVOI PRÉALABLE

250. S'attacher à l'étude de l'interprétation est une entreprise qui ne peut être abordée qu'avec une certaine humilité. D'abord parce que l'interprétation détient une place inégalée dans la matière juridique. Elle constitue son cœur, son essence, le moment central de la vie du droit. Ensuite parce qu'aucun des auteurs l'ayant étudiée n'a jamais réussi à apaiser les controverses qu'elle inspire. C'est donc avec prudence qu'il faut, à leur suite, s'aventurer sur son terrain.

251. A la question « qu'est ce que l'interprétation ? », il est convenu de répondre qu'elle est d'abord une « action », celle « d'expliquer », de « donner une signification aux faits, actes ou paroles de quelqu'un »⁶¹⁴. En matière juridique, elle consiste ainsi en une action : celle de révéler le sens d'un énoncé.

Toutefois l'interprétation est susceptible d'un autre sens qui constitue en quelque sorte son corollaire. Elle désigne également le produit de ladite action. L'interprétation est alors un « résultat ».

252. L'étude de l'interprétation délivrée sur renvoi préalable n'échappe pas à cette dichotomie. Elle doit porter sur ces deux réalités qui, interdépendantes, ne vont pas l'une sans l'autre. On ne peut étudier les formes de l'interprétation, entendue comme un résultat, sans s'attacher à sa genèse. Inversement, l'étude ne saurait se limiter à l'acte d'interprétation sans en apprécier les conséquences formelles. L'analyse de l'interprétation délivrée sur renvoi implique de s'attacher d'abord à l'action de son auteur, avant de se tourner vers le produit de cette action. Il convient donc d'étudier d'abord l'interprétation en tant qu'acte (§ 1) pour ensuite se diriger vers l'étude de son résultat (§ 2).

⁶¹⁴ P. ROBERT, J. REY-DEBOVE, A. REY (dir.), *Le Petit Robert 2014*, v° interprétation, éd. Le Robert, 2013.

253. L'interprétation est d'abord une action, celle qui consiste à délivrer le sens d'un énoncé. Elle traduit cette opération qui, tel un trait d'union, lie le texte d'une part à la signification qui lui est attribuée d'autre part. Mais alors « en quoi » consiste cette action ? Et ensuite « à qui » revient la charge de la délivrer ? Quelle est sa nature (A) ? Qui en est l'auteur (B) ?

A) La nature de l'interprétation : qu'est-ce qu'interpréter ?

254. La nature de l'acte d'interpréter compte parmi ces débats sur lesquels le temps n'a pas d'emprise, ces débats intemporels qui ont toujours mobilisé et mobiliseront certainement toujours la doctrine juridique. Les théories qui se sont proposées d'expliquer l'essence même de l'interprétation sont innombrables, au point qu'il serait chimérique de prétendre les présenter de manière exhaustive. Seuls peuvent être brossés à gros traits les grands courants doctrinaux qui s'opposent et auxquels ces théories se rattachent.

255. L'interprétation était considérée à la fin du XVIII^{ème} siècle comme un acte par lequel l'interprète délivre un sens contenu dans l'énoncé. L'interprétation est considérée, dans cette approche, comme la recherche d'un sens déjà là, d'un sens posé par l'auteur du texte et contenu dans sa formule. Cette idée de complétude d'un texte qui porte en lui les germes de toute interprétation, a paradoxalement constitué le terreau fertile d'un mouvement doctrinal contestant son caractère irréaliste. Dans cette veine critique, interpréter ce n'est pas découvrir un sens préexistant extérieur à l'interprète, c'est au contraire choisir librement ce sens. L'interprétation n'est pas une fonction de la connaissance, « elle est une fonction de la volonté »⁶¹⁵.

256. Bien que fondamentalement opposées, c'est une même cause qui empêche de souscrire à l'une et à l'autre de ces théories. Cette cause, c'est leur radicalité. En effet, s'il est utopique de croire que l'interprétation n'est que la connaissance d'un sens préexistant, il n'est

⁶¹⁵ M. TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, 2001, p. 69.

pas plus réaliste de considérer qu'elle est un acte de liberté sans entrave. L'une et l'autre de ces théories radicales sont identiquement éloignées de la réalité (1), une réalité qui semble pouvoir être approchée par leur subtile alchimie. L'interprétation est un acte mixte. Elle consiste certes en la connaissance des différents sens que le texte peut féconder, mais elle consiste également dans le choix de l'un d'entre eux par l'interprète (2). La norme n'est donc pas plus le fruit du seul interprète qu'elle n'est celui de l'auteur du texte. L'un et l'autre sont les artisans communs et complémentaires de la norme résultant de l'interprétation.

1) L'irréalisme des théories radicales

257. La théorie de l'interprétation, conçue comme la découverte par l'interprète d'un sens voulu par l'auteur du texte, ne se comprend et ne se justifie qu'au regard du contexte historique de son élaboration. Elle puise ses origines dans une période de trouble révolutionnaire où la loi, expression de la volonté générale, est venue pallier l'arbitraire de la justice de l'Ancien Régime. La loi est source de sécurité, or cette sécurité ne peut être préservée que si l'office de l'interprète est vu comme la révélation d'un sens qui s'impose à lui, un sens imposé par la loi elle-même.

258. C'est en réaction à l'utopie de cette présentation que s'est érigée une théorie cherchant à rendre compte de la liberté dont dispose en pratique l'interprète. Cette seconde théorie a largement convaincu, si bien que « dans le paysage théorique français contemporain, la famille de pensée la plus représentée est celle qui se qualifie elle-même de théorie réaliste de l'interprétation »⁶¹⁶. Pourtant ni la théorie de l'interprétation comme acte de connaissance (a), ni celle de l'interprétation comme acte de volonté (b) ne sont convaincantes.

a) L'utopie d'une interprétation imposée par le texte

259. Exposé. Par réaction à l'arbitraire qui a pu régner dans la justice de l'ancien droit, l'idée s'impose que le peuple doit être gouverné par des règles certaines et stables, des règles

⁶¹⁶ O. PFERSMANN, « Contre le néo réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *RFDC* 2002. 283.

auxquelles il acceptera d'autant plus facilement de se soumettre qu'elles seront le fruit de sa propre volonté. La période révolutionnaire voit concrétiser ce principe, né au XVII^{ème} siècle, voulant que le peuple soit gouverné par les règles de droit qu'il a lui-même élaborées par le truchement de ses représentants. La loi, expression de la volonté générale, fait à cette époque l'objet d'un véritable culte, c'est d'elle que tout procède, à elle que tout aboutit.

260. Comme la loi peut tout prévoir, le juge n'est plus considéré que comme un organe d'« application⁶¹⁷ de la norme fixée par le législateur » et dont « il se borne à tirer les conséquences »⁶¹⁸. John Stuart Mill considérait que, sous l'empire d'un code écrit, le juge n'a qu'à décider « quel est l'article de loi sous l'application duquel tombe » le cas particulier, et de l'appliquer par une simple « méthode de raisonnement (...) le syllogisme »⁶¹⁹. En d'autres termes, le juge n'est plus considéré, selon le mot célèbre⁶²⁰ de Montesquieu, que comme « la bouche qui prononce les paroles de la loi »⁶²¹.

261. Cette utopie de l'asservissement du juge au texte a toutefois fait long feu. Dès le début du XIX^{ème} siècle il est apparu que la loi ne pouvait pourvoir à tout. Un « code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat »⁶²². Dès le début de l'Empire, l'idée germe que la loi est par nature imparfaite. L'article 4 du Code civil est d'ailleurs là pour l'affirmer, lui qui, obligeant le juge à statuer sous peine de déni de justice, lui reconnaît implicitement le pouvoir de l'interpréter. L'interprétation juridictionnelle est nécessaire, mais elle ne saurait toutefois être laissée à l'arbitraire de son auteur. Le juge n'interprète pas librement la loi, il « ne fait pas

⁶¹⁷ J.-M. DENQUIN, « Réflexions sur le syllogisme judiciaire », in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, p. 373.

⁶¹⁸ F. HAMON, « Quelques réflexions sur la théorie réaliste de l'interprétation », in *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, p. 487.

⁶¹⁹ J.-S. MILL, *Système de logique déductive et inductive, Exposé des principes de la preuve et des méthodes de recherche scientifique*, t. 2, Trad. Louis Peisse, Librairie Philosophique de Ladrangé, 1866, p. 550.

⁶²⁰ « Les mots certes sont à peu près ceux de Montesquieu, mais le sens qu'on leur donne n'est pas du tout de lui. Il s'agit en effet d'un détournement de citation, commis le 10 décembre 1801 par le tribun Jacques-Joseph Garat-Mailla. Le passage de *l'Esprit des Lois* d'où sont tirés les mots si souvent cités de Montesquieu portait, comme le savent ses lecteurs, sur l'organisation des procès anglais. Montesquieu avait en effet beaucoup d'admiration pour la répartition des tâches à l'honneur en Angleterre, le jury étant chargé de statuer sur les faits, et le juge anglais étant la bouche de la loi, c'est-à-dire l'oracle du droit, c'est-à-dire à peu près le contraire d'un automate répétant mécaniquement les mots du législateur. Portalis le savait fort bien qui, devant le Tribunal, reprocha à Garat-Mailla d'attribuer à Montesquieu des idées qui étaient aux antipodes des siennes. Hélas, comme souvent dans l'histoire des citations, c'est le sens erroné qui s'est substitué au sens exact, et ce sont les non-lecteurs comme Garat-Mailla qui ont triomphé des lecteurs comme Portalis » (G. CANIVET, « Activisme judiciaire et prudence interprétative », *APD*, tome 50, 2006, p. 9).

⁶²¹ MONTESQUIEU, *L'esprit des Lois*, éd. Edouard, Laboulaye, Garnier frères, 1875, p. 268.

⁶²² J.-E.-M. PORTALIS, « Discours préliminaire sur le projet de code civil », in *Discours et rapports sur le code civil*, Presses Universitaires de Caen, 2010, p. 66.

personnellement acte de volonté (...) il cherche seulement à découvrir celle du législateur »⁶²³. L'interprétation n'a alors « pour objet que de révéler un sens déjà-là, que seule l'imperfection des capacités intellectuelles des pauvres lecteurs de la loi, mal éclairés, n'avait pas été capable de déceler »⁶²⁴. L'interprétation est rabattue « à un office de révélation, mais certainement pas de création du droit, même partielle »⁶²⁵.

262. Critique. Cette conception de l'interprétation vue comme un acte tendant à connaître l'intention du législateur pouvait paraître pertinente lorsqu'il s'agissait, au début du XIX^{ème} siècle, d'interpréter une législation nouvellement élaborée. Rechercher ce qu'a voulu l'auteur du texte paraît légitime lorsque la question d'interprétation se pose quelques années seulement après l'adoption du texte. Mais cette même théorie eut beaucoup plus de mal à justifier qu'à la fin du XIX^{ème} siècle, le juge recherche dans le texte du code la solution à des situations que les codificateurs n'avaient manifestement pu prévoir. Comment, sinon par pure fiction, le législateur a-t-il pu vouloir une solution dont le problème n'est apparu que plusieurs décennies après qu'il eût légiféré ? Ainsi en est-il, par exemple, de la mobilisation par la jurisprudence de l'article 1384 alinéa 1^{er} du Code civil pour réparer, entre 1896 et 1898, les accidents du travail consécutifs à la défectuosité d'une machine industrielle⁶²⁶. A mesure que, par son vieillissement, le code obligeait le juge à des interprétations toujours plus audacieuses, l'interprétation est de moins en moins apparue comme la découverte d'un sens contenu dans son texte. Rechercher ce que le législateur « aurait décidé...ou ce qu'il aurait dû rationnellement vouloir »⁶²⁷, n'est-ce pas un camouflage de l'expression libre de la volonté de l'interprète ?

263. A cette critique empirique s'ajoute d'ailleurs un problème conceptuel. La théorie de la recherche de la volonté du législateur conduit à une « régression à l'infini »⁶²⁸. Il n'existe selon cette théorie qu'une seule et unique interprétation valable : celle de l'auteur du texte et que l'interprète doit découvrir. Or si la signification est unique, l'interprétation n'est vraie que si et seulement si elle permet de dégager cette signification. « Mais pour savoir si elle est réellement parvenue à la dégager, il faudrait la connaître, ce qui n'est possible qu'au moyen

⁶²³ F. HAMON, *art. cit.*, p. 487.

⁶²⁴ E. PICARD, « Contre la théorie réaliste de l'interprétation », in *L'office du juge, Colloque organisé par le Pr Gilles DARCY, le Doyen Véronique LABROT et Mathieu DOAT les vendredi 29 et samedi 30 septembre 2006, Palais du Luxembourg*, en ligne http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.pdf, p. 114.

⁶²⁵ *Ibid.*

⁶²⁶ Cass. civ., 16 juin 1896, D. 1987, I, p. 433, note R. Saleilles.

⁶²⁷ F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1919, p. 301.

⁶²⁸ M. TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, 2001, p. 88.

d'une interprétation, dont on ne pourrait établir qu'elle est elle-même vraie qu'en la comparant à une autre interprétation, et ainsi de suite »⁶²⁹. D'un point de vue conceptuel il est donc impossible de dire si la signification dégagée est valable, puisque pour en juger il faudrait connaître la véritable signification, laquelle ne peut être dégagée elle-même que par la voie de l'interprétation.

264. Il s'avère ainsi que la recherche de la volonté du législateur n'est qu'un artifice qui permet de masquer une autre volonté : celle du juge dans la recherche de l'interprétation. La théorie de l'interprétation comme acte de connaissance n'est qu'un pis-aller permettant de masquer le pouvoir de l'interprète, une mascarade si grossière qu'« il n'y a pas, peut être, de véritables partisans de la théorie cognitive de l'interprétation aujourd'hui »⁶³⁰. C'est à un autre courant doctrinal, parfois radicalement opposé, que la majorité des penseurs souscrit actuellement ; une théorie qui prend le contrepied de la précédente, une théorie réaliste de l'interprétation.

b) L'irréalisme d'un interprète totalement libre

265. La théorie de l'interprétation est dite réaliste en ce qu'elle s'« oppose à la représentation idéalisée de la réalité »⁶³¹ à laquelle la théorie de la connaissance avait succombé. Elle a donc pour « ambition de donner une image de la réalité telle qu'elle est »⁶³², de l'interprétation telle qu'elle existe.

266. Exposé. Sans doute l'une des raisons du « succès » de cette théorie tient-elle à la facilité de sa compréhension. Trois propositions suffisent à en révéler les traits saillants⁶³³. Selon elle, le véritable auteur de la norme n'est pas l'auteur du texte, mais son interprète. En effet, « si l'interprète peut déterminer la signification d'un texte et si la norme n'est pas autre

⁶²⁹ M. TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, 2001, p. 88.

⁶³⁰ R. GUASTINI, « Interprétation et description de normes », in *Interprétation et droit*, AMSELEK (dir.), Bruylant, PUAM, 1995, p. 98.

⁶³¹ M. TROPER, « Réplique à Otto Pfersmann », *RFDC* 2002. 338.

⁶³² *Ibid.*

⁶³³ Cette présentation en trois points est reprise, d'une part, de l'ouvrage de Michel Troper dans lequel il développe cette théorie (M. TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, 2001, p. 71) et d'autre part de l'article d'Etienne Picard la contestant (E. PICARD, « Contre la théorie réaliste de l'interprétation », in *L'office du juge, Colloque organisé par le Pr Gilles DARCY, le Doyen Véronique LABROT et Mathieu DOAT les vendredi 29 et samedi 30 septembre 2006, Palais du Luxembourg, en ligne http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.pdf*, p. 42).

chose qu'une signification, il faut considérer que c'est l'interprète qui est lui-même l'auteur de la norme qu'il est chargé d'appliquer »⁶³⁴. En d'autres termes, « le législateur n'a rien fait d'autre qu'adopter un texte, mais la norme que signifie ce texte est énoncée par l'interprète »⁶³⁵.

L'interprétation est un acte qui, en droit, est totalement libre, elle est un acte de pure volonté et non, comme s'évertue à le soutenir l'approche classique, un acte de connaissance. Cette seconde précision est d'ailleurs la conséquence logique de la première, car si la norme est le produit de l'interprétation du texte, aucune norme ne peut contraindre l'interprète. Le texte sur lequel il se fonde n'est qu'un « simple fait »⁶³⁶ qui ne saurait l'obliger. En d'autres termes, « le droit ne peut contraindre l'interprétation puisque c'est l'interprétation qui fait la norme et donc le droit »⁶³⁷. Il n'y a « aucune limite juridique à la liberté de l'interprète, parce que quoi qu'il fasse, quoi qu'il décide, quelle que soit l'interprétation qu'il donne, celle-ci est, par définition, valide »⁶³⁸.

Néanmoins, et c'est la troisième et dernière proposition, « la liberté de l'interprète est enserrée dans des contraintes juridiques », ou, pour être exact, des contraintes matérielles qui « résultent de la configuration du système juridique »⁶³⁹. Ainsi par exemple « en cas de pluralité d'ordres juridictionnels, la cour suprême de chacun des ordres tient compte de la jurisprudence des autres, et toutes tiennent compte de la cour constitutionnelle et des cours européennes »⁶⁴⁰. Est-ce à dire que l'interprète n'est plus juridiquement libre ? Michel Troper s'en défend, car « bien qu'elles [les contraintes] proviennent du système juridique, et qu'elles doivent être qualifiées de “juridiques” -, elles doivent être considérées comme des contraintes de fait, parce qu'elles ne sont pas des obligations... La liberté des interprètes est donc totale »⁶⁴¹.

267. Critique. Malgré l'assentiment général dont bénéficie aujourd'hui cette théorie réaliste de l'interprétation, certaines voix dissidentes n'ont pas hésité à en dénoncer les excès.

⁶³⁴ M. TROPER, « La liberté de l'interprète », in *L'office du juge, Colloque organisé par le Pr Gilles DARCY, le Doyen Véronique LABROT et Mathieu DOAT les vendredi 29 et samedi 30 septembre 2006, Palais du Luxembourg*, en ligne http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.pdf, p. 29.

⁶³⁵ *Ibid.*, p. 37.

⁶³⁶ E. PICARD, « Contre la théorie réaliste de l'interprétation », in *L'office du juge, Colloque organisé par le Pr Gilles DARCY, le Doyen Véronique LABROT et Mathieu DOAT les vendredi 29 et samedi 30 septembre 2006, Palais du Luxembourg*, en ligne http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.pdf, p. 43.

⁶³⁷ O. PFERSMANN, « Contre le néo réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *RFDC* 2002. 295.

⁶³⁸ M. TROPER, *art. cit.*, p. 35.

⁶³⁹ M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, C. GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, LGDJ, 2005, p. 10.

⁶⁴⁰ M. TROPER, *art. cit.*, p. 36.

⁶⁴¹ *Ibid.*

A l'argument tiré par la thèse classique que les interprètes du droit voient leur office délimité par des textes, la théorie réaliste répond que ces textes régissant l'office de l'interprète ne s'imposent pas à lui tant que l'interprète ne les a pas... interprétés⁶⁴². Ce raisonnement inspire trois critiques

La première, de pure logique, consiste à relever que si le texte était insusceptible de contraindre l'interprète, il serait « possible de se dispenser d'émettre ces énoncés qui ne servent à rien, pour se contenter d'instituer et d'habiliter des interprètes authentiques »⁶⁴³. En d'autres termes, à quoi servent ces énoncés, si les interprètes sont libres de s'en départir ?

La seconde est que la théorie réaliste considère comme de purs faits des contraintes qui sont, *en réalité*, belles et bien normatives. « Ne voir que des contraintes matérielles dans les obligations juridiques qui pèsent sur l'interprète permet de soutenir que l'interprétation reste absolument libre, juridiquement, et qu'aucune norme ne s'impose aux interprètes »⁶⁴⁴. En réalité ces contraintes matérielles « résultant du système juridique »⁶⁴⁵ sont tout à fait normatives. Elles tiennent au texte qui, s'il ne contient pas un sens préétabli que le juge devrait découvrir, borne tout de même l'office du juge dans un cadre plus ou moins lâche selon la précision de son énoncé.

Enfin, troisième critique et non des moindres, la théorie réaliste de l'interprétation est dangereuse. En effet, dans la mesure où l'énoncé n'est jamais prescriptif, dans la mesure où il ne contient aucune norme qui s'impose à l'interprète, dans la mesure où la norme est le fruit de l'interprétation librement posée par ce dernier, « la notion de violation du droit est absente de la théorie réaliste de l'interprétation »⁶⁴⁶. « Puisque l'interprète ne peut jamais violer la moindre règle, dès lors qu'aucune règle ne s'impose à lui... la violation du droit n'est pas concevable par la théorie réaliste »⁶⁴⁷. « L'interprétation *contra legem* n'existe pas »⁶⁴⁸, car pour être *contra legem*, une interprétation doit aller à l'encontre du sens véritable de la loi, et l' « on ne dispose d'aucune interprétation permettant d'établir ce sens véritable auquel on pourrait comparer le produit de l'interprétation authentique »⁶⁴⁹. Il est donc vain d'évaluer

⁶⁴² M. TROPER, « La liberté de l'interprète », in *L'office du juge, Colloque organisé par le Pr Gilles DARCY, le Doyen Véronique LABROT et Mathieu DOAT les vendredi 29 et samedi 30 septembre 2006, Palais du Luxembourg*, en ligne http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.pdf, p. 33.

⁶⁴³ E. PICARD, « Contre la théorie réaliste de l'interprétation », in *L'office du juge, Colloque organisé par le Pr Gilles DARCY, le Doyen Véronique LABROT et Mathieu DOAT les vendredi 29 et samedi 30 septembre 2006, Palais du Luxembourg*, en ligne http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.pdf, p. 61

⁶⁴⁴ *Ibid.*, p. 90.

⁶⁴⁵ *Ibid.*, p. 85.

⁶⁴⁶ *Ibid.*, p. 125.

⁶⁴⁷ *Ibid.*

⁶⁴⁸ M. TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, 2001, p. 71.

⁶⁴⁹ M. TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, 2001, p. 73.

l'interprétation délivrée par l'interprète. Elle ne peut être ni vraie ni fausse, elles « échappe au test de réfutation ». « Se répand alors une sorte de désenchantement anti-cognitivistique : chacun se résigne à admettre l'équivalence des significations qu'est susceptible de renfermer un énoncé et s'incline devant la prétendue inaptitude de l'interprète à connaître objectivement le sens prêté à certains mots par la communauté linguistique »⁶⁵⁰. Il s'ensuit que tout peut être du droit, « même ce qui n'en est pas »⁶⁵¹, et que la théorie réaliste de l'interprétation consacre toute son énergie à théoriser juridiquement le fait que serait encore du droit la violation même du droit. En cela, la théorie réaliste de l'interprétation, telle qu'elle a été présentée, « peut être présentée comme une théorie du non droit »⁶⁵². Si toutes les interprétations se valent, seule doit être retenue celle que la raison du plus fort impose. Pour faire prévaloir son interprétation « chacun ne peut compter que sur la perspective d'être en position de détenir le dernier mot. L'équivalence des interprétations, conventionnellement établie, n'a paradoxalement d'autre issue que le rapport de force stérile connu sous l'appellation wébérienne de "guerre des dieux" »⁶⁵³.

2) *L'intérêt pour une théorie mixte*

268. L'opposition de la théorie cognitiviste et de la théorie réaliste de l'interprétation peut se résumer à une simple phrase, celle de la définition que chacune de ces théories retient de la norme. La norme est présentée par la théorie cognitiviste comme « la signification qui s'attache à un énoncé prescriptif »⁶⁵⁴. Elle est au contraire définie par la théorie réaliste comme « la signification prescriptive d'un énoncé »⁶⁵⁵. Dans la première définition « l'énoncé est déjà considéré comme comportant ou exprimant une prescription, avant même que sa signification ne soit entièrement déterminée »⁶⁵⁶, alors que dans la seconde, « la norme est

⁶⁵⁰ A. VIALA, « Aux sources de la controverse juridique, la force des mots », in *Interpréter et traduire, actes du colloque international des 25 et 26 novembre 2005*, Bruylant, 2007, p. 211.

⁶⁵¹ E. PICARD, « Contre la théorie réaliste de l'interprétation », in *L'office du juge, Colloque organisé par le Pr Gilles DARCY, le Doyen Véronique LABROT et Mathieu DOAT les vendredi 29 et samedi 30 septembre 2006, Palais du Luxembourg*, en ligne http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.pdf, p. 123.
Ibid.

⁶⁵³ A. VIALA, *art. cit.*, p. 192.

⁶⁵⁴ E. PICARD, *art. cit.*, p. 106.

⁶⁵⁵ *Ibid.*

⁶⁵⁶ E. PICARD, « Contre la théorie réaliste de l'interprétation », in *L'office du juge, Colloque organisé par le Pr Gilles DARCY, le Doyen Véronique LABROT et Mathieu DOAT les vendredi 29 et samedi 30 septembre 2006, Palais du Luxembourg*, en ligne http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.pdf, p. 106.

révélée par une libre interprétation à laquelle l'ordre juridique confère des effets de droit ». L'interprétation serait soit un acte de connaissance, soit un acte de volonté.

269. Par delà leur opposition, c'est une même raison qui empêche de souscrire à l'une ou l'autre de ces théories : leur radicalité. Il ne fait aucun doute que l'interprétation ne saurait être réduite à la recherche d'un sens préexistant posé par l'auteur du texte et qu'il s'agirait de découvrir. Mais inversement, « il semble bien que la théorie réaliste, par voie d'amplifications, de systématisations et de radicalisations successives, soit allée au-delà de son propos initial qui était simplement de contrebattre, comme il convenait, la doctrine classique de l'interprétation de la loi »⁶⁵⁷. La théorie réaliste est tombée dans le travers de la théorie qu'elle prétendait contester. « Passer de l'interprétation, révélation d'un sens déjà-là mais non perçu, à l'interprétation, création d'un sens absent, et donc entièrement voulu, est tout aussi contraire à la réalité de la délibération comme de l'interprétation »⁶⁵⁸. Entre ces extrêmes il y a pourtant la place pour une voie intermédiaire qui reconnaît la liberté de l'interprète mais accepte qu'elle puisse être plus ou moins encadrée par le texte interprété. Ni l'auteur du texte, ni son interprète n'est « maître absolu du sens »⁶⁵⁹. Ce sens est, au contraire, le fruit de leur collaboration.

270. Il faut se résoudre à l'imperfection inévitable d'un texte législatif quel qu'il soit. Il est utopique de croire que l'auteur d'un texte ait pu prévoir chacune de ses applications, y compris, par une sorte de divination, toutes celles dont la réalisation ne pouvait être conçue que bien après son entrée en vigueur. Le sens de la loi est imparfaitement déterminé par le législateur qui ne « saurait être crédité d'une clairvoyance, d'une connaissance des choses, d'une détermination totale de ses intentions et d'une perfection d'expression que l'être des choses lui-même lui refuse »⁶⁶⁰. Le passage du texte à son application nécessite un interprète qui, loin de révéler « un sens qui serait entièrement mais implicitement posé (...) contribue à le construire, nécessairement »⁶⁶¹. L'interprète, loin d'être inféodé, dispose d'une certaine liberté dans l'exercice de sa mission. « La fonction de juger ne saurait se limiter à ce qu'un auteur a pu appeler de la simple "légidiction mécanique", il ne peut se réduire à un organe inerte du système juridique, à une simple courroie de transmission de règles abstraites,

⁶⁵⁷ *Ibid.*, p. 114.

⁶⁵⁸ *Ibid.*

⁶⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁶⁰ *Ibid.*

⁶⁶¹ *Ibid.*

préétablies et statiques à des cas particuliers »⁶⁶². Interpréter consiste d'abord dans l'exercice d'une volonté, une volonté créatrice.

271. Toutefois, contrairement aux postulats radicaux de la théorie réaliste de l'interprétation, l'exercice de la volonté de l'interprète ne saurait être le lieu d'une liberté sans entrave⁶⁶³. L'auteur de l'interprétation subit des contraintes, au premier rang desquelles figure le texte objet de l'interprétation⁶⁶⁴. En effet, si les mots peuvent avoir plusieurs sens, il est erroné de croire qu'ils peuvent n'en avoir aucun. Actes du langage, ils ont « une force et une consistance indépendantes de l'usage que peut en faire l'interprète »⁶⁶⁵. « La langue est un héritage qui s'impose objectivement à chaque génération sans qu'aucune ne puisse en remettre la teneur substantielle en question »⁶⁶⁶. Cette force est déniée par la théorie réaliste qui repose au contraire sur le « dogme nihiliste de la vertigineuse indétermination des mots »⁶⁶⁷. En proclamant la liberté de l'interprète, la théorie réaliste le soustrait aux codes du langage et postule dangereusement que les mots n'ont aucun sens qui s'impose objectivement. La pratique n'est pourtant pas avare d'exemples illustrant la dépendance de l'interprète à l'égard du texte interprété, que la difficulté d'interprétation ait été ou non tranchée par l'interprète.

272. Ainsi par exemple, la loi du 6 juillet 1989 sur les baux d'habitation prévoit que lorsqu'un locataire donne son congé, le délai du préavis de trois mois peut être réduit à un mois dans certaines hypothèses, telle par exemple qu'une mutation ou une perte d'emploi⁶⁶⁸. La jurisprudence considère que cette réduction du délai de préavis est également acquise à deux concubins colocataires, cotitulaires du bail, lorsque l'un d'eux peut s'en prévaloir. Cette solution s'explique par la communauté de vie que représente le concubinage. Toutefois, de nombreuses situations de colocation se rencontrent hors concubinage et sans qu'il y ait de

⁶⁶² J.-L BERGEL, « Introduction générale », in *L'office du juge, Colloque organisé par le Pr Gilles DARCY, le Doyen Véronique LABROT et Mathieu DOAT les vendredi 29 et samedi 30 septembre 2006, Palais du Luxembourg*, en ligne http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.pdf, p. 12.

⁶⁶³ « Comment nier que les règles de droit sont une contrainte qui s'impose aux juristes ? La nature juridique et la dimension doctrinale des concepts n'autorisent pas un décentrage total, mais partiel » (M.-C. PONTTHOREAU, « L'énigme de la motivation », in *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruylant, 2012, p. 8).

⁶⁶⁴ « L'interprétation n'est pas absolument libre : elle reste contrainte par le texte » (P. DEUMIER, « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », *APD*, tome 50, 2006, p. 56).

⁶⁶⁵ A. VIALA, « Aux sources de la controverse juridique, la force des mots », in *Interpréter et traduire, actes du colloque international des 25 et 26 novembre 2005*, Bruylant, 2007, p. 190.

⁶⁶⁶ *Ibid.*, p. 191.

⁶⁶⁷ *Ibid.*, p. 190.

⁶⁶⁸ Art. 15 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989.

communauté de vie autre que celle résultant de l'opportunité matérielle de partager le loyer et les charges d'un appartement. C'est une pratique très répandue dans les milieux étudiants. En l'absence de prise de position de la Cour de cassation, la question se pose encore aujourd'hui de savoir si la réduction du délai de préavis est acquise à l'ensemble des colocataires, même non concubins, dans le cas où un seul d'entre eux est dans une situation ouvrant droit à une réduction du délai de préavis.

Quelles sont les réponses susceptibles d'être apportées ? La théorie classique de l'interprétation prônerait certainement de rechercher la solution de cette interrogation dans le texte même de la loi, ou, à tout le moins, dans la volonté du législateur. Il s'agirait de découvrir un sens que l'auteur du texte aurait lui-même posé dès son adoption, de faire acte de connaissance pour répondre enfin à cette question : quelles raisons ont motivé le législateur à réduire le délai de préavis initialement posé ? Inversement, la théorie réaliste considérerait qu'une telle recherche est vaine, que l'interprète est libre de décider de l'interprétation à retenir de la loi de 1989 sans que le texte n'oppose aucune contrainte, parce que sa liberté est sans limite, « parce que quoi qu'il fasse, quoi qu'il décide, quelle que soit l'interprétation qu'il donne, celle-ci est, par définition, valide »⁶⁶⁹.

Aucune de ces deux propositions n'est acceptable, aucune ne constitue l'exact reflet de la réalité. Sans doute la recherche de la volonté du législateur est-elle un leurre qui ne fait que masquer la liberté dans laquelle se trouve l'interprète de considérer que le colocataire doit bénéficier du préavis réduit de un mois ou de lui imposer le préavis de droit commun. Le recours à la volonté du législateur n'est qu'un artifice permettant de masquer le choix qu'effectue librement le juge. Mais comment nier que cette liberté est encadrée par le texte même de cette loi ? Si l'interprète est libre, cette liberté est celle du choix de l'une des deux solutions qu'autorise l'indétermination du texte. Ou bien le colocataire doit respecter un préavis de trois mois, ou bien il bénéficie du préavis réduit à un mois. Le juge ne saurait s'écarter de ces deux propositions et considérer, par exemple, que le préavis applicable au colocataire sera un préavis de deux mois. Telle est bien la preuve que le juge subit une contrainte qui provient du texte même de l'énoncé, une contrainte qui tient au sens préexistant des mots. Le choix entre l'une ou l'autre solution est un acte de liberté, mais cette liberté est encadrée par la force des mots qui composent l'énoncé. La loi pose un cadre duquel le juge ne peut s'échapper.

⁶⁶⁹ M. TROPER, « La liberté de l'interprète », in *L'office du juge, Colloque organisé par le Pr Gilles DARCY, le Doyen Véronique LABROT et Mathieu DOAT les vendredi 29 et samedi 30 septembre 2006, Palais du Luxembourg*, en ligne http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.pdf, p. 35.

273. Une autre situation manifeste peut être avec plus de prégnance encore la force des mots et la propriété qu'ils ont de s'imposer à l'interprète. Il s'agit de celle où la jurisprudence est « combattue par la loi »⁶⁷⁰. En effet, il n'est pas de situation de dépendance plus marquée que lorsque le législateur intervient pour désavouer une interprétation jurisprudentielle. Le juge ne peut alors s'abstraire de ce nouveau texte et maintenir son interprétation originelle. Son pouvoir d'interprétation ne « l'autorise pas à prendre le contre pied des positions qu'adopte le législateur »⁶⁷¹. La force des mots brille alors de tout son éclat. Le juge ne peut que se plier à la volonté législative nouvellement exprimée, manifestant ainsi que le texte de la loi est bien porteur de sens. L'exemple de la réforme constitutionnelle du 25 novembre 1993 destinée à contrecarrer le « lit de justice constitutionnel »⁶⁷² provoqué par la décision *Maîtrise de l'immigration*⁶⁷³ en est un exemple frappant. Michel Troper, pourtant défenseur de la cause réaliste, est lui-même contraint d'avouer à demi-mot cette dépendance en expliquant que si « ce nouveau texte, à son tour, pourra être lui aussi interprété (...) dans l'épreuve de force qui s'instaure, la cour n'est pas certaine d'avoir le dernier mot »⁶⁷⁴. N'est-ce pas avouer que le sens du texte s'impose alors à l'interprète ?

274. Il est donc à la fois plus sage et plus réaliste d'affirmer que le texte pose des bornes à l'intérieur desquelles l'interprète doit demeurer. L'opération d'interprétation à laquelle se livre un organe quelconque d'application du droit ne constitue pas un acte de pure volonté mais un processus intellectuel mêlant la volonté à la connaissance du cadre à l'intérieur duquel cette liberté s'exerce⁶⁷⁵. La connaissance « s'unit à un acte de volonté » par lequel l'interprète « fait un choix entre les possibilités révélées par l'interprétation à base de

⁶⁷⁰ P. MALAURIE, « La jurisprudence combattue par la loi », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 603.

⁶⁷¹ *Ibid.*

⁶⁷² G. VEDEL, « Schengen et Maastricht. A propos de la décision n° 91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991 », *RFDA* 1992. 173 ; O. SCHRAMECK, « La décision du 13 août 1993 : impressions et leçons d'un tonnerre estival », *NCCC* 2008, n° 25. En ligne sur <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-25/la-decision-du-13-aout-1993-impressions-et-lecons-d-un-tonnerre-estival.51705.html>.

⁶⁷³ CC 93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, Recueil, p. 224 - Journal officiel du 18 août 1993, p. 11722.

⁶⁷⁴ M. TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, 2001, p. 82.

⁶⁷⁵ Cette idée est implicitement reprise par un éminent conseiller d'État à l'occasion d'un témoignage sur son expérience. « L'interprétation est l'opération par laquelle on attribue une signification à un texte. Nous nous rallions volontiers à cette définition, tout en soulignant cependant que plus une norme est précise et adaptée à son objet et plus sa signification s'impose avec la force de l'évidence dès son énoncé » (B. GENEVOIS, « Le Conseil d'État et l'interprétation de la loi », *RFDA* 2002. 877).

connaissance »⁶⁷⁶. Le texte est alors un « moule »⁶⁷⁷ à partir duquel les juges vont « infuser une matière nouvelle »⁶⁷⁸. La règle de droit formulée par le législateur n'est en fait « qu'un noyau, un centre autour duquel gravitent des règles de droit secondaire »⁶⁷⁹, les règles d'interprétation⁶⁸⁰.

275. Le cadre textuel peut toutefois être plus ou moins contraignant⁶⁸¹ selon son degré de précision, selon l'étendue de liberté⁶⁸² que son auteur a bien voulu laisser à l'interprète⁶⁸³. Ainsi, par exemple, les principes constitutionnels laisseront à l'interprète chargé d'en déterminer le contenu une liberté plus importante que celle dont dispose l'interprète d'un arrêté préfectoral. Peut être d'ailleurs l'extrémisme de la théorie réaliste de l'interprétation s'explique-t-elle par le fait que, développée par des auteurs principalement constitutionnalistes, elle s'est construite au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel⁶⁸⁴. Les principes constitutionnels sont tellement généraux que le juge chargé de leur interprétation a pu paraître totalement libre. Il faut toutefois immédiatement relever

⁶⁷⁶ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, LGDJ, 1999, p. 340 ; « l'interprétation d'un texte juridique n'est pas le résultat d'une activité intellectuelle de connaissance d'une signification préexistante, mais le résultat d'un choix entre plusieurs significations possibles » (R. GUASTINI, « Interprétation et description de normes », in *Interprétation et droit*, AMSELEK (dir.), Bruylant, PUAM, 1995, p. 98).

⁶⁷⁷ Cette méthode se rapproche de celle prônée par R. Saleilles, méthode qu'il a su résumer en une phrase évocatrice : « Au delà du Code civil, mais par le Code civil » (R. SALEILLES, « Préface » in F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1919 ; v. égal. : R. SALEILLES, « Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit », *Rev. int. enseignement*, t. 19, 1890, p. 482 et s. ; R. SALEILLES, « École historique et droit naturel », *RTD civ.* 1902. 80).

⁶⁷⁸ H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, Montchrétien, 5^{ème} éd., 1991, p. 164.

⁶⁷⁹ R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, 12^{ème} éd., 2013, p. 76.

⁶⁸⁰ F. ZENATI-CASTAING, « Pour un droit des revirements de jurisprudence », in *Le droit entre autonomie et ouverture, Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruylant, 2013, p. 513.

⁶⁸¹ Sur le lien, en droit de l'Union européenne, entre l'indétermination textuelle et le rôle favorisé de l'interprète : le renvoi préjudiciel est « le lieu d'expression privilégié de l'activisme » de la Cour, « ne serait-ce que parce que le droit communautaire est un droit de lacunes, de notions cadres, spécialement lorsqu'il s'intéresse au droit privé » (C. NOURISSAT, « La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes : un regard privatiste à partir de l'actualité », *APD* 2006, tome 50, p. 248).

⁶⁸² La « coopération normative peut parfois prendre les traits d'une délégation. Délégation *intra-legem* lorsque le législateur multiplie les standards juridiques ou notions à contenu variable invitant le juge et diverses autorités à participer à la création de la norme » (M. MEKKI, « Propos introductifs sur le droit souple », in *Le droit souple*, Dalloz, 2009 p. 16).

⁶⁸³ « En aucun cas l'interprète ne saurait se substituer à l'auteur de l'énoncé dans l'édition de la norme. Sa liberté, partielle est voulue par l'auteur du texte qui entend que celui-ci soit appliqué aux cas particuliers dans les conditions qui restent à déterminer plus précisément ». « Le cadre fixé par le texte laisse donc l'interprète libre de décider, dans le respect de ce cadre, des « modalités de parachèvement toujours inachevé de ce sens » (E. PICARD, « Contre la théorie réaliste de l'interprétation », in *L'office du juge, Colloque organisé par le Pr Gilles DARCY, le Doyen Véronique LABROT et Mathieu DOAT les vendredi 29 et samedi 30 septembre 2006, Palais du Luxembourg*, en ligne http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.pdf, p. 147).

⁶⁸⁴ Dans son ouvrage, Michel Troper, après avoir consacré le Chapitre 5 à « la théorie réaliste de l'interprétation », consacre d'ailleurs tout son Chapitre 6 à la « liberté du juge constitutionnel » (M. TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, 2001, p. 85).

que cette imprécision fait figure d'exception et qu'elle n'est pas révélatrice de la situation de dépendance dans laquelle se trouve généralement le juge de droit commun⁶⁸⁵. L'interprétation est un acte mixte qui mêle toujours connaissance du texte et volonté de l'interprète. Toutefois, la part de chacune d'elles peut varier selon la nature et la précision du texte objet de l'interprétation.

276. Conclusion. L'interprétation n'est donc pas un acte de pure connaissance. A l'aube de sa formulation, la théorie classique l'a cru, mais confrontée à la pratique, c'est sans vraiment y croire qu'elle s'y est accrochée. Seule la « fiction »⁶⁸⁶ permet de justifier que l'interprète révèle un sens contenu dans le texte et posé dès l'origine par son auteur. La théorie réaliste de l'interprétation qui prend son contre pied n'est pas moins contestable. Sa radicalité n'a d'égale que la cécité et l'hypocrisie de la théorie classique qu'elle prétend contester. L'interprète n'est pas plus libre dans l'interprétation qu'il n'est enchaîné par l'énoncé. La réalité est certainement intermédiaire. Lorsqu'il statue sur renvoi préalable, la question du pouvoir de l'interprète se trouve démultipliée en raison de son indépendance vis-à-vis des faits. L'interprète y exerce certes une liberté, mais une liberté encadrée. Il choisit librement un sens parmi ceux que l'indétermination de l'énoncé féconde. Il concourt, avec l'auteur du texte, à la détermination de la norme juridique⁶⁸⁷. L'un et l'autre sont les collaborateurs obligés de la création du sens, l'un et l'autre en sont les bâtisseurs. A l'auteur du texte qui coule les fondations s'adjoint nécessairement le décorateur interprète. L'office du second s'exerce librement, mais dans les murs seulement que le premier a érigés.

La reconnaissance de cette liberté encadrée de l'interprète est toutefois lourde de conséquences, car si l'interprète concourt à la création du droit, il dispose d'un pouvoir considérable. La question se pose alors de l'autorité à qui ce pouvoir doit être confié. Qui doit être le destinataire du renvoi préalable ? Qui devra, sur renvoi, interpréter les textes juridiques ?

⁶⁸⁵ G. Canivet remarque que « le pouvoir des juges de contribuer à la création du droit est toujours beaucoup plus grand lorsqu'il est question pour eux d'appliquer la Constitution. En premier lieu parce que les dispositions constitutionnelles sont toujours beaucoup moins précises que celles des lois » (G. CANIVET, « Activisme judiciaire et prudence interprétative », *APD*, tome 50, 2006, p. 26).

⁶⁸⁶ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, LGDJ, 1999, p. 342.

⁶⁸⁷ Les expressions sont nombreuses selon lesquelles l'interprétation serait « un phénomène de tension dialectique entre contrainte et liberté, subordination et autonomie » (F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Presses des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, p. 98), une « relation dynamique qui n'est pas à sens unique » (F. RIGAUX, *La loi des juges*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 246), une « co-détermination du sens par son destinataire » (G. TIMIST, *L'archipel de la norme*, Paris, PUF, p. 6).

B) L'auteur de l'interprétation : qui interprète ?

277. L'unification de l'interprétation sur renvoi n'est pas une nouveauté, loin s'en faut. A l'occasion de la consécration des mécanismes contemporains, la doctrine a d'ailleurs parfois mobilisé des mécanismes historiques, comme pour leur construire un héritage. Il n'est pas certain pourtant que ce rapprochement soit heureux, car il est une différence de taille qui sépare ces mécanismes, différence qui tient à l'auteur de l'interprétation. La confrontation des renvoi historiques au renvoi préalable manifeste en effet une translation du pouvoir d'interpréter depuis l'auteur du texte (1) vers un organe juridictionnel indépendant (2).

1) Le rejet de l'interprétation législative

278. L'action tendant à délivrer l'interprétation uniformisée des textes juridiques trouve difficilement sa place dans la trilogie des pouvoirs héritée de Montesquieu lorsque elle est délivrée à l'occasion de leur application. L'organe qui en est l'auteur semble participer à la mission législative puisque, tel qu'il a été démontré, l'interprète concourt avec l'auteur du texte à la détermination des normes juridiques. Mais dans la mesure où cette interprétation est donnée à l'occasion d'un litige, sa délivrance conduit inexorablement l'interprète à s'immiscer dans le fonctionnement de la justice. Cette confusion n'a jamais posé le moindre problème dans les temps anciens où le pouvoir était entier laissé entre les mains d'une seule et même autorité. Ainsi par exemple, lorsque qu'à l'occasion d'un litige le Conseil du roi interprétait les ordonnances royales⁶⁸⁸, « on était là à la limite des pouvoirs législatifs et judiciaires du Roi, distinction alors sans grande importance, tous les pouvoirs de l'État étant confondus dans la personne royale »⁶⁸⁹. Cette confusion est toutefois apparue plus embarrassante à compter du XVIII^{ème} siècle lorsque l'idée de distinguer et séparer l'exercice des pouvoirs régaliens s'est faite jour. Qui devait alors résoudre les problèmes d'interprétation que l'application des textes juridiques devait révéler ? Cette compétence devait-elle revenir au législateur ou au juge ?

⁶⁸⁸ L'article 7 du titre I de l'ordonnance de 1667 dispose que « si, dans les jugements des procès qui seront pendans en nos cours, il survient aucun doute ou difficulté sur l'exécution de nos ordonnances, Édits, Déclarations et Lettres patentes, Nous leurs défendons de les interpréter, mais voulons qu'en ces cas elles ayent à se retirer par-devers Nous, pour apprendre ce qui sera notre intention ». Ainsi l'interprétation pouvait être délivrée par le roi à l'occasion d'une affaire en cours, soit lorsqu'il était saisi sur référé, soit lorsque, les juges ayant omis de le saisir, le roi cassait leurs jugements et délivrait l'interprétation exacte du texte législatif.

⁶⁸⁹ Y.-L. HUFTEAU, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, PUF, 1965, p. 3.

279. Historiquement, c'est à l'auteur du texte qu'est d'abord revenue la charge de délivrer l'interprétation authentique de ses textes, en application de la maxime *ejus est legem interpretari cujus est condere* (a). Les mécanismes institués à cette fin ne sont plus toutefois que les témoins d'un temps aujourd'hui révolu⁶⁹⁰. Le système politico-juridique n'est plus celui qui a justifié leur consécration et explique leur désaffectation contemporaine (b).

a) Le témoignage du passé

280. Trois périodes des plus marquantes de l'histoire ont réservé à l'auteur du texte le soin d'interpréter son œuvre. Depuis l'Empire romain jusqu'à la Restauration, en passant par la Renaissance et la Révolution, c'est une même idée qui traverse les frontières et les âges : celle que le meilleur interprète des lois ne peut être que leur auteur. Le juge, confronté à un problème d'interprétation d'un texte juridique, se doit d'en solliciter la solution à son créateur. Le rescrit de droit romain et les référés royal et législatif sont les expressions historiques de cette idée commune.

281. **Délimitation de la notion de rescrit.** L'étude des sources du droit romain ne saurait débiter autrement que par un constat : celui de leur incroyable « diversité ». Les *Institutes* de Gaius, qui contiennent « la plus simple et la plus claire énumération des sources du droit romain »⁶⁹¹, exposent finement cette infinie richesse. Droit coutumier, droit prétorien, droit légiféré⁶⁹², Rome a connu au gré des bouleversements institutionnels qui ont jalonné son histoire une influence variable de ces diverses sources. Leur évolution semble d'ailleurs liée aux bouleversements de la politique romaine, chaque changement de régime étant accompagné d'un lent déplacement des sources d'un pôle vers un autre⁶⁹³. Le rescrit de droit romain constitue l'instrument d'un tel déplacement, lui qui va accompagner, à compter du milieu du II^{ème} siècle de notre ère, la translation du pouvoir normatif depuis le préteur vers le pouvoir impérial. La centralisation du pouvoir entre les mains de l'empereur trouve dans la production et l'interprétation du droit sa plus parfaite illustration. Les préteurs et les plus grands jurisconsultes de leur temps sont lentement passés sous la férule de l'empereur. Le

⁶⁹⁰ Il s'agit bien entendu uniquement de l'interprétation par l'auteur du texte délivrée sur renvoi des juridictions.

⁶⁹¹ J. GAUDEMET, E. CHEVREAU, *Droit privé romain*, Montchrétien, 2009, 3^{ème} éd., p. 306.

⁶⁹² *Ibid.*

⁶⁹³ P. JESTAZ, « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre », *RTD civ.* 1996. 229.

droit jurisprudentiel fut supplanté par un droit autoritaire et légiféré⁶⁹⁴. L'idée s'est faite jour sous le règne d'Hadrien que le prince doit être l'auteur des Lois et leur seul interprète. Elle a trouvé sa consécration sous Justinien où une Constitution datée de 529, reprise dans la seconde préface du Digeste⁶⁹⁵, dispose clairement que « s'il appartient à l'empereur seul de faire les lois, il doit aussi n'appartenir qu'à lui de les interpréter »⁶⁹⁶. Restait à rendre effectif ce monopole dans la production et l'interprétation du droit. Pour satisfaire cette volonté, l'empereur disposait d'un outil redoutablement efficace : le rescrit.

282. Le rescrit peut être défini comme une réponse donnée par l'empereur à une question écrite. Ces rescrits se multiplièrent au cours du II^{ème} siècle, dès l'instant où le Conseil du prince fût réorganisé et comprit désormais les jurisconsultes les plus éminents. « L'empereur préférait voir exercer par son conseil une fonction (le *jus publice respondendi*) assurée auparavant par ces juristes à titre personnel »⁶⁹⁷. Par delà cette définition générale, le rescrit présente une profonde diversité tant quant à l'objet de la demande, que quant à l'identité de son auteur⁶⁹⁸. L'un d'eux seulement intéresse la présente étude en ce qu'il permettait au magistrat de saisir l'empereur lorsqu'il nourrissait un doute sur le droit applicable. En effet, l'empereur était « la loi vivante, le seul juge »⁶⁹⁹, et les gouverneurs des provinces n'étaient que ses délégués⁷⁰⁰. Comme ces agents pouvaient être amenés à interpréter inexactement la pensée ou à trahir la volonté du maître⁷⁰¹, il leur était permis de le solliciter directement par

⁶⁹⁴ F. ZENATI-CASTAING, *La jurisprudence*, Dalloz, 1991, p. 29.

⁶⁹⁵ Constitution tanta §18.

⁶⁹⁶ C. I, 14, 12 : « *Si enim in praesenti leges condere soli imperatori concessum est, et leges interpretari solo dignum imperio esse oportet* ».

⁶⁹⁷ B. OPPETIT, « La résurgence du rescrit », *D.* 1991. 105.

⁶⁹⁸ Lorsque le rescrit était sollicité par un particulier ou une communauté, il pouvait être demandé à titre gracieux ou dans le cas d'un contentieux. Dans le premier cas il était demandé dans le but d'obtenir la concession d'un bienfait du prince. Cette bonne grâce se présentait alors soit sous la forme d'une mesure de protection (ainsi par exemple pour garantir le destinataire contre les exactions fiscales des militaires et des fonctionnaires locaux) soit sous la forme d'une mesure qui octroyait ou confirmait un privilège financier. Dans le second cas, qui constituait la majorité des rescrits, une partie recourait à l'autorité suprême et s'adressait directement à l'empereur pour connaître le droit applicable à son litige. A partir des données transmises, l'Empereur délivrait la règle de droit applicable. Il y avait là un trait d'originalité de la procédure par rescrit qui la distinguait des autres voies de droit : seule la question de droit était posée à l'empereur ; la vérification du fait relevait des pouvoirs du juge tenu de l'appliquer. La procédure par rescrit apparaissait dès lors comme un moyen d'engager le procès, comme un mode d'introduction de l'instance. Le rescrit était alors délivré sur *libellus*. La réponse était directement écrite sur le *libelle* même qui a été remis à l'empereur, au dessous de la requête. Le rescrit était alors délivré sous forme de *subscriptiones* apposées au bas des *libelli* (E. ANDT, *La procédure par rescrit*, Librairie de la société du Recueil Sirey, 1920, p. 2).

⁶⁹⁹ E. ANDT, *La procédure par rescrit*, Librairie de la société du Recueil Sirey, 1920, p. 19.

⁷⁰⁰ *Ibid.*

⁷⁰¹ E. ANDT, *La procédure par rescrit*, Librairie de la société du Recueil Sirey, 1920, p. 19.

la voie du rescrit⁷⁰² pour connaître son interprétation. La publication du rescrit par voie d'affichage conférait à la règle de droit qu'il énonçait une portée qui allait au delà de la finalité initiale de la décision⁷⁰³. S'il était d'abord destiné au juge qui en avait formé la demande, le rescrit était une règle dotée d'une portée normative contraignante⁷⁰⁴. Son contenu acquérait force de Loi sur l'ensemble du territoire et s'adressait ainsi, outre à son demandeur, à tous les citoyens de l'empire⁷⁰⁵.

283. Le rescrit fut ainsi un formidable outil aux mains de l'empereur pour imposer, à compter du II^{ème} siècle, toute l'étendue de son pouvoir impérial⁷⁰⁶. Après que l'empereur Hadrien eût tari une source jusqu'alors prolifique du droit romain en sollicitant de Julien la rédaction de l'édit perpétuel⁷⁰⁷ et désigné les plus grands jurisconsultes de son époque comme membres ordinaires du *consilium principis*⁷⁰⁸, le rescrit venait achever un processus qui fit de lui la source unique de la Loi et de son interprétation⁷⁰⁹. La Loi étant l'œuvre du prince, son application devait être assurée par des magistrats soumis à son emprise⁷¹⁰. Avec les instructions formulées par rescrit, l'empereur s'assurait un contrôle préventif sur la décision du juge. Ce contrôle s'effectuait de deux manières : contrôle direct quand la directive était adressée sur sa *relatio*, par le rescrit *epistula* ; contrôle indirect, quand la directive lui était destinée dans le rescrit *subscriptio* adressé au particulier.

⁷⁰² Ce type de rescrit, rendu sur la *relatio* d'un juge était délivré sous forme d'*epistulae*, c'est-à-dire une lettre matériellement indépendante de la demande qui l'avait provoquée, à la différence des rescrits rendus sur demande d'un particulier, lesquels étaient délivrés sous forme de *subscriptiones*, c'est-à-dire que la réponse était inscrite sur le *libelle* même de la demande.

⁷⁰³ E. ANDT, *op. cit.*, p. 19.

⁷⁰⁴ « la copie a été réalisée par un juriste local en vue de fournir, pour des requêtes et des procès à venir, une série de précédents judiciaires » (J.-P. CORIAT, « La technique du rescrit à la fin du principat », *Studia et documenta historiae et iuris*, 1985, p. 342).

⁷⁰⁵ *Ibid.*, p. 343.

⁷⁰⁶ « On voit donc tout l'intérêt que trouve le pouvoir à favoriser la procédure par rescrit. Elle renforce l'action du pouvoir central. D'une part elle détourne les populations de l'empire de s'adresser à de nouvelles puissances. D'autre part elle permet d'imposer aux *potentiores* même, la volonté impériale » (E. ANDT, *op. cit.*, p. 135).

⁷⁰⁷ Sur le lien entre le développement du rescrit et la rédaction de l'édit perpétuel : *Ibid.*, p. 113.

⁷⁰⁸ F.-D. FOURNIER, « Le Conseil des empereurs, d'Auguste à Dioclétien », en ligne sur <http://www.mediterranee-antique.info/>

⁷⁰⁹ La seconde préface du Digeste, appelée constitution *Tanta*, prévoit dans ses paragraphes 18 et 21 qu'en cas de doute sur le sens d'une disposition quelconque, il faudra en référer à l'empereur « car c'est à celui qui a fait la loi qu'il appartient de l'interpréter », (en ligne à l'adresse suivante : [http://www.histoiredudroit.fr/Documents/Corpus/Digeste%20\(Avants%20propos\).pdf](http://www.histoiredudroit.fr/Documents/Corpus/Digeste%20(Avants%20propos).pdf), §21). Il s'agit de la reprise d'une constitution de 529 insérée au Code : *Tam conditor quam interpres legum solus imperator* (C. 1, 14, 12). V° J.-M. CARBASSE, *Manuel d'introduction historique au droit*, PUF, 5^{ème} éd., 2013, p. 54.

⁷¹⁰ « L'examen des différents modes de formulation souligne ce qui apparaît comme un trait essentiel de la politique judiciaire de la chancellerie impériale : son contrôle exercé sur les juridictions, en particulier provinciales » (J.-P. CORIAT, *art. cit.*, p. 333).

La chute de l'Empire romain d'orient a condamné le rescrit impérial. Pour autant, elle n'était pas encore actée que la pratique du rescrit fut ressuscitée en France, moyennant quelques aménagements, où elle put jouir d'une étonnante vitalité.

284. Histoire des référés royal et législatif. A la fin du IX^{ème} siècle, le territoire qui compose aujourd'hui la France est complètement décomposé, éclaté. Si la période qui s'étend de la chute de l'Empire romain au sacre de Charlemagne en 800 est celle de la résurrection de l'empire d'occident, l'unité fut éphémère. Au décès de Louis le pieux, fils de Charlemagne, l'empire s'est morcelé entre ses trois héritiers, processus de dissociation qui ne s'est malheureusement pas arrêté au partage du Verdun. Face aux nouvelles invasions des Hongrois, des Normands et des Maures, les rois ont été impuissants à défendre leurs sujets, la résistance s'organisant autour de chefs régionaux qui, peu à peu, ont pris leur autonomie. A l'intérieur de chaque royaume l'autorité politique s'affaiblit et se divise au profit de dizaines de principautés territoriales indépendantes du pouvoir central.

A cette carte politique composée d'une multitude de seigneuries correspondait la carte juridique de l'Europe : « une mosaïque très fine de milliers de coutumes locales juxtaposées »⁷¹¹. Le pouvoir local a produit un droit au même caractère. Les populations se sont dotées de nouvelles règles composées de bribes de droit ancien, tels que des résidus de la loi salique au nord ou des vestiges du Bréviaire d'Alaric au sud, ainsi que de solutions nouvelles créées au coup par coup puis reproduites dans des situations identiques. Un droit coutumier s'est lentement forgé. « Un droit coutumier local »⁷¹².

Toute l'histoire de France, depuis l'avènement de la dynastie Capétienne jusqu'à la Révolution, fut celle d'une reprise progressive par le roi d'un pouvoir qui lui a échappé au IX^{ème} siècle. Il a su affirmer sa place « au sommet de la chaîne vassalique en se faisant reconnaître suzerain par dessus tous »⁷¹³. Le pouvoir s'est affermi entre les mains d'un seul. Le référé législatif fut l'instrument de ce renforcement.

285. Centralisation des sources du droit. L'affermissement progressif du pouvoir royal trouve dans l'évolution des sources du droit son parfait corollaire. A mesure que son autorité s'est imposée, le roi a repris pour son compte la mécanique de la production du droit. Cette reprise en main s'est manifestée surtout à compter du XV^{ème} siècle, alors que le royaume était

⁷¹¹ J.-M. CARBASSE, *Manuel d'introduction historique au droit*, PUF, 5^{ème} éd., 2013, p. 107.

⁷¹² *Ibid.*

⁷¹³ *Ibid.*, p. 106.

juridiquement divisé par une ligne de démarcation qui séparait les pays du nord de la France, essentiellement régis par un droit oral et coutumier, de ceux plus au sud⁷¹⁴ qui ont subi l'influence directe de la redécouverte des codifications justiniennes au XII^{ème} siècle⁷¹⁵. En effet, en 1454 à Montils-Lès-Tours, Charles VII ordonne la rédaction générale des coutumes afin d'améliorer la qualité de la justice et résorber les contradictions coutumières. Cette rédaction et la réformation qui s'en est suivie un siècle plus tard ont toutefois été lourdes de conséquences. Outre que le pouvoir monarchique a influé directement l'œuvre entreprise par le truchement des commissaires royaux chargés de la superviser, la rédaction des coutumes a figé le droit coutumier comme Julien l'avait fait en son temps avec l'édit du prêtreur. La proclamation des coutumes comme « loys perpétuelles du royaume »⁷¹⁶ a fait obstacle à leur réformation autrement que par la volonté du roi.

La montée du pouvoir législatif fut plus remarquable encore avec le développement des ordonnance royales. Dès le XII^{ème} siècle⁷¹⁷ le roi avait adopté les premières mesures générales applicables sur l'ensemble du territoire, mais ces dispositions restèrent lettre morte⁷¹⁸. C'est à partir de la rédaction des coutumes que la législation par ordonnance a connu son épanouissement⁷¹⁹. Son champ d'application, d'abord cantonné au droit public largement entendu⁷²⁰, s'est propagé, à compter de l'avènement de Louis XIV⁷²¹, à une part non négligeable du droit privé⁷²². Le droit devient alors à l'image du régime qui le produit : autoritaire⁷²³.

⁷¹⁴ « La frontière entre ces deux grandes régions juridiques, assez longtemps imprécise, s'est finalement stabilisée sur une ligne sinueuse qui prend son départ au nord de la Saintonge, passe au sud de l'Angoumois, au nord du Limousin, coupe la Haute Auvergne en deux et finalement remonte vers le Nord pour laisser en pays de droit écrit le Lyonnais, la Bresse et le Bugey » (J.-M. CARBASSE, *Manuel d'introduction historique au droit*, PUF, 5^{ème} éd., 2013, p. 172).

⁷¹⁵ *Ibid.*, p. 171.

⁷¹⁶ F. ZENATI-CASTAING, *La jurisprudence*, Dalloz, 1991, p. 39.

⁷¹⁷ La première mesure générale prise par un roi de France serait l'ordonnance de 1155 par laquelle une paix décennale dans l'ensemble du royaume fut demandée par Louis VII.

⁷¹⁸ J.-M. CARBASSE, *op. cit.*, p. 194.

⁷¹⁹ J.-M. CARBASSE, « Le roi législateur, théorie et pratique », *Droits*, n° 38, 2003, p. 3.

⁷²⁰ Ordonnance de Montils lès Tours, de 1454, sur la réformation de la justice ; ordonnance de Villers-Cotterêts de 1539 qui, outre qu'elle impose l'usage du français dans les documents relatifs à la vie publique du royaume, réforme également la juridiction ecclésiastique, réduit certaines prérogatives des villes et rend obligatoire la tenue des registres des baptêmes ; Edit de Roussillon de 1564 par lequel le roi Charles IX uniformise sur l'ensemble du royaume, la date de la nouvelle année au premier janvier ; ordonnance de Moulins de 1566 rédigée par le Chancelier Michel de l'Hospital et qui, notamment, prive les parlements de leur droit de remontrance ; ordonnance de Blois de 1579 concernant la police générale du royaume mais qui touche aussi aux questions relatives à l'organisation de la justice, aux offices, à l'université, ou encore aux hôpitaux ; ordonnance royale de 1629, dite Code Michau, composée de 461 articles et consacrée, pour l'essentiel, au droit commercial.

⁷²¹ Colbert aurait affirmé au roi soleil que « l'unité de législation serait assurément un dessein digne de la grandeur de Votre Majesté, et lui attirerait un abîme de bénédictions et de gloire ».

⁷²² Ordonnances de 1667 et 1670 sur la réformation de la justice civile et criminelle appelées vulgairement Code Louis ; ordonnance sur les eaux et forêt d'août 1669 ; ordonnance de 1673, dite Code marchand, servant de règlement pour le commerce des négociants et marchands tant en gros qu'en détail ; ordonnance de 1681 dite

286. *Instauration d'un référé royal.* La mutation des sources du droit vers un monopole monarchique ne s'est pas faite sans résistance. Les parlements d'Ancien régime, « défenseurs des provinces et du pluralisme juridique traditionnel »⁷²⁴, ont été réticents à enregistrer la mise œuvre des ordonnances royales. Pour en assurer l'application, l'autorité royale a dû adopter deux instruments complémentaires : la cassation et le référé royal.

Conscient que le juge pouvait être tenté de dévoyer le sens et la portée des ordonnances, le roi lui fit interdiction de les interpréter. C'était au monarque que les magistrats devaient s'adresser lorsqu'ils étaient conduits à les interpréter. La grande ordonnance de 1667 touchant réformation de la justice civile dispose que « si, dans les jugements et procès qui seront pendans en nos cours, il survient aucun doute ou difficulté sur l'exécution de nos Ordonnances, Edits, Déclarations et Lettre patentes, Nous leur défendons de les interpréter, mais voulons qu'en ce cas elles ayent à se retirer par-devers Nous, pour apprendre ce qui sera notre intention »⁷²⁵. Conçu comme « une arme de la royauté contre ses parlements »⁷²⁶, le référé royal faisait obstacle à ce que le juge trouvât sa règle en dehors de la lettre de la loi.

Intangible dans la formulation, l'obligation d'en référer au roi l'était toutefois moins dans son application. En effet « comme souvent dans l'Ancien Régime, une fois passé l'effet d'annonce, la royauté laissa faire ; grâce à quoi l'interprétation judiciaire, et donc la jurisprudence, eurent encore de beaux jours »⁷²⁷. « L'Ancien Régime est là tout entier : une règle rigide, une pratique molle ; tel est son caractère »⁷²⁸. Est-ce à dire pourtant que cette règle sans application est demeurée sans réelle portée ? Il faut prendre garde à ne pas juger l'importance du référé royal au nombre de ses applications. C'est son rôle posthume qui est digne d'intérêt, le référé royal, héritier de Justinien⁷²⁹, ne faisant qu'annoncer le référé législatif instauré durant la période intermédiaire.

code de la marine qui codifie de façon complète les usages en matière de transport maritime ; ordonnance de 1680 sur les traités et les gabelles ; ordonnance de 1685 dite Code noir, portant statut civil et pénal des esclaves noirs, ; il faut enfin ajouter les trois ordonnances du chancelier d'Aguesseau de 1731 (sur les donations), de 1735 (sur les testaments) et de 1747 (sur les substitutions).

⁷²³ F. GARNIER, « Notes pour une possible histoire de la construction de la norme », in *Les mutations de la norme, le renouvellement des sources du droit*, Economica, 2011, p. 30.

⁷²⁴ J.-M. CARBASSE, *Manuel d'introduction historique au droit*, PUF, 5^{ème} éd., 2013, p. 204.

⁷²⁵ Y.-L. HUFTEAU, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, PUF, 1965, p. 10.

⁷²⁶ *Ibid.*, p. 9.

⁷²⁷ J.-M. CARBASSE, *op. cit.*, p. 212.

⁷²⁸ A. DE TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, Gallimard, 1967, p. 140.

⁷²⁹ J.-M. CARBASSE, *op. cit.*, p. 212.

287. *Le référé législatif.* Les écrits sont nombreux quant à la période Révolutionnaire, qu'il s'agisse d'en révéler les causes ou d'en mesurer les effets. On y trouve la thèse bien connue selon laquelle la Révolution ne serait pas une franche rupture avec l'Ancien Régime mais plutôt une étape importante dans le processus de centralisation de l'État⁷³⁰ engagé depuis plusieurs siècles. Avec le recul, « il y a un grand nombre de lois et d'habitudes politiques de l'Ancien Régime qui disparaissent ainsi tout à coup en 1789 et qui se remontent quelques années après, comme certains fleuves s'enfoncent dans la terre pour reparaître un peu plus loin, faisant voir les mêmes eaux à de nouveaux rivages »⁷³¹. Telle est l'histoire du référé, instrument monarchique devenu l'étendard de la Révolution.

En effet, la période révolutionnaire est très justement présentée comme celle du culte de la loi. Produit de la volonté nationale, la loi devient l'unique source de droit, elle est l'expression de la liberté du peuple, garante de l'égalité de ses membres. Toutefois, de cette présentation il faut se garder de déduire que les Révolutionnaires ont créé la loi. Tel qu'il a été dit, le pouvoir central produisait depuis la fin de l'Ancien Régime une législation qui était d'ailleurs plébiscitée par les gouvernés⁷³². En substituant la volonté de tous (la Nation) à celle d'un seul (le monarque) les Révolutionnaires n'ont fait qu'exacerber l'absolutisme d'un instrument qui leur a préexisté. De la loi, les Révolutionnaires ont simplement radicalisé le règne et formulé l'idéologie⁷³³. Cette connaissance commune du droit légiféré explique que les problèmes auxquels le roi avait été en son temps confronté se furent retrouvés, en 1789, aux portes de l'Assemblée Constituante. Comment assurer à l'Assemblée nationale l'application fidèle, par les juges, des règles qu'elle allait édicter ? Comment se mettre à l'abri d'une « politique rétrograde » telle que celle « que les Cours souveraines soutinrent, sans désespérer, sous les règnes de Louis XV et Louis XVI »⁷³⁴ ? Les juges n'allaient-ils pas, à l'occasion de son application, corrompre l'esprit de la législation naissante et s'affranchir de la volonté nationale ? Robespierre, lui, en était convaincu. Si l'action du juge n'était pas strictement encadrée, toute l'œuvre de l'Assemblée était compromise. La seule solution était alors de ressusciter le principe romain selon lequel l'interprétation des lois appartient à celui qui fait la loi (*Ejus est interpretari legem qui condidit legem*). Il était en effet inévitable, comme par le

⁷³⁰ A. DE TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, Gallimard, 1967.

⁷³¹ *Ibid.*, p. 47.

⁷³² « A mesure que l'on descend le cours du XVIII^{ème} siècle, on voit s'accroître le nombre des édits, déclarations du roi, arrêt du Conseil, qui appliquent les mêmes règles, de la même manière, dans toutes les parties de l'empire. Ce ne sont pas seulement les gouvernants, mais les gouvernés, qui conçoivent l'idée d'une législation si générale et si uniforme, partout la même, la même pour tous ; cette idée se montre dans tous les projets de réforme qui se succèdent pendant trente ans avant que la Révolution n'éclate » (*Ibid.*, p. 154).

⁷³³ F. ZENATI-CASTAING, *La jurisprudence*, Dalloz, 1991, p. 45.

⁷³⁴ Y.-L. HUFTEAU, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, PUF, 1965, p. 5.

passé, que « si une autre autorité que celle du législateur pouvait interpréter les lois, elle finirait par les altérer et par élever sa volonté au dessus de la sienne »⁷³⁵. Confrontée au problème de l'interprétation par les juges des textes dont l'Assemblée serait l'auteure, la Constituante a consacré une solution sensiblement analogue à celle que le roi et l'empereur romain⁷³⁶ avaient imaginée : le référé législatif. Dans son système, le juge est dépossédé de tout pouvoir d'interprétation. Les litiges portés devant lui ne peuvent trouver solution autrement que par la simple application servile du texte législatif ; et lorsque la loi manque, lorsqu'elle est obscure, lorsqu'il croit nécessaire, soit de l'interpréter, soit d'en faire une nouvelle, le juge doit surseoir à statuer et s'adresser au Corps législatif. Le juge du fond n'était d'ailleurs pas le seul qui dût renvoyer au législateur les problèmes d'interprétation de la loi. L'arsenal législatif mis en œuvre par la loi des 16 et 24 août 1790 était rapidement consolidé par l'introduction d'un second référé législatif, destiné à l'arbitrage des conflits qui pouvaient naître entre les juridictions du fond et le Tribunal de cassation. Lorsqu'un jugement était « cassé deux fois, et qu'un troisième tribunal [jugeât] de la même manière que les deux premiers », la question devait alors être « soumise au Corps législatif » qui adoptait un « décret déclaratoire de la loi » auquel le Tribunal de cassation devait se conformer. Le conflit ouvert entre le Tribunal de cassation et les juridictions de fond révélait l'existence d'un problème d'interprétation de la loi⁷³⁷, interprétation dont le Corps législatif avait l'exclusivité.

288. L'interprétation sur renvoi n'est donc pas une création contemporaine, loin s'en faut. Elle puise ses racines dans le tréfonds de l'Histoire. Cela fait plus de deux millénaires que le juge, confronté à un problème d'interprétation, peut être amené à se dessaisir et en solliciter la solution auprès d'un organe extérieur. Pour autant, il faut prendre garde de ne pas assimiler le renvoi préalable à ces précédents historiques. La qualité de l'auteur de l'interprétation n'est pas sans incidence sur la nature même du mécanisme, or aujourd'hui, l'interprétation délivrée sur renvoi par l'auteur du texte n'est plus qu'une figure historique.

⁷³⁵ Archives parlementaires, 1^{ère} série, t. XV, p. 670, du 25 mai 1790.

⁷³⁶ Y.-L. HUFTEAU, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, PUF, 1965, p. 3.

⁷³⁷ *Ibid.*, p. 47.

b) La désaffectation contemporaine

289. Qu'un juge sollicite l'interprétation d'un texte à son auteur heurte la pensée juridique contemporaine. L'interprétation législative sur renvoi n'est aujourd'hui guère concevable. Deux séries d'arguments y font obstacle. La première tient très simplement à l'inadaptation du procédé. Le renvoi à l'auteur du texte souffre d'un déficit de compétitivité, défaut qui a d'ailleurs entraîné la mort prématurée du référé législatif⁷³⁸. La seconde tient à la séparation des pouvoirs. Il est en effet aujourd'hui inconcevable que le juge sollicite du législateur l'interprétation qu'il doit appliquer à l'espèce portée devant lui.

290. *Inadaptation de l'interprétation par voie législative.* L'idée est séduisante que l'auteur d'une loi est l'organe le plus autorisé à révéler son sens et à déterminer sa portée. Si la volonté du législateur n'est pas directement perceptible, pourquoi ne pas lui demander directement de la préciser ? Attrayante, l'idée pêche pourtant par défaut de réalisme. Créer la loi et résoudre les problèmes d'interprétation que révèle son application constituent deux missions bien différentes. Une assemblée législative dispose pour l'avenir par voie de prescriptions générales alors que l'interprétation s'applique à des situations passées. La mission du législateur est à exécution instantanée alors que l'interprétation est une activité progressive, chaque jour laissant apparaître un problème que l'auteur du texte n'avait pas envisagé. L'activité législative ne dispose donc pas d'une organisation lui permettant une tâche aussi importante. Matériellement, les règles d'organisation et de fonctionnement d'une assemblée législative ne sont pas conçues pour répondre aux diverses questions d'interprétation que l'application des lois peut quotidiennement révéler. Le référé législatif témoigne de cette inadaptation. En effet, au lendemain de sa création, l'Assemblée nationale a été envahie de demandes d'interprétation⁷³⁹ que, faute de temps, elle était incapable de traiter. « Le référé législatif se heurtait à la grande difficulté pratique d'obtenir des réponses de l'Assemblée dont l'ordre du jour était surchargé »⁷⁴⁰. Le mécanisme a connu, dès son origine, un succès incontestable. Il était le moyen pour les juges du fond « qui avaient beaucoup à se faire pardonner »⁷⁴¹ de se « retirer par devers l'Assemblée pour l'assurer de

⁷³⁸ « Il est certes indéniable que le système du référé législatif a échoué » (Y.-L. HUFTEAU, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, PUF, 1965, p. 103).

⁷³⁹ Y.-L. HUFTEAU, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, PUF, 1965, p. 51.

⁷⁴⁰ *Ibid.*

⁷⁴¹ *Ibid.*, p. 55.

leur respect et de leur remerciement au lendemain du 14 juillet 1789 »⁷⁴². A ce flot quantitatif s'ajoutait le fait que les questions dont était saisi le législateur étaient dénuées pour lui d'intérêt. Les matières traitées étaient de moins en moins politiques, l'interprétation demandée « était toujours mêlée à une question de qualification »⁷⁴³, si bien qu'« il y avait des référés auxquels il n'était, tout simplement, pas répondu »⁷⁴⁴. Cette inertie a conduit à l'excès inverse concernant le référé du Tribunal de cassation. Persuadé de son inefficacité, « la loi de 1807 devait être peu appliquée. Les rédacteurs des archives parlementaires croyaient pouvoir affirmer que trois applications seulement avaient eu lieu entre 1807 et 1813 »⁷⁴⁵. Sur ces quelques applications, « le référé du Tribunal de cassation du 17 prairial an II recevait sa solution le 7 nivôse an V, soit trois ans et demi après »⁷⁴⁶. L'abandon du référé législatif tient donc, pour partie, à son inefficacité. Cette inefficacité n'est pas tant celle de l'architecture du mécanisme que celle de l'interprétation par voie d'autorité⁷⁴⁷. Les problèmes d'interprétation posés par un texte à l'occasion de son application ne peuvent, matériellement, être résolus par son auteur, simplement parce que tel n'est pas l'office du législateur.

291. La séparation des pouvoirs. Une autre raison explique la disqualification du législateur en matière d'interprétation avant dire droit : la conception contemporaine de la séparation des pouvoirs. L'argument peut paraître paradoxal sachant que cette même théorie a justifié la création des référés législatifs. Dans la construction élaborée par les révolutionnaires, le juge n'était qu'un organe d'application de la loi, une loi élaborée et interprétée par le seul législateur. Le référé législatif participait d'« une conception rigoureuse de la séparation des pouvoirs »⁷⁴⁸, il en était la « garantie »⁷⁴⁹. Laisser au juge le pouvoir d'interpréter la loi, c'eût été lui confier une parcelle du pouvoir législatif. Le souci de respecter la séparation des pouvoirs fut pourtant une absurdité pour le législateur lui-même. Le Corps législatif a fait du référé une utilisation abusive et a trouvé en lui un moyen commode de « s'immiscer dans le fonctionnement de la justice »⁷⁵⁰. « L'Assemblée se comportait comme, antérieurement, aurait pu se comporter le roi »⁷⁵¹, elle pratiquait une sorte de justice

⁷⁴² *Ibid.*

⁷⁴³ Y.-L. HUFTEAU, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, PUF, 1965, p. 143.

⁷⁴⁴ *Ibid.*, p. 90.

⁷⁴⁵ *Ibid.*, p. 110.

⁷⁴⁶ *Ibid.*, p. 105.

⁷⁴⁷ Entendue comme l'interprétation par l'auteur du texte.

⁷⁴⁸ Y.-L. HUFTEAU, *op. cit.*, p. 47.

⁷⁴⁹ *Ibid.*, p. 49.

⁷⁵⁰ *Ibid.*

⁷⁵¹ *Ibid.*, p. 56.

retenue par le simple truchement de juges asservis. Cette instrumentalisation du référé inspira l'idée que l'interprétation délivrée à l'occasion d'une affaire ne pouvait être que le fait d'un organe juridictionnel. La séparation des pouvoirs, fondateur du référé législatif, était l'instrument de son démantèlement.

Le référé des juges du fond fut le premier à en pâtir. Par un arrêt important du 15 floréal an IV, le Tribunal de cassation a limité le référé aux affaires futures, considérant que « référer avant faire droit était provoquer une immixtion du Corps législatif dans le fonctionnement de la justice ». Avant même l'adoption de l'article 4 du Code civil, le Tribunal de cassation avait déjà ruiné le référé des juges du fond au nom de l'acte constitutionnel, au nom de séparation des pouvoirs. Le même destin fut réservé quelques années plus tard au référé devant la Cour de cassation. En effet, après l'adoption de la Charte de 1814 la question s'est posée de savoir qui, du roi ou des chambres législatives, allait interpréter la loi en cas de référé du Tribunal de cassation. La Chambre des Pairs et la chambre des députés revendiquaient cette attribution et sollicitaient du roi une loi leur reconnaissant ce rôle. Le Conseil d'État, consulté par le roi, délivra les 17 et 26 décembre 1823 un avis contraire. Selon cet avis, l'auteur de l'interprétation ne peut être le législateur car « les pouvoirs seraient confondus, puisqu'une partie de l'autorité judiciaire serait exercée par les chambres ». Seul le roi pouvait délivrer cette interprétation, en ce qu'il est source de toute justice. N'était-ce le meilleur moyen d'affirmer que le pouvoir d'interpréter la loi à l'occasion d'une affaire relève du pouvoir judiciaire⁷⁵². Ainsi « se trouvait reconnue la conception selon laquelle l'interprétation de la loi, pour un procès donné, appartenait à la fonction, à l'ordre judiciaire »⁷⁵³. L'idée de l'atteinte à la séparation des pouvoirs a ensuite été relayée par les parlementaires à l'occasion de la loi de 1828 abolissant le référé législatif. Calemard de Lafayette, rapporteur de la loi, déclara qu' « ajourner un procès jusqu'à la solution législative de la difficulté qu'il présente, c'est vouloir le faire juger par le pouvoir législatif »⁷⁵⁴.

292. L'histoire a donc fait son œuvre. Elle a montré que l'interprétation par le législateur n'est ni possible, ni souhaitable lorsqu'elle intervient avant dire droit. Elle est impossible en raison de l'inadaptation de l'organe législatif à la mission quotidienne d'interprétation des textes. Par son œuvre, le législateur pose des jalons, il fixe un cap, il arrête une ligne de

⁷⁵² Par cet avis, le Conseil d'État « reconnaissait que l'interprétation rendue pour régler le conflit était une décision judiciaire » (Y.-L. HUFTEAU, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, PUF, 1965, p. 119).

⁷⁵³ *Ibid.*, p. 120.

⁷⁵⁴ *Ibid.*, p. 128.

conduite. Les développements nécessaires à leur application sont étrangers à son office. Indésirable, cette forme d'interprétation l'est par les risques qu'elle fait courir à l'indépendance de la justice. Elle est plus la marque d'une confusion « des pouvoirs, qu'une garantie de leur séparation »⁷⁵⁵. Hufteau a su identifier et résumer les travers qui ont précipité la chute de l'interprétation législative. « A l'impossibilité pratique pour le législateur de trancher les conflits entre cours d'appel et Cour de cassation par des lois interprétatives (...) s'ajoutait le principe de la *séparation des pouvoirs* qui interdisait les lois interprétatives au sens le plus propre »⁷⁵⁶. L'auteur de l'interprétation délivrée sur renvoi préalable ne peut donc être le législateur. Il ne peut être qu'une juridiction.

2) Le choix de l'interprétation juridictionnelle

293. Un organe juridictionnel. La lecture des écrits consacrés aux mécanismes d'interprétation sur renvoi semble ne laisser aucun doute quant à la nature de leur destinataire. Cour de cassation, Conseil d'État, Conseil constitutionnel, Cour de justice de l'Union européenne, Cour européenne des droits de l'homme, autant d'organes que les auteurs n'hésitent pas à qualifier de juridictions⁷⁵⁷.

Un regard rétrospectif sur la définition qui a été précédemment retenue de la juridiction⁷⁵⁸ suffit pourtant à altérer les certitudes et laisser place au doute. La doctrine et le droit positif⁷⁵⁹ définissent généralement la juridiction comme un organe qui « tranche les litiges par application d'une règle de droit ». Or il n'est rien de moins certain que, lorsqu'ils statuent sur renvoi préalable, la Cour de cassation, le Conseil d'État et la Cour de justice⁷⁶⁰ fassent acte de juridiction au sens ainsi défini. L'essence même du renvoi préalable consiste à séparer la

⁷⁵⁵ Y.-L. HUFTEAU, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, PUF, 1965, p. 81.

⁷⁵⁶ *Ibid.*, p. 133.

⁷⁵⁷ P. JUILLARD, « Procédure des questions préjudicielles et renforcement du lien communautaire », *RDE* 1968. 293 ; A. ASHWORTH, « Singularité et tradition, l'article 12 de la loi du 31 décembre 1987 », *RDP* 1990. 1473 ; D. PERROT, « La Cour de justice des communautés européennes face aux questions préjudicielles en interprétation du droit communautaire », in *Mélanges en hommage à Bernard Vonglis*, L'Harmattan, 2000, p. 299 ; J. PERTEK, « Renvoi préjudiciel », in *Dictionnaire juridique de l'Union européenne*, Bruylant, 1999 ; D. SIMON, « La contribution de la Cour de cassation à la construction juridique européenne : Europe du droit, Europe des juges », in *Rapport annuel de la Cour de cassation 2006*, La documentation française, 2007, en ligne sur http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_2006_2284/ ; F. DIEU, « Le Conseil d'État face à l'autorité des interprétations données par la CJCE dans le cadre d'un renvoi préjudiciel : une position délicate », *RTDE* 2007. 473 ; D. ROUSSEAU, « Le procès constitutionnel », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, p. 47.

⁷⁵⁸ V. *supra* n° 185 et s.

⁷⁵⁹ Art. 12 CPC : « Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ».

⁷⁶⁰ Le doute sera accentué lorsque la Cour européenne des droits de l'homme pourra statuer sur demande d'avis.

solution du litige de la détermination de la règle de droit. Lorsque le Conseil d'État ou la Cour de cassation rendent un avis, lorsque la Cour de justice délivre une interprétation, ils « délivrent le droit », mais à aucun moment ils ne tranchent un quelconque litige. En d'autres termes, s'ils disent le droit, à aucun moment ils ne l'appliquent à l'affaire pendante devant le juge. « Or s'il est difficile de s'entendre sur ce qu'est le droit que dit le juge, il est au moins unanimement admis qu'il ne se réduit pas à la règle de droit. Cela suffit à autoriser la déduction que le juge qui ne dit que la règle de droit n'est pas, *a priori*, un véritable juge »⁷⁶¹. Parce qu'ils disent le droit indépendamment de son application au litige, la Cour de cassation, le Conseil d'État et la Cour de justice semblent ne pas répondre à la définition de la juridiction. Comment, dès lors, sortir de ce paradoxe qui voit des institutions qualifiées de juridictions, alors qu'elles ne répondent manifestement pas à sa définition ?

La première solution, radicale, consisterait à affirmer que le destinataire du renvoi n'est tout simplement pas une juridiction. Toutefois, outre que cette affirmation ne saurait se vérifier lorsque l'interprétation est délivrée à l'occasion d'un contrôle de validité⁷⁶², il paraît bien difficile de se résigner au fait que la Cour de cassation, le Conseil d'État ou la Cour de justice ne sont pas des juridictions. L'explication est donc ailleurs. Elle tient simplement à la polysémie de ce terme.

Lorsqu'il est affirmé que le renvoi préalable est un mécanisme de *coopération entre juridictions*, l'acception « juridiction » ne fait pas l'objet d'une signification unique et homogène. Le substantif désigne deux réalités différentes selon qu'il s'agit de désigner l'auteur du renvoi ou son destinataire. La définition retenue pour désigner le premier est alors impropre à caractériser le second. L'auteur du renvoi est une juridiction entendue comme un organe qui tranche des litiges par application des règles de droit. Le destinataire du renvoi est une juridiction dans un sens exclusivement organique. Les auteurs qui qualifient le destinataire du renvoi de juridiction entendent moins affirmer qu'il est un juge, que mettre en avant la place de cet organe dans la trilogie des pouvoirs héritée de Montesquieu. Il ne s'agit pas tant de savoir si l'interprétation est donnée à l'occasion d'un acte juridictionnel que, dans une logique constitutionnaliste, de confier l'interprétation à un organe impartial et indépendant des pouvoirs exécutifs et législatifs. Il s'agit simplement d'appuyer le fait que

⁷⁶¹ F. ZENATI-CASTAING, « La nature de la Cour de cassation », Conférence prononcée le 14 novembre 2002 en la Grand'Chambre de la Cour de cassation, *BICC*, 15/04/2003, n° 575.

⁷⁶² En effet le Conseil constitutionnel exerce bel et bien une mission juridictionnelle lorsqu'il abroge un texte contraire à la Constitution. Il ne se contente pas d'interpréter, il tire les conséquences de cette interprétation en l'appliquant à la loi contrôlée.

cette institution est organisée en juridiction. Le destinataire du renvoi est une juridiction en ce sens qu'il est un organe juridictionnel rattaché, en tant que tel, au pouvoir judiciaire.

294. Illustration. Il ne fait aucun doute que, formellement, la Cour de cassation⁷⁶³, le Conseil d'État, le Tribunal des conflits et la Cour de justice de l'Union Européenne sont organisés en juridiction. L'indépendance et l'impartialité des membres qui les composent sont assurées par un statut protecteur garantissant leur inamovibilité. Gage de permanence et de pérennité, ces organes composés de magistrats⁷⁶⁴ voient leur institution garantie par la loi, la Constitution ou les traités. Cette qualité de juridiction se retrouve jusque dans la terminologie employée pour qualifier leurs décisions : les arrêts. Ces décisions sont rendues au terme d'une procédure organisée donnant au principe du contradictoire toute son effectivité. L'ensemble de ces éléments laisse à penser que la Cour de cassation, le Conseil d'État, le Tribunal des conflits et la Cour de justice sont organiquement des juridictions⁷⁶⁵.

S'agissant du Conseil constitutionnel, l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité a été l'occasion d'une formalisation de sa procédure. Le contradictoire est organisé par la possibilité accordée à la partie au litige principal, au Gouvernement et aux autorités intervenantes, de produire des pièces et de formuler des observations au soutien de leurs prétentions⁷⁶⁶. Elle l'est encore par l'obligation faite au Conseil d'informer ces mêmes acteurs de sa volonté de soulever d'office un moyen d'inconstitutionnalité⁷⁶⁷, règle qui n'est pas sans rappeler celle appliquée devant les juridictions administratives et judiciaires. « La publicité des débats est assurée par l'ouverture de la salle d'audience au public, l'aménagement d'une salle réservée au public, un système de vidéotransmission des débats

⁷⁶³ Le Tribunal de cassation s'est lentement émancipé de la tutelle du pouvoir législatif, alors qu'il lui était originellement attaché. Le législateur ne peut plus casser les arrêts de la Cour de cassation, et le rapport annuel de celle-ci n'a plus pour vocation de scruter son action. Enfin, la nomination de ses membres est indépendante de tout emprise du pouvoir législatif, ce qui n'était pas le cas lors de l'institution du Tribunal de cassation.

⁷⁶⁴ René Chapus considère que les membres des juridictions administratives sont des magistrats et qu'ils détiennent cette qualité « tant du fait qu'ils exercent des fonctions de nature juridictionnelle, qu'en raison du statut d'indépendance dont ils bénéficient, qui les met en mesure de s'acquitter de leurs fonctions avec l'objectivité et l'impartialité qui s'imposent à ceux qui ont la charge de juger, et qui sociologiquement comme juridiquement est indissociable de la qualité de magistrat » (R. CHAPUS, « Qu'est ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative », in *Mélanges Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 265).

⁷⁶⁵ « Il n'y a pas de difficulté qui s'attache à la nature de l'institution que constitue la Cour de cassation. Il s'agit formellement d'une Cour, elle est composée de magistrats et rend des arrêts au terme d'une procédure, autant d'ingrédients qui en font assurément une juridiction » (F. ZENATI-CASTAING, « La nature de la Cour de cassation », Conférence prononcée le 14 novembre 2002 en la Grand'Chambre de la Cour de cassation, *BICC*, 15 avril 2003, n° 575).

⁷⁶⁶ Art. 1^{er} al. 4 du règlement intérieur du 4 février 2010 sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité.

⁷⁶⁷ Art. 7 du règlement intérieur du 4 février 2010 sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité

depuis la salle d'audience et la diffusion, décidée par le président du Conseil après avoir recueilli l'avis des parties, des débats sur le site Internet du Conseil »⁷⁶⁸. La règle de l'oralité et le secret du délibéré sont également consacrés par le règlement de procédure du Conseil⁷⁶⁹ dont l'article 4 établit un mécanisme de récusation garantissant son impartialité. Le mode de nomination des membres du Conseil inspire une certaine réserve, surtout du fait de la présence d'anciens présidents de la République⁷⁷⁰, mais le statut desdits membres apporte tout de même nombre de garanties d'indépendance, critère consubstantiel à la notion de magistrat. Nommés pour une durée de neuf années, les membres du Conseil doivent respecter certaines incompatibilités⁷⁷¹, sont soumis à un devoir de réserve⁷⁷² et ne peuvent voir leur nomination renouvelée⁷⁷³.

295. Indépendance des définitions. Le lecteur sera peut être surpris par cette conclusion paradoxale que la Cour de cassation, le Conseil d'État et la Cour de justice sont organiquement institués en juridiction, mais que leur mission, lorsqu'ils statuent sur renvoi, n'est pas a proprement parler juridictionnelle. Toutefois, la fonction de juridiction (dire le droit applicable à un litige) peut être attribuée à des organes non juridictionnels. La mission de dire le droit applicable à un litige peut être attribuée « à un juge au sens exact, mais aussi à un organisme indépendant qui, sans constituer une juridiction, exercera une mission, une fonction juridictionnelle »⁷⁷⁴. Tel est le cas des autorités administratives indépendantes ou des arbitres⁷⁷⁵ qui ne sont pas des juridictions. Inversement un organe juridictionnel peut se voir attribuer des missions extra-juridictionnelles. Les mesures d'administration judiciaire en sont un exemple topique. Tel est également le cas lorsque la juridiction tranche le litige sans

⁷⁶⁸ D. ROUSSEAU, « Le procès constitutionnel », *Droits*, 2011, n° 37, p 53.

⁷⁶⁹ Article 11 du règlement intérieur du 4 février 2010 sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité.

⁷⁷⁰ Art. 56 de la Constitution du 4 octobre 1958. Il est à noter que la suppression de ce privilège est à l'ordre du jour. Voir sur ce point le rapport remis par la Commission de rénovation et de déontologie publique au président de la République et intitulé « Pour un renouveau démocratique ». La proposition 32 prévoit en effet de « supprimer la catégorie des membres de droit du Conseil constitutionnel et interdire l'exercice de toute activité de conseil à ses membres ».

⁷⁷¹ Art. 58 de la Constitution française du 4 octobre 1958 complété par l'article 4 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel telle que modifiée par l'article 40 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011.

⁷⁷² Art. 1 et 2 du décret n° 59-1292 du 13 novembre 1959 sur les obligations des membres du Conseil constitutionnel.

⁷⁷³ Article 56 de la Constitution du 4 octobre 1958.

⁷⁷⁴ S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile, droit interne et droit de l'Union européenne*, Dalloz, 31^{ème} éd., 2012, p. 701, n° 1015.

⁷⁷⁵ « On paie bien les arbitres dont le pouvoir juridictionnel n'est plus discuté » (H. CROZE, « Un notaire n'est pas un juge », *Gaz. Pal.*, 26 juillet 2008, n° 208, p. 4).

appliquer les règles de droit⁷⁷⁶ ou, inversement, lorsqu'elle dit le droit sans trancher le litige⁷⁷⁷. Les juridictions font quotidiennement des actes qui ne sont pas des actes juridictionnels de sorte qu'acte juridictionnel et juridiction sont tout à fait dissociables. Le Conseil d'État⁷⁷⁸, la Cour de cassation⁷⁷⁹ et la Cour de justice⁷⁸⁰ sont organisés en juridiction, ne serait-ce que parce que certaines de leurs attributions sont juridictionnelles. Mais lorsqu'elles se contentent de délivrer une interprétation, elles sont des juges (...) qui ne jugent pas.

296. Caractère suprême de la juridiction auteur de l'interprétation. La désignation du destinataire du renvoi ne peut être laissée à une juridiction quelconque. Il ne faut pas perdre de vue la finalité du renvoi, qui consiste à donner une interprétation unifiée des règles de droit. Il en résulte qu'un seul et unique organe doit être habilité à délivrer l'interprétation officielle du texte. La juridiction saisie sur renvoi ne se conçoit donc pas autrement que sous la forme d'une juridiction suprême. Seule une telle institution est à même de centraliser les questions de droit importantes et d'y apporter une réponse uniforme. L'étude des espèces de renvoi traduit cette nécessité. La qualification de juridiction est souvent agrémentée d'un adjectif manifestant leur prééminence. L'auteur de l'interprétation délivrée sur renvoi est une

⁷⁷⁶ « Les jugements dans lesquels le juge a tranché non pas en droit mais en amiable composition ne sont pas juridictionnels. Statuer en équité n'est pas statuer en droit, car le droit n'est pas dit dans cette hypothèse », (S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *op. cit.*, p. 705, n° 1021).

⁷⁷⁷ M. BANDRAC, « De l'acte juridictionnel et de ceux des actes du juge qui ne le sont pas », in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drat*, Dalloz, 2000, p. 171.

⁷⁷⁸ Le Conseil d'État jouit aujourd'hui encore d'une compétence de premier ressort notamment concernant les recours dirigés contre les décrets, ordonnances (art. R. 311-1 al.1^{er} du CJA), contre certaines décisions ministérielles (art. R. 311-1 al. 2) ou encore contre certaines décisions des organismes collégiaux à compétence nationale (R. 311-4 du CJA). Il est également directement compétent en ce qui concerne les litiges d'ordre individuel des fonctionnaires nommés par décret du président de la République (R. 311-3 du CJA) ou pour connaître des litiges nés en dehors des territoires soumis à la juridiction d'un tribunal administratif (art. R. 311-1 al 6 du CJA). Exemple particulièrement évocateur, le Conseil d'État est directement compétent pour statuer sur les litiges opposant l'État français aux titulaires de marchés publics signés et exécutés en territoire étranger (CE 3 juillet 1968, *Lavigne et Le Mée*, AJ 1969. 253, concl. G. BRAIBANT). Il demeure également le juge d'appel de droit commun. La loi du 31 décembre 1987 n'a investi les cours administratives d'appel que d'une compétence d'appel de droit commun à l'égard des jugements des tribunaux administratifs, compétence qui constitue, il est vrai, l'essentiel du contentieux d'appel. Sur ce point : R. CHAPIS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrétien, 12^{ème} édition, 2006, p. 288, n° 335-3.

⁷⁷⁹ Si la question de la nature juridictionnelle de la Cour de cassation a pu être longuement débattue (F. ZENATI-CASTAING, *La jurisprudence*, Dalloz, 1991, p. 186 ; F. ZENATI-CASTAING, « La nature de la Cour de cassation », *BICC*, 15 avril 2003, n° 575), il semble ne plus faire aucun doute aujourd'hui, du fait de son évolution, que si elle n'est pas un troisième degré de pleine juridiction, elle est une juridiction (J. BORE, L. BORE, *La cassation en matière civile*, Dalloz action 2009/2010, p. 5).

⁷⁸⁰ La Cour de justice de l'Union Européenne est compétente, par exemple, pour connaître de la responsabilité non contractuelle de l'Union à raison des dommages causés par ses institutions ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions (articles 268 et 340 TFUE (ex-article 288 TCE)).

juridiction, mais pas n'importe laquelle, il est une « juridiction suprême »⁷⁸¹, une « Haute juridiction »⁷⁸².

297. Modification de l'ontologie du renvoi. L'auteur de l'interprétation constitue une différence importante séparant les renvois historiques et le renvoi préalable. La réservation initiale de l'interprétation à l'auteur du texte s'est effacée devant une interprétation assurée par des juridictions indépendantes. Cette différence quant à la nature de l'interprète a parfois été mobilisée⁷⁸³ pour contester l'analogie facile entre, d'une part, le rescrit de droit romain et les référés, et, d'autre part, les espèces de renvoi préalable. Il ne semble pas toutefois que la pleine mesure de cette dissemblance ait été véritablement perçue. Le transfert du pouvoir d'unifier l'interprétation depuis l'auteur du texte vers un organe juridictionnel est lourd de conséquences passées inaperçues. Cette mutation a profondément modifié l'ontologie même du renvoi, réduisant à néant l'analogie entre ses manifestations historiques et ses réalisations contemporaines.

298. L'apanage de l'auteur du texte dans son interprétation est lourd de sens. Il renseigne sur la substance même du mécanisme de renvoi. Pourquoi l'empereur était-il le seul destinataire du rescrit ? Pourquoi le roi était-il le destinataire du référé monarchique ? Pourquoi le Corps législatif était-il le destinataire du référé éponyme ? Une même volonté a toujours présidé à l'instauration de ces mécanismes historiques : celle qu'a l'émetteur de la norme d'éviter que son œuvre ne lui échappe⁷⁸⁴. La création des règles de droit est un vecteur

⁷⁸¹ P. CHAUVIN, « La saisine pour avis », in *Rapport de la Cour de cassation pour 1993*, Documentation française, 1994, p. 54 ; Y. GAUDEMET, « La prévention du contentieux administratif par les avis du Conseil d'État », *RA*, n° spécial 1999, p. 98 ; v. égal. le dossier « La pratique du renvoi préjudiciel », in *Rapport annuel de la Cour de cassation pour 2006*, La documentation française, 2007, en ligne : http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_2006_2284/

⁷⁸² A.-M. MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *JCP* 1992. I. 3576, spéc. p. 178 ; G. KEROMNES, « La saisine pour avis de la Cour de cassation, examen des conditions de recevabilité des demandes », *Gaz. Pal.*, 1997, p. 1571 ; F. BRENET, A. CLAEYS, « La procédure de saisine pour avis du Conseil d'État : pratique contentieuse et influence en droit positif », *RFDA* 2002. 525 ; H.-M. DARNANVILLE, « La saisine pour avis du Conseil d'État et de la Cour de cassation », *AJDA* 2001. 416 ; C. PELLETIER, « Quinze ans après : l'efficacité des avis de la Cour de cassation », in *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de P. Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 430.

⁷⁸³ Y. GAUDEMET, « La prévention du contentieux administratif par les avis du Conseil d'État », *RA*, n° spécial 1999, p. 98.

⁷⁸⁴ Alexis de Tocqueville remarquait déjà fort justement qu' « on n'a jamais vu dans les siècles passés de souverain si absolu et si puissant qui ait entrepris d'administrer par lui-même, et sans les secours de pouvoirs secondaires, toutes les parties d'un grand empire ; il n'y en a point qui ait tenté d'assujettir indistinctement tous ses sujets aux détails d'une règle uniforme, ni qui soit descendu à côté de chacun d'eux pour le régenter et le conduire (A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, Flammarion, 2010, Quatrième partie, Chapitre 6 intitulé : « quelle espèce de despotisme les nations démocratiques ont à craindre ? »).

essentiel du pouvoir. Conscient que l'interprète concourt à son élaboration, le souverain ne pouvait s'assurer la maîtrise de sa production qu'en se réservant l'exercice de l'interprétation. De ce point de vue, le rescrit et les référés apparaissent avant tout comme des mécanismes de défiance vis-à-vis de l'autorité juridictionnelle. Ils reposent en entier sur une suspicion du souverain et sur sa volonté d'éviter que le juge n'usurpe une partie de son pouvoir.

L'esprit qui anime le renvoi préalable est radicalement différent. Il ne s'agit plus de permettre au législateur de retenir jalousement l'interprétation de son droit, mais d'assurer au mieux son unification. La translation du pouvoir d'unifier l'interprétation n'est donc pas un point de détail. Au contraire, elle a profondément modifié l'ontologie même des mécanismes préjudiciels d'interprétation. Outils de contrôle par le passé, ils reposent aujourd'hui sur une confiance légitime de ses acteurs, à la fois celle du législateur vis-à-vis de l'organe chargé de délivrer l'interprétation officielle et celle de cet organe vis-à-vis des juridictions inférieures.

299. Toutefois, si le renvoi préalable ne peut être assimilé aux renvois historiques en interprétation, il n'est pas dépourvu de parenté à leur égard. Du rescrit et du référé il a recueilli de cette idée-force que l'unification de l'interprétation peut reposer sur un renvoi contentieux. Si le renvoi préalable a délaissé l'esprit de ses prédécesseurs, leur technique a quant à elle traversé les âges. Le renvoi préalable est pour partie l'héritier des rescrits de droit romain et autres référés. Il ne l'est que « pour partie », car la translation du pouvoir interprétatif vers un organe juridictionnel fait également de lui l'héritier de la cassation.

En effet, la cassation a favorisé l'éclosion de l'uniformisation juridictionnelle de l'interprétation. Le passage de l'interprétation par voie d'autorité à l'interprétation juridictionnelle se situe à la charnière des XVIII^{ème} et XIX^{ème} siècles, à un moment où le référé législatif s'était avéré incapable de remplir son office. La cassation s'est alors engouffrée dans la brèche résultant de cette vacuité pour s'émanciper peu à peu de la tutelle législative et devenir un organe juridictionnel et autonome. Elle fut le support, le vecteur de l'émergence de l'unification juridictionnelle de l'interprétation.

300. *Ancrage historique du renvoi préalable.* La question de la détermination de l'auteur de l'interprétation délivrée sur renvoi nous emmène bien au delà des conclusions prévisibles. Elle permet d'ancrer la notion de renvoi préalable dans une histoire qui apparaît pluri-millénaire.

Des rescrits et référés, le renvoi préalable a conservé une partie de la technique, celle du renvoi même. De la cassation, il a hérité du caractère juridictionnel de l'interprétation.

Dans l'histoire de l'unification de l'interprétation, il apparaît donc comme une nouvelle évolution. Il est à peu près certain que si ces ancêtres n'avaient jamais existé, il ne serait pas là aujourd'hui. Créé pour le futur, il s'est enrichi du passé. De l'amalgame de ces éléments naît une notion à la subtile alchimie, participant d'un esprit radicalement nouveau.

§ 2 - L'INTERPRÉTATION EN TANT QUE RESULTAT

301. L'interprétation délivrée sur renvoi est un moyen pour les juridictions suprêmes d'unifier l'interprétation et de concourir ainsi, avec le législateur, à l'élaboration de la norme. De cette manière de concevoir l'acte d'interprétation découlent les formes que son produit doit emprunter. En d'autres termes, l'interprétation en tant que résultat est formellement dépendante de cette manière de voir l'interprétation, non comme un acte de révélation, mais comme un travail partagé entre la contrainte d'un texte et la volonté de son interprète. Si le juge participe autant que le législateur à l'élaboration de la norme, il n'est rien d'illogique à ce que le premier soit soumis aux contraintes que le système juridique fait peser sur le second. L'interprétation délivrée sur renvoi doit être formulée de manière générale et abstraite et présente ainsi des spécificités qui ne sont pas sans rappeler celles du texte duquel elle s'extrait. Tous deux partagent un « même caractère général, impersonnel et abstrait »⁷⁸⁵ au point que les énoncés interprétatifs délivrés sur renvoi pourraient facilement se loger « dans un texte législatif »⁷⁸⁶. Leur mimétisme est tel qu'il est souvent impossible de dire si l'énoncé est celui d'un texte ou le produit de son interprétation. Est-ce la loi ou la Cour de cassation⁷⁸⁷ qui énonce qu'« une amende de composition pénale exécutée ne peut pas constituer le premier terme d'une récidive »⁷⁸⁸ ou qui « répute non écrite comme abusive la clause, telle

⁷⁸⁵ A. VIALA, « De la dualité du sein et du sollen pour mieux comprendre l'autorité de la chose interprétée », *RDP* 2001. 802.

⁷⁸⁶ *Ibid.*

⁷⁸⁷ Les exemples sont nombreux concernant la Cour de cassation : « la conversion d'une peine d'emprisonnement sans sursis en une peine d'emprisonnement avec un sursis assorti de l'obligation d'effectuer un travail d'intérêt général n'a pas d'incidence sur une condamnation antérieure à une peine d'emprisonnement assorti d'un sursis avec mise à l'épreuve révoqué par la juridiction ayant prononcé la condamnation convertie » (Cass. avis, 6 avril 2009, n° 0090001 P) ; « la juridiction de l'application des peines ne peut ordonner, dans sa décision d'aménagement de peines, le maintien d'un condamné à l'établissement de son lieu d'écrou, dès lors que n'existe, dans cet établissement, ni quartier de semi-liberté ni quartier pour peines aménagées » (Cass. avis, 21 novembre 2005, n° 0050010) ; « un salarié qui a accepté la convention de reclassement personnalisé prévue par l'article L 321-4-2 du code du travail et dont le contrat de travail est alors, aux termes de cette disposition, "réputé rompu du commun accord des parties" est recevable à contester l'ordre des licenciements » (Cass. avis, 7 avril 2008, n° 0080002 P).

⁷⁸⁸ Cass. avis, 18 janvier 2010, n° 0090005 P.

qu'interprétée par le juge, prévoyant l'augmentation du montant du crédit initial sans acceptation par l'emprunteur d'une nouvelle offre de crédit »⁷⁸⁹ ? Est-ce la loi ou le Conseil d'État⁷⁹⁰ qui pose que « l'absence de transmission [au représentant de l'État dans le département] de la délibération autorisant le maire à signer un contrat avant la date à laquelle le maire procède à sa conclusion entraîne l'illégalité dudit contrat ou, s'agissant d'un contrat privé, de la décision de signer le contrat »⁷⁹¹ ? Bien téméraire serait celui qui prendrait sans réserve position pour le caractère textuel ou interprétatif de l'énoncé. Cette généralité et cette abstraction se poursuivent lorsqu'il s'agit, non plus des textes législatifs, mais de ceux qui leurs sont hiérarchiquement supérieurs. Les auteurs n'ont pas tardé à remarquer avec quel détachement la Cour de justice délivre ses interprétations. L'affirmation selon laquelle « la juridiction nationale qui, saisie d'un litige concernant le droit communautaire, estime que le seul obstacle qui s'oppose à ce qu'elle ordonne des mesures provisoires est une règle de droit national doit écarter l'application de cette règle »⁷⁹², aurait tout à fait pu trouver place au sein même des traités. Le Conseil constitutionnel n'est pas en reste. Ses interprétations sont tout aussi impersonnelles dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité qu'elles pouvaient l'être dans le cadre de la saisine *a priori*. Elles le sont non seulement lorsqu'il reprend purement et simplement des énoncés façonnés de longue date⁷⁹³, mais également lorsqu'il fait évoluer sa jurisprudence dans le cadre du mécanisme nouvellement introduit. Ainsi par exemple, le Conseil constitutionnel, après avoir rappelé que « le principe de nécessité des peines implique que la loi pénale plus douce soit rendue immédiatement applicable aux infractions commises avant son entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à des condamnations passées en force de chose jugée », considère de manière toute aussi

⁷⁸⁹ Cass. avis, 10 juillet 2006, n° 0060006 P.

⁷⁹⁰ L'avis cité n'est qu'un exemple parmi ceux qui révèlent une interprétation générale et abstraite. A titre d'exemple complémentaire : « les intérêts des emprunts souscrits par les candidats pour financer leur campagne sont des dépenses électorales qui peuvent être prises en compte pour le calcul du remboursement forfaitaire de l'État » (Cass. avis, 30 avril 2004, n° 263319) ; « l'article L. 313-14 [du CESEDA] ne fait, en tout état de cause, pas obstacle à l'exercice, par l'autorité administrative, du pouvoir discrétionnaire qui lui appartient, dès lors qu'aucune disposition expresse ne le lui interdit, de régulariser la situation d'un étranger, compte tenu de l'ensemble des éléments de sa situation personnelle dont il justifierait » (CE avis, 8 juin 2010, n° 334793).

⁷⁹¹ CE avis, 10 juin 1996, n° 176873 / 176874 / 176875.

⁷⁹² CJCE, 19 juin 1990, *The Queen contre Secretary of State for Transport*, C-213/89.

⁷⁹³ Les exemples sont nombreux s'agissant des caractères de généralité et d'abstraction attachés aux interprétations constitutionnelles. S'agissant du principe d'égalité, le Conseil considère par exemple avec constance qu'il « ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit » (CC 2010-13 QPC du 9 juillet 2010, *M. Orient O. et autres* ; CC 2010-28 QPC du 17 septembre 2010 ; CC 2010-92 QPC du 28 janvier 2011, *Corinne C.*) ; s'agissant du droit de propriété il énonce abstraitement « qu'en l'absence de privation du droit de propriété, il résulte de l'article 2 de la Déclaration de 1789 que les limites apportées à son exercice doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi » (CC 2011-193 QPC du 10 novembre 2011, *Jeannette R, épouse D.*).

générale, abstraite et impersonnelle que ce même principe trouve exception « lorsque la répression antérieure plus sévère était inhérente aux règles auxquelles la loi nouvelle s'est substituée »⁷⁹⁴. Il y a là un énoncé qui pourrait sans détonner « figurer dans le corps même de la Constitution »⁷⁹⁵.

302. Pourquoi l'interprétation adopte-t-elle ces caractères de généralité et d'abstraction ? Cette forme est une contrainte du système juridique à laquelle le juge doit souscrire à l'instar du législateur. L'interprétation générale et abstraite (A) se heurte toutefois dans le système juridique français, à l'interdiction faite aux juridictions de statuer par voie de disposition générale et réglementaire (B).

A) La nécessité d'une interprétation générale et abstraite

303. *Le rejet de la théorie de l'incorporation.* Selon une théorie célèbre, l'interprétation serait dès son émission incorporée au texte qui la fonde, elle perdrait son existence propre pour ne devenir « rien d'autre que la loi elle-même »⁷⁹⁶. Les caractères général et abstrait de l'interprétation pourraient donc s'expliquer par le fait qu'incorporée à la loi, l'interprétation ne peut qu'en adopter les caractères. Ce ne serait d'ailleurs pas tant l'interprétation qui est générale et abstraite, que la loi dont elle donne le sens. L'interprète qui agit au nom du législateur exécute son office à l'image de celui-ci, il délivre une interprétation à son image. La théorie de l'incorporation permet d'expliquer les caractères général et abstrait de l'interprétation lorsqu'on peut la considérer comme la révélation d'un sens déjà là, d'un sens pensé dès l'origine par le législateur. Elle n'est plus explicative lorsque l'interprétation devient un acte mêlant à la fois la connaissance du texte et la volonté de son interprète. Si, sur le fondement d'un seul et même texte, l'interprète est libre de choisir entre plusieurs interprétations, s'il peut d'ailleurs changer cette interprétation par un revirement de jurisprudence, c'est que la règle d'interprétation n'est pas incorporée au texte qui la fonde mais qu'elle dispose au contraire d'une existence propre. La règle de droit formulée par le législateur devient alors « un noyau, un centre autour duquel gravitent des règles de droit

⁷⁹⁴ CC 2010-74 QPC du 3 décembre 2010, *Jean-Marc P. et autres*.

⁷⁹⁵ A. VIALA, « De la dualité du sein et du sollen pour mieux comprendre l'autorité de la chose interprétée », *RDP* 2001. 802.

⁷⁹⁶ N. MOLFESSIS, « La jurisprudence supra-constitutionem », *JCP G* 2010. 1039.

secondaire »⁷⁹⁷. Or ces règles d'interprétation, si elles sont dépendantes du texte sur lequel elles prennent racine, n'en sont pas pour autant incorporées à celui-ci.

304. Il est donc vain de tenter d'expliquer les caractères de l'interprétation par son incorporation au texte interprété. La raison est ailleurs. L'interprétation générale et abstraite est une nécessité imposée tant au législateur qu'à l'interprète, par la conception que notre système juridique retient du Droit (1). Tout l'intérêt du renvoi préalable tient justement à ce que, plus que tout autre instrument, il permet de satisfaire à cette nécessité (2).

1) Une nécessité imposée par le système juridique.

305. *Système de common law.* Dans les pays de *common law*, le droit est avant tout conçu comme le produit de l'activité prétorienne. Il est l'aboutissement d'une « discussion des juges et ses savants collègues »⁷⁹⁸ dont le point de départ est constitué par les faits qui leurs sont rapportés. La règle de droit n'est pas alors conçue comme une règle impersonnelle, générale et abstraite, indépendante des faits auxquels les juges doivent l'appliquer. Au contraire, elle émerge du fait et entretient avec lui une relation d'intimité consubstantielle. Loin de se présenter comme un système clos, abstrait et cohérent, le droit présente avant tout un caractère casuistique.

Pour pallier le risque que cette casuistique fait courir à l'unité du droit, la *common law* a soumis le juge à la règle du précédent obligatoire⁷⁹⁹. Si cette règle peut toujours être contournée par le juge, il n'empêche qu'elle constitue pour lui une contrainte qui permet de maintenir l'unité globale du système. Avant de trancher un litige, le juge va rechercher si le problème qu'il doit juger n'a pas déjà été soumis à l'un de ses prédécesseurs.

306. *Système romano-germanique.* C'est une autre logique qui anime les systèmes de droit romano-germanique. Le droit y est conçu, non comme le produit de l'activité du juge,

⁷⁹⁷ R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, 12^{ème} éd., 2013, p. 76.

⁷⁹⁸ R. DAVID, « *La jurisprudence* », RRJ, 1985, p. 807.

⁷⁹⁹ « Un tel système ne peut fonctionner de façon rigoureuse que s'il se double d'un système de précédents opérant dans le cadre d'une hiérarchie des juridictions, afin d'assurer une certaine unité, ou au moins une certaine cohérence à un système potentiellement diffus » (F. RUEDA, « La motivation des décisions de la juridiction suprême du Royaume-Uni : une évolution dans la continuité », in *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruylant, 2012, p. 270).

mais plutôt comme un ensemble de règles générales et abstraites qui s'imposent à lui. Il « procède d'une norme qui transcende les faits et qu'il convient d'appliquer par subsomption »⁸⁰⁰. Si l'interprétation adopte ces caractères général et abstrait, c'est qu'à l'instar de la loi, ils lui sont imposées par la conception même que ces systèmes retiennent du droit : un ensemble cohérent de règles indépendantes des faits auxquels elles s'appliquent. Il a été démontré plus haut que l'auteur du texte et son interprète sont les artisans communs de la règle de droit. Il résulte de cette co-paternité une identité de forme de la règle produite.

Fondée théoriquement, la généralité et l'abstraction de l'interprétation constituent un impératif. Dans un système qui nie le pouvoir créateur du juge, ce dernier ne peut s'appuyer sur les décisions précédemment rendues pour trancher le litige qui lui est soumis. L'unité du droit ne peut donc en aucun cas reposer sur une technique du précédent obligatoire, telle qu'elle est pratiquée par exemple dans le système de *common law*. La généralité et l'abstraction de l'interprétation sont donc un impératif destiné à maintenir l'unité d'application du droit. Pour parvenir à ce degré de généralité, le renvoi préalable repose sur une distinction franche entre le fait d'espèce et la règle juridique.

2) Une nécessité satisfaite par le renvoi préalable

307. Le renvoi préalable est un instrument qui favorise autant qu'il se peut la généralité et l'abstraction des interprétations. Comme la cassation, il repose tout entier sur la distinction du fait et du droit. Comme elle, il isole l'interprétation du cadre factuel sur lequel celle-ci repose, incitant l'interprète à la généralité.

308. *Intérêt de la distinction du fait et du droit.* Par principe les faits sont contingents, casuels, aléatoires, autant de caractères qui tranchent avec la généralité et l'abstraction de la règle de droit censée les régir. Dès lors, quand le juge dit le droit en tranchant un litige, la portée normative de sa décision est indubitablement atténuée par les considérations spécifiques à l'espèce jugée. Les faits obscurcissent la règle énoncée et amoindrissent sa vocation à dépasser le cadre du litige. Grâce à la séparation de la détermination du droit et du règlement du litige au fond, le renvoi préalable « renforce la formulation de règles générales

⁸⁰⁰ F. ZENATI-CASTAING, « L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil », *D.* 2002. 15.

et abstraites dont la portée ne se limite pas au procès en cours »⁸⁰¹. En faisant du droit le seul objet de la question, il met le destinataire du renvoi en position idéale pour délivrer une décision à la portée normative accentuée⁸⁰². L'interprétation est générale et abstraite dans la mesure du degré de généralité de la question à l'occasion de laquelle elle est formulée.

309. Vices de la cassation. Le renvoi préalable vient sur ce point pallier les errements de la cassation. Fondée, dans sa pureté originelle, sur une distinction stricte du fait et du droit, la Cour de cassation a lentement succombé à cette « tentation » à laquelle « toute juridiction, aussi élevée soit-elle » est confrontée : « celle de s'immiscer dans les questions de fait »⁸⁰³. L'article L. 411-2 alinéa 2 du Code de l'organisation judiciaire est encore là pour énoncer symboliquement que « la Cour de cassation ne connaît pas du fond des affaires » et que seul le droit constitue l'objet de son contrôle, mais il est flagrant qu'elle retient une compréhension aussi large du droit qu'elle réduit à peau de chagrin le domaine du fait⁸⁰⁴. Les procédés qu'emprunte ce glissement sont connus. Le défaut de base légale⁸⁰⁵, la dénaturation ou la substitution de motif⁸⁰⁶ constituent une « dérogation directe à la règle selon laquelle la Cour de cassation est juge du droit et non du fait »⁸⁰⁷. Cette évolution rapproche d'ailleurs la cassation civile de la cassation administrative⁸⁰⁸, moins respectueuse de la distinction entre le fait et le droit. « Le Conseil d'État conserve encore dans sa grille de contrôle deux cas d'ouverture du recours en cassation qui peuvent paraître plus singuliers au regard des canons

⁸⁰¹ J. FOYER, « La fonction juridictionnelle de la Cour de cassation », in *Les cours judiciaires suprêmes dans le monde arabe*, Bruylant, 2001, en ligne : <http://www.cedroma.usj.edu.lb/>.

⁸⁰² S'agissant par exemple du renvoi au Tribunal des conflits : « On y fait plus de droit et seulement du droit, sans avoir à s'interroger sur les faits, ce qui se rapproche sans doute de la Cour de cassation... Si la Cour de cassation ne juge pas les litiges mais les procès selon les termes d'E. Faye, le Tribunal des conflits s'abstrait un peu plus de l'espèce en ne jugeant que de la seule compétence des ordres de juridiction. En ce sens, même si les parties sont intéressées par la solution, car la compétence peut emporter la décision du fond, elles ne sont pas les destinataires immédiats de la décision. La décision du Tribunal des conflits est essentiellement à destination des juges. Les participants au procès devant le Tribunal des conflits ont alors une mission d'intérêt général à accomplir *via* leur intérêt particulier » (B. STIRN, « Table ronde », in *Le Tribunal des conflits, Bilan et perspectives*, P. Gonod, L. Cadiet (sous la dir.), Dalloz, 2009, p. 44).

⁸⁰³ S. JAHÉL, « Les cours judiciaires suprêmes dans les pays du monde arabe et le modèle français de cour de cassation », in *Les cours judiciaires suprêmes dans le monde arabe*, Bruylant, 2001, en ligne sur internet : <http://www.cedroma.usj.edu.lb/>.

⁸⁰⁴ F. FERRAND, *Cassation française et Révision allemande*, PUF, 1993, p. 135 et s.

⁸⁰⁵ Le risque est grand que ne soit « instaurée une discussion de pur fait sous couvert d'un prétendu manque de base légale » et que ne soit « caché sous des motifs de droit une appréciation différente des faits » (J. FOYER, « La fonction juridictionnelle de la Cour de cassation », in *Les cours judiciaires suprêmes dans le monde arabe*, Bruylant, 2001, en ligne : <http://www.cedroma.usj.edu.lb/>)

⁸⁰⁶ Bien que distinction du fait et du droit soit justifiée par le fait que la Cour de cassation n'apprécie pas directement les éléments de fait, il n'empêche qu'« en réalité, par de tels arrêts, la Haute juridiction ne se comporte pas différemment d'une Cour d'appel qui confirmerait un jugement de première instance avec des motifs différents de ceux des premiers juges » (*Ibid.*)

⁸⁰⁷ J.-L. AUBERT, « La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile », *D.* 2005. 1115.

⁸⁰⁸ S. BOUSSARD, *L'étendue du contrôle de cassation devant le Conseil d'État*, Dalloz, 2002.

classiques de la cassation, parce qu'ils ont trait à la situation de fait du litige »⁸⁰⁹. Il s'agit du « contrôle sur l'exactitude matérielle des faits pris en compte par les juges du fond » et du « contrôle de la dénaturation »⁸¹⁰. L'histoire⁸¹¹ explique ce mouvement inverse que connaissent les deux cassations et qui tend, lentement, à leur rapprochement⁸¹². Partie d'une distinction hermétique entre les faits et le droit, la cassation civile a évolué vers une attraction sans fin des faits⁸¹³. A l'inverse, la cassation administrative s'est développée depuis la loi du 31 décembre 1987 à partir de la tradition d'un Conseil d'État « juge du fait ». La Cour de cassation, originellement juge du droit, se trouve de plus en plus souvent confrontée aux faits. De son côté le Conseil d'État, originellement juge de premier ressort, a tenté sans toujours y parvenir⁸¹⁴ de s'en abstraire pour permettre l'exercice de son contrôle de cassation⁸¹⁵. Cette emprise sur le fait n'est pas anodine. Elle traduit une évolution de la cassation qui tend moins aujourd'hui au contrôle de « la bonne interprétation de la règle de droit » qu'à celui de « l'exactitude de son application »⁸¹⁶. Or en étendant son contrôle, « la Cour de cassation a fait son propre malheur. Orienter les juges du fait en fixant l'interprétation de la loi, assurer l'unité de cette interprétation, telle est l'indispensable mission de la Cour de cassation. Elle n'est pas celle de la correction des copies »⁸¹⁷. Ce contrôle de « l'application de la règle de droit a pour conséquence de surcharger la Cour [et le Conseil] assez inutilement et, ainsi, de la gêner dans ses fonctions d'interprétation et de suppléance de la loi »⁸¹⁸. En d'autres termes, la vocation jurisprudentielle de la cassation est menacée par l'extension de sa juridiction.

310. Marque de l'identité du système romano-germanique. Cette emprise du fait sur le droit n'a pas échappé à la doctrine qui a vu en elle une marque de l'acculturation des systèmes juridiques⁸¹⁹. « C'est un lieu commun de la théorie des sources du droit et du droit comparé

⁸⁰⁹ J.H. STAHL, « La cassation », *RA*, n° spécial, 1999, p. 83.

⁸¹⁰ *Ibid.*

⁸¹¹ *Ibid.*, p. 88.

⁸¹² A. DAMIEN, « Le contrôle du juge de cassation en matière administrative et en matière civile », *RFDA* 1990. 777.

⁸¹³ J.-L. AUBERT, « La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile », *D.* 2005. 1115.

⁸¹⁴ J.H. STAHL, « La cassation », *RA*, n° spécial, 1999, p. 85.

⁸¹⁵ J. MASSOT, « La cassation », *AJDA* 1995. 200.

⁸¹⁶ J.-L. AUBERT, « Le fait et la Cour de cassation », in *Etudes offertes au Doyen Philippe Simler*, Dalloz, 2006, p. 844.

⁸¹⁷ J. FOYER, « Préface », in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drat*, Dalloz, 2000, p. 1.

⁸¹⁸ J.-L. AUBERT, « La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile », *D.* 2005. 1115.

⁸¹⁹ P. JESTAZ, « Source délicieuse...remarques en cascades sur les sources du droit », *RTD civ.* 1993. 73 ; P. JESTAZ, « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre », *RTD civ.* 1996. 299 ; F. ZENATI-CASTAING, « L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil », *D.* 2002. 15 ; F. ZENATI, « Un siècle de revue trimestrielle de droit civil, l'avenir des revues juridiques et la séparation de la théorie et la

d'affirmer que les contrastes se sont atténués avec le temps »⁸²⁰. Le développement des *statute laws* révèle la place toujours plus importante du droit légiféré dans les pays de *common law*. Inversement, l'attraction toujours grandissante des faits de l'espèce serait révélatrice d'un glissement du raisonnement « hypothético-déductif »⁸²¹ vers un raisonnement « rhétorico-argumentatif »⁸²².

Si le rapprochement est en marche, chacune des familles de systèmes conserve sa logique propre. « Tels des corps vivants, ils acclimatent et digèrent les éléments étrangers à leur logique auxquels ils donnent une forme indigène pour sauvegarder leur rationalité »⁸²³. Le renvoi préalable fait partie de ces mécanismes qui témoignent avec vigueur de « l'originalité irréductible »⁸²⁴ du modèle romano-germanique, la distinction du fait et du droit étant caractéristique d'une conception générale, abstraite et systématisée du droit. A une époque où « l'idée que le droit procède de la norme devient à ce point sujette à caution qu'on doute de la possibilité de son interprétation objective »⁸²⁵, à l'heure où l'empire des faits incite les cours suprêmes à « devenir des juridictions d'appel »⁸²⁶, le renvoi préalable apparaît, sans forcément que ses créateurs en aient eu pleine conscience, comme la clé de la perpétuation du « paradigme herméneutique »⁸²⁷. La crise de la cassation et la montée en puissance du renvoi préalable suggèrent en tout cas qu'il constitue la réponse du droit français à l'enjeu de sa perpétuation.

B) La validité de l'interprétation générale et abstraite

311. L'interprétation délivrée sur renvoi préalable prend la forme d'une règle générale et abstraite formulée, là est le paradoxe, par un organe juridictionnel. La question se trouve alors inévitablement posée de sa conformité à l'article du 5 du Code civil qui interdit au juge de

pratique », *RTD civ.* 2002. 691 ; V. LASSERRE-KIESOW, « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », *D.* 2006. 2279.

⁸²⁰ F. ZENATI-CASTAING, « L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil », *D.* 2002. 16.

⁸²¹ Sur ce glissement inexorable : H. MUIR WATT, « La gestion de la rétroactivité des revirements de jurisprudence : systèmes de *common law* », in *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, Litec, 2005, p. 69.

⁸²² F. ZENATI-CASTAING, « L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil », *D.* 2002. 30.

⁸²³ *Ibid.*, p. 16.

⁸²⁴ *Ibid.*

⁸²⁵ F. ZENATI, « Un siècle de revue trimestrielle de droit civil, l'avenir des revues juridiques et la séparation de la théorie et la pratique », *RTD civ.* 2002. 705.

⁸²⁶ *Ibid.*

⁸²⁷ *Ibid.*

statuer par voie de disposition générale et réglementaire. L'interprétation délivrée sur renvoi, en raison de son caractère général, abstrait et de la nature juridictionnelle de l'institution qui la délivre, ne constituerait-elle pas la figure moderne de l'arrêt de règlement (1) ? Mieux, par delà l'article 5 du Code civil, reconnaître qu'un juge puisse délivrer une interprétation générale et abstraite et convenir que, par son office interprétatif, il participe à l'élaboration de la règle de droit, n'est-ce pas accepter qu'il participe à une mission qui relève en principe du pouvoir législatif ? N'est-ce pas porter une atteinte caractérisée au principe de la séparation des pouvoirs (2) ?

1) La compatibilité du renvoi préalable avec l'article 5 du Code civil

312. La prohibition des arrêts de règlement fait partie de ces spectres qui resurgissent épisodiquement à la faveur d'un arrêt contesté de la Cour de cassation ou d'une réforme législative délicate. Nombre de contributions se sont essayées à dénouer « l'énigme » de l'article 5, souvent pour déterminer si les arrêts de la Cour ne venaient pas le contredire. La question est tout aussi fondée s'agissant du renvoi préalable. Toutefois, pour qu'il contrevienne à l'article 5 du Code civil, encore faut-il qu'il soit soumis à la prohibition posée. Or si l'interprétation par renvoi préalable est bel et bien générale et réglementaire⁸²⁸ (a), l'article 5 ne lui est pas applicable (b).

a) Le caractère général et réglementaire de l'interprétation délivrée sur renvoi

313. *Sens de l'article 5.* La nature de la prohibition posée à l'article 5 du Code civil a suscité des écrits considérables⁸²⁹ révélant les incertitudes entourant encore aujourd'hui la

⁸²⁸ Pour des développements particulièrement développés sur le caractère réglementaire de l'interprétation délivrée : v. *infra*, n° 617 et s.

⁸²⁹ H. SINAY, « La résurgence des arrêts de règlement », *D.* 1958. 15 ; C. AUDINET, « Faut-il ressusciter les arrêts de règlement ? », in *Mélanges Brèthe de la Gressaye*, Bière, 1967, p. 99 ; B. BEIGNER, « Les arrêts de règlement », *Droits*, 1989, n° 9, p. 45 et s. ; A. SERIAUX, « Le juge au miroir, l'article 5 du code civil et l'ordre juridictionnel français contemporain », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, Vol. 1, p. 171 ; R. LIBCHABER, « Les articles 4 et 5 du Code civil ou les devoirs contradictoires du juge civil », in *Le titre préliminaire du code civil*, Economica, 2003, p. 143 ; O. TOURNAFOND, « Considérations sur les nouveaux arrêts de règlement », in *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 547 ; Y. GAUDEMET, « L'arrêt de règlement dans le contentieux administratif », in *Juger l'administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 389 ; Y.

question. Simple dans son énoncé, cet article devient nébuleux lorsqu'il s'agit d'en pénétrer l'esprit.

314. La référence inutile aux arrêts de règlement. La recherche du sens de l'article 5 du Code civil repose souvent sur une analogie : celle de la prohibition qu'il pose aux arrêts de règlement. La grande majorité des auteurs s'accorde pour considérer qu'il constitue une réaction face à la pratique dévoyée qu'ont pu en faire les parlements sous l'Ancien Régime. La fonction du premier serait contenue toute entière dans la prohibition des seconds. Dès lors, pour connaître le contenu de la prohibition de l'article 5 du Code civil, il suffirait d'en appeler à une ontologie de l'arrêt de règlement, de répondre à cette question : qu'était-il ? Malheureusement, la difficulté réside dans la recherche de la définition de ce « monstre légendaire de notre droit [que] chacun craint, quand nul n'est assuré de l'avoir jamais rencontré »⁸³⁰. Elucider l'article 5 par la définition de l'arrêt de règlement, c'est aller de Charybde en Scylla, c'est emprunter une voie dont l'issue incertaine conseille au contraire de rebrousser chemin.

315. Il existe un point sur lequel les auteurs s'accordent⁸³¹. L'arrêt de règlement est généralement défini comme une décision par laquelle un parlement « formulait des règles générales et obligatoires dans le ressort de la juridiction qui les avait établies »⁸³². Mais le consensus cesse dès lors qu'est abordée la question des conditions dans lesquelles cet arrêt pouvait être délivré et les formes qu'il pouvait revêtir. L'arrêt de règlement était-il exclusivement rendu « *proprio motu* » ou pouvait-il également être énoncé « *inter partes* » à l'occasion d'un litige⁸³³ ? Était-il incontestable ou pouvait-il faire l'objet d'un recours devant

GAUDEMET, « La prohibition de l'arrêt de règlement s'adresse-t-elle au juge administratif ? Les leçons de l'histoire », *RDJ* 2010. 1618.

⁸³⁰ R. LIBCHABER, obs. sous TGI Paris, 5, juin 1998, *RTD civ.* 1998. 784.

⁸³¹ C. AUDINET, « Faut-il ressusciter les arrêts de règlement ? », in *Mélanges Brèthe de la Gressaye*, Bière, 1967, p. 99 ; B. BEIGNER, « Les arrêts de règlement », *Droits*, 1989, n° 9, p. 45 et s. ; A. SERIAUX, « Le juge au miroir, l'article 5 du code civil et l'ordre juridictionnel français contemporain », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, Vol. 1, p. 171 ; O. TOURNAFOND, « Considérations sur les nouveaux arrêts de règlement », in *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 547 ; Y. GAUDEMET, « L'arrêt de règlement dans le contentieux administratif », in *Juger l'administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 389 ; Y. GAUDEMET, « La prohibition de l'arrêt de règlement s'adresse-t-elle au juge administratif ? Les leçons de l'histoire », *RDJ* 2010. 1618.

⁸³² C. AUDINET, *art. cit.*, p. 99.

⁸³³ « Les cours souveraines, à côté des arrêts *inter-partes* prononcés avec l'autorité de la chose jugée, rendaient en effet traditionnellement des arrêts de règlement, selon une procédure bien établie en tous les cas depuis le XV^{ème} siècle, distincte de la procédure du contentieux *inter-partes*, dans des formes spécifiques (arrêts en robe rouge) et dans le prononcé desquels le Procureur général avait le rôle principal, notamment celui de l'initiative formelle de l'arrêt de règlement. Ces arrêts de règlement étaient des actes de portée générale (d'où leur nom),

le roi⁸³⁴ ? Le parlement était-il lui-même lié par les arrêts de règlement qu'il avait élaborés⁸³⁵ ? Autant de questions qui voient les réponses diverger selon les auteurs et que les études les plus approfondies⁸³⁶ n'ont jamais permis de dissiper. Dès lors, en l'absence d'une définition certaine, le projet de définir la portée de l'article 5 du Code civil à l'aune de l'arrêt de règlement ne peut qu'achopper dès l'origine.

La conclusion n'est pas décevoir, car à vrai dire, la méthode utilisée repose sur des prémices douteuses et semble viciée par son postulat : celui que l'article 5 n'aurait d'autre but que de prohiber les arrêts de règlement. En fait, plus qu'il ne prohibe une pratique, l'article 5 du Code civil détermine, avec l'article qui le précède, la place que les révolutionnaires ont entendu donner au juge dans l'ordre juridique nouvellement construit. La compréhension de l'article 5 du Code civil ne peut se faire qu'au prix d'un détour par l'article 4. La prohibition des arrêts de règlement est moins la cause de l'article 5 qu'elle n'en constitue la conséquence. La place laissée au juge dans l'interprétation du droit est la clé de la prohibition.

316. *Le sens de l'article 5 du Code civil.* Les rédacteurs du Code civil ont eu peur qu'à l'aube du XIX^{ème} siècle le juge ne paralyse l'œuvre législative nouvelle en refusant de statuer sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi. Pour faire échec à cette éventuelle « démission du juge »⁸³⁷, ils l'ont contraint à statuer au prix de la reconnaissance de son pouvoir d'interprétation. Si le juge doit statuer lorsque la loi est obscure, c'est qu'il détient le pouvoir de l'interpréter⁸³⁸. Le but premier de l'article 5 du Code civil consiste dès lors à borner le pouvoir d'interprétation ainsi reconnu. Si le juge doit interpréter la loi

publiés et applicables dans tout le ressort de la Cour, s'imposant à tous, sauf annulation par le Conseil du roi » (Y. GAUDEMET, « La prohibition de l'arrêt de règlement s'adresse-t-elle au juge administratif ? Les leçons de l'histoire », *RDP* 2010. 1618 ; Y. GAUDEMET, « L'arrêt de règlement dans le contentieux administratif », in *Juger l'administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 389). Contra : « Ces arrêts pouvaient être de deux types : certains étaient rendus à l'occasion d'un procès et on les appelait *inter partes* ou entre parties, d'autres l'étaient en dehors de tout litige et on parlait alors d'arrêt *proprio motu* ou encore de propre mouvement ; ces derniers ressemblaient en tout point à des textes législatifs ou réglementaires » (O. TOURNAFOND, « Considérations sur les nouveaux arrêts de règlement », in *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 549). Egalement sur ce point : J.-P. ROYER, *Histoire de la justice en France*, PUF, 3^{ème} éd., 2001, p. 62.

⁸³⁴ Pour une réponse positive à la question : A. SERIAUX, « Le juge au miroir, l'article 5 du code civil et l'ordre juridictionnel français contemporain », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, Vol. 1, p. 179 ; contra : « Une autre erreur commise est celle d'attribuer aux arrêts de règlement une force qu'ils n'avaient pas toujours, du moins pas nécessairement. En effet, comme tout arrêt, ils étaient susceptibles de recours devant le Conseil du roi » (B. BEIGNER, « Les arrêts de règlement », *Droits*, 1989, n° 9, p. 46).

⁸³⁵ B. BEIGNER, *art. cit.*, p. 54, Contra : l'idée contraire « trahit une méconnaissance complète de ce qu'étaient les arrêts de règlement sous l'Ancien Régime (...) le Parlement n'était jamais lié par sa jurisprudence et pouvait toujours en changer » (O. TOURNAFOND, *art. cit.*, p. 551).

⁸³⁶ P. PAYEN, *La physiologie de l'arrêt de règlement du parlement de Paris au XVIII^{ème} siècle*, PUF, 1999.

⁸³⁷ R. LIBCHABER, « Les articles 4 et 5 du Code civil ou les devoirs contradictoires du juge civil », in *Le titre préliminaire du code civil*, *Economica*, 2003, p. 144.

⁸³⁸ Note sur la fin du référé législatif.

lorsqu'elle est silencieuse, obscure ou insuffisante, cette interprétation doit rester cantonnée à l'affaire qui en constitue l'occasion. En aucun cas cette interprétation ne saurait lier les autres juges pour l'avenir, en aucun cas elle ne saurait être générale et réglementaire, car ce serait alors attribuer à la décision d'un juge le rôle qui doit être réservé à la loi. Le sens des articles 4 et 5 ne peut donc être compris que par la reconnaissance de leur complémentarité. Le premier de ces textes « libère le juge de la tyrannie légaliste » tandis que le second « affranchit le justiciable de l'impérialisme jurisprudentiel »⁸³⁹. L'article 4 du Code civil pose « un principe »⁸⁴⁰, l'article 5 énonce « sa limite »⁸⁴¹. En d'autres termes, l'article 5 protège le législateur contre « un abus qui pourrait naître d'une interprétation excessive du précédent »⁸⁴² en postulant « que les décisions des tribunaux de quelque sorte que ce soit, n'ont pas le pouvoir d'émettre une règle générale qui prétende s'imposer à titre abstrait, en dehors de l'espèce pour laquelle elle serait légitimement formulée »⁸⁴³. La référence aux arrêts de règlement est surabondante. L'interdiction faite au juge est de poser une interprétation qui fasse office de législation. Le juge interprète la loi, mais cette interprétation est cantonnée au litige à l'occasion duquel elle a été élaborée.

317. Application au renvoi préalable. La question de la compatibilité du renvoi préalable avec la prohibition des arrêts de règlement a été largement débattue à l'occasion de l'introduction du mécanisme des demandes d'avis au Conseil d'État et à la Cour de cassation. La procédure envisagée, en autorisant le juge suprême de chaque ordre à énoncer une règle de droit générale et abstraite, ne risquait-elle pas de violer directement l'article 5 du Code civil⁸⁴⁴ ? C'est avec succès, mais non sans hypocrisie, que les défenseurs du projet de loi ont surmonté cette objection. Selon eux, l'interprétation générale et abstraite n'étant pas juridiquement obligatoire, elle ne peut tomber sous le coup de la prohibition. En d'autres termes le caractère réglementaire de l'interprétation ferait défaut, dès lors qu'en droit le juge

⁸³⁹ B. BEIGNER, « Les arrêts de règlement », *Droits*, 1989, n° 9, p. 53.

⁸⁴⁰ *Ibid.*

⁸⁴¹ *Ibid.*

⁸⁴² *Ibid.*

⁸⁴³ F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1919, p. 35.

⁸⁴⁴ « La Cour de justice des Communautés Européennes a notamment pour mission d'interpréter les textes de droit communautaire. Lorsqu'elle remplit cette mission, la Cour rend des arrêts dont le dispositif est abstrait : la formule utilisée est que « la Cour dit pour droit... ». Pour autant, sa décision n'est pas un arrêt de règlement. En effet, le dispositif de l'arrêt est destiné à devenir le motif de principe du jugement rendu par le juge national qui l'a saisie de la question préjudicielle. C'est dire que l'interprétation donnée par l'arrêt de la Cour de justice va s'appliquer aux faits du litige, donc à des faits antérieurs à son édicition. Un raisonnement analogue peut être tenu au sujet de la saisine pour avis de la Cour de cassation ou du Conseil d'État » (J. HERON, « L'application des jugements dans le temps », in *Le temps et le droit, Actes du 4^{ème} Congrès international de l'Association internationale de méthodologie juridique*, Ed. Yvon Blais Inc., 1996, p. 248).

n'est pas contraint par l'avis délivré. L'artifice du recours à la distinction du rôle du juge « en fait » et « en droit »⁸⁴⁵ révèle le caractère fallacieux du raisonnement. Il ne faut pas nier l'évidence, l'avis rendu est, à l'instar de toute interprétation délivrée sur renvoi préalable, générale et réglementaire⁸⁴⁶. Par son avis, la juridiction suprême vient compléter l'œuvre du législateur et concourt à la création de la norme⁸⁴⁷. Elle « se prononce, comme dit l'article 5 du Code civil, par voie de disposition générale et réglementaire, de sorte que son opinion s'ajoute à la loi d'une manière faussement facultative et (...) réellement obligatoire »⁸⁴⁸.

318. Tels que l'ont montré les quelques exemples qui ont été fournis, les caractères général et réglementaire de l'interprétation délivrée sur renvoi participent de son essence même. La distinction du fait et du droit permet d'atteindre un degré de généralité qui, loin d'être subi, s'avère au contraire recherché. C'est précisément parce que l'interprétation délivrée sur renvoi revêt ces qualités que le mécanisme fait aujourd'hui florès. Quant à la portée créatrice de l'interprétation, les développements précédents ont suffisamment démontré que l'interprète, autant que l'auteur du texte, participe à la création de la norme. Il faut donc l'admettre sans détour, l'interprétation délivrée sur renvoi présente bien un caractère général et réglementaire⁸⁴⁹. Elle n'est pas, pour autant, illégale, car ce texte ne lui est pas applicable.

⁸⁴⁵ O. Tournafond considère cet argument comme un « artifice commode » qui mène à la « schizophrénie juridique qu'il y a en réalité chez nous deux États qui coexistent » (O. TOURNAFOND, « Considérations sur les nouveaux arrêts de règlement », in *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 550).

⁸⁴⁶ Pour la démonstration du caractère réglementaire : Partie II, Titre II, Chapitre I.

⁸⁴⁷ Il y a fort à penser que les interprétations délivrées par la Cour de cassation dans le cadre d'un pourvoi présentent parfois elles aussi cette qualité. Le président Canivet considère tel un aveu, que si « les juges du fond ont appris à ne pas violer l'article 5 », la Cour de cassation « jouit en la matière d'une liberté plus grande » du fait que « sa mission même d'unification de la jurisprudence l'oblige à prononcer des règles générales et abstraites » (G. CANIVET, « Activisme judiciaire et prudence interprétative, Introduction générale », *APD*, n° 50, 2006, p. 14).

⁸⁴⁸ P. JESTAZ, « Rapport de synthèse », in *L'inflation des avis en droit*, Economica, 1998, p. 125.

⁸⁴⁹ Notons, au surplus, que les auteurs affirment parfois le caractère général et réglementaire des arrêts de principe de la Cour de cassation (H. SINAY, « La résurgence des arrêts de règlement », *D.* 1958. 15 ; B. BEIGNER, « Les arrêts de règlement », *Droits*, 1989, n° 9, p. 48. ; A. SERIAUX, « Le juge au miroir, l'article 5 du code civil et l'ordre juridictionnel français contemporain », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, Vol. 1, p. 171 ; R. LIBCHABER, « Les articles 4 et 5 du Code civil ou les devoirs contradictoires du juge civil », in *Le titre préliminaire du code civil*, Economica, 2003, p. 143 ; O. TOURNAFOND, « Considérations sur les nouveaux arrêts de règlement », in *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 547), a fortiori, cette qualité doit être reconnue aux interprétations délivrées sur renvoi préalable dont il a été démontré que le caractère général et abstrait était exacerbé par une frontière hermétique entre le fait d'une part et le droit d'autre part.

b) L'inapplicabilité de l'article 5 du Code civil

319. Trois raisons au moins peuvent justifier la soustraction de l'interprétation délivrée sur renvoi à la prohibition posée à l'article 5. L'article n'est-il pas tombé en désuétude ? Le législateur ne peut-il pas lui déroger ? Les cours suprêmes lui sont-elles seulement soumises ?

320. *L'exclusion par la désuétude ?* Témoin d'une « époque révolue »⁸⁵⁰, l'article 5 du Code civil pourrait voir son application écartée du fait de sa désuétude⁸⁵¹. Son adoption a été inspirée par la crainte que le juge n'absorbe les pouvoirs du législateur, alors qu'à l'aube du XXI^{ème} siècle les relations entre les juges et le législateur sont à la fois pacifiées et bien établies⁸⁵². Il serait dès lors raisonnable de « lever la fiction de l'absence de pouvoir normatif de la jurisprudence »⁸⁵³ et de supprimer cette « figure d'un autre temps »⁸⁵⁴. Telle était d'ailleurs la solution proposée par le rapport relatif à la modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence⁸⁵⁵.

Aussi vertueuse que soit cette proposition, elle ne présente qu'un caractère prospectif et n'est qu'un vœu de politique législative. L'article 5 du Code civil est encore un texte de droit positif qui peut d'ailleurs servir de fondement à un pourvoi en cassation. Son efficience ne fait aucun doute si bien que, quel qu'en soit le mérite, l'argument tiré de sa désuétude doit être écarté.

321. *L'exclusion par la hiérarchie ?* La seconde proposition tient à la hiérarchie des normes. En effet, si l'article 5 est traditionnellement considéré comme une disposition d'ordre public, la règle qu'il énonce jouit d'une valeur simplement législative. Or le renvoi préalable trouve généralement son fondement, soit dans la loi, soit dans des dispositions qui lui sont hiérarchiquement supérieures. La question prioritaire de constitutionnalité est ancrée dans l'article 61-1 de la Constitution, le renvoi préjudiciel à la Cour de justice prend racine dans l'article 267 du Traité Fondamental de l'Union européenne et les demandes d'avis à la Cour européenne des droits de l'homme prennent place dans un protocole additionnel à la

⁸⁵⁰ G. CANIVET, « Activisme judiciaire et prudence interprétative, Introduction générale », *APD*, tome 50, 2006, p. 14.

⁸⁵¹ P. MORVAN, « En droit, la jurisprudence est source de droit », *RRJ* 2001. 95.

⁸⁵² « L'article 5 du code civil fut très tôt frappé d'abrogation tacite » (C. MOULY, « Le revirement pour l'avenir », *JCP G* 1994. I. 3776, spéc. p. 326.

⁸⁵³ N. MOLFESSIS, « La jurisprudence supra-constitutionnem », *JCP G* 2010. 1039.

⁸⁵⁴ P. DEUMIER, *RTD civ.* 2005. 88.

⁸⁵⁵ N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence, Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, Litec, 2005, p. 35.

Convention. Quant aux mécanismes de demande d'avis au Conseil d'État et à la Cour de cassation, leur introduction s'est faite par le truchement des lois du 31 décembre 1987 et 15 mai 1991. Dès lors, invoquer l'article 5 du Code civil pour condamner les interprétations délivrées sur renvoi n'est pas congruent avec la hiérarchie des normes⁸⁵⁶. Le Constituant et le législateur peuvent toujours déroger à une prohibition posée par voie législative. Séduisante, la démonstration achoppe malheureusement au simple rappel que le renvoi au Tribunal des conflits n'a été instauré que par la voie réglementaire⁸⁵⁷. L'argument tiré de la hiérarchie des normes s'effondre.

322. La soustraction des cours suprêmes au champ d'application de l'article 5. Une troisième raison vient avec certitude soustraire l'interprétation délivrée sur renvoi préalable à la prohibition posée à l'article 5 du Code civil. Si cet article défend « aux juges » de statuer par voie générale et règlementaire, ce serait prendre un fâcheux raccourci de considérer que, parce que l'article 5 s'applique au juge, il s'applique indifféremment à tout ce qui ressemble, de près ou de loin, à une juridiction⁸⁵⁸. L'histoire enseigne que les juridictions suprêmes chargées de délivrer une interprétation authentique des textes juridiques ne sauraient être soumises à la prohibition posée. Lorsque les rédacteurs ont entendu limiter le pouvoir d'interprétation des juges, il s'agissait d'éviter que les juges ne s'érigent en législateurs à l'occasion d'une affaire. A cette époque, seules étaient visées les cours souveraines, héritières des parlements de l'Ancien Régime. Le Tribunal de cassation ne pouvait en revanche qu'être exclu du champ d'application de l'article 5, pour deux raisons au moins. D'abord parce qu'au début du XIX^{ème} siècle il était encore, malgré sa dénomination, considéré comme une dépendance du pouvoir législatif⁸⁵⁹. Ensuite et surtout parce qu'en 1804 le Tribunal de cassation a hérité d'un rôle jusque là dévolu au référé législatif : celui d'unifier l'interprétation de la loi par la délivrance d'une interprétation par voie d'autorité. Or ce rôle implique nécessairement, dans un système qui conçoit le droit comme un ensemble de règles générales et abstraites, que l'interprétation adopte ces mêmes caractères. L'interprétation

⁸⁵⁶ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « De l'autorité à l'effectivité des décisions du Conseil constitutionnel. De quelques paradoxes de l'usage du formalisme et du pragmatisme juridiques », *Politeia*, 2003, n° 4, p. 30.

⁸⁵⁷ Décret n° 60-728 du 25 juillet 1960 portant réforme de la procédure des conflits d'attribution.

⁸⁵⁸ C. AUDINET, « Faut-il ressusciter les arrêts de règlement ? », in *Mélanges Brèthe de la Gressaye*, Bière, 1967, p. 101.

⁸⁵⁹ La loi des 27 novembre et 1^{er} décembre 1790 dispose en son article 1^{er} qu'« il y aura un Tribunal de cassation établi auprès du Corps législatif » ; F. Gény relève alors que « le Tribunal de cassation ne fait pas, à vrai dire, partie du pouvoir judiciaire, qu'il siège à part, au dessus de ce pouvoir, plutôt comme une émanation du pouvoir législatif, qui le délègue, en quelque sorte, à l'effet de contrôler, de surveiller, on a même dit d'inspecter l'application de la loi » (F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1919, p. 80) ; v. égal : F. ZENATI-CASTAING, *La jurisprudence*, Dalloz, 1991, p. 180 et s.

délivrée par le Tribunal de cassation ne pouvait pas être moins générale et abstraite que celle qu'avait pu, durant la brève existence du référé, délivrer le corps législatif lui-même⁸⁶⁰. Il n'est donc rien de moins antinomique que de prétendre appliquer la prohibition de l'article 5 au Tribunal de cassation, alors que la généralité et l'abstraction de ses interprétations sont un impératif dicté par son office. Octroyer au Tribunal de cassation le rôle d'interprète unificateur et le soumettre cependant à prohibition de l'article 5, c'est lui imposer la réalisation de devoirs contradictoires. La généralité et l'abstraction sont un impératif pour quiconque prétend, dans un système de droit romano-germanique, unifier l'interprétation de la loi. Si cette tâche est dévolue au Tribunal de cassation, son interprétation ne peut qu'en revêtir les caractères. Le soumettre à l'article 5 ne pourrait que provoquer son impuissance et mener à sa paralysie. La perspective historique permet ainsi « de souligner que la conception initiale de l'interdiction des arrêts de règlement a pour objet de limiter l'activité des seuls juges du fond »⁸⁶¹.

323. Il est vrai que depuis 1803, le Tribunal de cassation, entre temps devenu Cour, s'est émancipé de la tutelle législative. La question peut donc se poser de savoir si la prohibition ne lui est pas devenue applicable à mesure qu'elle gagnait son indépendance. En d'autres termes la Cour de cassation, devenue un organe juridictionnel, ne serait-elle pas aujourd'hui soumise à une prohibition inapplicable hier ?

Pas plus aujourd'hui qu'hier, la Cour de cassation n'est soumise à l'article 5 du Code civil. Si sa qualité a pu évoluer, son office est, lui, demeuré invariable. Il lui revient toujours de délivrer l'interprétation authentique des textes, et, ce faisant, d'unifier l'interprétation. Il lui appartient toujours, au XXI^{ème} siècle, de remplir la tâche qui incombait deux siècles plus tôt au Corps législatif. Or si personne n'aurait pensé soumettre le Corps législatif à l'article 5 du Code civil, il doit en aller de même de la juridiction qui remplit aujourd'hui son rôle. Il est donc « erroné d'affirmer que cette disposition s'oppose à la reconnaissance du pouvoir normatif de la Haute juridiction qu'est la Cour de cassation »⁸⁶². Il faut s'y résoudre, l'article 5 vise seulement le juge du fond qui tranche une affaire, non la juridiction suprême de l'ordre judiciaire qui délivre sur renvoi une interprétation générale et abstraite.

⁸⁶⁰ « La suppression de longue date de tout référé législatif l'a rendue (la Cour de cassation) en fait sinon en droit, souveraine dans son ordre pour interpréter la loi ou le règlement » (A. SERIAUX, « Le juge au miroir, l'article 5 du code civil et l'ordre juridictionnel français contemporain », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, Vol. 1, p. 176).

⁸⁶¹ M. DISANT, *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2010, p. 235.

⁸⁶² *Ibid.*

Pas plus que la prohibition n'est applicable à la Cour de cassation, elle ne peut concerner les interprétations délivrées sur renvoi par les autres cours suprêmes, lesquelles sont aussi des interprètes habilités des sources formelles. Parce que le Conseil d'État, le Conseil constitutionnel⁸⁶³, la Cour de justice et la Cour européenne des droits de l'homme délivrent une interprétation authentique des textes dont ils sont les gardiens, parce que cette interprétation ne peut être que générale, abstraite et règlementaire, l'application de l'article 5 à leur activité ne peut qu'être écartée.

2) La constitutionnalité de l'interprétation délivrée sur renvoi

324. La thèse du caractère constitutionnel de la prohibition posée à l'article 5 du Code civil trouve de vaillants défenseurs. Prenant appui sur la présence d'une telle prohibition dans le corps même de la Constitution du 3 septembre 1791, certains auteurs vont jusqu'à considérer que « si l'interdiction des arrêts de règlement figure dans le Code civil, il s'agit d'un accident de l'histoire juridictionnelle française dont les contemporains eurent eux-mêmes conscience »⁸⁶⁴. La Commission de réforme du Code civil ne s'y serait d'ailleurs pas trompée, proposant par le passé la suppression de la prohibition posée à l'article 5 et son intégration dans le texte constitutionnel⁸⁶⁵. On sait que l'article 5 devait être épargné et que le texte constitutionnel devait demeurer inchangé. Toutefois, en l'absence de disposition formelle, il pourrait être argué de l'intégration de la prohibition de l'article 5 dans le bloc de constitutionnalité. On pourrait justifier de la sorte la soumission du juge administratif à la prohibition de l'interprétation générale et règlementaire. Elle « ne lui vient pas du Code civil. Mais elle s'impose à lui, de par les principes constitutionnels »⁸⁶⁶ car elle est « inscrite dans les Constitutions avant de l'être dans la loi, et consacrée au titre de la séparation des pouvoirs »⁸⁶⁷. Le principe de séparation des pouvoirs posé à l'article 16 de la Déclaration des

⁸⁶³ M. Disant remarque avec lucidité que la mission du Conseil constitutionnel « l'oblige à prononcer des règles générales et abstraites » (*Ibid.*).

⁸⁶⁴ B. BEIGNER, « Les arrêts de règlement », *Droits*, 1989, n° 9, p. 49.

⁸⁶⁵ Y. GAUDEMET, « La prohibition de l'arrêt de règlement s'adresse-t-elle au juge administratif ? Les leçons de l'histoire », *RDJ* 2010. 1623 ; Y. GAUDEMET, « L'arrêt de règlement dans le contentieux administratif », in *Juger l'administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 394

⁸⁶⁶ Y. GAUDEMET, « La prohibition de l'arrêt de règlement s'adresse-t-elle au juge administratif ? Les leçons de l'histoire », *RDJ* 2010. 1624 ; Y. GAUDEMET, « L'arrêt de règlement dans le contentieux administratif », in *Juger l'administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 395.

⁸⁶⁷ Y. GAUDEMET, « La prohibition de l'arrêt de règlement s'adresse-t-elle au juge administratif ? Les leçons de l'histoire », *RDJ* 2010. 1624 ; Y. GAUDEMET, « L'arrêt de règlement dans le contentieux administratif », in

droits de l'homme et du citoyen serait donc le réceptacle constitutionnel de la prohibition de l'interprétation générale et réglementaire. En interprétant de manière générale et abstraite, le juge s'immiscerait dans la fonction législative et porterait une atteinte inconstitutionnelle à la séparation des pouvoirs.

325. Théoriquement fondée, la thèse pêche toutefois par excès de radicalité. Le principe de la séparation des pouvoirs ne doit pas être entendu comme un dogme absolu qui interdirait tout empiètement entre les fonctions régaliennes. « Il n'est pas exclu qu'il puisse y avoir un certain chevauchement ou une certaine compénétration des compétences »⁸⁶⁸. Il suffit d'ailleurs de scruter la pratique constitutionnelle pour constater qu'en raison du pouvoir que lui accorde l'article 37 de la Constitution, c'est en fait le pouvoir exécutif qui, dans son sens exclusivement matériel, exerce la fonction législative. Il est concevable qu'il puisse, à un moindre degré, en aller de même du pouvoir judiciaire. Ce sentiment peut être confirmé par un rapide regard vers la jurisprudence élaborée par le Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Ce texte est souvent invoqué lorsqu'il s'agit d'éviter un empiètement excessif entre les pouvoirs législatif et exécutif⁸⁶⁹, mais il l'est beaucoup moins dans les relations des pouvoirs législatif et judiciaire. Mieux, il semble que, loin de protéger le pouvoir législatif contre les immixtions du juge, la tendance soit plutôt à la protection de l'indépendance de la justice⁸⁷⁰ contre les atteintes que le législateur pourrait lui porter. La jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les lois de validation en est une illustration éloquente⁸⁷¹. Dès lors, sans aller jusqu'à voir dans la séparation des pouvoirs « une doctrine creuse et à peu près vide de sens qui conduit à l'idée fautive d'un monopole du législateur sur la production des normes juridiques »⁸⁷², il faut toutefois garder à l'esprit la souplesse qui irrigue son principe. L'essentiel n'est pas que chaque autorité ait une compétence rigoureusement exclusive par sa nature extrinsèque. « Ce qu'il faut, c'est que les attributions de chacune d'elles soient nettement définies, délimitées et

Juger l'administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Dalloz, 2007, p. 395.

⁸⁶⁸ C. AUDINET, « Faut-il ressusciter les arrêts de règlement ? », in *Mélanges Brèthe de la Gressaye*, Bière, 1967, p. 103.

⁸⁶⁹ CC 2009-577 DC du 3 mars 2009, *Loi relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision*, cons. 13 ; CC 2009-579 DC du 9 avril 2009, *Loi organique relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution*, cons. 16 ; CC 2011-129 QPC du 13 mai 2011, *Syndicat des fonctionnaires du Sénat (Actes internes des Assemblées parlementaires)*, cons. 4.

⁸⁷⁰ G. CANIVET, « La conception française de l'indépendance de la justice », en ligne sur : <http://www.jus.uio.no/ifp/om/aktuelt/arrangement/2011/Texte%20conférence%20Oslo-1.pdf>

⁸⁷¹ CC 2010-100 QPC du 11 février 2011, *M. Alban Salim B. (Concession du Stade de France)*, cons. 4 et 5.

⁸⁷² O. TOURNAFOND, « Considérations sur les nouveaux arrêts de règlement », in *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 570.

contrôlées, de manière qu'elles s'équilibrent les unes les autres, afin d'éviter les abus et de sauvegarder la liberté des citoyens »⁸⁷³. Ainsi entendu, le principe de la séparation des pouvoirs n'est pas de nature à faire obstacle à la constitutionnalité du renvoi préalable, mieux il le justifie. Tel qu'il a été démontré plus haut, l'interprétation avant dire droit doit être réservée à une juridiction suprême, sous peine, pour le législateur, de s'immiscer dans le fonctionnement de la justice.

⁸⁷³ C. AUDINET, « Faut-il ressusciter les arrêts de règlement ? », in *Mélanges Brèthe de la Gressaye*, Bière, 1967, p. 103.

326. Conclusion de la section 1. L'interprétation est d'abord une action, celle qui consiste à délivrer le sens d'un énoncé, et c'est à cette action que tend le renvoi préalable. Son exercice se présente comme un entre-deux, une tension entre la contrainte d'un texte et la liberté de l'interprète. L'auteur du texte pose un cadre à l'intérieur duquel l'interprète exerce sa liberté de choix. L'un et l'autre sont les artisans communs des normes juridiques.

327. Le pouvoir laissé à l'interprète étant important, la question de savoir qui doit l'exercer est stratégique. Tel qu'en témoignent les rescrits et référés historiques, l'auteur même du texte a longtemps détenu le pouvoir d'interpréter son œuvre. Le renvoi préalable traduit un déplacement du pouvoir d'interprétation depuis l'auteur même du texte vers des organes indépendants du pouvoir législatif : les juridictions suprêmes. Cette translation traduit une modification profonde de l'esprit du renvoi qui, utilisé par le passé comme un outil de défiance vis-à-vis du juge, est devenu aujourd'hui l'instrument de la promotion de sa fonction. Il ne s'agit, plus pour l'auteur du texte, de se réserver l'interprétation et de se prémunir ainsi contre son dévoiement, mais de reconnaître et d'organiser le pouvoir interprétatif des juridictions.

328. Si l'interprétation est une action, elle est aussi un résultat. L'interprétation née du renvoi adopte une forme qui n'est pas sans rappeler celle du texte sur lequel elle repose. Délivrée par une juridiction, elle interroge quant à sa validité. L'interprétation générale et abstraite ne serait-elle pas contraire à la prohibition des arrêts de règlement ou à la séparation des pouvoirs ? Aucune de ces objections n'est recevable. L'office spécifique des juridictions suprêmes les oblige à statuer par voie réglementaire. Elles ont donc été soustraites, dès l'origine, à la prohibition posée à l'article 5 du Code civil. Quant à la séparation des pouvoirs, loin de lui porter atteinte, l'interprétation juridictionnelle sur renvoi permet de la préserver en évitant une immixtion du législateur dans la reddition de la justice.

329. L'interprétation est ainsi un élément majeur d'identification de la notion de renvoi préalable. Elle est aussi et surtout l'élément qui permet de différencier le renvoi préalable de la notion voisine de « question préjudicielle ». Elle est son élément distinctif (section 2).

SECTION II : L'INTERPRÉTATION : ELEMENT DISTINCTIF DU RENVOI PRÉALABLE

330. Si l'interprétation constitue l'aboutissement du renvoi préalable, si elle participe de sa constitution, elle jouit toutefois d'une place à part dans l'élaboration de la notion. Élément constitutif du renvoi préalable, elle témoigne surtout de sa spécificité. L'interprétation et la recherche de son unité permettent de distinguer la notion nouvelle de celle qui constitue jusqu'aujourd'hui le seul réceptacle des mécanismes préjudiciels : la question préjudicielle (§1).

331. L'intérêt de la distinction est majeur. La classification des mécanismes préjudiciels s'est faite souvent de manière anarchique. La reconnaissance du renvoi préalable permet une mise à plat salutaire. Elle oblige à délimiter précisément les frontières des différentes notions et restaure une cohérence aujourd'hui perdue. L'édification du renvoi préalable est digne de vertus simplificatrices (§2).

§1 – EXPOSE DE LA DISTINCTION

332. La question de l'insertion du renvoi préalable dans les classifications juridiques qui lui préexistent est essentielle. Il est impérieux de vérifier si la notion construite ne fait pas double emploi avec une autre qui l'aurait précédée. Si la question préjudicielle devait phagocyter le renvoi préalable, cette absorption viderait sa reconnaissance de toute utilité.

Un examen détaillé permet toutefois de les distinguer et de pointer du doigt leurs spécificités irréductibles. L'effet recherché du renvoi, l'unité d'interprétation, justifie son autonomie par rapport à la question préjudicielle.

Une fois reconnue la spécificité de chacune des notions, il reste l'essentiel : procéder à leur articulation. Sont-elles cumulatives ? Auquel cas un mécanisme pourrait se voir attribuer l'une et l'autre des qualifications. Sont-elles au contraire alternatives, la qualification de renvoi préalable excluant alors celle de question préjudicielle ? Les recherches mènent vers cette seconde solution. Le renvoi préalable existe indépendamment de la question préjudicielle (A) ; mieux, dans leurs rapports, il l'exclut (B).

A) La nature de la distinction : renvoi préalable *versus* question préjudicielle

333. La présentation des questions préjudicielles (1) laisse le lecteur sceptique. Les recoupements sont nombreux avec le renvoi préalable au point que l'opportunité de sa consécration semble mise en cause. Il faut pourtant résister à cet amalgame. Les deux mécanismes ont beau mobiliser la même technique préjudicielle, il ne se confondent pas l'un et l'autre. Renvoi préalable et question préjudicielle doivent au contraire être tenus distingués car ils répondent à des finalités profondément distinctes (2).

1) Présentation des questions préjudicielles

334. Définition des questions préjudicielles. La question préjudicielle est une notion enracinée dans notre système juridique. Sa définition, lieu de ralliement des docteurs privatistes et publicistes⁸⁷⁴ suffit à en attester. Elle se définit comme « un point litigieux dont la solution doit précéder celle de la question principale qu'elle commande, mais qui ne peut être tranché par la juridiction saisie, de telle sorte que celle-ci doit surseoir à statuer jusqu'à ce que la question préjudicielle ait été résolue par la juridiction seule compétente pour en connaître »⁸⁷⁵. Deux éléments semblent ainsi constituer son essence. D'une part la question préjudicielle porte sur un point accessoire⁸⁷⁶ au litige. D'autre part sa solution relève de la compétence d'une autre juridiction que celle saisie de l'affaire principale⁸⁷⁷.

335. Origines des questions préjudicielles. Les origines de la question préjudicielle sont difficiles à déterminer. Certains auteurs soutiennent que les questions d'état, telles que la

⁸⁷⁴ « Pour qu'il y ait question préjudicielle, il faut d'abord qu'il y ait une question, c'est-à-dire une difficulté réelle, soulevée par les parties ou spontanément reconnue par le juge, et de nature à faire naître un doute dans un esprit éclairé ; enfin cette question doit exiger un jugement distinct et séparé, émanant d'un juge autre que celui de fond » (E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, 1^{ère} éd., 1887-1888, rééd., LGDJ, 1989, t.1, p. 449).

⁸⁷⁵ G. CONU (dir.), V° « Question préjudicielle », in *Vocabulaire juridique*, PUF, 9^{ème} éd., 2011, p. 751.

⁸⁷⁶ « Difficulté juridique annexe à l'objet principal du litige, qui relève de la compétence exclusive d'une autre juridiction. Le juge doit alors surseoir à statuer sur le principal en attendant que la juridiction compétente se soit prononcée sur cette question » (P. GUIHO (dir.), *Dictionnaire juridique*, L'Hermès, 1996, p. 256).

⁸⁷⁷ « Celle-ci [la question préjudicielle] peut se définir comme la question qui, nécessaire à l'examen au fond du litige, doit être tranchée, non par la juridiction saisie, mais par le tribunal ayant compétence exclusive pour en connaître. Concrètement, la juridiction devant laquelle se pose une question préjudicielle a l'obligation de surseoir à statuer sur le litige dont elle est saisie, jusqu'à ce que l'autorité juridictionnelle, exclusivement compétente, ait tranché la difficulté qui faisait l'objet de la question préjudicielle » (L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 1118).

qualité d'esclave ou d'homme libre de l'accusé, constituaient déjà des compétences exclusives⁸⁷⁸ à l'époque romaine. Il semble toutefois que leur pratique s'est vraiment développée à compter du début du XIX^{ème} siècle, après qu'au sortir de la période révolutionnaire la question préjudicielle fût formellement consacrée par le droit positif⁸⁷⁹. Les questions relatives à l'état des personnes et celles qui nécessitaient la détermination d'un droit de propriété constituaient des compétences exclusives qui faisaient échec au principe de prorogation de compétence plaidé par le président Barris⁸⁸⁰.

La question préjudicielle a surtout été mobilisée, à cette même période, afin d'assurer le respect d'un principe accouché de la période révolutionnaire : le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires⁸⁸¹. En effet, dès 1807, le Tribunal de cassation a reconnu la compétence exclusive de l'autorité administrative pour juger la légalité des actes de l'administration et formulait l'obligation corrélatrice du juge judiciaire de lui en renvoyer l'étude⁸⁸². Inversement « le principe de séparation conduisit les juges administratifs à s'abstenir de statuer sur des questions relevant des juridictions judiciaires »⁸⁸³. Les questions préjudicielles entre les ordres administratif et judiciaire étaient nées.

336. Classification contemporaine des questions préjudicielles. Ces deux exemples historiques sont le critère contemporain de classification des questions préjudicielles. La doctrine prend en effet grand soin de les différencier selon que la question est posée entre des juridictions appartenant à des ordres juridiques distincts ou entre des juridictions appartenant au même ordre de juridiction. La question préjudicielle est dite générale dans le premier cas, spéciale dans le second⁸⁸⁴.

⁸⁷⁸ B. SEILLER, « Questions préjudicielles », *Rép. Cont. Adm.*, Dalloz, 2006, p. 3.

⁸⁷⁹ L'article 182 du Code forestier impose au Tribunal correctionnel de surseoir à statuer lorsque se pose une question de propriété jusqu'à ce que les tribunaux civils se soient prononcés. L'article 59 de la loi du 15 avril 1829 sur la pêche pluviale impose aux tribunaux de répression de surseoir à statuer lorsqu'en matière de délit de pêche le prévenu excipe du droit de propriété ou de tout autre droit réel.

⁸⁸⁰ Le principe a été plaidé par le président Barris dans une note secrète de 1813 (B. SEILLER, *art. cit.*, p. 3).

⁸⁸¹ Art. 12, la loi des 16 et 24 août 1790

⁸⁸² B. SEILLER, *art. cit.*, p. 3.

⁸⁸³ TC, 4 novembre 1811, *Camby* ; CE, 20 novembre 1815, *Destillières c./ régie des domains* ; CE, 22 juillet 1918, *Romey c./ d'Espagnac*.

⁸⁸⁴ Sur la distinction entre questions préjudicielles générales et spéciales : J. HERON, T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 3^{ème} éd., 2006, p. 774 ; S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile, droit interne et droit de l'Union européenne*, Dalloz, 31^{ème} éd., 2012, p. 358 ; H. CROZE, C. MOREL, O. FRADIN, *Procédure civile*, Litec, 4^{ème} éd., 2008, p. 257 ; L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Litec, 6^{ème} éd., 2009, p. 163 ; P. JULIEN, N. FRICERO, *Droit judiciaire privé*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2009, p. 91.

337. Les questions préjudicielles spéciales. Les questions préjudicielles spéciales sont une spécificité de l'ordre judiciaire, l'article R. 312-3⁸⁸⁵ du Code de justice administrative établissant la compétence générale des tribunaux administratifs pour connaître de toutes les exceptions relevant de celle d'une autre juridiction de leur ordre. Ainsi, pour reprendre les termes du professeur Chapus, « il n'y a pas de questions préjudicielles au sein de l'ordre des juridictions administratives ou, si on préfère, dans les rapports des juridictions administratives entre elles »⁸⁸⁶. Si, par exemple, les recours dirigés contre les décrets et les actes ministériels réglementaires relèvent, à titre principal, de la compétence en premier ressort du Conseil d'État, les conseillers des tribunaux administratifs ou des cours administratives d'appel restent compétents lorsque leur illégalité est excipée devant eux⁸⁸⁷.

Le jeu des questions préjudicielles spéciales trouve donc son terrain d'élection au sein de l'ordre judiciaire, ces dernières étant alors considérées comme des exceptions à l'extension de compétence⁸⁸⁸ posée par l'article 49 du Code de procédure civile. Si « toute juridiction saisie d'une demande de sa compétence connaît, même s'ils exigent l'interprétation d'un contrat, de tous les moyens de défense », le juge doit, en revanche, surseoir à statuer et formuler une question préjudicielle lorsque la question litigieuse relève « de la compétence exclusive d'une autre juridiction »⁸⁸⁹. Dès lors, si par exemple le jugement d'un procès pénal dépend de la solution d'une question d'état, le juge saisi doit surseoir à statuer et renvoyer cette question au tribunal de droit commun⁸⁹⁰ exclusivement compétent⁸⁹¹.

338. Les questions préjudicielles générales. Les questions préjudicielles générales se distinguent des précédentes en ce qu'elles sont posées entre juridictions appartenant à des ordres juridiques distincts. Sont généralement considérées comme telles les questions

⁸⁸⁵ Art. R 312-3 du Code de justice administrative : « Le tribunal administratif territorialement compétent pour connaître d'une demande principale l'est également pour connaître de toute demande accessoire, incidente ou reconventionnelle ressortissant à la compétence des tribunaux administratifs ; il est également compétent pour connaître des exceptions relevant de la compétence d'une juridiction administrative ».

⁸⁸⁶ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrétien, 2008, 13^{ème} éd., p. 271.

⁸⁸⁷ Voir sur ce point l'arrêt CE ass., 16 novembre 1956, R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrétien, 2008, 13^{ème} éd., p. 281.

⁸⁸⁸ J. HERON, T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 3^{ème} éd., 2006, p. 772 ; S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile, droit interne et droit de l'Union européenne*, Dalloz, 31^{ème} éd., 2012, p. 356 ; H. CROZE, C. MOREL, O. FRADIN, *Procédure civile*, Litec, 4^{ème} éd., 2008, p. 261 ; E. JEULAND, *Droit processuel*, LGDJ, 2007, p. 256 ; P. JULIEN, N. FRICERO, *Droit judiciaire privé*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2009, p. 88 ;

⁸⁸⁹ Art. 49 CPC.

⁸⁹⁰ Pour d'autres exemples : A. BRETON, « Question préjudicielle », *Rép. Pr. Civ.*, Dalloz, 1980, p. 70 et s.

⁸⁹¹ Art. 29 C.Civ., « La juridiction civile de droit commun est seule compétente pour connaître des contestations sur la nationalité française ou étrangère des personnes physiques. Les questions de nationalité sont préjudicielles devant toute autre juridiction de l'ordre administratif ou judiciaire à l'exception des juridictions répressives comportant un jury criminel »

préjudicielles posées entre les juridictions judiciaires et les juridictions administratives. Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne et la récente question prioritaire de constitutionnalité n'ont pas manqué d'en être également qualifiées⁸⁹².

2) *Distinction des notions*

339. Cette rapide présentation des questions préjudicielles est pour le moins troublante. Leur architecture est identique à celle du renvoi préalable. Les deux notions mobilisent une même technique préjudicielle. Saisi d'un problème de droit qu'il ne peut résoudre, le juge surseoit à statuer, renvoie son étude à un autre juge et ne tranche le litige que lorsque la réponse lui parvient. Cette similitude technique laisse à penser que la consécration du renvoi préalable est inutile, faisant double emploi avec une notion qui lui préexiste.

340. Il faut pourtant se garder de toute conclusion hâtive. Certes le renvoi préalable et la question préjudicielle reposent sur une même technique préjudicielle, mais ils ne se confondent pas. Il faut résister à cette tentation d'assimiler tout mécanisme préjudiciel à la catégorie des questions préjudicielles. Ce serait une erreur de limiter les premiers à la catégorie des secondes. La technique préjudicielle n'est qu'un *moyen* qui peut être mobilisé dans des *finalités* diverses. La question préjudicielle est l'une d'elles. Le renvoi préalable en est une autre. Si la question préjudicielle et le renvoi préalable reposent sur une seule et même technique, ils la mettent au service de desseins irréductibles. Un moyen identique, certes, mais des finalités distinctes.

341. La raison d'être de la question préjudicielle tient à la volonté du législateur d'imposer au juge le respect des règles de compétence exclusive. Elle est l'instrument permettant de soumettre le juge à leur observation.

Toute autre est en revanche la mission du renvoi préalable. Si le juge sursoit à statuer et renvoie la résolution d'une question de droit à une juridiction suprême, c'est avant tout dans le but de procéder à l'unification du droit. Contrairement à la question préjudicielle, l'incompétence n'est pas un critère nécessaire à la qualification du renvoi préalable, signe que

⁸⁹² S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile, droit interne et droit de l'Union européenne*, Dalloz, 31^{ème} éd., 2012, p. 1042. La question prioritaire de constitutionnalité et la question préjudicielle du droit de l'Union européenne sont étudiées par les auteurs dans le paragraphe intitulé : « la question préjudicielle générale en cas de compétence d'un autre ordre de juridiction ».

son objectif n'est certainement pas d'en assurer le respect. Les deux qualifications, bien qu'elles reposent sur une seule et même technique, ne la mobilisent pas dans la même direction. Il ne fait donc aucun doute que la qualification de question préjudicielle n'englobe pas celle de renvoi préalable et que la reconnaissance de la seconde est justifiée indépendamment de l'existence de la première. La meilleure preuve consiste d'ailleurs dans le simple rappel que le mécanisme des demandes d'avis, qualifié de renvoi préalable, se voit refuser la qualification de question préjudicielle, faute pour l'auteur de la question d'être incompetent pour la traiter. Les deux qualifications ont donc une existence propre. Reste à savoir comment les articuler (B).

B) Le régime de la distinction : l'articulation des qualifications

342. Une fois établie l'existence propre de chacune des notions, la question reste entière de leur articulation. Il n'est pas invraisemblable que certains mécanismes préjudiciels soient considérés à la fois comme des renvois préjudiciels et des questions préjudicielles. Les qualifications seraient alors cumulatives (1).

Théoriquement attrayante, l'idée s'avère toutefois difficilement praticable. Tout porte à croire en effet que, loin d'être cumulatives, les deux qualifications sont alternatives. La qualification de renvoi préalable exclut la qualification de question préjudicielle (2).

1) L'hypothèse d'un cumul des qualifications

343. Les qualifications de question préjudicielle et de renvoi préalable semblent dotées d'une certaine indépendance. L'un et l'autre de ces mécanismes poursuivent des finalités distinctes. Dans un cas il s'agit de sauvegarder une compétence exclusive. Dans l'autre cas il s'agit d'unifier l'interprétation. Il n'est pourtant pas inenvisageable, théoriquement au moins, que ces deux finalités se recoupent. L'unification préjudicielle de l'interprétation pourrait se fonder sur l'institution d'une compétence exclusive au profit d'une juridiction suprême. Un juge du fond, incompetent pour interpréter une certaine catégorie de textes, pourrait être dans l'obligation de surseoir à statuer et de renvoyer la détermination de cette interprétation à une juridiction suprême, laquelle, par sa réponse, procéderait à l'unification de l'interprétation. Ce

mécanisme préjudiciel serait alors mobilisé tant à la fois pour assurer le respect d'une compétence exclusive (question préjudicielle), que pour assurer l'unité d'interprétation du droit (renvoi préalable). Certains mécanismes pourraient être *renvoi préalable* et *question préjudicielle* comme « on peut être à la fois une personne de droit privé, une personne physique, une personne capable »⁸⁹³. Ils seraient alors une illustration que « l'appartenance à plusieurs catégories relevant chacune de classifications différentes est parfaitement concevable »⁸⁹⁴. « Ces différentes catégories, compatibles entre elles, sont alors cumulatives »⁸⁹⁵.

344. La présentation des mécanismes préjudiciels serait alors tripartite. Il y aurait d'abord les mécanismes qualifiés de question préjudicielle, tels que les questions posées entre les ordres administratifs et judiciaires ou les questions pratiquées au sein de celui-ci. Il ne s'agit jamais, dans ces situations, que d'assurer le respect des compétences exclusives. Il y aurait ensuite, à l'opposé, les mécanismes qualifiés de renvoi préalable et n'ayant d'autre finalité que celle d'assurer l'unité du droit. Tel serait le cas par exemple des demandes d'avis au Conseil d'État et à la Cour de cassation, étrangers à la question du respect des règles de compétences. Il faudrait enfin réserver le cas des mécanismes qui pourraient être qualifiés à la fois de question préjudicielle et de renvoi préalable, parce qu'il concourent à l'unité d'interprétation tout en assurant le respect d'une compétence exclusive. Tel serait le cas de la question prioritaire de constitutionnalité et, pour partie, du renvoi préjudiciel à la Cour de justice.

2) *La solution de qualifications alternatives*

345. Cette présentation, théoriquement acceptable, s'avère toutefois difficilement réalisable. Deux obstacles s'opposent en effet à l'hypothèse de qualifications cumulatives. Le premier tient au fait que la question préjudicielle et le renvoi préalable relèvent d'ontologies profondément distinctes. Ils participent d'essences contradictoires qui obligent à la consécration de l'une des qualifications et à l'exclusion corrélatrice de l'autre. La question préjudicielle trouve sa justification dans la volonté d'imposer au juge le respect des règles de

⁸⁹³ J.-L. BERGEL, « Différence de nature égale différence de régime », *RTD civ.* 1984. 266.

⁸⁹⁴ *Ibid.*

⁸⁹⁵ *Ibid.*

compétence. L'âme de la question préjudicielle tient dans la soumission du juge à des règles qui lui sont imposées de l'extérieur et dont le non respect est juridiquement sanctionné. L'inspiration du renvoi préalable est inverse. Rétif à la coercition, sa substance repose sur l'idée d'une collaboration volontaire entre les juridictions. Il ne s'agit pas tant d'imposer au juge le respect de règles qui lui sont extérieures que de l'inviter à participer à leur élaboration. Les deux qualifications reposent ainsi sur des bases si profondément antagonistes qu'elles s'opposent à ce qu'un mécanisme puisse revêtir une double qualification.

346. A cet obstacle ontologique s'ajoute une complication pratique. La qualification n'est pas de ces opérations purement intellectuelles dénuées de conséquences utiles. Elle est au contraire orientée vers un but : celui de la détermination des règles juridiques applicables. « On qualifie un contrat civil ou commercial ou une situation, fait ou acte juridique pour en connaître les modes de preuve. On qualifie un fait de faute pour en déduire la responsabilité de son auteur. On le qualifie de faute civile ou pénale pour lui appliquer telle ou telle catégorie de sanctions. L'activité constante du juriste consiste à déterminer la ou les catégories recouvrant des cas concrets pour découvrir les règles qui s'y appliquent »⁸⁹⁶. A chaque qualification correspond un régime juridique propre⁸⁹⁷ et le renvoi préalable n'y fait pas exception. Les règles qui gouvernent sa mise en œuvre ont été façonnées à l'aune de sa finalité : l'uniformisation des règles de droit. Cette spécificité des règles composant le régime juridique du renvoi est un indice supplémentaire à la reconnaissance de l'incompatibilité des notions⁸⁹⁸. Un mécanisme ne peut être qualifié de question préjudicielle et de renvoi préalable, au risque de voir s'opposer non seulement les qualifications, mais également les régimes qui en découlent.

Dans une telle situation, « lorsqu'un rattachement à deux catégories équivalentes mais alternatives, parce qu'antinomiques, peut être envisagé, il faut choisir. De même que l'appartenance simultanée à ces deux catégories est inconcevable, le cumul de leur régime l'est également »⁸⁹⁹. Il faut donc s'y résoudre, les qualifications sont exclusives l'une de l'autre. Soit le mécanisme est un renvoi préjudiciel, soit il est un renvoi préalable. Dans leurs rapports, la seconde qualité exclut la première (§2).

⁸⁹⁶ J.-L. BERGEL, « Différence de nature égale différence de régime », *RTD civ.* 1984. 260.

⁸⁹⁷ « Les classifications reposent sur des nature différentes qui correspondent à des régimes juridiques différents » (*Ibid.*).

⁸⁹⁸ « Le rattachement d'une situation à une pluralité de catégories implique que les règles spécifiques applicables à chacune de ces catégories s'y appliquent. Mais encore faut-il, pour cela, que ces règles ne soient pas incompatibles entre elles » (*Ibid.*, p. 266).

⁸⁹⁹ *Ibid.*

347. La distinction des questions préjudicielles et du renvoi préalable est lourde de conséquences. Certains mécanismes tels que la question prioritaire de constitutionnalité ou le renvoi préjudiciel à la Cour de justice sont unanimement considérés comme des questions préjudicielles. Si les qualifications sont exclusives l'une de l'autre, soutenir qu'ils sont des renvois préalables oblige par conséquent à dénoncer la qualification qui leur est accordée. Il faut battre en brèche l'idée, souvent partagée, que ces mécanismes sont des questions préjudicielles (A).

348. L'étude permet de démontrer que la figure ancestrale de la question préjudicielle est apparue rassurante lorsqu'il s'est agît d'accueillir au sein du système juridique français un instrument qui lui était étranger. Il était sans doute plus confortable de considérer, malgré les incohérences, que le renvoi préjudiciel à la Cour de justice était une question préjudicielle, plutôt que de reconnaître son effrayante spécificité. La notion de question préjudicielle constituait un héritage qui favorisait son acceptation et évitait qu'il ne vienne bouleverser des classifications nationales fermement établies.

Si le droit est statique par essence et le juriste conservateur par nature, il faut pourtant accepter que « les catégories juridiques ne sont pas immuables »⁹⁰⁰, que « la pression des faits et les orientations nouvelles du droit imposent parfois de remettre en ordre les éléments des systèmes juridiques »⁹⁰¹ et que les catégories juridiques n'étant pas figées, « leur renouvellement, pourvu qu'il soit mûrement réfléchi, est indispensable »⁹⁰². C'est précisément un tel renouvellement qu'induit la consécration du renvoi préalable. Sa reconnaissance est salutaire. Elle rend plus fidèlement compte du droit positif, dissipe les confusions et permet, par la même occasion, de rendre à la notion de question préjudicielle sa cohérence originelle (B).

⁹⁰⁰ J.-L. BERGEL, « Différence de nature égale différence de régime », *RTD civ.* 1984. 269.

⁹⁰¹ *Ibid.*

⁹⁰² *Ibid.*

A) La fin d'une ineptie : le renvoi préjudiciel à la Cour de justice et la question prioritaire de constitutionnalité ne sont pas des questions préjudicielles

349. A l'heure de la création du renvoi préjudiciel à la Cour de justice, la doctrine n'a pas cherché longtemps la qualification qui devait lui être attribuée en droit national. Au simple constat du caractère préjudiciel du mécanisme, la décision fut vite prise de le considérer comme une sorte de question préjudicielle. Avec un brin de recul, cette qualification peine toutefois à convaincre. Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice ne répond pas exactement à cette catégorie. Ce n'est qu'au prix d'un malheureux forçage qu'il fût possible de l'y faire entrer (1).

350. Le temps ayant fait son œuvre, la qualification s'est pourtant imposée dans la conscience collective. A l'heure de la consécration de la question prioritaire de constitutionnalité, son analogie avec le renvoi préjudiciel ne pouvait qu'inviter à celle de leur qualification. La question prioritaire de constitutionnalité est, elle aussi, considérée de manière inopportune comme étant une question préjudicielle (2).

1) Le renvoi préjudiciel n'est pas une question préjudicielle

351. *L'absence de réflexion sur la qualification du renvoi préjudiciel.* Le mécanisme préjudiciel consacré par les traités fondateurs des Communautés n'a pas immédiatement attiré l'intérêt de la doctrine. Ce relatif désintérêt s'explique facilement par deux raisons essentielles. D'abord parce que la création des Communautés était suffisamment novatrice et intrigante pour que la doctrine s'attachât à en faire son principal objet d'étude. Ensuite parce que le mécanisme préjudiciel consacré par le traité CECA n'a jamais fait l'objet de la moindre application et que la mise en œuvre de ce mécanisme par les traités EURATOM et CEE a nécessité quelques années. Les premières décisions importantes par lesquelles la Cour a interprété l'article 177 n'ont été élaborées qu'au début des années 1960. Ce n'est donc qu'à partir de ces décisions que le renvoi préjudiciel est devenu un objet d'étude digne d'intérêt. Toutefois, même à compter de ces premières décisions, la nature procédurale du mécanisme n'a pas véritablement suscité l'attention. Les auteurs ont préféré disséquer les jurisprudences de la Cour de justice et des juridictions nationales, révéler les conditions effectives de mise en œuvre du renvoi préjudiciel ou scruter les effets de la jurisprudence communautaire sur le

juge national⁹⁰³. Cette carence ne laisse pas d'interroger. Certes le renvoi préjudiciel était un mécanisme d'origine communautaire, mais il constituait également une nouvelle procédure applicable devant le juge national. Ainsi n'était-il pas infondé de vouloir replacer ce nouvel outil au sein de l'arsenal procédural français. Qu'était-il ? Un mécanisme atypique jusqu'alors inconnu ? Une espèce particulière d'un genre nouveau ? Autant de questions restées sans réponse explicite.

352. *L'assimilation du renvoi préjudiciel à la question préjudicielle.* Si la question de la qualification procédurale du renvoi préjudiciel n'a pas été débattue, c'est tout simplement qu'elle ne faisait pas débat. La doctrine n'a pas hésité un instant à rattacher le mécanisme du renvoi préjudiciel à la catégorie bien connue des questions préjudicielles⁹⁰⁴. Ce rattachement s'est fait tout naturellement, comme s'il relevait de l'évidence. Sans qu'aucune justification ne leur paraisse nécessaire, nombre d'auteurs ont même substitué à la terminologie de « renvoi préjudiciel à la Cour de justice », consacrée par les traités, celle de « question préjudicielle communautaire »⁹⁰⁵. L'évidence était sournoise, fourvoyant le plus grand nombre. Pas plus aujourd'hui qu'hier le renvoi préjudiciel ne répond à la qualification de question préjudicielle.

⁹⁰³ A. PEPY, « Essai d'une vue d'ensemble sur l'application de l'article 177 du Traité de Rome », *D.* 1964. 9 ; W. ALEXANDER, « Questions préjudicielles : l'application de l'article 177 », *CDE* 1965. 51 ; A. PEPY, « Le rôle des juridictions nationales dans l'application de l'article 177 du Traité CEE », *CDE* 1966. 459 ; F.-C. JEANTET, « Originalité de la procédure d'interprétation du traité de Rome », *JCP* 1966. I. 1987 ; C. J. BERR, « L'insertion dans les procès français du mécanisme européen des questions préjudicielles », *JCP* 1967. I. 2060 ; J.-L. DELVOLLE, « Le pouvoir judiciaire et le Traité de Rome ou la diplomatie des juges », *JCP* 1968. I. 2184.

⁹⁰⁴ Sur la distinction entre questions préjudicielles générales et spéciales et l'appartenance du renvoi à la CJUE à cette première catégorie : J. HERON, T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 3^{ème} éd., 2006, p. 774 ; S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile, droit interne et droit de l'Union européenne*, Dalloz, 31^{ème} éd., 2012, p. 358 ; H. CROZE, C. MOREL, O. FRADIN, *Procédure civile*, Litec, 4^{ème} éd., 2008, p. 261 ; L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Litec, 6^{ème} éd., 2009, p. 163 ; P. JULIEN, N. FRICERO, *Droit judiciaire privé*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2009, p. 91.

⁹⁰⁵ « C'est pour éviter ce double écueil que les auteurs du Traité de Rome ont imaginé de recourir à un mécanisme connu en droit interne...le mécanisme des questions préjudicielles » (M. LAGRANGE, « L'action préjudicielle dans le droit interne des États membres en droit communautaire », *RTDE* 1974. 270) ; v. égal : W. ALEXANDER, « Questions préjudicielles : l'application récente de l'article 177 CEE par la Cour de Justice et par les juridictions nationales », *CDE* 1965. 67 ; P. JUILLARD, « Procédure des questions préjudicielles et renforcement du lien communautaire », *RDE* 1968. 293 ; D. PERROT, « La Cour de justice des communautés européennes face aux questions préjudicielles en interprétation du droit communautaire », *in Mélanges en l'honneur de B. Vonnglis*, L'Harmattan, 2000, p. 299 ; J.-F. COUZINET, « Le renvoi en appréciation de validité devant la Cour de Justice des Communautés Européennes », *RDE* 1976. 653 ; H. LABAYLE, « Question prioritaire de constitutionnalité et question préjudicielle : ordonner le dialogue des juges ? », *RFDA* 2010. 659 ; M. DOMINGO, « Question prioritaire de constitutionnalité et question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne », *RFDA* 2010. 445 ; C. NOURISSAT, « Question préjudicielle et question prioritaire de constitutionnalité : monologue de la Cour de cassation et de la Cour de justice », *Procédures*, n° 10, p. 15.

353. *Le renvoi préjudiciel n'est pas une question préjudicielle.* La question préjudicielle vise à remédier à l'incompétence du juge face à une question nécessaire à la solution du litige qui l'occupe. Il ressort pourtant de la simple lecture de l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne que le renvoi préjudiciel ne répond pas entièrement à cette exigence. En effet, si la Cour de cassation et le Conseil d'État, incompétents pour statuer sur l'interprétation des textes communautaires, sont juridiquement tenus de renvoyer l'examen de telles questions à la Cour de justice, les juridictions du fond ne sont quant à elles jamais soumises à une telle obligation. Le renvoi en interprétation effectué par les juridictions du fond⁹⁰⁶ constitue toujours l'expression de leur volonté pure.

La contradiction ne tarde pas à se révéler. D'un côté la qualification de « question préjudicielle » implique l'incompétence de la juridiction auteur du renvoi, de l'autre l'article 267 du traité proclame la compétence générale des juridictions du fond pour interpréter le droit de l'Union européenne. En toute bonne logique, il faut conclure que ce dernier renvoi est impropre à la qualification de question préjudicielle. Refuser de souscrire à cette évidence impliquerait de distinguer, au sein du mécanisme de l'article 267, selon que le renvoi est opéré par les juges du fond ou par les juridictions suprêmes. Constitutif d'une question préjudicielle dans le second cas, le renvoi opéré par les juridictions du fond serait, faute d'incompétence, impropre à une telle qualification⁹⁰⁷.

Cette idée est confortée par le rappel que la compétence de la juridiction auteur du renvoi est l'argument avancé par la doctrine pour refuser au mécanisme des demandes d'avis à la Cour de cassation⁹⁰⁸ et au Conseil d'État⁹⁰⁹ la qualification de question préjudicielle⁹¹⁰. Le

⁹⁰⁶ Lequel constitue l'énorme majorité des questions soumises à la CJUE, la Cour de cassation renvoyant moins d'une dizaine de questions par an.

⁹⁰⁷ « Si la Cour de Luxembourg est bien saisie à titre préjudiciel, il est douteux qu'il y ait là, sur le plan technique, une véritable question préjudicielle » (H. CROZE, C. MOREL, O. FRADIN, *Procédure civile*, Litec, 4^{ème} éd., 2008, p. 258).

⁹⁰⁸ La loi du 15 mai 1991 a introduit dans le Code de l'organisation judiciaire un article L. 151-1 aux termes duquel « avant de statuer sur une demande soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai de trois mois de la saisine. Il est sursis à toute décision sur le fond de l'affaire jusqu'à l'avis de la Cour de cassation ou, à défaut, jusqu'à l'expiration du délai ci-dessus mentionné ». Cet article a été abrogé par l'ordonnance n° 2003-673 du 8 juin 2006 portant refonte du Code de l'organisation judiciaire pour être réintroduit par cette même ordonnance, après quelques modifications, aux articles L. 441-1 à L. 441-4 du même code, complété par les articles 1031-1 et suivant du Code de procédure civile.

⁹⁰⁹ Dispositions introduites par la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 et aujourd'hui codifiées à l'article L113-1 du code de justice administrative au termes duquel : « avant de statuer sur une requête soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel peut, par une décision qui n'est susceptible d'aucun recours, transmettre le dossier de l'affaire au Conseil d'État, qui examine dans un délai de trois mois la question soulevée. Il est sursis à toute décision au fond jusqu'à un avis du Conseil d'État ou, à défaut, jusqu'à l'expiration de ce délai ».

juge pouvant « tout à fait tenter de résoudre par lui-même la difficulté juridique à laquelle il est confronté »⁹¹¹ et n'étant « pas tenu de se tourner ainsi vers la Haute Juridiction »⁹¹², les demandes d'avis ne seraient pas, « à proprement parler, des questions préjudicielles »⁹¹³. N'y a-t-il pas quelque contradiction à refuser, faute d'incompétence, la qualification de question préjudicielle au mécanisme des demandes d'avis, et à attribuer une telle qualification au renvoi préjudiciel à la Cour de justice⁹¹⁴ dont on a démontré plus haut que, lorsqu'il trouve son origine dans une demande des juridictions du fond, il ne repose pas sur leur incompétence⁹¹⁵ ? Quelle différence existe-t-il entre un juge du fond qui sollicite l'interprétation d'une loi à sa juridiction suprême et ce même juge qui sollicite l'interprétation d'un règlement européen à la Cour de justice ?

La démonstration met en avant l'incohérence de la classification jusqu'aujourd'hui proposée. La question préjudicielle repose sur l'incompétence de la juridiction auteur du renvoi. Vouloir lui rattacher le renvoi préjudiciel à la Cour de justice oblige soit à un forçage de la notion, soit à une distinction selon que leur auteur est une juridiction du fond ou une juridiction suprême. Aucune de ces deux solutions n'est juridiquement acceptable. La première parce qu'elle confine à l'immoralité intellectuelle, la seconde parce qu'elle éclate, sur fond de qualification nationale, un mécanisme européen emprunt d'unité et de cohérence.

354. *Pressentiment doctrinal.* Sans aller jusqu'à exclure le renvoi préjudiciel de la catégorie des questions préjudicielles, certains praticiens avaient déjà tempéré, à l'occasion d'une affaire particulière, l'assimilation entre la question préjudicielle et le renvoi préjudiciel. Le Conseil d'État s'est trouvé confronté, à partir de 1985, à la délicate question de l'autorité des interprétations délivrées *ultra petita* par la Cour de justice. Était-il tenu au respect de ces interprétations ? Pouvait-il s'en départir ?

⁹¹⁰ « Doit également être évoquée, au titre des questions préjudicielles spéciales, bien qu'elle n'en ait pas la nature, la procédure de saisine pour avis de la Cour de cassation (...) cette procédure n'a pas la nature du mécanisme préjudiciel dans la mesure où ni la saisine, ni l'avis de la Cour de cassation ne s'impose à la juridiction qui formule la demande. » (L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Litec, 6^{ème} éd., 2009, p. 168).

⁹¹¹ J. HERON, T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 3^{ème} éd., 2006, p. 774.

⁹¹² *Ibid.*

⁹¹³ *Ibid.* Les mêmes auteurs ajoutent immédiatement à la suite que, sous cette réserve, le mécanisme « s'apparente à celui des questions préjudicielles » (*Ibid.*).

⁹¹⁴ Le fait que « le renvoi est facultatif s'agissant des juridictions du fond » ne semble alors pas poser de problème quant à sa qualification de question préjudicielle. Sur ce point v. L. CADIET, E. JEULAND, *op. cit.*, p. 166 ; voir égal. J. HERON, T. LE BARS, *op. cit.*, p. 776.

⁹¹⁵ Dans le même esprit, C. Durand considère dans sa thèse de doctorat que lorsque « quoique compétent, le juge effectue un renvoi...il n'y a pas là question préjudicielle » (C. DURAND, *Les rapports entre les juridictions administrative et judiciaire*, LGDJ, 1956, n° 227). Tel est par exemple le cas lorsque le juge pénal, bien que compétent pour apprécier la légalité d'un acte administratif, décide toutefois de soumettre l'examen de sa validité au juge administratif. Le renvoi s'analyse en une simple consultation.

Pour écarter l'autorité de ces interprétations, le Conseil s'était alors fondé sur l'analogie entre le renvoi préjudiciel et la question préjudicielle. Dans la mesure où le renvoi préjudiciel était considéré comme une question préjudicielle, le régime juridique de celle-ci devait être appliqué à celui-là. Or en droit interne, le juge de renvoi est strictement tenu par l'énoncé de la question préjudicielle qui lui est posée. Le Conseil d'État en déduisait qu'il n'était pas obligé au respect de l'interprétation délivrée *ultra petita* par la Cour de justice⁹¹⁶.

Cette solution avait été contestée par Bruno Genevois qui, dans ses conclusions, avait tempéré l'analogie opérée entre la question et le renvoi préjudiciel. En effet « s'il est inspiré du mécanisme français des questions préjudicielles, l'article 177 du traité de Rome [art. 267 TFUE] n'en est pas une transposition pure et simple. Sont ici en présence non pas deux ordres de juridiction, mais une pluralité de systèmes juridiques. Le mécanisme préjudiciel de l'article 177 est un instrument technique destiné à remplir une fonction : assurer l'unité d'interprétation et d'application du droit communautaire dans l'ensemble des États membres »⁹¹⁷. Bruno Genevois rejoignait Jean Boulouis dans le temple de la contestation⁹¹⁸. Il ne restait plus qu'à pousser le raisonnement jusqu'à son terme et conclure que le renvoi préjudiciel n'est pas une question préjudicielle.

355. Les questions préjudicielles et le renvoi préjudiciel à la Cour de justice partageant leur technique préjudicielle, le pas fut ainsi vite franchi par les docteurs du milieu du XX^{ème} siècle de faire du second l'espèce des premières. L'assimilation d'un mécanisme « étranger » à une qualification nationale ancienne présentait des vertus rassurantes. Affirmer que le renvoi préjudiciel était une question préjudicielle permettait de mieux le connaître. Relever l'influence de la France dans sa consécration permettait de mieux l'accepter. Tous les éléments invitaient à l'assimilation, une assimilation qui n'en était pas moins juridiquement imparfaite. Le seul constat de son caractère préjudiciel ne pouvait suffire à faire de lui une question préjudicielle. Souscrire à une telle assertion revenait à faire de tout mécanisme

⁹¹⁶ « Cette décision pouvait s'appuyer sur des raisons convaincantes car le juge administratif se conformait à la théorie des questions préjudicielles telle qu'elle est appliquée en droit interne. En matière de répartition des compétences entre les juridictions administratives et judiciaires, il est de principe que le juge de l'exception doit statuer dans les limites du renvoi » (O. STECK, « L'arrêt De Groot et Bejo : une nouvelle illustration du dialogue des juges », *D.* 2007. 994).

⁹¹⁷ B. GENEVOIS, concl. sur CE, 26 juillet 1985, ONIC, *AJDA* 1985. 617 et 618.

⁹¹⁸ « Le mécanisme a donc moins pour objet de consacrer l'existence d'une dualité juridictionnelle avec partage rigide de compétence (...) que de procurer une interprétation unique et capable d'informer des applications homogènes par les juridictions nationales ainsi intégrées dans un processus de coopération et non pas dans une structure hiérarchique... du type de celle qui confère à la Cour de cassation la mission d'assurer l'unification de la jurisprudence » (J. BOULOIS, « A propos de la fonction normative de la jurisprudence, Remarques sur l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de justice des Communautés Européennes », in *Le juge et le droit public, Mélanges offerts à Marcel Waline*, LGDJ, 1974, tome 1, p. 155).

préjudiciel une question préjudicielle. Il faut s'y résoudre, le renvoi préjudiciel à la Cour de justice n'est pas une question préjudicielle, il est autre chose, il est un renvoi préalable.

2) La question prioritaire de constitutionnalité n'est pas une question préjudicielle

356. Lorsque la question prioritaire de constitutionnalité fut introduite en droit français, la question de sa qualification n'a guère fait débat. Sa ressemblance avec le renvoi préjudiciel invitait à l'assimilation ; or le temps ayant fait son œuvre, et la qualification de question préjudicielle du second n'ayant jamais été contestée, il n'y avait pas de raison de la refuser au premier.

Le débat avait de toutes les façons été largement purgé dans les années 1990 à l'occasion de l'étude des premiers projets tendant à introduire un contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. La question était alors de savoir si le mécanisme projeté était une exception d'inconstitutionnalité⁹¹⁹ ou une question préjudicielle. Tel que l'a remarqué de manière particulièrement incisive le professeur Renoux⁹²⁰ à l'occasion de la présentation du projet de 1990, l'exception d'inconstitutionnalité implique, comme toute exception, la compétence de la juridiction saisie du fond du litige pour trancher le moyen tiré de l'inconstitutionnalité de la disposition législative. Les dispositions constitutionnelles de 2008, en imposant le renvoi de la question de constitutionnalité, ont fait du contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* français une « question préjudicielle conduisant le juge [saisi] à surseoir à statuer »⁹²¹.

357. Bien que depuis la publication de la loi organique ce mécanisme doit être officiellement dénommé « question prioritaire de constitutionnalité », nombreux furent les auteurs, entre la date de vote de la réforme constitutionnelle et celle de la publication de loi organique⁹²², à voir en lui une « question préjudicielle de constitutionnalité »⁹²³. Il n'est

⁹¹⁹ P. MALAURIE, P. MORVAN, *Introduction générale*, Defrénois, 3^{ème} éd., 2009, p. 232.

⁹²⁰ T. RENOUX, « L'exception telle est la question », *RFDC* 1990. 652.

⁹²¹ *Ibid.*

⁹²² « Dès 2009, alors que le projet de loi organique pour l'application de l'article 61-1 de la Constitution n'était pas encore connu, a fortiori adopté, que la question n'était pas encore prioritaire mais qualifiée de préjudicielle, un colloque dédié à ce sujet était organisé par la Cour de cassation » (E. PIWINCA, « L'appropriation de la question prioritaire de constitutionnalité par ses acteurs », *Pouvoirs* 2011. 173).

⁹²³ M. VERPEAUX, « Question préjudicielle et nouveau constitutionnel », *AJDA* 2008. 1879 ; M. VERPEAUX, « La question préjudicielle de constitutionnalité et le projet de loi organique », *AJDA* 2009. 1474 ; D. ROUSSEAU, « La question préjudicielle de constitutionnalité : une belle question ? », *LPA*, 25 juin 2009, n° 126, p. 7 ; B. DE LAMY, « Brèves observations sur la question préjudicielle de constitutionnalité en attendant la

d'ailleurs pas rare de retrouver aujourd'hui encore⁹²⁴ cette qualification qui s'était déjà largement « imposée chez les spécialistes du contentieux constitutionnel »⁹²⁵. L'amalgame n'est pourtant pas plus approprié que s'agissant du renvoi préjudiciel. La question prioritaire de constitutionnalité n'est pas un mécanisme tendant à imposer à un juge le strict respect de compétences exclusives. Pour preuve, le Conseil constitutionnel est bien démuné lorsqu'une juridiction suprême refuse de lui renvoyer l'examen d'une disposition législative constitutionnellement douteuse. A la différence du Tribunal des conflits, gardien de la répartition des compétences entre les juridictions administratives et judiciaires, la question prioritaire de constitutionnalité n'autorise pas le Conseil constitutionnel à imposer le respect des règles de compétence. La question prioritaire est avant tout un mécanisme de collaboration pacifique entre juridictions, dont le but est d'unifier l'application et l'interprétation de la loi et des textes constitutionnels. Elle n'est pas une question préjudicielle, elle est un renvoi préalable.

358. Le rattachement du renvoi préjudiciel et de la question prioritaire de constitutionnalité à la catégorie des questions préjudicielles s'est faite faute de mieux, au prix d'un forçage de la catégorie. Rejeter cette qualification au profit de celle de renvoi préalable permet alors de redonner à la question préjudicielle toute sa cohérence.

B) Les vertus de l'autonomie : éloge d'une cohérence retrouvée

359. La reconnaissance du renvoi préalable a pour vertu la résorption d'un paradoxe et la dissipation d'une incohérence.

Paradoxe. Le mécanisme des questions préjudicielles est depuis longtemps l'objet de virulentes critiques. La consécration du renvoi préjudiciel, des demandes d'avis et de la question prioritaire de constitutionnalité serait alors paradoxale puisqu'elle traduirait la faveur

loi organique », *D.* 2009. 177 ; L. BURGORGUE-LARSEN, « Question préjudicielle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité », *RFDA* 2008. 787 ; G. CANIVET, « La mise en place de la révision constitutionnelle en France et la question préjudicielle de constitutionnalité », Visite au Tribunal Constitutionnel espagnol, Madrid, 2-4 avril 2009, www.conseilconstitutionnel.fr

⁹²⁴ « C'est donc une véritable question préjudicielle qui est posée au Conseil constitutionnel » (J.-B. PERRIER, « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité », *RFDA* 2011. 711). V. égal. : R. MORTIER, « L'article 1843-4 du Code civil et la question préjudicielle de constitutionnalité », *Bull. Joly Sociétés*, 2011, n° 5, p. 366.

⁹²⁵ B. MATHIEU, « La question prioritaire de constitutionnalité : une nouvelle voie de droit », *JCP G* 2009. 602. V. égal. : X. PHILIPPE (dir.), *Contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle*, PUAM, 2009, p. 38.

du législateur pour un mécanisme contesté en doctrine et en jurisprudence. Le paradoxe se dissipe comme par évanescente si ces nouveaux mécanismes ne sont pas considérés comme des questions préjudicielles. L'opprobre jeté sur la première ne saurait atteindre le second dont la finalité spécifique explique l'attraction contemporaine (1).

360. Incohérence : A la résolution du paradoxe s'ajoute la résorption des incohérences que le rattachement du renvoi préjudiciel et de la question prioritaire de constitutionnalité aux questions préjudicielles avait fécondées. Les classifications doctrinales ont souffert de l'intégration constante à la catégorie des questions préjudicielles de mécanismes qui lui sont pourtant étrangers. La distinction du renvoi préalable et de la question préjudicielle permet de restituer à cette catégorie sa pureté originelle (2).

1) La fin d'un paradoxe

361. La défaveur doctrinale pour les questions préjudicielles. Depuis maintenant près d'un siècle, les questions préjudicielles sont raillées par la doctrine universitaire. Initiateur de critiques aujourd'hui devenues « récurrentes »⁹²⁶, M. Waline dénonçait déjà cette « procédure lourde et incommode »⁹²⁷. Qu'ils soient privatistes ou publicistes, les auteurs se rejoignent pour en dénoncer les travers. Les qualificatifs sont à la mesure du mépris qu'elle inspire. La question préjudicielle est une « sorte de déroboade du juge »⁹²⁸, une simple « complications de procédure »⁹²⁹, voire, pour ses contradicteurs les plus virulents, « l'une des infirmités majeures du système judiciaire français »⁹³⁰. Elle forge des « situations pathologiques »⁹³¹ et entraîne « la crise du contrôle judiciaire de l'action économique de l'administration »⁹³². Pour appuyer leurs conclusions les auteurs mettent en lumière trois inconvénients majeurs⁹³³.

⁹²⁶ B. SEILLER, V° « Questions préjudicielles », *Rép. Cont. Adm.* 2006, p. 2.

⁹²⁷ M. WALINE, note sous Cass. 3 juin 1926, Roy c/ Bonneau, *D.* 1926. 218.

⁹²⁸ Y. GAUDEMET, « Les questions préjudicielles devant les deux ordres de juridiction », *RFDA* 1990. 768.

⁹²⁹ TC, 16 juin 1923, *Stepfonds*, note M. HAURIOU, *S.* 1923. 49.

⁹³⁰ Y. GAUDEMET, note sous, CA Paris, 1^{ère} ch., 28 novembre 1983, *A.C.C.I.L c/ C.I.L.O.S*, *RDP* 1984. 479.

⁹³¹ J.-F. FLAUSS, *Les questions préjudicielles et le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires*, Thèse, Strasbourg, dactylo, 1976, p. 61 et s.

⁹³² Y. GAUDEMET, *not. cit.*, 474.

⁹³³ La charge délivrée contre les questions préjudicielles se trouve remarquablement résumée par Y. Gaudemet, « Point n'est besoin en effet d'insister ici sur les critiques d'ordre pratique et théorique qu'appellent les questions préjudicielles : morcellement du procès et renchérissement de celui-ci ; incompréhension des parties exposées d'autre part à des délais qui peuvent rendre le contentieux sans objet véritable ; perversion et utilisation du système contraire par des plaideurs de mauvaise foi pour qui le temps travaille ; caractère artificiel parfois de la décision sur la question préjudicielle coupée d'une certaine façon, ne serait-ce que par les délais écoulés, de la

362. La cause de la défaveur : les inconvénients des questions préjudicielles. Les questions préjudicielles entraînent d'abord « un morcellement systématique »⁹³⁴ et « inutile de l'instance en justice »⁹³⁵. Ce fractionnement est préjudiciable au juge qui n'est pas saisi du procès dans son entier. Il est également un facteur d' « incompréhension »⁹³⁶ du système judiciaire préjudiciable aux parties.

La question préjudicielle est ensuite consommatrice d'un temps précieux. Par sa mise en œuvre, les juridictions « s'engagent dans une sorte de course à la lenteur dont les plaideurs, au moins l'un d'entre eux, feront les frais et dont la justice ne sort pas grandie »⁹³⁷. La force de cet argument se trouve d'ailleurs exacerbé de nos jours, alors que la France est régulièrement condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme en raison des délais excessivement longs de ses procédures juridictionnelles.

Enfin, le mécanisme des questions préjudicielles est ruineux pour les parties⁹³⁸ qui doivent assurer les frais de représentation devant deux juridictions différentes, avec parfois deux spécialistes différents.

A ces inconvénients inhérents à toute question préjudicielle doivent être ajoutés ceux qui, loin d'être hypothétiques, restent toutefois cantonnés à quelques situations particulières. Tel est le cas des questions préjudicielles en cascade où « la réponse à la question préjudicielle suppose que soit préalablement tranchée une autre question qui constitue elle-même une question préjudicielle pour la juridiction saisie sur renvoi »⁹³⁹. Tel est le cas également des situations dans lesquels le destinataire de la question ne peut y répondre sans poser à son tour une question préjudicielle à son interrogateur, la résolution de l'affaire dégénérant alors en cercle vicieux.

réalité du procès dans son ensemble (...) On comprend que l'on puisse dans ces conditions, et de façon très concrète, parler du « coût » de la question préjudicielle ; coût immédiat, en temps et en argent, pour les parties ; coût aussi, au delà de chaque espèce, en termes de crédibilité de la justice » (Y. GAUDEMET, « Les questions préjudicielles devant les deux ordres de juridiction », *RFDA* 1990. 769).

⁹³⁴ Y. GAUDEMET, note sous, CA Paris, 1^{ère} ch., 28 novembre 1983, *A.C.C.I.L c/ C.I.L.O.S*, *RDP* 1984. 473.

⁹³⁵ D. GRANJON, « Les questions préjudicielles », *AJDA* 1968. 93.

⁹³⁶ Y. GAUDEMET, « Les questions préjudicielles devant les deux ordres de juridiction », *RFDA* 1990. 780.

⁹³⁷ *Ibid.*, p. 769.

⁹³⁸ « ...et pour entrainer la cassation d'arrêts, avec toutes leurs conséquences si onéreuses pour les plaideurs, sans parler des prolongations des instances » (M. WALINE, note sous, Cass. 3 juin 1926, *Roy c/ Bonneau*, *D.* 1926, 1^{ère} partie, p. 218).

⁹³⁹ Y. GAUDEMET, *art. cit.*, p. 769. Pour exemple le cas de la contestation d'une élection relevant de la compétence des juridictions administratives. Si la contestation porte sur le droit de vote de certains électeurs, cette question relève de la compétence exclusive du juge d'instance, juge de l'électorat. Or si l'établissement du droit vote nécessite qu'il soit statué sur l'état des personnes, le juge d'instance devra à son tour surseoir à statuer et renvoyer la question au juge du tribunal de grande instance. Sur ce point : D. GRANJON, « Les questions préjudicielles », *AJDA* 1968. 81.

363. Les conséquences des inconvénients : la déchéance des questions préjudicielles.

Ces inconvénients pouvaient apparaître « comme un juste tribut versé au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires »⁹⁴⁰. Toutefois « l'imbrication d'opérations juridiques de droit privé et d'actes administratifs unilatéraux qui conditionnent ces opérations » a entraîné un recours de plus en plus fréquent aux questions préjudicielles et a rendu insoutenables leurs effets indésirables. Certains auteurs ont donc encouragé la jurisprudence « à circonscrire le domaine interdit aux tribunaux »⁹⁴¹ et à restreindre le champ d'application des questions préjudicielles par « une évolution jurisprudentielle libérale »⁹⁴². Force est de constater que cet appel de la doctrine a été largement entendu, toute l'histoire du XX^{ème} siècle étant celle d'une réduction drastique du champ d'application des questions préjudicielles. Aucun domaine n'a été épargné, qu'il s'agisse des matières administrative, pénale ou civile.

364. En matière administrative, le Conseil d'État a cherché à réduire au maximum les hypothèses dans lesquelles le recours à la question préjudicielle lui serait obligatoire. Le domaine de l'emprise en est une parfaite illustration⁹⁴³. Si toute emprise, quelle qu'elle fût, relevait initialement de la compétence des juridictions judiciaires, le Conseil d'État⁹⁴⁴ a reconnu dans les années 1960 sa compétence en matière d'emprises irrégulières. Il supprimait, par voie de conséquence, un cas important d'utilisation des questions préjudicielles. Dans le même esprit, alors que les questions de nationalité relèvent de la compétence exclusive du juge judiciaire, le Tribunal des conflits⁹⁴⁵ a considéré que la nationalité des sociétés ne justifiait pas une question préjudicielle au juge judiciaire lorsque cette question se posait dans une instance pendante devant les tribunaux de l'ordre administratif. La solution manifeste, une fois de plus que, lorsque son recours peut être évité, la question préjudicielle est laissée pour compte.

365. La matière pénale est le lieu d'un mouvement strictement identique. L'article 111-5 du Code pénal dispose depuis 1994 que « les juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels et pour en apprécier la

⁹⁴⁰ Y. GAUDEMET, note sous, CA Paris, 1^{ère} ch., 28 novembre 1983, *A.C.C.I.L c/ C.I.L.L.O.S*, RDP 1984. 473.

⁹⁴¹ M. WALINE, note sous, Cass. 3 juin 1926, *Roy c/ Bonneau*, D. 1926, 1^{ère} partie, p. 218.

⁹⁴² *Ibid.*

⁹⁴³ D. GRANJON, « Les questions préjudicielles », *AJDA* 1968. 85.

⁹⁴⁴ CE, 5 octobre 1960, *Compagnie d'assurances générales*, *AJDA*. 1961. 25 ; CE, 15 février 1961, *Werquin, M. Galabert et Gentot*, *AJDA* 1961, chron. p 197.

⁹⁴⁵ TC, 23 novembre 1959, *Société Mayol, Arbona et Compagnie*, *AJDA* 1960. 215.

légalité lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis ». Cette solution législative, qui sonne le glas des questions préjudicielles entre le juge pénal et le juge administratif, n'est toutefois que le produit d'une résistance farouche de la chambre criminelle initiée au milieu du XX^{ème} siècle⁹⁴⁶. Alors que le Tribunal des conflits, dans son fameux arrêt *Avranches et Desmarets*⁹⁴⁷, avait cantonné la compétence du juge répressif aux seuls actes réglementaires, la Cour de cassation a toujours refusé de s'incliner⁹⁴⁸. La solution retenue dans le Code pénal ne fait qu'entériner cette résistance du juge répressif vis-à-vis des questions préjudicielles.

366. En matière civile enfin, la Cour de cassation avait affirmé, à la fin du XIX^{ème} siècle, la possibilité pour le juge judiciaire « d'apprécier la légalité des actes règlementaires dès lors que cette question commandait l'issue du litige dont ils étaient valablement saisis »⁹⁴⁹. Le Tribunal des conflits a toutefois remis en cause cette jurisprudence à l'occasion de son célèbre arrêt *Septfond*⁹⁵⁰. Il décidait que le juge judiciaire devait renvoyer au juge administratif toute question relative à l'interprétation d'un acte individuel ou à l'appréciation de légalité d'un acte administratif quel qu'il soit. Le juge judiciaire n'était autorisé qu'à interpréter les actes administratifs règlementaires.

Le Tribunal des conflits a toutefois récemment atténué la rigueur de sa position, réduisant par la même occasion le champ d'intervention des questions préjudicielles. Par son arrêt *Préfet de Bretagne*⁹⁵¹, il a proposé un assouplissement et autorisé une dérogation à sa jurisprudence historique.

L'assouplissement général concerne l'obligation, pour le juge judiciaire, de renvoyer la question de la validité d'un acte administratif au juge éponyme. En effet, « l'obligation faite au juge judiciaire statuant en matière civile et confronté à une contestation sérieuse portant sur la légalité d'un acte administratif de renvoyer cette question au juge administratif disparaît lorsqu'il apparaît manifestement, au vu d'une jurisprudence établie, que la contestation peut être accueillie par le juge saisi au principal »⁹⁵². En d'autres termes, la question préjudicielle

⁹⁴⁶ La Cour de cassation, sur le fondement de l'habilitation posée par la loi du 28 avril 1932, avait progressivement élargi sa compétence pour examiner les actes administratifs tant règlementaires qu'individuels.

⁹⁴⁷ TC, 5 juillet 1951, *Avranches et Desmarets*, S. 1952. 1, note J.-M. AUBY.

⁹⁴⁸ Cass. crim., 21 décembre 1961, *D.* 1962. 102, rapport M. COSTA ; Cass. crim., 1^{er} juin 1967, *JCP* 1968. II. 15505, note J. LAMARQUE.

⁹⁴⁹ Cass. civ., 24 juin 1890, S. 1891. 540 ; Cass. civ., 21 mars 1899, *D.* 1899. 418.

⁹⁵⁰ TC, 16 juin 1923, *Septfonds*, Lebon, p. 498 ; S. 1923. 49, note HAURIOU ; *D.* 1924. 41, concl. MATTER.

⁹⁵¹ TC, 17 octobre 2011, *Préfet de Bretagne*, n° 3828 et 3829 ; F. DONNAT, « Abandon de la jurisprudence *Septfonds* : le droit de l'Union en demandait-il tant ? », *D.* 2011. 3046.

⁹⁵² F. DONNAT, « Abandon de la jurisprudence *Septfonds* : le droit de l'Union en demandait-il tant ? », *D.* 2011. 3048.

« n'est pas automatique si le juge judiciaire peut s'appuyer sur une jurisprudence établie et constater lui-même l'illégalité manifeste de l'acte administratif »⁹⁵³.

La dérogation spécifique concerne le droit de l'Union européenne. Lorsque la résolution du litige porté devant le juge judiciaire implique l'examen de la conformité d'un acte administratif au droit de l'Union européenne, le juge saisi doit pouvoir, en vertu du principe d'efficacité, « appliquer le droit de l'Union, sans être tenu de saisir au préalable la juridiction administrative d'une question préjudicielle »⁹⁵⁴. En d'autres termes, le juge judiciaire peut déclarer un acte administratif contraire au droit de l'Union, faisant l'économie d'une question préjudicielle. Par cet arrêt⁹⁵⁵, le Tribunal des conflits a confirmé une solution qui avait été adoptée par l'ensemble des chambres de la Cour de cassation⁹⁵⁶. Il a surtout restreint, une fois n'est pas coutume, le champ d'intervention des questions préjudicielles⁹⁵⁷.

367. La motivation de l'arrêt *Préfet de Bretagne* est éclairante sur les causes de cette évolution. Le Tribunal des conflits justifie sa solution par la conciliation nécessaire du respect des règles de compétence avec, d'une part, « l'exigence de bonne administration de la justice », et d'autre part, « les principes généraux qui gouvernent le fonctionnement des juridictions, en vertu desquels tout justiciable a droit à ce que sa demande soit jugée dans un délai raisonnable »⁹⁵⁸. Cette motivation sonne comme un aveu du Tribunal des conflits que les questions préjudicielles présentent souvent plus d'inconvénients qu'elles ne procurent d'avantages.

368. Le constat est donc amer. Toute l'histoire des questions préjudicielles depuis le milieu du XX^{ème} siècle est celle d'une restriction toujours accentuée de leur champ

⁹⁵³ F. DONNAT, « Abandon de la jurisprudence *Septfonds* : le droit de l'Union en demandait-il tant ? », *D.* 2011. 3048.

⁹⁵⁴ TC, 17 octobre 2011, *Préfet de Bretagne*, n° 3828 et 3829 ; F. DONNAT, *art. cit.*, p. 3046.

⁹⁵⁵ Pour rappel cette question aurait pu être tranchée par le Tribunal des conflits dès 2007 à l'occasion du contrôle de la conventionnalité du CNE. Mais déclarant que l'ordonnance avait été ratifiée par le législateur, la question de la compétence du juge judiciaire pour en apprécier la conventionnalité ne se posait plus. TC, 19 mars 2007, *Préfet de l'Essonne c/ Cour d'appel de Paris* dit arrêt *Samzun*, n° 3622, *JCP A* 2007. 2251 note E. CHEVALLIER ; *RDT* 2007. 369, note D. GUIRIMAND ; *AJDA* 2007. 618, note Z. AIT-EL-KADI.

⁹⁵⁶ Cass. com., 6 mai 1996, *France Télécom c/ Communication média service*, *RFDA* 1996. 1161, note B. SEILLER ; Cass. civ. 1^{ère}, 3 avril 2001, n° 00-05. 026 et n° 00-05.030, *RTD civ.* 2001. 578, obs. J. HAUSER ; Cass. civ. 3^{ème}, 2 juillet 2003, *Monzerian*, *Bull. civ.*, III, n° 140 ; Cass. soc., 18 décembre 2007, *RATP c/ Somazzi*, n° 06-45.132 ; X. DUPRE DE BOULOIS, « Exception d'inconventionnalité des règlements administratifs : la Cour de cassation persiste et signe », *RFDA* 2008. 499 ; *RDT* 2008. 393, obs. M. SCHMIDT ; *JCP* 2008. II. 10023, note D. JACOBOT ; Cass. civ., 2^{ème}, 20 décembre 2007, n° 06-20.563.

⁹⁵⁷ Notons que la question de la compétence du juge judiciaire pour apprécier la conventionnalité d'un acte réglementaire se pose toujours, la solution du Tribunal des conflits étant cantonnée à la matière spécifique du droit de l'Union européenne.

⁹⁵⁸ TC, 17 octobre 2011, *Préfet de Bretagne*, n° 3828 et 3829 ; F. DONNAT, *art. cit.*, p. 3046.

d'intervention. Encouragée par une doctrine soucieuse de « ramener à l'unité l'instance judiciaire chaque fois que c'est concevable »⁹⁵⁹, la jurisprudence n'a pas hésité à restreindre leur concours chaque fois qu'il était possible. « En définitive il n'y a qu'une condition fondamentale pour un bon fonctionnement des questions préjudicielles : c'est qu'il fonctionne peu »⁹⁶⁰.

369. *Exposé du paradoxe.* Si le mécanisme des questions préjudicielles est constamment critiqué en doctrine, si la jurisprudence a toujours tenté d'en réduire le champ d'intervention, il est difficile d'expliquer la dévotion contemporaine du législateur pour cet instrument. Pourquoi s'entêterait-il à en consacrer de nouvelles espèces, alors qu'elles sont vouées aux gémonies ? L'interrogation porte en elle les germes de sa contradiction. Le législateur serait-il schizophrène au point de consacrer aujourd'hui un mécanisme aux travers dénoncés par la doctrine et la jurisprudence depuis maintenant près d'un siècle ?

370. *Apparence du paradoxe.* Le paradoxe n'est en fait qu'apparent. Il se dissipe si l'on accepte que les demandes d'avis, la question prioritaire de constitutionnalité et le renvoi préjudiciel ne sont pas des questions préjudicielles. Les auteurs peuvent bien affubler les questions préjudicielles de tous les maux, aucun d'eux n'est opposable au renvoi préalable. Sa finalité le rend vertueux et justifie son expansion contemporaine. Elle le rend hermétique aux critiques et à la défaveur qui touchent les questions préjudicielles.

On dit de la question préjudicielle qu'elle est source de complexité pour les plaideurs ? Le renvoi préalable est au contraire un mécanisme inter-juridictionnel qui ne fait peser aucune obligation sur les parties. La question préjudicielle consomme du temps ? Le renvoi préalable permet justement d'en gagner, assurant l'unification rapide de l'interprétation du droit. Enfin, la question préjudicielle serait ruineuse pour les parties. Le renvoi préalable, en dissipant rapidement les controverses juridiques, évite aux parties les affres des voies de recours. Le temps économisé est nécessairement une économie d'argent.

371. Renvoi préalable et question préjudicielle sont deux mécanismes distincts qui suivent une marche en sens inverse. Alors que l'une est l'objet de toutes les critiques et voit son champ d'intervention réduit à peau de chagrin, l'autre jouit dans la période contemporaine d'un épanouissement sans précédent. Cette évolution contraire présenterait un air fâcheux de

⁹⁵⁹ D. GRANJON, « Les questions préjudicielles », *AJDA* 1968. 85.

⁹⁶⁰ *Ibid.*, p. 93.

paradoxe si les mécanismes étaient considérés comme un tout homogène. Il y aurait alors les « bonnes » questions préjudicielles et les « mauvaises » questions préjudicielles. Il est sans doute plus juste et plus satisfaisant de considérer que la critique des questions préjudicielles tient au fait qu'elles ne visent qu'au respect des règles de compétence exclusive. A l'heure où les droits fondamentaux imposent que quiconque voit sa demande jugée dans un délai raisonnable, cette justification apparaît bien terne. En revanche, le renvoi préalable est justifié par la finalité essentielle qu'il poursuit : l'unification de l'application et de l'interprétation du droit. Cette raison explique qu'il se soit attaché les faveurs du législateur contemporain.

2) *La dissipation d'une incohérence*

372. Le rattachement du renvoi préjudiciel et de la question prioritaire de constitutionnalité aux questions préjudicielles a également jeté le trouble sur des constructions et classifications doctrinales jusqu'alors bien établies. La doctrine avait tiré de la distinction entre les questions préjudicielles spéciales et générales une conséquence quant à la manière dont la juridiction exclusivement compétente devait être saisie. Lorsque la question est spéciale, le renvoi se fait de juge à juge, sans que les parties ne soient obligées à aucune diligence. En revanche, lorsque la question est générale, c'est aux parties de saisir la juridiction exclusivement compétente⁹⁶¹. Il suffit d'ouvrir les manuels de procédure civile pour attester l'ancrage de cette distinction qui s'explique très simplement par le fait qu'aucune injonction ne peut être ordonnée entre ordres juridictionnels distincts. Lorsque la question préjudicielle est générale, « le tribunal saisi de la question préjudicielle ne peut lui-même saisir directement le tribunal compétent, car un ordre de juridiction ne peut donner d'ordres à un autre ordre. Il doit donc renvoyer les parties à saisir le tribunal compétent »⁹⁶². En d'autres termes, lorsque la question préjudicielle est interne à l'ordre judiciaire, elle est une procédure de juge à juge, alors que lorsqu'elle mobilise plusieurs ordres juridiques, le juge saisi ne peut que surseoir à statuer, à charge pour les parties de saisir la juridiction exclusivement compétente.

⁹⁶¹ V. *supra* n° 336 et s.

⁹⁶² S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile, droit interne et droit de l'Union européenne*, Dalloz, 31^{ème} éd., 2012, p. 1044.

373. Cette construction doctrinale a toutefois été mise à mal par l'introduction du renvoi préjudiciel qui, bien que mobilisant deux ordres juridiques distincts, demeure un mécanisme exclusivement inter-juridictionnel. La construction vacillait. Pour la tenir sur pieds, les auteurs ont dû accepter que le renvoi préjudiciel faisait figure d'exception. La question préjudicielle générale est celle « qui suppose que soit saisie une juridiction d'un autre ordre. En présence d'une telle question, le juge renvoie les parties à saisir elles mêmes la juridiction compétente pour connaître du moyen de défense, *sauf pour la question préjudicielle communautaire à la Cour de justice* »⁹⁶³.

374. Cette première atteinte a été récemment aggravée par l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité. Ce mécanisme exclut lui aussi toute intervention des parties auprès du Conseil constitutionnel et repose sur une stricte collaboration entre juridictions. Pourtant, s'il est discuté de savoir si le Conseil constitutionnel constitue un ordre juridictionnel propre, il est certain qu'il n'appartient ni à l'ordre administratif, ni à l'ordre judiciaire. La question prioritaire de constitutionnalité est donc un mécanisme qui semble déroger lui aussi à cette classification séculaire. Peut-on encore soutenir qu'une question préjudicielle générale nécessite la diligence des parties alors que le renvoi préjudiciel, la question prioritaire de constitutionnalité et les demandes d'avis à la Cour européenne des droits de l'homme sont des mécanismes inter-juridictionnels ? On le voit, le rattachement du renvoi préjudiciel et de la question prioritaire de constitutionnalité aux questions préjudicielles a jeté le trouble sur une classification cardinale. Reste à savoir si ce trouble est justifié et s'il faut, en conséquence, abandonner cette distinction.

375. Sans doute faut-il délaissier les constructions doctrinales périmées par l'action du temps. Il ne faut jamais oublier leur relativité et leur contingence, au risque de les ériger en obstacles épistémologiques. Ainsi faudrait-il remettre en cause la distinction étudiée si les évolutions du droit positif l'avaient rendue obsolète. Il semble toutefois qu'une telle remise en cause soit inutile en l'espèce.

En effet, rien n'empêche de soutenir aujourd'hui qu'une question préjudicielle générale implique la diligence des parties, alors que son homologue spéciale est une procédure inter-juridictionnelle. Rien n'empêche d'affirmer que cette distinction tient au fait qu'une juridiction ne peut adresser d'injonction à une juridiction étrangère à son ordre juridique. Pour

⁹⁶³ S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz action, 2009/2010, p. 228.

cela, il suffit d'accepter que la question prioritaire de constitutionnalité et le renvoi préalable ne sont pas des questions préjudicielles. Leur finalité spécifique explique, tel qu'il a déjà été démontré⁹⁶⁴, que les parties ne puissent saisir directement la juridiction suprême ; et cette même finalité justifie leur qualification de renvoi préalable. Le trouble jeté sur la classification doctrinale ne repose donc que sur une malheureuse confusion : celle que le renvoi préjudiciel et la question prioritaire de constitutionnalité sont des questions préjudicielles. Accepter l'ineptie d'une telle qualification permet de restaurer une cohérence perdue. La question préjudicielle spéciale est un mécanisme inter-juridictionnel, la question préjudicielle générale nécessite la diligence des parties pour saisir la juridiction compétente. Ni le renvoi préjudiciel, ni la question prioritaire de constitutionnalité ne porte atteinte à cette classification... puisqu'ils ne sont pas des questions préjudicielles.

⁹⁶⁴ V. *supra*, n° 191 et s.

CONCLUSION DU SECOND CHAPITRE

376. L'interprétation est à la fois l'élément constitutif et l'élément distinctif du renvoi préalable. Elle permet de l'identifier, mais elle permet également de le différencier des autres mécanismes préjudiciels.

377. En tant qu'élément constitutif de la notion, l'interprétation devait d'abord être définie. Elle est apparue polysémique. L'interprétation est un d'abord une action, celle d'interpréter. Elle est aussi le produit de cet acte, son résultat. Etudier l'interprétation délivrée sur renvoi préalable nécessitait d'explorer ces deux faces interdépendantes. *L'acte d'interpréter* est une opération complexe. Il est le fruit d'une tension, d'un tiraillement de l'interprète entre le respect d'un texte et l'expression de sa volonté libre. L'interprète choisit librement l'interprétation la plus appropriée parmi celles que permet l'indétermination du texte. Il participe donc, avec son auteur, à l'élaboration de la norme juridique.

Cette conception de l'acte d'interprétation explique pour beaucoup la forme de son édicition. Si l'acte d'interprétation est un acte de co-crédation de la norme, il est logique que la juridiction suprême qui en a la charge soit soumise aux mêmes contraintes que le législateur. Dans un système qui voit le droit comme un ensemble systémique, cohérent et indépendant des faits auxquels il a vocation à s'appliquer, l'interprétation doit par conséquent être formulée de manière générale et abstraite. *L'interprétation délivrée sur renvoi est donc un acte par lequel un juge suprême participe, avec l'auteur du texte, à l'élaboration d'une norme générale et abstraite.*

378. Outre qu'elle participe de son identification, l'interprétation et la recherche de son unité sont également le trait distinctif du renvoi préalable. Cette finalité permet de le différencier de la question préjudicielle, mécanisme simplement tourné vers le respect des règles de répartition des compétences.

Cette distinction du renvoi préalable et de la question préjudicielle est lourde de conséquences. Elle oblige à revenir sur une classification établie de longue date. Contrairement à l'opinion courante, le renvoi préjudiciel et la question prioritaire de

constitutionnalité ne sont pas des questions préjudicielles. Le mécanisme des demandes d'avis à la Cour européenne des droits de l'homme devra également résister à une telle qualification. Cette mise au point permet de rendre plus fidèlement compte de l'état du droit positif. Elle permet également, en creux, de redonner à la catégorie des questions préjudicielles une cohérence que le rattachement inepte de ces mécanismes avait sérieusement écorné.

CONCLUSION DU SECOND TITRE

379. La notion de renvoi préalable est maintenant bien délimitée dans son objet, comme dans ses finalités. Le renvoi préalable est *un mécanisme par lequel une juridiction suprême uniformise l'interprétation du droit sur le renvoi, par un juge, d'une question de droit.*

380. De cette définition ressortent les deux termes constitutifs de la notion qui se succèdent dans le temps. A l'origine se trouve une juridiction qui, confrontée à un problème de droit, décide d'interroger la juridiction suprême spécialement dédiée à leur résolution. Le renvoi ne saurait toutefois se résumer à un mécanisme de consultation. Sa finalité dépasse le cadre de l'affaire qui en constitue l'occasion. La saisine de la juridiction suprême permet certes d'accompagner le juge d'application dans la quête d'une solution à son litige, mais elle vise surtout, par delà l'espèce, à unifier l'interprétation des textes dont elle a la charge. Apparaît alors le second terme de la notion : l'interprétation. La technique préjudicielle permet de centraliser rapidement entre les mains d'une juridiction spécialisée les questions de droit délicates. Elle la met en position idéale pour maintenir l'unité de leur résolution et livrer une interprétation authentique qui adopte pour beaucoup les formes du texte sur lequel elle repose.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

381. La prolifération contemporaine des mécanismes préjudiciels était apparue suffisamment intrigante pour en justifier l'étude. Leur confrontation n'a pas déçu et s'est avérée riche d'enseignements.

Elle a d'abord permis de révéler les liens indubitables qui les unissent. Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice, les mécanismes de demande d'avis au Conseil d'État et à la Cour de cassation, le renvoi préventif au Tribunal des conflits, la question prioritaire de constitutionnalité et le mécanisme de demande d'avis à la Cour européenne des droits de l'homme partagent une identité commune. Tous tendent à un même effet : l'unité de l'interprétation du droit. Tous mobilisent une même technique : la technique préjudicielle. Leur confrontation démontre que ces mécanismes ne sont en fait que les espèces d'un genre nouveau qui les dépasse, qu'ils participent d'un mouvement d'ensemble que seule l'érection d'une notion nouvelle permet de traduire. Ainsi naît le renvoi préalable, notion qui regroupe tout *mécanisme par lequel une juridiction suprême unifie l'interprétation des textes juridiques, sur le renvoi, par un juge, d'une question de droit nécessaire à la solution de son litige.*

382. L'édification de cette notion nouvelle révèle une modification profonde dans la manière d'unifier l'interprétation. Cette évolution n'est qu'un effet collatéral des mutations à l'œuvre dans le domaine des sources du droit depuis le milieu du XX^{ème} siècle : l'accélération du temps du droit et le développement de la supra-légalité.

Depuis près de deux siècles, l'unité du droit est assurée par l'exercice de mécanismes hiérarchiques, lents et répressifs. L'instauration du renvoi préalable s'explique par leur carence. Alors que la lenteur de la cassation et du recours individuel sont à l'origine de leur décadence, le renvoi permet au contraire une économie substantielle de temps. Alors que les

mécanismes hiérarchiques reposent sur la sanction, le caractère préalable du renvoi lui confère des vertus iréniques bienvenues lorsqu'il s'agit d'unifier l'interprétation des textes supra-législatifs. La consécration de la notion de renvoi préalable permet ainsi de retranscrire cette mutation des sources du droit qui voit la promotion de la consultation, de l'association, de la négociation et qui participe de la remise en cause du paradigme légal hérité des XVIII^{ème} et XIX^{ème} siècles.

383. Si le renvoi préalable s'inscrit dans l'évolution contemporaine du droit, il s'ancre également dans un passé lointain. Il apparaît comme la subtile alchimie des mécanismes d'unification qui l'ont précédé, prenant le meilleur de chacun, délaissant ce qui a causé leur perte.

Le renvoi préalable est d'abord l'héritier des rescrits de droit romain et des référés royaux et législatifs. Il reçoit leur technique préjudicielle et cette idée que l'unification de l'interprétation peut être le fruit d'un renvoi juridictionnel. Il les purge toutefois de leur bourreau : l'interprétation législative.

Depuis deux siècles maintenant l'interprétation avant dire droit constitue l'apanage du juge. Le renvoi préalable bénéficie du travail effectué tout au long du XIX^{ème} siècle par les juridictions suprêmes pour s'émanciper de la tutelle du pouvoir législatif. L'interprétation délivrée sur renvoi étant juridictionnelle, le renvoi préalable se fait également l'héritier de la cassation.

384. Le renvoi préalable se présente comme la quintessence de ses prédécesseurs. Cet amalgame fait toutefois de lui une création profondément originale. L'association de la technique du renvoi et de l'interprétation juridictionnelle change profondément le visage de l'unification du droit qui, placée hier sous le sceau de la suspicion et de la sanction, est aujourd'hui le résultat de la collaboration de ses acteurs.

La notion de renvoi préalable constitue la traduction d'un présent en pleine mutation. Pour satisfaire aux nouvelles exigences, elle puise ses solutions dans un passé lointain. Reste à imaginer son futur. Il serait périlleux de se lancer dans une entreprise divinatoire. La seule certitude tient à ce que l'avenir de la notion dépend pour beaucoup de son efficacité, une efficacité qui se juge notamment à l'aune de son régime juridique (Partie II).

PARTIE II

LE REGIME DU RENVOI PREALABLE

385. L'unité d'interprétation des sources formelles du droit est à l'image de son objet. Comme lui, elle évolue. Elle sacrifie la contrainte sur l'autel du dialogue. Elle rompt avec l'inertie au profit de la célérité. L'édification du renvoi préalable permet de rendre compte de cette puissante mutation.

386. Loin d'être seulement profitable au monde des idées abstraites, la construction de cette notion nouvelle s'avère utile dans l'application quotidienne du droit. La notion de renvoi préalable induit la création d'un régime unitaire et cohérent, d'un ensemble de règles qui gouverne sa mise en œuvre.

A l'heure de l'expansion des mécanismes de renvoi, l'existence d'un régime commun s'avère utile. Plutôt que de soumettre ces nouveaux instruments à une myriade de règles déstructurées, fruits de compris internes et d'innovations irréfléchies, le législateur pourra se reporter à une théorie générale, produit d'une étude dépassionnée, complète et cohérente. Tel est l'intérêt tangible de la reconnaissance du renvoi préalable : de sa qualification découle l'application d'un régime juridique qui lui est propre⁹⁶⁵. Ce régime est mis au service de sa nature spécifique et de sa finalité particulière : le maintien de l'unité du droit⁹⁶⁶.

⁹⁶⁵ « Dans le rapport entre la nature juridique et le régime juridique d'une notion ou d'une catégorie juridique, c'est la nature qui est l'élément premier et le régime juridique l'élément déduit. Ce n'est pas le régime d'un concept qui en détermine la nature (...) S'il arrive que l'on raisonne ainsi (...) ce n'est pas la démarche fondamentale, selon laquelle c'est la nature qui commande le régime » (J.-L BERGEL, « Différence de nature égale différence de régime », *RTD civ.* 1984. 263).

⁹⁶⁶ « Cette méthode se fonde sur l'idée selon laquelle une différence de nature implique une différence de régime tandis qu'une identité de nature implique une identité de régime » (*Ibid.*).

387. L'étude du régime juridique du renvoi préalable invite naturellement à une distinction chronologique. A la formulation des règles qui régissent sa pratique doit succéder celle des règles qui gouvernent son produit. A l'étude de la procédure du renvoi préalable (Titre 1) doit succéder celle du régime de l'interprétation délivrée (Titre 2).

Premier titre – **La procédure du renvoi préalable.**

Second titre – **Le régime de l'interprétation sur renvoi.**

TITRE I

LA PROCEDURE DU RENVOI PREALABLE

388. La mise en œuvre du renvoi peut faire l'objet de deux approches distinctes.

La première approche, statique, consiste à isoler le renvoi préalable et à scruter les règles procédurales qui régissent sa pratique. Elle vise à répondre à des questions techniques telles que celles des délais de sa mise en œuvre, des formes de sa demande ou encore des voies de recours ouvertes contre la décision d'y procéder. Autant de règles qui forment un tout cohérent et qui composent son régime procédural.

La seconde approche, dynamique, modifie l'angle de vue et propose de traiter le renvoi préalable non plus comme un mécanisme solitaire et isolé, mais comme un mécanisme inséré dans le milieu complexe au sein duquel il se réalise : le procès. Loin d'être hermétiques les uns aux autres, les mécanismes de renvoi interagissent. Il n'est pas rare qu'un même litige soit l'occasion de leur interférence. Le juge doit alors organiser leur mise en œuvre et structurer leur réalisation.

389. L'étude exhaustive de l'exercice du renvoi oblige à l'aborder selon ces deux approches. L'étude statique du régime procédural commun aux renvois (Chapitre 1) précèdera celle, dynamique, de leur articulation (Chapitre 2).

Chapitre premier – **Le régime procédural commun.**

Chapitre second – **L'articulation des renvois.**

CHAPITRE I

LE REGIME PROCEDURAL COMMUN

390. L'objet de la recherche ne consiste pas seulement à répertorier sèchement les règles procédurales applicables au mécanisme. Une telle démarche serait instructive, certes, mais à se contenter de leur présentation, elle se priverait de l'intérêt majeur qui s'attache aux raisons de leur consécration. La présentation des règles de procédure doit être orientée afin de démontrer leur lien de dépendance avec la notion dont elles procèdent. Les règles procédurales du renvoi préalable ont été établies dans le seul et unique but de satisfaire l'objectif pour lequel il a été créé : l'unification du droit. La finalité du mécanisme est la clé qui permet de comprendre son régime, depuis sa mise en œuvre devant le juge inférieur (Section 1), jusqu'à la délivrance de l'interprétation par le juge suprême (Section 2).

SECTION I : LA PROCEDURE DEVANT LE JUGE DE RENVOI

391. Les règles procédurales qui s'appliquent à la phase de renvoi sont animées par la volonté de favoriser chaque fois qu'il est possible la mise en œuvre du mécanisme. Cette faveur faite au renvoi se manifeste d'abord par les règles procédurales particulièrement libérales gouvernant son élaboration (§1), mais elle se manifeste également, en creux, par l'ensemble des règles qui empêchent, une fois le renvoi décidé, que son bon déroulement ne soit compromis (§2).

§1 - L'ELABORATION DU RENVOI

392. Qu'il s'agisse de scruter les irrégularités du droit ou de dénoncer ses interprétations douteuses, le renvoi participe d'une mission d'intérêt général nécessitant le concours de tous. Les parties doivent pouvoir en proposer l'exercice sans que des restrictions procédurales puissent les décourager.

Bien entendu, permettre aux parties de solliciter le renvoi ne saurait préjuger de l'opportunité de cette requête. La décision finale revient au juge, soit qu'il réponde à la demande d'une partie, soit qu'il décide d'office de saisir une juridiction suprême.

L'intérêt public attaché au renvoi irradié l'ensemble de sa procédure, depuis la demande de renvoi par les parties (A) jusqu'à la décision de renvoi par le juge (B).

A) La demande de renvoi

393. L'intérêt public qui s'attache à l'unification de l'interprétation et à la purge des dispositions législatives invalides justifie que le plus grand nombre soit invité à les dénoncer. La finalité du renvoi explique ainsi le rôle dévolu aux parties⁹⁶⁷, considérées comme les sentinelles chargées de dénoncer au juge l'interprétation douteuse ou la validité contestable d'une disposition textuelle. Cet office noble et prestigieux se traduit, d'un point de vue

⁹⁶⁷ V. *supra*, n° 191 et s.

procédural, par l'édition de règles qui favorisent leur intervention. Les parties jouissent d'une liberté remarquable pour solliciter du juge l'exercice du renvoi préalable. La présentation du moyen est dépouillée de toute contrainte procédurale. Il peut être soulevé à tout moment de la procédure (1), sans même que la représentation des parties soit systématiquement imposée (2).

1) Le moment de la demande

394. *Le moyen peut être soulevé à tout moment de la procédure.* Si les parties peuvent solliciter du juge la mise en œuvre du renvoi préalable, il reste à déterminer le moment où cette demande doit être formulée. Les codes de procédure érigent toujours des règles strictes quant à la recevabilité des moyens afin d'éviter les manœuvres dilatoires, d'assurer le respect du principe du contradictoire et de protéger les droits de la défense. Le renvoi préalable est étranger à ces restrictions. Le législateur et la jurisprudence ont fait preuve d'un libéralisme révélateur de leur volonté d'en promouvoir l'usage. Les parties peuvent en effet en demander l'exercice à tout moment de la procédure.

La demande de saisine pour avis de la Cour de cassation ou du Conseil d'État est recevable devant les juges de premier degré comme devant les juges d'appel. Une règle identique est prévue concernant la question prioritaire de constitutionnalité. Le moyen tiré de l'inconstitutionnalité d'une disposition législative peut en effet « être soulevé pour la première fois en cause d'appel » et « en cassation, à l'occasion d'une instance devant le Conseil d'État ou la Cour de cassation »⁹⁶⁸. Enfin, s'agissant du renvoi préjudiciel à la Cour de justice, la Cour de cassation a considéré, en l'absence de disposition particulière, qu'une telle demande « peut être présentée en tout état de cause et même à titre subsidiaire »⁹⁶⁹. Le moyen tiré du renvoi à la Cour de justice peut donc être soulevé à tout moment de la procédure, autant à l'occasion d'une instance au fond que lors d'un pourvoi en cassation.

395. L'élan libéral qui irrigue la demande de renvoi préalable traduit le souci du législateur et de la jurisprudence d'ouvrir et de faciliter son exercice. Il apparaît ainsi dommageable que le Comité des ministres ait entendu limiter aux seules juridictions suprêmes

⁹⁶⁸ Art. 23-1 et 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009.

⁹⁶⁹ *Ibid.*

nationales l'exercice des demandes d'avis devant la Cour européenne des droits de l'homme. Peut-être cette timidité des débuts s'effacera dans un futur proche afin de permettre l'extension du mécanisme aux juridictions du fond ?

Ce libéralisme constitue également un point de distinction entre le renvoi préalable et la question préjudicielle, signe que l'autonomie de ces notions se prolonge logiquement au niveau de leur procédure. En effet, la question préjudicielle est une exception de procédure qui doit être soulevée *in limine litis* avant toute défense au fond⁹⁷⁰, alors que le renvoi préalable peut être soulevé à tout stade de la procédure, même en cause d'appel ou devant les juridictions suprêmes. Ceci explique que la Cour de cassation accepte de saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'un renvoi préjudiciel⁹⁷¹, mais rejette dans le même temps le moyen tiré de l'existence d'une question préjudicielle devant le juge administratif, faute pour lui d'avoir été présenté avant la défense au fond. Confrontés à cette jurisprudence, les auteurs ont souvent reconnu au renvoi préjudiciel à la Cour de justice⁹⁷² un caractère exorbitant du droit commun des questions préjudicielles. Une explication plus simple et plus cohérente est que le renvoi préjudiciel à la Cour de justice n'est pas une question préjudicielle et que sa finalité, la recherche de l'unification des règles de droit, justifie que les parties puissent en solliciter l'exercice à tout stade de la procédure.

2) Les formes de la demande

396. La représentation n'est pas obligatoire au stade de la proposition. Le libéralisme des règles procédurales ne se limite pas au moment de la demande. Il se retrouve dans les formes que cette demande doit revêtir et plus particulièrement dans les règles qui gouvernent la représentation des parties.

⁹⁷⁰ « En vertu de l'article 74 du Code de procédure civile, l'exception tirée de l'existence d'une question préjudicielle, qui tend à suspendre le cours de la procédure jusqu'à la décision d'une autre juridiction, doit, à peine d'irrecevabilité, être soulevée avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir » (Cass. civ. 2^{ème}, 18 déc. 2008, *Gras c/ Sté Mutuelle sociale agricole de Franche-Comté*, n° 08-11.438 ; *JCP G* 2009. II. 10048, n° 12, note D. CHOLET).

⁹⁷¹ Rappelons simplement que la Cour de cassation considère qu'« une telle demande, qui tend au renvoi de l'affaire devant la Cour [de justice de l'Union Européenne] pour interprétation des textes communautaires, peut être présentée en tout état de cause et même à titre subsidiaire » (*Ibid.*).

⁹⁷² Le plan de l'article de D. Cholet suffira à nous convaincre de la réalité de cette assertion. En effet sont opposées « les questions préjudicielles : exceptions de procédure » à « la question préjudicielle communautaire : exception au régime exceptionnel » (D. CHOLET, « Les questions préjudicielles en procédure civile et le droit communautaire », *JCP G* 2009. II. 10048).

La question est sans grande difficulté lorsque la nature du litige impose le ministère de l'avocat. Si le problème d'interprétation se révèle à l'occasion d'un recours de plein contentieux devant un tribunal administratif ou d'une demande de divorce devant le juge de droit commun, l'avocat qui plaide l'affaire au fond se chargera de solliciter le renvoi.

La situation est plus intéressante lorsque le justiciable est autorisé à se défendre seul. La spécificité du renvoi aurait pu justifier que son exercice fut subordonné à une constitution d'avocat. La volonté de le promouvoir justifie au contraire que le justiciable puisse agir sans être représenté, au moins au stade de la proposition. Il est de grandes questions d'interprétation qui naissent de petits litiges. Dans ces affaires, l'initiative des parties ne doit pas être sacrifiée par une règle procédurale prohibitive⁹⁷³.

B) La décision de renvoi

397. Si l'intérêt public attaché au renvoi justifie que les parties puissent en proposer librement la mise en œuvre, il fonde également la possibilité pour le juge d'en prendre seul l'initiative.

398. Possibilité de soulever d'office le moyen. Les mécanismes étudiés semblent ouvrir cette possibilité. La Cour de justice de l'Union européenne⁹⁷⁴, le Tribunal des conflits et le Conseil d'État peuvent être saisis par la seule initiative du juge de renvoi⁹⁷⁵.

La question a été plus controversée concernant la saisine pour avis de la Cour de cassation. La loi du 15 mai 1991 disposait que le juge du fond pouvait surseoir à statuer et mettre en œuvre la procédure d'avis « avant de statuer sur une demande » soulevant une question de droit nouvelle. L'interprétation stricte de ces dispositions avait donc conduit la Cour de cassation à rejeter la sollicitation du juge du fond lorsqu'« il ne résult[ait] ni de la décision de la Cour d'appel, ni des pièces du dossier que l'intimé a[vait] formé une demande »⁹⁷⁶. La mise en œuvre de la demande d'avis semblait alors subordonnée à une sollicitation des parties en ce

⁹⁷³ S'agissant du bénéfice de l'aide juridictionnelle dans l'exercice du renvoi préalable, v. *infra*, n° 437.

⁹⁷⁴ Par une recommandation récente, la Cour de justice de l'Union européenne a rappelé que « c'est à la seule juridiction nationale qu'appartient la décision de saisir la Cour à titre préjudiciel, que les parties au litige au principal en aient ou non exprimé le souhait » (Recommandation C338/1, JOUE, du 6 novembre 2012).

⁹⁷⁵ Le Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, éclairé par son rapport explicatif, ne semble pas conditionner l'exercice de la demande d'avis à une sollicitation des parties en ce sens. En ligne : <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=fra>

⁹⁷⁶ Cass. avis, 24 février 1995, n° 0940022 P.

sens. Cette interprétation, qui n'a jamais été reconduite en jurisprudence, fut définitivement condamnée par l'ordonnance du 8 juin 2006 portant refonte du Code de l'organisation judiciaire. L'article L. 441-1 de ce code dispose aujourd'hui que le juge du fond peut solliciter l'avis de la Cour de cassation « avant de statuer sur une question de droit nouvelle » et non plus « avant de statuer sur une demande soulevant une question de droit nouvelle ». Bien que passée inaperçue, la suppression du mot « demande » a condamné l'interprétation littérale de la Cour de cassation et finalement consacré la faculté, pour le juge, de solliciter d'office une demande d'avis.

399. *L'obstacle de la question prioritaire de constitutionnalité.* La démonstration achoppe quand vient l'étude de la question prioritaire de constitutionnalité. Les dispositions de la loi organique refusent fermement au juge la possibilité de soulever d'office le moyen tiré de l'inconstitutionnalité de la loi applicable au litige⁹⁷⁷. La demande des parties est indispensable à l'exercice du renvoi, exigence qui livre entièrement ce contrôle *a posteriori* à l'expression leur propre volonté.

Les travaux préparatoires⁹⁷⁸ révèlent les raisons de ce choix. Le constituant a voulu faire de la question prioritaire de constitutionnalité un droit subjectif des citoyens⁹⁷⁹ à la protection de leurs droits fondamentaux. Dès lors, s'ils décident de ne pas s'en prévaloir, le juge ne doit pouvoir pallier leur inertie.

La contradiction est donc frappante entre le mécanisme introduit en 2008 et le régime général du renvoi préalable, une contradiction qu'il ne s'agit ni de nier, ni même seulement de relativiser. C'est un fait, la question prioritaire de constitutionnalité diverge sur ce point par

⁹⁷⁷ La question s'est posée concernant l'interprétation de l'article 177 du traité C.E.E. stipulant que le renvoi devant la Cour est possible lorsqu'une question d'interprétation « est soulevée ». La majorité des auteurs, suivie par la Cour de justice, ont considéré que « la question étant manifestement d'ordre public, il serait déraisonnable d'obliger le juge à prendre parti sur une question d'interprétation qu'il estimerait douteuse, en lui interdisant de saisir la Cour de justice, simplement parce que la question aurait échappé à l'attention des parties » (M. LAGRANGE, « L'action préjudicielle dans le droit interne des États membres en droit communautaire », *RTDE* 1974. 286).

⁹⁷⁸ « Les travaux préparatoires de la loi constitutionnelle font d'ailleurs ressortir que la question préjudicielle a été conçue et voulue comme un droit nouveau institué au profit du justiciable » (V. LAMANDA, in J.-L. WARSMANN, *Rapport n° 1898 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r1898.asp>, p. 185).

⁹⁷⁹ Le rapport de M. Warsmann sur le projet de loi constitutionnelle présente en effet le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* au sein d'un paragraphe intitulé « 2. Un État de droit pour renforcer la place du citoyen », soulignant ainsi qu'il leur assure « un accès des citoyens à la justice constitutionnelle » (J.-L. WARSMANN, *Rapport n° 1898 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r1898.asp>)

rapport au modèle théorique proposé. Il reste seulement à savoir s'il faut se satisfaire de cette opposition ou la contester.

L'étude invite plus facilement à la contestation, non par esprit de chicane ou pour sauver la cohérence d'un régime juridique qui se délite, mais parce que la solution retenue est éminemment contestable⁹⁸⁰.

En effet, la volonté du constituant est impuissante à gommer l'intérêt public⁹⁸¹ inhérent à tout contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori*. Unifier l'application et l'interprétation de la Constitution, purger l'ordre juridique des dispositions inconstitutionnelles, existe-t-il seulement une mission dotée d'un intérêt public supérieur⁹⁸² ? Cette finalité justifie que le juge puisse initier la question prioritaire et condamne sa réservation aux parties. La disposition organique a d'ailleurs été critiquée à l'occasion des travaux préparatoires⁹⁸³ tant il paraît invraisemblable qu'un juge soit dans l'obligation d'appliquer une loi dont il soupçonne l'inconstitutionnalité. Comment accepter qu'un juge du fond soit dans l'obligation d'appliquer une loi qu'il présume inconstitutionnelle, simplement parce que les parties n'ont pas jugé utile de soulever le moyen tiré de son inconstitutionnalité ? La finalité inhérente au renvoi préalable, cette volonté d'unifier les règles de droit, justifie, à elle seule, que le juge

⁹⁸⁰ P. BON, « La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009 », *RFDA* 2009. 1107.

⁹⁸¹ C'est d'ailleurs cet intérêt public qui est mobilisé dans les travaux préparatoires pour justifier le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité par rapport au contrôle de conventionnalité : « La question de constitutionnalité donne naissance à un contentieux objectif, dans l'intérêt du droit, et mérite à ce titre d'être privilégiée » (J.-L. WARSMANN, *Rapport n° 1898 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r1898.asp>, p. 23*)

⁹⁸² Cet intérêt public ressort d'autres dispositions de la loi organique augmentant, par effet de contraste, l'incohérence du refus opposé au juge de soulever le moyen d'office. « Si, alors qu'une question de constitutionnalité a été soulevée, un désistement de l'action ou de l'instance met un terme au procès, que se passe-t-il ? Il est logique que, quel que soit le stade de la procédure, l'action relative à la question de constitutionnalité prenne fin : on ne peut pas à la fois soutenir qu'il s'agit d'un droit subjectif reconnu à "tout justiciable" et admettre l'idée que, le justiciable ayant disparu, l'action continue de manière autonome » (G. CARCASSONE, in J.-L. WARSMANN, *Rapport n° 1898 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r1898.asp> p. 146*). Or en définitive, l'action continue, signe de l'intérêt public attaché au renvoi.

⁹⁸³ « Une observation toutefois : on peut se demander si le projet de loi doit interdire au Conseil d'État et à la Cour de cassation de soulever d'office le moyen d'inconstitutionnalité. La question de la constitutionnalité d'une loi relève d'un ordre public nouveau qui incorpore la protection des droits fondamentaux, et il est, à mon avis, de l'office du juge, s'agissant des deux plus hautes juridictions, de pouvoir soulever ce moyen, même si les parties ne l'ont pas soulevé, cela bien évidemment dans le respect du contradictoire. Pour autant, dans la mesure où il s'agirait d'une simple possibilité offerte au juge, le fait qu'il ne l'ait pas soulevée ne pourrait pour autant être assimilé à un brevet de constitutionnalité de la loi » (M. DIDIER LE PRADO, in J.-L. WARSMANN, *Rapport n° 1898 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r1898.asp>, p. 133*).

soit autorisé à le mettre en œuvre indépendamment d'une demande des parties. Ce n'est pas l'intérêt privé des plaideurs que protège le renvoi préalable, c'est bel et bien cet intérêt général que le juge est censé incarner.

Par ailleurs, refuser au juge la possibilité de soulever d'office le moyen tiré de l'inconstitutionnalité d'une loi revient à nourrir à son égard une défiance regrettable. Le juge doit être le premier collaborateur du Conseil constitutionnel dans la purge des dispositions inconstitutionnelles et l'unification de l'interprétation de la Constitution. Il doit pouvoir, sur son simple bon vouloir, mettre en œuvre le renvoi préalable.

La contradiction entre le modèle théorique du renvoi préalable et la question prioritaire de constitutionnalité, loin de remettre en cause la notion élaborée, permet au contraire de proposer une modification des dispositions régissant l'une de ses espèces, afin de l'y conformer. En tant qu'espèce de renvoi préalable, la question prioritaire de constitutionnalité devrait cantonner les parties dans un rôle de simple dénonciation des dispositions inconstitutionnelles et laisser au juge la possibilité de décider seul de sa mise en œuvre. Tel est l'esprit du renvoi préalable : favoriser le libre arbitre du juge en le libérant de toute entrave.

400. *Garanties procédurales.* Si le juge doit pouvoir décider seul de recourir au renvoi préalable, cette décision doit toutefois se faire dans le respect des droits des parties. Dans la mesure où cette décision risque d'avoir des conséquences sur le procès en cours, il paraît légitime que les principaux intéressés puissent, en amont, formuler les observations qui leurs semblent nécessaires. Non seulement le respect de la contradiction l'impose, mais cette possibilité est « utile pour le juge à qui les intéressés peuvent, soit démontrer l'inutilité de ses intentions, soit fournir des éléments de droit (jurisprudence, doctrine) qu'il ne connaît pas »⁹⁸⁴. Cette nécessité de solliciter les observations des parties participerait d'un même esprit que l'obligation faite au juge de respecter le principe du contradictoire lorsqu'il envisage de fonder sa décision sur un moyen soulevé d'office⁹⁸⁵.

⁹⁸⁴ J. BUFFET, « Présentation générale, La saisine pour avis de la Cour de cassation », en ligne sur : http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/avis_cour_15/presentation_generale_7235.html

⁹⁸⁵ En ce sens l'article 16 al. 3 du Code de procédure civile. « Lorsqu'une juridiction décide de relever d'office un moyen, elle est tenue en toute circonstance de respecter le principe de la contradiction en invitant les parties à s'expliquer sur celui-ci » (Cass. soc., 11 mai 2005). En matière administrative l'article R. 611-7 du Code de justice administrative dispose que « lorsque la décision lui paraît susceptible d'être fondée sur un moyen relevé d'office, le président de la formation de jugement ou, au Conseil d'État, la sous-section chargée de l'instruction en informe les parties avant la séance de jugement et fixe le délai dans lequel elles peuvent, sans qu'y fasse obstacle la clôture éventuelle de l'instruction, présenter leurs observations sur le moyen communiqué ».

401. Illustration. Le mécanisme de la saisine pour avis de la Cour de cassation prévoit expressément une telle obligation. L'article 1031-1 du Code de procédure civile dispose que « lorsque le juge envisage de solliciter l'avis de la Cour de cassation en application de l'article L. 151-1 du Code de l'organisation judiciaire, il en avise les parties et le ministère public ». La question s'est d'ailleurs posée de la sanction attachée au non-respect de cette exigence. Confirmant la solution consacrée par la Cour de cassation, un décret du 13 mai 2005⁹⁸⁶ a ajouté que cette obligation devait être respectée « à peine d'irrecevabilité »⁹⁸⁷. La précision n'était pas inutile puisqu'après dix années d'existence, la Cour de cassation avait déjà refusé de statuer une fois sur cinq en raison du non-respect de cette exigence de forme⁹⁸⁸. Cette obligation n'est malheureusement pas reproduite concernant les autres espèces de renvoi préalable. Si l'omission est logique s'agissant de la question prioritaire de constitutionnalité, dans la mesure où le juge ne peut décider seul de son exercice, elle est incompréhensible s'agissant du renvoi préjudiciel à la Cour de justice, du renvoi au Tribunal des conflits et, *a fortiori*, s'agissant des demandes d'avis au Conseil d'État. La construction du régime du renvoi préalable est l'occasion de proposer la modification des règles gouvernant ces différentes espèces. Elle permet également d'inviter le législateur à prévoir une telle disposition lors de l'élaboration des règles régissant, en droit interne, le mécanisme des demandes d'avis à la Cour européenne des droits de l'homme.

§2 - LA CONTESTATION DU RENVOI

402. La décision prise d'y recourir, le renvoi gagne son autonomie, il s'émancipe de l'espèce et suit son propre destin. Une fois encore, la finalité du renvoi transcende l'intérêt particulier des parties et justifie qu'elles ne puissent remettre en cause la décision du juge. La décision de renvoi est incontestable (A).

Cette autonomie de la question de droit devrait également justifier que l'extinction de l'instance au fond, peu important sa cause, soit sans incidence sur la poursuite du renvoi

⁹⁸⁶ Décret n° 2005-460 du 13 mai 2005.

⁹⁸⁷ Art. 1031-1 CPC ; v. égal : art. 706-65 CPP : « Lorsque le juge envisage de solliciter l'avis de la Cour de cassation en application de l'article L. 151-1 du Code de l'organisation judiciaire, il en avise les parties et le ministère public. Il recueille les observations écrites éventuelles des parties et les conclusions du ministère public dans le délai qu'il fixe, à moins que ces observations ou conclusions n'aient déjà été communiquées ».

⁹⁸⁸ J. BUFFET, « Présentation générale. La saisine pour avis de la Cour de cassation », en ligne sur : http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/avis_cour_15/presentation_generale_7235.html.

préalable. Le désistement, l'acquiescement ou la transaction devraient être dénués d'influence sur la poursuite du mécanisme. Pourtant, le droit positif n'est pas en ce sens. Des considérations tenant au principe de séparation des pouvoirs ont en effet souvent présidé à une solution contraire (B).

A) Les voies de recours

403. Si les textes et la jurisprudence tendent à favoriser l'ouverture et la mise en œuvre du renvoi préalable, les législateurs ont pris soin d'empêcher que la décision d'y recourir soit remise en cause. S'ils ont encouragé l'exercice du renvoi, ils ont corrélativement verrouillé les possibilités d'en contester le bien-fondé.

404. Mécanisme de demande d'avis aux juridictions suprêmes. Le mécanisme des demandes d'avis prévoit explicitement une telle interdiction. L'article 1031-1 du Code de procédure civile dispose en effet que « le juge peut, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation »⁹⁸⁹. Une disposition identique régit le renvoi au Conseil d'État, l'article L. 113-1 du Code de justice administrative disposant que « le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel peut, par une décision qui n'est susceptible d'aucun recours, transmettre le dossier de l'affaire au Conseil d'État, qui examine dans un délai de trois mois la question soulevée »⁹⁹⁰.

405. Renvoi au Tribunal des conflits. A la différence du mécanisme des demandes d'avis, les textes régissant la procédure du renvoi préventif au Tribunal des conflits ne prévoient pas explicitement les conditions dans lesquelles la décision de renvoi peut être contestée. Les voies de recours sont fermées contre l'arrêt du Tribunal des conflits⁹⁹¹, mais non contre la décision par laquelle il est saisi. Cette carence s'explique facilement par

⁹⁸⁹ Art. 1031-1 CPC.

⁹⁹⁰ Art. L. 113-1 CJA.

⁹⁹¹ L'article 10 du décret du 26 octobre 1849 portant règlement d'administration publique déterminant les formes de procédure du tribunal des conflits dispose que « les décisions du tribunal des conflits ne sont pas susceptibles d'opposition ». L'équivocité de l'assertion oblige à se tourner vers la jurisprudence du Tribunal. Il en ressort que « quel que soit le type de conflit, et afin de ne pas allonger sa durée, l'instance prend fin avec la décision rendue et il n'est pas permis d'exercer une voie de recours » (S. AMRANI-MEKKI, « La procédure de jugement devant le Tribunal des conflits », in *Le Tribunal des conflits, Bilan et perspectives*, P. GONOD, L. CADIET (dir.), Dalloz, 2009, p. 90). Certaines exceptions sont heureusement préservées telles la rectification d'erreur matérielle (TC, 7 juin 1999, *Bergas*, Lebon p. 456) et le recours en interprétation (TC, 23 juin 2003, *Aéroport de Paris*, Lebon, p. 574).

l'ancienneté des règles qui régissent sa procédure. Si l'introduction du renvoi préventif date de 1960, la réforme renvoie, s'agissant des règles procédurales, à un décret du 26 octobre 1849⁹⁹². Cette omission est peut-être moins dommageable qu'il n'y paraît puisqu'il n'existe pas, à ce jour, la moindre décision de renvoi qui ait été frappée d'une quelconque voie de recours.

406. Question prioritaire de constitutionnalité. S'agissant de la question prioritaire de constitutionnalité, l'article 23-2 de la loi organique du 10 décembre 2009 dispose sans équivoque possible que « la décision de transmettre la question au Conseil d'État ou à la Cour de cassation (...) n'est susceptible d'aucun recours ». Seul le refus de transmettre la question peut être contesté et uniquement « à l'occasion d'un recours contre la décision réglant tout ou partie du litige »⁹⁹³.

407. Renvoi préjudiciel. La décision par laquelle une juridiction décide d'opérer un renvoi préjudiciel peut-elle être anéantie par une juridiction supérieure de droit interne ? La juridiction qui a sollicité le renvoi peut-elle être sanctionnée pour en avoir ainsi décidé ? C'est à l'occasion d'un renvoi préjudiciel opéré par une cour d'appel hongroise que la Cour de justice s'est prononcée sur le pouvoir de réformation accordé aux juridictions nationales. Elle devait alors déterminer si une juridiction de droit interne de second degré pouvait réformer l'ordonnance de renvoi délivrée par le premier juge et lui enjoindre d'y renoncer⁹⁹⁴. Confirmant les éléments de sa jurisprudence antérieure⁹⁹⁵, la Cour de justice rappelle que les juridictions nationales disposent de la faculté la plus étendue de saisir la Cour, mais que l'article 234 TCE (267 TFUE) ne s'oppose pas à l'existence de recours interne contre les ordonnances de renvoi. Toutefois, cette compétence dont disposent les juridictions nationales est une compétence « autonome » qui serait « remise en cause si, en réformant la décision ordonnant le renvoi préjudiciel, en l'écartant et en enjoignant à la juridiction ayant rendu cette décision de poursuivre la procédure suspendue, la juridiction d'appel pouvait empêcher la

⁹⁹² Décret du 26 octobre 1849 portant règlement d'administration publique déterminant les formes de procédure du tribunal des conflits.

⁹⁹³ Art. 23-5 al. 6 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

⁹⁹⁴ J.-C. BARBATO, « Le droit communautaire et les recours internes exercés contre les ordonnances de renvoi », *RTDE* 2009. 267.

⁹⁹⁵ Pour illustrer l'évolution de la Cour de justice sur ce point : CJCE, 6 avril 1962, *Kledingverkoobedrijf de Geus en Uitdengogerd c/ Robert Bosch GmbH*, 13/61, Rec. 0089 ; CJCE, ordonnance, 16 juin 1970, *SA Chanel c/ Cepeha Handelsmaatschappij NV*, 31/68, Rec. 00404 ; CJCE, 16 janvier 1974, *Rheinmülen-Düsseldorf c/ Einfuhr-und Vorrarsstelle für Getreide und Futtermittel*, 166/74, Rec. 0033 ; CJCE, 12 février 1974, *Rheinmülen-Düsseldorf c/ Einfuhr-und Vorrarsstelle für Getreide und Futtermittel*, 146/73, Rec. 0139.

juridiction de renvoi d'exercer sa faculté de saisir la Cour » qui découle du Traité. « Il incombe donc à cette juridiction de tirer les conséquences d'un jugement rendu dans le cadre d'un appel contre la décision ordonnant le renvoi préjudiciel et, en particulier, de conclure qu'il convient soit de maintenir sa demande de décision préjudicielle, soit de la modifier, soit de la retirer »⁹⁹⁶. La Cour de justice n'obéit donc qu'à la juridiction qui a initié le renvoi préjudiciel. Elle seule est compétente pour retirer sa demande. Dès lors, si les recours de droit interne contre les ordonnances de renvoi sont toujours possibles, il n'empêche que la juridiction qui a ordonné le renvoi préjudiciel dispose, seule, du pouvoir d'y mettre fin.

B) L'extinction de l'instance au fond

408. Conséquences de l'extinction de l'instance au fond. Si les parties ne peuvent attaquer une décision de renvoi par l'exercice des voies de recours, elles peuvent parfois la priver indirectement d'effet. Le droit positif prévoit souvent que l'extinction de l'affaire au fond fait perdre au renvoi son utilité et dessaisit le juge suprême. Ainsi par exemple, la Cour de justice, saisie sur renvoi préjudiciel, doit refuser de statuer en cas d'acquiescement⁹⁹⁷ ou de désistement⁹⁹⁸ des parties dans l'instance au fond. Le Tribunal des conflits considère qu'il est dessaisi en ces mêmes hypothèses⁹⁹⁹ et en cas de transaction sur le litige¹⁰⁰⁰. « Le prétexte de l'affaire en cause est le soutien nécessaire de la décision du Tribunal qui, sans cela, doit prononcer un non-lieu à statuer »¹⁰⁰¹.

409. Critique de la dépendance entre l'affaire et le renvoi. Le lien de dépendance entre l'affaire et le renvoi est contestable, et les arguments ne manquent pas pour justifier que son exercice survive à l'extinction de l'instance au fond.

⁹⁹⁶ CJCE, 16 décembre 2008, *Cartesio*, C-210/06, Rec. p. I-9641.

⁹⁹⁷ « Le droit communautaire ne fait pas obstacle à ce que la juridiction dont émane le renvoi accepte de constater, en vertu de son droit national, qu'un acquiescement est intervenu et a, le cas échéant, entraîné l'extinction de l'instance au principal » (CJCE, 15 juin 1995, *Zabala Erasan e.a.*, C-422/93, C-423/93 et C-424/93, Rec. p. I-1567, point 30).

⁹⁹⁸ « La partie demanderesse au principal peut éventuellement provoquer le retrait de la demande préjudicielle en se désistant du recours qu'elle a intenté » (CJUE, 17 mai 2001, *TNT Traco*, C-340/99, Rec. p. I-4109, point 34).

⁹⁹⁹ Certes la jurisprudence a été établie alors qu'il était saisi d'un conflit positif, mais il n'est pas de raison qu'une telle jurisprudence ne trouve pas à s'appliquer lorsqu'il est saisi sur renvoi.

¹⁰⁰⁰ TC, 24 juillet 1947, *Saint Prix c/ Trevet*, Lebon p. 507 ; TC, 1^{er} février 1954, *Demoiselle Bailone et Dame Bourgade c/ Gilloux*, Lebon p. 701.

¹⁰⁰¹ S. AMRANI-MEKKI, « La procédure de jugement devant le Tribunal des conflits », in *Le Tribunal des conflits, Bilan et perspectives*, P. GONOD, L. CADIET (dir.), Dalloz, 2009, p. 78.

L'essence du renvoi incline d'abord en ce sens. Proposé par les parties, il gagne son autonomie sitôt que le juge décide son exercice. La question posée s'émancipe de l'espèce. Le litige n'est qu'une occasion de laquelle il s'affranchit. Il n'y a donc, formellement au moins, aucun obstacle à ce que la question survive malgré l'extinction de l'instance au fond.

L'acquiescement, le désistement ou la transaction sur l'affaire sont ensuite sans incidence sur l'intérêt porté à l'intervention de la cour suprême. Si la question de droit s'émancipe de l'affaire en cause, si sa résolution est dictée par des considérations d'intérêt général qui dépassent l'intérêt particulier des parties, l'extinction de l'affaire au fond ne prive pas d'intérêt la question qu'elle a révélée. Il serait tout à fait cohérent que, dépassant l'espèce, le renvoi préalable ne soit pas atteint par l'extinction du litige. La question de droit persiste, et si la réponse est inutile pour le juge qui l'a posée, elle demeure essentielle pour tous ceux qui se trouvent dans l'obligation d'y répondre, où s'y trouveront dans un futur plus ou moins proche. Il apparaît dommageable de « gaspiller » une saisine préjudicielle et d'attendre qu'une autre juridiction prenne l'initiative de la renouveler.

La question prioritaire de constitutionnalité témoigne de cette indépendance entre le litige et la question. En effet, « lorsque le Conseil constitutionnel a été saisi de la question prioritaire de constitutionnalité, l'extinction, pour quelque cause que ce soit, de l'instance à l'occasion de laquelle la question a été posée est sans conséquence sur l'examen de la question »¹⁰⁰².

410. *Le faux obstacle de l'article 5 du Code civil à la continuation du renvoi.* Les effets de l'extinction de l'affaire au fond sur le devenir du renvoi préalable pourraient s'expliquer par la volonté des juridictions de respecter la prohibition posée à l'article 5 du Code civil. Cet article n'aurait en effet d'autre fonction que de prohiber les arrêts de règlement de l'Ancien Régime dont le vice principal aurait été leur caractère extra-contentieux. L'interprétation générale et abstraite serait ainsi prohibée lorsqu'elle est formulée en dehors de tout litige. Tel serait le cas si les juridictions suprêmes acceptaient de statuer alors que l'instance au fond s'est éteinte.

Pour des raisons qui ont d'ores et déjà été détaillées¹⁰⁰³, cette analyse ne convainc pas. Elle repose sur le double postulat que l'article 5 tend à interdire les arrêts de règlement et que ceux-ci étaient exclusivement rendus en dehors des litiges. Si le premier d'entre eux suscite

¹⁰⁰² Article 23-9 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

¹⁰⁰³ V. *supra*, n° 319 et s.

rarement la critique, il est en revanche permis, depuis une récente étude¹⁰⁰⁴, d'émettre des doutes sévères sur la véracité du second. L'article 5 interdit à toute juridiction de statuer par voie de disposition générale et règlementaire, fût-ce à l'occasion de sa saisine dans un litige particulier. Cette interdiction vaut *a fortiori* lorsque son interprétation est sans utilité directe pour la résolution d'une affaire déterminée.

Toutefois, tel qu'il a été démontré, cet article ne s'applique qu'aux juges du fond et ne saurait être opposé aux juridictions suprêmes chargées de délivrer l'interprétation authentique des textes juridiques. L'article 5 du Code civil est donc un faux obstacle à la continuation du renvoi préalable après l'extinction de l'affaire au fond.

411. *L'obstacle de la séparation des pouvoirs.* Est-ce à dire que la juridiction peut statuer alors que sa saisine ne s'ancre sur aucun litige ? Un obstacle théorique semble encore s'y opposer, tiré de la violation du principe de la séparation des pouvoirs.

Accepter d'une juridiction qu'elle statue sans que son interprétation ne soit directement ou indirectement nécessaire à la solution d'un litige revient à lui attribuer une mission qui semble *a priori* excéder celles dévolues au pouvoir judiciaire¹⁰⁰⁵. Si la séparation des pouvoirs ne doit pas être perçue comme leur cloisonnement hermétique, si les juridictions suprêmes participent du pouvoir législatif lorsqu'elles remplissent leur office interprétatif, cette atteinte semble limitée par le cadre restreint dans lequel elles interviennent¹⁰⁰⁶. Historiquement, la Cour de cassation n'a conquis son pouvoir d'interprétation qu'à la défaveur du référé législatif ; or l'une des raisons de la désaffection pour l'interprétation législative est que, sollicité avant dire droit par une juridiction, elle entraînait inexorablement une immixtion du pouvoir législatif dans la reddition de la justice. Ce n'est donc que parce que l'interprétation était émise à l'occasion d'un cas, et pour ce cas, que le juge était le seul à pouvoir la délivrer. Le fondement même de l'interprétation juridictionnelle tient apparemment au lien indissoluble entre l'interprétation et son application au litige. La délivrance d'une interprétation abstraite, détachée du cas, semble dépasser les bornes dans lesquelles l'interprétation des juges est

¹⁰⁰⁴ P. PAYEN, *La physiologie de l'arrêt de règlement du parlement de Paris au XVIII^{ème} siècle*, PUF, 1999.

¹⁰⁰⁵ « Le législateur et le juge « agissent dans des sphères différentes. Tandis que le législateur impose l'observation d'une règle en vertu d'un pouvoir, le juge, en vertu de son autorité, dit le juste pour départager les plaideurs. S'il dégage à cette occasion une règle, celle-ci ne peut s'abstraire totalement des faits qui ont présidé à sa naissance » (W. DROSS, « La jurisprudence est-elle seulement rétroactive », *D.* 2006. 472, spéc. p. 476).

¹⁰⁰⁶ « Quelles que soient les atténuations que l'on y apporte, le juge qui pose une interprétation qui n'a pas pour raison ultime et directe la solution du cas dépasse les pouvoirs qui lui ont été confiés et, en définitive, tout le monde s'accorde sur cette difficulté » (P. DEUMIER, « Évolutions du pouvoir de modulation dans le temps : fondement et mode d'emploi d'un nouveau pouvoir des juges », *RTD civ.* 2007. 77).

circonscrite depuis le début du XIX^{ème} siècle¹⁰⁰⁷. Le droit positif paraît donc théoriquement justifié : l'extinction de l'affaire au fond prive la juridiction de sa faculté d'intervention, sous peine de porter une atteinte flagrante à la séparation des pouvoirs.

412. *Le faux obstacle de la séparation des pouvoirs.* L'idée que le juge commettrait un excès de pouvoir s'il interprétait un texte, sans que cette interprétation ne soit appliquée à une espèce particulière, repose moins sur la théorie de la séparation des pouvoirs que sur l'une de ses conceptions. Or il n'est pas interdit d'en contester le bien-fondé, sinon l'archaïsme.

413. *Relativisation de l'argument historique.* Afin de sauvegarder l'indépendance de la justice, l'interprétation délivrée à l'occasion d'une affaire est passée des mains du législateur à celles du juge ; il s'ensuit que le juge ne peut interpréter en dehors de ce cadre strict sans empiéter sur les pouvoirs du législateur. L'argument historique est fort, mais il est loin d'être incontestable.

D'une part, il est douteux que cette prohibition s'applique aux juridictions suprêmes qui ont pour charge de délivrer l'interprétation officielle des textes juridiques. Leur interprétation est au contraire indépendante de l'affaire en cause, preuve en est d'ailleurs que ses effets remontent dans le temps, non au jour des faits objet du litige, mais bien au jour de l'entrée en vigueur du texte qui la fonde. La différence entre la déclarativité juridictionnelle et la déclarativité interprétative¹⁰⁰⁸ manifeste avec vigueur la séparation à l'œuvre, devant les cours suprêmes, entre l'acte d'interprétation d'une part, et l'acte de juger d'autre part. Pourquoi, dès lors, seraient-elles obligées d'appliquer leur interprétation au litige ?

D'autre part, les relations du législateur et de son juge se sont apaisées depuis deux siècles. Le juge n'est plus cette figure de l'arbitraire qu'il était autrefois. Sa pratique a évolué, la publicité s'est développée, il est aujourd'hui soumis à un contrôle prégnant que la recherche incessante de transparence ne cesse d'accentuer. Bref, la volonté de protection des compétences législatives contre un juge en disgrâce n'est plus à l'ordre du jour. Il est ainsi logique que des situations qui pouvaient paraître hier contraire à la séparation des pouvoirs ne le soient plus aujourd'hui. Il est normal que les frontières délimitant les pouvoirs du juge et du

¹⁰⁰⁷ « La seule justification de son [le juge] pouvoir normatif réside précisément dans la nécessité où il se trouve de donner, à la décision qu'il va prendre, le fondement d'une règle générale. Il y a là une différence essentielle entre l'édition de la règle par l'autorité législative ou réglementaire et son élaboration jurisprudentielle » (J. RIVERO, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *AJDA* 1968. 16).

¹⁰⁰⁸ F. ZENATI-CASTAING, « Pour un droit des revirements de jurisprudence », in *Le droit entre autonomie et ouverture, Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruylant, 2013, p. 513.

législateur se déplacent, condamnant l'argument historique d'un pouvoir interprétatif originellement contenu.

414. *Exclusion du défaut de légitimité.* Le contradicteur pourra toujours dresser l'étendard tiré du défaut de légitimité du juge. Comment un organe étranger à l'élection pourrait-il étendre son pouvoir interprétatif au delà de ce qui est nécessaire à la protection de l'indépendance de la justice ? Dans le cas contraire, son pouvoir ne serait qu'usurpation.

L'argument est pourtant facilement contestable. Il oublie d'abord un peu rapidement que la législation est aujourd'hui plus souvent le produit du Gouvernement que celui des assemblées législatives et que les membres du Gouvernement n'étant pas forcément choisis parmi les parlementaires, nombre d'entre eux n'ont jamais subi les foudres de l'élection. L'argument repose ensuite sur cette idée qu'il n'existe pas de légitimité en dehors du vote des citoyens. Or la légitimité n'est pas univoque, elle revêt bien d'autres formes tout aussi respectables telles que l'expérience, la stabilité, la compétence, et plus généralement tous ces éléments qui forgent l'autorité d'une institution. Les juges suprêmes jouissent précisément d'une telle autorité, par leur prestige, par leur recrutement, par leur conscience de l'importance de leur fonction et l'exercice mesuré de leur pouvoir. Enfin, il paraît difficile d'expliquer pourquoi les juridictions suprêmes seraient légitimes à interpréter la loi lorsqu'elles statuent à l'occasion d'un litige et pourquoi cette légitimité disparaîtrait par évanescence sitôt que l'instance au fond s'éteint. La légitimité n'est pas contingente. Elle est attachée à une institution qui ne peut la perdre un instant, pour la recouvrer l'instant d'après. Les juges suprêmes sont légitimes à interpréter les textes qu'ils protègent, peu important que leur interprétation s'applique en définitive à un cas particulier. Il reste à fonder juridiquement cette possibilité.

415. *Pour une redéfinition des pouvoirs du juge et du législateur.* La redéfinition des pouvoirs du juge et du législateur s'inspire de considérations à la fois théoriques, historiques et pratiques.

416. La clé de répartition entre leurs attributions est d'une simplicité déconcertante. Elle repose sur cette idée que chaque organe doit effectuer les tâches que son organisation lui permet d'accomplir. Il se trouve justement que le fonctionnement des assemblées n'est pas adapté pour répondre aux questions d'interprétation qui naissent de l'application des

textes¹⁰⁰⁹. Le bicaméralisme, les sessions parlementaires, le vote à la majorité... sont autant d'obstacles qui se dressent devant l'interprétation législative. L'ensemble de ces questions doit donc échoir, en dernier lieu, aux juges suprêmes. Dès qu'une question d'interprétation naît de l'application du droit et, partant, d'un litige, cette question s'émancipe de l'affaire en cause et fonde la compétence du juge pour la trancher, peu important, en définitive, l'application de cette interprétation au cas. Dans cette conception, ce n'est pas l'application de l'interprétation à l'affaire en cause qui justifie les pouvoirs du juge. Son pouvoir d'interprétation est justifié des lors que le problème d'interprétation émerge d'un litige, sitôt qu'il est induit de la mise en pratique du droit. Il s'en suit que, contrairement à la théorie aujourd'hui largement répandue, ce n'est pas tant l'*application* de l'interprétation à un litige qui conditionne le pouvoir interprétatif du juge, que son *émergence* d'un litige. Le litige révèle un problème d'interprétation qui, sitôt émergé, gagne son autonomie. L'incapacité matérielle du législateur à le résoudre fonde alors le pouvoir du juge de s'en emparer. Le litige n'est plus que le révélateur de ces difficultés, il révèle un problème d'interprétation qui gagne son autonomie et dont la résolution revient aux juridictions suprêmes. C'est sa formation qui justifie le pouvoir interprétatif du juge, non sa résolution.

417. Cette distinction des pouvoirs du juge et du législateur ne peut se contenter d'un fondement aussi fragile que sa simple utilité pratique. Sa reconnaissance est subordonnée à l'existence de justifications au moins aussi importantes que la théorie qui l'a précédé. L'histoire dans laquelle elle s'enracine est à même de lui apporter cette légitimité dont elle a besoin.

En effet, tel qu'il a été rappelé¹⁰¹⁰, on oublie trop souvent que le délaissement de l'interprétation législative au profit de l'interprétation juridictionnelle tient autant à la volonté de respecter l'indépendance de la justice qu'à l'incapacité du législateur de répondre aux problèmes d'interprétation nés de l'application du droit. L'impuissance législative a, pour partie, justifié l'interprétation juridictionnelle. La déchéance du référé législatif portait donc en lui les germes de la séparation, non pas des pouvoirs, mais plutôt des attributions entre le juge et le législateur. Au premier l'édiction des lois, au second la résolution de l'ensemble des problèmes nés de son application.

Cette dichotomie est également celle qui préside à la distinction entre les attributions du pouvoir législatif et celles du pouvoir règlementaire autonome. La procédure parlementaire

¹⁰⁰⁹ V. *supra*, n° 290.

¹⁰¹⁰ V. *supra*, n° 290.

apporte son lot de garanties, mais cette protection a un coût temporel important qui nuit parfois à son efficacité. L'instrument législatif devient inadapté, notamment dans des matières d'importance relative qui nécessitent parfois une réactivité particulière. L'incapacité du pouvoir législatif à répondre à ce besoin de célérité a justifié l'institution du pouvoir réglementaire autonome, comme cette incapacité justifie aujourd'hui le pouvoir du juge dans l'interprétation des problèmes nés de l'application du droit. Certes le pouvoir réglementaire autonome est expressément prévu par des dispositions constitutionnelles alors que le pouvoir du juge est dénué d'un tel fondement, mais l'histoire de la IV^{ème} République prouve que les déficiences du législateur ont déjà été comblées, par le passé, sans habilitation particulière, voire contre les dispositions constitutionnelles en vigueur. En effet, les décrets-lois se sont développés sans aucune habilitation et malgré l'article 13 de la Constitution disposant que « l'Assemblée nationale vote seule la loi (...) elle ne peut déléguer ce droit »¹⁰¹¹.

Enfin et surtout, la doctrine privatiste, réticente à l'élargissement des pouvoirs du juge, gagnerait à jeter un rapide regard vers la procédure administrative. Cela fait plusieurs siècles que les juges administratifs délivrent des interprétations sans pour autant les appliquer à un quelconque litige. Tel est l'objet précis du (méconnu) recours direct en interprétation, brillamment expliqué par Edouard Laferrière¹⁰¹² et Raymond Odent¹⁰¹³ dans leurs manuels respectifs de droit administratif¹⁰¹⁴. Ce recours permet « aux justiciables de saisir les juges de conclusions en interprétation pure, sans que l'interprétation juridictionnelle ainsi fournie doive aboutir à la solution juridictionnelle d'un litige »¹⁰¹⁵. Les recours directs en interprétation sont alors « formés en dehors de tout procès soumis à une juridiction quelconque »¹⁰¹⁶, et le juge, qui ne joue que le rôle d'interprète, « se borne à donner une consultation »¹⁰¹⁷. Dès lors, aussi contesté qu'il soit, le recours en interprétation est une manifestation flagrante qu'il existe déjà des situations de droit positif où le juge interprète un texte sans pour autant l'appliquer à un litige.

Mais il y a mieux encore, si le recours en interprétation permet de délivrer une interprétation sans l'appliquer au litige, l'existence du litige, elle, est une condition *sine qua non* à sa mise en œuvre¹⁰¹⁸. Le Conseil d'État « n'est pas allé jusqu'à admettre que le juge administratif

¹⁰¹¹ Article 13 de la Constitution du 27 octobre 1946.

¹⁰¹² E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, 1^{ère} éd., 1887-1888, rééd., LGDJ, 1989, t. 2, 1989, p. 573 et s.

¹⁰¹³ R. ODENT, *Contentieux administratif*, Dalloz, t. 2, 2007, p. 685.

¹⁰¹⁴ V° égal. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13^{ème} éd., 2008, p. 749 et s.

¹⁰¹⁵ R. ODENT, *Contentieux administratif*, Dalloz, t. 2, 2007, p. 686.

¹⁰¹⁶ *Ibid.*

¹⁰¹⁷ *Ibid.*, p. 685.

¹⁰¹⁸ CE, 28 juillet 2000, *Syndicat des entreprises de petits trains routiers*, n° 210057.

pouvait être saisi d'une question d'interprétation se posant "à froid", avant toute contestation »¹⁰¹⁹. En d'autres termes, l'interprétation peut bien être délivrée, sans être appliquée, mais encore faut-il que cette interprétation soit née d'un problème d'application du droit, un problème que révèle l'existence du litige. Ce n'est donc pas l'application de l'interprétation à un litige qui justifie le pouvoir interprétatif du juge. Preuve en est que le juge administratif délivre parfois une interprétation sans pour autant l'appliquer. Le fondement, l'habilitation du juge à interpréter la loi tient simplement au fait que la difficulté est née de son application, et que le l'organisation du législateur ne lui permet pas d'y répondre.

418. La répartition des attributions du juge et du législateur apparaît soudain d'une limpide évidence. Au législateur la charge de l'édiction des textes, au juge celle de la résolution des problèmes d'interprétation nés de leur application. Le litige soumis au juge est le révélateur de ces difficultés.

Une fois le problème d'interprétation identifié par le juge, il s'émancipe de l'affaire en cause et gagne son indépendance. Peu importe alors que les parties transigent, qu'elles se désistent, bref, que le litige prenne fin. La question d'interprétation demeure. Née de l'application du droit, le juge est compétent pour en proposer la solution. Tel est le cas en matière de renvoi préalable où le problème d'interprétation, révélé au juge à l'occasion d'un litige, gagne son indépendance et justifie que l'extinction de l'instance au fond soit sans incidence sur la continuation du renvoi.

¹⁰¹⁹ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13^{ème} éd., 2008, p. 759, § 856.

419. Conclusion de la section 1. Le lien entre la notion de renvoi préalable et son régime juridique ressort avec netteté de l'étude de ses règles procédurales. Chacune d'elles favorise la réalisation du but poursuivi par le mécanisme : l'unité du droit.

Cette finalité justifie d'abord le libéralisme des règles de sa mise en œuvre. La quête de l'unité du droit étant l'affaire de tous, les parties doivent pouvoir solliciter l'exercice du renvoi à tout moment de la procédure, sans qu'une telle demande soit soumise à des conditions de forme trop exigeantes. De la même manière, le juge doit pouvoir l'exercer de sa propre autorité, indépendamment d'une demande en ce sens des parties.

Cette finalité supérieure justifie également que le bon déroulement du renvoi soit protégé contre toute tentative de remise en cause. Une fois décidé, il s'émancipe de l'affaire au fond et gagne son autonomie. Les parties ne peuvent ainsi entraver son déroulement par l'exercice des voies de recours. Cette finalité devrait justifier que l'extinction de l'instance au fond reste sans incidence sur la poursuite du renvoi. Le droit positif est en sens contraire, hanté par le spectre de la prohibition des arrêts de règlement.

420. En définitive, les règles procédurales assurent manifestement la promotion du renvoi préalable. Cette faveur est une conséquence directe de l'intérêt public qui l'irrigue. Cet intérêt constitue le fil conducteur de l'ensemble de la procédure, depuis le déclenchement du mécanisme jusqu'à la décision de la cour suprême (Section II).

SECTION II : LA PROCEDURE DEVANT LE JUGE SUPREME

421. Une fois le renvoi décidé par le juge inférieur, la question chemine jusqu'à son examen par le juge suprême. La procédure devant lui peut être disséquée en deux étapes successives, deux étapes marquées, autant que les précédentes, par la spécificité de la notion. Dans son élaboration (§1) comme dans sa divulgation (§2), le produit du renvoi porte les stigmates de l'intérêt public inhérent au mécanisme.

§1 - L'ELABORATION DE LA DECISION

422. La décision prise sur renvoi n'est pas le fait d'un seul homme, car l'interprétation unitaire du droit est une fonction trop importante et délicate pour être laissée à la merci de l'arbitraire. La délivrance de l'interprétation est le produit d'une concertation d'autant plus nécessaire que le mécanisme du renvoi est enfermé dans de brefs délais (A). La recherche de l'unification rapide de l'interprétation trouve son équilibre dans une concertation irriguant toute la phase d'instruction du renvoi (B).

A) Les délais

423. La finalité du renvoi préalable implique que le traitement de la question posée soit enfermé dans des délais acceptables. Le mécanisme vise à pallier les carences des modèles hiérarchiques d'unification du droit, dont l'un des principaux vices est justement leur excessive lenteur. Le renvoi préalable doit donc éviter de tomber dans le travers des mécanismes qu'il prétend sinon remplacer, à tout le moins seconder. Faute pour lui d'être encadré par certains délais, il risque une fin aussi funeste que celle du référé législatif. L'inertie mène à la ruine. Mieux vaut s'en prémunir.

424. Une fois le principe de célérité établi, reste en suspend la question de la durée des délais impartis. Le droit positif témoigne d'une volonté d'aller vite.

La question prioritaire de constitutionnalité est résolue en moins de six mois¹⁰²⁰. La juridiction saisie du moyen tiré de l'inconstitutionnalité d'une disposition législative doit en effet statuer « sans délai »¹⁰²¹ sur cette question. Lorsque la demande est transmise au Conseil d'État ou à la Cour de cassation ou lorsque le moyen est soulevé directement devant elles, ces juridictions suprêmes ne disposent que d'un délai de trois mois pour décider de l'opportunité du renvoi devant le Conseil constitutionnel¹⁰²². Ce dernier doit alors rendre sa décision dans un délai identique¹⁰²³.

Les délais sont aussi particulièrement brefs concernant le mécanisme des demandes d'avis. Le Conseil d'État et la Cour de cassation ne disposent que d'un délai de trois mois pour délivrer l'avis sollicité. Passé ce délai, la juridiction auteur du renvoi recouvre sa liberté de trancher le procès toujours pendant devant elle.

S'agissant du renvoi au Tribunal des conflits, la juridiction suprême qui décide d'y procéder doit expédier l'arrêt prononçant le renvoi « avec l'ensemble des pièces de la procédure dans les huit jours [de son] prononcé »¹⁰²⁴. Aucun délai ne vient certes contraindre le Tribunal dans l'examen de la question, mais cet oubli n'est pas dommageable dans la mesure où le Tribunal respecte, lorsqu'il est saisi sur renvoi, le délai de trois mois auquel il est astreint lorsqu'il est saisi d'un conflit positif¹⁰²⁵.

Il est vrai que le renvoi préjudiciel à la Cour de justice n'est enfermé dans aucun délai précis et que, victime de son succès, la Cour doit faire face à un engorgement qui repousse le

¹⁰²⁰ O. DUHAMEL, « La QPC et les citoyens », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, p. 188 ; P. BON, « La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009 », *RFDA* 2009. 1107.

¹⁰²¹ Art. 23-1 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

¹⁰²² « Dans un délai de trois mois à compter de la réception de la transmission (...) le Conseil d'État ou la Cour de cassation se prononce sur le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel » (Art. 23-4 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel). « Le Conseil d'État ou la Cour de cassation dispose d'un délai de trois mois à compter de la présentation du moyen pour rendre sa décision lorsque le moyen est soulevé pour la première fois devant eux » (art. 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel).

¹⁰²³ « Le conseil constitutionnel statue dans un délai de trois mois à compter de sa saisine » (art. 23-10 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel).

¹⁰²⁴ « Une expédition du jugement, de la décision ou de l'arrêt prononçant le renvoi est adressée par le secrétaire ou le greffier de la juridiction saisie au secrétaire du Tribunal des conflits avec l'ensemble des pièces de la procédure dans les huit jours du prononcé du jugement, de la décision ou de l'arrêt. Les parties sont en même temps avisées, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, de cette transmission, qui saisit le Tribunal des conflits » (Art. 37, décret du 26 octobre 1849 portant règlement d'administration publique déterminant les formes de procédure du tribunal des conflits).

¹⁰²⁵ « Il est statué par le Tribunal des conflits, dans les délais fixés par l'article 7 de l'ordonnance du 12 mars 1831, et l'article 15 de l'arrêté du 30 décembre 1848 » (art. 15, décret du 26 octobre 1849 portant règlement d'administration publique déterminant les formes de procédure du Tribunal des conflits). L'article 7 de l'ordonnance du 12 mars 1831 modifiant celle du 2 février sur la publicité des séances du Conseil d'État et le mode de décision des affaires contentieuses et des conflits dispose qu'« il sera statué sur le conflit dans le délai de trois mois, à dater de la réception des pièces au ministère de la justice. Si, un mois après l'expiration de ce délai, le Tribunal n'a pas reçu notification de l'ordonnance rendue sur le conflit, il pourra procéder au jugement de l'affaire ».

moment de son intervention. Toutefois, outre que l'ensemble des réformes de la Cour de justice passées et futures vise à réduire le temps nécessaire à la reddition des solutions, il est remarquable que le traité prévoit une procédure accélérée¹⁰²⁶ et même une procédure d'urgence¹⁰²⁷ lorsque la situation le nécessite. La jurisprudence livre quelques illustrations récentes de leur mise en œuvre et de leur efficacité. Le fameux arrêt *Melki*¹⁰²⁸, relatif à la conventionnalité de la question prioritaire de constitutionnalité, n'a été délivré par la Cour de justice que deux mois seulement après sa saisine par la Cour de cassation¹⁰²⁹. Un même délai lui fut suffisant¹⁰³⁰ pour répondre à la demande exceptionnelle qui lui avait été adressée par le Conseil constitutionnel français¹⁰³¹.

425. *Un délai trop bref ?* Le débat est légitime de savoir si, à vouloir aller trop vite, le mécanisme ne risque pas de manquer ses objectifs. Tout n'est ici qu'une question d'équilibre. Son efficacité implique des délais suffisamment courts, mais la fixation d'une interprétation demeure un acte grave justifiant qu'un temps de réflexion raisonnable soit attribué à ceux qui doivent la délivrer. Certes, les mécanismes hiérarchiques nécessitent, d'un point de vue structurel, un temps que la période contemporaine ne peut leur accorder. Mais ce temps permettait également la maturation d'une solution qui ne relève jamais de l'évidence. Portalis vantait les mérites de la jurisprudence en la décrivant comme « un dépôt de maximes, de décisions et de doctrines qui s'épurent journallement par la pratique et par le choc des débats judiciaires »¹⁰³². Le renvoi préalable se prive de la sédimentation juridictionnelle et présente le risque que l'interprétation soit d'autant plus contestée par la pratique et désavouée par la jurisprudence postérieure¹⁰³³ qu'elle a été établie dans la précipitation.

¹⁰²⁶ L'article 105 du règlement de procédure de la Cour de justice prévoit qu' « à la demande de la juridiction de renvoi ou, à titre exceptionnel, d'office, le président de la Cour peut, lorsque la nature de l'affaire exige son traitement dans de brefs délais, le juge rapporteur et l'avocat général entendus, décider de soumettre un renvoi préjudiciel à une procédure accélérée dérogeant aux dispositions du présent règlement (...) dans ce cas, le président fixe immédiatement la date de l'audience qui sera communiquée aux intéressés visés à l'article 23 du statut avec la signification de la demande de décision préjudicielle ».

¹⁰²⁷ L'article 107 du règlement de procédure de la Cour de justice dispose qu' « un renvoi préjudiciel qui soulève une ou plusieurs questions concernant les domaines visés au titre V de la troisième partie du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne peut, à la demande de la juridiction de renvoi ou, à titre exceptionnel, d'office, être soumis à une procédure d'urgence dérogeant aux dispositions du présent règlement ». L'article 111 prévoit même que « la chambre désignée peut, dans des cas d'extrême urgence, décider d'omettre la phase écrite de la procédure visée à l'article 109, paragraphe 2 ».

¹⁰²⁸ CJUE, 22 juin 2010, *Melki et Abdeli*, C-188/10, §56 ; *AJDA* 2010, p. 1231.

¹⁰²⁹ Cass. Formation spéciale QPC, 16 avril 2010, *Melki*, n° 10-40.002.

¹⁰³⁰ CJUE, 30 mai 2013, *Jérémy F.*, C-168/13 PPU.

¹⁰³¹ CC 2013-314P QPC du 4 avril 2013.

¹⁰³² J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, Editions confluentes, 1999, p. 19.

¹⁰³³ « Appelé à donner son avis avant que les juridictions se soient prononcées sur la question de droit, le juge suprême se privera de l'apport que peut constituer le pluralisme de la jurisprudence des tribunaux et des cours » ;

Fort heureusement, l'étude des décisions délivrées sur renvoi rassure. Peu d'entre elles ont été radicalement contestées par la suite¹⁰³⁴. Certes des amendements, des précisions ont été apportés avec le temps, mais il s'agit d'une concession inexorable à la formation de la jurisprudence, concession sans doute renforcée lorsque la fixation de l'interprétation se fait dans des délais particulièrement courts. L'efficacité du renvoi préalable et la bonne réception de son œuvre tiennent certainement au fait que, si la décision est rendue dans de brefs délais, elle est le produit d'une concertation élargie.

B) L'instruction

426. Une fois la demande transmise, le moment arrive de son examen par la juridiction suprême. Il serait erroné de penser que la décision à venir est élaborée dans le secret du cabinet d'un juge. Bien au contraire, l'importance de l'office du Conseil constitutionnel, de la Cour de cassation, du Conseil d'État, de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme justifie qu'elles interviennent après que toutes les autorités intéressées par la décision à venir ont été invitées et entendues. Certes les parties (1) sont les premières concernées, mais le renvoi préalable ne saurait se réduire à un tête-à-tête entre une partie et son juge. L'intérêt public attaché au renvoi justifie que certaines autorités puissent intervenir et formuler les observations qu'elles jugent nécessaires (2).

1) Les observations des parties

427. La question de la présence des parties devant la juridiction décisionnelle n'est pas évidente. Il pourrait en effet être soutenu que le caractère inter-juridictionnel du renvoi et la limitation de son objet à la détermination du droit justifient leur absence. La publicité et la contradiction seraient suffisamment organisées devant le juge saisi de l'affaire au fond pour que de telles exigences ne soient pas également imposées devant le juge interprète.

« on peut se demander si un certain délai n'est pas nécessaire pour que le juge évalue les difficultés d'application que soulève l'ensemble d'un texte (...) quant à modifier ultérieurement sa position, ce qui est possible, mieux vaudrait éviter que cela ne se produise trop rapidement après le prononcé de l'avis car une telle situation risquerait de compromettre l'efficacité du mécanisme » (A. ASHWORTH, « Singularité et tradition : l'article 12 de la loi du 31 décembre 1987 », *RDP* 1990. 1489).

¹⁰³⁴ V. *infra*, n° 643 et s.

L'idée a pu convaincre un temps les parlementaires. En effet, la possibilité offerte aux parties de présenter leurs observations à l'occasion de la saisine pour avis de la Cour de cassation n'a été acquise qu'au prix d'un amendement sénatorial¹⁰³⁵. Les députés avaient originellement considéré que l'exigence de célérité justifiait que les parties soient exclues de la phase décisionnelle du mécanisme. Ce revirement est louable, tant au regard de l'intérêt privé des plaideurs qu'au regard de l'intérêt général qui s'attache à l'unité du droit.

428. *L'intérêt des parties ou le respect du principe du contradictoire.* La réquisition des observations des parties dans le cadre du renvoi préalable apparaît moins comme une bienveillante attention que comme la soumission du législateur à l'une de ses obligations¹⁰³⁶. En effet, malgré une opinion contraire¹⁰³⁷, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme semble aujourd'hui imposer le respect des exigences de l'article 6§1 dans l'ensemble des procédures¹⁰³⁸ susceptibles d'« influencer sur l'issue du litige devant les juridictions ordinaires »¹⁰³⁹. En tant qu'il présente un caractère préjudiciel, le renvoi préalable entraîne des conséquences directes sur la résolution du litige pendant devant les juges du fond¹⁰⁴⁰. Il est donc impératif que les parties, qui sont les premières intéressées par la décision rendue sur renvoi, soient mises à même de défendre l'interprétation qu'elles croient juste. Leur laisser le soin de s'exprimer est une obligation¹⁰⁴¹ qui apparaît d'autant plus impérieuse que le renvoi est parfois étranger à leur volonté.

¹⁰³⁵ JOAN, 2^{ème} séance, 17 avril 1991, p. 1345 ; JO Sénat, 7 mai 1991, p. 885.

¹⁰³⁶ « Le caractère contradictoire de la procédure est assuré par la faculté ouverte aux parties de présenter leurs observations » (B. DE LAMY, « Brèves observations sur la question préjudicielle de constitutionnalité en attendant la loi organique », *D.* 2009. 177) ; v. égal. : A. ASHWORTH, « Singularité et tradition : l'article 12 de la loi du 31 décembre 1987 », *RDP* 1990. 1462 ; F. ZENATI-CASTAING, « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *D.* 1992. 252.

¹⁰³⁷ J.-F. FLAUSS, « L'influence du droit européen sur l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité des lois par voie préjudicielle », in G. DRAGO (dir.), *L'application de la Constitution par les Cours suprêmes*, Dalloz, 2007, p. 171.

¹⁰³⁸ P. CASSIA, « Le renvoi préjudiciel en appréciation de constitutionnalité, une question d'actualité », *RFDA* 2008. 892 ; S. DE LA ROSA, « L'article 6§1 de la Convention européenne, le Conseil constitutionnel et la question préjudicielle de constitutionnalité », *RFDC* 2009. 817 ; F. SUDRE, « Question préjudicielle de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », *RDP* 2009. 673.

¹⁰³⁹ L'arrêt de principe s'agissant de l'application de l'article 6§1 aux cours constitutionnelles est l'arrêt : CEDH, 23 juin 1993, *Ruiz-Matéos c/ Espagne*, *RFDC* 1994. 175, obs. G. COHEN-JONATHAN. Cet arrêt met fin aux incertitudes qui avaient pu naître de ses décisions précédentes : CEDH, 29 mai 1986, *Deumeland c/ Allemagne* ; CEDH, 29 mars 1989, *Bock c/ Allemagne*. Pour une confirmation ultérieure : CEDH, 8 nov. 2007, *Soffer c/ République tchèque*, n° 31419/04, § 31.

¹⁰⁴⁰ La remarque est également valable pour le Tribunal des conflits où de la détermination « de l'ordre de juridiction compétent, se déduira la règle de droit applicable au litige » (E. PIWNICA, « Table ronde », in *Le Tribunal des conflits, Bilan et perspectives*, P. GONOD, L. CADIET (dir.), Dalloz, 2009, p. 97). V. égal. : S. AMRANI-MEKKI, « La procédure de jugement devant le Tribunal des conflits », in *Le Tribunal des conflits, Bilan et perspectives*, P. GONOD, L. CADIET (dir.), Dalloz, 2009, p. 77.

¹⁰⁴¹ F. ZENATI-CASTAING, « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *D.* 1992. 252.

429. L'intérêt public ou les avantages inhérents à la contradiction. Toute l'économie du renvoi préalable « repose sur un pari que la juridiction suprême doit pouvoir en quelques mois arrêter ce qui jusqu'à présent était le produit d'une maturation jurisprudentielle de plusieurs années »¹⁰⁴². Ce pari confine à la gageure si les magistrats suprêmes se voient refuser les conditions d'une recherche sereine et éclairée du droit. Or dans cette quête du droit futur, les parties tiennent assurément une place à part. Soucieux de défendre l'interprétation qui leur est favorable, les plaideurs développent une argumentation qui permet de jauger avec précision les avantages et les inconvénients de chacune des solutions possibles¹⁰⁴³. Leur contradiction est féconde. Elle passe au crible une interprétation dont les conséquences lointaines sont toujours difficiles à percevoir. Sans doute leur intervention est-elle de nature à retarder la procédure, mais à vouloir aller trop vite, le risque est présent « d'accentuer l'insécurité juridique en exposant le juge suprême à la nécessité de reconsidérer des solutions hâtivement forgées et insuffisamment mûries »¹⁰⁴⁴.

430. Tous les mécanismes s'accordent sur la place essentielle des parties dans l'élaboration de l'interprétation et leur réservent la possibilité de présenter leurs observations. La Cour de cassation¹⁰⁴⁵, le Conseil d'État¹⁰⁴⁶, le Tribunal des conflits¹⁰⁴⁷, le Conseil

¹⁰⁴² F. ZENATI-CASTAING, *La jurisprudence*, Dalloz, 1991, p. 253.

¹⁰⁴³ Pour un exemple s'agissant du Tribunal des conflits : les avocats « sont entendus lors de la séance du Tribunal des conflits même si, de l'aveu de ses membres, les avocats aux conseils se contentent de se référer à leurs écritures. Ce n'est pas dire que leurs mémoires soient dépourvus de poids car, au contraire, ils sont souvent riches d'informations qui peuvent guider les magistrats. Mais ils sont alors plus perçus comme des moyens d'information que comme une position d'une partie à opposer à une autre entre lesquelles il faut trancher » (S. AMRANI-MEKKI, « La procédure de jugement devant le Tribunal des conflits », in *Le Tribunal des conflits, Bilan et perspectives*, P. GONOD, L. CADIET (dir.), Dalloz, 2009, p. 78). Il est d'ailleurs remarquable que le Tribunal des conflits recherche souvent l'opinion des parties à l'instance au fond : « les parties ont leur place devant le Tribunal des conflits ; elles sont mentionnées à de nombreuses reprises par le décret du 26 octobre 1849 et on attend d'elles un rôle actif, qu'elles se manifestent ; et si elles ne s'expriment pas, elles peuvent être mises en demeure de le faire » (E. PIWNICA, « Table ronde », in *Le Tribunal des conflits, Bilan et perspectives*, P. GONOD, L. CADIET (dir.), Dalloz, 2009, p. 97).

¹⁰⁴⁴ F. ZENATI-CASTAING, *op. cit.*, p. 253.

¹⁰⁴⁵ S'agissant du mécanisme des demandes d'avis, l'article 1031-1 du Code de procédure civile dispose que « lorsque le juge envisage de solliciter l'avis de la Cour de cassation en application de l'article L. 151-1 du Code de l'organisation judiciaire, il en avise les parties et le ministère public, à peine d'irrecevabilité. Il recueille leurs observations écrites éventuelles dans le délai qu'il fixe, à moins qu'ils n'aient déjà conclu sur ce point ». L'article 1031-2 ajoute que « la décision sollicitant l'avis est adressée, avec les conclusions et les observations écrites éventuelles, par le secrétariat de la juridiction au greffe de la Cour de cassation ». S'agissant de la question prioritaire de constitutionnalité l'article 126-9 du Code de procédure civile précise que « les parties disposent d'un délai d'un mois à compter de la décision de transmission pour faire connaître leurs éventuelles observations ».

¹⁰⁴⁶ S'agissant du mécanisme des demandes d'avis l'article R. 113-2 al.2 du Code de justice administrative dispose que « les parties et le ministre compétent peuvent produire des observations devant le Conseil d'État, dans le délai d'un mois à partir de la notification qui leur a été faite de la décision de renvoi ». S'agissant de la question prioritaire de constitutionnalité l'article R. 771-20 du Code de justice administrative dispose que « lorsqu'une question prioritaire de constitutionnalité a été transmise au Conseil d'État par un tribunal

constitutionnel¹⁰⁴⁸, la Cour de justice de l'Union européenne¹⁰⁴⁹ et la Cour européenne des droits de l'homme¹⁰⁵⁰ prévoient ce temps d'expression, parfois même après les conclusions de l'avocat général¹⁰⁵¹. Les parties ne sauraient être réduites à un simple rôle de « presse bouton »¹⁰⁵², elles ont un rôle plus important, celui d'un « ministère public aux petits pieds »¹⁰⁵³.

431. La question de la représentation après la mise en œuvre du renvoi. Si les parties peuvent faire valoir leurs observations, reste à déterminer les formes dans lesquelles elles doivent être présentées. Après avoir étudié les règles de la représentation au moment de la demande, le temps est venu d'étudier celles qui régissent celui de la décision. Les

administratif ou par une cour administrative d'appel, les parties (...) peuvent produire des observations dans le délai d'un mois courant à compter de la notification qui leur a été faite de la décision de transmission ».

¹⁰⁴⁷ TC, 4 novembre 1880, *Marquigny*, Lebon p. 795. Le Tribunal des conflits indique qu'il « n'est appelé à trancher aucune contestation d'intérêt privé ; que le débat porté devant lui par le préfet, agissant au nom de la puissance publique, s'agit uniquement entre l'autorité judiciaire et l'autorité administrative (...) qu'il suit de là que les parties engagées dans l'instance qui a donné lieu à l'arrêté de conflit ne figurent ni comme demanderesse, ni comme défenderesse devant le tribunal chargé de le juger ; que, si elles peuvent produire des mémoires et faire présenter des observations orales, elles ne sont recevables à prendre aucune conclusions ».

¹⁰⁴⁸ L'article 1^{er} du règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité dispose que les parties sont avisées par le Conseil de la décision du Conseil d'État ou de la Cour de cassation de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité et que « cet avis mentionne la date avant laquelle les parties ou les autorités précitées peuvent présenter des observations écrites et, le cas échéant, produire des pièces au soutien de celles-ci » (art. 1^{er}, décision du 4 février 2010 portant règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité).

¹⁰⁴⁹ L'article 23 du statut de la Cour de justice de l'Union européenne dispose que « dans les cas visés à l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, la décision de la juridiction nationale qui suspend la procédure et saisit la Cour de justice est notifiée (...) aux parties en cause. Dans un délai de deux mois à compter de cette dernière notification, les parties (...) ont le droit de déposer devant la Cour des mémoires ou des observations écrites » (statut de la Cour de justice, C 83/216, Journal officiel de l'Union européenne du 30 mars 2010).

¹⁰⁵⁰ L'article 3 du Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales stipule que « le Président de la Cour peut, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, inviter toute personne à présenter également des observations écrites ou à prendre part aux audiences ». Le rapport explicatif précise que « l'on peut s'attendre à ce que les parties à l'affaire dans le contexte de laquelle l'avis consultatif a été sollicité soient invitées à prendre part à la procédure », <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=fra>, spéc § 20.

¹⁰⁵¹ S'agissant du Tribunal des conflits, « après les conclusions du commissaire du gouvernement orales à la séance, le vice-président avait coutume de dire : “merci M. le commissaire du gouvernement, il en sera délibéré”. Une petite réforme a été opérée et le vice-président donne désormais la parole aux avocats pour savoir s'ils ont des observations à faire après avoir entendu les conclusions du commissaire » (M.-F. MAZARS, « Table ronde », in *Le Tribunal des conflits, Bilan et perspectives*, P. GONOD, L. CADIET (dir.), Dalloz, 2009, p. 47). Jean Marc Sauvé remarque d'ailleurs que si « le Tribunal des conflits, a déjà, dans les faits, introduit cette faculté donnée aux parties de s'exprimer. Il serait opportun de l'inscrire dans les textes » (J.-M. SAUVE, « Introduction à la seconde partie », in *Le Tribunal des conflits, Bilan et perspectives*, P. GONOD, L. CADIET (dir.), Dalloz, 2009, p. 58).

¹⁰⁵² C. DEBBASCH, J.-C. RICCI, *Contentieux administratif*, Dalloz, coll. Précis, 8^{ème} éd., 2001, n° 456, p. 430.

¹⁰⁵³ S. AMRANI-MEKKI, « A propos de la rétroactivité de la jurisprudence, Quelques réflexions procédurales », *RTD civ.* 2005. 297.

observations présentées par les parties devant le juge suprême doivent-elles être déposées par un avocat ?

432. *Le constat d'une hétérogénéité.* Les règles régissant le renvoi préjudiciel, les demandes d'avis et la question prioritaire de constitutionnalité font preuve d'un manque flagrant d'homogénéité. Trois solutions distinctes sont consacrées.

La première consiste à postuler que la représentation est facultative. Telle est la solution retenue par la question prioritaire de constitutionnalité, où la représentation ne devient obligatoire devant le Conseil constitutionnel que lorsqu'il s'agit de présenter devant lui des observations orales¹⁰⁵⁴. Chaque partie peut donc, sans être représentée, présenter les observations écrites qui lui semblent opportunes.

La deuxième solution calque les règles de la représentation devant la juridiction suprême sur celles qui sont applicables devant la juridiction émettrice. Cette solution est consacrée par l'article 97 du règlement de procédure de la Cour de justice de l'Union européenne¹⁰⁵⁵ qui dispose qu'« en ce qui concerne la représentation et la comparution des parties au litige au principal, la Cour tient compte des règles de procédure en vigueur devant la juridiction qui l'a saisie ». Elle l'est également par le mécanisme des demandes d'avis au Conseil d'État, le Code de justice administrative¹⁰⁵⁶ prévoyant en effet que « si la requête dont est saisie la juridiction qui a décidé le renvoi est dispensée du ministère d'avocat devant cette juridiction,

¹⁰⁵⁴ S'agissant des observations écrites l'article 1^{er} du règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité dispose que « la décision du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui saisit le Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité est enregistrée au secrétariat général du Conseil constitutionnel » qui « en avise les parties à l'instance ou, le cas échéant, leurs représentants ». L'ajout de l'incise « le cas échéant » induit nécessairement que la représentation n'est pas obligatoire pour formuler des observations écrites. S'agissant des observations orales l'alinéa 2 de l'article 10 du même règlement dispose que « les représentants des parties et des personnes dont les observations en intervention ont été admises, s'ils sont avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation ou avocats (...) sont ensuite invités à présenter leurs éventuelles observations orales ». Ici encore, l'ajout du « si » laisse entendre que la présentation des observations orales est subordonnée à la représentation. Marc Guillaume, dans son commentaire du règlement intérieur précise d'ailleurs qu'« il n'était pas envisageable de permettre aux parties elles-mêmes ou à n'importe quel mandataire choisi par elles de formuler des observations orales devant le Conseil constitutionnel. Ceci aurait pu conduire à des débordements. La sérénité et la dignité des débats ont donc naturellement commandé de réserver la prise de parole aux gens de justice, avocats aux Conseils et avocats. C'est la règle que pose l'article 10 du règlement » (M. GUILLAUME, « Le règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité », *LPA*, 23 février 2010, n° 38, p. 9).

¹⁰⁵⁵ L'article 97 du règlement de procédure de la Cour de justice de l'Union européenne prévoit qu'« en ce qui concerne la représentation et la comparution des parties au litige au principal, la Cour tient compte des règles de procédure en vigueur devant la juridiction qui l'a saisie » (JOUE, 29 septembre 2012, L 265/1).

¹⁰⁵⁶ L'article R. 113-2 al. 2 du Code de justice administrative dispose que « si la requête dont est saisie la juridiction qui a décidé le renvoi est dispensée du ministère d'avocat devant cette juridiction, la même dispense s'applique à la production des observations devant le Conseil d'État ; dans le cas contraire, et sauf lorsqu'elles émanent d'un ministre, les observations doivent être présentées par un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation ».

la même dispense s'applique à la production des observations devant le Conseil d'État » et que « dans le cas contraire (...) les observations doivent être présentées par un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation ». Une règle identique régit, enfin, la présentation des observations devant le Conseil d'État dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité¹⁰⁵⁷.

La troisième solution prévoit quant à elle que la question de la représentation devant la juridiction suprême est régie par les règles habituellement pratiquées devant elle dans le cadre de ses autres attributions. Ainsi en est-il, par exemple, lorsque la Cour de cassation met en œuvre le mécanisme des demandes d'avis¹⁰⁵⁸, ou qu'elle transmet une question prioritaire de constitutionnalité¹⁰⁵⁹ au Conseil constitutionnel. Les observations des parties ne doivent être « signées par un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation » que « dans les matières où la représentation est obligatoire devant la Cour de cassation ».

433. Contestation de l'hétérogénéité. Cette hétérogénéité est difficilement compréhensible alors que l'ensemble des mécanismes poursuivent une finalité semblable et répondent d'une même notion. L'intrigue est d'autant plus forte que c'est parfois au sein d'un même mécanisme, par exemple celui des demandes d'avis au Conseil d'État et à la Cour de cassation, que les règles de représentation divergent.

Ces différences s'expliquent par le fait que les règles procédurales n'ont été choisies qu'en fonction de la pratique applicable devant les juridictions mobilisées, et non comme un tout réfléchi en fonction de la finalité spécifique au mécanisme. Les règles de représentation devant la Cour de cassation sont symptomatiques de cette contingence, calquées, en matière de renvoi, sur celles applicables en matière de cassation. La spécificité du renvoi préalable s'oppose pourtant à cet amalgame. Les règles qui régissent la représentation des parties doivent être érigées en fonction de sa nature, non par référence à d'autres procédures qui disposent de leur rationalité propre.

¹⁰⁵⁷ L'article R. 771-20 du Code de justice administrative dispose que « si la requête dont est saisie la juridiction qui a décidé le renvoi est dispensée du ministère d'avocat devant cette juridiction, la même dispense s'applique à la production des observations devant le Conseil d'État ; dans le cas contraire, et sauf lorsqu'elles émanent d'un ministre ou du Premier ministre, les observations doivent être présentées par un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation ».

¹⁰⁵⁸ L'article 1031-4 du Code de procédure civile dispose que « dans les matières où la représentation est obligatoire, les observations éventuelles des parties doivent être signées par un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation ».

¹⁰⁵⁹ L'article 126-9 du Code de procédure civile énonce que « les parties disposent d'un délai d'un mois à compter de la décision de transmission pour faire connaître leurs éventuelles observations. Celles-ci sont signées par un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, dans les matières où la représentation est obligatoire devant la Cour de cassation ».

La seconde solution n'est pas moins critiquable. Elle consiste à reporter les règles applicables devant la juridiction saisie du fond de l'affaire devant la juridiction suprême. L'obligation ou la dispense de représentation devant les juridictions du fond obéit pourtant souvent à des considérations particulières à chaque contentieux. Ainsi par exemple, la dispense d'avocat devant le tribunal d'instance s'explique par la volonté d'éviter une disproportion entre le prix de la représentation et le montant du litige, l'avocat n'étant obligatoire, par principe, que devant le tribunal de grande instance où les sommes litigieuses sont plus conséquentes. En revanche, ce n'est plus l'importance du litige, mais les pouvoirs accordés au juge qui justifient l'obligation de constituer avocat lorsqu'une partie désire former un recours de plein contentieux devant le tribunal administratif, alors qu'elle en est dispensée lorsqu'elle limite sa demande à l'exercice d'un recours pour excès de pouvoir.

Ces considérations particulières, qui justifient parfois l'absence d'avocat devant les juges du fond, sont impropres à fonder cette dispense devant les juges suprêmes saisis sur renvoi préalable. Le problème d'interprétation est tout aussi majeur lorsqu'il émerge d'un recours pour excès de pouvoir que lorsqu'il ressort d'un recours de plein contentieux ; de la même manière, il est tout aussi important lorsqu'il provient d'un tribunal d'instance que lorsqu'il est formulé par une cour d'appel. Pourquoi une question de même nature devrait-elle entraîner l'application de règles de représentation distinctes selon la juridiction qui en est l'auteur ? Une fois encore, les règles de représentation ont été fixées sans que la finalité propre du renvoi n'ait été prise en considération. C'est une ineptie de calquer les règles de la représentation applicables devant le juge de renvoi et de les reproduire devant la juridiction suprême chargée de délivrer l'interprétation authentique du droit.

434. Propositions de réorganisation. La prise de conscience que ces mécanismes sont les espèces d'un genre qui les contient justifie une solution homogène. Seule la nature de ce mécanisme doit déterminer les règles régissant la représentation. La volonté d'unifier l'interprétation et l'intérêt public qui lui est attaché doivent être les seuls guides.

Tel qu'il a été démontré, la représentation ne doit pas être imposée aux parties lorsqu'elles sollicitent la mise en œuvre du renvoi. Ce libéralisme se justifie par la volonté d'ouvrir au maximum la contestation du droit. Pour que le maillage soit le plus serré possible, il faut que les parties puissent proposer le renvoi sans qu'aucune règle procédurale ne vienne conditionner leur action.

Toutefois, lorsque la demande a été jugée opportune, c'est-à-dire lorsque le juge estime qu'un doute existe et que ce doute est suffisant pour justifier la transmission de la question, les

parties doivent alors être représentées pour tout le reste de la procédure.

Deux raisons justifient cette représentation obligatoire. La première est que la décision délivrée sur renvoi aura nécessairement des conséquences sur la résolution de leur litige. Dès lors, comment justifier qu'une partie ignorante se voit imposer une interprétation nouvelle et défavorable des dispositions législatives sans qu'elle ait été représentée ? Il va de l'intérêt personnel des parties d'être dûment défendues. La solution se justifie davantage encore s'agissant de la partie qui n'a pas sollicité l'exercice du renvoi ou lorsque le juge décide d'y recourir d'office. Dans ce cas, la défense de l'intérêt privé des plaideurs, dont la situation personnelle pourrait être bouleversée par la décision, justifie que, pour les protéger, leur représentation soit postulée obligatoire.

Outre la défense de l'intérêt privé du plaideur, la représentation permet de satisfaire au mieux l'intérêt public attaché au renvoi. Le rôle des parties est primordial dans la recherche de l'interprétation juste. Il faut donc s'assurer de la qualité de leur intervention, et cette assurance est celle de la représentation. Le seul et unique gage d'un débat profitable tient à l'exigence du ministère de l'avocat. La spécificité du renvoi préalable et sa finalité particulière justifient la spécificité des règles régissant la représentation des parties.

435. *L'exclusion du monopole des avocats aux Conseils.* La Cour de cassation et le Conseil d'État sont des acteurs majeurs du renvoi préalable, soit qu'ils interviennent en tant que juridiction suprême, soit qu'ils apparaissent à l'origine du renvoi. L'étude des règles de représentation implique, dès lors, de résoudre l'épineuse question du monopole dont disposent, devant eux, les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation. Les dispositions relatives aux demandes d'avis, au renvoi préventif au Tribunal des conflits, à la question prioritaire de constitutionnalité et au renvoi préjudiciel à la Cour de justice ont maintenu ce monopole. Lorsque la représentation est obligatoire, elle doit être exercée par des avocats aux Conseils¹⁰⁶⁰. Cette exigence semble pourtant injustifiée.

¹⁰⁶⁰ S'agissant des demandes d'avis l'article 1031-4 du Code de procédure civile dispose que « dans les matières où la représentation est obligatoire, les observations éventuelles des parties doivent être signées par un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation ». Devant le Conseil d'État l'article R. 113-2 al. 2 du Code de justice administrative dispose que « si la requête dont est saisie la juridiction qui a décidé le renvoi est dispensée du ministère d'avocat devant cette juridiction, la même dispense s'applique à la production des observations devant le Conseil d'État ; dans le cas contraire, et sauf lorsqu'elles émanent d'un ministre, les observations doivent être présentées par un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation ». S'agissant de la question prioritaire de constitutionnalité l'article 126-9 du Code de procédure civile dispose que « les parties disposent d'un délai d'un mois à compter de la décision de transmission pour faire connaître leurs éventuelles observations. Celles-ci sont signées par un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, dans les matières où la représentation est obligatoire devant la Cour de cassation ». L'article R. 771-20 du Code de justice administrative dispose que « si la requête dont est saisie la juridiction qui a décidé le renvoi est dispensée du ministère d'avocat devant cette

436. En effet, le monopole des avocats aux Conseils s'explique généralement par les arcanes procédurales en vigueur devant les juridictions suprêmes. « La procédure de cassation est assez opaque. Peu de textes la règlent et elle résulte pour une large part des usages du palais ou des incitations issues de la lettre du premier président »¹⁰⁶¹. Les avocats aux Conseils étant les gardiens de ce savoir réservé, leur recours s'avère alors indispensable. En revanche, la procédure du renvoi préalable et la présentation des observations devant la Cour de cassation ou le Conseil d'État ne nécessite aucun savoir particulier. La seule difficulté tient au respect des délais impartis, difficulté à laquelle tout avocat est quotidiennement confronté. Le monopole des avocats aux Conseils est privé de justification¹⁰⁶².

A cela s'ajoutent une raison d'évidence et une considération pratique. D'une part, si l'avocat à la Cour a réussi à convaincre les juges du fond de mettre en œuvre le renvoi préalable, sa compétence peut être présumée lorsqu'il s'agira de convaincre les juges suprêmes du bien fondé de sa position. D'autre part, le monopole des avocats aux Conseils complexifie considérablement la procédure et accentue son coût financier¹⁰⁶³. La question prioritaire de constitutionnalité implique, par exemple, d'immiscer l'avocat aux Conseils au beau milieu de la procédure, entre la plaidoirie que l'avocat à la Cour développe devant les juges du fond et celle qu'il déploie devant le Conseil constitutionnel¹⁰⁶⁴. Il faut donc imposer la représentation, certes, mais sans pour autant laisser survivre le monopole des avocats aux Conseils. La

juridiction, la même dispense s'applique à la production des observations devant le Conseil d'État ; dans le cas contraire, et sauf lorsqu'elles émanent d'un ministre ou du Premier ministre, les observations doivent être présentées par un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation ».

¹⁰⁶¹ S. AMRANI-MEKKI, « A propos de la rétroactivité de la jurisprudence, Quelques réflexions procédurales », *RTD civ.* 2005. 293.

¹⁰⁶² C. Saint-Geniest a dénoncé cette incohérence à l'occasion de son audition par la commission des Lois le 19 décembre 2012. Ses propos, relatifs à la question prioritaire de constitutionnalité, sont reproduits dans le rapport Urvoas : « La reproduction du monopole de représentation des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation s'apparente à un archaïsme dépourvu de sens. En effet, quand on dépose une QPC devant une juridiction du fond, l'avocat en charge de l'affaire peut la défendre, mais quand la question est transmise au Conseil d'État et à la Cour de cassation, sauf dans des matières très limitées – droit pénal, droit du travail, droit électoral – dans lesquelles tout avocat peut intervenir, il faut recourir à un avocat aux Conseils alors que le sujet est exactement le même ! Cela est d'autant plus absurde qu'ensuite, devant le Conseil constitutionnel, tout avocat peut intervenir. Ce monopole ne va dans le sens ni du droit, ni des réformes successives de la procédure, et ne se justifie ici par aucune compétence spécifique » (C. SAINT-GENIEST, Audition par la commission des Lois le 19 décembre 2012, en ligne : http://www.assemblee-nationale.fr/14/rap-info/i0842.asp#P384_130682, note 89).

¹⁰⁶³ P. CASSIA, « Le renvoi préjudiciel en appréciation de constitutionnalité, une question d'actualité », *RFDA* 2008. 890.

¹⁰⁶⁴ Tout avocat peut en effet plaider devant le Conseil constitutionnel : « Lors de cette audience, les avocats ainsi que le secrétariat général du gouvernement viennent plaider. Tant des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation (62% des cas) que des avocats à la Cour (38% des cas). Ceci permet que la QPC se diffuse dans tout la France. Sont venus des avocats des barreaux de Bayonne, Bordeaux, Brest, Dijon, Lille, Lyon, Nanterre, Nice, Paris, Saint-Pierre-et-Miquelon, Toulon et Toulouse » (O. DUHAMEL, « La QPC et les citoyens », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, p. 187).

procédure est déjà suffisamment coûteuse pour éviter les dépenses supplémentaires, même si la charge financière de la procédure pourra dans certaines hypothèses relever de la solidarité nationale.

437. L'octroi d'une aide financière. L'intérêt public attaché au renvoi préalable pourrait tout à fait légitimer que les frais de représentation soient intégralement pris en charge par la collectivité. Son coût « peut apparaître injuste, car c'est davantage l'intérêt général que l'intérêt des parties qui requiert une fixation immédiate du droit »¹⁰⁶⁵. La thèse n'est toutefois guère réalisable et demeure un vœu pieu. L'essentiel réside moins dans la quête de la neutralité financière du mécanisme que dans la recherche d'un équilibre. Il faut certes imposer la représentation, mais éviter que son montant ne vienne dissuader les parties les moins fortunées. Tous les efforts d'incitation seraient vains si le poids financier de la procédure la rendait utopique pour les justiciables les plus modestes. La représentation obligatoire trouve son pendant dans le bénéfice d'une aide financière.

438. Chacun des mécanismes traduit la conscience de cette nécessité. Les dispositions relatives au renvoi préjudiciel¹⁰⁶⁶, aux demandes d'avis aux juridictions suprêmes¹⁰⁶⁷ et à la question prioritaire de constitutionnalité¹⁰⁶⁸, prévoient la possibilité pour les parties de solliciter une prise en charge de leurs frais de représentation¹⁰⁶⁹. Ces mesures ne sont pas anodines. Elles permettent de démocratiser les mécanismes de renvoi et d'inviter chaque

¹⁰⁶⁵ F. ZENATI-CASTAING, *La jurisprudence*, Dalloz, 1991, p. 254.

¹⁰⁶⁶ L'article 102 du règlement de procédure de la Cour de justice de l'Union européenne dispose que « si une partie au litige au principal se trouve dans l'impossibilité de faire face, en totalité ou en partie, aux frais de l'instance, elle peut à tout moment demander le bénéfice de l'aide juridictionnelle » (JOUE, 29 septembre 2012, L 265/1). L'article 117 ajoute qu'« en cas d'admission au bénéfice de l'aide juridictionnelle, la caisse de la Cour prend en charge, le cas échéant dans les limites fixées par la formation de jugement, les frais liés à l'assistance et à la représentation du demandeur devant la Cour. Sur demande de ce dernier ou de son représentant, une avance sur ces frais peut être versée » (JOUE, 29 septembre 2012, L 265/1).

¹⁰⁶⁷ Le décret n° 91-1266 du 19 décembre 1991 portant application de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique dispose en son article 53 que « l'aide juridictionnelle demeure acquise à son bénéficiaire en cas d'application par la juridiction saisie de la procédure de saisine pour avis du Conseil d'État ou de la Cour de cassation (...) S'il y a lieu, un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation est désigné sans formalité par le président de l'ordre sur la demande du bénéficiaire de l'aide juridictionnelle ».

¹⁰⁶⁸ Suite à l'adoption de la question prioritaire de constitutionnalité, le décret n° 2010-149 du 16 février 2010 est venu insérer un article 53-1 au décret n° 91-1266 du 19 décembre 1991 portant application de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique. Cet article dispose que « l'aide juridictionnelle demeure acquise à son bénéficiaire en cas d'examen par le Conseil d'État, la Cour de cassation ou le Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité » et que « s'il y a lieu, devant le Conseil d'État et la Cour de cassation, un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation est désigné par le président de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation à la demande du secrétaire du bureau ou de la section du bureau d'aide juridictionnelle saisi par le bénéficiaire de l'aide ».

¹⁰⁶⁹ Gageons que le législateur reproduira cette initiative heureuse lorsqu'il adoptera le régime des demandes d'avis à la Cour européenne des droits de l'homme.

justiciable à la défense de ses droits. Elles sont surtout un moyen d'assurer une contradiction efficace devant la juridiction suprême et de concourir à l'élaboration d'une interprétation meilleure. Les parties pourront alors dignement exposer leur opinion, aux côtés des autorités publiques invitées à livrer leurs observations (2).

2) *L'intervention d'autorités publiques*

439. Les interventions devant la juridiction suprême ne doivent pas se limiter à celles des seules parties à l'instance au fond. C'est « l'ensemble des personnes intéressées par la solution »¹⁰⁷⁰ qui doivent pouvoir intervenir.

440. *La proposition d'un avis indépendant.* Afin d'éclairer son choix, le juge suprême reçoit en principe l'avis d'un magistrat indépendant attaché à la juridiction : rapporteur public devant les juridictions administratives, avocat général devant les autres juridictions.

Le ministère public est un invité privilégié du mécanisme du renvoi préalable. Véritable sentinelle, il est avisé de chacune des avancées de la procédure et peut présenter ses observations chaque fois que son intervention lui paraît nécessaire. Son rôle n'est pas celui qui lui est généralement dévolu devant les juridictions pénales. Il n'est pas un accusateur public, et pour cause, l'accusé faisant défaut en l'espèce. Son rôle se rapproche sensiblement de celui du bien nommé rapporteur public devant les juridictions administratives, un rôle de conseiller indépendant chargé de délivrer son expertise sur un point de droit déterminé. Sa présence est indispensable chaque fois que la juridiction suprême est saisie sur renvoi. En témoignent les dispositions qui régissent chacun des mécanismes préjudiciels étudiés.

Les dispositions procédurales prévoient que, lorsque le Conseil d'État ou la Cour de cassation sont saisis d'une demande d'avis, l'affaire est « communiquée au procureur général près la Cour de cassation »¹⁰⁷¹ dans le premier cas, et au rapporteur public dans le second¹⁰⁷². La décision rendue sur renvoi préjudiciel à la Cour de justice est adoptée seulement après que l'avocat général a présenté ses conclusions. Le Tribunal des conflits voit de son côté la

¹⁰⁷⁰ B. DE LAMY, « Brèves observations sur la question préjudicielle de constitutionnalité en attendant la loi organique », *D.* 2009. 181.

¹⁰⁷¹ Art. 1031-5 CPC : « L'affaire est communiquée au procureur général près la Cour de cassation. Celui-ci est informé de la date de la séance » ; Article 706-68 du Code de procédure pénale : « L'affaire est communiquée au procureur général près la Cour de cassation. Celui-ci est informé de la date de séance ».

¹⁰⁷² Art. R. 113-2 CJA : « La question est, sous réserve des dispositions ci-après, examinée conformément aux dispositions régissant la procédure devant le Conseil d'État statuant au contentieux ».

survivance du commissaire du gouvernement, qui ne peut d'ailleurs appartenir à la même juridiction que le juge rapporteur. Chaque question est donc systématiquement étudiée par un membre de la Cour de cassation et un membre du Conseil d'État¹⁰⁷³. Le ministère public est enfin invité à présenter ses observations devant les juridictions du fond et devant la Cour de cassation dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité¹⁰⁷⁴.

441. *L'intervention d'autorités.* La phase décisionnelle du renvoi préalable est le lieu d'un débat réunissant des acteurs aux horizons divers. Outre les parties, le ministère public et le rapporteur public, d'autres autorités sont invitées à exprimer leur point de vue. Chacun des mécanismes étudiés en porte témoignage. La transmission d'une demande d'avis au Conseil d'État doit, par exemple, être notifiée au ministre compétent pour lui permettre de présenter ses observations¹⁰⁷⁵. Le nombre des autorités susceptibles d'intervenir dans la phase finale de la question prioritaire de constitutionnalité est encore plus important. Le Conseil constitutionnel est en effet tenu d'aviser « le président de la République, le Premier ministre et les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat ». Lorsque l'objet de la question est une loi du pays de la Nouvelle Calédonie, le Conseil est également tenu d'aviser le président de son gouvernement, le président du congrès et les présidents des assemblées de province¹⁰⁷⁶. « Cet avis mentionne la date avant laquelle (...) les autorités précitées peuvent présenter des observations écrites et, le cas échéant, produire des pièces au soutien de celles-ci »¹⁰⁷⁷.

¹⁰⁷³ P. MARTIN, « Rapports introductifs », in *Le Tribunal des conflits, Bilan et perspectives*, P. GONOD, L. CADIET (dir.), Dalloz, 2009, p. 10.

¹⁰⁷⁴ L'article 126-4 du Code de procédure civile dispose que « le juge statue sans délai, selon les règles de procédure qui lui sont applicables, sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité, le ministère public avisé et les parties entendues ou appelées ». L'article 126-11 dispose en son alinéa 3 que devant la Cour de cassation « le procureur général est avisé pour lui permettre de faire connaître son avis ».

¹⁰⁷⁵ Art R. 113-2 al. 1^{er} CJA : « Les parties et le ministre compétent peuvent produire des observations devant le Conseil d'État, dans le délai d'un mois à partir de la notification qui leur a été faite de la décision de renvoi ».

¹⁰⁷⁶ « Le Conseil constitutionnel, saisi en application des dispositions du présent chapitre, avise immédiatement le président de la République, le Premier ministre et les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat. Ceux-ci peuvent adresser au Conseil constitutionnel leurs observations sur la question prioritaire de constitutionnalité qui lui est soumise. Lorsqu'une disposition d'une loi du pays de la Nouvelle Calédonie fait l'objet de la question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel avise également le président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, le président du congrès et les présidents des assemblées de province » (Art. 23-8, Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel).

¹⁰⁷⁷ « Cet avis mentionne la date avant laquelle les parties ou les autorités précitées peuvent présenter des observations écrites et, le cas échéant, produire des pièces au soutien de celles-ci. Ces observations et pièces sont adressées au secrétariat général du Conseil constitutionnel dans les conditions fixées à l'article 3. Les observations et pièces adressées postérieurement à cette date, laquelle ne peut être reportée, ne sont pas versées à la procédure. Une copie de ces premières observations et, le cas échéant, des pièces produites à leur soutien, est notifiée aux parties et autorités précitées qui peuvent, dans les mêmes conditions, présenter des observations avant la date qui leur est fixée. Ces secondes observations ne peuvent avoir d'autre objet que de répondre aux premières. Une copie en est également notifiée aux parties et autorités précitées » (Art. 1^{er}, décision du 4 février 2010 portant règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité).

Le renvoi préjudiciel ne déroge pas à la règle. L'article 23 du statut de la Cour de justice l'oblige à réclamer les observations de nombreuses autorités. Toute décision de renvoi est « notifiée par les soins du greffier de la Cour (...) aux États membres et à la Commission, ainsi qu'à l'institution, l'organe ou l'organisme de l'Union qui a adopté l'acte dont la validité ou l'interprétation est contestée »¹⁰⁷⁸. Ces mêmes autorités disposent alors d'un délai de deux mois à compter de cette dernière notification pour « déposer devant la Cour des mémoires ou des observations écrites »¹⁰⁷⁹. La décision de la juridiction nationale doit également être notifiée par les soins du greffier de la Cour aux États parties à l'accord sur l'Espace économique européen, autres que les États membres, ainsi qu'à l'Autorité de surveillance AELE lorsque l'un de ses domaines d'application est concerné. Ces autorités disposent d'un délai de deux mois à compter de la notification pour déposer, devant la Cour, des mémoires ou des observations écrites. Le professeur Boulouis remarquait déjà dans les années 1970 l'importance de ces consultations : « la juridiction communautaire peut ainsi connaître non seulement la thèse des parties que la ou les questions posées dans son renvoi par le juge national ont déjà plus ou moins résumée, mais encore celle des États, c'est-à-dire des auteurs du traité, et celle des institutions, c'est-à-dire les organes chargés de l'application de celui-ci. Tout est donc mis en œuvre pour que l'interprétation à laquelle s'arrêtera le juge repose sur la plus large information et le débat le plus ouvert »¹⁰⁸⁰.

Les rédacteurs du Protocole n° 16 à la Convention européenne ont manifestement tiré les leçons de cette nécessité en précisant que « le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe »¹⁰⁸¹ et l'ensemble des « Hautes parties contractantes »¹⁰⁸² peuvent présenter leurs observations écrites.

¹⁰⁷⁸ Selon C. Naomé, « malgré la formulation de l'article 23, premier alinéa, du statut, la demande de décision préjudicielle est, dans chaque cas, notifiée à toutes les institutions visées à cette disposition. Une demande peut en effet comporter des questions qui ne visent qu'un acte de la Commission, alors qu'il résulte de la motivation de l'ordonnance de renvoi que la réponse aux questions présuppose une interprétation d'un acte du Conseil. Le principe est donc que le greffe notifie à toutes les parties intéressées et que ce sont les institutions elles-mêmes qui déterminent si elles peuvent intervenir ou non, sous le contrôle de la Cour » (C. NAOME, *Le renvoi préjudiciel en droit européen*, Larcier, 2010, 2^{ème} éd, p. 111).

¹⁰⁷⁹ Il doit être ajouté que, selon la matière objet du renvoi, d'autres autorités sont susceptibles d'en être avisées. Lorsqu'un accord portant sur un domaine déterminé conclu par le Conseil et un ou plusieurs États tiers prévoit que ces derniers ont la faculté de présenter des mémoires ou des observations écrites dans le cas où une juridiction d'un État membre saisit la Cour d'une question préjudicielle concernant le domaine d'application de l'accord, la décision de la juridiction nationale comportant une telle question est, également, notifiée aux États tiers concernés qui, dans un délai de deux mois à compter de la notification, peuvent déposer devant la Cour des mémoires ou des observations écrites.

¹⁰⁸⁰ J. BOULOUIS, « A propos de la force normative de la jurisprudence, Remarques sur l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de Justice des Communautés Européennes », in *Le juge et le droit public, Mélanges offerts à Marcel Waline*, LGDJ, 1974, tome 1, p. 156.

¹⁰⁸¹ Article 3 du Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'homme et des Libertés fondamentales.

¹⁰⁸² *Ibid.*

442. L'intervention de personnes justifiant d'un intérêt spécial. L'article 6 du règlement applicable à la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité permet à toute personne «justifiant d'un intérêt spécial» d'adresser au Conseil constitutionnel des « observations en intervention relatives à une question prioritaire de constitutionnalité ». La question est celle de la détermination de ces personnes dont l'intérêt justifie qu'elles présentent leurs observations. Les parties dont la demande a été refusée au motif que le Conseil était déjà saisi d'une question de constitutionnalité identique doivent, sans aucun doute, en être qualifiées. Mais si le règlement du Conseil fait de ces parties des « personnes justifiant d'un intérêt spécial », il les soumet à des règles particulières, notamment quant au délai dans lequel elles peuvent formuler leurs observations¹⁰⁸³. Cela implique qu'il existe d'autres personnes qui, justifiant d'un intérêt spécial, sont quant à elles soumises au régime général.

Il y a fort à croire que le Conseil a voulu « procéduraliser », dans le cadre du contrôle *a posteriori*, la technique de la « porte étroite » pratiquée jusqu'alors dans le cadre du contrôle *a priori*. Cette technique permet à toutes les personnes intéressées par la décision du Conseil, les associations, les syndicats ou encore les entreprises non directement parties à l'instance, de faire valoir leur opinion. Les remarques émises sont susceptibles d'être exploitées par le Conseil sans qu'il n'en soit jamais fait référence dans le corps de la décision. La transposition de cette pratique dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* obligeait à sa consécration formelle sous peine de porter atteinte au principe du contradictoire et à l'égalité des armes¹⁰⁸⁴. Si les observations recueillies sont pertinentes, le Conseil adresse à leur auteur l'ensemble des pièces de la procédure, à l'instar des parties et des différentes autorités¹⁰⁸⁵.

Ces observations en intervention ont une importance capitale. Elles sont susceptibles, si elles sont admises par le Conseil, d'avoir une incidence directe sur la résolution de la question de

¹⁰⁸³ « Le délai de trois semaines n'est pas opposable à une partie qui a posé devant une juridiction relevant du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, devant le Conseil d'État ou devant la Cour de cassation une question prioritaire de constitutionnalité mettant en cause une disposition législative dont le Conseil constitutionnel est déjà saisi lorsque, pour cette raison, cette question n'a pas été renvoyée ou transmise » (Art. 6 al. 3, décision du 4 février 2010 portant règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité).

¹⁰⁸⁴ B. MATHIEU, « La question prioritaire de constitutionnalité : une nouvelle voie de droit », *JCP G* 2009. 602.

¹⁰⁸⁵ « Lorsqu'une personne justifiant d'un intérêt spécial adresse des observations en intervention relatives à une question prioritaire de constitutionnalité dans un délai de trois semaines suivant la date de sa transmission au Conseil constitutionnel, mentionnée sur son site internet, celui-ci décide que l'ensemble des pièces de la procédure lui est adressé et que ces observations sont transmises aux parties et autorités mentionnées à l'article 1^{er}. Il leur est impartit un délai pour y répondre. En cas d'urgence, le président du Conseil constitutionnel ordonne cette transmission » (Art. 6 al. 2, décision du 4 février 2010 portant règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité).

constitutionnalité. Les griefs nouveaux qu'elles contiennent peuvent en effet être relevés d'office lors de la résolution de la question de constitutionnalité posée¹⁰⁸⁶.

§2 - LA DIVULGATION DE LA DECISION

443. La divulgation est l'action de porter à la connaissance de *quelqu'un* ce qui n'était connu que de *quelques-uns*¹⁰⁸⁷. Tel est précisément la tâche à laquelle s'applique la cour suprême juste après avoir délivré sa décision : elle la porte à la connaissance de ses destinataires. Cette divulgation s'opère selon deux formes en fonction de la qualité de ceux-ci. Les personnes qui sont intervenues dans le processus décisionnel, en quelque qualité qu'il s'agisse, se la voient communiquée ou notifiée (A). Toutefois, l'interprétation délivrée sur renvoi dépassant de loin l'affaire qui en constitue l'occasion, elle fait également l'objet d'une diffusion élargie, signe révélateur de sa vocation normative (B).

A) La communication de la décision

444. Une fois la décision rendue, elle doit être portée à la connaissance de toutes les personnes intéressées.

445. *La notification à la juridiction et aux parties intéressées.* Fort logiquement, la décision rendue sur renvoi préalable doit être notifiée à ceux pour qui son édicton constitue une nécessité directe : la juridiction qui a sollicité le renvoi¹⁰⁸⁸ et le ministère public qui lui

¹⁰⁸⁶ « Si ces observations en intervention comprennent des griefs nouveaux, cette transmission tient lieu de communication au sens de l'article 7 du présent règlement. Lorsque des observations en intervention ne sont pas admises par le Conseil constitutionnel, celui-ci en informe l'intéressé » (Art. 6 al. 4 et s., décision du 4 février 2010 portant règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité). « Les griefs susceptibles d'être relevés d'office sont communiqués aux parties et autorités mentionnées à l'article 1^{er} pour qu'elles puissent présenter leurs observations dans le délai qui leur est imparti » (Art. 7, décision du 4 février 2010 portant règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité).

¹⁰⁸⁷ V° Divulgation, in *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, Le Robert, 2013.

¹⁰⁸⁸ L'article R. 113-4 du Code de justice administrative dispose que « l'avis du Conseil d'État est adressé à la juridiction qui a décidé le renvoi, en même temps que lui est retourné le dossier de l'affaire ». Les articles 1031-7 du Code de procédure civile et 706-70 du Code de procédure pénale disposent que « l'avis est adressé à la juridiction qui l'a demandé ». L'article 23-11 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel dispose quant à lui que la décision du Conseil constitutionnel est « communiquée (...) à la juridiction devant laquelle la question prioritaire de constitutionnalité a été soulevée ».

est attaché¹⁰⁸⁹. En effet, le renvoi préalable étant nécessaire à la solution d'un litige, la juridiction qui l'a sollicité doit être la première avertie de la teneur de la réponse. Des raisons identiques justifient que les parties à l'instance au fond soient rapidement mises au courant de la décision. Le jugement de leur procès en dépend¹⁰⁹⁰.

446. Les notifications et communications dépassent toutefois le cadre des parties et de la juridiction soucieuse de mettre un terme au procès qui l'occupe. La décision rendue doit être notifiée ou communiquée à toutes les personnes ou autorités qui sont intervenues dans le cours de la procédure ou qui, si elles n'ont pas produit d'observation, avaient toutefois la possibilité de le faire. La décision est également notifiée à des instances politiques telles que le ministre intéressé par l'objet de la demande¹⁰⁹¹ ou, concernant la question prioritaire de constitutionnalité, le président de la République, le Premier ministre et les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat¹⁰⁹².

B) La diffusion de la décision

447. La diffusion de la décision peut prendre deux formes distinctes selon qu'elle vise à informer les magistrats chargés de l'appliquer ou, plus largement, l'ensemble des individus susceptibles d'y être soumis. La première s'effectue par voie de communication de la décision à des personnalités juridiques chargées de la relayer. La seconde s'effectue par voie de publication. Les dispositions textuelles organisent ainsi un rayonnement maximal de la décision délivrée sur renvoi préalable. Elle fait l'objet de communications particulièrement étendues et bénéficie d'une publication systématiquement ordonnée.

448. *La diffusion interne aux ordres juridictionnels.* La décision délivrée sur renvoi est

¹⁰⁸⁹ Art. 1031-7 CPC.

¹⁰⁹⁰ Ainsi en est-il des demandes d'avis : l'article R. 113-4 du Code de justice administrative dispose que « l'avis du Conseil d'État est notifié aux parties ». Il en est de même concernant la demande d'avis à la Cour de cassation, les articles 1031-7 et 706-70 disposant que l'avis « est notifié aux parties par le greffe de la Cour de cassation ». Concernant la réponse du conseil constitutionnel, l'article 23-11 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel dispose dans son premier alinéa que sa décision « est notifiée aux parties ».

¹⁰⁹¹ Art. R. 113-4 CJA.

¹⁰⁹² « Le Conseil constitutionnel communique également sa décision au président de la République, au Premier ministre et aux présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat ainsi que, dans le cas prévu au dernier alinéa de l'article 23-8, aux autorités qui y sont mentionnées » (art. 23-11 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel).

souvent communiquée à des magistrats haut placés dans la hiérarchie juridictionnelle et chargés de la relayer au sein de leur ordre. Ainsi, par exemple, la question prioritaire de constitutionnalité est systématiquement communiquée, soit au Conseil d'État, soit à la Cour de cassation¹⁰⁹³. La demande d'avis au Conseil d'État est quant à elle communiquée au premier président de la cour d'appel et au procureur général lorsque la demande n'émane pas de la cour¹⁰⁹⁴. Ces notifications permettent d'assurer une diffusion efficace de l'interprétation délivrée, au renfort de leur publication.

449. La publication spécifique des décisions rendues sur renvoi. Si la décision rendue sur renvoi préalable est notifiée à tous ceux qui, directement ou indirectement, sont intervenus dans le cours de son élaboration, ce procédé ne permet toutefois qu'à un petit nombre de personnes d'être informé de la décision intervenue. Afin de la porter à la connaissance du plus grand nombre¹⁰⁹⁵, elles font l'objet de publications, à l'image du rescrit de droit romain qui était en son temps porté à la connaissance de tous par voie d'affichage¹⁰⁹⁶. L'objectif de la publication est « alors clairement, dépassant l'espèce, de fixer et de publier le droit sur un point particulier d'interprétation (...) d'assurer la sécurité du droit en vue de décourager le contentieux »¹⁰⁹⁷. Il est à ce titre remarquable que cette publication est effectuée dans les journaux officiels : national en ce qui concerne les avis¹⁰⁹⁸ émis par les juridictions suprêmes et les décisions rendues sur question prioritaire de constitutionnalité, européen pour les arrêts rendus par la Cour de justice de l'Union européenne¹⁰⁹⁹. A la différence d'une décision juridictionnelle classique qui est, au mieux, publiée dans un recueil propre à la juridiction, la

¹⁰⁹³ « La décision du Conseil constitutionnel est motivée. Elle est notifiée aux parties et communiquée soit au Conseil d'État, soit à la Cour de cassation » (article 23-11 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel).

¹⁰⁹⁴ Art. 1031-7 CPC ; art. 706-70 CPP.

¹⁰⁹⁵ A. ASHWORTH, « Singularité et tradition : l'article 12 de la loi du 31 décembre 1987 », *RDP* 1990. 1465.

¹⁰⁹⁶ « Si l'affichage permet au destinataire particulier de recopier le rescrit et de l'invoquer au cours d'un procès pour lequel il l'a demandé, pour le public, et en particulier pour les praticiens provinciaux, il permet de recueillir la réponse impériale et de la citer dans un autre procès à titre de précédent officiel » (J.-P. CORIAT, « La technique du rescrit à la fin du principat », *Studia et documenta historiae et iuris*, p. 345).

¹⁰⁹⁷ Y. GAUDEMET, « La prévention du contentieux administratif par les avis du Conseil d'État », *RA*, n° spécial 1999, p. 98.

¹⁰⁹⁸ « L'avis peut mentionner qu'il sera publié au Journal officiel de la République française » (art. 1031-6 CPC, art. 706-69 CPP, art. R. 113-4 CJA). « La décision du Conseil constitutionnel est publiée au Journal officiel et, le cas échéant, au Journal officiel de la Nouvelle-Calédonie » (article 23-11 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel).

¹⁰⁹⁹ Le résumé des arrêts de la Cour de justice est publié dans la série C du journal officiel de l'Union Européenne : http://publications.europa.eu/official/chapter1_fr.htm

publication dans un journal officiel¹¹⁰⁰ trahit la vocation normative de l'interprétation rendue sur renvoi préalable et son importance dans la fixation de l'état du droit.

¹¹⁰⁰ Il faut relever toutefois la dissidence du renvoi au Tribunal des conflits dont les arrêts ne sont pas publiés au journal officiel. Il serait bon qu'il soit procédé à cette même publication. Le faible nombre d'arrêts rendus sur renvoi préventif des cours suprêmes le justifie davantage encore.

CONCLUSION DU PREMIER CHAPITRE

450. Pour être compris, le régime procédural du renvoi préalable doit être lu à l'aune de sa notion. Le renvoi préalable poursuit une finalité qui dépasse l'intérêt particulier des parties à l'instance : l'unité du droit. Cette finalité, mâtinée d'intérêt public, est la clé nécessaire à la compréhension de l'ensemble de la procédure du mécanisme, depuis son exercice jusqu'à la décision de l'interprète.

451. Défenseur de l'intérêt public, le renvoi préalable doit être facilement mis en œuvre. Les parties peuvent donc le solliciter à tout moment de la procédure sans que leur demande soit soumise à des règles formelles dissuasives. Le juge peut également le décider de sa propre autorité par une décision qui est toujours à l'abri des voies de recours. En toile de fond persiste cette idée que le renvoi préalable défend avant tout un intérêt public et qu'il faut favoriser son utilisation. Le parallèle avec les origines de la cassation civile, dont on sait qu'elle était initialement une procédure vouée à la préservation du texte des ordonnances royales contre l'application dévoyée des parlements d'Ancien Régime est riche d'enseignements. La cassation était fondée sur la recherche, non pas de l'intérêt particulier, mais de l'intérêt public qui s'attache au respect des ordonnances du royaume. N'est-ce pas cette logique qui anime aujourd'hui le mécanisme du renvoi préalable ? Les parties ne seraient-elles pas les vigies privilégiées de la validité et de la bonne interprétation du droit ?

452. La finalité particulière que poursuit la notion explique également les règles procédurales qui régissent le moment de la décision. L'émergence du renvoi préalable tient pour beaucoup à l'incapacité des mécanismes hiérarchiques à unifier rapidement l'interprétation du droit. Le besoin de célérité explique que les délais de sa mise en œuvre soient réduits au strict nécessaire afin d'éviter qu'il ne tombe dans le travers des mécanismes qu'il prétend remplacer. La réduction du temps accordé à l'élaboration de l'interprétation était toutefois dangereuse. Comment assurer en quelques mois une fonction qui nécessite tant de lucidité et de réflexion ? Le risque d'une interprétation immature, délivrée à la hâte, est écarté par l'organisation d'une concertation élargie, préalable à la décision du juge. L'interprétation

n'est pas le fruit d'un choix solitaire. Elle est au contraire l'aboutissement d'un débat contradictoire qui permet de garantir sa qualité. Sitôt édictée, l'interprétation peut alors être publiée, non pas dans le bulletin de la juridiction, mais dans un journal officiel, preuve définitive de sa portée normative et de l'intérêt public qui lui est attaché.

CHAPITRE II

L'ARTICULATION DES RENVOIS

453. L'étude des règles procédurales qui régissent la mise en œuvre du renvoi impliquait d'extraire le mécanisme de son milieu pour le disséquer lentement par étapes successives. Cet exercice ne pouvait toutefois constituer qu'une étape liminaire avant l'étude du renvoi dans le milieu où il évolue : le procès. C'est à l'étude du renvoi en action qu'il faut maintenant s'intéresser.

454. Il est bien rare, en effet, que l'application d'un simple syllogisme révèle la solution d'un litige. Le raisonnement du juge est plutôt celui d'une succession de questions de droit, dont chacune est susceptible de faire l'objet d'un renvoi préalable. Le juge est alors confronté à plusieurs mécanismes qu'il doit articuler. A l'image d'un artisan, il dispose dans sa boîte à outils de divers renvois susceptibles de traiter la situation à laquelle il est confronté. Doit-il choisir entre l'un d'entre eux ? Doit-il les utiliser les uns après les autres ? Doit-il recourir à leur action simultanée ?

L'ensemble de ces problèmes d'articulation peut se résumer à deux situations bien distinctes. Il se peut, d'abord, que plusieurs renvois se disputent l'application au cas d'espèce. Le juge endosse le rôle de l'arbitre chargé de dénouer la concurrence féroce que se livrent les mécanismes (Section 1). Il arrive toutefois qu'en certaines hypothèses, la reddition de la solution par le juge nécessite la mise en œuvre de deux ou plusieurs renvois successifs. Les mécanismes participent alors d'une finalité commune. Loin d'être concurrents, les renvois deviennent alors complémentaires (Section 2).

SECTION I : LA CONCURRENCE DES RENVOIS

455. Le rôle du chercheur n'est pas seulement de constater. Il est également de construire. L'identification des hypothèses de concurrence entre les renvois (§1) doit précéder l'élaboration d'une méthode assurant leur traitement (§2).

§1 - LES HYPOTHESES DE CONCURRENCE

456. L'idée même d'une concurrence directe des renvois préalables est difficile à concevoir. Chacun d'eux préserve le monopole interprétatif d'une juridiction suprême. Les juridictions bornent les champs d'application respectifs des différents mécanismes afin d'éviter leur recoupement et d'exclure leur concurrence directe dans l'interprétation d'un texte. Loin d'être concurrentiel, le monde du renvoi est monopolistique. A chaque norme son renvoi.

457. Si la concurrence des renvois dans l'interprétation d'un même texte est proscrite, il n'est pas rare, en revanche, que plusieurs normes se disputent leur application à une situation juridique. Les normes de protection des droits fondamentaux se livrent une concurrence féroce qui entraîne inexorablement la concurrence des instruments chargés d'assurer l'unité de leur interprétation. La concurrence des normes emporte une concurrence des renvois et fait naître le besoin de leur articulation. Une loi peut être contraire au droit de l'Union, à la Constitution et au droit de la Convention européenne des droits de l'homme. La concurrence des normes dans leur application au litige est susceptible de générer la concurrence des renvois. Cette concurrence n'est plus directe, elle est médiate, elle n'existe que par le truchement des normes dont les renvois assurent l'unité d'interprétation.

458. La diversité des situations de concurrence invite donc à la distinction. Les hypothèses de concurrence directe des renvois dans l'interprétation d'un même texte doivent être traquées et résorbées par les juridictions suprêmes (A). En revanche, il devient de plus en plus fréquent, du fait de la concurrence que se livrent les instruments de protection des droits

fondamentaux, que plusieurs normes soient applicables à une seule et même situation juridique. La concurrence des normes dégénère alors en concurrence des renvois (B).

A) L'exclusion d'une concurrence directe des renvois

459. *L'absence de concurrence des renvois dans l'interprétation d'une même norme.* L'unité d'interprétation impose la désignation d'un interprète authentique. La Cour européenne des droits de l'homme unifie le sens et la portée des droits protégés par la Convention. La Cour de justice de l'Union lisse l'interprétation des traités et du droit dérivé. Le Conseil constitutionnel limite son office à l'interprétation authentique de la Constitution. Par principe, le renvoi préalable est rétif à la concurrence. Son rôle consistant à instaurer le monopole d'une juridiction dans l'interprétation d'un texte, il lui est même opposé. Les signaux sont donc clairs pour le juge du fond. Une fois identifié le problème de droit, il n'a guère le choix du mécanisme à mettre en œuvre. Un problème d'interprétation d'une directive relève du renvoi préjudiciel à la Cour de justice, un problème de constitutionnalité nécessite la mise en œuvre d'une question prioritaire. Loin de se disputer l'interprétation d'une norme, chaque renvoi confère à la juridiction suprême un monopole dans l'interprétation de sa norme. L'absence de recoupement exclut toute possibilité de concurrence.

460. *L'hypothèse d'une concurrence dans l'interprétation du droit de l'Union européenne.* A chaque règle son exception, et la concurrence des renvois ne saurait y échapper. Il existe une hypothèse où les champs d'application de deux renvois sont susceptibles de se recouper et où l'idée redoutée de leur concurrence devient une réalité tangible. Par son objet particulièrement lâche, le mécanisme des demandes d'avis au Conseil d'État et à la Cour de cassation était susceptible d'entrer en concurrence avec le renvoi préjudiciel à la Cour de justice.

Les demandes d'avis peuvent en effet porter sur l'ensemble des questions auxquelles le juge est confronté dans sa quête de la règle de droit applicable. Si l'interprétation de la loi constitue son objet le plus fréquent, l'acception « question de droit » recouvre, en puissance, l'interprétation des traités et des actes de l'Union européenne. L'interprétation d'un même texte (un règlement ou une directive de l'Union) était alors justiciable de deux renvois distincts : l'un à la juridiction suprême nationale par la voie des demandes d'avis ; l'autre à la

Cour de justice de l'Union par la voie du renvoi préjudiciel. Les deux renvois entraînent alors en concurrence.

461. Solution jurisprudentielle à l'hypothèse de la concurrence. Cette question de la concurrence entre les deux renvois n'a pas tardé à entrer dans le champ de la réalité. Après seulement une année de mise en œuvre, la Cour de cassation était saisie d'une demande sollicitant son avis sur « la validité de taxes parafiscales visant à subventionner la production nationale de pommes de terre (...) au regard de la norme communautaire »¹¹⁰¹. La question relevait à l'évidence du domaine d'intervention de la Cour de justice de l'Union européenne, mais elle remplissait également l'ensemble des conditions nécessaires à la mise en œuvre du mécanisme des demandes d'avis. Le juge du fond était confronté à un cas de conscience, une alternative entre la saisine pour avis de la Cour de cassation et la mise en œuvre du renvoi préjudiciel à la Cour de justice.

Saisie pour avis, la Cour de cassation aurait pu décider de répondre à la question qui lui était posée. Toutefois, consciente de son incapacité d'assurer l'unité d'interprétation du droit de l'Union, soucieuse du respect du monopole interprétatif de la Cour de justice et rétive à l'idée d'une concurrence entre les mécanismes de renvoi, elle a préféré déclarer la demande irrecevable. Il ne peut « y avoir lieu à avis [lorsque] la question d'interprétation du traité instituant la Communauté économique européenne [peut] être soumise à la Cour de justice des Communautés européennes »¹¹⁰². Ce refus, renouvelé deux ans plus tard¹¹⁰³, fut manifestement efficace. Aucune demande en ce sens n'a plus été formulée depuis lors.

La position de la Cour de cassation doit être applaudie. Elle évite une concurrence malsaine entre les renvois et assure le monopole du renvoi préjudiciel comme instrument de l'unification du droit de l'Union. Le juge national confronté à un problème d'interprétation du droit de l'Union n'a d'autre choix que de saisir la Cour de justice. La Cour de cassation restaure le principe un juge/une norme que le mécanisme des demandes d'avis était susceptible d'altérer.

¹¹⁰¹ Cass. avis, 9 octobre 1992, n° 0920001 P.

¹¹⁰² *Ibid.*

¹¹⁰³ « Dit n'y avoir lieu à avis, la Cour de Cassation étant saisie d'un pourvoi qui, posant la même question, sera jugé à bref délai, *observation faite que le problème d'interprétation du Traité instituant la Communauté économique européenne pourrait être soumis directement par le juge du fond à la Cour de justice des Communautés européennes, par application de l'article 177 du Traité* (nous soulignons) » (Cass. avis, 11 mars 1994, n° 0930021 P).

462. Concurrence entre les demandes d'avis aux juridictions nationales et la demande d'avis à la Cour européenne des droits de l'homme. Alors que les juridictions suprêmes ont exclu le droit de l'Union européenne du champ d'application du mécanisme des demandes d'avis, leur position apparaît plus favorable lorsqu'il s'agit d'interpréter le droit issu de la Convention européenne des droits de l'homme. Le Conseil d'État, saisi d'une demande d'avis, s'est par exemple assuré que la loi de finance rectificative pour 2002¹¹⁰⁴ ou que la loi du 4 mars 2002 relative au droit des malades et à la qualité du système de santé¹¹⁰⁵ ne violaient pas certains de ses articles.

La Cour de cassation est quant à elle un peu plus nuancée. Elle a d'abord posé sans équivoque que « la question de la compatibilité des dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme avec des dispositions de droit interne (...) ne relève pas de la procédure instituée par l'article L. 151-1 du Code de l'organisation judiciaire ». Elle a toutefois nuancé sa position dans un avis du 8 octobre 2007¹¹⁰⁶. Le Tribunal des affaires de sécurité sociale de Créteil lui avait demandé si l'article L. 512-2 du Code de la sécurité sociale était conforme aux articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme. Alors qu'il lui suffisait de rappeler l'avis de 1992 et de déclarer la demande irrecevable, la Cour de cassation a refusé de statuer au terme d'une motivation intrigante. Elle a d'abord relevé que la demande « supposait l'examen des conditions de fait et de droit régissant l'allocation des prestations en fonction des circonstances particulières relatives au séjour tant des enfants que de l'allocataire sur le territoire national »¹¹⁰⁷. Elle en a ensuite conclu que la « compatibilité d'une disposition de droit interne, dans une telle situation de fait, avec la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [...] échappe à la procédure de demande d'avis prévue par les articles susvisés »¹¹⁰⁸. La réponse de la Cour invite à l'interprétation. Doit-on comprendre que le refus de statuer tient exclusivement à la spécificité de la question, mélangée de fait et de droit ? Une question de pur droit relative à la compatibilité d'une disposition législative par rapport à la Convention européenne pourrait-elle être posée dans le cadre du mécanisme des demandes d'avis ? L'implicite invite à la prudence, et le commentateur se gardera bien d'une réponse affirmative. Pour autant, les observations de l'avocat général favorables à un tel contrôle augmentent considérablement la probabilité d'une telle interprétation. Il se pourrait donc que

¹¹⁰⁴ CE avis, 7 juillet 2006, n° 286122. Pour un avis antérieur : CE avis, 16 février 2001, n° 226155.

¹¹⁰⁵ CE avis, 6 décembre 2002, n° 250167.

¹¹⁰⁶ Cass. avis, 8 octobre 2007, n° 0070011 P.

¹¹⁰⁷ *Ibid.*

¹¹⁰⁸ *Ibid.*

la question de la conformité d'une loi à la Convention européenne des droits de l'homme puisse faire l'objet d'une demande d'avis à la Cour de cassation.

Cette position des cours suprêmes peut étonner. Pourquoi accepter de contrôler la conformité d'une loi au regard de la Convention européenne et refuser dans le même temps d'apprécier la validité de cette loi au regard du droit de l'Union européenne ? La solution paraît *a priori* incohérente. Elle s'explique pourtant simplement par le fait que l'unité d'interprétation du droit de l'Union est préservée grâce au renvoi préjudiciel à la Cour de justice alors qu'un tel instrument n'existe pas, à l'heure actuelle, devant la Cour européenne des droits de l'homme. L'existence du renvoi préjudiciel à la Cour de justice explique le refus de la Cour de cassation de statuer sur une demande d'avis relative au droit de l'Union. A l'inverse, les mécanismes de demandes d'avis aux juridictions nationales et à la Cour européenne des droits de l'homme ne peuvent entrer en concurrence, faute pour le second d'être encore entré en vigueur. Le contrôle de conformité de la loi à la Convention qu'exerce le Conseil d'État lorsqu'il est saisi pour avis s'explique par l'impossibilité dans laquelle se trouvent les juridictions inférieures de saisir directement la Cour européenne des droits de l'homme. Tel est d'ailleurs l'argument avancé par l'avocat général M. Maynial lorsqu'il a proposé l'exercice d'un tel contrôle par la Cour de cassation. En effet « cette faculté d'examen est d'autant plus utile que si ces deux Cours suprêmes ne pouvaient rapprocher des textes de droit interne avec une convention, leur avis s'en trouverait fragilisé ou appauvri, et ce d'autant plus que le juge national ne peut pas poser une question préjudicielle à la Cour européenne des droits de l'homme, dès lors que cette juridiction ignore cette procédure »¹¹⁰⁹. Faute d'un mécanisme préjudiciel devant la Cour européenne, les cours suprêmes nationales recouvrent la possibilité de donner leur avis sur l'interprétation de la Convention. La consécration prochaine d'un tel mécanisme devrait s'accompagner d'une remise en cause de cette jurisprudence. Les demandes d'avis aux juridictions suprêmes ne devraient plus, alors, supporter l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme. La concurrence entre les mécanismes devrait être résorbée par la diminution du champ d'application des demandes d'avis nationales. Il en va de la cohérence et de l'unité du droit issu de la Convention. Chaque cour suprême doit avoir le monopole de l'interprétation du texte dont elle assure la protection. Le renvoi préalable est l'instrument permettant de le réaliser.

¹¹⁰⁹ M. MAYNIAL, concl. sur, Cass. avis, 8 octobre 2007, n° 0070011 P.

B) L'existence d'une concurrence médiate des renvois

463. Si chaque problème de droit ne doit faire l'objet que d'un seul et unique renvoi, la résolution d'un litige génère fréquemment une multitude de questions concurrentes. Il n'est pas rare qu'une loi soit contraire à la fois au droit de l'Union, à la Convention européenne des droits de l'homme et aux textes constitutionnels. Plusieurs normes se disputent leur application au litige, concurrence des normes qui dégénère parfois en concurrence des renvois. La rivalité des renvois apparaît alors comme le produit d'un pluralisme juridique mondial en pleine expansion.

464. Définition du pluralisme juridique mondial. La polysémie¹¹¹⁰ du terme « pluralisme juridique » implique d'en proposer une définition avant d'entreprendre toute sorte de démonstration. L'expression désigne « la multiplication des lieux de fabrication et d'application du droit, qui apparaissent en dehors et au delà du modèle strictement étatique »¹¹¹¹. Il y a donc pluralisme juridique, au sens de la présente étude, « dans les cas, de plus en plus fréquents, où plusieurs droits élaborés dans un environnement national, international ou européen sont susceptibles d'être appliqués ensemble à une situation juridique donnée »¹¹¹². Le juge doit alors, pour trancher son litige, résoudre, au préalable, la question de la concurrence entre les normes susceptibles de le régir.

465. Le traitement du pluralisme juridique mondial. Les situations de concurrence trouvent leur origine dans des causes à la fois nombreuses et diverses. Le recoupement des normes tient parfois à une délimitation floue de leur champ d'application temporel, deux normes successives se disputant leur application à une action passée. Il peut également naître de la confusion de leur champ d'application spatial. Le juge doit-il appliquer à la succession d'un étranger, la loi de situation de l'immeuble dont il était propriétaire ou la loi de sa nationalité ? Enfin, deux normes peuvent revêtir un champ d'application strictement identique

¹¹¹⁰ Pour un exposé des différentes définitions : S. ROMANO, *L'ordre juridique*, 2^{ème} éd., Dalloz, 2002, p. 77 dont le chapitre 2 est intitulé « La pluralité des ordres juridiques et leurs relations ». Dans le dernier état de sa pensée J. Vanderlinden considérait que « tout individu, à moins qu'il ne vive comme le stylite dans le désert, se situe au cœur d'un nombre variable de réseaux sociaux, et donc d'ordonnements juridiques (...) C'est précisément ce qui constitue le pluralisme juridique, celui-ci pouvant être considéré comme la soumission simultanée d'un individu à une multiplicité d'ordonnements juridiques... Le pluralisme juridique est la situation, pour un individu, dans laquelle des mécanismes juridiques relevant d'ordonnements différents sont susceptibles de s'appliquer à cette situation » (J. VANDERLINDEN, « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique », *RRJ* 1993. 580).

¹¹¹¹ J.-S. BERGE, *L'application du droit national, international et européen*, Dalloz, 2013, p. 1.

¹¹¹² *Ibid.*

et prescrire pourtant des solutions radicalement différentes. Dans toutes ces hypothèses, le juge doit alors faire un choix entre l'une des deux normes en concurrence ; un choix, mais lequel ?

Pour résoudre ces situations, des règles improprement appelées « règles de conflit » ont été élaborées. La dénomination est inexacte parce que loin d'être en conflit, les normes se trouvent bien plus en situation de concurrence¹¹¹³. Ces règles permettent au juge de procéder à un choix entre l'une ou l'autre des normes qui prétendent s'appliquer. Le départ s'effectue grâce aux « mal nommées » règles de conflit de loi dans le temps, aux règles de droit international privé¹¹¹⁴ ou par le recours aux adages ancestraux tels que l'adage *specialia generalibus derogant*.

Toutefois, l'application de ces « règles de conflit » présuppose que le juge est tenu de choisir l'une seulement des normes en concurrence. Pour les espèces qui nous occupent en revanche, lorsque la concurrence est celle de normes portant protection des droits fondamentaux, la concurrence peut fort bien se résoudre par leur application simultanée. Une perquisition peut tout à fait, selon les circonstances dans lesquelles elle est effectuée, violer à la fois les droits protégés par la Constitution et ceux protégés par la Convention européenne des droits de l'homme. Le traitement du pluralisme juridique mondial, lorsqu'il porte sur des instruments de protection des droits fondamentaux, tient simplement à leur application cumulative.

466. De la concurrence des normes à la concurrence des renvois. L'application des droits fondamentaux n'a donc pas besoin de règles d'articulation. Les uns et les autres peuvent être appliqués cumulativement par le juge. Cette application cumulative pose justement problème lorsque l'interprétation de ces normes s'avère également douteuse. Lorsque la Charte des droits fondamentaux, la Constitution et le droit de l'Union européenne ont tous vocation à s'appliquer, le doute sur leur interprétation entraîne la concurrence des renvois chargés d'en assurer l'unité. Le défaut d'articulation des normes emporte une

¹¹¹³ Etymologiquement le terme conflit vient du latin *confligere* composé du préfixe *con-* (« ensemble ») et de *fligere* (« heurter, frapper »). Le terme conflit est donc imprégné de cette idée de lutte, de combat entre adversaires. Cette dimension est encore aujourd'hui présente. Purgé de sa dimension physique le conflit n'en demeure pas moins la rencontre d'éléments qui s'opposent. La confrontation entre normes hiérarchisées peut facilement en être qualifiée. Lorsque le juge vérifie que la loi est conforme au droit de l'Union européenne il les confronte, il les oppose, il règle le conflit qui les anime. La situation est en revanche beaucoup plus délicate s'agissant des hypothèses de conflits de loi dans le temps et les conflits de loi dans l'espace. S'agit-il véritablement de « conflits » ? A proprement parler les normes en présence ne s'opposent pas *l'une à l'autre*, elles se disputent *l'une et l'autre* l'application au cas d'espèce. Or la rivalité entre plusieurs forces qui poursuivent un même but n'est pas à proprement parler une hypothèse de conflit, mais un cas de concurrence.

¹¹¹⁴ Le droit international privé tend à résoudre le problème du pluralisme juridique. P. FRANCESCAKIS, « Introduction », in S. ROMANO, *L'ordre juridique*, 2^{ème} éd., Dalloz, 2002, p. XV.

concurrence de leurs renvois respectifs. Deux situations permettent d'illustrer cette rivalité entre les renvois, l'une de droit positif (1), l'autre de droit prospectif (2).

1) Approche positive

467. La concurrence entre les renvois préalables se manifeste de manière tangible dans les rapports qui gouvernent la question prioritaire de constitutionnalité et le renvoi préjudiciel à la Cour de justice. Il n'est pas rare que la conformité d'une loi soit contestée, tant au regard des dispositions constitutionnelles, que du droit de l'Union européenne¹¹¹⁵. L'article L. 1111-3 du Code du travail postulait, par exemple, que certains travailleurs (les apprentis, les titulaires d'un contrat initiative-emploi, les titulaires d'un contrat d'accompagnement et les titulaires d'un contrat de professionnalisation) devaient être exclus du calcul de l'effectif d'une entreprise. Certaines associations, composées essentiellement de personnels exclus du calcul, comportaient officiellement une petite dizaine de salariés, alors qu'elles employaient plus d'une centaine de travailleurs. Or il s'avère que la plupart des règles protectrices des travailleurs est subordonnée à l'existence d'un effectif global supérieur à 11 salariés. L'exclusion de certains travailleurs faisait ainsi obstacle à l'application des règles régissant les institutions représentatives du personnel¹¹¹⁶ ou la représentation syndicale¹¹¹⁷. L'article était donc constitutionnellement douteux¹¹¹⁸ au regard des principes d'égalité devant la loi¹¹¹⁹, de liberté syndicale et de libre participation des travailleurs à la détermination collective des

¹¹¹⁵ A titre d'illustration, un avocat a contesté devant la Cour de cassation la constitutionnalité et la conformité au droit de l'Union européenne du monopole de représentation des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation. Il l'a invitée à « saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle » et « à transmettre au Conseil constitutionnel la question de la constitutionnalité ». Les moyens ne seront malheureusement pas étudiés, faute pour l'avocat de les avoir soulevés dans les quatre mois suivant le pourvoi. L'affaire illustre toutefois cette possible concurrence entre les renvois (Cass. civ. 2^{ème}, 16 septembre 2010, n° 10-12935).

¹¹¹⁶ La mise en place des institutions représentatives du personnel est subordonnée à une condition d'effectif, des délégués du personnel devant être élus, en application de l'article L. 2312-1 du Code du travail, dès lors que l'entreprise compte onze salariés et plus. Un comité d'entreprise doit être créé, en application de l'article L. 2322-1 du Code du travail dans les entreprises de cinquante salariés ou plus.

¹¹¹⁷ La désignation d'un représentant syndical dans l'entreprise ou dans l'établissement par les organisations syndicales, soit en application de l'article L. 2142-1-1 du Code du travail s'agissant des organisations syndicales non représentatives, soit en application de l'article L. 2143-3 du Code du travail, s'agissant des organisations syndicales représentatives, est subordonnée à la présence de cinquante salariés au sein de l'entreprise ou de l'établissement.

¹¹¹⁸ La Cour de cassation a renvoyé au Conseil constitutionnel la question de la constitutionnalité de cet article par un arrêt du 16 février 2011 (Cass. soc., 16 février 2011, n° 10-40.062). Le Conseil a déclaré l'article conforme dans une décision du 19 avril 2011 (CC 2011-122 QPC du 29 avril 2011).

¹¹¹⁹ Le principe d'égalité trouve son fondement constitutionnel dans l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui dispose que la loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ».

conditions de travail¹¹²⁰. Cet article posait toutefois également problème au regard des stipulations de la Charte des droits fondamentaux et plus particulièrement au regard de son article 27¹¹²¹ protégeant le « droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise ». Le doute était d'autant plus légitime que la jurisprudence de la Cour de justice¹¹²² semblait s'opposer à une telle législation¹¹²³.

Ce litige fécondait ainsi deux questions de droit différentes, deux questions dont la résolution impliquait la mise en œuvre de renvois préalables distincts. La concurrence entre la Constitution et la Charte des droits fondamentaux entraînait une concurrence entre la question prioritaire de constitutionnalité et le renvoi préjudiciel à la Cour de justice, preuve que la concurrence des normes dégénère parfois en concurrence de leurs renvois respectifs. Il faut alors les articuler.

2) *Approche prospective*

468. Il est évident que les hypothèses de concurrence entre les renvois sont d'autant plus nombreuses que les mécanismes se multiplient. La consécration projetée d'un mécanisme de demande d'avis devant la Cour européenne des droits de l'homme ouvre un champ de concurrence potentiel qui ne doit pas être délaissé. Le nouveau mécanisme pourrait entrer en concurrence avec la question prioritaire de constitutionnalité, le renvoi préjudiciel à la Cour de justice, voire concomitamment avec ces deux instruments.

¹¹²⁰ Ce principe trouve son fondement constitutionnel dans le huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 : « Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ».

¹¹²¹ Art. 27, Charte des droits fondamentaux : « Les travailleurs ou leurs représentants doivent se voir garantir, aux niveaux appropriés, une information et une consultation en temps utile, dans les cas et conditions prévus par le droit communautaire et les législations et pratiques nationales ».

¹¹²² CJCE, 18 janvier 2007, *CGT*, aff. C-385/05. La Cour semble s'opposer à ce qu'une réglementation nationale exclut, fût-ce temporairement, une catégorie déterminée de travailleurs du calcul du nombre de travailleurs employés.

¹¹²³ L'absence de certitude devait obliger la Cour de cassation à interroger la Cour de justice de l'Union européenne. Par un arrêt du 11 avril 2012 la Cour de cassation lui a renvoyé les deux questions suivantes : « 1°/ le droit fondamental relatif à l'information et à la consultation des travailleurs, reconnu par l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, tel que précisé par les dispositions de la Directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et à la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, peut-il être invoqué dans un litige entre particuliers aux fins de vérifier la conformité d'une mesure nationale de transposition de la directive ? 2°/ dans l'affirmative, ces mêmes dispositions doivent-elles être interprétées en ce sens qu'elles s'opposent à une disposition législative nationale excluant du calcul des effectifs de l'entreprise, notamment pour déterminer les seuils légaux de mise en place des institutions représentatives du personnel, les travailleurs titulaires des contrats suivants : apprentissage, contrat initiative-emploi, contrat d'accompagnement dans l'emploi, contrat de professionnalisation ? » (Cass. soc., 11 avril 2012, n° 11-21.609).

469. Demande d'avis à la Cour européenne des droits de l'homme et renvoi préjudiciel.

L'hypothèse d'une concurrence entre la Convention européenne des droits de l'homme et la Charte des droits fondamentaux est d'autant plus évidente que la première a servi de modèle à l'élaboration de la seconde¹¹²⁴. La filiation est d'ailleurs ancienne. Pour compenser l'absence originelle d'instrument de protection des droits fondamentaux au sein du droit de l'Union, la Cour de justice a rapidement intégré les droits protégés par la Convention européenne des droits de l'homme dans sa jurisprudence, sous la forme de principes généraux du droit communautaire. La proximité des droits inscrits dans l'un et l'autre instrument¹¹²⁵ implique qu'une loi contraire à la Charte des droits fondamentaux a de fortes chances de l'être également au regard de ceux protégés par la Convention européenne des droits de l'homme¹¹²⁶. Cette concurrence des normes ne peut qu'entraîner une concurrence évidente des renvois.

L'affaire Grant, dont la Cour de justice eut à connaître à la fin des années 1990¹¹²⁷ en est une illustration flagrante. Dans cette affaire, Mme Jacqueline Grant s'était vue refuser par son employeur le bénéfice de réductions sur le prix des transports pour sa partenaire de sexe féminin. L'employeur fondait sa décision sur le règlement qu'il avait établi et dont l'article 8 précisait que « les réductions sur le prix des transports sont accordées à tout agent marié (...) et pour le « *common law opposite sex spouse* » de l'agent (expression habituellement utilisée pour désigner le concubin de sexe opposé) (...) sur présentation d'une déclaration solennelle qu'une relation significative a existé depuis deux ans ou plus »¹¹²⁸. Le règlement prévoyait donc clairement que, s'agissant des personnes non mariées, les réductions sur le prix des transports ne pouvaient être accordées que pour un partenaire de sexe opposé. Mme Grant a introduit un recours à l'encontre de son employeur en soutenant que le refus qui lui était opposé constituait une discrimination fondée sur le sexe contraire à l'article 119 du traité CE. Le problème était de savoir si le refus d'accorder les avantages litigieux, fondé sur l'orientation sexuelle de l'employé, constituait une discrimination fondée sur le sexe au sens

¹¹²⁴ Lorsqu'un droit est protégé par les deux instruments, l'interprétation de la Charte se fait au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. V. *infra*, n° 615 et s.

¹¹²⁵ Bruno Genevois remarque avec lucidité que « la Cour européenne des droits de l'homme a étendu la portée des droits garantis par la Convention au point d'englober des droits expressément mentionnés par la Charte » et qui lui semblaient propres (B. GENEVOIS, « La Convention et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : complémentarité ou concurrence ? », *RFDA* 2007. 437).

¹¹²⁶ L'inverse n'est pas vrai en raison du champ d'application matériel plus étroit de la Charte par rapport à la Convention européenne.

¹¹²⁷ CJCE, 17 février 1998, *Lisa Jacqueline Grant contre South-West Trains Ltd*, C-249/96.

¹¹²⁸ *Ibid.*

de l'article 119 du traité CE. L'assertion était susceptible de deux interprétations distinctes. Selon une interprétation restrictive, seules auraient été prohibées les discriminations entre les hommes et les femmes, ce qui n'était pas le cas de l'espèce puisque l'avantage était refusé à tous les couples homosexuels, sans distinction selon qu'il s'agissait de couples homosexuels masculins ou féminins. Une interprétation extensive tendait quant à elle à assimiler la discrimination fondée sur le sexe et la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Le refus de l'employeur aurait alors été prohibé par l'article 119 du traité.

Potentiellement contraire au traité, cette situation était susceptible de violer l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme qui prohibe les discriminations « notamment fondées sur le sexe ». Ce seul litige posait ainsi deux questions distinctes : celle de la conformité du règlement intérieur aux stipulations de la Convention européenne des droits de l'homme, et celle de sa conformité au regard du droit de l'Union européenne. Les normes entraient en concurrence. Si le mécanisme des demandes d'avis à la Cour européenne des droits de l'homme avait été consacré, le juge se serait trouvé devant un choix entre le renvoi de la question à la Cour de justice ou à la Cour européenne. Cette situation ne manquera pas de se présenter d'ici peu, lorsque de Protocole n° 16 à la Convention européenne entrera en vigueur et multipliera indubitablement les hypothèses de concurrence.

470. Demande d'avis à la Cour européenne des droits de l'homme et question prioritaire de constitutionnalité. Il n'est pas nécessaire de remonter bien loin dans le temps pour trouver une illustration de la concurrence possible entre la question prioritaire de constitutionnalité et une demande d'avis à la Cour européenne des droits de l'homme¹¹²⁹. La question de la conformité du droit pénal français relatif à la garde à vue témoigne, mieux qu'aucune autre, de la propension de la Constitution et de la Convention européenne à se disputer l'application à une situation juridique donnée.

Par une décision du 30 juillet 2010¹¹³⁰, le Conseil constitutionnel a considéré que la garde à vue française violait les droits de la défense tels qu'ils sont garantis par les articles 9 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Les dispositions législatives ont été déclarées contraires à la Constitution parce que la personne interrogée ne pouvait bénéficier

¹¹²⁹ Les hypothèses sont nombreuses en raison du recoupement des droits protégés. La différence de traitement entre les ressortissants français et étrangers pour le calcul de la revalorisation des pensions civiles et militaires a par exemple été contestée au regard du principe constitutionnel d'égalité (CC 2010-1 QPC du 28 mai 2010) comme au regard des articles 14 (interdiction des discriminations) et 1^{er} (droit au respect des biens) du Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme (CE, 16 janvier 2013, n° 337662).

¹¹³⁰ CC 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010.

de l'assistance effective d'un avocat et qu'elle ne recevait pas la notification de son droit de garder le silence.

Le Conseil constitutionnel ayant décidé de différer les effets de son abrogation au 1^{er} juillet 2011, les dispositions contestées sont restées en vigueur jusqu'à cette date et se sont trouvées à la merci de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme¹¹³¹. La jurisprudence de la Cour¹¹³² semblait imposer l'assistance de l'avocat et la notification au prévenu de son droit de garder le silence, mais la question restait entière de son cantonnement aux seules procédures dérogatoires. La Cour a levé les doutes quelques mois seulement après la décision du Conseil constitutionnel. Dans un arrêt *Brusco c. France* du 14 octobre 2010¹¹³³, elle a proclamé que l'article 6§1 de la Convention protège le droit de tout prévenu de garder le silence et « de ne pas contribuer à sa propre incrimination », ajoutant par la suite que « la personne placée en garde à vue a le droit d'être assistée d'un avocat dès le début de cette mesure ainsi que pendant les interrogatoires »¹¹³⁴. La cause était entendue, la garde à vue française, contraire à la Constitution, était également contraire à la Convention européenne des droits de l'homme.

La condamnation de la France dans l'arrêt *Brusco* repose sur une garde à vue effectuée en 1999, alors qu'aucun des deux renvois susceptibles d'être mis en œuvre n'existait encore. Si cette même situation devait se reproduire et s'il était possible au juge de mobiliser ces deux instruments, quelle devrait être son attitude ? Devrait-il demander la saisine du Conseil constitutionnel pour vérifier le respect, par la loi, des droits de la défense protégés par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ? Devrait-il au contraire saisir la Cour européenne des droits de l'homme pour lui demander l'interprétation qu'il faut retenir de l'article 6 §1 de la Convention ? Devrait-il renvoyer simultanément ces deux questions aux juridictions suprêmes respectives ? Il faudra nécessairement répondre à ces interrogations.

¹¹³¹ Il paraît important d'ajouter que la matière pourrait bien entrer d'ici peu dans le giron du droit de l'Union européenne en raison, d'une part, de la proposition de directive relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales adoptée par le Parlement européen le 13 décembre 2011 et, d'autre part, de la proposition de directive relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et au droit de communiquer après l'arrestation. Ces deux propositions de directive tendent à mettre en œuvre la feuille de route adoptée par le Conseil le 30 novembre 2009 et intégrée au programme de Stockholm, visant à renforcer les droits procéduraux des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales. La matière pénale serait alors le lieu d'une concurrence entre la Constitution, la Convention européenne des droits de l'homme et le droit de l'Union. Cette concurrence des normes entraînerait irrémédiablement, une concurrence des renvois préalables.

¹¹³² CJCE, 27 novembre 2008, *Salduz c. Turquie [GC]*, n° 36391/02, §§ 50-62 ; CJCE, 13 octobre 2009, *Dayanan c. Turquie*, n° 7377/03, §§ 30-34 ; CJUE, 9 février 2010, *Boz c. Turquie*, n° 2039/04, §§ 33-36 ; CJUE, 2 mars 2010, *Adamkiewicz c. Pologne*, n° 54729/00, §§ 82-92.

¹¹³³ CJUE, 14 octobre 2010, *Brusco c. France*, n° 1466/07, § 45.

¹¹³⁴ *Ibid.*

471. Demande d'avis à la Cour européenne des droits de l'homme, renvoi préjudiciel à la Cour de justice et question prioritaire de constitutionnalité. La situation peut paraître d'école, mais il n'est pas inenvisageable qu'un seul et même litige confronte un juge inférieur à la mise en œuvre des trois renvois. Certaines affaires démontrent déjà que les trois normes sont parfois simultanément invoquées. Dans une affaire fiscale, la société Kimberly Clark a contesté devant le Conseil d'État¹¹³⁵ la validité de la prescription du droit à déduction sur la taxe à la valeur ajoutée. Cette règle aurait été cumulativement contraire à la Constitution, aux articles 17, 18 et 21 de la sixième directive de l'Union européenne et à l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. De même, l'association SOS Racisme a contesté les circulaires du ministère de l'intérieur en date 5 août et du 13 septembre 2010 prescrivant le démantèlement des camps illégaux des populations Roms. Selon les requérants, ces circulaires étaient contraires au principe d'égalité devant la loi posé aux articles 1^{er} et 6 de la Constitution, aux articles 20 et 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et à l'article 4 du Protocole additionnel n° 4 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales relatif à l'interdiction des expulsions collectives d'étrangers.

472. Les normes supra-législatives se disputent souvent l'application au cas d'espèce. Leur interprétation, lorsqu'elle est douteuse, risque d'entraîner la concurrence des renvois. Ces hypothèses relevées, reste l'essentiel, exposer comment elles peuvent être solutionnées.

§2 - LE TRAITEMENT DE LA CONCURRENCE

473. Le traitement de la concurrence des renvois n'est pas différent de celui de toute situation de concurrence quelle qu'elle soit. La situation du juge confronté à l'application possible de plusieurs renvois est similaire à celle d'un consommateur hésitant devant un étale de produits concurrents. Trois alternatives s'ouvrent à eux.

¹¹³⁵ Par ordre chronologique voir : CE, 23 avril 2010, n° 327166 (arrêt de renvoi au Conseil constitutionnel) ; CC 2010-5 QPC du 18 juin 2010 (décision de conformité) ; CE, 12 décembre 2012, n° 327166 (arrêt de rejet).

474. L'alternative la plus évidente est évidemment celle du choix. Le juge pourrait d'abord considérer que les renvois proposés son équivalents et qu'il lui suffit d'en choisir un seul pour épuiser l'ensemble des questions de droit que pose son litige.

Le juge pourrait, dans l'hypothèse opposée, refuser d'exercer le moindre choix. La concurrence des renvois se résoudrait alors par leur mise en œuvre simultanée.

Enfin, cernée par ces deux solutions extrêmes, le juge pourrait accorder sa préférence à l'un des renvois, la mise en œuvre des mécanismes concurrents devenant subsidiaire. Ce n'est que faute pour le premier d'avoir rendu sans objet le recours aux seconds que leur mobilisation deviendrait seulement nécessaire. Les renvois seraient alors successifs.

475. La première de ces hypothèses peut être rapidement évincée. Il est vrai que le pluralisme des instruments de protection des droits fondamentaux entraîne leur recoupement inéluctable et pourrait inciter le juge à postuler leur équivalence. La Constitution, la Charte des droits fondamentaux et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme consacrent des droits parfois similaires. Toutes défendent le droit au respect de la vie privée et familiale, proclament le respect des droits de la défense, protègent la propriété privée. Cette analogie des droits pourrait laisser croire à l'équivalence de leur protection. Pourquoi, dès lors, le juge devrait-il multiplier les renvois ? Le choix de l'un et l'exclusion corrélative des autres serait à même de garantir efficacement la protection du droit prétendument bafoué.

Cette solution du choix de l'un des renvois aux dépens des autres s'avère toutefois inenvisageable. Outre que les textes fondateurs l'interdisent parfois¹¹³⁶, son postulat de départ est vicié : l'identité des droits ne saurait en aucun cas préjuger l'identité de leur protection¹¹³⁷.

¹¹³⁶ Lorsque la juridiction inférieure a identifié une question de droit sérieuse, nécessaire à la solution de son litige, les textes fondateurs l'obligent parfois à solliciter sa résolution par la voie du renvoi préalable. Tel est le cas, par exemple, de la question prioritaire de constitutionnalité et du renvoi préjudiciel à la Cour de justice. Si ces deux renvois « obligatoires » (précision faite que le renvoi préjudiciel n'est « obligatoire » que lorsqu'il est exercé par des juridictions dont les décisions sont insusceptibles de recours) entrent en concurrence, le juge est dans l'impossibilité de choisir l'un d'eux et d'exclure définitivement le recours au second. Dans cette hypothèse particulière, le juge est prisonnier des dispositions qui l'obligent à renvoyer et l'empêchent corrélativement de choisir l'un plutôt que l'autre des renvois. Le choix est impossible, la concurrence ne pourra se résoudre que par la succession ou la simultanéité des renvois.

¹¹³⁷ P. Deumier conteste la pratique du Conseil d'État et de la Cour de cassation qui ont érigé parfois la conventionnalité d'une norme en présomption implicite de sa constitutionnalité. Le moyen de la constitutionnalité était présumé dénué de sérieux lorsque la loi avait été préalablement déclarée conforme à la Convention européenne des droits de l'homme. Cette pratique condamnable repose sur un amalgame fâcheux entre la protection d'un droit par les textes conventionnels et son interprétation dans l'ordre constitutionnel. Sur ce point : P. DEUMIER, « QPC : la question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du filtrage) », *RTD civ.* 2010. 504 et s ; voir également A. JAUREGUIBERRY, « L'influence des droits fondamentaux européens sur le contrôle *a posteriori* », *RFDA* 2013, p. 10 ; G. CASU, « Quand la motivation dérive : retour sur une arrêt QPC de la Cour de cassation », *JCP G*, 2 septembre 2013, n° 36, p. 1579. La différence de protection devrait d'ailleurs être présumée, ne serait-ce que parce la diversité des instruments se limiterait sinon à une simple redondance et ne serait d'aucune utilité. Il n'est donc pas rare qu'un droit soit plus ou moins protégé

476. Le traitement de la concurrence se résume donc aux deux hypothèses restantes. La mise en œuvre des renvois peut être successive, les renvois s'égrenant alors chronologiquement *les uns après les autres* (A). Elle peut aussi être simultanée, le juge mobilisant alors concomitamment l'ensemble des renvois concurrents, *les uns et les autres* (B), dans le même instant.

A) La succession des renvois

477. La succession des renvois repose sur cette idée qu'en cas de concurrence, certains d'entre eux doivent être examinés en priorité. Les renvois subalternes ne seront alors mobilisés que si la réponse au renvoi prioritaire ne leur a pas fait perdre leur utilité. Dans leur relation concurrentielle, la question de constitutionnalité et le renvoi préjudiciel ont chacun tenté d'imposer leur priorité d'examen et d'instaurer leur prévalence temporelle. Compréhensibles, ces entreprises n'en doivent pas moins être fermement condamnées (1). Il n'est pas de raison valable d'assurer la prééminence de la question de constitutionnalité sur le renvoi préjudiciel, pas plus d'ailleurs qu'il n'existe de raison valable justifiant une priorité quelle qu'elle soit. Le rejet de la succession des renvois ne doit pas demeurer cantonné aux relations spécifiques qu'entretiennent la question prioritaire de constitutionnalité et le renvoi préjudiciel à la Cour de justice. L'ensemble des cas de concurrence entre les renvois, actuels ou futurs, doit résister à leur articulation successive (2).

selon l'instrument qui le porte. Ces divergences de protection entre les différentes cours suprêmes, loin d'être condamnables, sont au contraire bénéfiques. La concurrence entre les divers instruments entraîne une course en avant, vers une protection des droits toujours accrue. Il faut donc se garder de croire qu'un même droit implique une protection identique par l'ensemble des Cours suprêmes. Au contraire, la réalité est celle d'une jurisprudence en perpétuelle évolution. Dès lors, le juge ne peut en aucun cas faire l'économie d'un renvoi préalable, au seul motif que le droit prétendument bafoué est également protégé par l'ensemble des instruments de protection.

1) L'articulation de la question prioritaire de constitutionnalité et du renvoi préjudiciel

478. La loi organique du 10 décembre 2009 a surpris la doctrine non seulement par le corps de ses dispositions, mais également par la dénomination du mécanisme nouvellement introduit. La question de constitutionnalité n'est pas seulement préjudicielle, elle est également prioritaire¹¹³⁸. Passé l'effet d'annonce, cette priorité a suscité une controverse majeure quant à son étendue. Faisait-elle obstacle à l'exercice d'un renvoi préjudiciel ? Le juge devait-il attendre la réponse du Conseil constitutionnel avant de saisir la Cour de justice ? Un intense dialogue entre les juridictions a permis de condamner cette interprétation extensive (a).

479. Toutefois, le sort de la priorité constitutionnelle n'était pas encore réglé qu'une autre priorité voyait le jour. La Cour de justice a profité de son intervention pour proclamer, en certaines occasions, la priorité du renvoi préjudiciel sur la question de constitutionnalité. Ce faisant, la Cour a procédé à une inversion des priorités tout aussi condamnable (b).

a) Le rejet de la priorité de la question de constitutionnalité sur le renvoi préjudiciel

480. Dépourvue de justification valable, la solution de la priorité constitutionnelle sur le renvoi préjudiciel, un temps soutenue (i), a été définitivement condamnée par l'interprétation qu'en ont donné les juridictions suprêmes (ii).

i. L'hypothèse d'une priorité d'un renvoi

481. *La priorité du moyen de constitutionnalité.* Lorsqu'elles sont « saisies de moyens contestant la conformité d'une disposition législative, d'une part aux droits et libertés garantis par la Constitution, et d'autre part aux engagements internationaux de la France », les juridictions administratives et judiciaires doivent « se prononcer par priorité sur la

¹¹³⁸ P.-Y. GAHDOUN, « Repenser la priorité de la QPC », *RDP* 2010. 1731.

transmission de la question de constitutionnalité »¹¹³⁹. La formule est ramassée, presque laconique. Invitée de dernière minute, la priorité de la question de constitutionnalité s'est imposée comme l'emblème du mécanisme consacré, au point d'ailleurs de marquer sa dénomination. Cette importance n'est pas usurpée au regard des attentes et des espoirs suscités par son introduction. Elle seule pouvait garantir la réussite du mécanisme face à un contrôle de conventionnalité enraciné dans la pratique quotidienne des juges. En l'absence de disposition correctrice, il y avait fort à croire que, rompus à l'examen de la conventionnalité des lois, les magistrats administratifs et judiciaires ne préférèrent résoudre la concurrence des renvois au profit du contrôle de conventionnalité et faire l'économie d'une saisine préjudicielle du Conseil constitutionnel. La prévision était d'autant plus fondée qu'elle s'était concrétisée quelques mois plus tôt en Belgique, obligeant l'État à procéder à une réforme législative¹¹⁴⁰. La priorité est donc apparue comme le procédé salvateur susceptible de garantir l'efficacité et le succès d'un mécanisme sinon voué aux gémonies¹¹⁴¹.

La priorité avait toutefois pour fâcheuse conséquence de mettre en lumière l'utilité relative d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Sa nécessité traduisait le déficit de compétitivité du contrôle de constitutionnalité par rapport au contrôle de conventionnalité. Présentée comme une nécessité pratique, la priorité était embarrassante et venait concrétiser les prophéties de certains auteurs¹¹⁴² pour qui le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* arrivait trop tard et avait passé son heure. Il fallait donc justifier la priorité autrement que par la simple volonté de sauver la réforme. Il fallait trouver un argument fort, un argument solide, un argument passionnel. Cet argument allait reposer sur « un arrière-plan moral et existentiel

¹¹³⁹ « Le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution peut être soulevé, y compris pour la première fois en cassation, à l'occasion d'une instance devant le Conseil d'État ou la Cour de cassation. Le moyen est présenté, à peine d'irrecevabilité, dans un mémoire distinct et motivé. Il ne peut être relevé d'office. En tout état de cause, le Conseil d'État ou la Cour de cassation doit, lorsqu'il est saisi de moyens contestant la conformité d'une disposition législative d'une part aux droits et libertés garantis par la Constitution et d'autre part aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur le renvoi de la question de constitutionnalité au Conseil constitutionnel » (articles 23-2 et 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel).

¹¹⁴⁰ « C'est parce que ce risque s'était concrétisé en Belgique que le législateur belge, quelques mois plus tôt, avait adopté dans le même sens la loi spéciale du 12 juillet 2009 modifiant l'article 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la cour d'arbitrage » (P. FOMBEUR, « Question prioritaire de constitutionnalité, droit constitutionnel et droit de l'Union européenne », *D.* 2010. 1229).

¹¹⁴¹ X. MAGNON, « La QPC face au droit de l'Union : la brute, les bons et le truand », *RFDC* 2010. 778.

¹¹⁴² L'intervention de J.-L. Debré devant le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Vème République est évocateur. Il relève que « certains s'interrogent sur l'utilité de la réforme. Les lois font en effet depuis trente ans l'objet de saisines fréquentes du Conseil constitutionnel. En outre, pour les lois antérieures, le Conseil a développé sa jurisprudence sur le contrôle des lois déjà promulguées. Enfin les juridictions administratives et judiciaires opèrent désormais un contrôle de conventionnalité qui permet également de lutter contre les lacunes de notre droit » (J.-L. DEBRE, Intervention devant le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Vème République, 19 septembre 2007).

sensible, celui des rapports entre la Constitution et le droit de l'Union européenne »¹¹⁴³. La priorité de la question de constitutionnalité s'est justifiée par la volonté du législateur de restaurer la grandeur, la superbe et la magnificence d'une Constitution érodée par le développement du contrôle de conventionnalité. La priorité était le remède à ce « paradoxe normatif »¹¹⁴⁴ insoutenable d'une « suprématie théorique de la constitution » mais d'une « supériorité pratique et effective des traités et des autres règles de droit international »¹¹⁴⁵. Elle devait « assurer la prééminence de la Constitution » et restaurer « sa place au sommet de l'ordre juridique interne »¹¹⁴⁶.

La priorité, nécessité pratique, s'est comme par enchantement transformée en vecteur idéologique de la supériorité constitutionnelle sur les normes de droit conventionnel, au grand désespoir d'une doctrine juridique parfois médusée¹¹⁴⁷. Ce basculement du cadre pratique vers le cadre théorique a malheureusement brouillé les pistes et empêche aujourd'hui de voir la véritable nature de la priorité. « Malgré les apparences, [la priorité] s'inscrit finalement moins dans une logique de hiérarchie normative que dans une dynamique de concurrence et de convergence entre les normes protectrices des droits fondamentaux »¹¹⁴⁸. Dépouillée de sa dimension idéologique, la priorité n'est qu'une règle procédurale destinée à résoudre le problème de la concurrence entre les normes constitutionnelles et conventionnelles. Confronté à deux moyens également recevables, le juge doit privilégier l'application de la norme constitutionnelle, sans qu'aucune hiérarchie ne puisse être déduite de cette priorité.

482. De la priorité du moyen à la priorité du renvoi. Lorsqu'un juge est confronté à une loi manifestement contraire à la Constitution et au droit conventionnel, la priorité du moyen de constitutionnalité l'empêche de trancher le litige sur le terrain conventionnel. Le juge n'a d'autre choix que de surseoir à statuer et solliciter le Conseil constitutionnel.

¹¹⁴³ X. MAGNON, *art. cit.*, p. 761.

¹¹⁴⁴ J.-H. STAHL, « La longue marche de l'exception d'inconstitutionnalité », in *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, p. 998.

¹¹⁴⁵ *Ibid.*

¹¹⁴⁶ Saisi de l'examen de la constitutionnalité de la loi organique, le Conseil constitutionnel se fera d'ailleurs le chantre de cette hiérarchie normative. En imposant l'examen prioritaire de la question de constitutionnalité « le législateur organique a entendu garantir le respect de la Constitution et rappeler sa place au sommet de l'ordre juridique interne » (CC 2009-595 DC du 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, spéc. cons. 14).

¹¹⁴⁷ « La réalité des intentions du législateur n'était pas dissimulée et les débats lors des auditions organisées par la Commission des Lois le confirment. Organiser la priorité de la question de constitutionnalité visait largement dans son esprit à garantir la primauté de la règle constitutionnelle sur la règle conventionnelle, fût-elle communautaire, quitte à négliger les risques potentiels de cette approche » (H LABAYLE, « Question prioritaire de constitutionnalité et question préjudicielle : ordonner le dialogue des juges ? », *RFDA* 2010. 659).

¹¹⁴⁸ P. PUIG, « La question de constitutionnalité : prioritaire mais pas première... », *RTD civ.* 2010. 66.

A priori, la priorité se conçoit et s'expose facilement. Toutefois, simple dans son esprit, elle devient complexe et nébuleuse dans certaines de ses applications. La situation est sans doute évidente lorsque la loi applicable au litige est manifestement inconventionnelle et inconstitutionnelle. La priorité s'obscurcit en revanche lorsque l'inconventionnalité devient incertaine. Comment résoudre cette concurrence de la question prioritaire de constitutionnalité et du renvoi préjudiciel à la Cour de justice. La priorité de la question de constitutionnalité fait-elle obstacle à l'exercice d'un renvoi préjudiciel tant que le Conseil constitutionnel n'a pas statué ? La priorité d'examen de la question de constitutionnalité implique-t-elle la succession des renvois ?

483. Une réponse positive était loin d'être fantaisiste. Elle trouvait un appui solide dans les dispositions de la loi organique, ainsi que dans la décision du Conseil constitutionnel examinant sa constitutionnalité.

484. *La loi organique.* L'interprétation impérialiste de la priorité semblait légitimée par les termes mêmes de la loi organique. Le juge qui recourt à la question de constitutionnalité est obligé de surseoir à statuer, sauf si « des mesures provisoires ou conservatoires »¹¹⁴⁹ s'avèrent nécessaires. Or malgré l'affirmation opportuniste de certains¹¹⁵⁰, il est douteux¹¹⁵¹ que le renvoi préjudiciel à la Cour de justice puisse répondre à l'une ou l'autre de ces qualifications. Si les pouvoirs du juge se limitent, pendant le traitement de la question de constitutionnalité, à l'adoption de mesures provisoires ou conservatoires, et si le renvoi préjudiciel n'est pas de celles-là, preuve est faite que son exercice doit être retardé à la fin du sursis, c'est-à-dire à la déclaration de la constitutionnalité de la loi par le Conseil constitutionnel.

¹¹⁴⁹ « Lorsque la question est transmise, la juridiction sursoit à statuer jusqu'à réception de la décision du Conseil d'État ou de la Cour de cassation ou, s'il a été saisi, du Conseil constitutionnel. Le cours de l'instruction n'est pas suspendu et la juridiction peut prendre les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires » (art. 23-1 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel).

¹¹⁵⁰ « Le fait de poser une question préjudicielle constitue une mesure d'instruction avant dire droit que le juge peut prendre lorsqu'il l'estime nécessaire, sans que le fait qu'une question prioritaire de constitutionnalité ait été posée au juge, ni le fait qu'il ait procédé à sa transmission puissent faire obstacle à cette faculté » (M. GUILLAUME, « Commentaire de la décision 2010-605 DC », CCC, 2010, n° 29, p. 9).

¹¹⁵¹ Comme le remarque justement H. Labayle « il est acquis que la question préjudicielle emporte une opération d'interprétation, d'appréciation de validité ou plus généralement de qualification juridique, en droit interne comme dans le droit de l'Union. Il est également admis que les mesures d'instruction se rapportent généralement à des questions de fait, en tout cas selon l'opinion de René Chapus ou l'article 143 du Code de procédure civile », d'où il suit que le renvoi préalable ne peut être considéré comme une mesure d'instruction (H. LABAYLE, « Question prioritaire de constitutionnalité et question préjudicielle : ordonner le dialogue des juges ? », RFDA 2010. 659).

485. *La jurisprudence du Conseil constitutionnel.* La décision du Conseil constitutionnel délivrée à l'occasion de l'examen de la constitutionnalité de la loi organique semblait également constituer un fondement solide à cette interprétation extensive de la priorité. Le Conseil considère que celle-ci « a pour seul effet d'imposer, en tout état de cause, *l'ordre d'examen des moyens soulevés* devant la juridiction saisie » et « ne restreint pas la compétence de cette dernière [la juridiction], *après avoir appliqué* les dispositions relatives à la question prioritaire de constitutionnalité, de veiller au respect et à la supériorité sur les lois des traités ou accords légalement ratifiés ou approuvés et des normes de l'Union européenne ». Le Conseil constitutionnel semblait donc imposer que le moyen de conventionnalité ne soit étudié qu'après que le moyen tiré de la constitutionnalité eut été tranché. Il est pourtant évident que l'exercice d'un renvoi préjudiciel nécessite l'examen du moyen tiré de l'inconventionnalité de la loi. Le juge inférieur aurait donc été tenu d'attendre le rejet définitif du moyen tiré de l'inconstitutionnalité de la loi avant de pouvoir examiner celui de son inconventionnalité et l'opportunité corrélative d'un renvoi préjudiciel à la Cour de justice. La priorité aurait obligé à la succession des renvois dans le temps, sauf à considérer par déformation terminologique qu'« après » signifie en fait, « à tout moment »¹¹⁵².

Cette interprétation hégémonique de la priorité fut mobilisée par la Cour de cassation dans son arrêt *Melki* du 16 avril 2010¹¹⁵³. Selon elle, la priorité de la question de constitutionnalité empêchait les juridictions de saisir la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel et entachait par conséquent la loi organique d'inconventionnalité. Elle fut enfin adoptée par certains auteurs pour qui l'« interprétation du juge judiciaire des articles 23-2 et 23-5 de l'ordonnance de 1958 n'était pas discutable. On ne voit pas ce que signifierait le caractère prioritaire d'une question de constitutionnalité si une juridiction, saisie également d'une question de conformité au droit de l'Union, pouvait renvoyer à la Cour de justice, en raison de difficultés sérieuses, une question sur la validité ou sur l'interprétation du droit de l'Union »¹¹⁵⁴.

Interprétée comme telle, la priorité de la question de constitutionnalité aurait fait obstacle à l'exercice parallèle d'un autre renvoi préalable. La concurrence des renvois se serait résolue par leur succession temporelle.

¹¹⁵² « Si les mots ont un sens pour le lecteur, dépourvu d'ambiguïté précisément, employer la préposition "avant" signifiait logiquement que la question de conventionnalité venait "après", comme tranché par le Conseil... Donc, le contrôle de constitutionnalité ne se substitue pas au contrôle de conventionnalité, il le précède, ce qui rendait effectivement douteux que les deux contrôles puissent être concomitants » et que le renvoi préjudiciel puisse être mis en œuvre avant la décision du Conseil constitutionnel (H. LABAYLE, « Question prioritaire de constitutionnalité et question préjudicielle : ordonner le dialogue des juges ? », *RFDA* 2010. 659).

¹¹⁵³ C. Cass. Formation spéciale QPC, 16 avril 2010, n° 10-40.002.

¹¹⁵⁴ X. MAGNON, « La QPC face au droit de l'Union : la brute, les bons et le truand », *RFDC* 2010. 765.

ii. Le rejet de l'hypothèse

486. *Le rejet de la succession des renvois.* L'interprétation extensive de la priorité a été fermement condamnée. L'exercice d'un renvoi préjudiciel n'est pas subordonné au rejet du moyen de constitutionnalité. Le démenti est d'abord venu du Conseil constitutionnel, suivi deux jours plus tard par son voisin du Palais-Royal. Si la décision du 3 décembre 2009 relative à la loi organique pouvait soutenir des interprétations divergentes, le Conseil a effacé toute trace d'équivocité en postulant que « l'article 61-1 de la Constitution et les articles 23-1 et suivants de l'ordonnance du 7 novembre 1958 ne privent pas les juridictions administratives et judiciaires, y compris lorsqu'elles transmettent une question prioritaire de constitutionnalité, de la faculté ou, lorsque leurs décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, de l'obligation de saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle en application de l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne »¹¹⁵⁵. Le Conseil condamnait directement l'interprétation retenue par la Cour de cassation dans son arrêt du 16 avril 2010. La priorité oblige simplement le juge administratif ou judiciaire à fonder prioritairement sa décision sur l'inconstitutionnalité de la loi plutôt que sur son inconvictionnalité. En revanche, rien n'interdit au juge, au stade de l'instruction, d'examiner concomitamment les autres moyens dont il est saisi. Cette interprétation restrictive de la priorité fut confirmée par le Conseil d'État deux jours plus tard seulement. En effet, même lorsqu'une question prioritaire de constitutionnalité a été sollicitée, « le juge administratif dispose de la possibilité de poser à tout instant (...) une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne »¹¹⁵⁶.

487. *Le recours aux travaux préparatoires.* Les travaux préparatoires étaient suffisamment clairs pour circonscrire rapidement l'étendue de la priorité constitutionnelle, une limpidité qui nourrit d'ailleurs quelques interrogations sur les raisons de leur délaissement. En effet, la question de la conformité de la priorité constitutionnelle par rapport au droit de l'Union européenne a fait débat dès le stade de sa proposition. A titre préventif, le projet de loi organique prévoyait une réserve permettant d'exclure la priorité de la question de constitutionnalité lorsqu'elle se trouvait en concurrence avec l'application du droit de

¹¹⁵⁵ CC 2010-605 DC du 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture de la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*.

¹¹⁵⁶ CE, 14 mai 2010, n° 312305.

l'Union. Conforté par l'avis de certains hauts magistrats¹¹⁵⁷ et de la doctrine, le projet de loi organique prévoyait que la juridiction devait « en tout état de cause, lorsqu'elle est saisie de moyens contestant, de façon analogue, la conformité de la disposition à la Constitution et aux engagements internationaux de la France, se prononcer en premier sur la question de constitutionnalité, sous réserve, le cas échéant, des exigences résultant de l'article 88-1 de la Constitution »¹¹⁵⁸. A la suite de l'audition de certains spécialistes, la réserve fut toutefois supprimée par le législateur¹¹⁵⁹. Cette suppression était cependant accompagnée d'une précision d'importance. En cas de concurrence des renvois, « il demeurerait possible de poser une question préjudicielle en interprétation du droit communautaire en même temps qu'une question de constitutionnalité serait transmise à la juridiction suprême ou renvoyée au Conseil constitutionnel »¹¹⁶⁰. Les travaux préparatoires prévoyaient donc explicitement la concomitance possible de la question prioritaire de constitutionnalité et du renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne.

b) Le rejet d'une priorité du renvoi préjudiciel à la Cour de justice sur la question prioritaire de constitutionnalité

488. Par son arrêt du 22 juin 2010¹¹⁶¹, la Cour de justice de l'Union européenne a validé, sous certaines réserves, la priorité de la question de constitutionnalité. La faculté laissée au juge de solliciter son intervention à tout moment de la procédure permet d'écarter tout risque d'inconventionnalité. L'arrêt démontre une certaine bienveillance de la Cour de justice à l'égard de l'interprétation de la priorité que le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État avaient délivrée le mois précédent. Cette bienveillance est toutefois immédiatement assortie d'une sévère mise en garde. La Cour considère en effet que lorsque la question de constitutionnalité porte sur une loi de transposition d'une directive « la question de savoir si la

¹¹⁵⁷ Pour M. Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État, « par exception à la priorité du droit constitutionnel sur les engagements internationaux de la France, il doit y avoir une priorité des questions de conformité au droit communautaire sur les autres questions de constitutionnalité » (J.-M. SAUVE, in J.-L. WARSMANN, *Rapport n° 1898 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r1898.asp>, p. 56).

¹¹⁵⁸ Article 23-2 du projet de loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

¹¹⁵⁹ Le rapport souligne toutefois l'opposition « notable du Premier président et du Procureur général près la Cour de cassation ainsi que du vice-président du Conseil d'État » à la suppression de la réserve (J.-L. WARSMANN, *Rapport n° 1898 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r1898.asp>, p. 58).

¹¹⁶⁰ *Ibid.*

¹¹⁶¹ CJUE, 22 juin 2010, C-188/10, §56 ; *AJDA* 2010. 1231

directive est valide revêt (...) un caractère préalable »¹¹⁶². En d'autres termes, lorsqu'un requérant conteste la constitutionnalité d'une loi de transposition ainsi que sa conformité aux traités fondateurs, le juge doit, par priorité, saisir la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel. Le juge recouvre sa compétence pour interroger le Conseil constitutionnel sur la conformité de la loi à la Constitution si seulement la Cour de justice juge la directive conforme aux traités. Par sa décision du 22 juin 2010, la Cour de justice fait donc d'une pierre deux coups. Elle condamne la préséance de la question prioritaire sur le renvoi préjudiciel et inverse l'ordre des priorités dans l'hypothèse particulière de l'examen d'une loi transposant, en droit national, une directive de l'Union européenne.

489. *Le rejet de la priorité.* Pas plus que la priorité de la question de constitutionnalité sur le renvoi préjudiciel n'était acceptable, celle du renvoi préjudiciel sur la question prioritaire de constitutionnalité ne peut être acceptée. Ni l'une ni l'autre ne trouve de justification sérieuse.

Pour démontrer l'absence d'intérêt de la priorité, il suffit de démontrer la fébrilité de ses justifications. La priorité du renvoi préjudiciel sur la question de constitutionnalité s'expliquerait par le fait qu'en statuant sur la constitutionnalité de la loi de transposition, le Conseil constitutionnel se prononcerait indirectement sur la validité de la directive. Cette faculté constitue pourtant un apanage de la Cour de justice revendiqué depuis l'arrêt *Foto-frost*¹¹⁶³. L'exclusivité de cette compétence aurait « pour objet de garantir la sécurité juridique en assurant l'application uniforme du droit de l'Union »¹¹⁶⁴. La priorité du renvoi préjudiciel serait de nature à sauvegarder le monopole de la Cour dans l'examen de la validité des actes de droit dérivé et, partant, d'assurer l'unité d'application du droit de l'Union. En est-on seulement sûr ? Qu'il soit permis d'en douter.

490. Le Conseil constitutionnel a consacré une jurisprudence spécifique lorsqu'il est chargé d'apprécier la constitutionnalité de dispositions transposant une directive européenne¹¹⁶⁵. Il refuse de contrôler la constitutionnalité de tels actes lorsque le droit

¹¹⁶² CJUE, 22 juin 2010, C-188/10, §56 ; *AJDA* 2010. 1231.

¹¹⁶³ CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost*, 314/85, Rec. p. 4199, points 15 à 20 ; CJCE, 10 janvier 2006, *IATA et ELFAA*, C-344/04, Rec. p. I-403, point 27 ; CJCE, 18 juillet 2007, *Lucchini*, C-119/05, Rec. p. I-6199, point 53.

¹¹⁶⁴ CJUE, 22 juin 2010, C-188/10, §54 ; *AJDA* 2010, p. 1231.

¹¹⁶⁵ CC 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information* ; D. SIMON, « L'obscur clarté de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à la transposition des directives communautaires », *Europe*, 2006, n° 10, p. 2 ; P. CASSIA, E. SAULNIER-CASSIA, « Rapports entre la Constitution et le droit communautaire », *DA* 2006. 31 ; F. CHATIEL, « Nouvelle précision sur les rapports entre le droit constitutionnel et le droit communautaire. La décision du Conseil

invoqué est également défendu par le droit de l'Union. Si le droit allégué est également protégé par les deux normes, seule la Cour de justice peut apprécier, par la voie du renvoi préjudiciel, la validité de l'acte de transposition. En revanche, si le droit invoqué est propre à l'ordre juridique français, s'il est « inhérent à l'identité constitutionnelle de la France »¹¹⁶⁶, l'impossibilité pour la Cour de justice d'en assurer la protection justifie que le Conseil puisse contrôler la constitutionnalité de l'acte de transposition. Ce retrait du Conseil constitutionnel permet d'éviter les recoupements entre le contrôle de constitutionnalité de la loi de transposition et le contrôle de conformité de la directive aux traités. Il apparaît donc inutile d'instaurer une priorité du renvoi préjudiciel sur la question prioritaire de constitutionnalité, alors que les deux contrôles n'entrent jamais en concurrence pour la protection d'un droit identique. Le juge inférieur par exemple ne doit pas hésiter lorsqu'un justiciable conteste devant lui la constitutionnalité d'une loi de transposition ainsi que la conformité de la directive à la Charte des droits fondamentaux. Si la protection offerte par la Charte est équivalente à celle proposée par les dispositions constitutionnelles, la question prioritaire de constitutionnalité est impossible, faute d'être recevable. Le juge doit alors procéder au renvoi préjudiciel à la Cour de justice. Si le droit invoqué est propre à l'ordre constitutionnel, le juge pourra procéder à la question prioritaire de constitutionnalité. Faute de concurrence, la priorité est dépourvue d'utilité.

491. Reste certes l'hypothèse d'école d'une loi de transposition qui serait à la fois contraire à un droit protégé par l'Union européenne et à un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France. La priorité aurait pour elle l'unique avantage de préserver l'apanage dont dispose la Cour de justice pour apprécier la validité du droit dérivé de l'Union européenne. Pour digne d'intérêt qu'il soit, cet avantage, une fois relativisé, s'avère insuffisant à justifier la perte de temps à laquelle obligerait la succession des renvois.

En effet, la priorité du renvoi préjudiciel ne fait pas obstacle à l'annulation postérieure, par le Conseil constitutionnel, de la loi transposant la directive. Il est donc erroné de croire que la priorité préserve le monopole de la Cour de justice dans l'appréciation de la validité du droit dérivé. Elle ne lui donne que la possibilité d'y procéder en premier lieu. Au regard de cet avantage bien maigre, le coût temporel de la priorité du renvoi préjudiciel s'avère démesuré.

constitutionnel du 27 juillet 2006 sur la loi relative aux droits d'auteurs », *RFDC* 2006, p. 837 ; M. VERPEAUX, « Rappel des normes de référence dans le contrôle effectué par le Conseil sur la loi "Droit d'auteur" », *JCP G*, 2007, p. 34.

¹¹⁶⁶ CC 2006-540 DC 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*.

Les délais d'examen d'un renvoi préjudiciel par la Cour de justice sont supérieurs à douze mois, durée pendant laquelle le juge constitutionnel serait condamné à l'inertie.

La question prioritaire de constitutionnalité et le renvoi préjudiciel à la Cour de justice témoignent chacun leur tour de l'inconvenance de la priorité d'un renvoi sur l'autre. Cette solution, fondée sur les obligations de l'État français envers l'Union européenne, doit d'être généralisée pour passer du statut d'espèce à celui de principe (2).

2) Le refus généralisé d'une succession des renvois

492. Le concert à quatre voix délivré par la Cour de cassation, le Conseil d'État, le Conseil constitutionnel et la Cour de justice de l'Union européenne semble avoir définitivement réglé la question de l'articulation de la question prioritaire de constitutionnalité et du renvoi préjudiciel. La priorité d'examen du moyen d'inconstitutionnalité ne saurait faire obstacle à l'exercice d'un renvoi préjudiciel à la Cour de justice.

Si la solution doit être applaudie, le fondement qui la justifie invite au contraire à la circonspection. Tels qu'en témoignent les travaux préparatoires à la loi organique, le refus d'une priorité temporelle de la question de constitutionnalité sur le renvoi préjudiciel à la Cour de justice ne tient qu'à la volonté de l'État français de respecter les engagements qui découlent de son appartenance à l'Union européenne. Le rejet de la succession des renvois reste donc cantonné à l'articulation de ces deux renvois spécifiques. Elle laisse entière la question du maintien de la priorité en dehors de son cadre, notamment dans le cas d'une concurrence entre la question prioritaire de constitutionnalité et une demande d'avis à la Cour européenne des droits de l'homme.

493. Quelle que soit l'hypothèse de concurrence envisagée, la succession des renvois doit être écartée. La finalité des renvois préalables suffit à la condamner.

En effet, est-il seulement nécessaire de rappeler que l'institution des mécanismes préjudiciels a souvent été dictée par cette volonté farouche de lutter contre l'accélération du temps du droit ; de faire œuvre de célérité quand la stratification procédurale des mécanismes hiérarchiques augmente considérablement la durée des procédures ? Comment, dès lors, obliger le juge du fond à l'inertie et lui interdire l'exercice d'un second renvoi préalable tant que la réponse au premier n'a pas été délivrée ? La succession des renvois engendre inexorablement un rallongement excessif du temps nécessaire à l'interprétation du droit et,

corrélativement, au traitement de l'affaire qui en constitue l'occasion. La consécration du mécanisme des demandes d'avis à la Cour européenne des droits de l'homme pourrait obliger le juge national à saisir, d'abord la Cour de justice de l'Union européenne, ensuite le Conseil constitutionnel et, dans un troisième temps seulement, la Cour européenne des droits de l'homme. Il est évident que, dans ces conditions, le mécanisme des demandes d'avis ne pourrait remplir l'office qui a motivé sa consécration : pallier la consommation de temps excessive du recours individuel.

494. Plus qu'elle contrevient aux obligations de l'État français vis-à-vis de l'Union européenne, la priorité temporelle d'un renvoi préalable sur les autres va contre sa nature. Aucun argument valable ne la justifie. Au contraire, son introduction contredit l'essence des mécanismes, soucieux d'accélérer le temps du procès et celui nécessaire à l'interprétation du droit. Les renvois concurrents ne doivent pas être exercés successivement, mais simultanément (B).

B) La concomitance des renvois

495. *Les bénéfiques de la simultanéité.* L'articulation des renvois concurrents ne peut s'opérer par le choix de l'un aux dépens des autres, faute pour chacun des mécanismes d'assurer une protection similaire des droits protégés. Elle ne peut non plus trouver sa solution dans leur hiérarchie temporelle, faute de lui trouver une justification qui compense l'étendue de ses inconvénients. L'articulation des renvois concurrents s'impose dorénavant comme une évidence. La seule solution acceptable consiste, pour le juge inférieur, à opérer une mise en œuvre simultanée de l'ensemble des renvois¹¹⁶⁷.

496. L'étude de la question prioritaire de constitutionnalité et du renvoi préjudiciel a prouvé que la solution est possible. Il y a fort à parier que l'introduction prochaine du mécanisme des demandes d'avis à la Cour européenne des droits de l'homme fera passer la

¹¹⁶⁷ « La quatrième alternative pour la juridiction ordinaire consisterait à renvoyer simultanément au Conseil constitutionnel d'un côté et à la Cour de justice de l'autre, la question préjudicielle de constitutionnalité et la question préjudicielle communautaire » (L. BURGORGUE-LARSEN, « Question préjudicielle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité, État des lieux de leurs liaisons (éventuellement dangereuses) dans le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution », *RFDA* 2009. 787).

concomitance des renvois du rang de la possibilité à celui de la nécessité. L'exercice d'un choix et l'instauration d'une priorité d'examen constituaient des solutions envisageables lorsqu'il s'agissait d'articuler deux renvois. L'arrivée probable d'un nouvel instrument impose au contraire la concomitance de leur mise en œuvre. La simultanéité des renvois est la seule solution susceptible de résister à une éventuelle prolifération des mécanismes d'interprétation préjudicielle.

497. Indispensable d'un point de vue pratique, la solution cadre parfaitement avec l'essence du mécanisme, avec sa volonté d'accélérer l'intervention de la juridiction suprême dans l'intérêt du droit comme dans celui du justiciable. Tout l'attrait de la technique préjudicielle repose sur cette faculté, pour le juge inférieur, d'isoler les différents problèmes juridiques que pose son affaire et d'éclater leur résolution entre les mains de juridictions distinctes. A faire travailler simultanément l'ensemble des juridictions suprêmes autour des questions que pose son litige, le juge du fond économise un temps aujourd'hui précieux.

498. *Les problèmes à dépasser.* La solution de la concomitance des renvois n'est toutefois pas sans inconvénient. Elle repousse le problème de leur articulation vers celui de l'articulation de leurs réponses. A défaut de choix entre les normes, leur concurrence entraîne une concurrence des renvois. A défaut de choix entre les renvois, leur concurrence emporte celle de leurs solutions. Lorsque le juge inférieur déclenche simultanément plusieurs renvois préalables, doit-il attendre l'ensemble des réponses pour trancher son litige, où bien peut-il statuer dès que l'une des réponses le lui permet ?

Le problème est inédit. Jamais aucun juge n'a encore simultanément renvoyé une question d'interprétation à la Cour de justice et une question de constitutionnalité au Conseil constitutionnel. Le droit positif n'étant d'aucun secours, seule une démarche prospective peut être proposée. Chacune des solutions peut avancer des arguments favorables. C'est de leur confrontation qu'émerge la solution.

499. L'hypothèse est *a priori* séduisante d'inviter le juge inférieur à statuer dès que l'une des réponses le lui permet. Deux arguments militent en ce sens.

D'une part, la mise en concurrence des juridictions est le meilleur moyen de les inciter à réduire leurs délais d'intervention. Il n'est pas question de laisser penser que les juridictions concourent, par leur inertie, à l'augmentation de ces délais. Les problèmes sont avant tout

structurels. La concurrence entre les juridictions serait toutefois un argument supplémentaire au soutien d'une réforme de leur mode de fonctionnement.

D'autre part, si le renvoi préalable trouve l'occasion de sa réalisation dans un litige concret, sa vocation tient d'abord à la préservation de l'unité du droit au sein d'un ordre juridique donné. Sitôt qu'il est mis en œuvre, le renvoi prend son indépendance vis-à-vis de l'affaire en cause, il s'en détache et gagne son autonomie. L'intérêt du renvoi préalable ne réside pas dans son application au cas qui en fournit l'occasion, mais dans l'émission et la diffusion d'une interprétation par delà ce cas. Le juge inférieur peut donc bien statuer au plus vite et trancher son litige, la question d'interprétation ne perd pas son intérêt devant les autres juridictions suprêmes. D'un point de vue exclusivement pratique, il y a lieu d'autoriser le juge saisi du litige à le trancher aussi vite que possible.

500. Un obstacle théorique empêcherait toutefois de souscrire à cette solution. Lorsque le renvoi porte sur l'interprétation d'un texte, l'office interprétatif du juge ne serait justifié que par l'application de l'interprétation à une affaire en cours. Le juge ne pourrait, sans porter une atteinte flagrante au principe de séparation des pouvoirs, délivrer une interprétation purement abstraite, étrangère à la résolution d'un quelconque litige. En l'espèce, si le juge ayant décidé d'exercer les renvois tranche le litige dès qu'il obtient une réponse favorable, il rend sans objet les renvois encore pendants. A titre d'exemple, si le Conseil constitutionnel censure une loi et que le juge décide, sur ce fondement, de trancher le litige qui lui est soumis, le renvoi préjudiciel en interprétation effectué devant la Cour de justice perd son objet. Le droit positif prévoit d'ailleurs que l'extinction de l'affaire au fond l'empêche de délivrer son interprétation¹¹⁶⁸.

501. Cet argument n'est toutefois pas insurmontable. Les développements précédents¹¹⁶⁹ ont d'ores et déjà démontré l'impropriété du lien tissé entre l'espèce et le renvoi préalable. Pour les raisons qui ont été expliquées, le renvoi devrait se poursuivre malgré l'extinction de l'instance au fond. Cette solution permettrait alors au juge, en cas de simultanéité des renvois, de trancher son litige dès que l'une des réponses le lui permet.

¹¹⁶⁸ V. *supra*, n° 408.

¹¹⁶⁹ V. *supra*, n° 409 et s.

502. Conclusion de la section 1. La concurrence entre les renvois préalables s'explique facilement. La fin du XX^{ème} siècle se caractérise par le développement de la supra-légalité et par la multiplication de normes directement applicables devant le juge de droit commun. Un litige peut trouver sa solution dans l'application du droit de l'Union européenne, de la Convention européenne des droits de l'homme ou des textes constitutionnels. L'ensemble de ces normes est en perpétuelle concurrence, une concurrence qui emporte nécessairement celle des instruments chargés d'unifier leur interprétation. La concurrence des normes entraîne la concurrence des renvois.

Il ne suffisait pas toutefois d'expliquer les causes de la concurrence pour purger la question de tout son intérêt. Encore fallait-il proposer une solution qui permette au juge d'en assurer le traitement.

Trois solutions étaient susceptibles de s'offrir à lui : celle du choix de l'un des renvois, celle de leur succession et celle de leur simultanéité. Les deux premières hypothèses ont finalement cédé au profit de la dernière, seule capable de satisfaire à l'exigence de célérité qui gouverne notre siècle et de prévenir une multiplication prochaine des mécanismes préjudiciels d'interprétation. La concurrence des renvois doit ainsi se résoudre par leur concomitance. Reste à envisager les hypothèses où, loin d'être concurrents, les renvois apparaissent complémentaires (Section 2).

SECTION II : LA COMPLEMENTARITE DES RENVOIS

503. La complémentarité peut être définie comme l'action par laquelle une chose s'unit à une autre pour parvenir à un état d'achèvement. Les renvois préalables seront dits complémentaires lorsque la mise en œuvre de l'un d'eux entraîne l'exercice d'un second, leur union permettant alors au juge de trancher son litige. Complices obligés de la résolution d'une affaire, les renvois doivent alors compter l'un sur l'autre.

504. Cette collaboration imposée peut recouvrir deux formes distinctes. La première situation est celle d'un juge suprême qui, pour répondre à la question qui lui est renvoyée, doit préalablement trancher une question qui relève de la compétence d'une autre juridiction suprême. Le juge, saisi sur renvoi, doit alors à son tour... renvoyer.

La seconde situation est celle où le juge suprême, saisi sur renvoi, délivre sans encombre une réponse qui génère toutefois une question de droit jusqu'alors inconnue. Cette question oblige le juge à l'exercice d'un nouveau renvoi préalable.

505. Le second renvoi est donc parfois nécessaire à la reddition d'un premier. Le juge suprême opère alors un renvoi sur renvoi (§1). Mais il arrive également qu'un second renvoi soit engendré par la réponse apportée à un premier renvoi. Le juge du fond opère alors deux renvois successifs (§2).

§1 - LE RENVOI NECESSAIRE A LA SOLUTION D'UN PREMIER RENVOI : L'HYPOTHESE D'UN RENVOI SUR RENVOI

506. Les différents catalogues de droits fondamentaux ont été jusqu'alors présentés comme les produits concurrentiels de systèmes hermétiques les uns aux autres. Le droit de l'Union européenne, le droit de la Convention européenne des droits de l'homme et les droits fondamentaux protégés par les textes constitutionnels ont été exposés comme trois instruments indépendants et cloisonnés se disputant l'application à une même situation juridique.

Une telle présentation s'avère partielle, lacunaire, presque caricaturale. Loin d'être

cloisonnées ou hermétiques, les normes législatives, européennes et constitutionnelles interfèrent les unes avec les autres. Leurs relations sont parfois sous-jacentes, notamment lorsque leur sens se rapproche sous l'effet d'une attraction réciproque. Leurs rapports sont en revanche quelques fois explicites. Ils prennent alors la forme de connexions et de points de contact épisodiques. Le Conseil constitutionnel mobilise parfois le droit de l'Union européenne à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité. La Cour de justice interprète la Convention européenne des droits de l'homme dans le cadre d'un renvoi préjudiciel. Autant d'hypothèses dans lesquelles un juge suprême, saisi sur renvoi, peut être amené à interpréter une norme dont l'uniformisation relève de l'apanage d'une autre cour suprême. Saisi sur renvoi, il doit alors à son tour renvoyer pour répondre ensuite à la question qui lui est posée.

Deux cas d'espèce seront présentés, deux cas qui obligent à s'interroger sur l'opportunité d'une telle complémentarité. Doit-elle être encouragée ou condamnée ? Au principe (A) de la complémentarité devra succéder son analyse critique (B).

A) Le principe de la complémentarité

507. Deux cas de complémentarité seront spécifiquement détaillés. Le premier est extrait du droit positif et recouvre l'hypothèse où le Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, interroge la Cour de justice par la voie du renvoi préjudiciel (1). Le second est au contraire purement prospectif (ou divinatoire ?) et tient à la relation de complémentarité qui pourrait exister entre une demande d'avis à la Convention européenne des droits de l'homme d'une part, et le renvoi préjudiciel et la question prioritaire de constitutionnalité d'autre part (2).

1) L'hypothèse du renvoi préjudiciel à la Cour de justice par le Conseil constitutionnel saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité

508. De l'avis concerté de la doctrine, la décision du Conseil constitutionnel du 4 avril

2013¹¹⁷⁰ est de celles dont l'histoire de l'institution se souviendra. Dans cette affaire, le Conseil a décidé d'interroger la Cour de justice par la voie du renvoi préjudiciel alors qu'il était saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité. Il a confirmé ce qui constituait jusqu'alors une simple hypothèse : la complémentarité des renvois préalables.

509. « Extraordinaire »¹¹⁷¹ par la solution qu'elle propose, la décision l'est tout autant par l'affaire rocambolesque dans laquelle elle puise ses origines. C'est une amourette née outre-manche entre un enseignant et son élève de quinze ans qui a fourni au Conseil constitutionnel l'occasion de cette « grande »¹¹⁷² décision. Les soupirants avaient en effet discrètement quitté leur pays pour rejoindre la France. Recherché pour « enlèvement d'enfant », l'homme fut arrêté quelques jours plus tard à Bordeaux sur le fondement d'un mandat d'arrêt européen délivré par un juge britannique. Après qu'il fût remis aux autorités de l'État requérant, la justice britannique a toutefois souhaité élargir les poursuites à des faits d'activité sexuelle avec un enfant. « Or le principe de spécialité interdit de poursuivre un extradé pour une infraction autre que celle ayant motivé son extradition »¹¹⁷³, sauf pour l'État requérant à demander une extension de l'incrimination à l'État requis. Sollicitée en ce sens, la chambre de l'instruction de Bordeaux a accueilli favorablement la demande par une décision contre laquelle l'intéressé

¹¹⁷⁰ CC 2013-314P QPC du 4 avril 2013, *Jérémy F* ; D. DE BECHILLON, « Jouer le jeu », *AJDA* 2013. 817 ; F. CHATIEL, « Constitution et droit européen : le Conseil constitutionnel, juge européen. A propos d'un nouveau type de décision: les décisions en "P" », *Revue de l'Union européenne*, 2013, p. 261 ; D. ROUSSEAU, « L'intégration du Conseil constitutionnel au système juridictionnel européen », *Gaz. Pal.*, 5 mai 2013, n° 125-127, p. 13-16 ; D. SIMON, « "Il y a toujours une première fois". À propos de la décision 2013-314 QPC du Conseil constitutionnel du 4 avril 2013 », *Europe*, mai 2013, n° 5, p. 6 ; M. GAUTIER, « L'entrée timide du Conseil constitutionnel dans le système juridictionnel européen », *AJDA*, 3 juin 2013, n° 19, p. 1086 ; C. NOURISSAT, « Première question préjudicielle du Conseil constitutionnel à la Cour de justice de l'Union européenne : Live and let die? », *Procédures*, juin 2013, n° 6, p. 1 ; J.-L. DEBRE, D. SIMON, « Le Conseil constitutionnel et le droit de l'Union européenne », *Europe*, juillet 2013, n° 7, p. 4 ; E. BRUCE, « Question sur la question ! Nouvelles déclinaisons du contrôle de la constitutionnalité des lois de transposition », *Politeia*, 2013, n° 23, p. 89 ; J.-C. BONICHOT, « Le Conseil constitutionnel, la Cour de justice et le mandat d'arrêt européen », *D.* 2013. 1805 ; A. LEVADE, « Premier renvoi préjudiciel du Conseil constitutionnel à la Cour de justice : nouveau cadre procédural du dialogue des juges ! », *Constitutions*, Avril 2013, p. 187 ; L. COUTRON, P.-Y. GAHDOUN, « Premier renvoi préjudiciel du Conseil constitutionnel à la Cour de justice de l'Union européenne : une innovation aux implications incertaines. (A propos de la décision « mandat d'arrêt européen » du Conseil constitutionnel du 4 avril 2013), *RDP* 2013. 1212.

¹¹⁷¹ « Par sa décision du 4 avril 2013, le Conseil constitutionnel français a saisi la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle. Phrase banale, décision énorme. Extra-ordinaire même, au sens où elle sort de l'ordre commun, où elle est un événement inattendu, inimaginable et donc... admirable ! » (D. ROUSSEAU, « L'intégration du Conseil constitutionnel au système juridictionnel européen », *Gaz. Pal.*, 07 mai 2013, n° 127, p. 13).

¹¹⁷² « À l'aune de sa jurisprudence européenne, le Conseil constitutionnel a rendu, le 4 avril dernier, ce que l'on peut considérer comme une grande décision ! Très vraisemblablement, celle-ci devrait être présentée comme une révolution puisque, pour la première fois, le juge constitutionnel y fait le choix de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union » (A. LEVADE, « Anatomie d'une première : renvoi préjudiciel du Conseil constitutionnel à la Cour de justice ! », *JCP G* 2013. 649).

¹¹⁷³ D. ROUSSEAU, « L'intégration du Conseil constitutionnel au système juridictionnel européen », *Gaz. Pal.*, 07 mai 2013, n° 127, p. 13.

a immédiatement formé un pourvoi en cassation.

510. La contestation semblait vouée à l'échec, la législation française excluant tout recours contre la décision par laquelle la chambre de l'instruction statue sur une demande d'élargissement des effets de la décision de remise¹¹⁷⁴. C'était sans compter sur l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité qui permet de s'affranchir aujourd'hui d'un obstacle naguère rédhibitoire. Si la loi interdit tout recours, il suffit de contester la loi. L'exclusion de tout recours n'était-elle pas contraire au principe d'égalité devant la justice et au droit à un recours juridictionnel effectif protégés par la Constitution ?

511. Une question d'interprétation. La démarche n'allait pas sans soulever son lot de difficultés. Les dispositions législatives relatives au mandat d'arrêt européen sont en effet issues de la transposition, en droit français, d'une décision-cadre de l'Union européenne. Afin d'éviter que la constitutionnalité de telles dispositions ne soit contestée, le constituant a pris la peine d'introduire, dans le texte constitutionnel, un article 88-2¹¹⁷⁵ leur accordant un brevet de constitutionnalité. Toute loi fixant les règles relatives au mandat d'arrêt européen en application des actes pris par les institutions de l'Union européenne est drapée d'une onction constitutionnelle. « Grâce à cette disposition (...) la loi qui se bornerait à faire application des textes européens relatifs au mandat d'arrêt européen (...) ne peut être inconstitutionnelle, nonobstant les atteintes qu'elle porterait à d'autres principes contenus dans la Constitution »¹¹⁷⁶.

Le contrôle de la constitutionnalité de la loi française était donc subordonnée à la « relation

¹¹⁷⁴ L'alinéa 1^{er} de l'article 695-46 du Code de procédure pénale dispose que « la chambre de l'instruction devant laquelle la personne recherchée a comparu est saisie de toute demande émanant des autorités compétentes de l'État membre d'émission en vue de consentir à des poursuites ou à la mise à exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté prononcées pour d'autres infractions que celles ayant motivé la remise et commises antérieurement à celle-ci ». L'alinéa 4 ajoute que « la chambre de l'instruction statue sans recours après s'être assurée que la demande comporte aussi les renseignements prévus à l'article 695-13 et avoir, le cas échéant, obtenu des garanties au regard des dispositions de l'article 695-32, dans le délai de trente jours à compter de la réception de la demande ».

¹¹⁷⁵ L'article 88-2 indique depuis la loi constitutionnelle du 25 mars 2003 que « la loi fixe les règles relatives au mandat d'arrêt européen en application des actes pris par les institutions de l'Union européenne ». Le problème eut été relativement identique en l'absence de telles dispositions constitutionnelles. Le Conseil juge que la transposition des directives étant une « exigence constitutionnelle » découlant de l'article 88-1 de la Constitution, il est incompétent à se prononcer sur les dispositions législatives « qui se bornent à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises d'une directive européenne » sauf à ce que l'atteinte porte sur un droit inhérent à l'identité constitutionnelle de la France (CC 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*).

¹¹⁷⁶ M. GAUTIER, « L'entrée timide du Conseil constitutionnel dans le système juridictionnel européen », *AJDA* 2013. 1086.

d'écriture et de sens »¹¹⁷⁷ entre la décision-cadre et la loi de transposition. Sa constitutionnalité ne pouvait être contestée si l'absence de recours était imposée par la norme européenne. En revanche, le Conseil constitutionnel recouvrait sa compétence si cette disposition relevait de la marge d'appréciation du législateur. Pour répondre à cette question, encore fallait-il interpréter la décision-cadre, une interprétation conditionnait la compétence du Conseil constitutionnel. Exclu en cas de réponse positive, le contrôle devenait une réalité dans l'hypothèse inverse.

512. Une question d'interprétation problématique. Si la décision-cadre ne prévoit pas textuellement l'absence de recours contre la décision de la chambre de l'instruction, il n'est pas exclu que ses dispositions l'imposent implicitement. Elle exige en effet que la décision de la chambre de l'instruction soit prise dans les trente jours qui suivent la réception de la demande¹¹⁷⁸. Une interprétation stricte pouvait laisser penser que la brièveté du délai excluait la possibilité d'un quelconque recours. Une interprétation plus lâche permettait au contraire de considérer que le délai de trente jours ne s'imposait que sous réserve de l'exercice des voies de recours. Dans le premier cas, l'absence de recours prévue par la loi aurait été imposée au législateur par le droit de l'Union européenne, alors que dans le second, elle aurait été l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par le législateur français. Il y avait là une indétermination de la directive que le Conseil constitutionnel ne pouvait trancher et qui était pourtant nécessaire à l'exercice de son office. Plus qu'une simple question d'interprétation à laquelle il aurait pu répondre, le Conseil était confronté à un véritable problème herméneutique. Son incapacité à trancher entre ces deux interprétations l'a incité à saisir la Cour de justice par la voie du renvoi préjudiciel.

513. Les suites du renvoi. Saisie par le Conseil constitutionnel, la Cour tenait l'occasion de préciser le sens de la directive. Il lui fallait toutefois se prononcer d'abord sur la validité de sa saisine par le Conseil, la réponse à ce second point n'étant pas moins indécise que la réponse au premier. La Cour tenait plusieurs arguments à sa disposition pour fermer au Conseil constitutionnel la voie du renvoi préjudiciel, à commencer par celui, récurrent, de sa

¹¹⁷⁷ D. ROUSSEAU, « L'intégration du Conseil constitutionnel au système juridictionnel européen », *Gaz. Pal.*, 07 mai 2013, n° 127, p. 13.

¹¹⁷⁸ L'article 27 de la décision-cadre dispose que « sauf dans les cas visés aux paragraphes 1 et 3, une personne qui a été remise ne peut être poursuivie, condamnée ou privée de liberté pour une infraction commise avant sa remise autre que celle qui a motivé sa remise. Le paragraphe 2 ne s'applique pas dans les cas suivants: « lorsque l'autorité judiciaire d'exécution qui a remis la personne donne son consentement (...) La demande de consentement est présentée à l'autorité judiciaire d'exécution (...) La décision est prise au plus tard trente jours après réception de la demande ».

nature extra-juridictionnelle. Elle a toutefois préféré délivrer un arrêt plein d'empathie en recevant sans réserve la demande exceptionnelle du juge constitutionnel. Loin de tuer dans l'œuf l'hypothèse d'un renvoi sur renvoi, la Cour de justice conspirait à sa réitération et posait les bases solides d'une relation naissante. Elle a finalement décidé, dans un arrêt du 30 mai 2013¹¹⁷⁹, que l'absence de recours n'était pas imposée par la décision-cadre. Elle a ainsi permis au Conseil constitutionnel de statuer sur la constitutionnalité de la loi de transposition¹¹⁸⁰.

2) L'hypothèse du renvoi à la Cour européenne des droits de l'homme par la Cour de justice et par le Conseil constitutionnel

514. La motivation par référence constitue un autre point de contact entre les juges et leurs interprétations. Chaque juridiction suprême s'imprègne, dans la formation de sa jurisprudence, de celle de ses homologues. Bien que les mouvements soient à sens multiples, il est devenu habituel que la Cour de justice de l'Union européenne et le Conseil constitutionnel s'inspirent des interprétations délivrées par la Cour européenne des droits de l'homme. Ils le font, il est vrai, dans des proportions variables et selon des modalités distinctes. Alors que la Cour de justice ne masque pas l'influence décisive de la Cour de Strasbourg sur l'élaboration de son œuvre, le Conseil constitutionnel demeure quant à lui plus réticent à révéler ses inspirations.

Cette motivation par référence est lourde de conséquences quant à l'articulation des renvois préalables. Si l'interprétation de la Convention influence directement l'interprétation de la Charte des droits fondamentaux et celle des droits constitutionnels, la Cour de justice et le Conseil constitutionnel pourraient être amenés à solliciter, sur renvoi, l'avis de la Cour européenne des droits de l'homme. Un champ nouveau de complémentarité s'ouvre alors entre la demande d'avis à la Cour européenne des droits de l'homme et le renvoi préjudiciel d'une part (a), et la question prioritaire de constitutionnalité d'autre part (b).

¹¹⁷⁹ CJUE, 30 mai 2013, *Jérémy F. c/ Premier Ministre*, C 168/13 PPU ; L. COUTRON, P.-Y. GAHDOUN, « Premier renvoi préjudiciel du Conseil constitutionnel à la Cour de justice de l'Union européenne : une innovation aux implications incertaines. (A propos de la décision « mandat d'arrêt européen » du Conseil constitutionnel du 4 avril 2013), *RDP* 2013. 1212.

¹¹⁸⁰ CC 2013-314 QPC du 14 juin 2013, *Jérémy F.*

a) Le renvoi à la Cour européenne des droits de l'homme par la Cour de justice

515. Les liens et les recoupements entre la Charte des droits fondamentaux et la Convention européenne des droits de l'homme ont d'ores et déjà été révélés. Nombre de droits protégés par la première étaient antérieurement défendus par la seconde, au point que l'utilité même de la consécration de la Charte a pu être mise en doute¹¹⁸¹.

Ce sentiment de double emploi a rendu d'autant plus nécessaire l'articulation des deux instruments. L'article 52 alinéa 3 de la Charte prévoit à cette fin que, « dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention ». L'interprétation de la Charte se fait par référence à l'interprétation que la Cour européenne des droits de l'homme retient du même droit, sauf pour la Cour de justice à consacrer une protection supérieure¹¹⁸².

Cette interprétation par référence pose des difficultés. Il suffit pour s'en convaincre d'imaginer la contestation, devant la Cour de justice, de la conformité d'un acte de droit dérivé au regard de la Charte des droits fondamentaux. Quelle attitude doit adopter la Cour de justice si le droit prétendument bafoué est également protégé par la Convention, mais que son interprétation n'a pas été fixée par la Cour européenne des droits de l'homme ? La situation est délicate. Si la Cour de justice déclare la directive conforme, son interprétation risque d'être contestée par la suite devant la Cour européenne des droits de l'homme. Le désaveu serait alors cinglant¹¹⁸³. La seule solution pour éviter cet affront serait d'interroger la Cour européenne des droits de l'homme à titre préjudiciel. Le mécanisme des demandes d'avis serait alors complémentaire par rapport au renvoi préjudiciel exercé devant la Cour de justice.

¹¹⁸¹ B. GENEVOIS, « La Convention et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : complémentarité ou concurrence ? », *RFDA* 2010. 437 et s. ; F.-X. MILLET, « Réflexions sur la notion de protection équivalente des droits fondamentaux », *RFDA* 2012. 307 ; A. MEXIS, « Deux protections valent mieux qu'une : la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme », *Revue Lamy de la concurrence*, 2011, p. 27 et s. ; P. CASSIA, S. VON COESTER, « L'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne par le juge national », *JCP G* 2012, doctr. p. 298. ; V. MICHEL, « Convention européenne des droits de l'Homme et Charte des droits fondamentaux de l'Union : entre mythe ancien et conte moderne », *LPA*, 2003, n° 125, p. 8.

¹¹⁸² « Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue » (Art. 52 al. 3, Charte des droits fondamentaux).

¹¹⁸³ Il convient de relever qu'entre les deux cours, des divergences jurisprudentielles existent déjà. Ainsi, par exemple, dans l'affaire *Orkem* (CJCE, 18 octobre 1989, *Orkem c/ Commission*, aff. 374/87, Rec. 3283), la CJUE a indiqué que le droit de toute partie accusée de garder le silence et de ne pas s'incriminer soi-même n'était pas garanti par la CEDH. Quatre ans plus tard, la Cour européenne des droits de l'homme a, au contraire indiqué dans l'arrêt *Funke c/ France*, du 25 février 1993 (CEDH, 25 févr. 1993, n° 10588/83, *Funke c/ France* : *JurisData* n° 1993-605005 ; *Rec. CEDH* 1993, série A, § 44 ; *RJF* 1993, n° 1254 ; DS 1993 SC 387/388), que ce droit était garanti par l'article 6§1 de la CEDH.

516. Bien entendu, cette hypothèse d'une demande d'avis de la Cour de justice à la Cour européenne des droits de l'homme est aujourd'hui doublement conditionnée. Elle l'est d'abord à la consécration du mécanisme des demandes d'avis devant la Cour européenne des droits de l'homme. Elle l'est ensuite à l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme. Il ne suffirait pas, en effet, que le mécanisme des demandes d'avis à la Cour européenne soit consacré pour que la Cour de justice puisse le mettre en œuvre. Encore faudrait-il que l'Union soit liée par la Convention. L'hypothèse est toutefois loin d'être utopique. D'une part, le Protocole n° 16 à la Convention consacrant un mécanisme de demandes d'avis devant la Cour européenne des droits de l'homme a été ouvert à la signature des États le 2 octobre 2013. D'autre part, le traité de Lisbonne a fait de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention une véritable obligation. Cette adhésion n'est pas simple. Elle implique un certain nombre de modifications qui tiennent aux spécificités de l'Union européenne par rapport aux structures étatiques. Toutefois, le 10 juin 2013, après trois années de tractations¹¹⁸⁴, les négociateurs du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne ont remis au Comité Directeur pour les Droits de l'Homme le projet final d'accord d'adhésion. Il faut encore que la Cour de justice vérifie la compatibilité de l'accord aux traités et que le Conseil de l'Union en adopte ses stipulations. L'adhésion n'est toutefois plus qu'une question de temps¹¹⁸⁵.

¹¹⁸⁴ Le projet final revient, dans son introduction, sur l'historique des négociations qui l'ont précédé : « Lors de leur 1085^{ème} réunion (26 mai 2010), les Délégués ont adopté un mandat occasionnel chargeant le Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH) d'élaborer, au plus tard le 30 juin 2011, en coopération avec le(s) représentant(s) de l'Union européenne (UE) nommé(s) par cette dernière, un instrument juridique, ou des instruments, établissant les modalités d'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme. En conformité avec ce mandat occasionnel, le CDDH a décidé lors de sa 70^{ème} réunion (15-18 juin 2010) de confier cette tâche à un groupe informel de 14 membres (7 provenant d'États membres de l'UE et 7 provenant d'États qui ne sont pas membres de l'UE), choisis sur la base de leur expertise (CDDH-UE). Le CDDH-UE a tenu au total huit réunions de travail avec la Commission européenne entre juillet 2010 et juin 2011. Le CDDH a soumis un rapport au Comité des Ministres sur le travail effectué par le CDDH-UE, avec des projets d'instruments juridiques annexés, le 14 octobre 2011. Le 13 juin 2012, le Comité des Ministres a donné un nouveau mandat au CDDH en vue de poursuivre les négociations avec l'UE, au sein d'un groupe ad hoc «47+1», afin de finaliser les instruments juridiques fixant les modalités d'adhésion de l'UE à la Convention (...) Le groupe «47+1» a tenu cinq réunions de négociation avec la Commission européenne. Lors de la 5^{ème} réunion, les participants sont parvenus à un accord au niveau des négociateurs sur les projets révisés d'instruments, tels qu'ils figurent dans les annexes au présent rapport ». En ligne sur : [http://www.coe.int/t/dghl/standard_setting/hrpolicy/accession/Meeting_reports/47_1\(2013\)008rev2_FR.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standard_setting/hrpolicy/accession/Meeting_reports/47_1(2013)008rev2_FR.pdf).

¹¹⁸⁵ F. TULKENS, « Pour et vers une organisation harmonieuse », *RTDE* 2011. 27.

b) Le renvoi à la Cour européenne des droits de l'homme par le Conseil constitutionnel

517. La relation du Conseil constitutionnel avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est moins explicite que celle liant les cours de Strasbourg et de Luxembourg. Certes, le Conseil constitutionnel s'imprègne de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme¹¹⁸⁶, mais l'influence demeure souvent tacite¹¹⁸⁷. Si la théorie des droits équivalents¹¹⁸⁸ lui permet « d'enrichir les principes et les objectifs de valeur constitutionnelle »¹¹⁸⁹, l'usage demeure « implicite¹¹⁹⁰ et discret »¹¹⁹¹. Cette timidité s'expliquerait par la décision du Conseil constitutionnel d'exclure de son orbite le contrôle de la conventionnalité de la loi¹¹⁹². Etranger à ces normes, leur référence pourrait paraître malvenue. Elle s'expliquerait également par l'absence de mécanisme permettant de formaliser ce dialogue inter-juridictionnel. Les influences doivent demeurer informelles, sous jacentes. Elles existent, les juristes en ont conscience, mais l'omerta s'impose.

¹¹⁸⁶ Pour un mouvement en sens inverse : « dans son arrêt *Célice c. France*, après avoir constaté une atteinte à la substance du droit du requérant à un tribunal, la Cour “prend acte” de ce que le Conseil constitutionnel est parvenu au même constat qu'elle dans une affaire similaire, soulignant ainsi la proximité des protections » (R. TINIERE, « Constitutionnalité et conventionnalité, Question prioritaire de constitutionnalité et droit européen des droits de l'homme - Entre équivalence et complémentarité. Présentation. », *RDFA* 2012. 621).

¹¹⁸⁷ « Le processus d'acculturation des droits fondamentaux constitutionnels peut être plus ou moins accusé. Il peut arriver à son terme lorsque le Conseil constitutionnel considère, sans le dire, les droits constitutionnel et européen comme équivalents » (A. JAUREGUIBERRY, « L'influence des droits fondamentaux européens sur le contrôle a posteriori », *RFDA* 2013. 10).

¹¹⁸⁸ A titre d'illustration la sanction par le Conseil constitutionnel de la double fonction d'instruction et de jugement du juge des enfants (CC 2011-147 QPC, 8 juillet 2011, *Tarek J.*, *D.* 2012. 1638, obs. V. BERNAUD et N. JACQUINOT ; *RTD civ.* 2011. 756, obs. J. HAUSER) largement inspirée de l'arrêt *Adamkiewicz* de la Cour européenne des droits de l'homme, délivré l'année précédente (CEDH, 2 mars 2010, *Adamkiewicz c. Pologne*, n° 54729/00, P. BONFLIS, « L'impartialité du tribunal pour enfants et la Convention européenne des droits de l'homme », *D.* 2010. 1324). Pour une autre illustration concernant cette fois la décision du Conseil constitutionnel sur la motivation des arrêts d'assises (CC 2011-113/115 QPC, 1^{er} avr. 2011, *Xavier P. et autres*, *D.* 2011. 1154, obs. W. MASTOR et B. DE LAMY ; *D.* 1156, obs. J.-B. PERRIER ; *D.* 1158, chron. M. HUYETTE), dont la motivation est manifestement inspirée de l'arrêt *Taxquet* (CEDH, 13 janv. 2009, *Taxquet c. Belgique*, n° 926/05, *D.* 2009. 1058, note J.-F. RENUCCI ; *Just. & cass.* 2011. 241, étude C. MATHON ; *RFDA* 2009. 677, étude L. BERTHIER et A.-B. CAIRE).

¹¹⁸⁹ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La prise en compte de la Convention européenne des droits de l'homme par le Conseil constitutionnel, continuité ou évolution ? », *CCC*, 2005, en ligne : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-18/cahiers-du-conseil-constitutionnel-n-18.51916.html>

¹¹⁹⁰ « Le constat est relativement simple : malgré le refus persistant de citer la jurisprudence européenne et un catalogue de droits différent, même s'il présente de fortes similitudes sur le fond avec le texte de la Convention, la jurisprudence QPC du Conseil laisse apparaître un standard de protection largement équivalent au standard européen » (R. TINIERE, « Constitutionnalité et conventionnalité, Question prioritaire de constitutionnalité et droit européen des droits de l'homme - Entre équivalence et complémentarité. Présentation. », *RDFA* 2012. 621).

¹¹⁹¹ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *art. cit.*

¹¹⁹² CC 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, *RDFA* 1975. 189, note L. FAVOREU et P. LOIC ; *AJDA* 1975. 134, note J. RIVERO.

518. Il n'est pas exclu de voir chacun de ces deux obstacles céder l'un après l'autre. La jurisprudence *IVG* vacille¹¹⁹³. Elle pourrait bien être amendée par le Conseil constitutionnel, au moins s'agissant du contrôle de la conformité de la loi aux instruments conventionnels de protection des droits fondamentaux¹¹⁹⁴. En effet, ces traités ont une supériorité sur la loi qui n'est ni relative, ni contingente, et leur application n'est pas soumise à la condition de réciprocité. Le Conseil pourrait donc s'emparer de leur protection contre les atteintes de la loi, une extension de son office facilitée par l'affermissement constant de son autorité et de sa légitimité.

Le président du Conseil constitutionnel avait d'ailleurs soutenu cette hypothèse lors de son audition par le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^{ème} République. Après avoir révélé les inconvénients de l'exercice du contrôle de conventionnalité par les juridictions administratives et judiciaires, notamment s'agissant des contrariétés de leurs jurisprudences, il déclarait que « tout juge de première instance ou d'appel qui s'interrogerait sur la conformité d'une loi à un traité relatif aux droits fondamentaux ou à la Constitution devrait avoir la possibilité d'en saisir le Conseil constitutionnel »¹¹⁹⁵. Il était selon lui « nécessaire que la réforme permette au Conseil constitutionnel d'exercer *a posteriori* son pouvoir d'abroger la loi *erga omnes*, qu'elle soit contraire à la Constitution ou aux traités relatifs aux droits fondamentaux »¹¹⁹⁶.

Si le constituant n'a finalement pas retenu cette hypothèse, l'intervention du président de l'institution, associée aux interrogations de la doctrine¹¹⁹⁷, démontre la fragilité de la jurisprudence *IVG* et le souhait exprimé de son abandon.

Dans ce cadre renouvelé, l'instauration d'une demande d'avis à la Cour européenne des droits de l'homme prendrait tout son sens. Elle viendrait formaliser un dialogue aujourd'hui flanqué du sceau de la clandestinité. Le juge constitutionnel pourrait saisir la Cour européenne d'une demande d'avis à l'occasion de son contrôle de conventionnalité de la loi, fondant une nouvelle hypothèse de renvoi sur renvoi.

¹¹⁹³ G. CARCASSONNE, « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision 74-54 DC du 15 janvier 1975, CCC 1999. 93 ; B. GENEVOIS « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision 74-54 DC du 15 janvier 1975, CCC 1999. 101.

¹¹⁹⁴ Ces traités seraient essentiellement : la Convention européenne des droits de l'homme, les deux pactes de l'ONU, et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

¹¹⁹⁵ J.-L. DEBRE, Intervention du 19 septembre 2007 devant le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^{ème} République.

¹¹⁹⁶ *Ibid.*

¹¹⁹⁷ G. CARCASSONNE, *art. cit.*, p. 93 ; B. GENEVOIS, *art. cit.*, p. 101.

B) Appréciation critique de la complémentarité

519. La complémentarité des renvois est non seulement acceptée, mais également revendiquée par la doctrine. Le refus du juge constitutionnel d'utiliser le renvoi préjudiciel dans le cadre de son contrôle *a priori* avait été parfois contesté par les fervents défenseurs du monopole de la Cour de justice. Sa décision d'y procéder, lorsqu'il est saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, a donc été particulièrement applaudie (1).

Il faut pourtant dépasser le cadre de cette hypothèse particulière pour porter un jugement global sur la complémentarité. L'élargissement du spectre d'analyse laisse alors entrevoir une possible dangerosité (2).

1) Les vertus de la complémentarité

520. Appréciation de la solution. La solution du 4 avril 2013¹¹⁹⁸ initiant l'exercice du renvoi préjudiciel par le Conseil constitutionnel a été « remarquée »¹¹⁹⁹ et adoubée par l'ensemble de la doctrine juridique. Sa symbolique et son intérêt pratique imposaient les félicitations.

D'un point de vue symbolique, la solution du Conseil constitutionnel est apparue comme une main tendue à la Cour de justice après le psychodrame de l'arrêt *Melki*¹²⁰⁰. Le Conseil a fait un pas vers la Cour, un pas d'autant plus important que, arguant du bref délai dans lequel il

¹¹⁹⁸ CC 2013-314P QPC du 4 avril 2013, *Jérémy F* ; D. DE BECHILLON, « Jouer le jeu », *AJDA* 2013. 817 ; F. CHATIEL, « Constitution et droit européen : le Conseil constitutionnel, juge européen. A propos d'un nouveau type de décision : les décisions en "P" », *Revue de l'Union européenne*, 2013, p. 261 ; D. ROUSSEAU, « L'intégration du Conseil constitutionnel au système juridictionnel européen », *Gaz. Pal.*, 5 au 7 mai 2013, n° 125-127, p. 13-16 ; D. SIMON, « "Il y a toujours une première fois". À propos de la décision 2013-314 QPC du Conseil constitutionnel du 4 avril 2013 », *Europe*, mai 2013, n° 5, p. 6 ; M. GAUTIER, « L'entrée timide du Conseil constitutionnel dans le système juridictionnel européen », *AJDA*, 3 juin 2013, n° 19, p. 1086 ; C. NOURISSAT, « Première question préjudicielle du Conseil constitutionnel à la Cour de justice de l'Union européenne: Live and let die? », *Procédures*, juin 2013, n° 6, p. 1 ; J.-L. DEBRE, D. SIMON, « Le Conseil constitutionnel et le droit de l'Union européenne », *Europe*, juillet 2013, n° 7, p. 4 ; E. BRUCE, « Question sur la question ! Nouvelles déclinaisons du contrôle de la constitutionnalité des lois de transposition », *Politeia*, 2013, n° 23, p. 89 ; J.-C. BONICHOT, « Le Conseil constitutionnel, la Cour de justice et le mandat d'arrêt européen », *D.* 2013. 1805 ; A. LEVADE, « Premier renvoi préjudiciel du Conseil constitutionnel à la Cour de justice : nouveau cadre procédural du dialogue des juges ! », *Constitutions*, Avril 2013, p. 187 ; L. COUTRON, P.-Y. GAHDOUN, « Premier renvoi préjudiciel du Conseil constitutionnel à la Cour de justice de l'Union européenne : une innovation aux implications incertaines. (A propos de la décision « mandat d'arrêt européen » du Conseil constitutionnel du 4 avril 2013), *RDP* 2013. 1212.

¹¹⁹⁹ « Il en est des juridictions comme des divas : celles qui font les entrées les plus tardives sont souvent les plus remarquées » (M. GAUTIER, *art. cit.*, p. 1086).

¹²⁰⁰ Cass. QPC, 29 juin 2010, *Melki*, n° 12132, pourvoi n° 10-40.001 et n° 12133, pourvoi n° 10-40.002 ; CJUE, 22 juin 2010, *Melki et Abdeli*, C-188/10, §56 ; *AJDA* 2010, p. 1231 ; v. *supra*, n° 424, n° 485 et *infra*, n° 667.

devait remplir son office, il avait jusqu'à présent toujours refusé de la saisir d'un renvoi préjudiciel.

La symbolique ne doit toutefois pas occulter l'intérêt majeur de la solution consacrée au soutien de l'uniformisation de l'interprétation du droit de l'Union. Pour s'en convaincre pleinement, il faut imaginer les conséquences qu'aurait engendrées une décision contraire du Conseil constitutionnel. Il est permis de penser qu'elles auraient été désastreuses.

Le refus du Conseil de saisir la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel aurait d'abord privé celle-ci de la délivrance d'une interprétation authentique de la décision-cadre. Le problème d'interprétation serait demeuré irrésolu, situation regrettable dans la mesure où la Cour de justice ne peut évidemment pas se saisir d'office. Son intervention est conditionnée à une demande en ce sens, une demande qui, par principe, est soumise à la loi de l'aléa. En interprétant la décision-cadre, le Conseil aurait privé l'interprète officiel d'une possibilité de remplir sa mission.

Le refus du Conseil aurait ensuite porté le germe d'une divergence irréparable dans l'interprétation de la législation européenne. L'interprétation constitue l'exercice d'un choix, or il n'est pas dit que celui du Conseil constitutionnel aurait été celui de la Cour de justice. Le Conseil constitutionnel aurait pu considérer que l'absence de recours n'était pas imposée par la décision-cadre et déclarer, par voie de conséquence, l'inconstitutionnalité de la disposition législative. Comment justifier une telle décision si, quelques mois plus tard, la Cour de justice avait retenu l'interprétation inverse et avait considéré que l'absence de recours était imposée par le texte européen ? La loi française aurait été abrogée par le Conseil, alors pourtant qu'elle bénéficiait d'un brevet de constitutionnalité en vertu de l'article 88-2 de la Constitution. Le renvoi préjudiciel apparaît ici salvateur. Il permet d'éviter au Conseil de prendre le risque d'une crise politico-juridique majeure. Il lui permet de solliciter l'interprétation authentique de la décision-cadre et d'effectuer ensuite son office dans l'apaisement généralisé.

Si certains auteurs relativisent l'avenir de la complémentarité au regard de ses estimations quantitatives¹²⁰¹, il est d'ores et déjà possible d'élargir le cadre de son application. A l'instar de la décision commentée, l'interprétation d'un acte de l'Union est parfois nécessaire au Conseil constitutionnel pour déterminer sa propre compétence. Toutefois, par delà cette hypothèse, le Conseil peut être amené, dans l'exercice de son contrôle de constitutionnalité, à saisir la Cour de justice d'une demande d'interprétation. Le contrôle de la conformité d'une

¹²⁰¹ « L'usage que fera à l'avenir le Conseil constitutionnel de la possibilité qu'il vient de se reconnaître de saisir la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel risque donc d'être fort limité » (M. GAUTIER, « L'entrée timide du Conseil constitutionnel dans le système juridictionnel européen », *AJDA* 2013. 1086).

loi de transposition à un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France implique que le Conseil interprète la loi de transposition. Or l'interprétation de cette loi recoupe celle de la directive qu'elle transpose. Saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, le juge constitutionnel pourrait alors interroger la Cour de justice par la voie du renvoi préjudiciel. La situation serait iconoclaste dans la mesure où la Cour de justice implorait les juridictions constitutionnelles nationales de renoncer à un tel contrôle, mais l'hypothèse est, au moins théoriquement, envisageable.

2) Les dangers de la complémentarité

521. La priorité d'un renvoi, comme solution à leur concurrence, était d'abord apparue opportune dans le cadre strict des relations entre le Conseil constitutionnel et la Cour de justice de l'Union européenne. La solution s'était ensuite avérée impraticable dans l'hypothèse probable de la consécration de nouveaux renvois. Le raisonnement développé à l'occasion de l'étude de la concurrence des renvois peut être reporté au moment de l'étude de leur complémentarité. Plébiscité dans le cadre des relations entre la question prioritaire de constitutionnalité et le renvoi préjudiciel, le renvoi sur renvoi apparaît sous un autre jour lorsque le cadre de réflexion s'élargit à l'ensemble des mécanismes. La doctrine juridique n'est-elle pas en train d'adopter une solution potentiellement dangereuse ?

522. Il ne faudrait pas que la faveur faite aux mécanismes préjudiciels entraîne les juridictions vers une multiplication excessive des hypothèses de renvoi sur renvoi. Son utilisation doit demeurer exceptionnelle et être réservée aux situations qui le nécessitent. L'hypothèse d'une demande d'avis effectuée par la Cour de justice de l'Union européenne à la Cour européenne des droits de l'homme aurait été évitée si la Charte n'avait pas subordonné son interprétation à celle de la Convention. Une lecture autonome de la Charte, par la Cour de justice, éviterait tout lien formel avec la Cour européenne des droits de l'homme. Elle relativiserait l'intérêt, pour la première, de recourir à l'avis de la seconde. Les situations de renvoi sur renvoi doivent se faire rares pour être louées. Leur profusion peut s'avérer dangereuse, signe que le mieux est parfois l'ennemi du bien.

523. Saisie sur renvoi, la juridiction suprême n'a parfois d'autre choix, pour rendre sa décision, que de procéder à son tour à un renvoi préalable. Le second renvoi est alors une condition nécessaire pour répondre au premier. Inversement, la complémentarité n'est pas toujours une condition, elle peut se transformer en conséquence de l'exercice d'un premier renvoi. Dans ce cadre, la réponse apportée par la juridiction suprême féconde une nouvelle question d'interprétation, nécessitant la mise en œuvre d'un nouveau renvoi. A l'exposé des cas de complémentarité (A) doit succéder leur analyse (B).

A) Le principe de la complémentarité

524. Avant de rechercher les cas de complémentarité, encore faut-il bien la comprendre. A défaut d'une telle précaution, le risque est grand de prendre pour de la complémentarité des situations qui n'en relèvent pas. Les renvois sont complémentaires lorsque la solution à un premier renvoi engendre une question qui nécessite l'exercice d'un second. Le mécanisme des demandes d'avis permet de fournir un exemple frappant de cette complémentarité

525. *Exposé de l'affaire.* Un exemple peut être donné avec une affaire mettant en cause les avocats parisiens du partnership britannique Linklaters. Les requérants, inscrits au barreau de Paris, percevaient en France des honoraires au titre de leur activité professionnelle, mais ils percevaient également, au Royaume-Uni, une part des bénéfices du partnership. L'URSSAF avait décidé d'inclure dans l'assiette de la contribution sociale généralisée (CSG) et de la contribution au remboursement de la dette sociale (CRDS) les revenus perçus par ces avocats au Royaume-Uni et correspondant à la quote-part des bénéfices réalisés par le partnership. Les avocats considéraient, quant à eux, que la contribution sociale généralisée (CSG) et la contribution au remboursement de la dette sociale (CRDS) constituaient des impôts et non des cotisations sociales ; or l'article 14 de la convention franco britannique du 22 mai 1968 stipule que « les revenus qu'un résident d'un État contractant tire d'activités indépendantes ne sont imposables que dans cet État, à moins que ce résident ne dispose de façon habituelle dans l'autre État contractant d'une base fixe pour l'exercice de ses activités. S'il dispose d'une telle

base, les revenus sont imposables dans l'autre État mais uniquement dans la mesure où ils sont imputables à ladite base fixe ». En d'autres termes, la convention prévoit que si les revenus perçus en France sont imposés dans ce pays, les bénéfices dégagés par le partnership doivent être imposés dans le pays où ils ont été générés : l'Angleterre.

La Cour de cassation, saisie pour avis, devait déterminer si la contribution sociale généralisée et la contribution au remboursement de la dette sociale étaient des impôts au sens de la convention fiscale franco-britannique. La réponse à cette question devait permettre de dire si la convention était applicable au litige.

La thèse des avocats parisiens était séduisante. La convention prévoyait son application à l'impôt français sur le revenu des personnes physiques ainsi qu'à « tout impôt futur de nature identique ou analogue que l'un des États contractants (...) ajouterait ou substituerait aux impôts actuels ». Lors de leurs créations respectives en 1990¹²⁰² et en 1996¹²⁰³, la CSG et la CRDS auraient donc été immédiatement incluses dans le champ d'application de la convention. Cette interprétation était d'ailleurs confirmée par la nouvelle convention franco-britannique du 28 janvier 2004 qui fait expressément figurer la CSG et la CRDS dans la liste des impôts qui entrent dans son champ d'application. Telle était d'ailleurs la position de l'administration fiscale pour qui les revenus non salariés imputables à des bases fixes ou à des établissements stables implantés à l'étranger ne sont assujettis ni à la CSG, ni à la CRDS. La Cour de cassation semblait donc d'avis que la CSG et la CRDS devaient être considérées comme des impôts soumis à la convention fiscale franco-britannique. Ils ne pouvaient, dès lors, être perçus en France pour des revenus versés à l'étranger.

Pour autant, la réponse à la question de l'applicabilité de la convention franco-britannique a laissé germé une seconde question, plus délicate encore : celle de sa validité. En effet, l'Union européenne a adopté en 1971 un règlement¹²⁰⁴ ayant pour vocation d'établir des règles de coordination entre les régimes de sécurité sociale des États membres, règlement qui était susceptible de restreindre la possibilité, pour un État, d'exclure les revenus perçus à l'étranger de l'assiette de la CSG et de la CRDS.

La réponse de la Cour de cassation à la demande d'avis confrontait le juge du fond à un nouveau problème : celui de l'interprétation du règlement communautaire. La Cour de

¹²⁰² Loi de finances n° 90-1168, du 29 décembre 1990 (JORF du 30 décembre 1990, p. 16367), dont les dispositions pertinentes ont été insérées aux articles L. 136-1 et suivants du Code de la sécurité sociale.

¹²⁰³ La CRDS a été instituée par l'article 14-1 de l'ordonnance n° 96-50, du 24 janvier 1996, relative au remboursement de la dette sociale (JORF du 25 janvier 1996, p. 1226).

¹²⁰⁴ Règlement CEE 1408/71 du 14 juin 1971 « relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la communauté ».

cassation, saisie de la demande d'avis, a donc préconisé au tribunal des affaires de sécurité sociale de saisir la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel. La Cour « est d'avis que doit être soumise à la Cour de Justice des Communautés européennes, en application de l'article 234 du Traité CE, la question de savoir si le règlement n° 1408/71 du 14 juin 1971 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'une convention, telle que la convention fiscale franco-britannique du 22 mai 1968, prévoit que les revenus perçus au Royaume-Uni par des travailleurs indépendants résidant en France et assurés sociaux dans cet État sont exclus de l'assiette de la contribution sociale généralisée et de la contribution pour le remboursement de la dette sociale prélevées en France »¹²⁰⁵. Saisie d'une demande d'avis, la Cour déclare applicable la convention fiscale franco-britannique, mais crée, par la même occasion, le besoin d'apprécier sa conformité au droit de l'Union. L'exercice de la demande d'avis oblige à celui d'un renvoi préjudiciel à la Cour de justice. Les deux renvois sont complémentaires.

B) Appréciation critique de la complémentarité

526. Cette seconde hypothèse de complémentarité est une nécessité. Elle est rendue obligatoire par le raisonnement syllogistique exercé par les juges judiciaires et administratifs. La solution d'un litige n'est souvent que l'aboutissement d'une succession de questions de droit. La difficulté des affaires explique qu'il devient exceptionnel qu'une seule et unique question suffise à purger toutes les interrogations posées par un litige. Au contraire, les magistrats administratifs ou judiciaires doivent parfois démêler de véritables « sacs de nœuds » juridiques par la succession méthodique de plusieurs questions de droit. Ces hypothèses d'entrelacement des questions se sont multipliées à la mesure du développement des contrôles de validité. En effet, la résolution du litige par le juge exige certes de déterminer si la loi lui est applicable, mais également de contrôler dans un second temps la validité de cette disposition. Dans l'hypothèse d'espèce, la question de la validité de la convention franco-britannique n'était opportune que si cette convention était applicable. Il fallait donc commencer par déterminer si la CSG et la CRDS étaient considérés comme des impôts au sens de la convention. En cas de réponse positive, la convention régissait la situation et rendait du même coup nécessaire l'examen de sa conformité au droit de l'Union européenne. La succession des renvois était alors inexorable.

¹²⁰⁵ Cass. avis, 2 septembre 2005, n° 0050007.

CONCLUSION DU SECOND CHAPITRE

527. La question de l'articulation des renvois peut se résumer en un mot : « diversité ». Les hypothèses sont en effet nombreuses où les renvois préalables interagissent et s'entrelacent les uns aux autres.

Cet amas broussailleux, fait de solutions jurisprudentielles hétéroclites, n'est toutefois pas rétif à la systématisation. Il se décline sous forme de distinctions successives à partir d'une *summa divisio* : l'opposition entre les hypothèses de concurrence et les hypothèses de complémentarité.

528. La concurrence des renvois est une conséquence directe de celle que se livrent les normes supra-législatives dans leur application quotidienne. La Constitution, la Charte des droits fondamentaux et la Convention européenne des droits de l'homme se disputent parfois leur application au cas d'espèce. Leur rivalité entraîne inexorablement celle des instruments chargés d'unifier leur interprétation.

Des trois hypothèses envisagées, seule la solution de la concomitance des renvois est à la fois théoriquement cohérente et pratiquement efficace. Le juge confronté à une hypothèse de concurrence ne doit pas choisir, il doit renvoyer simultanément l'ensemble des questions aux juridictions suprêmes concernées.

529. La complémentarité semble de prime abord plus vertueuse. Appliquée aux relations entre le Conseil constitutionnel et la Cour de justice de l'Union européenne, elle permet au premier de respecter l'apanage de la seconde. Il faut toutefois se garder des excès d'enthousiasme. La solution est certainement louable lorsque la complémentarité est celle de deux renvois. Elle pourrait toutefois devenir dangereuse pour la célérité de l'unification du droit, notamment dans l'optique de la création de nouvelles espèces. Le climat est à la prudence.

CONCLUSION DU PREMIER TITRE

530. L'étude de la mise en œuvre du renvoi préalable crée un sentiment d'ambivalence. Extrait de son milieu, disséqué étapes par étapes, il livre une procédure placée sous le sceau de l'unité. Toutes les règles qui gouvernent sa mise en œuvre apparaissent dictées par un seul et même dessein : celui de favoriser l'uniformisation de l'interprétation. Depuis la proposition de renvoi, jusqu'à la délivrance de la décision, la procédure est mise au service du mécanisme et de sa finalité. L'unité du régime juridique ne fait alors que traduire l'unité de la notion précédemment construite.

531. Le tableau apparaît au contraire moins cohérent lorsque les renvois sont étudiés dans leur milieu, dans leur action quotidienne. Loin d'être hermétiques les uns aux autres, ils entretiennent au contraire d'intimes relations. L'étude de la jurisprudence livre en cette matière un « patchwork » difficilement compréhensible, une somme d'arrêts à la cohérence apparemment perdue. A l'unité de la procédure du renvoi semble s'opposer l'incohérence de leur articulation.

Cette première conclusion invite l'observateur à changer son point de vue. La compréhension des interactions qui lient les différents renvois oblige à une réflexion impressionniste. Il faut prendre de la hauteur pour restaurer une cohérence que l'étude des décisions laisse facilement filer. Vue de haut, la toile s'organise peu à peu sous la houlette d'une distinction cardinale entre les hypothèses de concurrence et les hypothèses de complémentarité des renvois. A partir de cette division fondamentale, entre rivalité et dépendance, s'égrène alors toute une myriade de sous distinctions qui livrent, en définitive, un tout cohérent.

532. Le régime juridique de la mise en œuvre du renvoi apparaît alors à l'image de sa notion. Il est unitaire. Reste maintenant à vérifier que l'unité se poursuit lorsqu'il s'agit de dépasser la mise en œuvre du renvoi pour s'attacher à son élément cardinal : l'interprétation (Titre II).

TITRE II

LE REGIME DE L'INTERPRÉTATION SUR RENVOI

533. L'étude du renvoi préalable a permis de définir l'élément d'interprétation et de révéler son importance. L'interprétation délivrée sur renvoi est l'acte par lequel un juge suprême participe, avec l'auteur du texte, à l'élaboration d'une norme générale et abstraite. Elle est à la fois le cœur, l'essence et la finalité première de la notion.

L'interprétation présente toutefois un intérêt par-delà son édicition. Elle est destinée aux juges de droit commun, priés de la recevoir et d'en assurer l'application. L'élaboration de l'interprétation n'est ainsi qu'un acte de naissance, un point de départ à compter duquel elle déploie ses effets. L'étude de ses suites constitue le régime juridique de l'interprétation délivrée sur renvoi.

534. L'interprétation étant édictée pour autrui, le juge suprême doit d'abord prendre soin d'en délimiter précisément l'étendue. Son énoncé doit suffire à distinguer les situations juridiques qui tombent sous son emprise et celles qui, au contraire, doivent lui échapper. L'interprète est donc tenu de circonscrire le champ d'application de sa création.

Une fois l'interprétation strictement délimitée dans ses effets, reste ensuite à déterminer son autorité. S'impose-t-elle complètement à son destinataire ? Peut-il au contraire s'y soustraire librement ? Il apparaît rapidement que si l'interprétation délivrée sur renvoi est obligatoire, le juge suprême ne dispose d'aucun moyen de contraindre à son respect.

En l'absence de pouvoir de sanction, il faut alors déterminer si les juges appliquent effectivement l'interprétation délivrée sur renvoi ou s'ils profitent des vertus simplement persuasives du mécanisme pour développer une interprétation concurrente de celle élaborée par les juges suprêmes.

535. L'étude du régime juridique de l'interprétation oblige donc à s'interroger chronologiquement sur sa portée d'abord (Chapitre 1), sur son autorité ensuite (Chapitre 2), sur son efficience enfin (Chapitre 3).

Chapitre premier – **La portée de l'interprétation.**

Chapitre deuxième – **L'autorité de l'interprétation.**

Chapitre troisième – **L'efficience de l'interprétation.**

CHAPITRE I

LA PORTÉE DE L'INTERPRÉTATION

536. Lorsque les cours suprêmes statuent sur renvoi, elles doivent borner le plus précisément possible le champ d'application de l'interprétation délivrée.

Ce champ d'application est d'abord matériel (Section 1). Le juge doit déterminer avec précision le contenu de son interprétation afin que les juges puissent identifier sans trop de difficultés les situations juridiques qui relèvent de son emprise.

Le champ d'application de l'interprétation est ensuite temporel (Section 2). A compter de quelle date l'interprétation s'applique-t-elle ? Les situations juridiques créées avant cette interprétation sont-elles concernées ?

537. Toute la tâche du juge suprême consiste ainsi à borner et à déterminer l'étendue des conséquences de son œuvre. Par une circonscription précise de ses contours, il s'assure une réception de l'interprétation fidèle à sa volonté¹²⁰⁶.

¹²⁰⁶ « Le Conseil constitutionnel a tout intérêt à apporter un soin particulier à la rédaction de ses décisions, afin d'assurer leur bonne réception par les juges ordinaires » (F. MALHIÈRE, *La brièveté des décisions de justice : Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation : contribution à l'étude des représentations de la justice*, Dalloz, 2013, p. 570).

SECTION I : LE PORTEE MATERIELLE DE L'INTERPRETATION

538. Pour être appliquée sans peine, l'interprétation doit se livrer avec évidence à son destinataire. Le juge, le législateur ou le justiciable doit facilement percevoir toute l'étendue de ses obligations. Il doit pouvoir déterminer si sa situation est régie par le texte tel qu'il a été interprété par les cours suprêmes et, le cas échéant, quelles sont ses prescriptions.

Ce décryptage de l'interprétation n'est pas chose évidente. Il relève lui-même de l'interprétation. Le juge du fond interprète, lors de ses applications futures, l'interprétation délivrée par le juge suprême à l'occasion du renvoi préalable : il interprète l'interprétation¹²⁰⁷. Le juge suprême doit faciliter ce travail de réception en livrant au juge d'application les clés nécessaires à son exercice. Il doit, lorsqu'il pose une interprétation, détailler l'ensemble de ses tenants et de ses aboutissants. L'interprétation doit d'être motivée (§ 1).

539. Aussi vertueuse que soit la motivation, il est bien connu que toutes les juridictions ne la pratiquent pas dans des proportions comparables¹²⁰⁸. La Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne¹²⁰⁹ adoptent un style dissertatif qui tranche avec la brièveté¹²¹⁰ des arrêts de nos juridictions suprêmes nationales¹²¹¹. Des raisons philosophiques, historiques et techniques expliquent cette concision dont les travers ont été depuis longtemps dénoncés. Le renvoi préalable est l'occasion d'un renouveau, d'une rupture avec ces habitudes. Il est un cadre propice à la motivation (§ 2).

¹²⁰⁷ D. MAINGUY, « L'interprétation de l'interprétation », *JCP G*, 16 mai 2011, n° 20, p. 603.

¹²⁰⁸ Pour une comparaison très illustrative entre la motivation des arrêts de la Cour de cassation française et celle des arrêts de la Cour fédérale de justice allemande : F. FERRAND, *Cassation française et révision allemande*, PUF, 1993, p. 230 et s.

¹²⁰⁹ L. COUTRON, « La pratique de la motivation par la Cour de justice de l'Union européenne », *Revue Lamy droit civil*, Janvier 2012, p. 74 ; L. COUTRON, « Style des arrêts de la Cour de justice et normativité de la jurisprudence communautaire », *RTDE* 2009. 643.

¹²¹⁰ F. MALHIÈRE, *La brièveté des décisions de justice : Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation : contribution à l'étude des représentations de la justice*, Dalloz, 2013.

¹²¹¹ La brièveté des décisions QPC du Conseil constitutionnel a été dénoncée à l'occasion du rapport d'information relatif à la question prioritaire de constitutionnalité présenté par M. Urvoas. Sur ce point : J.-J. URVOAS, *Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du Règlement par la Commission des Lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur la question prioritaire de constitutionnalité*, en ligne : http://www.assemblee-nationale.fr/14/rap-info/i0842.asp#P384_130682, p. 51.

540. Motiver c'est expliquer « les raisons qui poussent à accomplir un acte, à exercer un choix ou encore prendre une décision »¹²¹².

Définie comme telle, on comprend que la motivation soit inhérente à l'acte juridictionnel. Le juge tranche des litiges. Son office est tout entier contenu dans l'acte de décider¹²¹³. La motivation, salutaire, remplit alors une double fonction. Elle permet d'abord de convaincre les parties de la justesse de la solution, facilitant ainsi son acceptation. Elle permet ensuite aux juges supérieurs de contrôler la conformité de la décision aux règles de droit¹²¹⁴.

Si la motivation des décisions de justice s'impose avec évidence, toute autre est la question de la motivation, non de la décision, mais de l'interprétation qui la fonde. Si elle est d'un intérêt résiduel devant les juridictions du fond, elle est essentielle s'agissant des décisions des cours suprêmes dont le rôle consiste à délivrer une interprétation officielle¹²¹⁵ des textes. Doivent-elles motiver leurs choix interprétatifs ? Des arguments solides réfutent l'existence d'une telle obligation. Il est donc nécessaire, avant même d'étudier les formes (B) de la motivation, de la fonder dans son principe (A).

A) Le principe de la motivation

541. D'intéressants arguments ont été avancés pour justifier la motivation elliptique du Conseil d'État et de la Cour de cassation. Cette brièveté serait un reliquat de la conception classique de l'interprétation qui la voit comme une révélation de la volonté législative. Serviteur de la volonté nationale, le juge n'aurait pas plus besoin de motiver ses interprétations que le législateur.

Cette idée est à la fois théoriquement fautive et pratiquement dangereuse. D'un point de vue théorique, son fondement s'effondre sitôt que l'interprétation est prise pour ce qu'elle est : un choix. D'un point de vue pratique, elle nie les conséquences désastreuses de la non-

¹²¹² C. ALBIGES, « Rapport introductif, Réflexions croisées : la motivation », *Revue Lamy droit civil*, 1^{er} janvier 2012, n° 89, p. 63.

¹²¹³ Le juge octroie à la femme divorcée une prestation compensatoire d'un montant déterminé, il prononce une peine d'emprisonnement ferme ou considère qu'un marché public doit être annulé. Le juge décide.

¹²¹⁴ F. ZENATI-CASTAING, « La motivation des décisions de justice et les sources du droit », *D.* 2007. 1553 ; S. GJIDARA, « La motivation des décisions de justice : impératifs anciens et exigences nouvelles », *LPA*, 26 mai 2004, n° 105, p. 3.

¹²¹⁵ P. JESTAZ, « Sources délicieuse... (remarques en cascade sur les sources du droit) », *RTD civ.* 1993. 73.

motivation sur la réception de l'interprétation par ses destinataires. Cette thèse peut donc être facilement contredite, d'abord par l'opposition de l'argument contraire (antithèse), ensuite et surtout par une approche conséquentialiste de la motivation (alterthèse).

542. Thèse : fondement de la non-motivation. La non-motivation des interprétations serait théoriquement fondée. Les juridictions suprêmes chargées d'unifier l'interprétation du droit ne seraient que des émissaires du législateur, des *jurislators* chargés de révéler la volonté du tout puissant. Auréolées de sa *potestas*, elles seraient autorisées à agir à son image ; or le législateur n'a qu'à vouloir, il n'a pas à se justifier. Chargés d'exprimer une volonté souveraine, les juges suprêmes sont ainsi dispensés de motiver leurs interprétations. Ils n'ont pas à convaincre, mais à révéler. Lorsqu'elle casse un arrêt et pose l'interprétation correcte du droit, la Cour de cassation n'exprime pas « pourquoi elle interprète la loi ainsi qu'elle le fait »¹²¹⁶. La Cour agit en tant que représentant du législateur, elle produit une jurisprudence calquée sur la loi.

543. Antithèse : une obligation de motivation. La construction proposée est séduisante, mais elle repose sur le postulat irréaliste que le juge n'agit qu'au nom et pour le compte du législateur. Loin de révéler une pensée préexistante, l'interprétation est au contraire l'expression d'une volonté seulement bornée par les frontières malléables du texte qui la fonde¹²¹⁷. Si le juge n'est pas ce serviteur de la loi, s'il est libre de choisir, parmi les interprétations possibles, celle qui lui paraît la plus appropriée, quel est alors le fondement de sa légitimité ? S'il exerce un choix indépendant de la volonté du législateur, il ne peut s'abriter derrière la légitimité démocratique de celui-ci. Dépourvu du titre de représentant de la Nation, il doit fonder seul son autorité sur sa qualité, son expérience et, notamment, par le recours à la motivation.

Sitôt qu'il exerce un choix, le juge suprême doit justifier de son opportunité. Loin de porter atteinte à l'autorité des interprétations, la motivation permet d'en fonder l'existence. Sous ce nouvel éclairage, la motivation apparaît comme une assurance contre l'arbitraire du juge¹²¹⁸, un juge qui, retranché derrière le confortable paravent de la révélation, dispose en fait des

¹²¹⁶ J.-F. WEBER, « La motivation des arrêts de la Cour de cassation », *Revue Lamy droit civil*, 1^{er} janvier 2012, n° 89, p. 70.

¹²¹⁷ V. *supra*, n° 268 et s.

¹²¹⁸ « L'obligation de motiver est en effet une garantie contre l'arbitraire du juge en même temps qu'elle met le juge à l'abri du soupçon d'arbitraire » (A. TOUFFAIT, A. TUNC, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment celles de la Cour de cassation », *RTD civ.* 1974. 487).

coudées franches pour exercer un pouvoir majeur¹²¹⁹. Le pouvoir créateur du juge est ainsi d'autant moins dangereux qu'il est officiellement reconnu. Le faire passer de l'ombre à la lumière constitue le moyen le plus efficace d'en contrôler les dérives.

544. « Alterthèse » : la nécessité de la motivation. La question de la motivation des arrêts des cours suprêmes est souvent réduite à celle de son fondement. Sont-elles fondées à ne pas motiver ? Importante, l'interrogation est pourtant loin d'être fondamentale. En effet, si les cours suprêmes étaient dispensées de l'obligation de motiver leurs interprétations, cela ne ferait pas obstacle à ce qu'elles décident d'y recourir volontairement. Le débat doit être désaxé, depuis l'obligation de motiver, vers la nécessité de motiver. Peu importent les fondements de la motivation, seules comptent ses vertus.

Déterminer le sens d'un énoncé, c'est à la fois délivrer sa signification et indiquer une direction à ses destinataires. L'interprétation du juge suprême recouvre ces deux dimensions. S'il délivre la signification d'un texte, il expose également au juge et aux justiciables la manière de l'appliquer. Elaborée pour autrui, l'interprétation doit être énoncée avec précision. Sa réception implique d'en déterminer la portée et d'en circonscrire l'étendue, or « pleinement saisir la portée exacte de l'arrêt, sans la trahir, suppose de connaître les raisons qui ont fait pencher [son auteur] pour une interprétation plutôt que pour une autre, en révélant des éléments tenant au contexte de l'interprétation »¹²²⁰. Le juge doit livrer les tenants et les aboutissants de ses interprétations. Il doit les motiver.

Ces raisons sont aujourd'hui réduites au silence par les juridictions adeptes de la motivation brève. Pour comprendre pleinement la portée exacte d'un arrêt, il faut s'en remettre « aux écritures des parties, à la notice accompagnant l'arrêt »¹²²¹, quand, selon la célèbre galéjade rapportée par André Tunc, il n'est pas indispensable d'avoir participé au délibéré¹²²². « L'indication des arguments soutenant la décision » est donc « un élément précieux pour

¹²¹⁹ « Par un motivation elliptique, le juge contribue à dissimuler son pouvoir tout en l'exerçant, à le préserver en le réservant (...) Loin de protéger contre le risque d'arbitraire, la brièveté des motifs entretient le spectre du gouvernement des juges » (F. MALHIÈRE, *La brièveté des décisions de justice : Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation : contribution à l'étude des représentations de la justice*, Dalloz, 2013, p. 567).

¹²²⁰ P. DEUMIER, « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », *APD*, tome 50, 2006, p. 55.

¹²²¹ *Ibid.*, p. 64.

¹²²² « Le procureur général près la Cour de cassation reçoit en photocopie tous les arrêts rendus par celle-ci. Un jour, il lit un arrêt, le relit et ne le comprend pas. Il y a là, déjà, un phénomène fort inquiétant. Intrigué, il appelle au téléphone l'avocat général qui avait présenté des conclusions dans l'affaire et s'entend répondre : "Naturellement, Monsieur le Procureur général, vous ne pouvez pas le comprendre : vous ne participiez pas au délibéré". Est-il si naturel qu'un arrêt de cour suprême ne soit compréhensible que pour ceux qui le rendent ? » (A. TUNC, « La Cours suprême idéale », *RIDC* 1978. 462).

délimiter la portée d'une décision »¹²²³. En expliquant les causes profondes qui ont justifié son interprétation, le juge suprême en balise les contours et évite le jeu de piste souvent nécessaire à sa bonne compréhension¹²²⁴. La motivation « est indispensable à la clarté du droit »¹²²⁵ et « il n'y a d'unité du droit que dans la clarté de son expression »¹²²⁶. Grâce à la motivation, « la signification et la portée exactes de la décision seraient plus nettes pour tous les juristes : magistrats, conseils, auteurs »¹²²⁷.

B) Les formes de la motivation

545. Étudiée dans l'infini détail, la motivation adoptée sur renvoi par les différentes cours suprêmes est hétérogène. Le constat ne doit pas étonner, car la motivation est intimement liée au texte interprété. Une interprétation constitutionnelle ne peut être justifiée de la même manière que celle d'un acte réglementaire. La nature du texte explique ainsi certaines divergences dans la forme de la motivation.

A cette première justification s'en ajoute une seconde qui tient à la nature de la question de droit posée sur renvoi. La motivation de l'interprétation ne peut revêtir une forme identique lorsque l'interprétation constitue l'objet même du renvoi et lorsqu'elle est délivrée à l'occasion d'un contrôle de validité¹²²⁸.

546. Il existe toutefois, par delà ces dissemblances, des éléments de motivation qui transcendent les espèces particulières et sont communs à l'ensemble des mécanismes étudiés. L'essence et la spécificité de la motivation sur renvoi tiennent à ses formes et, en creux, à celles qu'elle ne peut revêtir. Le renvoi préalable repose en effet sur une distinction franche entre le fait et le droit. Il exclut par conséquent toute motivation qui, telle que la motivation fleuve des arrêts de *common law*, se fonde sur la discussion du fait d'espèce (1). La motivation de l'interprétation doit être réaliste (2), elle doit présenter les contraintes qui se

¹²²³ X. HENRY, « La motivation des arrêts et la technique du moyen. Propositions de réforme », *JCP G* 2010. 1134.

¹²²⁴ « L'énoncé de principes sans explication et sous forme brève a pourtant bien d'autres conséquences regrettables. Une des plus graves est sans doute que la portée des principes ainsi formulés reste souvent incertaine » (A. TOUFFAIT, A. TUNC, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment celles de la Cour de cassation », *RTD civ.* 1974. 487).

¹²²⁵ *Ibid.*

¹²²⁶ J. RIVERO, « Le Conseil d'État, cour régulatrice », *D.* 1954. 157.

¹²²⁷ A. TOUFFAIT, A. TUNC, *art. cit.*, 503.

¹²²⁸ P. DEUMIER, « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », *APD* 2006, tome 50, p. 72.

sont imposées au juge au moment de sa décision, ainsi que l'ensemble des éléments qui ont emporté sa conviction.

1) Le rejet d'une motivation fondée sur le fait d'espèce

547. La motivation fleuve des arrêts des juges de *common law*¹²²⁹ est souvent exhibée pour contester la « motivation discrète, sinon secrète »¹²³⁰ des juridictions nationales¹²³¹. L'effet de contraste est saisissant. Les arrêts de la Cour suprême des États-Unis, de la Cour suprême du Royaume-Uni ou même de la Cour européenne des droits de l'homme nécessitent parfois plusieurs dizaines de pages de développement, quand l'interprétation délivrée dans un arrêt de la Cour de cassation ou du Conseil d'État se limite souvent à quelques lignes. La motivation des arrêts des juridictions de *common law* pourrait bien susciter envie et jalousie chez celui qui déplore la pauvreté et la concision des arrêts de nos juridictions nationales.

548. Cette comparaison est pourtant malvenue. La motivation est tellement liée aux spécificités de l'ordre juridique dans lequel elle s'insère qu'il est utopique de croire qu'une transposition pure et simple de la motivation des juridictions de *common law* est envisageable en France dans le cadre du renvoi préalable. Si le droit comparé est d'un utile secours, ses enseignements doivent être conformés à la logique et la rationalité du système juridique d'accueil¹²³². Le renvoi préalable repose sur une distinction du fait et du droit incompatible avec la motivation des arrêts des juridictions de *common law*.

549. Les décisions de *common law* sont le fruit d'une discussion qui trouve, à son départ, les faits soumis au juge¹²³³. La règle jurisprudentielle apparaît comme l'aboutissement d'une

¹²²⁹ A remarquer que le célèbre article d'A. Touffait et A. Tunc commence ainsi : « on entend souvent dire par les juristes anglais ou américains que les décisions françaises ne sont pas motivées. Il est aisé de s'indigner, de dénoncer l'erreur grossière » mais « si l'erreur commune ne fait pas la vérité plus qu'elle ne fait toujours le droit, elle oblige au moins à s'interroger, à se demander si les choses ne sont pas plus complexes qu'on avait pensé » (A. TOUFFAIT, A. TUNC, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment celles de la Cour de cassation », *RTD civ.* 1974. 487).

¹²³⁰ J.-L. AUBERT, « La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile », *D.* 2005. 1115.

¹²³¹ M.-C. PONTHEOREAU, « L'énigme de la motivation, encore et toujours l'éclairage comparatif », in *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruylant, 2012, p. 15.

¹²³² F. ZENATI-CASTAING, « L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil », *D.* 2002. 16.

¹²³³ F. HOURQUEBIE, « L'emploi de l'argument conséquentialiste par les juges de *common law* », in *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruylant, 2012, p. 25.

confrontation d'opinions savantes. Le droit émerge des faits et se présente comme le produit fini d'une dialectique juridictionnelle.

La motivation fleuve des juridictions de *common law* reproduit cette discussion¹²³⁴, par exemple devant la Cour suprême du Royaume-Uni où « le sens de la décision se dégage de la confrontation des différents *speeches* »¹²³⁵. De cette présentation, il s'ensuit que la règle de droit n'a pas d'existence propre en dehors du strict cadre de l'affaire qui lui a donné naissance. Déduite du fait, elle ne se comprend qu'avec lui. Sa portée est circonscrite aux affaires similaires, avec pour corollaire que le juge devra créer une règle nouvelle si les faits qui ont fondé la première décision divergent de ceux qui lui sont soumis.

Ce lien indissoluble entre les faits et la règle jurisprudentielle est incompatible avec tout système fondé, non sur le cas, mais sur la loi. L'interprétation doit revêtir une forme générale et abstraite afin de s'appliquer indistinctement à tous les faits qui pourront tomber dans son champ d'application. Le lien étroit que tisse la motivation fleuve entre les faits et la règle qui en jaillit est à l'opposé du raisonnement hypothético-déductif sur lequel repose le système romano-germanique. Elle est incompatible avec l'essence du renvoi préalable qui s'efforce au contraire de distinguer l'élaboration de la norme et son application aux faits.

550. Utiliser la motivation des juridictions de *common law* comme argument justifiant une meilleure motivation des arrêts des cours suprêmes nationales n'a donc aucun sens. Le parallèle confine à la contradiction lorsque l'interprétation est délivrée sur renvoi préalable. Les décisions des juridictions de *common law* reposent sur les faits d'une espèce quand l'interprétation délivrée sur renvoi les répugne. D'autres considérations fondent l'interprétation retenue par le juge. Telles sont celles qui doivent apparaître dans le corps de son interprétation (2).

¹²³⁴ F. ROLLAND, « La motivation juridictionnelle et la Cour suprême du Royaume-Uni : suprématie judiciaire et suprématie parlementaire », in *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruylant, 2012, p. 235.

¹²³⁵ F. RUEDA, « La motivation des décisions de la juridiction suprême du Royaume-Uni : une évolution dans la continuité », in *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruylant, 2012, p. 267.

2) Pour une motivation réaliste de l'interprétation

551. Le choix de l'interprétation est orienté par un ensemble de contraintes que le juge ne peut ignorer¹²³⁶. Chacune d'elles, ainsi que son poids dans l'adoption de l'interprétation, doit être retranscrite dans la décision. Ces précisions sont une mine d'information au service de celui chargé de l'appliquer. Trois de ces contraintes sont inévitables. Elles tiennent à la force du texte et la volonté de son auteur, à la pesanteur des constructions jurisprudentielles existantes et, pour finir, aux conséquences pratiques inhérentes au choix de l'interprétation.

552. La contrainte du texte. Dire que l'interprétation ne se limite pas à la recherche d'un sens posé dès l'origine par le législateur n'exclut pas de rechercher l'expression de sa volonté. Au contraire, si l'interprétation n'est pas réduite à la révélation de la volonté législative, le « juge interprète » doit essayer de lui rester fidèle lorsque les travaux préparatoires permettent de la saisir.

Cette nécessité apparaît plus ou moins prégnante selon la nature du texte interprété et la date plus ou moins lointaine de son adoption. Il est opportun de rechercher l'interprétation d'une loi récente dans la volonté du législateur. Il est moins heureux de rechercher l'interprétation d'un texte constitutionnel dans la volonté parfois séculaire de son auteur.

La nature du texte interprété explique pourquoi le Conseil d'État et la Cour de cassation, saisis sur renvoi, sont les plus enclins à mobiliser cette méthode d'interprétation. Le mécanisme des demandes d'avis devant la Cour de cassation témoigne que, lorsqu'elle est utile, la recherche de la volonté de l'auteur du texte est systématiquement effectuée¹²³⁷. Il est

¹²³⁶ Pour un exposé des contraintes que subit le juge dans le choix de son interprétation : M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, C. GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, LGDJ, 2005.

¹²³⁷ Le dépouillement des rapports et conclusions rendus sur demande d'avis à la Cour de cassation témoigne avec flagrance du recours aux travaux préparatoires, soit pour relever leur pertinence (M. MOUTON, obs. sous, Cass. avis, 15 avril 2005, n° 0050004 P ; Mme FAVRE, Rapport sous, Cass. avis, 11 juillet 2005, n° 0050006 P ; M. CHAUVIN, Rapport sous, Cass. avis, 16 décembre 2005, n° 0050011 P ; M. CAVARROC, Obs. sous, Cass. avis, 16 décembre 2005, n° 0050011 P ; Mme TRAPERO, Rapport sous, Cass. avis, 3 avril 2006, n° 0060002 P ; Mme CHARDONNET, Mme RENAULT-MALIGNAC, Rapport sous, Cass. avis, 26 juin 2006, n° 0060005 P ; Mme RICHARD, Rapport sous, Cass. avis, 10 juillet 2006, n° 0060006 P ; Mme ORSINI, Rapport sous, Cass. avis, 17 septembre 2007, n° 0070010 P ; Mme MAGLIANO, Obs. sous, Cass. avis, 8 octobre 2007, n° 0070013 P ; Mme TRAPERO, M. ALT, Rapport sous, Cass. avis, 9 juin 2008, n° 0080004 P ; M. PRETOT, Rapport sous, Cass. avis, 2 novembre 2009, n° 0090003 P ; M. ALT, Rapport sous, Cass. avis, 4 mai 2010, n° 0100002 P ; B. PAGES, Obs. sous, Cass. avis, 4 juin 2012, n° 1200004 ; M. STRUILLOU, Rapport sous, Cass. avis, 2 juillet 2012, n° 01200006 ; M. ARBELLOT, Rapport sous, Cass. avis, 17 septembre 2012, n° 01200007), soit au contraire pour manifester leur carence (Mme GUIHAL, Rapport sous, Cass. avis, 22 mars 2004, n° 0040002 P ; M. VOLFF, Obs. sous, Cass. avis, 22 mars 2004, n° 0040002 P ; Mme MARTINEL, Rapport sous, Cass. avis, 24 janvier 2005, n° 0050003 P ; M. MOUSSA, Rapport sous, Cass. avis, 24 juin 2005, n° 0050005 P ; Mme ANDRICH, Rapport sous, Cass. avis, 21 octobre 2005, n° 0050009 P ; M. ARNOULD, Rapport sous, Cass. avis, 6 avril 2009, n° 0090001 P ; Mme CAPITAINE, Rapport sous, Cass. avis, 20 juin 2011, n° 1100004).

toutefois malheureux que la Cour refuse d'intégrer ces développements dans le corps de l'avis alors que le Conseil d'État¹²³⁸ a pris initiative de les mentionner. Cette référence aux travaux préparatoires est profitable. Elle est un guide efficace pour celui chargé d'appliquer, dans le futur, l'interprétation délivrée. Il sait d'où elle provient, et sait d'autant mieux où il doit la mener.

Le recours aux travaux préparatoires doit toutefois être manié avec prudence. La référence à la volonté du législateur ne peut être mobilisée que si les travaux préparatoires sont clairs et explicites. Le juge doit résister à cette tentation de les mobiliser uniquement pour accroître l'autorité de son interprétation et fonder un choix qu'il ne souhaite pas assumer. L'instrumentalisation des travaux préparatoires, outre qu'elle est condamnable, s'avère contre-productive. Loin d'éclairer le juge d'application sur l'étendue de l'interprétation délivrée, elle risque au contraire de l'emmener sur une voie détournée et de porter atteinte à l'unité de son application.

553. *La contrainte du cadre jurisprudentiel.* L'interprétation délivrée sur renvoi s'insère, sitôt son adoption, dans un cadre jurisprudentiel qui lui préexiste. Ce cadre formel pèse souvent sur le choix de l'interprétation, le juge étant soucieux de pérenniser la cohérence de l'ensemble du système juridique. Toute juridiction qui délivre une interprétation « n'intervient pas dans un environnement vierge »¹²³⁹. Elle vient au contraire « inscrire sa décision présente dans une lignée jurisprudentielle passée et, ce faisant, lui donne un supplément de sens pour sa portée à venir »¹²⁴⁰. La mention de ces antécédents et l'inscription de l'interprétation nouvelle dans l'historique jurisprudentiel seraient doublement profitables.

Elles permettraient, d'abord, de traduire cette évidence qu'une interprétation jurisprudentielle n'est pas un tout qui se suffit à lui-même, mais qu'elle s'insère au contraire dans un système interactif en constante évolution. L'œuvre jurisprudentielle forme un ensemble, une « chaîne du droit »¹²⁴¹ dont l'interprétation délivrée constitue le dernier maillon. Le rappel des

¹²³⁸ A titre d'illustration : CE avis, 19 juillet 2011, n° 346394 ; CE, 2 juillet 2010, n° 332825 ; CE avis, 7 décembre 2009, n° 329466 ; CE avis, 28 mars 2008, n° 311893 ; CE avis, 19 octobre 2007, n° 306821 ; CE avis, 4 juin 2007, n° 303422 ; CE avis, 6 avril 2007, n° 293238 ; CE 18 juillet 2006, n° 286122 ; CE avis, 27 juillet 2005, n° 279063 ; CE avis, 2 avril 2003, n° 249475 ; CE avis, 6 décembre 2002, n° 250167 ;

¹²³⁹ P. DEUMIER, « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », *APD*, tome 50, 2006, p. 66.

¹²⁴⁰ *Ibid.*

¹²⁴¹ R. DWORKIN, *L'empire du droit*, PUF, 1994, p. 250. R. Dworkin compare en effet l'élaboration de la jurisprudence à l'écriture d'un roman à la chaîne. Il considère qu'un juge qui statue sur un affaire de *common law* devrait considérer qu'il se trouve dans la position d'un romancier écrivant un chapitre nouveau dans la chaîne de la *common law*. Il doit essayer de faire avec sa décision « comme par le passé » afin qu'elle ne parte pas dans une nouvelle direction. Le juge n'écrit pas sur une ardoise vierge.

précédents jurisprudentiels est un moyen efficace d'enraciner l'interprétation dans son contexte, de concourir à sa stabilité et de renforcer la légitimité de son auteur.

Elles permettraient, ensuite, de mieux définir la portée exacte de l'interprétation. S'agit-il d'un nouveau principe ? D'une exception ? D'un revirement ? La solution a-t-elle été inspirée d'une décision délivrée par une autre juridiction ? Autant d'éléments qui permettent de mieux cerner le champ de son application.

La réticence quant à la consécration de cette pratique tient, une fois n'est pas coutume, au spectre de l'arrêt de règlement. La crainte est palpable que « la mention du précédent n'emporte force du précédent »¹²⁴². L'analogie est pourtant trompeuse. Elle repose sur une confusion malheureuse entre « la mention d'un précédent et l'effet supposé obligatoire de celui-ci »¹²⁴³. Ce n'est pas la vertu contraignante, mais la vertu explicative du précédent qui justifie leur référence. Les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne délivrés sur renvoi préjudiciel en portent témoignage. Pas plus que les juridictions nationales, la Cour n'est tenue par sa jurisprudence. Pourtant elle n'hésite pas à mentionner les positions adoptées par le passé, consciente que leur référence participe à la bonne compréhension et à la bonne réception de sa jurisprudence¹²⁴⁴.

Témoignage de l'attitude décomplexée qu'il arbore lorsqu'il statue sur renvoi préalable, le Conseil d'État n'hésite pas à mentionner sa propre jurisprudence lorsqu'il répond à une demande d'avis¹²⁴⁵. Loin de figer la jurisprudence, la mention des précédents permet de mettre à jour ses mutations et ses évolutions quotidiennes. Le renvoi préalable est le lieu idéal de son exercice.

554. *La prise en considération des faits sociaux.* Si la motivation doit laisser paraître les éléments juridiques qui justifient l'interprétation retenue, il est indispensable que les considérations extra-juridiques qui ont emporté la conviction du juge soient également reproduites. L'interprétation de la règle de droit est tournée vers un but, elle vise à orienter les comportements des justiciables. Sa formulation n'est qu'un acte de naissance. Sa vie, c'est dans la réalité des faits qu'elle va la réaliser. Il est donc nécessaire que, dans l'exercice de son choix, le juge apprécie les conséquences que l'une ou l'autre des interprétations possibles peut

¹²⁴² P. DEUMIER, « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », *APD*, tome 50, 2006, p. 66.

¹²⁴³ *Ibid.*

¹²⁴⁴ Il a fallu attendre la sédimentation d'une jurisprudence suffisamment importante pour qu'elle puisse, à compter des années 1970, commencer à développer cette pratique : CJCE, 26 avril 1972, *Interfood GmbH contre Hauptzollamt Hamburg-Ericus*, n° 92-71.

¹²⁴⁵ CE, Avis, 24 juillet 2009, n° 327027 et CE, Avis, 18 juillet 2006, n° 286122, où il est indiqué que « le Conseil d'État, statuant au contentieux a jugé, par une décision en date du 30 novembre 2001 que... ».

emporter. Le choix de l'interprétation peut donc être motivé par des considérations de fait. Il ne s'agit certainement pas des faits tirés d'une espèce particulière, mais plutôt de ces « faits sociaux » à partir desquels le juge suprême sonde la réalité. Le choix du juge peut être « orienté par des considérations économiques et sociales »¹²⁴⁶ dont la prise en compte est à la fois « légitime et nécessaire »¹²⁴⁷. Il doit alors les expliquer. A titre d'illustration, la Cour de cassation a statué sur la question de la requalification des contrats d'assurance-vie en contrat de capitalisation. La question était économiquement sensible, l'attrait de ce contrat d'assurance tenant pour beaucoup au fait que les sommes versées par l'assureur échappent à l'application des règles du rapport en matière de successions. Après avoir exceptionnellement consulté les représentants des notaires, des assureurs, ainsi que le ministre de l'économie et des finances, la Cour de cassation a énoncé par quatre arrêts du 24 novembre 2004 que ce contrat « dépend de la durée de la vie humaine », qu'il « comporte un aléa » et qu'il « constitue un contrat d'assurance sur la vie »¹²⁴⁸. La formulation autoritaire de l'attendu laisse apparaître cette solution comme la seule possible, alors pourtant qu'avant elle, l'état d'incertitude était majeur¹²⁴⁹. Aucune indication n'est précisée dans l'arrêt sur les conséquences juridiques, économiques, et fiscales qui ont pu emporter le choix du juge. Aucune indication n'est faite quant à l'importance quantitative de ces contrats d'assurance-vie dans l'épargne globale des ménages français. Ces lacunes sont regrettables, car si ces éléments ont effectivement dicté le choix du juge, leur changement pourrait fort bien justifier son abandon. Le justiciable devrait pouvoir s'y préparer.

Cette absence de motivation tient certes à des raisons historiques, mais il ne faut pas sous-estimer l'importance de la technique de cassation dans cette carence. Dans ces arrêts de 2004, la Cour devait répondre au moyen qui portait sur la question de l'aléa. Elle est donc demeurée dans les bornes de son office. Qu'il soit permis d'imaginer que, saisie d'une demande d'avis, la Cour aurait été plus à même d'expliquer les causes profondes de son choix, concourant ainsi à une meilleure compréhension de sa décision. Tel est l'avantage du renvoi préalable sur la technique de la cassation : il est un cadre propice à la motivation (§ 2).

¹²⁴⁶ P. DEUMIER, « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », *APD*, tome 50, 2006, p. 65.

¹²⁴⁷ J.-L. AUBERT, « La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile », *D.* 2005. 1115.

¹²⁴⁸ La formule est tirée de quatre arrêts de la chambre mixte de la Cour de cassation délivrés le 23 novembre 2004 (Cass. ch. mixte, 23 novembre 2004, n° 01-13.592, n° 02-17.507, n°03-13.673 et n° 02-11.352).

¹²⁴⁹ J. GHESTIN, « La Cour de cassation s'est prononcée contre la requalification des contrats d'assurance vie en contrat de capitalisation », *JCP* 2005. I. 111.

555. La forme de la motivation dépend du cadre dans lequel la juridiction exécute son office. Le style parfois trop bavard de la Cour européenne des droits de l'homme tient pour beaucoup aux conditions d'exercice du recours individuel. La Cour est saisie d'une situation de fait précise, dont elle doit dire si elle est conforme ou non à la Convention. La concision des arrêts du Conseil d'État et, *a fortiori*, de ceux de la Cour de cassation, s'explique quant à elle par la technique que mobilisent ces juridictions pour unifier l'interprétation : la cassation. Techniquement parlant, la cassation n'a pas été créée pour assurer l'unité de l'interprétation des textes. Elle ne s'est emparée de cet office que faute d'un mécanisme spécialement dédié à cet effet. Elle souffre ainsi d'une infirmité naturelle qui fait obstacle à la motivation détaillée des interprétations. Le renvoi préalable marque sur ce point une rupture. Il libère les juridictions suprêmes d'un formalisme étouffant. Il favorise une motivation (B) qui leur échappe lorsqu'elles statuent en dehors de son cadre (A).

A) Un exercice compliqué hors du renvoi préalable

556. *La cassation : obstacle psychologique à la motivation explicite de l'interprétation.* La cassation renvoie inexorablement le juge à un rôle d'applicateur formel de la loi. Les origines de son institution plaident en ce sens, elle qui fut initialement créée pour réprimer l'interprétation juridictionnelle. Aujourd'hui, le juge de cassation est encore largement considéré comme le protecteur de la volonté législative face aux errements des juges du fond. Autoriser le juge suprême à énoncer les causes exogènes qui fondent ses choix interprétatifs serait donc contraire à l'esprit du mécanisme¹²⁵⁰. D'un point de vue purement psychologique, on comprend donc que le juge de cassation soit réticent à motiver ses interprétations alors que le cadre dans lequel il remplit cet office repose entier sur la soumission du juge à la loi. La justification n'est pas dans l'esprit de la cassation, mieux, elle s'y oppose. Cet obstacle ressort d'ailleurs des écrits de certains magistrats de la Cour. « Imposer un autre type de motivation des arrêts reviendrait à exiger de la Cour qu'elle explique pourquoi elle interprète la loi ainsi

¹²⁵⁰ Frédérique Ferrand remarque que la motivation de la Cour de cassation est « formelle et péremptoire ; elle n'est pas établie pour convaincre, mais pour répondre aux exigences de la loi » (F. FERRAND, *Cassation française et Révision allemande*, PUF, 1993, p. 234, § 302).

qu'elle le fait, alors qu'elle n'a pas à s'expliquer sur la *ratio decidendi* »¹²⁵¹. « Au grand regret de certains auteurs, la motivation des arrêts de la Cour de cassation se caractérise par son caractère quelque peu abrupte, dépouillé. Ceci provient de la mission même qui [lui] est confiée : vérifier la légalité de la décision contestée. La Cour “dit le droit” sans dire pourquoi elle retient telle ou telle interprétation de la loi »¹²⁵². La cassation constitue, pour ceux qui la pratiquent, un obstacle historique et psychologique à la motivation de l'interprétation.

557. La cassation : obstacle technique à la motivation de l'interprétation. A l'obstacle psychologique s'ajoute un obstacle technique qui en constitue le corollaire. La cassation n'a pas été conçue comme un mode d'unification de la jurisprudence, mais au contraire comme le meilleur moyen de la réprimer. Ce n'est que par une évolution des cas d'ouverture que la Cour a fait de ce mécanisme un instrument d'uniformisation. Aujourd'hui encore, cette fonction d'interprète officiel ne s'exerce que de manière médiate, à l'occasion du contrôle historique de l'action juridictionnelle des juges du fond. En d'autres termes « la Cour a deux missions principales : vérifier la conformité des décisions au droit (fonction juridictionnelle) et dire le droit (fonction jurisprudentielle) »¹²⁵³. Elle remplit la seconde de manière accessoire à l'occasion de l'exercice de la première. Le caractère médiat de l'unité d'interprétation est lourd de conséquences quant à la manière de justifier son objet.

La motivation explicite pourrait d'abord être vécue comme un dépassement du rôle des juges de cassation, car « un arrêt qui tranche un débat n'a rien d'une dissertation »¹²⁵⁴. L'unification de l'interprétation s'exerce ensuite à l'occasion d'un pourvoi dont le cadre procédural restreint la liberté de la Cour¹²⁵⁵. En d'autres termes, « l'objet du pourvoi en cassation étant de faire censurer la décision des juges du fond pour des raisons de droit, la technique du pourvoi est enfermée dans des contraintes formelles »¹²⁵⁶ et des « contraintes procédurales »¹²⁵⁷ qui la brident dans la motivation de ses interprétations. Les missions jurisprudentielle et

¹²⁵¹ J.-F. WEBER, « La motivation des arrêts de la Cour de cassation », *Revue Lamy Droit civil*, 2012, n° 89, p. 72.

¹²⁵² J.-L. GILLET, B. MELIN-SOUCRAMANIEN, « L'arrêt de la Cour de cassation. Motivation, style, et structure », in *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruylant, 2012, p. 170.

¹²⁵³ X. HENRY, « La motivation des arrêts et la technique du moyen. Propositions de réforme », *JCP G* 2010. 1130.

¹²⁵⁴ D. TRICOT, « L'élaboration d'un arrêt de la Cour de cassation », *JCP G* 2004. I. 108.

¹²⁵⁵ « En outre, comme la Cour de cassation ne peut statuer que dans la limite des moyens invoqués par les parties, elle ne bénéficie pas de la même souplesse que la Cour fédérale de justice qui peut examiner le jugement attaqué sous tous ses angles matériels. La juridiction française a donc moins tendance à développer le contenu de sa motivation » (F. FERRAND, *Cassation française et Révision allemande*, PUF, 1993, p. 234, § 302).

¹²⁵⁶ J.-F. WEBER, *art. cit.*, p. 70.

¹²⁵⁷ X. HENRY, *art. cit.*, p. 1130.

juridictionnelle étant imbriquées, « l'expression de la position de principe dépend trop de la formulation du moyen »¹²⁵⁸.

558. La réunion de ces deux obstacles empêche aujourd'hui une motivation plus explicite¹²⁵⁹. Motiver les interprétations dans le cadre de la cassation impliquerait une remise en cause complète de la manière dont elle s'exerce. Cette remise en cause n'est pas impossible. Elle est d'ores et déjà à l'œuvre devant les juridictions administratives où la tradition de la cassation est moins prégnante. Ce changement est d'autant plus remarquable que l'évolution contemporaine de la motivation des arrêts de cassation du Conseil d'État prend exemple sur celle qu'il adopte depuis près de vingt-cinq ans dans le cadre de ses avis contentieux. En effet, le renvoi préalable constitue un cadre propice à la motivation de l'interprétation.

B) Un exercice facilité par le renvoi préalable

559. *Démonstration.* Deux caractères du renvoi préalable favorisent le développement de la motivation, deux raisons qui démontrent sa supériorité par rapport à la technique de la cassation.

La faveur faite à la motivation dans le cadre du renvoi préalable s'explique d'abord par ses règles de procédure peu formelles. Le juge suprême n'est pas enfermé par le moyen formulé par une partie. La question est posée par un juge¹²⁶⁰ et peut, quoi qu'il en soit, toujours être reformulée par la juridiction suprême¹²⁶¹. L'absence de carcan procédural tracé par les parties confère au juge une liberté profitable à la motivation.

¹²⁵⁸ X. HENRY, « La motivation des arrêts et la technique du moyen. Propositions de réforme », *JCP G* 2010. 1130.

¹²⁵⁹ Sur ce décalage, voire l'incompatibilité entre les missions juridictionnelle et jurisprudentielle de la Cour de cassation : « La rédaction appropriée à l'objet de la saisine d'une juridiction, le contrôle de légalité, ou à l'origine de son pouvoir, l'autorité, n'est pas forcément celle qui convient à l'effet de son activité, la création du droit » (P. DEUMIER, « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », *APD*, tome 50, 2006, p. 52).

¹²⁶⁰ S'agissant de la question prioritaire de constitutionnalité, si le constituant a voulu faire de ce mécanisme une procédure à destination du justiciable, il n'a pu complètement nier l'intérêt public qui participe de son essence. L'étude a proposé d'aller plus loin encore et de reconnaître explicitement cet intérêt en autorisant le juge à soulever d'office le moyen d'une part et en autorisant le juge à reformuler la question posée d'autre part. Les parties au litige doivent être cantonnées dans un simple rôle de proposition. V. *supra*, n° 399.

¹²⁶¹ Si le juge constitutionnel est tenu de répondre aux moyens soulevés par les parties dans leurs mémoires, il peut toujours soulever un moyen d'office. Il n'est donc pas complètement cloisonné par leur demande.

Ensuite, tel qu'il sera démontré, le caractère dialogique du renvoi oblige le juge suprême à convaincre les destinataires de l'opportunité de son choix. Le renvoi préalable favorise la recherche du consensus et nourrit la propension du juge suprême à se justifier. Pour susciter l'adhésion à son œuvre, il est indispensable de la motiver. Cette motivation profite à une meilleure délimitation du champ de son étendue.

560. Illustration. Cette attitude décomplexée avait été prônée par certains auteurs dès la fin des années soixante. Ils étaient alors convaincus que l'amélioration de la compréhension des arrêts des juridictions suprêmes passait par l'abandon des « attendus » et autres « considérants »¹²⁶². L'idée s'était alors « heurtée à des résistances »¹²⁶³, lesquelles s'expliquaient par l'antinomie entre cassation et motivation. Rejetée par la cassation, la motivation discursive s'est en revanche épanouie devant une juridiction alors nouvellement créée : « la Cour de justice des Communautés européennes »¹²⁶⁴. Etrangère à la technique de la cassation, délestée du poids de la tradition, la Cour a su profiter du renvoi préjudiciel pour déployer une motivation prolifique. Libérée des contraintes procédurales du « moyen », adepte du style direct, la Cour a saisi l'occasion d'une pédagogie interdite aux juridictions nationales. Sa motivation s'enrichit d'une référence subtile aux précédents jurisprudentiels, preuve de sa volonté de convaincre et d'affermir l'autorité de sa jurisprudence. Ces références viennent au soutien d'un argumentaire important où la Cour retoque explicitement chacun des arguments avancés par les États et explique avec détail les raisons de sa conviction profonde. Ces justifications permettent alors de mieux cerner l'étendue de l'interprétation délivrée.

561. L'un des facteurs essentiels qui a permis l'élaboration d'une telle motivation est l'existence du renvoi préalable. Preuve en est que, sitôt qu'il a été consacré devant le Conseil d'État, le juge administratif suprême a développé, en marge de la motivation brève de la cassation, une motivation particulièrement détaillée dans le cadre des demandes d'avis. Le contraste est frappant entre la motivation des arrêts du Conseil et celle de ses avis contentieux. Libéré des contraintes procédurales de la cassation, le Conseil n'a pas hésité à bouleverser ses méthodes. Le style dissertatif a supplanté un style indirect souvent jugé hermétique. A la tradition du « considérant » et de la phrase unique, symbole de l'autorité, a

¹²⁶² A. TOUFFAIT, L. MALLET, « La mort des attendus ? », *D.* 1968. 123.

¹²⁶³ A. TOUFFAIT, A. TUNC, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment celles de la Cour de cassation », *RTD civ.* 1974. 501.

¹²⁶⁴ *Ibid.*

succédé une motivation pédagogique¹²⁶⁵. Le Conseil d'État disserte librement, déploie son raisonnement, cite ses précédents, mentionne la jurisprudence des autres juridictions suprêmes¹²⁶⁶, explique les causes profondes de ses choix¹²⁶⁷ et leurs conséquences. Bref, alors qu'il fait preuve d'une relative concision lorsqu'il statue comme juge de cassation, le renvoi préalable a été le vecteur d'une motivation inhabituelle, explicite et contagieuse.

562. *La contagion de la motivation.* Au moins devant l'ordre administratif, le renvoi préalable a permis de dépasser les obstacles qui s'opposaient à une motivation détaillée des interprétations. Cette motivation pratiquée dans le cadre des demandes d'avis a servi de point de référence à l'occasion d'une remise en cause généralisée de la motivation des décisions des juridictions administratives. Conscient des défauts de la motivation traditionnelle, le vice-président du Conseil d'État a institué un groupe de travail dont le rapport a été rendu public en avril 2012. Le groupe fait le constat que « les motivations des décisions des juridictions administratives ne font pas ou pas suffisamment apparaître les raisons de l'interprétation que

¹²⁶⁵ Cette volonté pédagogique ressort d'un nombre important d'avis. A titre d'exemple, le Conseil d'État énonce à l'attention du juge et de l'administration fiscale une méthode détaillée pour évaluer la valeur vénale d'un bien : « Pour reconstituer cette valeur vénale, l'administration doit procéder selon l'une des méthodes prévues à l'article 324 AC précité de l'annexe III au Code général des impôts. Ces dispositions n'excluent toutefois pas qu'en l'absence d'acte ou de toute autre donnée récente faisant apparaître une estimation de l'immeuble à évaluer susceptible d'être retenue, l'administration se réfère à des transactions portant sur des immeubles de nature comparable et dont la date est la plus proche possible du 1er janvier 1970 ; pour reconstituer la valeur vénale de l'immeuble ainsi retenu à la date du 1er janvier 1970, il lui appartient, sous le contrôle du juge, d'appliquer à la base ainsi déterminée, tout indice ou combinaison d'indices propres à retracer au mieux la variation de la valeur vénale entre la date de cette transaction et le 1^{er} janvier 1970 » (CE, avis, 24 novembre 2006, n° 297098).

¹²⁶⁶ A titre d'exemple : CE, avis, 16 mai 2001, n° 229810 et n° 229811.

¹²⁶⁷ Pour répondre à la question de savoir si un permis délivré par la mission d'administration intérimaire des Nations Unies au Kosovo (MINUK) devait être reconnu en France, le Conseil d'État se réfère à « la résolution n° 1244 adoptée le 10 juin 1999 par le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies qui autorise le Secrétaire général (...) à établir une présence internationale civile au Kosovo (...) et confie à cette présence internationale civile la responsabilité d'exercer les fonctions d'administration civile de base ». Il en déduit alors qu'« il a été institué une mission d'administration provisoire des Nations Unies au Kosovo (MINUK) qui doit être regardée, tant qu'elle a exercé ces fonctions, comme l'autorité légale sur ce territoire ». Dès lors, « les permis de conduire délivrés par la MINUK sur le fondement de ce règlement remplissent, pour l'application des dispositions de l'article R. 222-3 du Code de la route et de l'arrêté du 8 novembre 1999, la condition tenant à leur délivrance par un État ou au nom d'un État ». Le Conseil, saisi sur avis, explique avec soin les raisons de sa décision (CE, avis, 4 octobre 2010, n° 339560). A titre d'exemple évocateur, le Tribunal administratif de Lyon a interrogé le Conseil d'État quant à la nature du recours exercé par un travailleur handicapé contre la décision de la commission ayant opéré cette qualification. Le Conseil d'État répond longuement et clairement « qu'il ne résulte pas *compte tenu notamment des travaux préparatoires de la loi du 11 février 2005* (nous soulignons), que le législateur, en supprimant les commissions départementales des travailleurs handicapés, juridictions administratives spécialisées, et en confiant aux juridictions administratives de droit commun le soin de connaître des litiges auxquels peuvent donner lieu ses décisions, ait entendu que les recours désormais portés devant la juridiction administrative de droit commun *devaient être d'une autre nature que celle de recours de plein contentieux reconnue par la jurisprudence aux recours portés devant les commissions départementales des travailleurs handicapés* (nous soulignons). Au demeurant, le juge administratif de droit commun se trouve saisi, comme l'étaient les commissions départementales, de questions qui justifient, par leur nature, qu'il dispose de pouvoirs excédant ceux d'un juge de l'annulation ». Il ressort clairement de l'avis délivré que le juge administratif se fonde sur un raisonnement par analogie (CE, avis, 6 avril 2007, n° 293238).

le juge donne de la règle de droit »¹²⁶⁸. Cette attitude est d'autant plus dommageable que « ces explications sont nécessaires aux différents destinataires des décisions de justice, qu'il s'agisse des parties (...) des justiciables ou des praticiens qui les conseillent, pour lesquels les décisions de justices participent de l'élaboration d'un droit positif qui doit présenter un certain degré de prévisibilité »¹²⁶⁹. A l'instar de la motivation pratiquée lorsque le Conseil d'État répond à une demande d'avis¹²⁷⁰, il faut expliciter « le raisonnement par lequel le juge dégage la règle de droit »¹²⁷¹ et les raisons « qui l'auront conduit à donner tel ou tel sens à la norme »¹²⁷². « Les méthodes utilisées pour la rédaction des avis contentieux (...) montrent déjà que d'autres formules peuvent être retenues, sans porter atteinte à la qualité des raisonnements »¹²⁷³. Le renvoi préalable a tracé la voie d'une motivation explicite des interprétations. Par contagion, sa pratique se propage aujourd'hui à l'ensemble des décisions de justice.

¹²⁶⁸ Rapport du groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative, avril 2012, en ligne sur <http://www.conseil-état.fr/fr/communiqués-de-presse/groupe-de-travail-sur-la-redaction-des-decisions-de-la-jurisdiction-k6r.html>, p. 10.

¹²⁶⁹ *Ibid.*

¹²⁷⁰ *Ibid.*, p. 39.

¹²⁷¹ *Ibid.*, p. 29.

¹²⁷² *Ibid.*

¹²⁷³ D. RIBES, « La motivation des décisions du Conseil d'État », in *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruylant, 2012, p. 194.

563. Conclusion de la section 1. L'interprétation délivrée sur renvoi n'a pas pour seul destinataire le juge qui l'a sollicitée. Elle dépasse le cadre du litige qui en constitue l'occasion et s'adresse à l'ensemble des juges de droit commun. Il est par conséquent indispensable que l'interprétation se livre sans détour à ceux qui seront chargés de l'appliquer. Le seul moyen de circonscrire avec précision le champ d'application matériel d'une interprétation est de la motiver. Le juge suprême doit énoncer l'ensemble des raisons qui ont emporté son choix, qu'il s'agisse de considérations textuelles, jurisprudentielles ou de la prise en compte des conséquences désastreuses qu'une interprétation alternative aurait engendrées. Chacune de ces précisions permet au juge destinataire de circonscrire davantage l'étendue de l'interprétation et de respecter au mieux sa volonté.

564. Aussi vertueuse qu'elle soit, la motivation des interprétations n'est pas pratiquée dans une proportion comparable par l'ensemble des juridictions suprêmes. Le Conseil d'État et la Cour de cassation souscrivent souvent à une motivation brève qui leur vaut les critiques récurrentes des commentateurs. Cette motivation elliptique tient pour beaucoup au cadre dans lequel s'élabore leur jurisprudence. La technique et l'histoire de la cassation font obstacle à toute justification de leur choix. L'intérêt du renvoi préalable est de libérer les cours suprêmes nationales du carcan dans lequel la cassation les enferme. L'émancipation du cas et l'exclusion des parties livrent au juge un contexte favorable à la motivation. L'étude des avis contentieux du Conseil d'État illustre cette faveur. La réserve qu'adopte ce dernier lorsqu'il est saisi d'un pourvoi est remise sitôt qu'il statue sur une demande d'avis. Il n'hésite pas à citer les travaux préparatoires ou ses précédents jurisprudentiels. Mieux, il adopte un style dissertatif qui lui permet d'expliquer avec détail les raisons de ses choix. Le renvoi est un cadre propice à la motivation, une motivation gage de qualité et présomption simple de la bonne réception de l'interprétation par ses destinataires. Son contenu précisé, il faut maintenant délimiter le champ d'application temporel de l'interprétation (Section 2).

SECTION II : LA PORTEE DE L'INTERPRETATION DANS LE TEMPS

565. La portée de l'interprétation dans le temps permet, à l'instar de la motivation, de déterminer avec précision les situations auxquelles elle s'applique. Il s'agit de circonscrire avec netteté les litiges qui tombent sous son emprise, afin de permettre au juge de décider de son application ou de son délaissement.

566. Cette détermination du champ d'application temporel de l'interprétation oblige à scinder son étude en deux phases successives. Il faut d'abord fixer les directions dans lesquelles l'interprétation produit ses effets. Vaut-elle pour le passé ? Pour l'avenir ? Il s'avère que ces effets s'étendent dans l'une et l'autre de ces directions (§ 1), des effets qu'il faut nécessairement délimiter (§ 2).

§1 - L'ETENDUE DES EFFETS DANS LE TEMPS

567. Le juge est par principe un homme du passé. Il prononce le droit applicable à un litige souvent achevé de longue date. Si l'interprétation de la cour suprême s'émancipe de l'affaire qui en constitue l'occasion, le litige n'en demeure pas moins le fondement originel de son pouvoir interprétatif. L'interprétation doit s'y appliquer et produit nécessairement des effets dans le passé.

A la différence des juridictions du fond, l'interprétation délivrée par une cour suprême a une vocation prospective, elle vaut aussi, et avant tout, pour les situations qui prendront naissance après son élaboration. L'interprétation délivrée vaut pour le futur.

Le futur (A) et le passé (B), telles sont les deux directions dans lesquelles l'interprétation délivrée sur renvoi déploie ses effets.

A) L'effet dans le futur

568. C'est un lieu commun que l'interprétation juridictionnelle ne vaut que pour le cas à l'occasion duquel elle a été forgée. Comment pourrait-il en aller autrement, alors que l'article 5 du Code civil prohibe la pratique des arrêts de règlement ? Délivrée pour un cas et à son occasion, l'interprétation ne saurait en dépasser les frontières et lier pour l'avenir, la juridiction qui l'a délivrée, ni, *a fortiori*, ses homologues.

569. Si cette conception de l'interprétation juridictionnelle paraît fondée concernant les juridictions du fond, elle devient hasardeuse au regard du rôle dévolu aux juridictions suprêmes. Les premières flirtent intimement avec des faits qui, contingents, restreignent la portée de l'interprétation dans leurs strictes limites. Les secondes délivrent en revanche une interprétation générale, abstraite et impersonnelle, qui constitue à la fois le vecteur et le témoin de sa portée pour l'avenir.

Par son interprétation, le juge suprême participe avec le législateur à l'élaboration de la norme. Sa vocation n'est pas seulement de dire le droit dans une affaire particulière, elle est au contraire de prolonger le texte législatif, d'en délivrer le sens pour l'avenir. L'interprétation des cours suprêmes est entière tournée dans cette direction, à l'image du texte législatif dont elle constitue le complément indispensable.

Lorsque le Conseil d'État, saisi pour avis, énonce que « le fait pour un agent du service de l'enseignement public de manifester dans l'exercice de ses fonctions ses croyances religieuses, notamment en portant un signe destiné à marquer son appartenance à une religion, constitue un manquement à ses obligations »¹²⁷⁴, il pose une norme destinée à orienter la conduite future des agents concernés. Lorsque le Tribunal des conflits pose que « les personnels non statutaires travaillant pour le compte d'un service public à caractère administratif sont des agents contractuels de droit public »¹²⁷⁵, il s'adresse à tous les agents qui, à plus ou moins longue échéance, seront peut-être amenés à faire valoir leur droit devant un tribunal. Ceux-ci trouveront alors, dans l'arrêt du Tribunal, une réponse claire à la question de la juridiction compétente pour trancher leur litige.

570. Cette vocation de l'interprétation à régir le futur et concourir à sa plus grande certitude vaut quelle que soit la norme interprétée, et quel que soit son destinataire. Lorsque la

¹²⁷⁴ CE, avis, 3 mai 2000, n° 217017 du 3 mai 2000.

¹²⁷⁵ TC, 25 mars 1996, *Berkani*, n° 03000.

Cour de justice déclare l'effet direct des directives¹²⁷⁶ ou que le Conseil constitutionnel consacre le principe de la liberté contractuelle¹²⁷⁷, ils orientent les conduites futures du juge et du législateur. A l'instar de la loi qui la fonde, l'interprétation délivrée sur renvoi régit l'avenir. A sa différence toutefois, elle régit également le passé.

B) L'effet dans le passé

571. L'interprétation juridictionnelle jouit de spécificités qui sont inhérentes au cadre de son élaboration. L'une d'elles est source d'inconvénients majeurs (2) et tient à sa propension à développer ses effets dans le passé (1).

1) Le principe

572. L'effet passé de la règle jurisprudentielle apparaît d'une limpide évidence, il est inhérent au cadre de son élaboration, corollaire des contraintes qui limitent le pouvoir interprétatif du juge et touchent à la manière dont est appréhendé son office dans les systèmes de droit romano-germanique. Ces contraintes sont de deux ordres. D'une part, le juge délivre une interprétation nécessaire à la résolution d'un litige qui porte sur des faits passés. Elle déploie donc nécessairement ses effets avant leur déroulement. D'autre part, la tâche du juge consiste à révéler l'interprétation d'un texte telle qu'elle a été voulue dès l'origine par le législateur. Elle remonte donc à la date d'entrée en vigueur du texte lui-même. Il y a lieu de s'appesantir sur ces deux propositions et de les détailler, sans toutefois juger pour le moment de leur opportunité.

573. Une interprétation nécessaire à la résolution d'un litige passé. La première contrainte est inhérente au processus de formation de la jurisprudence. Le pouvoir interprétatif du juge est un pouvoir dérivé qu'il ne peut exercer qu'à l'occasion de sa mission juridictionnelle. Contrairement au législateur, il ne peut poser une interprétation que si elle est

¹²⁷⁶ CJCE, 4 décembre 1974, *Yvonne van Duyn contre Home Office*, n° 41/74.

¹²⁷⁷ CC 2000-437 DC du 19 décembre 2000, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001* ; P.-Y. GAHDOUN, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2008.

strictement nécessaire à la résolution du litige dont il est saisi. Elaborée hors de ce cadre, elle est privée de toute légitimité.

Là est la raison des effets nécessairement passés de l'interprétation jurisprudentielle. Sitôt élaborée, elle est appliquée à une situation achevée depuis souvent bien longtemps. « La technique d'édiction de la règle jurisprudentielle, qui lie formulation de la règle et application à l'espèce, la condamne » à des effets passés¹²⁷⁸. Le juge ne pouvant énoncer une norme nouvelle qu'à l'occasion de son application au litige, elle « va s'appliquer à des situations ou des faits qui sont par hypothèse antérieurs à sa formulation »¹²⁷⁹. « Dégagé à l'occasion du cas et pour le cas »¹²⁸⁰, l'interprétation produit nécessairement des effets dans le passé.

574. *Seconde contrainte.* La seconde contrainte découle du lien de dépendance tissé entre l'interprétation et le texte qui la fonde. Dans sa conception traditionnelle, l'interprétation est considérée comme la découverte, par le juge, d'un sens voulu dès l'origine par le législateur, un sens entièrement contenu dans le texte de son énoncé. Cette conception de l'interprétation est lourde de répercussions quant à ses effets dans le temps.

D'une part, si l'interprétation s'unit au texte interprété, ses effets dans le temps ne sauraient différer de ceux de l'énoncé. L'interprétation délivrée par le juge produit des effets à compter de l'entrée en vigueur de texte interprété, alors pourtant qu'elle est posée bien après cette date. « L'interprétation devient le texte, à moins que le texte ne soit que son interprétation, bref, leur fusion justifie que l'interprétation soit appliquée depuis l'entrée en vigueur du texte »¹²⁸¹. Par conséquent, le juge appliquera la norme nouvelle « à toutes les affaires dont il aura à connaître, et ceci sans distinguer selon que la situation ou les faits qui lui sont soumis sont antérieurs ou postérieurs à l'établissement de la norme »¹²⁸². L'effet de l'interprétation dans le passé est une conséquence directe de l'effet déclaratif de la jurisprudence¹²⁸³.

D'autre part, si l'interprète ne fait que découvrir un sens contenu dans le texte et si son interprétation s'incorpore à lui, il ne peut exister, à un moment donné, qu'une seule et unique interprétation du texte considéré. La théorie de l'incorporation exclut qu'un juge saisi de deux situations similaires, formées toutefois à deux époques différentes, applique deux interprétations distinctes. La Cour de cassation a énoncé ce principe dans un arrêt bien connu

¹²⁷⁸ J. RIVERO, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *AJDA* 1968. 16.

¹²⁷⁹ A. HERVIEU, « Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle », *RRJ* 1989. 268.

¹²⁸⁰ P. DEUMIER, « Le revirement de jurisprudence en questions », in *Le revirement de jurisprudence en droit européen*, E. CARPANO (dir.), Bruylant, 2012, p. 65.

¹²⁸¹ *Ibid.*

¹²⁸² A. HERVIEU, « Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle », *RRJ* 1989. 268.

¹²⁸³ Certains auteurs retiennent une définition élargie de la rétroactivité et considèrent ainsi que la jurisprudence n'est pas tant déclarative que rétroactive. Sur ce point : *Ibid.*, p. 266.

du 9 octobre 2001 où elle a considéré que « l'interprétation jurisprudentielle d'une même norme, à un moment donné, ne peut être différente selon l'époque des faits considérés »¹²⁸⁴.

575. Généralisation. Si l'image de la Cour de cassation plane sur de tels développements, ils valent toutefois pour l'ensemble des juridictions suprêmes. La jurisprudence du Conseil d'État fourmille d'interprétations nouvelles qui sont pourtant appliquées à des situations bien antérieures à la date de leur élaboration. Lorsqu'il se détourne de sa ligne jurisprudentielle et considère qu'un patient doit être informé des risques connus mais exceptionnels¹²⁸⁵ de décès ou d'invalidité, il délivre une interprétation qui s'applique aux situations futures, mais également à toutes les opérations qui se sont déroulées dans le passé et qui n'ont pas encore fait l'objet d'une décision de justice irrévocable.

La situation est identique pour le Conseil constitutionnel qui, lorsqu'il délivre l'interprétation d'un texte constitutionnel, exprime officiellement son sens originel. Elle s'applique immédiatement à toutes les dispositions législatives du droit positif, indépendamment de leur date d'entrée en vigueur. L'interprétation s'applique à des situations passées.

D'entre toutes les juridictions suprêmes, la Cour de justice est, comme souvent, celle qui fait preuve de la plus grande franchise. Elle affirme que l'interprétation d'une règle du droit de l'Union européenne éclaire et précise « la signification et la portée de cette règle, telle qu'elle doit ou aurait dû être comprise et appliquée depuis le moment de sa mise en vigueur ». Elle en déduit que « la règle ainsi interprétée peut et doit être appliquée par le juge, même à des rapports juridiques nés et constitués avant l'arrêt statuant sur la demande d'interprétation »¹²⁸⁶. Comment faire plus clair ? L'interprétation délivrée sur renvoi déploie ses effets dans le passé.

¹²⁸⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 9 octobre 2001, n° 00-14.564.

¹²⁸⁵ CE, 5 février 2000, n° 198530.

¹²⁸⁶ CJCE, 27 mars 1980, *Denkavit italiana*, 61/79, Rec. p. 1205, point 16 ; CJCE, 27 mars 1980, *Salumi*, 66, 127 et 128/79, Rec. p. 1237, point 9 ; CJCE, 10 juillet 1980, *Ariete*, 811/79, Rec. p. 2545, point 6 ; CJCE, 10 juillet 1980, *MIRECO*, 826/79, Rec. p. 2559, point 7 ; CJCE, 13 décembre 1983, *Apple and Pear Development Council*, 222/82, Rec. p. 4083, point 36 ; CJCE, 2 février 1988, *Blaizot*, 24/86, Rec. p. 379, point 27 ; CJCE, 6 juillet 1995, *BP Soupergaz*, C-62/93, Rec. p. I-1883, point 39 ; CJCE, 11 août 1995, *Rodens e.a.*, C-367/93 à C-377/93, Rec. p. I-2229, point 42 ; CJCE, 19 octobre 1995, *Richardson*, C-137/94, Rec. p. I-3407, point 31 ; CJCE, 15 décembre 1995, *Bosman e.a.*, C-415/93, Rec. p. I-4921, point 141 ; CJCE, 13 février 1996, *Bautiaa et Société française maritime*, C-197/94 et C-252/94, Rec. p. I-505, point 47 ; CJCE, 2 décembre 1997, *Fantask*, C-188/95, Rec. p. I-6783, points 36-37 ; CJCE, 15 septembre 1998, *Edis*, C-231/96, Rec. p. I-4951, point 15 ; CJCE, 4 mai 1999, *Sürül*, C-262/96, Rec. p. I-2685, point 107 ; CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, C-184/99, Rec. p. I-6193, point 52 ; CJCE, 13 décembre 2001, *Heininger*, C-481/99, Rec. p. I-9945, point 51 ; CJCE, 3 octobre 2002, *Barreira Pérez*, C-347/00, Rec. p. I-8191, point 44 ; CJCE, 13 janvier 2004, *Kühne & Heitz*, C-453/00, Rec. p. I-837, point 21 ; CJCE, 17 février 2005, *Linneweber et Akritidis*, C-453/02 et C-462/02, Rec. p. I-1131, point 41 ; CJCE, 15 mars 2005, *Bidar*, C-209/03, Rec. p. I-2119, point 66 ; CJCE, 6 octobre 2005, *MyTravel*, C-291/03, Rec. p. I-8477, point 16 ; CJCE, 10 janvier 2006, *Skov et Bilka*, C-402/03, Rec. p. I-199, point 50 ; CJCE, 6 mars 2007, *Meilicke e.a.* C-292/04, point 34.

2) *Les inconvénients*

576. Bien que lié à l'office du juge, l'effet passé de la règle jurisprudentielle est de plus en plus contesté. Une hypothèse spécifique est souvent prise pour étendard parce qu'elle révèle avec une acuité particulière la perversité que l'effet déclaratif de la jurisprudence est susceptible d'engendrer. Cette situation est celle où le juge « abandonne une solution auparavant admise, entraînant l'adoption d'une solution contraire à celle précédemment consacrée »¹²⁸⁷. Il s'agit du cas où le juge opère un revirement de jurisprudence.

577. *Le revirement de jurisprudence.* Lorsque le juge effectue un revirement de jurisprudence, il modifie l'interprétation d'un texte qu'il avait précédemment posée. Cette nouvelle interprétation est alors déclarative, autant que l'avait été l'interprétation qu'elle remplace. La nouvelle interprétation remonte ainsi dans le temps jusqu'à la date d'entrée en vigueur du texte qui la fonde. Elle est appliquée par le juge à tous les litiges dont il est saisi, sans égard à la date à laquelle les faits se sont constitués. Tous les litiges, à commencer par celui qui fournit l'occasion du revirement, seront tranchés par application de l'interprétation nouvelle. L'effet déclaratif de l'interprétation revient à appliquer aux parties une règle jurisprudentielle dont ils ne pouvaient avoir connaissance au moment où s'est nouée leur situation juridique, faute pour cette norme d'exister à cet instant précis.

L'effet du revirement dans le passé peut paraître injuste. Comment accepter qu'une personne soit blâmée pour n'avoir pas respecté une règle distincte de celle qui était établie au moment où elle a agi ? Comment justifier qu'un juge applique à une partie une règle dont elle ne pouvait avoir connaissance ? Le revirement de jurisprudence laisse apparaître ses effets pervers, l'atteinte qu'il porte aux prévisions des parties étant difficilement acceptable. Ces conséquences ravageuses ressortent avec netteté de certains arrêts de la Cour de cassation. Les arrêts du 10 juillet 2002 sont connus de tous. La Cour confirme « qu'une clause de non-concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace et qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié », mais elle ajoute qu'une telle clause « comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière »¹²⁸⁸. Cette incise a fait l'effet

¹²⁸⁷ M. JAEGER, « Notion et politique du revirement. Propos introductifs », in *Le revirement de jurisprudence en droit européen*, E. CARPANO (dir.), Bruylant, 2012, p. 27.

¹²⁸⁸ Ce revirement a été effectué à l'occasion de trois arrêts de la chambre sociale rendus le même jour : Cass. soc., 10 juillet 2002, n° 00-45.135 ; Cass. soc., 10 juillet 2002, n° 99-43.334 et n° 99-43336 ; Cass. soc., 10 juillet 2002, n° 00-45.387.

d'un coup de tonnerre ravageur, la création d'une condition supplémentaire à la validité des clauses de non concurrence s'appliquant non seulement aux contrats futurs, mais également à l'ensemble des contrats en cours. Du jour au lendemain, la nouvelle interprétation a rendu illégales des clauses qui, lors de leur conclusion, avaient été rédigées dans le respect scrupuleux du droit en vigueur. Le revirement de jurisprudence porte alors une atteinte flagrante à la sécurité juridique. L'air du temps étant à sa promotion¹²⁸⁹, il n'est pas étonnant que les effets des revirements soient de plus en plus contestés.

578. *Revirement et renvoi préalable.* Le revirement de jurisprudence est, par principe, une denrée rare. Il n'est d'ailleurs pas interdit de s'en féliciter. Les juges ont pleinement conscience de ses conséquences et n'y recourent, dès lors, qu'avec parcimonie. Rare par nature, la jurisprudence témoigne que le revirement est exceptionnel lorsque l'interprétation est délivrée sur renvoi.

Il arrive que la Cour de justice procède à certaines évolutions, comme récemment en matière de réglementation des jeux et paris en ligne¹²⁹⁰. Mais de l'aveu même de ceux qui l'ont pratiqué¹²⁹¹, le cas fait figure d'exception. Ce n'est que d'une main tremblante que la Cour retouche sa jurisprudence, à l'image du Tribunal des conflits dont l'œuvre est réputée pour être l'une des plus stables jamais élaborées¹²⁹².

¹²⁸⁹ « La demande de sécurité juridique n'a probablement jamais été aussi forte que depuis une dizaine d'années » (F. MALLERAY, « A propos de la rétroactivité de la jurisprudence, Réjouissant mais déroutant », *RTD civ.* 2005. 321) ; « Le principe de sécurité juridique, dont on connaît l'usage intensif qu'en fait la Cour en tant que principe général du droit communautaire, semblerait *a priori* fournir une base juridique plus incontestable [à la modulation des effets de l'interprétation dans le temps] » (D. SIMON, « L'effet dans le temps des arrêts préjudiciels de la Cour de justice des Communautés européennes : enjeu ou prétexte d'une nouvelle guerre des juges ? », in *Du droit international au droit de l'intégration, liber amicorum Pierre Pescatore*, Nomos, 1987, p. 662). S'agissant de la matière constitutionnelle : B. MATHIEU (dir.), « Dossier : principe de sécurité juridique », *CCC*, 2001, n° 11. Enfin, sur le principe de sécurité juridique et le revirement de jurisprudence : P. MALINVAUD, « A propos de la rétroactivité de la jurisprudence », *RTD civ.* 2005. 313.

¹²⁹⁰ La Cour a d'abord progressivement condamné les législations nationales restreignant les activités de jeux et de paris. Dans son arrêt *Massimiliano* la Cour considère qu'« une réglementation nationale qui interdit l'exercice d'activités de collecte, d'acceptation, d'enregistrement et de transmission de propositions de paris, notamment sur les événements sportifs, en l'absence de concession ou d'autorisation de police délivrées par l'État membre concerné, constitue une restriction à la liberté d'établissement ainsi qu'à la libre prestation des services prévues respectivement aux articles 43 CE et 49 CE » (CJCE, 6 mars 2007, *Massimiliano Placanica*, C-338/04 ; *Christian Palazzese*, C-359/04 et *Angelo Sorricchio*, C-360/04). Elle semble toutefois se raviser depuis l'arrêt *Bwin* par lequel la Cour considère que « l'article 49 CE ne s'oppose pas à une réglementation d'un État membre (...) qui interdit à des opérateurs établis dans d'autres États membres, où ils fournissent légalement des services analogues, de proposer des jeux de hasard par l'Internet sur le territoire dudit État membre » (CJCE, 8 septembre 2009, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional, Bwin International Ltd c/ Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa*, C-42/07).

¹²⁹¹ Sur les revirements de la Cour de justice : M. JAEGER, « Notion et politique du revirement. Propos introductifs », in *Le revirement de jurisprudence en droit européen*, E. CARPANO (dir.), Bruylant, 2012, p. 25 et s.

¹²⁹² Pour une illustration récente et exceptionnelle de revirement de jurisprudence : TC, 17 octobre 2011, n° 3828 et 3829, *Préfet de Bretagne*.

La question prioritaire de constitutionnalité est peut-être encore trop jeune pour rendre compte de manière significative de la fréquence des revirements du Conseil constitutionnel. Si toutefois sa pratique dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité reste fidèle à celle développée à l'occasion du contrôle *a priori*, il est probable que le revirement demeure exceptionnel.

Enfin, s'agissant du mécanisme des demandes d'avis, il exclut purement et simplement toute possibilité de revirement. En effet, l'une des conditions de recevabilité de la demande est qu'elle porte sur une question de droit nouvelle, c'est-à-dire une question sur laquelle la juridiction suprême n'a pas encore eu l'occasion de prendre position. Dès lors, si la Cour refuse d'étudier les questions sur lesquelles une position est déjà établie, elle se prive de toute possibilité de revirement.

Il faut donc relativiser les inconvénients que les effets passés du revirement de jurisprudence peuvent engendrer, ne serait-ce que parce que le revirement de jurisprudence demeure une situation exceptionnelle¹²⁹³.

Est-ce à dire que les effets dans le passé des interprétations délivrées sur renvoi sont indolores ? Que leur effet déclaratif ne pose aucun problème ? Si la doctrine dénonce généralement les effets passés de l'interprétation jurisprudentielle sous la figure du revirement, il ne faut pas oublier que l'interprétation initiale d'un texte peut, elle aussi, présenter de sérieux inconvénients.

579. Effets indésirables d'une interprétation initiale. Le revirement est souvent mis sur le devant de la scène lorsqu'il s'agit d'attester des effets indésirables de l'interprétation dans le passé. La doctrine distingue sur ce point le revirement de jurisprudence et l'élaboration d'une jurisprudence naissante. Il existerait entre eux « une différence de degré, et particulièrement dans le degré de leur prévisibilité »¹²⁹⁴, si bien que la sécurité juridique des individus ne serait pas atteinte dans une mesure comparable. « En effet, une certaine prudence est toujours de mise dans l'attente de l'interprétation d'un texte ; la prudence reste recommandée, une fois les premières interprétations données, le temps de s'assurer de leur stabilité ; en revanche, une fois le texte assorti d'une interprétation constante ou acquise »¹²⁹⁵ les citoyens peuvent légitimement fonder sur elle leurs prévisions. Il faudrait ainsi distinguer

¹²⁹³ J.-L. AUBERT, « Faut-il moduler dans le temps les revirements de jurisprudence ?... J'en doute », *RTD civ.* 2005. 300.

¹²⁹⁴ P. DEUMIER, « Le revirement de jurisprudence en questions », in *Le revirement de jurisprudence en droit européen*, E. CARPANO (dir.), Bruylant, 2012, p. 51.

¹²⁹⁵ P. DEUMIER, « Le revirement de jurisprudence en questions », in *Le revirement de jurisprudence en droit européen*, E. CARPANO (dir.), Bruylant, 2012, p. 51.

l'interprétation première d'un texte nouveau d'une part, et la nouvelle interprétation d'un texte ancien d'autre part. Dans la première hypothèse la sécurité juridique du justiciable serait préservée, dans la mesure où il a conscience de la précarité de l'interprétation sur laquelle il fonde son action. Le revirement bouleverserait en revanche les prévisions des parties en soumettant leur litige à une interprétation différente de celle qui constituait le droit positif au moment de sa formation.

580. La dichotomie est théoriquement séduisante et il est difficile de ne pas y succomber. L'étude de la jurisprudence oblige toutefois, sinon à la contester, du moins à polir ses arrêtes un peu franches. En effet, tous les revirements ne portent pas nécessairement atteinte à la sécurité juridique des justiciables. Le revirement est privé d'une large part de ses effets indésirables lorsqu'il intervient dans des matières où la volonté des parties est sans emprise¹²⁹⁶. Par ailleurs, lorsqu'il est susceptible d'attenter à la sécurité juridique, différentes méthodes sont parfois mises en œuvre pour déjouer son imprévisibilité¹²⁹⁷. En réalité, seule une infime part des revirements est néfaste pour le justiciable¹²⁹⁸.

¹²⁹⁶ Si le revirement de jurisprudence déjoue sans aucun doute les prévisions des parties lorsqu'il intervient en matière contractuelle, l'atteinte est moins flagrante lorsque le litige porte sur des faits accidentels. La règle nouvelle posée par l'arrêt *Desmares* s'applique par exemple aux accidents de la route antérieurs à son élaboration. Les parties auraient-elles pour autant agi différemment ? Certainement pas. « Si tous les revirements de jurisprudence sont rétroactifs, l'inconvénient de cette rétroactivité n'est pas toujours le même. L'effet pour le passé de certains revirements est insignifiant. En revanche lorsque les revirement affectent une large part de la population, et lorsqu'ils interviennent en matière contractuelle, leur effet dans le passé est bien plus considérable » (C. MOULY, « Le revirement pour l'avenir », *JCP G* 1994. I. 3776, p. 326, §10) ; A. HERVIEU, « Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle », *RRJ* 1989. 269. De même, en matière de droits fondamentaux, le revirement a généralement pour effet d'augmenter la protection des droits, par un effet cliquet, et ne préjudicie jamais au justiciable. Le revirement est donc souvent indolore : R. TINIERE, « Les revirements de jurisprudence de la CJUE dans le domaine de la protection des droits fondamentaux », in *Le revirement de jurisprudence en droit européen*, E. CARPANO (dir.), Bruylant, 2012, p. 145.

¹²⁹⁷ « Les prévisions des justiciables, sont, en effet, déjouées. Elles le sont lorsque le revirement est inopiné et surprend par sa soudaineté. Car il est parfois préparé, et par là-même rendu prévisible, soit par la résistance de la doctrine et des juridictions inférieures, soit par les changements survenus dans le milieu économique et social » (P. VOIRIN, « Les revirements de jurisprudence et leurs conséquences », *JCP* 1959. I. 1467, §6) ; *contra* : « Au contraire dans le système de l'UE, nous ne connaissons pas ces techniques de préavis du revirement, ni rien de ce type qui puisse être comparé à ce qui existe dans les systèmes juridiques nationaux. Nous n'employons ni les opinions dissidentes, ni l'indication dans l'arrêt lui-même de la majorité à laquelle la décision a été prise. En outre, les techniques de *l'obiter dictum* et du *not following* ne sont pas utilisées » (M. JAEGER, « Notion et politique du revirement. Propos introductifs », in *Le revirement de jurisprudence en droit européen*, E. CARPANO (dir.), Bruylant, 2012, p. 39).

¹²⁹⁸ N. MOLFESSIS, « Les revirements de jurisprudence », in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Economica, 2005, p. 145 ; A. HERVIEU, « Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle », *RRJ* 1989. 269 ; N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence, rapport remis à Monsieur, le Premier Président Guy Canivet*, Litec, 2005 ; X. BACHELIER, M.-N. JOBARD-BACHELIER, « Les revirements de jurisprudence », *RTD civ.*, 2005. 308 ; J.-L. AUBERT, « Faut-il moduler dans le temps les revirements de jurisprudence ?... J'en doute », *RTD civ.* 2005. 300.

581. Inversement, les exemples ne manquent pas d'interprétations initiales qui viennent déjouer les prévisions des parties. Tel est le cas, d'abord, lorsque l'interprétation intervient tardivement et « condamne une pratique constante sur la foi de laquelle se sont constituées des situations qu'on croyait inébranlables »¹²⁹⁹. Par exemple, dans un arrêt du 14 février 2013¹³⁰⁰, la Cour de cassation a considéré que les sommes versées aux employés au titre d'un accord sur la réduction du temps de travail avaient la qualité d'indemnités et, à ce titre, ne devaient pas être assujetties aux cotisations patronales. Cet arrêt de la Cour fixe bel et bien pour la première fois l'interprétation de la loi dite « de Robien » du 20 décembre 1993¹³⁰¹. Elle a pourtant déjoué les prévisions des justiciables qui s'étaient légitimement fondés sur l'interprétation délivrée par une circulaire publiée et qui avait qualifié cette indemnité de salaire, assujetti, en tant que tel, aux cotisations patronales. L'interprétation initiale posée par la Cour de cassation intervient tardivement et porte en elle une atteinte grave au droit des employeurs qui ne peuvent, en raison des délais de prescription, demander le remboursement des sommes qu'ils ont pourtant indument versées à l'URSSAF¹³⁰². Peut-on leur opposer que l'interprétation de la Cour de cassation était présente « dans l'air » ? Qu'elle était prévisible ? Qu'ils devaient, sinon la deviner, au moins la redouter ? Une réponse positive reviendrait à considérer qu'il n'est aucune loi en laquelle les parties puissent avoir confiance tant qu'elle n'a pas passé l'épreuve de son interprétation par la juridiction suprême. Elle serait une grave incitation au contentieux, toute personne étant invitée à quérir l'interprétation authentique du texte qui lui est applicable.

582. La distinction entre l'interprétation initiale et le revirement est également caricaturale parce qu'elle oppose deux termes qu'elle appréhende comme deux ensembles radicalement opposés. Il y aurait d'une part l'interprétation initiale qui vient combler un doute dont le justiciable devait tenir compte. Il y aurait, à l'extrême opposé, le revirement qui prend le justiciable à revers. La réalité de la jurisprudence est pourtant plus nuancée¹³⁰³. Certes l'interprétation primaire d'un texte vient parfois dénouer un doute sur l'interprétation qui

¹²⁹⁹ P. VOIRIN, « Les revirements de jurisprudence et leurs conséquences », *JCP* 1959. I. 1467, §5.

¹³⁰⁰ Cass. civ. 2^{ème}, 14 février 2013, n° 12-13.339.

¹³⁰¹ Art. 39-1, Loi n° 93-1313 quinquennale du 20 décembre 1993 relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle dite loi de Robien.

¹³⁰² Pour un exemple ancien : « On évoque aussitôt la condamnation de la clause d'attribution au conjoint survivant d'un fonds de commerce ou d'une entreprise propre au défunt. L'analyse de cette clause en pacte de succession future prohibé éclata, en 1933, dans le ciel serein du notariat comme un coup de tonnerre aussi retentissant qu'un revirement de jurisprudence (...) Dans les deux cas la sécurité des justiciables est ébranlée » (P. VOIRIN, « Les revirements de jurisprudence et leurs conséquences », *JCP* 1959. I. 1467, p. 2).

¹³⁰³ C. ATIAS, « Sur les revirements de jurisprudence », *RTD civ.* 2005. 299.

transpirait du texte. Dans cette hypothèse précise, il est légitime que le justiciable qui a « parié » sur une interprétation subisse le risque d'une contradiction postérieure par la juridiction suprême. Mais il ne faut pas nier que les juridictions s'engouffrent parfois dans les potentialités d'un texte pour bâtir, par la voie de l'interprétation, des constructions jurisprudentielles inopinées.

Il n'y a donc pas seulement perturbation en cas de revirement. Il y a perturbation chaque fois que la règle jurisprudentielle posée déjoue les prévisions des justiciables, chaque fois qu'ils ne pouvaient légitimement s'attendre à l'interprétation délivrée, soit qu'une interprétation différente s'était implantée dans la pratique quotidienne sans être contestée, soit que le juge a pris de telles libertés avec le texte que son interprétation révèle, en creux, un véritable pouvoir normatif originaire, par nature imprévisible.

583. Conclusion du §1. L'interprétation délivrée sur renvoi bénéficie d'un effet dans le temps élargi. Elle vaut pour un futur indéterminé. Elle remonte dans le passé jusqu'à la date d'entrée en vigueur du texte qui la fonde, non sans poser des problèmes de prévisibilité. Il est nécessaire de borner les effets dans le temps de l'interprétation délivrée sur renvoi. Ainsi paraît-il impérieux d'en limiter l'étendue (§2).

§2 - LES LIMITES AUX EFFETS DANS LE TEMPS

584. L'interprétation délivrée sur renvoi dépasse le cadre du litige qui en constitue l'occasion et prétend régir les situations qui se formeront après son élaboration. Elle n'est toutefois pas perpétuelle. L'interprétation souffre d'une précarité consubstantielle. Elle peut être remise en cause et prendre fin sans le moindre préavis, soit que le législateur, soit que le juge lui-même revienne sur l'interprétation en vigueur (A). Une fois l'effet de l'interprétation dans le futur circonscrit, reste à trouver un moyen de limiter les effets pervers de son application dans le passé. Des voix s'élèvent toujours plus haut pour inciter les juridictions suprêmes à moduler dans le temps les effets de leur interprétation (B).

A) Les limites à l'effet futur

585. L'interprétation délivrée sur renvoi n'est pas perpétuelle, loin s'en faut. Elle est au contraire condamnée à la précarité et peut être remise en cause, soit par la volonté du législateur, soit par la volonté de celui qui l'a précédemment posée.

1) L'intervention du législateur

586. *Enoncé de la limite.* Le pouvoir d'interprétation du juge ne s'exprime, surtout en droit privé, que dans les interstices et sous le patronage de la loi. Le manque de clarté du texte applicable justifie, au moins théoriquement, le recours à l'interprétation jurisprudentielle. Cette subordination fonde le pouvoir du législateur de contredire l'interprétation juridictionnelle de son texte¹³⁰⁴. Il « peut, dit-on, toujours modifier la jurisprudence »¹³⁰⁵. Certains auteurs ont d'ailleurs considéré, non sans être contestés¹³⁰⁶, que cette faculté pour le législateur de condamner toute jurisprudence constituait le fondement même du pouvoir normatif de celle-ci¹³⁰⁷. En effet, si le législateur peut contredire la règle posée par le juge, mais qu'il s'en abstient, n'est-ce pas qu'il la consacre indirectement ? Le pouvoir normatif de la jurisprudence s'expliquerait par une autorisation implicite. L'abstention et l'inertie du législateur manifesteraient son approbation, lui qui peut toujours la contredire.

¹³⁰⁴ J. MAURY, « Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit », in *Le droit privé français au milieu du XX^{ème} siècle, études offertes à Georges Ripert*, LGDJ, 1950, p. 49 ; P. HEBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », in *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 357 ; « Rien n'interdit au législateur de briser dans l'œuf une jurisprudence nouvelle qui lui paraîtrait mal venue ». Il s'agirait là d'un « contrôle hiérarchique du législateur sur une source de droit » (P. MALINVAUD, « A propos de la rétroactivité de la jurisprudence », *RTD civ.* 2005. 317).

¹³⁰⁵ P. JESTAZ, « La jurisprudence : réflexion sur un malentendu », *D.* 1987. 13.

¹³⁰⁶ « Il nous semble impossible d'accepter une telle thèse qui, dans la plupart des cas ne correspond pas à la réalité (...) Le pouvoir normatif de la jurisprudence ne peut s'expliquer par un recours à la loi » (J. MAURY, « Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit », in *Le droit privé français au milieu du XX^{ème} siècle, études offertes à Georges Ripert*, LGDJ, 1950, p. 38) ; « Le recours à cet artifice a le double défaut de reposer sur la base trop étroite d'une fiction et de dépasser le but, en ce que, comme nous le verrons, la règle jurisprudentielle a une nature et une valeur propres et non celle de la loi » (P. HEBRAUD, *art. cit.*, p. 333) ; « De la même façon, la prétendue permission implicite du législateur est une pure réponse de théologien à la question que suscite l'encombrante autorité de la jurisprudence » (P. JESTAZ, *art. cit.*, p. 13).

¹³⁰⁷ « L'absence complète de réaction de ceux qui avaient l'initiative des lois signifie que l'interprétation du droit objectif donnée par la jurisprudence ne leur a pas paru choquante, ou, si l'on veut, suffisamment choquante pour justifier une réaction ». Il y a alors « réception implicite de la règle jurisprudentielle par le législateur » (M. WALINE, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », in *Etudes en l'honneur de G. Scelle*, LGDJ, 1950, p. 627).

587. Remise en cause des limites. Si cette limite aux effets futurs de l'interprétation est indubitable, il n'est pas rare que son efficacité soit contestée. La procédure législative est tellement lourde et contraignante qu'elle rend difficile la remise en cause d'une jurisprudence¹³⁰⁸, et quand bien même la modification du texte serait effective, certains auteurs remarquent que le juge aurait toujours le loisir de l'interpréter¹³⁰⁹. Il effectuerait alors cet exercice sans moins de liberté qu'il n'en pouvait disposer à l'occasion de l'interprétation précédente¹³¹⁰. Si le législateur « prend aisément son parti de ce que les juges légifèrent à sa place, il éprouve également bien de la peine à réagir lorsque les juges légifèrent contre sa volonté »¹³¹¹.

588. Effectivité des limites. Ces deux limites, aussi sérieuses soient-elles, peuvent toujours être contestées.

La procédure est un frein qui handicape le législateur dans le combat de la jurisprudence¹³¹², c'est une certitude. Tel est évidemment le cas en matière de conventions internationales où toute modification nécessite généralement l'assentiment de l'unanimité des signataires. La remarque vaut tout autant pour la procédure rigoureuse nécessaire à la modification de la Constitution.

L'histoire démontre pourtant que, lorsque de telles modifications s'avèrent nécessaires, les efforts ne sont pas comptés pour y procéder¹³¹³. La décision du Conseil constitutionnel du 13

¹³⁰⁸ « Le législateur doit reconnaître, comme le poète, que ce qu'il a écrit ne lui appartient plus ! Tout ce qu'il peut faire, si le juge l'a mal lu, volontairement ou non, c'est recommencer d'écrire ; mais il est assez rare qu'il en arrive là » (O. DUPEYROUX, « La Jurisprudence, source abusive de droit », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Dalloz, 1960, t. 2, p. 373).

¹³⁰⁹ P. MALAURIE, « La jurisprudence combattue par la loi », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 603 ; v. égal : « Il ne suffit d'ailleurs pas toujours que le législateur exprime hautement, dans une nouvelle loi, son refus d'aligner son point de vue sur celui des juges pour que ceux-ci y renoncent nécessairement tout de suite, sans opposer de résistance » (O. DUPEYROUX, « La Jurisprudence, source abusive de droit », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Dalloz, 1960, t. 2, p. 373) ; « Au demeurant il n'est pas vrai que le dernier mot appartienne au législateur. Celui-ci a sans doute le pouvoir de briser une jurisprudence en la forme, c'est-à-dire de voter un texte qui prenne l'exact contre-pied de la formule consacrée par la Cour de cassation ou le Conseil d'État. Mais de leur côté les juges ont toujours la possibilité de ne pas s'incliner, soit qu'ils utilisent un biais, soit à toute extrémité qu'ils trichent sur les faits. Et ce n'est pas une hypothèse d'école ! » (P. JESTAZ, « La jurisprudence : réflexion sur un malentendu », *D.* 1987. 14).

¹³¹⁰ P. MALAURIE, *art. cit.*, p. 603 et s.

¹³¹¹ O. DUPEYROUX, *art. cit.*, p. 373.

¹³¹² P. MALAURIE, *art. cit.*, p. 603.

¹³¹³ L'exemple est bien connu de l'arrêt Perruche. Par une loi n° 2002-403 du 4 mars 2002 le législateur déclare que « nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance », anéantissant la jurisprudence de la Cour qui avait accepté d'indemniser un enfant né handicapé, non par le fait d'une faute des médecins, mais à cause de la transmission par sa mère du virus de la rubéole. La maladie, non détectée, avait alors rendu l'avortement impossible.

août 1993¹³¹⁴ et l'interprétation qu'il a faite du 4^{ème} alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 ont été contrecarrés par l'introduction d'un article 53-1 dans le corps de la Constitution¹³¹⁵. De même, la consécration d'une discrimination positive destinée à favoriser la représentativité des femmes dans les fonctions électives a nécessité une réforme constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel avait en effet décidé quelques années plus tôt que toute distinction entre les candidats fondée sur leur sexe était contraire à l'article 3 de la Constitution et à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. L'adjonction d'un nouveau alinéa à l'article 1^{er} de la Constitution proclamant l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives s'explique ainsi par la volonté de contourner la jurisprudence¹³¹⁶ du Conseil. Le dernier né de ces « lits de justice constitutionnel »¹³¹⁷, selon l'expression chère au Doyen Georges Vedel, s'est révélé à l'occasion de la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008. En effet, la jurisprudence du Conseil constitutionnel¹³¹⁸ s'opposait à toute différence de traitement injustifiée entre les groupes parlementaires et rendait délicate la reconnaissance de droits spécifiques à l'opposition sans procéder à une réforme constitutionnelle.

Quant à la faculté ouverte au juge d'interpréter le texte nouvellement élaboré, il ne faut pas exagérer la latitude dont il dispose dans l'exercice de cette prérogative. La démonstration a d'ores et déjà été faite¹³¹⁹ que le législateur et son interprète sont les artisans communs de la norme. Le texte contraint dans une certaine mesure l'interprète. Si le législateur contredit une interprétation jurisprudentielle, le juge ne saurait feindre de l'ignorer. Il faut donc convenir que le législateur dispose d'un pouvoir efficace pour limiter l'interprétation d'un texte dans le temps, pouvoir qu'il partage avec l'auteur même de l'interprétation.

¹³¹⁴ CC 93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*.

¹³¹⁵ Loi constitutionnelle n° 93-1256 du 25 novembre 1993 relative aux accords internationaux en matière de droit d'asile.

¹³¹⁶ Les travaux préparatoires à la réforme constitutionnelle passent en revue la jurisprudence du Conseil et justifient la réforme à son égard. Sur ce point : M. TASCIA, *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi constitutionnelle relatif à l'égalité entre les femmes et les hommes*, http://www.assemblee-nationale.fr/11/rapports/r1240.asp#P572_84387, p. 36

¹³¹⁷ « Si les juges ne gouvernent pas, c'est parce que, à tout moment, le souverain, à la condition de paraître en majesté comme constituant peut, dans une sorte de lit de justice, briser leurs arrêts », (G. VEDEL, « Schengen et Maastricht. A propos de la décision n° 91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991 », *RFDA* 1992. 173).

¹³¹⁸ « Considérant qu'en requérant des groupes une déclaration d'appartenance à la majorité ou à l'opposition et en conférant, en cas de contestation, un pouvoir de décision au Bureau de l'Assemblée nationale, les modalités retenues par la résolution conduisent à méconnaître le premier alinéa de l'article 4 de la Constitution et, compte tenu des conséquences qu'en tirent les articles 2-III, 6 et 7, ont pour effet d'instaurer entre les groupes une différence de traitement injustifiée » (CC 2006-537 DC du 22 juin 2006, *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale*).

¹³¹⁹ V. *supra*, n° 268 et s.

2) *Le revirement de jurisprudence*

589. La question semble dépourvue d'intérêt de savoir si le juge peut revirer sa jurisprudence. Interdit ou pas, le revirement est une pratique impossible à démentir. Les exemples ne font d'ailleurs qu'attester sa profonde nécessité, car par delà les problèmes qu'il peut engendrer, le revirement est l'instrument dont disposent les juridictions pour adapter le corpus juridique aux évolutions de la société. Il « exprime ce qui reste de vie au droit »¹³²⁰. Son interdiction serait le meilleur moyen de retirer à la jurisprudence une bonne part de son intérêt : sa malléabilité¹³²¹.

La possibilité pour le juge suprême français de revirer sa jurisprudence ne semble trouver aucune opposition. A la différence des pays de *common law* où la règle du précédent rend délicate sa justification, le système de droit français ne connaît pas d'obstacle théorique susceptible de s'y opposer. Mieux, l'article 5 du Code civil est parfois avancé comme l'une de ses justifications. Il est interdit au juge d'énoncer une règle générale et abstraite qui le lie pour l'avenir. L'interprétation délivrée ne vaut officiellement que pour l'affaire en cause. Il est donc toujours possible au juge de s'en départir et de revirer une interprétation précédemment délivrée. Il peut, sans obstacle, décider aujourd'hui différemment de ce qu'il a pu décider hier. La fiction que l'interprétation juridictionnelle n'est jamais obligatoire¹³²², si elle s'oppose à la reconnaissance de la jurisprudence comme une source de droit¹³²³, permet en revanche de légitimer ses revirements. Intrigant paradoxe.

Le raisonnement est vicié en admettant que l'interprétation est obligatoire. Si les juridictions peuvent revirer leur jurisprudence, il faut trouver un autre fondement à ce pouvoir. La réticence originelle tient à une (soit-disant) contradiction « entre le caractère obligatoire de la jurisprudence et la possibilité pour le juge de la modifier »¹³²⁴. Pourtant cette interrogation n'a pas lieu d'être. Le caractère obligatoire de l'interprétation ne saurait s'opposer à sa rectification. « La règle jurisprudentielle peut toujours être modifiée ou abandonnée (oserons-

¹³²⁰ C. MOULY, « Les revirements de jurisprudence », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, La documentation française, 1994, p. 125.

¹³²¹ Remarquons, à ce titre, que la condition de nouveauté posée au mécanisme des demandes d'avis est dommageable, en ce qu'elle exclut toute possibilité de revirement. V° *supra*, n° 576.

¹³²² « L'absence de valeur obligatoire du précédent laisse à la jurisprudence la possibilité de s'adapter à l'évolution des circonstances, ou même d'opérer des revirements » (P. HEBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », in *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 345).

¹³²³ « Sur le plan des idées, l'article 5 du Code civil, en interdisant aux juges de se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises, exclut qu'ils soient obligés de statuer comme eux-mêmes, ou d'autres juges, même supérieurs, ont statué antérieurement » (P. ESMEIN, « La jurisprudence et la loi », *RTD civ.* 1952. 19).

¹³²⁴ A. HERVIEU, « Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle », *RRJ* 1989. 281.

nous dire : abrogée ?) par une règle contraire posée dans la même forme ; c'est l'application pure et simple de la règle classique du *contrarius actus* »¹³²⁵. L'interprétation n'est obligatoire que pour ses destinataires, elle ne saurait en revanche lier son auteur. « En application du principe selon lequel toute autorité a toujours le pouvoir de modifier les règles qu'elle édicte », le juge suprême qui fixe « en dernier ressort les normes jurisprudentielles a le pouvoir de les modifier, comme le législateur¹³²⁶ a le pouvoir de modifier la loi »¹³²⁷. L'effet obligatoire de l'interprétation ne vaut que pour ses destinataires, pas pour son auteur. Le juge peut revirer sa jurisprudence¹³²⁸ même si, tel qu'il a été dit, cette pratique demeure exceptionnelle lorsqu'il est saisi sur renvoi¹³²⁹.

B) Les limites à l'effet passé

590. Depuis bien longtemps maintenant, les juridictions travaillent à l'atténuation des effets pervers de leurs revirements dans le temps. Il est par exemple fréquent de voir le juge « énoncer une règle nouvelle à l'occasion d'un litige dont la solution, en fin de compte, sera identique à ce qu'elle eût été par application de la règle ancienne »¹³³⁰ ou de forger « les principes nouveaux à l'occasion d'espèces dont les données de fait conduisaient à en écarter

¹³²⁵ M. WALINE, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », in *Etudes en l'honneur de G. Scelle*, LGDJ, 1950, p. 629.

¹³²⁶ « On ne saurait, d'autre part, dénier à la jurisprudence la valeur de source de droit sous prétexte qu'elle ne s'impose pas au juge qui l'a posée et qu'il peut toujours opérer un revirement, car il en est de même du législateur. Tout ce qui a été fait par une autorité compétente, dans la forme régulière, peut toujours être rétracté ou modifié dans les mêmes conditions, par la même autorité, sous la forme d'un acte contraire » (P. HEBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », in *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 337) ; « Elle-même a le loisir de changer de position quand bon lui semble (...) La décision des juges de cassation est, en pratique, suivie. Elle peut changer mais il en va de même de la loi » (S. AMRANI-MEKKI, « A propos de la rétroactivité de la jurisprudence, quelques réflexions procédurales », *RTD civ.* 2005. 298).

¹³²⁷ A. HERVIEU, *art. cit.*, p. 281.

¹³²⁸ Frédéric Zenati-Castaing remarque toutefois que si les cours suprêmes posent de véritables règles jurisprudentielles, celles-ci doivent respecter le principe posé à l'article 2 du Code civil et les objectifs constitutionnels d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. F. ZENATI-CASTAING, « Pour un droit des revirements de jurisprudence », in *Le droit entre autonomie et ouverture, Mélanges en l'honneur de J.-L. Bergel*, Bruylant, 2013, p. 501, spéc. p. 516.

¹³²⁹ Si les juridictions suprêmes évitent de se contredire, afin d'assurer au justiciable une certaine sécurité juridique, elles n'hésitent pas à faire évoluer leur jurisprudence par petits pas. Peut-on alors parler de revirement de jurisprudence ? Pour quelques exemples : en matière de droit de l'Union, l'arrêt *Bwin* est un exemple qui a d'ores et déjà été étudié (v. *supra*, n° 576), en matière constitutionnelle le Conseil a érigé un nouveau principe fondamental reconnu par les lois de la République dans sa décision 2011-157 QPC du 5 août 2011. Sur ces évolutions dans le cadre des demandes d'avis : F. BRENET, A. CLAEYS, « La procédure de saisine pour avis du Conseil d'État : pratique contentieuse et influence en droit positif », *RFDA* 2002. 531.

¹³³⁰ J. RIVERO, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *AJDA* 1968. 16.

les conséquences dans le cas considéré »¹³³¹. La technique est certes bienveillante à l'égard du justiciable dont l'affaire a fourni l'occasion du revirement, mais elle reste toutefois sans effet sur l'ensemble des situations qui se sont forgées avant le revirement et qui lui seront pourtant soumises¹³³². Les prévisions des justiciables sont toujours autant atteintes.

D'autres techniques permettent d'annoncer la modification jurisprudentielle afin que les justiciables aient le temps de modifier leurs habitudes et de s'y conformer. Telles sont les pratiques des opinions dissidentes et des *obiter dicta*.

L'ensemble de ces techniques a reçu une fortune diverse selon la juridiction suprême considérée. Il en est même certaines qui ne connaissent aucune de « ces techniques de préavis ». Elle n'emploient « ni les opinions dissidentes, ni l'indication dans l'arrêt lui-même de la majorité à laquelle la décision a été prise » et ignorent « les techniques de *l'obiter dictum* et du *not following* »¹³³³. Ces différences entre les juridictions témoignent, en creux, de l'imperfection des techniques mobilisées. Elles ne sont que les pansements éphémères d'un mal récurrent. Ainsi, depuis quelques décennies déjà, les auteurs exhortent les juridictions suprêmes à prendre le mal à la racine, à passer le cap et à moduler dans le temps les effets de leurs interprétations. L'interprétation jurisprudentielle emprunterait alors le régime de l'application de la loi dans le temps, accentuant un peu plus l'analogie entre les deux instruments. L'interprétation jurisprudentielle ne vaudrait plus que pour l'avenir.

591. Certaines juridictions suprêmes ont d'ores et déjà consacré la technique. Il semble toutefois que la pratique demeure exceptionnelle, surtout lorsqu'elles sont saisies sur renvoi (1). Reste à savoir s'il faut le regretter ou, au contraire, les encourager à développer son exercice (2).

1) La pratique de la modulation

592. La modulation dans le temps des effets des décisions de justice a longtemps monopolisé l'actualité doctrinale. Un rapport public médiatisé¹³³⁴, une jurisprudence

¹³³¹ *Ibid.*

¹³³² P. HEBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », in *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 369.

¹³³³ M. JAEGER, « Notion et politique du revirement. Propos introductifs », in *Le revirement de jurisprudence en droit européen*, E. CARPANO (dir.), Bruylant, 2012, p. 39.

¹³³⁴ N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, Litec, 2005.

novatrice¹³³⁵, autant d'éléments qui ont fait de cette question un sujet de première importance. La modulation semble partout douée d'ubiquité, au point de laisser croire que la technique est acquise et constitue une réalité quotidienne.

Les impressions sont pourtant trompeuses. La pratique de la modulation des interprétations est aujourd'hui réduite à peu de chose. L'illusion de son omnipotence tient à une malheureuse confusion entre des mécanismes qui, s'ils se rattachent tous à la modulation, recourent en fait des situations bien distinctes. Dans le monde de la modulation, comme dans le monde sensible du reste, il faut se garder de croire que tout ce qui brille est d'or. La modulation n'est pas univoque, elle prend différentes formes qu'il faut impérativement tenir séparées. Il y a, d'une part, la modulation de l'interprétation des cours suprêmes dans le temps. Il y a, d'autre part, la modulation dans le temps des effets nés de l'application de cette interprétation. C'est une chose de considérer que l'interprétation délivrée sur renvoi ne vaut que pour le futur, c'en est une autre de considérer que l'application de cette interprétation entraîne l'annulation d'un acte et que cette annulation ne doit produire ses effets que pour l'avenir. Si la seconde espèce de modulation est d'un usage relativement courant, la première, qui seule intéresse l'étude entreprise, se fait en revanche beaucoup plus rare. Une fois séparé le bon grain de l'ivraie, les véritables situations de modulation de l'interprétation sont loin d'être nombreuses. Seule la Cour de justice accepte, sur renvoi, de la mobiliser.

593. *Modulation de l'interprétation et modulation des effets de son application.* Certes la modulation est d'usage courant, mais encore faut-il savoir de quelle modulation il est question. Ce n'est pas l'une des plus minces critiques¹³³⁶ faite au rapport précité sur les revirements de jurisprudence¹³³⁷ que d'avoir prôné et illustré leur modulation dans le temps par une référence trompeuse à la modulation des effets d'une annulation. En effet, le rapport a consacré de longs développements à l'arrêt *Association AC !*¹³³⁸ par lequel le Conseil d'État avait paralysé les effets passés de l'annulation d'un acte administratif. L'étude de l'arrêt démontre pourtant que le juge n'y module pas tant les effets de son interprétation, que ceux produits par son application à l'espèce. Dans cette affaire, le Conseil d'État devait statuer sur la légalité d'un arrêté agréant des avenants à une convention d'assurance chômage. Selon les

¹³³⁵ A titre d'exemple devant la Cour de cassation : Cass. civ. 2^{ème}, 8 juillet 2004, n° 01-10.426 ; Cass. Ass., 21 décembre 2006, n° 00-20.493.

¹³³⁶ X. BACHELIER, M.-N. JOBARD-BACHELIER, « Les revirements de jurisprudence », *RTD civ.*, 2005, 306.

¹³³⁷ N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, Litec, 2005.

¹³³⁸ CE Ass., 11 mai 2004, *Association AC !*, n° 255886.

requérants, cet arrêté avait été adopté suite à une procédure non conforme. Plus précisément, la composition du Comité supérieur de l'emploi chargé de délivrer un avis aurait été irrégulière. Dans les faits, le comité était composé non seulement des personnes requises, mais également d'autres individus qui n'avaient pas été spécialement désignés par le ministre du travail. La question était alors de savoir si cette irrégularité entachait l'arrêté de nullité.

Le Conseil d'État a considéré, de manière générale et abstraite, que les dispositions qui régissent la composition du Comité supérieur de l'emploi « font obstacle à ce que siègent au sein du comité ou de la commission des personnes qui, n'ayant pas été nommées ou désignées par le ministre, ne sauraient être regardées comme membres du comité ou de la commission dont la consultation est requise, alors même que leur qualité de représentants des organisations d'employeurs ou de travailleurs intéressées ne serait pas contestée »¹³³⁹. Telle est donc son interprétation des articles du Code du travail. La présence de personnes surabondantes au sein du comité entache son avis d'irrégularité.

Dans un second temps, le juge a appliqué cette interprétation aux faits de l'espèce et a logiquement conclu à l'annulation de l'arrêté. Puis, dans un troisième et dernier temps, il a considéré que la rétroactivité de cette annulation créerait un état d'incertitude sur la situation des allocataires et des cotisants et risquerait d'entraîner une profonde désorganisation du régime d'assurance chômage. Il a par conséquent décidé de reporter certains effets de son *annulation* au 11 juillet 2004¹³⁴⁰.

Cet arrêt illustre parfaitement la distinction entre la modulation d'une interprétation et celle des effets de son application. En l'espèce, l'interprétation générale et abstraite délivrée par le Conseil d'État est belle et bien déclarative. Elle vaut pour l'avis délivré par le Comité supérieur de l'emploi dans cette affaire particulière, mais également pour tous ceux qui ont été adoptés par le passé, au soutien d'un acte administratif qui sera contesté par la suite devant

¹³³⁹ CE Ass., 11 mai 2004, *Association AC !*, n° 255886, cons. 5.

¹³⁴⁰ « Considérant que l'annulation d'un acte administratif implique en principe que cet acte est réputé n'être jamais intervenu ; que, toutefois, s'il apparaît que cet effet rétroactif de l'annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets, il appartient au juge administratif - après avoir recueilli sur ce point les observations des parties et examiné l'ensemble des moyens, d'ordre public ou invoqués devant lui, pouvant affecter la légalité de l'acte en cause - de prendre en considération, d'une part, les conséquences de la rétroactivité de l'annulation pour les divers intérêts publics ou privés en présence et, d'autre part, les inconvénients que présenterait, au regard du principe de légalité et du droit des justiciables à un recours effectif, une limitation dans le temps des effets de l'annulation ; qu'il lui revient d'apprécier, en rapprochant ces éléments, s'ils peuvent justifier qu'il soit dérogé à titre exceptionnel au principe de l'effet rétroactif des annulations contentieuses et, dans l'affirmative, de prévoir dans sa décision d'annulation que, sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de celle-ci contre les actes pris sur le fondement de l'acte en cause, tout ou partie des effets de cet acte antérieurs à son annulation devront être regardés comme définitifs ou même, le cas échéant, que l'annulation ne prendra effet qu'à une date ultérieure qu'il détermine » (CE Ass., 11 mai 2004, *Association AC !*, n° 255886).

le Conseil d'État¹³⁴¹. Ce n'est donc pas tant l'interprétation qui est modulée dans le temps, que les effets de son application au cas d'espèce.

Les deux situations ne semblent donc pas « se situer sur le même plan »¹³⁴². La modulation dans le temps des effets d'une annulation constitue l'exercice, par le juge, de son pouvoir juridictionnel. Elle ne pose guère problème. La modulation de l'interprétation ressort au contraire de son pouvoir jurisprudentiel¹³⁴³ et se trouve confrontée à de sérieux obstacles.

594. Application au renvoi préalable. Cette distinction entre la modulation de l'interprétation et celle des effets de son application touche directement l'étude consacrée au renvoi préalable. Les dispositions constitutionnelles issues de la réforme du 23 juillet 2008 permettent au Conseil de moduler dans le temps les effets de ses déclarations d'inconstitutionnalité¹³⁴⁴. Le Conseil avait déjà fait usage de cette possibilité dans le cadre de son contrôle *a priori*¹³⁴⁵, mais sa saisine *a posteriori* lui a permis d'éprouver ce pouvoir. Il a, par exemple, déclaré l'inconstitutionnalité de certains articles du Code pénal relatifs à la garde à vue dans une décision du 30 juillet 2010¹³⁴⁶, avant de reporter leur abrogation effective au 1^{er} juillet 2011.

Cette modulation ne doit pas tromper. Elle ne vise en aucun cas l'interprétation retenue par le Conseil constitutionnel des articles 7 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Elle concerne uniquement les effets nés de l'application de cette interprétation et de l'annulation de la loi qui s'en est suivie. Ici, le Conseil constitutionnel ne module dans le temps que les effets de l'inconstitutionnalité de la loi, comme le Conseil d'État avait, avant lui, modulé dans le temps les effets tirés de l'illégalité d'un acte administratif.

¹³⁴¹ Rappelons simplement que la validité des actes administratifs peut être contestée sans condition de délai lorsque le moyen est soulevé par voie d'exception. Il est donc tout à fait possible que le Conseil d'État doive statuer sur la validité d'un acte antérieur à l'adoption de la jurisprudence *AC!*.

¹³⁴² X. BACHELIER, M.-N. JOBARD-BACHELIER, « Les revirements de jurisprudence », *RTD civ.*, 2005, 306.

¹³⁴³ « Le juge dispose de deux pouvoirs : un pouvoir juridictionnel (trancher les litiges qui lui sont soumis) et un pouvoir jurisprudentiel (qui consiste en la création de normes générales et impersonnelles). Dans l'arrêt *AC!* c'est seulement le premier qui est en cause » (F. MELLERAY, « A propos de la rétroactivité de la jurisprudence, Réjouissant mai déroutant », *RTD civ.* 2005, 322).

¹³⁴⁴ L'article 62 al. 2 de la Constitution dispose depuis lors qu' « une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ».

¹³⁴⁵ Pour un exemple flagrant : CC 2005-528 DC, du 15 décembre 2005, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2006*. Sur les décisions de constitutionnalité précaires en générale : T. DI MANNO, « Les décisions de constitutionnalité précaires en Italie et en France », in *La communicabilité entre les systèmes juridiques, Liber Amicorum, Jean-Claude Escarras*, Bruylant, 2005, p. 203.

¹³⁴⁶ CC 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010.

Le Conseil modulerait les effets de ses interprétations s'il découvrait un principe constitutionnel nouveau, dont il cantonnerait l'application aux lois et aux situations qui se sont créées après cette reconnaissance.

Il faut donc se garder de croire que le Conseil module dans le temps les effets de ses interprétations. L'interprétation générale et abstraite qu'il retient d'un texte constitutionnel remonte toujours à la date d'entrée en vigueur de celui-ci. Seule la Cour de justice procède à la modulation dans le temps de ses interprétations.

595. *La modulation dans le temps de l'interprétation : apanage de la Cour de justice.*

La Cour de cassation a d'ores et déjà modulé dans le temps les effets de certaines de ses interprétations. Les arrêts ont fait grand bruit et il y a fort à penser que cette ébullition était légitime. Pour autant, cette modulation n'a jamais été consacrée qu'à quelques reprises, et uniquement à l'occasion de revirements de jurisprudence, revirements qui sont impossibles lorsque la Cour est saisie d'une demande d'avis. Il n'est donc pas étonnant que la Cour de cassation et le Conseil d'État ne se soient jamais essayés, dans le cadre du renvoi préalable, à la modulation dans le temps des effets de leur interprétation. Seule la Cour de justice accepte d'y recourir.

596. Saisie sur renvoi préjudiciel, la Cour de justice s'est rapidement offert la possibilité de moduler dans le temps les effets de ses interprétations. L'arrêt fondateur est l'arrêt *Defrenne*¹³⁴⁷ où la Cour proclame l'effet direct de l'article 119 du Traité CE relatif à l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes. Toutefois, plutôt que de faire remonter cette interprétation au jour de l'entrée en vigueur du traité¹³⁴⁸, la Cour limite son application aux situations futures. L'article 119 du traité CE n'est invocable, devant les juridictions nationales, que pour les situations nées après le 8 avril 1976.

La situation est bien différente d'une simple modulation dans le temps des effets d'une annulation. La modulation adopte ici les mêmes caractères de généralité et d'abstraction que

¹³⁴⁷ CJCE, 8 avril 1976, *Gabrielle Defrenne contre Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, aff. 43-75, *Rec.*, page 455. Sur cet arrêt, voir entre autres L. IMBRECHTS, « L'égalité de rémunération entre hommes et femmes », *RTDE*. 1986. 231 ; A. KOHL, « Observations sur la "non-rétroactivité" de l'autorité de l'arrêt Defrenne prononcé de 8 avril 1976 par la Cour de justice des Communautés européennes », *RCJB* 1977. 231 ; W. VAN GERVEN, « Contribution de l'arrêt Defrenne au développement du droit communautaire », *CDE* 1977. 131 ; O. STOCKER, « Le second arrêt Defrenne. L'égalité des rémunérations des travailleurs masculins et des travailleurs féminins », *CDE* 1977. 180.

¹³⁴⁸ Les effets auraient dû remonter « au 1^{er} janvier 1962, date de la fin de la première période de transition prévue explicitement par le traité et, pour les nouveaux États membres, à compter de son entrée en vigueur » (CJCE, 8 avril 1976, *Gabrielle Defrenne contre Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, aff. 43-75, *Rec.*, page 455).

l'interprétation délivrée. La Cour pose de manière impersonnelle l'effet direct de l'article 119 du Traité de Rome (141 TCE, 157 TFUE). Elle ajoute de manière tout aussi impersonnelle que cet effet direct ne vaut qu'à compter du 8 avril 1976, date du prononcé de l'arrêt. La modulation déploie ses effets par delà l'espèce qui en constitue l'occasion, comme en témoigne d'ailleurs sa jurisprudence postérieure. En effet, après avoir reconnu l'effet direct de l'article 119 du traité, la Cour s'est attelée à la délimitation de son champ d'application. Il est alors remarquable que, lorsque elle précise cette étendue, les interprétations qu'elle délivre ne peuvent remonter dans le temps qu'à la date du « 8 avril 1976, date de l'arrêt Defrenne qui a reconnu pour la première fois l'effet direct dudit article »¹³⁴⁹. Cette concordance est une preuve formelle que la modulation de l'interprétation dans le temps suit le régime de l'interprétation : elle vaut *erga omnes*¹³⁵⁰.

597. L'étude des hypothèses de modulation des effets des interprétations délivrées sur renvoi aboutit à un constat étonnant. Loin du tumulte doctrinal qui l'a souvent prônée, sa réalisation demeure exceptionnelle. La Cour de cassation, le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel ne s'y sont jamais essayés. La Cour de justice en a fait quelques applications. Faut-il regretter cette timidité des juges suprêmes ? Faut-il les encourager à moduler dans le temps leur interprétation lorsqu'ils sont saisis sur renvoi (2) ?

¹³⁴⁹ CJCE, 28 septembre 1994, *Vroege*, C-57/93, Rec. p. I-4541, point 21. La question était posée à la Cour de savoir si « l'affiliation à un régime de pensions professionnel, dont les règles n'ont pas été fixées directement par la loi, mais résultent d'une concertation entre partenaires sociaux » était soumise à l'article 119 du traité CE. La Cour juge que ces pensions doivent être considérées comme une rémunération au sens de l'article 119 du traité et sont justiciables à ce titre du principe d'égalité de traitement. Face au risque de remboursement, la défense avait sollicité la modulation dans le temps des effets de cette interprétation ; pour une autre application : CJCE, 28 septembre 1994, *Fischer*, C-128/93, Rec. p. I-4583, point 18.

¹³⁵⁰ De même, la Cour considère avec constance que la modulation dans le temps ne peut être prononcée que dans l'arrêt qui pose l'interprétation car « il faut nécessairement un moment unique de détermination des effets dans le temps de l'interprétation sollicitée que donne la Cour d'une disposition du droit communautaire » (CJCE, 27 mars 1980, *Denkavit italiana*, 61/79, Rec. p. 1205, point 18 ; CJCE, 27 mars 1980, *Salumi*, 66, 127 et 128/79, Rec. p. 1237, point 11 ; CJCE, 2 février 1988, *Blaizot*, 24/86, Rec. p. 379, points 28 et 30 ; CJCE, 2 février 1988, *Barra*, 309/85, Rec. p. 355, point 13 ; CJCE, 17 mai 1990, *Barber*, C-262/88, Rec. p. I-1889, point 41 ; CJCE, 16 juillet 1992, *Legros e.a.*, C-163/90, Rec. p. I-4625, point 30 ; CJCE, 15 décembre 1995, *Bosman e.a.*, C-415/93, Rec. p. I-4921, point 142 ; CJCE, 4 mai 1999, *Sürül*, C-262/96, Rec. p. I-2685, point 108 ; CJCE, 9 mars 2000, *EKW et Wein*, C-437/97, Rec. p. I-1157, point 57 ; CJCE, 19 septembre 2000, *Ampafrance*, C-177/99 et C-181/99, Rec. p. I-7013, point 66 ; CJCE, 6 mars 2007, *Meilicke e.a.* C-292/04, non encore oublié, point 36). Si la modulation ne peut être sollicitée postérieurement à l'élaboration de l'interprétation, c'est qu'elle fait corps avec elle, qu'elle en suit le régime et dépasse l'affaire qui en constitue l'occasion. .

2) *Appréciations sur la modulation*

598. La question peut paraître dépassée de savoir si les juges peuvent ou non moduler dans le temps les effets de leur interprétation dès lors que la technique s'avère consacrée par le droit positif. Toutefois, son entrée s'est faite par la petite porte sans que le juge n'ait attendu la moindre onction législative. Il s'est arrogé ce pouvoir sans avoir pris la peine de s'en excuser. Il n'est donc pas suffisant de prendre acte de ce « fait accompli ». Encore faut-il déterminer si le juge en avait le pouvoir et se prononcer sur l'« éthique » d'une telle modulation. La modulation dans le temps des interprétations est-elle théoriquement justifiée ? Le juge peut-il seulement moduler dans le temps ses interprétations ? Et quand bien même le pourrait-il, doit-il seulement y succomber ? A l'étude du principe de la modulation doit succéder celle de son exercice.

599. *Le juge peut-il moduler ? Le principe de la modulation.* La question a mobilisé les plus éminents représentants de la doctrine juridique¹³⁵¹. Cette ferveur s'explique par la gravité du phénomène et ses lourdes répercussions sur le domaine des sources du droit. A première vue, la modulation vient ébranler des schémas doctrinaux posés de longue date, elle bouleverse le cadre d'élaboration de la jurisprudence et brouille la préhension traditionnelle des pouvoirs des juges suprêmes. En soi, la modulation est incompatible avec le système de pensée traditionnel qui voit certes les cours suprêmes comme des organes d'interprétation, mais les place immédiatement sous la férule du législateur.

Cette antinomie n'est pas forcément chose condamnable. Si la modulation ne peut se concevoir dans le système théorique traditionnel, peut-être constitue-t-elle justement l'occasion d'en dénoncer l'artifice et de l'abandonner.

600. *Le faux obstacle de la séparation des pouvoirs.* Le propre de la modulation est d'énoncer une interprétation tout en réservant son application aux situations postérieures à son

¹³⁵¹ J. RIVERO, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *AJDA* 1968. 15 ; A. HERVIEU, « Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle », *RRJ* 1989. 269 ; F. ZENATI-CASTAING, *La jurisprudence*, Dalloz, 1991 ; C. MOULY, « Le revirement pour l'avenir », *JCP G* 1994. I. 3776, p. 326 ; N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence, rapport remis à Monsieur, le Premier Président Guy Canivet*, Litec, 2005, p. 17 et 18 ; N. MOLFESSIS, « Les revirements de jurisprudence », in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Economica, 2005, p. 145 ; X. BACHELIER, M.-N. JOBARD-BACHELIER, « Les revirements de jurisprudence », *RTD civ.*, 2005. 308 ; J.-L. AUBERT, « Faut-il moduler dans le temps les revirements de jurisprudence ?... J'en doute », *RTD civ.* 2005. 300 ; C. ATIAS, « Sur les revirements de jurisprudence », *RTD civ.* 2005. 298 ; P. MALINVAUD, « A propos de la rétroactivité des revirements de jurisprudence », *RTD civ.* 2005. 312 ; P. DEUMIER, « Faut-il différer l'application des règles jurisprudentielles nouvelles ? Interrogations à partir d'un rapport », *RTD Civ.* 2005. 83.

élaboration. La juridiction suprême « ne fait pas application de la règle de droit qu'elle a dite applicable, en réservant l'application aux litiges qui naîtront après son arrêt »¹³⁵². L'énoncé d'une interprétation purement abstraite en dehors de son application au cas paraît alors choquante. Elle l'est notamment au regard des considérations historiques qui ont présidées à la consécration de l'interprétation juridictionnelle¹³⁵³. Le lien de dépendance entre l'interprétation et la résolution du litige serait au fondement du pouvoir du juge. Sitôt que l'interprétation s'émancipe d'un litige concret, il sortirait de son rôle et excéderait ses compétences. La modulation obligeant à une distension entre l'interprétation et le cas, elle laisserait derrière elle un arrière-goût d'excès de pouvoir. Les auteurs ont d'ailleurs cru bon de rappeler leur « attachement ferme et irréductible (...) à la distinction de l'autorité judiciaire, d'une part, et des pouvoirs législatifs et réglementaire, d'autre part »¹³⁵⁴. Autoriser la modulation, « c'est donner au juge un pouvoir qui, quelles que puissent être sa pertinence et son opportunité, paraît relever de la compétence de la loi et du règlement »¹³⁵⁵ et pose en creux « une question de légitimité démocratique »¹³⁵⁶.

Cette idée qu'il est impossible de dissocier la création de la règle de l'acte de juger¹³⁵⁷ a été suffisamment contestée pour ne pas reprendre une argumentation d'ores et déjà largement développée¹³⁵⁸. Il suffit de rappeler, d'une part qu'il est douteux que cette prohibition s'applique aux juges suprêmes chargés de délivrer l'interprétation officielle du droit, et d'autre part qu'il serait expédient de revenir sur la conception stricte de la séparation des pouvoirs qui la fonde. L'office interprétatif du juge est justifié par l'existence d'un problème d'interprétation né de l'application du droit. Son interprétation est légitime dès qu'un litige manifeste cette difficulté, sans qu'il soit nécessaire qu'elle lui soit nécessairement appliquée. Il n'y a donc aucune raison d'exclure que la Cour de justice, le Tribunal des conflits, la Cour de cassation, le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel, puissent délivrer une interprétation pour l'appliquer seulement à des situations futures. L'argument tiré de ce que le juge dépasserait ses pouvoirs en délivrant une interprétation indépendamment de son application à un litige peut donc être contourné par l'adoption d'une vision contemporaine du partage des rôles du juge suprême et du législateur dans l'édiction des normes.

¹³⁵² X. BACHELIER, M.-N. JOBARD-BACHELIER, « Les revirements de jurisprudence », *RTD civ.* 2005. 306.

¹³⁵³ V. *supra*, n° 278 et s.

¹³⁵⁴ J.-L. AUBERT, « Faut-il moduler dans le temps les revirements de jurisprudence ?... J'en doute », *RTD civ.* 2005. 300.

¹³⁵⁵ *Ibid.*

¹³⁵⁶ *Ibid.*

¹³⁵⁷ J. RIVERO, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *AJDA* 1968. 15.

¹³⁵⁸ V. *supra*, n° 409 et s.

Il faut toutefois se garder d'un excès d'enthousiasme, car à vrai dire, si cette conception renouvelée des pouvoirs du juge lui permet de délivrer une interprétation indépendamment de son application définitive à un cas, elle ne permet pas de justifier la modulation de cette interprétation dans le temps. Elle fait tomber un premier obstacle, mais qui n'est pas le seul. Nécessaire, cette remise en cause n'est pas suffisante. Le juge peut-il neutraliser les effets passés de ses interprétations ?

601. *Le faux obstacle de la dépendance législative.* Dans sa préhension historique, le pouvoir d'interprétation juridictionnel n'est exercé que par délégation du législateur. Le juge est placé sous sa férule et doit révéler sa volonté. Le système se présente alors comme un tout cohérent. Contraint d'interpréter les textes juridiques, le juge recherche la volonté du législateur. La juridiction suprême délivre une interprétation qui fait corps avec le texte et remonte au jour de son entrée en vigueur. La juridiction du fond n'a plus qu'à appliquer cette interprétation à l'affaire qui lui est soumise.

La modulation dans le temps est incompatible avec ce système de pensée. L'interprétation élaborée ne vaut que pour le futur, effet futur qui implique qu'une autre interprétation demeure valable pour la période qui a précédé sa reconnaissance. Par la modulation, le juge attribue au texte « une signification différente avant et après l'arrêt, solution difficilement compatible avec le caractère déclaratoire généralement reconnu aux décisions préjudicielles »¹³⁵⁹. Le préalable indispensable à la consécration de la modulation est une remise en cause de la dépendance du juge par rapport au législateur dans l'exercice de son office interprétatif.

Au regard des développements qui ont précédé¹³⁶⁰, cette remise en cause apparaît presque salutaire. Le système théorique traditionnel repose sur l'artifice selon lequel le juge ne fait que rechercher un sens déjà là et qu'il se contente d'exprimer la volonté du législateur. La modulation est l'occasion de reconnaître cet artifice.

La démonstration a déjà été faite : l'interprétation n'est pas la révélation d'un sens déjà là, mais le choix par le juge d'un sens parmi ceux que le texte permet. Dès lors, si l'interprétation est un choix, plusieurs interprétations peuvent valablement se succéder dans le temps, le juge appliquant l'une ou l'autre selon la date des faits dont il est saisi. Si l'interprétation est prise pour ce qu'elle est, un choix, s'il est admis que le juge suprême pose de véritables « règles

¹³⁵⁹ D. SIMON, « L'effet dans le temps des arrêts préjudiciels de la Cour de justice des Communautés européennes : enjeu ou prétexte d'une nouvelle guerre des juges ? », in *Du droit international au droit de l'intégration, liber amicorum, Pierre Pescatore*, Nomos, 1987, p. 659.

¹³⁶⁰ V. *supra*, n° 268 et s.

d'interprétation »¹³⁶¹, bref, si l'on reconnaît le pouvoir du juge dans la création de la norme¹³⁶², la possibilité de succéder deux ou plusieurs interprétations dans le temps et, par conséquent, de moduler les effets de l'interprétation, devient subitement légitime. Les obstacles théoriques à la modulation peuvent être dépassés. Le juge peut moduler ses interprétations, mais le doit-il ?

602. *Le juge doit-il moduler ? L'exercice de la modulation.* Que les obstacles théoriques s'opposant à la modulation des interprétations dans le temps puissent être contournés est une chose. Toute autre est celle de l'opportunité de l'exercice de ce pouvoir. Les juges doivent-ils moduler dans le temps leurs interprétations ?

A cette question, il n'est pas de réponse univoque. La modulation n'est ni bonne, ni mauvaise, il en est de bons et de mauvais usages selon les raisons qui la fondent. A ce titre, la modulation n'apparaît justifiée que si l'interprétation nouvelle remet en cause une interprétation préalable en laquelle les individus pouvaient avoir confiance et sur laquelle ils ont fondé leurs actions. En d'autres termes, la sécurité juridique¹³⁶³ des individus justifie son exercice.

603. *L'exercice en cas de revirement de jurisprudence.* Le cas d'école où la modulation apparaît justifiée est évidemment celui du revirement de jurisprudence. La juridiction suprême a posé, par le passé, une première règle d'interprétation à laquelle les individus se sont conformés et sur la base de laquelle ils ont fondé leurs actions. Par le revirement, elle pose une seconde règle qui abroge la première. Le revirement de jurisprudence présente alors un caractère rétroactif¹³⁶⁴. Il oblige le juge à appliquer à une partie une règle différente de celle qui était en vigueur lorsqu'elle a agi. Lorsque cette rétroactivité déjoue les prévisions des individus, cette atteinte justifie le recours à la modulation.

¹³⁶¹ F. ZENATI-CASTAING, « Pour un droit des revirements de jurisprudence », in *Le droit entre autonomie et ouverture, Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruylant, 2013, p. 518.

¹³⁶² Les auteurs du rapport précité sur les revirements de jurisprudence ont bien compris que la reconnaissance du pouvoir créateur du juge était la clé pour légitimer le pouvoir de modulation accordé aux juges suprêmes : « Les juristes français ne sauraient encore nier le rôle créateur de la jurisprudence. Aussi, un principe de réalisme impose-t-il de réfléchir, aujourd'hui plus que jamais, à la mise en place de règles permettant l'amélioration en même temps que l'encadrement de ce pouvoir » (N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence, rapport remis à Monsieur, le Premier Président Guy Canivet*, Litec, 2005, p. 5).

¹³⁶³ La Cour de justice justifie souvent l'exercice de la modulation sur ce principe : CJCE, 8 avril 1976, *Defrenne II*, 43/75, Rec. p. 455, points 72-75 ; CJCE, 9 mars 2000, *EKW et Wein*, C-437/97, Rec. p. I-1157, points 58-59, CJCE, 16 juillet 1992, *Legros e.a.*, C-163/90, Rec. p. I-4625, points 33-34.

¹³⁶⁴ Sur la différence entre la déclarativité de la jurisprudence, et le revirement qui, en plus d'être déclaratif, s'avère rétroactif : F. ZENATI-CASTAING, *art. cit.*, p. 518.

604. *L'exercice en cas d'interprétation initiale.* Il faut toutefois pousser plus loin l'analyse pour apprécier si la modulation n'est pas également justifiée, outre le cas du revirement, en présence de l'interprétation initiale d'un texte.

Tel qu'il a été démontré, si le revirement de jurisprudence prend souvent les justiciables en défaut, il n'a pas le monopole de ces inconvénients. L'effet déclaratif de l'interprétation des juridictions suprêmes peut avoir des conséquences sur les prévisions des individus, notamment lorsqu'ils ont pu fonder leur action, pendant ce temps, sur une interprétation qui n'était pas sérieusement contestée, voir qui leur avait été inspirée par les autorités officielles (la Commission en droit de l'Union, le Gouvernement en droit national par exemple).

Tel est le cas pour l'ensemble des arrêts de la Cour de justice où la modulation ne porte jamais sur ses revirements de jurisprudence, mais toujours sur l'interprétation initiale des textes qu'elle protège¹³⁶⁵. « Lorsqu'une disposition du droit communautaire n'a jamais fait l'objet d'un arrêt préjudiciel en interprétation »¹³⁶⁶ et qu'une interprétation contraire s'est développée dans la pratique quotidienne, la Cour accepte de moduler dans le temps les effets de son interprétation si la règle communautaire était incertaine dans sa formulation et si les institutions européennes ont, par leur comportement, accentué cette incertitude. Les exemples sont nombreux depuis l'arrêt *Defrenne*¹³⁶⁷ jusqu'à l'arrêt *EKW*¹³⁶⁸, en passant par les célèbres arrêts *Bosnan*¹³⁶⁹ et *Legros*¹³⁷⁰. Il y a toujours au fondement de ces jurisprudences l'idée que le juge suprême crée une règle nouvelle par la voie de l'interprétation, une règle dont on ne peut, sans fiction, affirmer toujours qu'elle devait être sue (ou plutôt devinée) de ses

¹³⁶⁵ L'arrêt *EKW* est sur ce point particulièrement clair : « Etant donné que l'article 3, paragraphe 2, de la directive 92/12, relative au régime général, à la détention, à la circulation et aux contrôles des produits soumis à accise, *n'avait fait l'objet d'aucun arrêt préjudiciel en interprétation* (nous soulignons) et que le comportement de la Commission a pu amener l'État membre en cause à estimer raisonnablement que la réglementation nationale relative à la taxe sur les boissons alcoolisées était conforme au droit communautaire, des raisons impérieuses de sécurité juridique s'opposent à une remise en cause de rapports juridiques qui ont épuisé leurs effets dans le passé, alors que cette remise en cause bouleverserait rétroactivement le système de financement dans l'État membre concerné. C'est pourquoi il y a lieu pour la Cour de décider que les dispositions de l'article 3, paragraphe 2, de la directive ne peuvent être invoquées à l'appui de demandes relatives à ladite taxe, qui a été payée ou est devenue exigible avant la date de l'arrêt constatant son incompatibilité avec le droit communautaire » (CJCE, 9 mars 2000, *EKW et Wein*, C-437/97, Rec. p. I-1157, point 57).

¹³⁶⁶ CJCE, 11 août 1995, *Rodens e.a.*, C-367/93 à C-377/93, Rec. p. I-2229, point 44 ; CJCE, 13 février 1996, *Bautiaa et Société française maritime*, C-197/94 et C-252/94, Rec. p. I-505, point 48 ; CJCE 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, C-184/99, Rec. p. I-6193, point 53 ; CJCE 29 novembre 2001, *Griesmar*, C-366/99, Rec. p. I-9383, point 76 ; CJCE 15 mars 2005, *Bidar*, C-209/03, Rec. p. I-2119, point 69 ; CJCE 27 avril 2006, *Richards*, C-423/04, Rec. p. I-3585, point 42.

¹³⁶⁷ CJCE, 8 avril 1976, *Defrenne II*, 43/75, Rec. p. 455, points 72-75.

¹³⁶⁸ CJCE, 9 mars 2000, *EKW et Wein*, C-437/97, Rec. p. I-1157, points 58-59.

¹³⁶⁹ CJCE, 15 décembre 1995, *Bosnan*, C-415/93.

¹³⁷⁰ CJCE, 9 mars 2000, , CJCE, 16 juillet 1992, *Legros e.a.*, C-163/90, Rec. p. I-4625, points 33-34.

destinataires¹³⁷¹. Dans l'arrêt *Defrenne* par exemple, la Cour limite dans le temps l'effet direct de l'article 119 du traité CE (relatif à l'équivalence des rémunérations entre les hommes et les femmes), aux situations postérieures à l'arrêt. Pour comprendre cette décision, il faut se replacer dans le contexte d'une époque où la construction européenne n'en était qu'à ses balbutiements et où l'effet direct des traités était loin d'être acquis. Était-il légitime de reprocher aux entreprises le non respect des obligations posées par cet article alors que son effet direct ne pouvait être présumé et qu'il résulte moins, en définitive, de la volonté des États signataires, que de celle de la Cour de justice ?

La situation n'était pas différente dans l'arrêt *Legros* où la Cour a considéré que l'article 95 du traité CE devait être interprété comme proscrivant une législation qui, telle la législation française, prévoyait une taxe spécifique à l'importation dans certains de ses départements (en l'occurrence les départements d'outre mer). La Cour a toutefois décidé de limiter dans le temps les effets de son interprétation parce que le sens du droit communautaire était incertain et que cette incertitude avait été accentuée par le comportement des institutions communautaires. « Ces éléments ont pu amener la République française et les collectivités locales des DOM français à estimer raisonnablement que la législation nationale en la matière était conforme au droit de l'Union »¹³⁷². Une fois encore, il eût été inconvenant de reprocher à une partie le non respect d'une obligation dont elle ne pouvait avoir connaissance et qu'elle ne pouvait deviner.

605. Ces développements démontrent que le juge peut moduler dans le temps les effets de ses interprétations. Pour autant cette modulation doit demeurer exceptionnelle. Elle doit être cantonnée aux situations dans lesquelles la règle d'interprétation, créatrice, vient bouleverser les prévisions légitimes des parties. Cette situation se présente évidemment à l'occasion des revirements de jurisprudence, mais elle se présente également lorsque le juge délivre, sur le fondement d'un texte, une interprétation à laquelle ses destinataires ne pouvaient s'attendre¹³⁷³. Son pouvoir créateur est parfois aussi inattendu que celui du législateur. Il est alors impérieux de remédier à ses effets dans le passé afin de protéger la sécurité juridique des justiciables. Il faut même aller plus loin et affirmer que la modulation n'est, dans ces

¹³⁷¹ La Cour relève parfois la « bonne foi » des parties : CJCE, 28 septembre 1994, *Vroege*, C-57/93, Rec. p. I-4541, point 21 ; CJCE, 12 octobre 2000, *Cooke*, C-372/98, Rec. p. I-8683, point 42 ; CJCE, 10 janvier 2006, *Skov et Bilka*, C 402/03, Rec. p. I-199, point 51.

¹³⁷² CJCE, 16 juillet 1992, *Legros*, C-163/90, § 33.

¹³⁷³ Tout l'intérêt du renvoi préalable, notamment devant les juridictions nationales, est qu'il permet de raccourcir le temps nécessaire à la fixation certaine de l'interprétation. La modulation peut ainsi s'avérer moins nécessaire, l'interprétation contraire à celle finalement retenue par la juridiction suprême n'ayant pas le temps de prospérer et de s'imposer dans la pratique quotidienne.

conditions particulières, qu'un préalable indispensable à la reddition, par le juge d'application, d'une solution juste.

CONCLUSION DU PREMIER CHAPITRE

606. Le juge suprême doit délimiter strictement le champ d'application de l'interprétation qu'il délivre. Il doit en délimiter le contenu, il doit en délimiter les effets dans le temps.

607. Le juge doit d'abord circonscrire le champ d'application matériel de l'interprétation. Cette délimitation ne peut se réaliser que par la voie de la motivation. En expliquant les raisons de ses choix, le juge délivre indirectement aux destinataires de l'interprétation le guide de son application. Par la motivation, le juge suprême s'assure une réception fidèle à sa volonté. Malheureusement, la Cour de cassation et le Conseil d'État se privent de la motivation et de ses effets vertueux lorsqu'ils statuent par la voie de la cassation. Tout l'intérêt du renvoi préalable est qu'il libère le juge des contraintes formelles qui briment sa pédagogie. Le renvoi préalable est un cadre propice à la motivation.

608. Le juge doit également délimiter les effets de son interprétation dans le temps. L'interprétation qu'il délivre s'applique aux situations futures, mais elle s'applique également à toutes les situations qui se sont forgées avant son édicton et qui n'ont pas fait l'objet d'une décision de justice passée en force de chose jugée. Ces effets dans le passé et dans l'avenir peuvent toutefois être circonscrits. L'interprétation peut d'abord être remise en cause par son auteur et par le législateur, anéantissant immédiatement ses effets pour le futur. La Cour de justice prend ensuite l'initiative de cantonner son interprétation aux situations futures, réduisant à néant ses effets dans le passé. Cette dernière pratique n'est pas condamnable, au contraire, pour autant qu'elle demeure exceptionnelle et qu'elle reste limitée aux situations où l'interprétation, créatrice, ne pouvait être connue, ni même présumée, par les parties auxquelles elle prétend s'appliquer.

CHAPITRE II

L'AUTORITE DE L'INTERPRÉTATION

609. L'interprétation délivrée sur renvoi s'impose-t-elle *aux juges* chargés de son application ? L'utilisation du pluriel n'est pas anodine. Elle délimite précisément le cadre de la question qui ne se limite pas à savoir si l'interprétation s'impose *au juge* qui l'a sollicitée, mais plus généralement si l'interprétation s'impose à *l'ensemble des juges* susceptibles de l'appliquer. Il convient d'étudier le devenir et le rayonnement de l'interprétation par delà le cas qui en constitue l'occasion, d'étudier sa destinée.

Un tribunal administratif est-il tenu de suivre l'interprétation délivrée par la Cour de justice de l'Union européenne ? Un tribunal de grande instance est-il obligé par la jurisprudence du Conseil constitutionnel ? Un Conseil de prud'hommes est-il astreint au respect de l'interprétation délivrée sur renvoi par la Cour de cassation ? Etudier l'autorité de l'interprétation revient à déterminer si les juges d'application doivent s'y conformer, s'ils lui sont obligés.

Les réponses du droit positif semblent varier selon les espèces de renvoi. Cette hétérogénéité repose toutefois sur la confusion trop fréquente entre l'existence d'une obligation et la sanction de son non-respect. Dans une logique positiviste, nombre d'auteurs considèrent que l'interprétation n'étant pas contraignante, elle n'est pas obligatoire. Cette présentation est difficilement acceptable. L'obligation juridique existe indépendamment de la sanction chargée d'en garantir l'exécution. L'absence de sanction ne peut avoir de conséquence que sur l'efficacité de l'obligation, non sur sa force obligatoire. Le renvoi préalable constitue une belle illustration de cette dichotomie. Bien que le respect de l'interprétation délivrée sur renvoi ne soit garanti par aucune mesure de coercition, bien qu'une telle interprétation ne puisse être imposée par la force de la contrainte (§2), elle oblige néanmoins le juge à son respect (§1).

§1 - UNE INTERPRÉTATION OBLIGATOIRE

610. Appréhendée sous le prisme de ses espèces, la question de l'obligatorité de l'interprétation semble bien mal engagée. Les solutions balancent d'un extrême à l'autre, depuis la certitude du caractère obligatoire de l'interprétation délivrée sur renvoi préjudiciel, jusqu'à la conviction du caractère facultatif des avis contentieux. Le constat est douloureux. Il entache la démonstration d'une incohérence dommageable, sape l'unité du renvoi préalable et écorne l'idée même de sa reconnaissance.

Heureusement, les apparences ne résistent pas longtemps au feu de la critique. En matière de renvoi préalable, l'interprétation est obligatoire même si le législateur est parfois ambigu. Une raison fondamentale justifie le caractère obligatoire de l'interprétation : le renvoi préalable tend à l'unification du droit. Cette fonction fonde l'obligatorité des interprétations produites. En définitive, passée l'apparence d'une obligation à géométrie variable (A), la conviction est ferme du caractère obligatoire de l'interprétation délivrée sur renvoi (B).

A) L'apparence d'une obligation à géométrie variable

611. *L'absence d'autorité des avis.* Une chose paraît certaine : l'avis du Conseil d'État de la Cour de cassation et de la Cour européenne des droits de l'homme ne lie pas la juridiction qui a formulé la demande. L'assertion trône au frontispice des lois de 1987 et de 1991, ainsi qu'à l'article 5 du Protocole n° 16 à la Convention européenne¹³⁷⁴. L'auteur du renvoi n'est pas lié par l'interprétation qu'il a pourtant sollicitée.

Dénuée d'autorité vis-à-vis de l'auteur de la demande, l'interprétation ne saurait, *a fortiori*, s'imposer à l'ensemble des juridictions administratives ou judiciaires. L'autorité juridique de la réponse délivrée par les juridictions suprêmes confine donc à l'inexistence.

¹³⁷⁴ L'article 5 stipule que « les avis consultatifs ne sont pas contraignants ». Le rapport explicatif précise que « la juridiction qui a procédé à la demande décide dès lors des effets de l'avis consultatif sur la procédure interne » (rapport explicatif au Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=fra>, §25).

612. L'autorité consacrée de l'interprétation délivrée sur renvoi préjudiciel. Le contraste est frappant lorsqu'à l'étude de l'autorité des avis succède celle des interprétations délivrées sur renvoi préjudiciel. Autant l'autorité de l'avis apparaît illusoire, autant celle « de la chose interprétée par la CJCE (...) est bien insérée et acceptée par les acteurs du système juridique français »¹³⁷⁵. Il n'est plus à démontrer, depuis le professeur Boulouis¹³⁷⁶, « qu'à l'aune du recours en interprétation, la Cour de justice s'est imposée comme l'interprète authentique des dispositions communautaires (...) de sorte qu'il est désormais solidement acquis qu'une autorité *erga omnes* de chose interprétée s'attache aux arrêts préjudiciels »¹³⁷⁷. La Cour de justice a d'ailleurs été le premier artisan de cette reconnaissance. Consciente de la réalité et de l'importance de son office interprétatif, elle n'a pas tardé à affirmer avec vigueur l'obligation, pour les juridictions nationales, de respecter scrupuleusement ses interprétations. « L'interprétation qui résulte de ses arrêts préjudiciels lie aussi bien le juge national qui a provoqué la question que celui qui est saisi d'une question matériellement identique »¹³⁷⁸. Cet effet *erga omnes*, associé au pouvoir de reformulation¹³⁷⁹ et à la faculté que s'est reconnue la Cour de prendre en considération des normes de droit communautaire auxquelles le juge national n'a pas fait référence dans l'énoncé de sa question¹³⁸⁰, lui confèrent en définitive un pouvoir interprétatif tentaculaire. Depuis les arrêts *Da Costa*¹³⁸¹, *International Chemical*

¹³⁷⁵ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « L'autorité de la chose interprétée et le dialogue des juges », in *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, p. 15.

¹³⁷⁶ J. BOULOUIS, « A propos de la fonction normative de la jurisprudence. Remarques sur l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de justice des Communautés européennes », in *Le juge et le droit public, Mélanges offerts à Marcel Waline*, LGDJ, 1974, tome I, p. 149.

¹³⁷⁷ M. DISANT, *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2010, p. 10.

¹³⁷⁸ *Ibid.*, p. 11.

¹³⁷⁹ CJCE, 9 octobre 1980, *Carciatti*, 823/79, Rec. p. 2773, point 4 ; CJCE, 17 juillet 1997, *Krüger*, C-334/95, Rec. p. I-4517, points 22-23 ; CJCE, 28 novembre 2000, *Roquette Frères*, C-88/99, Rec. p. I-10465, point 18 ; CJCE, 11 juillet 2002, *Marks & Spencer*, C-62/00, Rec. p. I-6325, point 32 ; CJCE, 20 mai 2003, *Ravil*, C-469/00, Rec. p. I-5053, point 27 ; CJCE, 23 mars 2006, *FCE Bank*, C-210/04, Rec. p. I-2803, point 21 ; CJCE, 21 juin 2006, *ROM-Projecten*, C-158/06, point 16 ; CJCE, 4 octobre 2007, *Rampion*, C-429/05, point 27 ; CJCE, 11 octobre 2007, *Freeport*, C-98/06, point 31.

¹³⁸⁰ CJCE, 20 mars 1986, *Tissier*, 35/85, Rec. p. 1207, point 9 ; CJCE, 27 mars 1990, *Bagli Pennacchiotti*, C-315/88, Rec. p. I-1323, point 10 ; CJCE, 12 décembre 1990, *SARP*, C-241/89, Rec. p. I-4695, point 8 ; CJCE, 4 mai 1993, *Distribuidores Cinematográficos*, C-17/92, Rec. p. I-2239, point 8 ; CJCE, 2 février 1994, *VSW*, C-315/92, Rec. p. I-317, point 7 ; CJCE, 4 mars 1999, *Gorgonzola*, C-87/97, Rec. p. I-1301, point 16 ; CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal*, C-107/98, Rec. p. I-8121, point 39 ; CJCE, 15 mai 2000, *Schiavon*, C-230/98, Rec. p. I-3547, point 37 ; CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria et Telefonadress*, C-324/98, Rec. p. I-10745, point 59 ; CJCE, 7 novembre 2002, *Bourasse et Perchicot*, C-228/01 et C-289/01, Rec. p. I-10213, point 33 ; CJCE, 20 mai 2003, *Ravil*, C-469/00, Rec. p. I-5053, point 27 ; Ordonnance du 18 mars 2004, *Dem'Yanenko*, C-45/03, point 37 ; CJCE, 29 avril 2004, *Weigel*, 387/01, Rec. p. I-4981, point 44 ; CJCE, 15 juillet 2004, *Lindfors*, C-365/02, Rec. p. I-7183, point 31 ; CJCE, 26 avril 2007, *Alezivos*, C-392/05, point 64 ; CJCE, 14 juin 2007, *Medipac*, C-6/05, point 34.

¹³⁸¹ La Cour considère dans l'arrêt *Da Costa* que « si l'article 177, dernier alinéa, oblige, sans aucune restriction, les juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, à soumettre à la Cour toute question d'interprétation soulevée devant elles, l'autorité de l'interprétation donnée par celle-ci en vertu de l'article 177 peut cependant priver cette obligation de sa cause (nous soulignons), et la

*Corporation*¹³⁸² ou *Benedetti*¹³⁸³, toute interprétation de la Cour de justice s'impose, peu important qu'elle soit délivrée à l'occasion d'un renvoi en interprétation ou d'un renvoi en appréciation de validité, qu'elle réponde directement à la question posée ou qu'elle n'en constitue qu'un prolongement nécessaire. Le respect de l'interprétation est obligatoire.

Les juridictions nationales acceptent d'ailleurs cette autorité. La Cour de cassation¹³⁸⁴ l'a reconnue très tôt¹³⁸⁵, obligeant les juridictions judiciaires « à prendre en compte les arrêts de la Cour de justice ayant statué *ultra petita* »¹³⁸⁶. Le Conseil d'État¹³⁸⁷ admet quant à lui aujourd'hui « que l'interprétation du traité et de ses actes de droit dérivé donnée par la Cour (...) est contraignante à l'égard du juge national, alors même qu'elle excédait les termes du renvoi préjudiciel auquel ce juge a procédé »¹³⁸⁸.

Ainsi, à la différence des interprétations délivrées sur demande d'avis, celles qui émanent de la Cour de justice s'imposent comme une véritable obligation. Affirmée par la Cour de justice, confirmée par les juridictions nationales, justifiée par la doctrine, cette obligation ne peut être sérieusement contestée.

613. L'autorité discutée de la jurisprudence constitutionnelle. Les demandes d'avis et le renvoi préjudiciel semblent s'opposer sur l'autorité de l'interprétation délivrée. La diversité des solutions ne s'arrête pourtant pas là. A cet antagonisme s'ajoute le doute qui touche l'autorité de l'interprétation émise par le Conseil constitutionnel. Contestée par les uns, reconnue par les autres, l'autorité de ses interprétations foment l'indécision.

vider ainsi de son contenu » (CJCE, 27 mars 1963, *Da Costa*, Rec. p. 61). C'est reconnaître que l'autorité de l'interprétation dépasse le cadre du litige qui lui a donné naissance.

¹³⁸² La Cour considère en effet qu'un arrêt « constatant, en vertu de l'article 177 du traité, l'invalidité d'un acte d'une institution, en particulier d'un règlement du Conseil ou de la Commission, bien qu'il ne soit adressé directement qu'au juge qui a saisi la Cour, constitue une raison suffisante pour tout autre juge de considérer cet acte comme non valide pour les besoins d'une décision qu'il doit rendre » (CJCE, 13 mai 1981, *SpA International Chemical Corporation contre Amministrazione delle finanze dello Stato*, n° 66/80, Rec. p. 1191, point n° 13).

¹³⁸³ La Cour considère qu'il « ressort du terme "statuer" à l'article 234 CE qu'un arrêt de la Cour de justice rendu à titre préjudiciel lie le juge national quant à l'interprétation des dispositions et actes communautaires en cause » (CJCE, 3 février 1977, *Benedetti c/ Murani Filli*, n° 52/76, Rec. p. 163, point 26).

¹³⁸⁴ Cass. com., 10 décembre 1985, *Administration des douanes c/ SA Roquette Frères*, AJDA 1986. 269, note BOULOUIS ; RTDE 1986. 159, note J.-C. MASCLLET ; D. 1986. 250, note G. LE TALLEC.

¹³⁸⁵ G. LE TALLEC, « La Cour de cassation et le droit communautaire », in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, p. 363 et s.

¹³⁸⁶ O. STECK, « L'arrêt De Groot et Bejo : une nouvelle illustration du dialogue des juges », D. 2007. 994.

¹³⁸⁷ CE ass., 11 décembre 2006, *Société de Groot En Slot Allium BV et Société Bejo Zaden BV* ; AJDA 2007.136, note C. LANDAIS, F.LENICA ; D. 2007. 994, note O. STECK ; F. SENERS, « La portée d'un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes rendu sur question préjudicielle », Conclusions sur CE, ass., 11 décembre 2006, *Société De Groot En Slot Allium BV et Société Bejo Zaden BV*, RFDA 2007 p. 376.

¹³⁸⁸ M. GUILLAUME, « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel : vers de nouveaux équilibres ? », NCCC 2011, n° 30, p. 68.

614. *L'autorité reconnue des interprétations du Conseil.* Une doctrine très largement minoritaire semble reconnaître l'autorité des interprétations délivrées par le Conseil constitutionnel. Joël Andriantsimbazovina¹³⁸⁹ a ouvert la voie, consacrant la troisième et dernière partie de sa thèse de doctorat à la démonstration et la manifestation de son existence. L'idée fut ensuite reprise et développée par Mathieu Disant¹³⁹⁰ qui a fait de « l'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel » l'objet même de son travail doctoral.

615. *L'autorité contestée des interprétations du Conseil constitutionnel.* L'idée que les interprétations délivrées par le Conseil constitutionnel s'imposent demeure toutefois contestée par une majorité d'auteurs, faute pour eux de lui trouver un fondement juridique solide. Certes, l'article 62 alinéa 3 de la Constitution dispose que les décisions du juge constitutionnel « s'imposent à toutes les autorités administratives et juridictionnelles », mais la doctrine n'a jamais vu dans ce texte que le fondement de l'autorité de la chose jugée des décisions du juge constitutionnel. Cette distinction trouve d'ailleurs un appui solide dans les travaux du Comité de rédaction de la Constitution¹³⁹¹ ainsi que dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Ce dernier a en effet puisé dans l'article 62 alinéa 3 de la Constitution

¹³⁸⁹ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français*, LGDJ, 1998, p. 369 et s. ; M. DISANT, *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2010.

¹³⁹⁰ M. DISANT, *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2010.

¹³⁹¹ L'étude des travaux préparatoires à la rédaction de la Constitution semble d'ailleurs confirmer l'opportunité de l'assimilation entre cet article et l'autorité de la chose jugée. Les constituants étaient convaincus de la nécessité de doter les décisions du Conseil des effets attachés à l'autorité de la chose jugée. René Cassin, président de séance du comité de rédaction proposait d'ailleurs la formule suivante : « Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours, même en annulation ou en cassation. Elles ont l'autorité de la chose jugée » (Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la V^{ème} République, Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958, vol. III, Du Conseil d'État au référendum, 20 août – 28 septembre 1958, 1991, p. 164). Toutefois ces mêmes auteurs étaient réticents à consacrer explicitement la formule. L'octroi d'une telle autorité aurait laissé penser que le Conseil constitutionnel était une juridiction, alors qu'une telle nature était encore largement discutée jusqu'au sein même des comités chargés de la rédaction de la Constitution. M. Janot, maître des requêtes au Conseil d'État, énonçait clairement que « l'expression "autorité de la chose jugée" signifie que cet organisme est une juridiction, et je n'en suis pas convaincu » (Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la V^{ème} République, Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958, vol. III, p. 164). L'équivoque de la formulation de l'article 62 al. 3 s'explique ainsi par la recherche d'un « compromis de façade dilatoire » (V. BACQUET-BREHANT, *L'article 62, alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958. Contribution à l'étude de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2005, p. 40). Il s'agissait de gommer l'expression « autorité de la chose jugée » pour la remplacer par une autre tendant « au même résultat ». M. Latournerie expliquait que « si on veut réserver cette question (de la nature juridictionnelle du Conseil constitutionnel) il faudrait au moins dire, et on aboutirait ici au même résultat : « Les décisions du Conseil constitutionnel s'imposent à toutes les autorités administratives et juridictionnelles » (Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la V^{ème} République, Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958, vol. III, p. 164). En affirmant que les décisions du Conseil constitutionnel s'imposent à toutes les autorités administratives et juridictionnelles, les constituants reconnaissaient l'autorité de la chose jugée attachée aux décisions du Conseil sans pour autant reconnaître à leur auteur un caractère juridictionnel.

le fondement implicite¹³⁹² puis explicite¹³⁹³ de l'autorité de la chose jugée attachée à ses décisions, autorité qui reste étrangère à la question de la force de sa jurisprudence¹³⁹⁴.

616. En effet, l'autorité de la chose jugée érige une présomption : celle que la chose jugée constitue l'exact reflet de la vérité¹³⁹⁵. Elle produit un effet : l'interdiction de remettre en cause ce qui a été tranché. Tel qu'en témoigne la jurisprudence du Conseil, l'autorité de la chose jugée en matière constitutionnelle « ne signifie rien d'autre que l'impossibilité dans laquelle se trouvent les parties ayant obtenu du Conseil une décision, de le saisir une seconde fois en rétractation de sa décision »¹³⁹⁶. L'autorité de la chose jugée a ainsi permis au Conseil de rejeter la demande d'un ministre tendant à la délégalisation de dispositions qui avaient déjà été considérées par le passé comme appartenant au domaine réglementaire¹³⁹⁷. De la même manière, s'étant déjà prononcé sur la conformité du traité de Maastricht à la Constitution, il a considéré que, faute pour les requérants de justifier de l'une des deux hypothèses dans lesquelles un nouvel examen serait possible, « la procédure du contrôle de contrariété à la Constitution de cet engagement (...) ne peut être à nouveau mis en œuvre » sans « se heurter à la chose jugée »¹³⁹⁸. Enfin, l'une des conditions de mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité est révélatrice de cette autorité : la disposition législative litigieuse ne doit pas, sauf changement de circonstances, avoir « déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision »¹³⁹⁹ précédente. Ces exemples révèlent que « l'ontologie de l'autorité de la chose jugée (...) est de n'avoir lieu qu'à l'égard de ce qui fait

¹³⁹² CC 62-18 L du 16 janvier 1962, *Examen des dispositions de l'article 31 de la loi n° 60-808 du 5 août 1960 d'orientation agricole, dite Loi d'orientation agricole*, Rec. p. 31, cons. 1 et 3 ; CC 79-109 L du 13 septembre 1979, *Appréciation de la nature juridique des dispositions de l'article 3 de la loi du 3 janvier 1967 portant création d'organismes de recherche*, cons. 1 ; CC 85-197 DC du 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, cons. 31-33.

¹³⁹³ CC 87-1026 DC du 23 octobre 1987, *Georges Salvan*, cons. 2 ; CC 88-244 DC du 20 juillet 1988, *Loi portant amnistie*, cons. 18 ; CC 92-312 DC du 2 septembre 1992, *Maastricht II*, cons. 4, 5 et 18 ; CC 97-394 DC du 31 décembre 1997, *Traité d'Amsterdam*, cons. 27.

¹³⁹⁴ Jean Boulouis l'avait déjà remarqué en 1974 alors qu'il s'agissait de qualifier l'autorité des interprétations de la Cour de justice. Il expliquait très clairement que « le problème n'est pas en effet un problème de chose "jugée" mais de chose "interprétée", par voie juridictionnelle sans doute, mais de manière objective et abstraite » (J. BOULOUIS, « A propos de la fonction normative de la jurisprudence. Remarques sur l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de justice des Communautés européennes », in *Le juge et le droit public*, Mélanges offerts à Marcel Waline, LGDJ, 1974, tome I, p. 157).

¹³⁹⁵ *Res judicata pro veritate habetur*.

¹³⁹⁶ F. ZENATI-CASTAING, *La jurisprudence*, Dalloz, 1991, p. 192.

¹³⁹⁷ CC 62-18 L du 16 janvier 1962.

¹³⁹⁸ CC 92-312 DC du 2 septembre 1992, *Maastricht II*. La même argumentation sera d'ailleurs reprise à l'occasion de l'examen de la constitutionnalité du traité d'Amsterdam. L'autorité « qui s'attache à la chose jugée par le Conseil constitutionnel s'oppose à ce que soient remises en cause les dispositions du troisième paragraphe de l'article 73 O qui se bornent à reprendre les règles de décision prévues par l'article 100 C » du traité instituant la Communauté européenne (CC 97-394 DC du 31 décembre 1997, *Traité d'Amsterdam*).

¹³⁹⁹ Art. 23-2 et 23-4 de l'Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

l'objet d'un jugement, et de prescrire avec intransigeance qu'il ne peut être à nouveau jugé, ni être contredit »¹⁴⁰⁰. L'autorité de la chose jugée « ne fournit donc aucun enseignement en ce qui concerne la force de la jurisprudence du Conseil, pas plus que la théorie de cette autorité n'a jamais permis de définir le statut de la jurisprudence en général »¹⁴⁰¹.

Il pourrait être avancé que, contrairement à la pratique des juridictions judiciaires, l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel s'attache « non seulement à leur dispositif, mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire et en constituent le fondement même »¹⁴⁰². Ce n'est donc pas seulement la décision du Conseil qui a force de vérité, mais également le raisonnement suivi par le juge pour y parvenir. Selon certains auteurs, « le fait que l'autorité des décisions s'attache à la fois aux motifs et au dispositif a pour conséquence de conférer une valeur quasi-constitutionnelle à l'interprétation du texte constitutionnel que l'on trouve inévitablement dans les motifs »¹⁴⁰³. En d'autres termes, la jurisprudence du Conseil constitutionnel devrait s'imposer « avec toute sa force juridique aux juridictions des deux ordres »¹⁴⁰⁴ sous le sceau de l'autorité de la chose jugée.

Le raisonnement peine toutefois à convaincre. Cette préhension de l'autorité de l'interprétation sous le prisme de l'autorité de la chose jugée oblige à saisir l'autorité de la jurisprudence du Conseil au moyen d'un concept juridique inadapté. Fonder l'autorité de l'interprétation sur l'autorité de la chose jugée a pour conséquence néfaste d'emprisonner la première dans le carcan modelé de longue date par la seconde. La méthode aboutit inexorablement à des effets pervers, le moule de l'autorité de la chose jugée imposant aux interprétations du Conseil un régime juridique inapproprié. Il les enferme dans une relativité¹⁴⁰⁵ (celle de la chose jugée) quand le propre de la jurisprudence consiste justement à s'imposer par delà l'affaire qui lui a donné naissance. La préhension de l'autorité des interprétations du Conseil sous le prisme de l'autorité de la chose jugée permet ainsi aux juridictions administratives et judiciaires de s'en écarter lorsqu'elles ne font pas application

¹⁴⁰⁰ M. DISANT, *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2010, p. 36.

¹⁴⁰¹ F. ZENATI-CASTAING, *La jurisprudence*, Dalloz, 1991, p. 192.

¹⁴⁰² CC 62-18 L du 16 janvier 1962, *Examen des dispositions de l'article 31 de la loi n° 60-808 du 5 août 1960 d'orientation agricole, dite Loi d'orientation agricole*, cons. 1 et 3.

¹⁴⁰³ P. PACTET, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 31^{ème} éd, 2012, p. 521.

¹⁴⁰⁴ *Ibid.*

¹⁴⁰⁵ Certains auteurs considèrent que l'autorité de la chose jugée, notamment s'agissant des contentieux objectifs, est absolue. Cette autorité dite absolue de la chose jugée repose en fait sur « une confusion au niveau des concepts » entre la relativité de la chose jugée d'une part et son opposabilité d'autre part. L'autorité de la chose jugée est toujours relative en ce qu'elle ne porte que sur une cause et un objet déterminés. En revanche l'opposabilité de cette autorité dispose, s'agissant des recours objectifs, d'un rayonnement *erga omnes*. Sur ce point : S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile, droit interne et droit de l'Union européenne*, Dalloz, 31^{ème} éd., 2012, p.759 ; V. BACQUET-BREHANT, *L'article 62, alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958. Contribution à l'étude de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2005, p. 113.

du texte même qui a fait l'objet du contrôle. Le célèbre arrêt *Breisacher*¹⁴⁰⁶ est encore dans toutes les mémoires, la Cour de cassation s'étant désolidarisée de l'interprétation de l'article 68 de la Constitution délivrée l'année précédente par le Conseil.

617. La très grande majorité de la doctrine prend donc soin de distinguer l'autorité des décisions du Conseil d'une part, et l'autorité de sa jurisprudence d'autre part. « Les décisions du Conseil constitutionnel ont autorité dans leur dispositif comme dans les motifs qui en constituent le soutien nécessaire », lesquels « s'étendent aux réserves d'interprétation formulées à l'occasion de l'examen des lois qui lui sont soumises »¹⁴⁰⁷. La jurisprudence du Conseil n'est pas « quant à elle, revêtue d'une telle autorité »¹⁴⁰⁸. Elle ne dispose que d'une « autorité morale »¹⁴⁰⁹ ou persuasive¹⁴¹⁰ qui, si elle est « généralement »¹⁴¹¹ reprise par les

¹⁴⁰⁶ Le Conseil constitutionnel avait considéré, à l'occasion de l'examen de la constitutionnalité du traité créant une Cour pénale internationale, que « pendant la durée de ses fonctions, le président de la République ne peut être jugé que devant la Haute Cour de justice ». En d'autres termes, selon l'interprétation de l'article 68 (ancien) de la Constitution proposée par le Conseil, le privilège de juridiction dont bénéficie le président de la République vaut tant à la fois pour les actes commis dans le cadre de ses fonctions que s'agissant des actes qui leurs sont étrangers. Il se trouve qu'à cette même période une information a été ouverte « pour favoritisme, détournement de fonds publics, abus de biens sociaux, prise ou conservation illégale d'intérêt, complicité, recel, concernant des irrégularités dans les marchés publics passés par la Société d'économie mixte parisienne de prestations » dont la ville de Paris était actionnaire. M. Breisacher, qui s'était constitué partie civile, a demandé l'audition, en tant que témoin, de J. Chirac, alors maire de Paris et président de la République en exercice. La question s'est alors posée de savoir si le président de la République pouvait être interrogé dans le cadre d'une affaire pénale, et si les juridictions ordinaires étaient compétentes. Bref, il s'agissait de délimiter le cadre du privilège de juridiction posé à l'article 68 de la Constitution. Alors que le juge d'instruction et la chambre de l'instruction s'étaient déclarés incompétents en application de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, la Cour de cassation rappelle à titre liminaire que « si l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel s'attache non seulement au dispositif, mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire, ces décisions ne s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives et juridictionnelles qu'en ce qui concerne le texte soumis à l'examen du Conseil », or « la décision du 22 janvier 1999 n'a statué que sur la possibilité de déférer le président de la République à la Cour pénale internationale pour y répondre des crimes de la compétence de cette Cour » et « il appartient, dès lors, aux juridictions de l'ordre judiciaire de déterminer si le président de la République peut être entendu en qualité de témoin ou être poursuivi devant elles pour y répondre de toute autre infraction commise en dehors de l'exercice de ses fonctions » (Cass. ass., 10 octobre 2001, n° 01-84822).

¹⁴⁰⁷ J. BOUCHER, B. BOURGEOIS-MACHUREAU, « Les réserves d'interprétation « par ricochet » : retour sur l'étendue de l'autorité de la chose jugée des décisions du Conseil constitutionnel », *AJDA* 2007. 2130.

¹⁴⁰⁸ *Ibid.*

¹⁴⁰⁹ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « L'autorité de la chose interprétée et le dialogue des juges », in *Le dialogue des juges, Mélange en l'honneur du président Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, p. 18.

¹⁴¹⁰ Régis de Gouttes dans ses conclusions sur l'arrêt *Breisacher* constate que les juridictions administratives et judiciaires sont « disposées à s'aligner sur les interprétations suffisamment persuasives émanant de sa jurisprudence » (R. DE GOUTTES, concl. sur Cass. ass., 10 octobre 2001, *Breisacher*, n° 01-84922, *RFDC* 2002. 68) ; v. égal : O. DESAULNAY, « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel vue par la Cour de cassation », *NCCC*, 2011, n° 30, p. 40 ; « Cette persuasion, qui peut prendre aussi les habits de la pédagogie » (M. VERPEAUX, « Brèves considérations sur l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel », *NCCC*, 2011, n° 30, p. 21) ; « Mais on le voit, on se situe ici seulement au niveau de l'influence, non de l'autorité, ou alors de ce que Bruno Genevois a pu habilement qualifier d'autorité jurisprudentielle persuasive » (J. BOUCHER, B. BOURGEOIS-MACHUREAU, « Les réserves d'interprétation « par ricochet » : retour sur l'étendue de l'autorité de la chose jugée des décisions du Conseil constitutionnel », *AJDA* 2007. 2130) ; « L'autorité seulement persuasive de la jurisprudence » (J. ARRIGHI DE CASANOVA, « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel vue du Conseil d'État », *NCCC*, 2011, n° 30, p. 23) ; L. FAVOREU,

juridictions administratives et judiciaires, est toujours tributaire de leur « volonté d'accepter »¹⁴¹².

618. Une apparente diversité. L'étude de l'autorité des interprétations délivrées sur renvoi préalable révèle une diversité inquiétante. Le mécanisme des demandes d'avis aux juridictions suprêmes postule la discrétion du juge dans leur réception, alors que les interprétations délivrées par la Cour de justice apparaissent, au contraire, foncièrement obligatoires. Les disparités ne s'arrêtent pas là puisqu'entre ces deux extrêmes, l'autorité des interprétations délivrées par le Conseil constitutionnel est indécise ou, à tout le moins, controversée.

Le constat de cette pluralité pourrait écorner la crédibilité de la notion de renvoi préalable. Si certaines interprétations sont obligatoires alors que les autres sont facultatives, n'est-ce pas la preuve de son inexistence ? Pourtant, loin de saper les fondements d'une notion déjà bien établie, le constat de cette diversité est au contraire une preuve de l'utilité de sa reconnaissance. L'étude permet de révéler l'illusion de cette opposition et de démontrer l'identité de régime des mécanismes préjudiciels. Délivrée sur renvoi préalable, l'interprétation est obligatoire.

B) La réalité d'une obligation juridique constante

619. L'apparente diversité qui se dégage de l'étude du droit positif ne doit pas leurrer. L'interprétation délivrée sur renvoi oblige les juridictions et s'impose à elles avec force d'airain. Pas plus qu'elles ne doivent s'écarter de l'interprétation délivrée par la Cour de justice, les juridictions administratives et judiciaires ne doivent se soustraire aux interprétations délivrées par le Conseil constitutionnel. Se pose alors la question, à la fois simple et redoutable, du fondement juridique de cette obligation. Or, d'une manière générale,

« L'application de l'article 62, alinéa 2, de la Constitution par la Cour de cassation », *D.* 2001. 2683 ; L. FAVOREU, « La Cour de cassation, le Conseil constitutionnel et la responsabilité pénale du président de la République », *D.* 2001. 3365 ; « ce que l'on nomme l'autorité morale ou persuasive des décisions du Conseil constitutionnel » (V. BACQUET-BREHANT, *L'article 62, alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958. Contribution à l'étude de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2005, p. 2).

¹⁴¹¹ R. FRAISSE, « Le Conseil constitutionnel et l'autorité des décisions juridictionnelles en 2004 et 2005 », en ligne : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/cc_autorite_decisions_rfraisse_070206.pdf, p. 3.

¹⁴¹² M. VERPEAUX, « Brèves considérations sur l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel », *NCCC*, 2011, n° 30, p. 21.

le législateur n'a jamais consacré le caractère obligatoire de l'interprétation délivrée sur renvoi. Il n'a jamais, en dépit des nombreuses interventions législatives en la matière, estimé nécessaire d'affirmer clairement l'existence de cette obligation.

620. Cette inertie peut décevoir et s'interpréter comme une preuve du défaut d'autorité de l'interprétation préjudicielle. Il n'est toutefois pas interdit de se réjouir de ce silence plutôt que de le regretter. En effet, si le législateur a refusé de postuler le caractère obligatoire des interprétations, peut-être était-ce moins qu'il entendait nier leur autorité, qu'une telle précision s'avérait en fait inutile. L'institution du renvoi préalable suffit à fonder le caractère obligatoire des interprétations. Le mécanisme dote la juridiction suprême d'une autorité supérieure et fait d'elle le spécialiste incontesté dans l'interprétation d'un texte. Il lui confère une fonction d'uniformisation qui impose l'obligatorité de ses interprétations. Pour ces deux raisons, parce qu'il confère à la juridiction suprême une autorité supérieure (1) et parce qu'il lui confère une fonction d'uniformisation de l'interprétation (2), l'institution du renvoi préalable suffit à fonder l'obligatorité de ses interprétations. Pas plus que l'évidence n'a besoin d'être justifiée, l'obligatorité des interprétations délivrées sur renvoi n'a besoin d'être expressément mentionnée.

1) Le fondement de l'obligation par l'autorité de l'interprète

621. Le renvoi préalable désigne son destinataire comme le spécialiste de l'interprétation d'un texte particulier. Il lui confère à ce titre une autorité particulière. Il ne s'agit évidemment pas d'entendre le terme « autorité » dans le sens qui lui est aujourd'hui couramment attribué. Son acception étymologique retient seule l'attention. Autorité vient du latin *auctoritas*¹⁴¹³ qui traduit « l'idée d'augmenter l'efficacité d'un acte juridique ou d'un droit »¹⁴¹⁴. Revêtu de l'*auctoritas*, l'acte voit sa force juridique drapée d'une aura prestigieuse, d'une force aussi respectée que celle de son auteur. Opposée à la *potestas*¹⁴¹⁵ « qui permet d'exercer un certain pouvoir de contrainte », l'autorité est « le pouvoir d'obtenir, sans recours à la contrainte

¹⁴¹³ *Auctoritas* se rattache « au même groupe que *augere* (augmenter) ou *augure* (celui qui accroît l'autorité d'un acte par l'examen favorable des oiseaux), *Augustus* (celui qui renforce par son charisme) » (M. HUMBERT, *Institutions politiques et sociales de l'antiquité*, Dalloz, 2007, p. 323).

¹⁴¹⁴ *Ibid.*, p. 323.

¹⁴¹⁵ D. ALLAND, S. RIALS (dir.), v° Autorité, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 112.

physique¹⁴¹⁶, un certain comportement de la part de ceux qui lui sont soumis »¹⁴¹⁷. Telle était par exemple l'*auctoritas* du Sénat Romain qui, par l'octroi d'un *senatus consulte*, venait conférer à un acte une autorité qui le rendait obligatoire¹⁴¹⁸. Il en est tout autant de l'interprétation délivrée sur renvoi par les juridictions suprêmes. Dépositaires d'une autorité particulière, elles adoubent une interprétation, lui confèrent leur autorité et la rendent ainsi obligatoire¹⁴¹⁹.

622. Les juridictions suprêmes tiennent cette autorité de l'institution même du renvoi préalable. « Dans cette coopération directe entre juges, dont le mécanisme préjudiciel est l'instrument, on peut comparer le rapport qui s'établit entre les deux catégories de juges à celui qui existe, dans le domaine de la santé, entre un généraliste et un spécialiste »¹⁴²⁰. Elaborée au regard du renvoi préjudiciel à la Cour de justice, la métaphore conserve sa pertinence à l'endroit de tout renvoi préalable. Le juge généraliste est alors le juge d'application, « celui auquel on s'adresse normalement et en premier lieu ; le juge spécialiste est celui qui est appelé à intervenir dans certains cas et par l'entremise du généraliste »¹⁴²¹. Le renvoi préalable désigne le spécialiste de l'interprétation d'un texte juridique, son interprète officiel. Il l'habilite à révéler le sens d'un texte particulier et confère implicitement, mais nécessairement, à ses interprétations une autorité évidente.

623. Il n'est pas question de revenir ici sur des développements qui ont déjà eu cours, mais il est indubitable que le mécanisme des demandes d'avis, le renvoi préjudiciel, le renvoi préventif au Tribunal des conflits et la question prioritaire de constitutionnalité font de leurs destinataires des interprètes authentiques. Les demandes d'avis ne font que confirmer cette

¹⁴¹⁶ Cette définition est également celle retenue en sociologie du droit. « L'autorité est généralement considérée par les sociologues comme un pouvoir légitime : un pouvoir qui n'a donc besoin que d'un minimum de coercition pour se faire respecter et obéir » (J. COENEN-HUTHER, « Pouvoir, autorité, légitimité », *Revue des sciences sociales*, 2005, p. 135, en ligne sur <http://ress.revues.org/471#tocto1n1>; A.-J. ARNAUD (Dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993, p. 51).

¹⁴¹⁷ D. ALLAND, S. RIALS (dir.), « Autorité », *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 112

¹⁴¹⁸ Certains auteurs relèvent également que « l'activité judiciaire du préteur était parvenue à sécréter un corps de règles d'une importance considérable dont la force obligatoire découlait d'abord de l'autorité de ce magistrat, et non de la loi » (P. MALAURIE, P. MORVAN, *Introduction générale*, Defrénois, 3^{ème} éd., 2009, p. 282, n° 341).

¹⁴¹⁹ Certes le fondement de cette autorité a changé, le Sénat romain puisait son autorité dans la divinité. « Les patriciens ont su jouer du sentiment religieux et se prévaloir de leur intimité avec les Dieux » (D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *op. cit.*, p. 112). « L'intérêt de la cité était que les mesures votées reçussent l'aval du Ciel et seuls les sénateurs, comme dépositaires de l'*auspicium*, pouvaient le certifier » (*Ibid.*). Aujourd'hui sécularisée, l'autorité a subi l'influence du mouvement rationaliste. Son fondement se trouve moins dans la divinité que dans la supériorité de mérite ou de séduction de son auteur.

¹⁴²⁰ J. PERTEK, « Renvoi préjudiciel », in *Dictionnaire juridique des communautés européennes*, PUF, 1993, en ligne : http://fdv.univ-lyon3.fr/mini_site/cee/Dico/RENOI_PREJUDICIEL.pdf.

¹⁴²¹ *Ibid.*

qualité attribuée depuis longtemps à la Cour de cassation au Conseil d'État et à la Cour européenne des droits de l'homme. Le Tribunal des conflits comble l'incapacité des juridictions suprêmes nationales à unifier l'interprétation des règles qui délimitent leurs compétences respectives. Le rôle d'interprète authentique de la Cour de justice de l'Union européenne n'est plus contesté, ni en doctrine, ni en jurisprudence. Quant au Conseil constitutionnel, il ne faut pas minimiser l'importance de l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité. Avant la révision constitutionnelle de 2008, la négation de son autorité tenait à l'absence de hiérarchie, non seulement des interprètes, mais également de leurs interprétations. Les juridictions administratives et judiciaires n'étant pas formellement subordonnées au Conseil, la déduction était facile que leurs interprétations étaient tout aussi valables que les siennes. Les interprétations étaient alors concurrentes. La création de la question prioritaire de constitutionnalité a changé radicalement la donne. En faisant des juridictions administratives et judiciaires les collaborateurs du Conseil dans l'interprétation de la Constitution, elle a clairement hiérarchisé ces interprétations, à défaut d'avoir hiérarchisé leurs auteurs. La question prioritaire de constitutionnalité a « renforcé la position du Conseil constitutionnel en tant qu'interprète de la Constitution »¹⁴²².

624. L'interprétation délivrée sur renvoi s'impose en définitive parce que le mécanisme confère à l'interprète une autorité particulière. Mais elle s'impose également en raison de la fonction qu'il attribue à la juridiction suprême (2).

2) Le fondement de l'obligation par la fonction de l'interprète

625. L'établissement d'une cour suprême se justifie par la quête de l'unité du droit, or la réalisation de cette noble tâche est subordonnée à la reconnaissance du caractère obligatoire de ses interprétations. Cette obligation fonctionnelle a été reconnue à la Cour de justice de l'Union européenne. Elle doit être étendue à l'ensemble des renvois préalables.

626. *Obligation fonctionnelle et renvoi préjudiciel à la Cour de justice.* L'institution de la Cour de justice de l'Union européenne a révélé le lien entre la fonction d'unification d'une cour suprême et l'obligatorité de ses interprétations. Cette juridiction ayant « pour *fonction*

¹⁴²² R. FRAISSE, « QPC et interprétation de la loi », *LPA*, 5 mai 2011, n° 89, p. 5.

de veiller à la cohérence de l'ordre juridique, son interprétation de la norme constitutive doit avoir force *obligatoire* »¹⁴²³. Cette « *fonction* de gardien de la norme constitutive d'un ordre juridique »¹⁴²⁴ constitue le « fondement de l'autorité de la chose interprétée »¹⁴²⁵, or le renvoi préjudiciel constitue l'instrument de cette mission. Le mécanisme « répond à une logique spécifique : donner à la Cour de justice les moyens d'assurer l'application uniforme du droit communautaire »¹⁴²⁶. Il se présente « comme une investiture normative à émettre la chose interprétée »¹⁴²⁷.

En d'autres termes, le renvoi préjudiciel est à la fois l'instrument et le révélateur de la fonction d'uniformisation du droit dévolue à la Cour de justice. L'autorité de sa jurisprudence découle de cette mission qui se déduit, elle-même, de l'institution du renvoi préjudiciel.

627. *Obligation fonctionnelle et question prioritaire de constitutionnalité.* Si le renvoi préjudiciel révèle le caractère obligatoire des interprétations de la Cour de justice, ce raisonnement doit être transposé aux interprétations délivrées par le Conseil constitutionnel. La question prioritaire de constitutionnalité est, à l'instar du renvoi préjudiciel, une espèce de renvoi préalable. Tous deux tendent, sur renvoi, à l'unification de l'interprétation d'un texte juridique. Pourquoi dès lors s'opposer à ce que la question prioritaire de constitutionnalité fonde l'autorité des interprétations du Conseil, comme le renvoi préjudiciel fonde l'autorité de celles délivrées par la Cour de justice ? L'absence de fondement textuel à cette autorité est inopposable dans la mesure où l'« on ne trouve pas davantage d'affirmation explicite de l'existence de l'autorité de la chose interprétée des arrêts de la Cour de Justice de l'Union européenne dans les traités »¹⁴²⁸ européens.

Le recours à la notion de renvoi préalable permet de dénoncer le mépris attaché aux interprétations du Conseil constitutionnel, un mépris qui tient à des raisons historiques et à des circonspections psychologiques¹⁴²⁹. L'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité devrait balayer ces obstacles.

¹⁴²³ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français*, LGDJ, 1998, p. 370.

¹⁴²⁴ *Ibid.*, p. 371.

¹⁴²⁵ *Ibid.*

¹⁴²⁶ O. STECK, « L'arrêt De Groot et Bejo : une nouvelle illustration du dialogue des juges », *D.* 2007. 994.

¹⁴²⁷ A. VIALA, « De la dualité du sein et du sollen pour mieux comprendre l'autorité de la chose interprétée », *RDP* 2001. 793.

¹⁴²⁸ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *op. cit.*, p. 17.

¹⁴²⁹ « Si l'étape de la reconnaissance formelle de l'autorité de la chose interprétée des décisions du Conseil constitutionnel n'est pas encore franchie, c'est probablement pour des raisons essentiellement psychologiques, elle le sera nécessairement pour des motifs tenant au mécanisme même de la question prioritaire de

628. La fonction du renvoi préalable fonde l'obligation, pour ses destinataires, de respecter l'interprétation délivrée sur renvoi. Elle explique également l'inertie du législateur lorsqu'il s'est agi de la consacrer. Le silence tient simplement au truisme que ce qui est évident n'a pas forcément besoin d'être exprimé. A quoi bon préciser que les interprétations de la Cour de justice s'imposent alors que le renvoi préjudiciel fait d'elle l'interprète authentique du droit de l'Union et lui confère la charge d'en préserver l'unité ? Pourquoi préciser que les interprétations du Conseil constitutionnel doivent être respectées alors que la question prioritaire de constitutionnalité, en faisant des juridictions administratives et judiciaires le bras armé du Conseil constitutionnel, vient confirmer qu'il est bien l'interprète chargé de préserver l'unité de la Constitution ?

629. *Obligation fonctionnelle et avis contentieux.* Le mécanisme des demandes d'avis postule, certes, la liberté du juge du fond dans sa réception. L'avis délivré par le Conseil d'État ou la Cour de cassation ne s'impose pas aux juges d'application. La contradiction peut paraître insurmontable, mais elle est pourtant loin d'être réhabilitaire. Au contraire, la mention du caractère facultatif de l'avis confirme la thèse du caractère obligatoire de l'interprétation délivrée sur renvoi.

630. *Premier argument.* Il y a fort à croire que le législateur avait lui-même conscience du caractère obligatoire de l'avis lors de son introduction. Les termes de la loi n'auraient été qu'un moyen commode de travestir ses intentions. Il en est des mots du législateur comme des paroles des Hommes : ils lui ont été donnés pour déguiser sa pensée¹⁴³⁰. Deux raisons au moins permettent d'affirmer, contre les termes clairs de la loi, que l'avis s'impose aux juridictions administratives et judiciaires.

La première tient aux motifs qui ont présidé à l'insertion de cette disposition. L'étude des travaux préparatoires révèle avec clarté que les parlementaires n'ont postulé le caractère facultatif de l'avis que pour éviter qu'il ne tombe sous le coup de la prohibition des arrêts de règlement posée à l'article 5 du Code civil¹⁴³¹. La présente étude a toutefois démontré que

constitutionnalité » (B. MATHIEU, « Les décisions du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme : coexistence, autorité, conflits, régulation », *NCCC*, 2011, n° 32, p. 57).

¹⁴³⁰ Parmi les nombreuses maximes attribuées à Talleyrand : « La parole a été donnée à l'homme pour déguiser sa pensée ».

¹⁴³¹ G. Kiejman, rapporteur du projet de loi, a révélé ce lien entre le caractère facultatif de l'avis, et la volonté de respecter l'article 5 du Code civil : « mais encore une fois, l'avis ne sera pas pour autant un arrêt de règlement ayant valeur contraignante. Il n'est pas question, en effet, de revenir sur la prohibition des arrêts de règlement

cette prohibition est inapplicable aux interprétations délivrées sur renvoi¹⁴³², faisant par la même s'effondrer la seule justification au caractère facultatif de l'avis.

La seconde raison est que le législateur n'a postulé le caractère facultatif de l'avis que parce qu'il pouvait compter sur l'arrière-garde de la cassation. Tel que l'a remarqué la doctrine¹⁴³³, la mention du caractère facultatif de l'avis n'est qu'une hypocrisie à peine dissimulée. Si la force contraignante de la cassation n'avait pas été au soutien du législateur, il n'aurait eu d'autre solution que d'affirmer le caractère obligatoire de l'avis. La Cour de justice, qui ne peut compter sur un tel mécanisme castrateur, n'a pas eu d'autre choix que d'affirmer l'autorité de ses interprétations.

Dès lors, loin d'être un obstacle, cette disposition sonne comme une confirmation. Si le législateur a cru nécessaire d'insérer une disposition expresse pour priver l'interprétation de son caractère obligatoire, n'est-ce pas la preuve que, tel qu'il a été démontré plus haut, l'obligation est inhérente au mécanisme. Le renvoi préalable implique à ce point le caractère obligatoire de l'interprétation délivrée que le législateur s'est senti obligé d'adopter une disposition expresse pour tenter de l'en priver. Le caractère obligatoire de l'interprétation délivrée sur renvoi transpire du mécanisme, au point que le législateur a inséré une disposition expresse, lorsqu'il s'est agi d'en renier l'existence. Loin d'être dissidente, la remarque apporte son lot de confirmation.

énoncé à l'article 5 du Code civil et dont on peut penser qu'elle a la valeur d'un principe général de notre droit. Pour que le présent projet s'écarte de cette prohibition, il serait nécessaire que l'avis rendu soit une décision et que cette dernière s'impose non seulement au juge qui a pris l'initiative de saisir la Cour de cassation, mais à l'ensemble des juridictions. Or vous savez qu'il n'en est rien. L'avis rendu laisse intacte la liberté du juge, et celle des autres juridictions. Il n'y a donc pas atteinte à la prohibition des arrêts de règlement » (G. KIEJMAN, Compte rendu intégral des débats, Sénat, Séance du 7 mai 1991, *JO*, p. 875). C. Lederman lui a opposé une longue tirade dans laquelle il dénonce « l'hypocrisie » de cette présentation : « à quel magistrat, à quelle juridiction viendrait l'idée saugrenue, après avoir sollicité l'avis du Premier président de la Cour de cassation, pris en compagnie des présidents des chambres et de deux conseillers de chacune d'elles, de ne pas suivre l'avis donné ? » (C. LEDERMAN, Compte rendu intégral des débats, Sénat, Séance du 7 mai 1991, *JO*, p. 878 et 879). Le même débat a eu lieu s'agissant des demandes d'avis au Conseil d'État. M. Mazeaud « a indiqué *urbi et orbi* qu'il s'agit non pas d'un avis, mais d'une décision du Conseil d'État qui aura même valeur de jurisprudence » (Compte rendu intégral des débats, Sénat, Séance du 9 décembre 1987, *JO*, p. 5191).

¹⁴³² V. *supra*, n° 319 et s.

¹⁴³³ Pour exemple : D. CHABANOL, *Code de justice administrative : annotations, commentaires, jurisprudence*, Le moniteur, 5^{ème} éd., 2012, p. 43 ; A. ASHWORTH, « Singularité et tradition : l'article 12 de la loi du 31 décembre 1987 », *RDP* 1990. 1474 ; A.-M. MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *JCP* 1992. I. 3276, p. 176 ; F. BRENET, A. CLAEYS, « La procédure de saisine pour avis du Conseil d'État : pratique contentieuse et influence en droit positif », *RFDA* 2002. 531. A noter également les propos de C. Lederman devant le Sénat qui envisage l'hypothèse d'une résistance des juges du fond : « Et même s'il se trouvait un magistrat kamikaze, qui pourrait soutenir qu'il survivrai longtemps, intellectuellement parlant bien évidemment, à sa folle témérité ? Je pose la question – on pourrait la poser aux magistrats intéressés » (C. LEDERMAN, *op. cit.*, p. 879).

631. *Second argument.* Certaines dispositions adoptées ces dernières années par le législateur tendent d'ailleurs à consacrer l'autorité des avis, contredisant directement les dispositions des lois de 1987 et 1991. Depuis 2005, les présidents des formations de jugement des juridictions administratives peuvent fonder leurs ordonnances sur un avis contentieux du Conseil d'État lorsqu'ils statuent sur les requêtes relevant d'une même série¹⁴³⁴. N'est-ce pas reconnaître au point de droit traité dans l'avis une autorité juridique que la loi de 1987 s'échine à lui refuser ? De la même manière, l'article L. 190 du livre des procédures fiscales permet à un contribuable d'obtenir le remboursement de son imposition lorsque la législation qui lui a été appliquée a été déclarée non conforme à une règle de droit supérieure par « une décision juridictionnelle ou par un avis rendu au contentieux »¹⁴³⁵. Comment justifier qu'un avis, qui n'est pas obligatoire, peut servir de fondement à la contestation d'une imposition¹⁴³⁶ ? C'est une fois de plus reconnaître que l'avis s'impose aux juridictions de droit commun, qu'il est obligatoire au même titre que la jurisprudence.

632. *Demandes d'avis à la Cour européenne des droits de l'homme :* La lecture du rapport explicatif au Protocole n° 16 révèle le malaise de ses rédacteurs au moment d'aborder la question délicate de l'autorité des avis. D'un côté ils ont expressément refusé de leur conférer une valeur obligatoire, mais d'un autre côté ils ont pris soin de préciser que « l'interprétation de la Convention et de ses protocoles contenue dans ces avis consultatifs est analogue, dans ses effets, aux éléments interprétatifs établis par la Cour dans ses arrêts et décisions »¹⁴³⁷. L'assertion adopte des airs fâcheux de paradoxe. Comment postuler le caractère facultatif des avis et affirmer, dans le même temps, qu'ils adoptent les effets (obligatoires) de la jurisprudence de la Cour ?

Il semble que les rédacteurs du protocole ont cru qu'en postulant le caractère obligatoire des avis, ils affecteraient l'essence profondément dialogique du mécanisme¹⁴³⁸. Une telle crainte était pourtant inutile. L'essence coopérative des renvois est indépendante de l'obligatorité des interprétations délivrées. Elle tient uniquement à leur caractère non-contraignant. A l'instar des avis délivrés par le Conseil d'État ou la Cour de cassation, ceux rendus par la Cour européenne des droits de l'homme seront obligatoires.

¹⁴³⁴ Art. R. 122-12 al. 6 et R. 222-1 al. 6 CJA.

¹⁴³⁵ Art. L. 190 al. 3 LPF.

¹⁴³⁶ René Chapus remarque que cela « revient à égaler l'autorité des avis contentieux à celle des décisions juridictionnelles » (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 2008, 13^{ème} éd., p. 765).

¹⁴³⁷ Rapport explicatif au Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=fra>, §27.

¹⁴³⁸ En effet, le § 25 du rapport mentionne le caractère non-obligatoire des avis avant d'ajouter « qu'ils interviennent dans le contexte du dialogue judiciaire entre la Cour et les juridictions interne ».

633. La conclusion est éloquente. L'interprétation délivrée sur renvoi est obligatoire. Elle s'impose juridiquement aux juridictions chargées de l'application du droit. Le recours à la notion a permis de remettre en cause un droit positif qui, par hypocrisie (s'agissant des demandes d'avis) ou par méconnaissance (s'agissant du Conseil constitutionnel) dénie aux interprétations délivrées sur renvoi toute autorité juridique. Toutefois, si les juges sont tenus de respecter les interprétations délivrées sur renvoi, il est impossible de les y contraindre. Leur autorité est contrastée. Obligatoires, elles ne sont pas contraignantes (§2).

§2 - UNE INTERPRETATION NON CONTRAIGNANTE

634. L'idée que l'interprétation délivrée sur renvoi n'est pas obligatoire tient souvent à une confusion malheureuse entre l'obligation juridique et la sanction de sa violation. L'interprétation délivrée sur renvoi serait facultative, dès lors que la juridiction suprême ne dispose d'aucun instrument coercitif chargé d'en assurer le respect.

635. L'amalgame est malencontreux, car l'obligation existe indépendamment de la sanction seulement chargée d'en garantir l'exécution. Il n'y a pas la moindre contradiction à affirmer, d'abord, que l'interprétation délivrée sur renvoi s'impose juridiquement, pour ajouter, ensuite, qu'aucun moyen de contrainte n'est institué pour assurer son respect. Au contraire, l'essence du renvoi repose sur la purge de son caractère répressif. L'interprétation est obligatoire, mais le juge suprême laisse le respect de cette obligation à la conscience du juge chargé de l'appliquer. Tel est le moteur du renvoi préalable, sa marque de fabrique, cette spécificité qui le distingue des mécanismes hiérarchiques. La réception de l'interprétation entre dans le giron de son destinataire.

636. Ce changement complet de paradigme n'est toutefois pas évident. Sitôt délivrée, l'interprétation échappe à son auteur qui devient le spectateur impuissant de la réception de son œuvre. La sanction rassure, alors que la confiance condamne à l'impuissance. Malgré le succès éprouvé de cette abnégation, les tentatives sont nombreuses d'orienter le renvoi préalable sur la voie de la sanction. S'il est d'essence persuasive (A), le renvoi doit aujourd'hui lutter contre sa propre dénaturation (B).

A) L'essence persuasive du renvoi

637. Le langage courant a pris l'habitude d'assimiler l'obligation et la contrainte, au point que la seconde constitue souvent une condition d'existence de la première. L'obligation n'existe vraiment que parce qu'elle se jumelle d'une faculté d'asservir, de cette possibilité d'imposer une décision contre la volonté de son destinataire. Il n'est pas difficile de voir dans cette union les réminiscences du positivisme normativiste kelsénien¹⁴³⁹. L'éminent auteur affirmait sans détour « qu'une conduite ne peut être considérée comme juridiquement ordonnée, ou, ce qui revient au même, comme contenu d'une *obligation juridique*, que si la conduite contraire est prévue comme condition d'un *acte de contrainte* dirigé contre le sujet qui l'a adopté »¹⁴⁴⁰. La terminologie couramment usitée est d'ailleurs évocatrice de cet amalgame, « les termes "caractère obligatoire" et "force contraignante", ou "dénudées de force obligatoire" et "non contraignantes", exprimant souvent une même idée »¹⁴⁴¹.

638. Il faut dire que la thèse séduit d'autant plus qu'elle a pour elle le mérite de la simplicité. En effet, si le non respect de l'interprétation n'est pas sanctionné, c'est que la juridiction est libre de la retenir ou de s'en départir ; or si elle est libre de son choix, elle n'est pas obligée. L'absence de sanction nie l'existence même d'une obligation. Ainsi en est-il de la jurisprudence constitutionnelle, dont le caractère facultatif tient pour beaucoup à l'absence de mécanisme permettant d'en imposer le respect. En d'autres termes, le caractère obligatoire de l'interprétation constitutionnelle est fonction de la sanction attachée à sa violation. La sanction fonde l'obligation.

639. Le juriste connaît trop la perversité du syllogisme pour ne pas y prendre garde. La circonspection est d'ailleurs fructueuse, car loin de s'imposer par la force de l'évidence, la conclusion repose en fait sur un vice flagrant du raisonnement. L'argumentation se fonde sur cette idée que l'absence de sanction ferait recouvrer sa liberté au destinataire et qu'il serait

¹⁴³⁹ « Dans une perspective alimentée par le positivisme juridique, la force du droit est au contraire associée à l'idée de contrainte » (P. NOREAU, « De la force symbolique du droit », in *La force normative, Naissance d'un concept*, Bruylant, 2009, p. 137).

¹⁴⁴⁰ H. KELSEN, *Théorie pure du droit* (trad. française C. Eisenmann), Paris, Dalloz, 1962, p. 68.

¹⁴⁴¹ J. CAZALAN, « La force normative des instruments du Codex alimentarius dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », in *La force normative, Naissance d'un concept*, Bruylant, 2009, p. 335 ; A. GATTINO, « La force dissuasive des sanctions de la contrefaçon de marque », in *La force normative, Naissance d'un concept*, Bruylant, 2009, p. 663 ; S. MAUCHAIR, « La force normative de l'adage », in *La force normative, Naissance d'un concept*, Bruylant, 2009, p. 223 ; N. MOIZARD, « La force normative de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail », in *La force normative, Naissance d'un concept*, Bruylant, 2009, p. 591.

alors libéré de toute obligation. Pourtant, le destinataire n'est pas moins obligé en l'absence de sanction que lorsqu'elle est instituée. Cette obligation, il doit la respecter. La liberté qu'il est censé recouvrer en l'absence de sanction n'est jamais qu'une liberté de mal faire, cette liberté dont dispose tout individu de violer les obligations au respect desquelles il est pourtant astreint. La juridiction réceptrice n'est donc pas plus libre en l'absence de sanction qu'elle ne l'est sous son joug¹⁴⁴². S'il ne retient pas l'interprétation délivrée par la cour suprême, le juge viole son obligation indépendamment de l'existence d'une sanction attachée à cette violation. Le destinataire du renvoi *a l'obligation* de respecter l'interprétation délivrée sur renvoi, même s'il ne saurait toutefois *y être obligé*. Il faut donc distinguer obligation et contrainte. La première vient « souvent mais non nécessairement renforcer »¹⁴⁴³ la seconde. La contrainte n'est pas inhérente à l'obligation, « elle lui est seulement attachée par le système juridique, mais [elle] peut aussi parfois ne pas l'être »¹⁴⁴⁴.

640. La contrainte est antinomique du renvoi préalable. Le renvoi préalable repose entier sur cette tension entre l'obligation pour les juges de respecter les interprétations délivrées et l'absence de contrainte susceptible de sanctionner leur violation. Qu'il s'agisse du renvoi préjudiciel ou de la question prioritaire de constitutionnalité, ni la Cour de justice, ni le Conseil constitutionnel n'est en mesure d'imposer le respect de ses interprétations. Cette spécificité du renvoi préalable constitue plus qu'une simple modalité de sa mise en œuvre, elle participe de son essence, de son ontologie, elle constitue l'un de ses attributs essentiels. Le renvoi préalable est un mécanisme persuasif, caractéristique qui a souvent justifié sa consécration¹⁴⁴⁵. Délaisant la sanction sur l'autel de la coopération, il a su s'attacher les faveurs des législateurs. Opérant « une hiérarchisation normative en l'absence de hiérarchisation juridictionnelle »¹⁴⁴⁶, il a su convaincre de sa nécessité. Sa structure hétéroarchique lui permet de s'ériger aux côtés de la cassation et de se présenter comme une alternative aux mécanismes hiérarchiques d'uniformisation.

Pour autant, si l'essence du renvoi est persuasive, s'il ne peut, de par sa structure même, sanctionner une transgression qui lui est postérieure, le droit positif révèle cette tentation grandissante de succomber par des moyens détournés à la quiétude de la sanction.

¹⁴⁴² « Une chose est l'obligation, une autre est la sanction » (P. PUIG, « Hiérarchie des normes : du système au principe », *RTD civ.* 2001. 749, n° 24).

¹⁴⁴³ C. THIBIERGE, « Synthèse », in *La force normative, Naissance d'un concept*, Bruylant, 2009, p. 794.

¹⁴⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁴⁵ V. *supra*, n° 133, n° 149 et n° 166.

¹⁴⁴⁶ E. DUBOUT, « Le « contentieux de la troisième génération » ou l'incomplétude du système juridictionnel communautaire », *RTDE* 2007. 747.

B) Le dévoiement du renvoi par la réintroduction contemporaine de la contrainte

641. Renvoi préjudiciel et recours à la sanction. Le droit de l'Union européenne témoigne d'une volonté « de conférer une portée contraignante à l'obligation¹⁴⁴⁷, pour les juridictions nationales, de se conformer aux exigences de la Cour de justice »¹⁴⁴⁸. Par deux voies distinctes, « la Cour de justice amorce actuellement une tentative de contrôle de l'activité des juges nationaux »¹⁴⁴⁹. La première prend la forme d'un élargissement du champ d'application de l'action en manquement, la seconde tient au développement prétorien de l'action en responsabilité contre un État membre du fait du non respect, par ses juges, du droit de l'Union européenne.

En effet, depuis un célèbre arrêt de 2003¹⁴⁵⁰, la Commission est susceptible d'agir en manquement lorsqu'une juridiction interprète une loi nationale dans un sens contraire au droit de l'Union et à son interprétation. Pendant longtemps, l'arrêt de manquement n'a jamais eu qu'une simple portée déclaratoire. Il constatait le manquement « sans pouvoir y mettre fin ou en sanctionner la commission »¹⁴⁵¹. La sanction relevait du juge national et augurait un destin funeste. Néanmoins, depuis le Traité de Maastricht, la Commission peut sanctionner au moyen d'une amende ou d'une astreinte le manquement d'un État à un précédent arrêt de manquement. L'irrévérence d'une juridiction nationale à l'endroit de la jurisprudence de la Cour est donc susceptible d'entraîner la condamnation de l'État au versement d'une somme d'argent lorsqu'une transgression similaire a d'ores et déjà été constatée dans un arrêt de manquement. Cette procédure apparaît comme un « moyen pour la Cour de justice de s'assurer d'une forme d'autorité et de contrainte sur les juridictions nationales »¹⁴⁵². Elle « atteste une montée en répression du système communautaire »¹⁴⁵³.

¹⁴⁴⁷ L'expression « portée contraignante à l'obligation » témoigne de distinction qu'il faut opérer entre l'une et l'autre.

¹⁴⁴⁸ E. DUBOUT, « Le « contentieux de la troisième génération » ou l'incomplétude du système juridictionnel communautaire », *RTDE* 2007. 747.

¹⁴⁴⁹ *Ibid.*

¹⁴⁵⁰ CJCE 9 décembre 2003, *Commission CE c/ République italienne*, C-129/00, O. DUBOS, « A propos de l'arrêt de la CJCE du 9 décembre 2003, *Commission CE c/ République italienne*, *Quis provinciae custodiet ? Romae custodes, ipsi silicet !* », *JCP A* 2004. 424 ; M. AUBERT, F. DONNAT, « Chronique de jurisprudence communautaire », *AJDA* 2010. 248. Pour une application : CJCE, 12 novembre 2009, *Commission c/ Espagne*, C-154/08.

¹⁴⁵¹ E. DUBOUT, *art. cit.*, p. 747.

¹⁴⁵² E. DUBOUT, « Le « contentieux de la troisième génération » ou l'incomplétude du système juridictionnel communautaire », *RTDE* 2007. 747.

¹⁴⁵³ L. AZOULAI, « Les formes de la sanction juridictionnelle », in *La sanction contre les États en droit communautaire*, Pedone, 2006, p. 25.

Cette montée en puissance de la sanction se manifeste également dans la possibilité offerte à tout justiciable d'engager la responsabilité d'un État membre du fait du non respect, par l'une de ses juridictions, des prescriptions du droit de l'Union Européenne. L'idée que la violation du droit de l'Union est de nature à engager la responsabilité de la puissance publique n'est certes pas nouvelle¹⁴⁵⁴, mais ce n'est qu'en 2003, après une lente et longue maturation¹⁴⁵⁵, que l'inertie juridictionnelle a été considérée comme un fait générateur de responsabilité¹⁴⁵⁶. La jurisprudence trouve son état actuel dans l'arrêt *Traghetti del Mediterraneo*¹⁴⁵⁷, qui « s'attache à ce qui est le cœur de l'acte juridictionnel : l'interprétation »¹⁴⁵⁸. Le message est clair. Non seulement le juge national engage la responsabilité de l'État lorsqu'il refuse d'appliquer le droit communautaire, mais tel est désormais le cas lorsque la violation procède du non respect d'une interprétation posée par la Cour de justice¹⁴⁵⁹.

Le non respect par une juridiction nationale de l'interprétation délivrée par la Cour de justice est donc susceptible d'entraîner une double sanction : une action en manquement initiée par la Commission d'abord, une action en responsabilité intentée par un justiciable ensuite. Une même tendance répressive est susceptible de déployer ses effets dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité.

¹⁴⁵⁴ CJCE, 16 décembre 1960, *Humlet*, n° 6/60.

¹⁴⁵⁵ Dans son célèbre arrêt *Francovich et Bonifaci* la Cour a posé le principe de la responsabilité de l'État du fait de la violation du droit de l'Union européenne. Elle considère que « la pleine efficacité des normes communautaires serait mise en cause et la protection des droits qu'elles reconnaissent serait affaiblie si les particuliers n'avaient pas la possibilité d'obtenir réparation lorsque leurs droits sont lésés par une violation du droit communautaire imputable à un État membre » (CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci*, C-6/90 et 9/90) ; D. SIMON, *Europe*, déc. 1991, chron. p. 1 ; A. BARAV, *JCP* 1992. II. 21783 ; L. BOULOUIS, *RFDA* 1992. 1 ; P. LE MIRE, *AJDA*. 1992. 143. C'est d'abord l'inertie législative qui a été considérée comme susceptible d'engager la responsabilité de l'État (CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur et Bundesrepublik Deutschland* ; *The Queen and Secretary of State of Transport ex parte Factofarme Ltd et autres*, aff. jointes C-46/93 et C-48/93 Rec. p. I-1029), avant que l'activité juridictionnelle soit considérée à son tour comme susceptible d'engager cette même responsabilité dans l'arrêt *Köbler*.

¹⁴⁵⁶ CJCE, 30 septembre 2003, *Gerhard Köbler c/ Republik Osterreich*, C-224/01, Rec. p. I-10239 ; J.-M. BELORGEY, S. GERVASONI, C. LAMBERT, *AJDA* 2003. 2146 ; J. COURTIAL, « La responsabilité du fait de l'activité des juridictions de l'ordre administratif : un droit sous influence européenne ? », *AJDA* 2004. 423 ; D. SIMON, *Europe*, 2003, n° 11-12, chron. p. 3 ; D. SIMON, « La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire par une juridiction suprême, à propos de l'arrêt *Köbler* », *Europe*, nov. 2003, chron. p. 12.

¹⁴⁵⁷ CJCE, 16 juin 2006, *Traghetti del Mediterraneo SpA c/ République italienne*, C-173/03 ; P. REMY-CORLAY, « Responsabilité de l'État pour violation par le juge national du droit communautaire. Pas d'obligation imposée au juge de réexaminer une décision judiciaire passée en force de chose jugée ni d'annuler cette décision si elle apparaît contraire au droit communautaire », *RTD civ.* 2006. 728 ; C. NOURISSAT, « Responsabilité de l'État et interprétation du droit communautaire par le juge », *Procédures*, n° 6, Juin 2007, comm. p. 139 ; A noter également l'arrêt rendu la même année, CJCE 16 mars 2006, *Rosmarie Kapferer c/ Schlank & Schick GmbH*, C. 234/04 qui exclut toute obligation pour le juge national de réexaminer une décision judiciaire passée en force de chose jugée ou d'annuler cette décision si elle apparaît contraire au droit communautaire.

¹⁴⁵⁸ C. NOURISSAT, « Responsabilité de l'État et interprétation du droit communautaire par le juge », *Procédures*, n° 6, Juin 2007, comm. p. 139.

¹⁴⁵⁹ *Ibid.*

642. Répression et question prioritaire de constitutionnalité. La responsabilité de l'État peut être engagée en cas de non respect du droit de l'Union européenne par les juridictions nationales. Peut-elle être engagée, dans les mêmes conditions, si la Cour de cassation ou le Conseil d'État viole manifestement une interprétation de la Constitution délivrée par le Conseil ?

Dans ses conclusions sous l'arrêt *Gestas*¹⁴⁶⁰, le rapporteur public Catherine de Salins considère que la responsabilité de l'État est susceptible d'être engagée chaque fois que le Conseil d'État transgresse une interprétation impérative délivrée par un interprète authentique. Si la violation de la jurisprudence de la Cour de justice vient naturellement à l'esprit, l'hypothèse est également envisagée d'une violation de l'interprétation constitutionnelle lorsque le Conseil d'État fait application de la question prioritaire de constitutionnalité¹⁴⁶¹. Il suffit en effet d'imaginer le Conseil constitutionnel abroger une loi (transmise par la Cour de cassation) que le Conseil d'État aurait précédemment refusé de transmettre en raison de l'absence de caractère sérieux de la demande. Le refus du Conseil d'État traduirait une méconnaissance de la jurisprudence constitutionnelle susceptible, si elle est inexcusable, voire volontaire, d'engager la responsabilité de l'État¹⁴⁶². Le non respect d'une interprétation du Conseil constitutionnel par les juridictions suprêmes peut donc, dans le cadre de la mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité, entraîner le prononcé d'une sanction pécuniaire à l'encontre de l'État. « La coopération se mue en hiérarchisation »¹⁴⁶³.

¹⁴⁶⁰ CE, 18 juin 2008, *M. Gestas*, n° 295831.

¹⁴⁶¹ CATHERINE DE SALINS, « La responsabilité de l'État du fait du contenu d'une décision juridictionnelle », *Concl. sur*, CE, 18 juin 2008, *M. Gestas*, n° 295831, *RFDA* 2008, p. 755.

¹⁴⁶² La responsabilité de l'État du fait des juridictions administratives ne peut être engagée qu'en cas de faute lourde, sauf en cas de violation du droit de l'Union et en cas de durée excessive d'une procédure : « Considérant qu'en vertu des principes généraux régissant la responsabilité de la puissance publique, une faute lourde commise dans l'exercice de la fonction juridictionnelle par une juridiction administrative est susceptible d'ouvrir droit à indemnité ; que si l'autorité qui s'attache à la chose jugée s'oppose à la mise en jeu de cette responsabilité dans les cas où la faute lourde alléguée résulterait du contenu même de la décision juridictionnelle et où cette décision serait devenue définitive, la responsabilité de l'État peut cependant être engagée dans le cas où le contenu de la décision juridictionnelle est entaché d'une violation manifeste du droit communautaire ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers ». La responsabilité de l'État du fait de l'activité des juridictions judiciaires est régie par l'article L. 141-1 du Code de l'organisation judiciaire disposant que « l'État est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement defectueux du service de la justice. Sauf dispositions particulières, cette responsabilité n'est engagée que par une faute lourde ou par un déni de justice » (CE, 18 juin 2008, *M. Gestas*, n° 295831).

¹⁴⁶³ E. DUBOUT, « Le « contentieux de la troisième génération » ou l'incomplétude du système juridictionnel communautaire », *RTDE* 2007. 747.

CONCLUSION DU DEUXIEME CHAPITRE

643. L'interprétation délivrée sur renvoi s'impose juridiquement à l'ensemble des juridictions chargées d'en assurer l'application. L'affirmation peut étonner alors que la loi prévoit explicitement le caractère facultatif des avis contentieux et que l'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel est loin d'être admise. Le doute est pourtant impossible. Le renvoi préalable fait de la juridiction suprême l'interprète authentique d'un texte et fonde, par là même, le caractère obligatoire de son œuvre.

644. Si l'interprétation est obligatoire, le respect de cette obligation n'est en revanche garanti par aucun mécanisme de sanction. L'essence du renvoi préalable est dialogique, caractère qui exclut le recours à la coercition. Il laisse volontairement la réception de l'interprétation à la conscience de son destinataire, telle est son ontologie, telle est précisément sa force.

645. La collaboration sur laquelle repose le renvoi préalable semble toutefois s'écorner avec le temps. Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice témoigne d'une réintroduction étonnante de la contrainte. La hiérarchie inhérente à la sanction cadre mal avec l'hétéarchie du mécanisme. L'association de la répression et de la coopération détone¹⁴⁶⁴. Bref, la réintroduction de la sanction vient renier « la nature originale du renvoi »¹⁴⁶⁵. Elle est à la fois une remise en cause de son identité et une perte de confiance en sa faculté d'assurer l'unité des interprétations par la coopération. Le coût (coup) est tel qu'il oblige à s'interroger sur les raisons d'une telle orientation. Ce recours à la sanction ne porte-t-il pas en lui la marque de l'inefficacité du mécanisme ? Bien qu'obligatoire, l'interprétation délivrée sur renvoi ne serait pas efficiente et expliquerait la réintroduction de la sanction (Chapitre 3). Rien n'est moins sûr.

¹⁴⁶⁴ « Cette évolution (vers la sanction) cadre mal, en apparence, avec les descriptions communément admises des relations de coopération qui doivent exister » (L. AZOULAI, « Les formes de la sanction juridictionnelle », in *La sanction contre les États en droit communautaire*, Pedone, 2006, p. 20).

¹⁴⁶⁵ E. DUBOUT, « Le « contentieux de la troisième génération » ou l'incomplétude du système juridictionnel communautaire », *RTDE* 2007. 747.

CHAPITRE III

L'EFFICIENCE DE L'INTERPRÉTATION

646. L'interprétation délivrée sur renvoi s'impose juridiquement aux juges chargés de l'appliquer. Toutefois, la nature dialogique du renvoi préalable exclut le recours à la sanction pour le cas où la juridiction réceptrice refuserait de la respecter. Obligatoire, l'interprétation ne peut être imposée par la force de la contrainte. Dès lors, est-elle effectivement respectée, est-elle efficiente ?

647. Le renvoi préalable est un mécanisme qui renie la sanction au bénéfice de la confiance de ses acteurs. Cette entreprise louable n'en est pas moins d'une application délicate. La sanction permet d'imposer sans aucune autre légitimité que celle de son institution. Son délaissement implique au contraire de convaincre pour inspirer confiance. A la différence de la sanction, la confiance ne s'impose pas, elle se gagne. L'institution du renvoi préalable ne produit donc pas forcément des effets immédiats.

648. La métaphore de l'asymptote rend bien compte de son efficacité évolutive. Au moment de son introduction, il produit un bouleversement des cadres qui invite naturellement à la résistance. Les organes d'application cèdent d'autant mieux aux appels à l'irrévérence que leur comportement ne peut être orienté par la force de la sanction. Les divergences de jurisprudence se révèlent au grand jour : c'est le temps de la crispation. Cette situation instable se résorbe indubitablement à mesure que la confiance grandit entre le juge d'application et la juridiction suprême. Le temps nécessaire à l'acclimatation peut être plus ou moins long, mais à terme et à force de persuasion, l'autorité de la cour suprême finit par s'imposer. A l'image de l'asymptote qui se rapproche de son abscisse sans toutefois ne jamais la rejoindre, l'interprétation des organes d'application rejoindra peu à peu celle de la juridiction suprême. La convergence des interprétations est toujours plus ténue à mesure que la confiance (§2) prend le pas sur la réticence (§1).

§1 - LE TEMPS DE LA CRISPATION

649. L'étude des espèces de renvoi préalable témoigne du bouleversement qu'induit leur introduction, un bouleversement qui engendre souvent la crispation de ses acteurs. Le temps nécessaire à l'acclimatation du mécanisme est alors fonction de l'intensité du trouble qu'il génère. Si le mécanisme des demandes d'avis (A) n'a connu qu'une résistance éphémère, la question prioritaire de constitutionnalité (B) et le renvoi préjudiciel à la Cour de justice (C) ont suscité des oppositions à la fois plus intenses et plus durables.

A) Le mécanisme des demandes d'avis

650. Le mécanisme des demandes d'avis n'a suscité qu'une brève résistance. « Seuls la Cour administrative d'appel de Lyon dans l'affaire *SA Lorenzy-Palanca*¹⁴⁶⁶ et le tribunal administratif de Versailles dans l'affaire *Boubaïa* ont fait acte de désobéissance, la première après avoir sollicité elle-même l'avis du Conseil d'État¹⁴⁶⁷ et le second en se démarquant d'un avis suscité par la demande d'un autre tribunal¹⁴⁶⁸ sur la même question¹⁴⁶⁹ »¹⁴⁷⁰. Il s'agit des deux seuls exemples de résistance à un avis contentieux, une résistance éphémère qui s'explique facilement.

651. A la différence du renvoi préjudiciel à la Cour de justice et de la question prioritaire de constitutionnalité, le mécanisme des demandes d'avis fonctionne d'abord à l'intérieur d'un seul et même ordre juridictionnel. Il mobilise, dans l'ordre judiciaire, la Cour de cassation et les juridictions qui en dépendent. Il met en scène, dans l'ordre administratif, le Conseil d'État, les Cours administratives d'appel et les tribunaux administratifs. L'absence d'interférence et

¹⁴⁶⁶ CAA Lyon plén. 5 avril 1993, *SA Lorenzy-Palanca*, n° 90LY00810, *RJF* 1993, n°687.

¹⁴⁶⁷ CE avis, 4 novembre 1992, *SA Lorenzy-Palanca*, n° 138380, *RJF* 1993, n° 103, concl. J. GAEREMYNCK.

¹⁴⁶⁸ TA Versailles, 21 juin 1996, *Boubaïa*, *D.* 1997. 33, obs. F. JULIEN-LAFERRIERE.

¹⁴⁶⁹ CE avis, 26 mai 1995, *M. Yilmaz*, n° 164880, Lebon p. 216, *LPA*, 9 août 1995, p. 11, concl. B. DU MARAIS ; *D.* 1996. 96, obs. F. JULIEN-LAFERRIERE.

¹⁴⁷⁰ H. BELRHALI-BERNARD, « Les avis contentieux du Conseil d'État : remarques sur vingt années de pratique », *AJDA* 2010. 364.

le cloisonnement hermétique des ordres juridictionnels permettent de faciliter l'acclimatation et la bonne marche du mécanisme.

Ensuite, chacun de ces deux ordres était déjà fortement hiérarchisé au moment de l'introduction des demandes d'avis. A la fin du XX^{ème} siècle, les mécanismes hiérarchiques ont d'ores et déjà permis d'établir sans conteste l'autorité du Conseil d'État et de la Cour de cassation. Les avis se sont imposés d'autant plus facilement.

Enfin, le mécanisme des demandes d'avis n'a pas supplanté la cassation, il n'a été institué que pour pallier ses carences. Il s'ensuit qu'une juridiction administrative ou judiciaire qui refuserait de se plier à un avis émis par le Conseil d'État ou la Cour de cassation risquerait la cassation de sa décision, exception faite de l'hypothèse résiduelle d'un revirement de jurisprudence. En d'autres termes, les juridictions sont d'autant plus enclines à respecter les avis que trône au dessus de leur tête, non pas l'épée de Damoclès, mais, tout aussi dissuasif, le spectre de la cassation. L'efficacité immédiate des demandes d'avis tient en partie à ce couperet. L'absence d'un tel garde fou a nécessité, s'agissant de la question prioritaire de constitutionnalité et du renvoi préjudiciel, une phase d'acclimatation beaucoup plus longue.

B) La question prioritaire de constitutionnalité

652. L'histoire retiendra certainement que les premiers pas de la question prioritaire de constitutionnalité furent difficiles. Si le Conseil d'État a joué dès l'origine le jeu de la collaboration, la Cour de cassation a réservé au nouveau venu un accueil moins en faveur. Quelques semaines seulement après son entrée en vigueur, la Cour a décidé d'en contester la conventionnalité devant la Cour de justice de l'Union européenne (1). La charge serait certainement tombée dans l'oubli généralisé si elle n'avait été suivie de salves à répétition. L'appréhension stricte des « dispositions législatives » susceptibles de faire l'objet d'une question prioritaire (2) et le contrôle particulièrement serré du caractère sérieux des questions posées (3) ont révélé une hostilité¹⁴⁷¹ originelle aux airs parfois provocateurs¹⁴⁷².

¹⁴⁷¹ « Les arrêts du 20 mai 2011 sont la synthèse éclatante de ces doutes répétés et la lecture du communiqué de presse accompagnant ces arrêts, particulièrement violent, finit par convaincre de l'hostilité rentrée de la Cour à l'égard de la QPC » (D. ROUSSEAU, « La Cour à ses raisons, la raison les siennes ! », *Gaz. Pal.*, 31 mai 2011, n° 151, p. 7).

¹⁴⁷² F.-X. MILLET, « Le dialogue des juges à l'épreuve de la QPC », *RDP* 2011. 1729.

1) La question de la priorité

653. La question prioritaire de constitutionnalité était tout juste entrée en vigueur que la Cour de cassation a mis en cause, devant la Cour de justice de l'Union européenne, l'une de ses dispositions emblématiques : son caractère prioritaire. Par un arrêt retentissant du 16 avril 2010¹⁴⁷³, elle a demandé à la Cour de justice si, en obligeant le juge national à statuer par priorité sur la question de constitutionnalité, le mécanisme nouvellement institué n'était pas contraire au droit de l'Union. Cette « priorité » accordée à la Constitution aurait été contraire aux jurisprudences *Simmenthal*¹⁴⁷⁴ et *Mecanarte*¹⁴⁷⁵. La première impose en effet au juge national de donner « immédiatement » son plein effet au droit de l'Union et de laisser au besoin inappliquées les dispositions nationales qui lui seraient contraires. Quant à la seconde, elle énonce l'impossibilité, pour un recours constitutionnel, de faire obstacle à la faculté offerte au juge national de mettre en œuvre le renvoi préjudiciel.

La Cour de justice de l'Union a rendu quelques mois plus tard un arrêt¹⁴⁷⁶ aux vertus diplomatiques incontestables. Elle a considéré que la priorité du contrôle incident de constitutionnalité serait contraire au droit de l'Union s'il empêchait les juridictions nationales de la saisir par la voie préjudicielle, « tant avant la transmission d'une question de constitutionnalité (...) que, le cas échéant, après la décision » du Conseil constitutionnel. En revanche, si les juridictions nationales conservent la possibilité de recourir au renvoi

¹⁴⁷³ Cass., 16 avr. 2010, n° 10-40.001 ; *AJDA* 2010. 1023, note P. MANIN ; *D.* 2010. 1254 note A. LEVADE ; *D.* 2010. 1229, chron. P. FOMBEUR ; *D.* 2010. 1234, chron. P. CASSIA, E. SAULNIER-CASSIA ; *D.* 2010. 1336, obs. P. SARGOS ; *RFDA* 2010. 445, obs. M. DOMINGO ; *RFDA.* 2010. 449, note M. GAUTIER ; *D.* 2010. 458, note P. GAIA ; *CCC.* 2010. 63, étude D. SIMON, A. RIGAUX ; *Constitutions* 2010. 363, obs. A.-M. LE POURHIET ; *RTD civ.* 2010. 743, obs. P. REMY-CORLAY ; *RTDE.* 2010. 577, étude J. DUTHEIL DE LA ROCHERE ; v. égal : B. MATHIEU, « La Cour de cassation tente de faire invalider la question prioritaire de constitutionnalité par la Cour de Luxembourg », *JCP G* 2010. 464 ; D. ROUSSEAU, D. LEVY, « La Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité : pourquoi tant de méfiance ? », *Gaz. Pal.*, 27 avril 2010, p. 20 ; J. -F. AKANDJI-KOMBE, « QPC *versus* question préjudicielle à la CJUE : à qui la priorité ? », *JCP G* 2010. 563 ; H. LABAYLE, « Question prioritaire de constitutionnalité et question préjudicielle : ordonner le dialogue des juges ? », *RDFA* 2010. 659.

¹⁴⁷⁴ Le « juge national, chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel ». L'effet utile du renvoi préjudiciel « serait amoindri si le juge était empêché de donner, immédiatement, au droit communautaire une application conforme à la décision ou à la jurisprudence de la Cour » (CJCE 9 mars 1978, *Administration des finances de l'État c. SA Simmenthal*, 106/77, Rec. CJCE p. 629).

¹⁴⁷⁵ « L'efficacité du droit communautaire se trouverait menacée si l'existence d'un recours obligatoire devant la Cour constitutionnelle pouvait empêcher le juge national, saisi d'un litige régi par le droit communautaire, d'exercer la faculté qui lui est attribuée par l'article 177 du traité de soumettre à la Cour de justice les questions portant sur l'interprétation ou sur la validité du droit communautaire, afin de lui permettre de juger si une règle nationale est ou non compatible avec celui-ci » (CJCE 27 juin 1991, *Mecanarte*, C-348/89, Rec. p. I-3277, pt 45).

¹⁴⁷⁶ CJUE, 22 juin 2012, *Melki et Abdeli*, C-188/10 et C-189/10.

préjudiciel, si des mesures provisoires leur permettent d'assurer la protection des droits conférés par l'Union et si elles peuvent, « à l'issue d'une telle procédure incidente », laisser inappliquée la disposition législative nationale contraire au droit de l'Union, la priorité de la question de constitutionnalité lui demeure conforme.

La réponse de la Cour de justice confirme, s'il était besoin, que les doutes émis par la Cour de cassation étaient tout à fait légitimes. Le risque d'incompatibilité de la priorité avec le droit de l'Union était sérieux. Il n'était d'ailleurs pas nouveau, puisque la doctrine juridique¹⁴⁷⁷ avait rapidement soulevé sa potentialité.

654. Cette dernière remarque interroge. Si le doute était « réel »¹⁴⁷⁸, si la Cour n'a rien fait d'autre que de demander officiellement à la Cour de justice la réponse à une question d'interprétation, pourquoi sa décision a-t-elle suscité une telle levée de boucliers ? L'exercice du renvoi préjudiciel ne pouvait être considéré, en soi, comme la volonté de la Cour de cassation de « s'opposer à la volonté du constituant et du législateur organique »¹⁴⁷⁹.

A dire vrai, c'est moins le recours au renvoi préjudiciel que la doctrine a si violemment¹⁴⁸⁰ condamné, que les conditions d'exercice de ce renvoi. En effet, la question dont était saisie la Cour de cassation ne posait guère de problème de constitutionnalité. Elle n'était saisie que de la question de la conformité de l'article 78-2 alinéa 4 du Code de procédure pénale au principe de libre circulation des personnes posé à l'article 67 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Compétente pour opérer ce contrôle, la Cour de cassation aurait dû s'en arrêter là, voire, en cas de doute, saisir la Cour de justice de la seule question de l'interprétation du traité. Elle a préféré instrumentaliser la jurisprudence du Conseil constitutionnel pour transformer ce problème de conventionnalité en un problème de constitutionnalité. En effet, la Cour a considéré que l'article 88-1 de la Constitution avait constitutionnalisé le droit de l'Union européenne, si bien que toute question de conformité de

¹⁴⁷⁷ L. BURGORGUE-LARSEN, « Question préjudicielle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité, État des lieux de leurs liaisons (éventuellement dangereuses) dans le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution », *RFDA* 2009. 787 ; D. SIMON, « Le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la constitution : un risque d'incompatibilité avec le droit communautaire ? », *Europe* 2009, repère 5 ; P. CASSIA, « Question sur le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité », *AJDA* 2009. 2193.

¹⁴⁷⁸ P. MANIN, « La question prioritaire de constitutionnalité et le droit de l'Union européenne », *AJDA* 2010. 2188.

¹⁴⁷⁹ *Ibid.*

¹⁴⁸⁰ Le vocabulaire guerrier a été largement mobilisé par la doctrine pour illustrer l'affrontement entre la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel : G. CARCASSONE, N. MOLFESSIS, « La Cour de cassation à l'assaut de la question prioritaire de constitutionnalité », *Le Monde*, 23 avril 2010 ; B. MATHIEU, « La guerre des juges n'aura pas lieu. A propos de la décision n° 2010-605 DC du Conseil constitutionnel », *JCP G.* 2010. 576 ; G. LUCAZEAU, « Constitution, Convention ou Traité. La "guerre des trois" aura-t-elle lieu ? », *JCP G* 2010. 778.

la loi au droit de l'Union posait nécessairement une question de constitutionnalité. Une banale affaire de conformité de la loi au droit de l'Union se transformait en problème de constitutionnalité, fournissant à la Cour de cassation l'occasion rêvée de mettre sur le grill européen la question de la priorité du nouveau mécanisme. En d'autres termes « le 16 avril 2010, le juge judiciaire fait délibérément masse des questions de constitutionnalité et de conformité au droit de l'Union, dans le but à peine dissimulé de vider l'abcès du caractère prioritaire de la question de constitutionnalité »¹⁴⁸¹. La Cour a « choisi, parmi les 220 questions de constitutionnalité dont elle était saisie, un cas qu'elle a jugé, à tort ou à raison, significatif, pour contester directement le dispositif prioritaire établi par la loi organique »¹⁴⁸². Ce mauvais tour a révélé l'intention malicieuse de la Cour de cassation¹⁴⁸³ et a suscité les réactions violentes de la doctrine¹⁴⁸⁴ et du législateur¹⁴⁸⁵. L'arrêt du 16 avril a été vécu comme « un coup de tonnerre juridique »¹⁴⁸⁶, « une bombe »¹⁴⁸⁷ dont le point paroxystique fut atteint le 29 juin suivant. En effet, forte de la réponse de la Cour de justice, la Cour de cassation¹⁴⁸⁸ a décidé d'écarter la priorité de la question de constitutionnalité, faute pour la loi organique de lui avoir réservé la possibilité de prendre les mesures provisoires nécessaires à la sauvegarde du droit de l'Union. Manifestement, « la Cour de cassation a persévéré dans son refus obstiné de donner effet à la loi organique »¹⁴⁸⁹ instituant la question prioritaire de constitutionnalité.

655. Sans doute l'attitude de la Cour de cassation aurait été rapidement oubliée si elle

¹⁴⁸¹ H. LABAYLE, « Question prioritaire de constitutionnalité et question préjudicielle : ordonner le dialogue des juges ? », *RDA* 2010. 659.

¹⁴⁸² D. SIMON, « Drôle de drames : La Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité », *Europe*, mai 2010, n° 5, repère 5 ; N. MOLFESSIS, « La résistance immédiate de la Cour de cassation à la QPC », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, p. 86.

¹⁴⁸³ Certains magistrats à la Cour de cassation ont toutefois tenté de défendre la position de leur juridiction : « Supposons que la Cour ait choisi la voie la plus directe : n'aurait-on pu lui faire alors reproche de s'être "défaussée" d'une question embarrassante au risque de mettre le Conseil constitutionnel en "porte-à-faux", en cas de censure ultérieure par la Cour de justice ? Aussi, loin de critiquer la position adoptée par la Cour de cassation, on devrait au contraire se réjouir qu'elle ait pu épargner au Conseil constitutionnel de s'exposer à un désaveu cinglant à la face de l'Europe s'il avait été mis en position d'affirmer la conformité de la loi en question à notre Constitution, au risque de se voir ensuite "déjugé" à la faveur d'un autre procès devant la Cour de justice ! » (G. LUCAZEAU, « Constitution, Convention ou Traité. La "guerre des trois" aura-t-elle lieu ? », *JCP G* 2010, n° 28, p. 778).

¹⁴⁸⁴ P. ROGER, « La Cour de cassation surprend sur la question prioritaire de constitutionnalité », *Le Monde*, 23 avril 2010 ; « Guerre des juges autour de la réforme du Conseil constitutionnel », *Les Échos*, 28 avril 2010.

¹⁴⁸⁵ « Cette décision (16 avril 2010) a exposé la Cour de cassation à des critiques, formulées quelquefois avec une grande violence et qui, pour l'essentiel, l'accusaient de chercher à faire obstacle à l'application du mécanisme de la QPC et, ainsi, à s'opposer à la volonté du constituant et du législateur organique » (P. MANIN, « La question prioritaire de constitutionnalité et le droit de l'Union européenne », *AJDA* 2010. 2188).

¹⁴⁸⁶ P. ROGER, « La Cour de cassation surprend sur la question prioritaire de constitutionnalité », *Le Monde*, 23 avril 2010.

¹⁴⁸⁷ « Guerre des juges autour de la réforme du Conseil constitutionnel », *Les Échos*, 28 avril 2010.

¹⁴⁸⁸ Cass. QPC, 29 juin 2010, *Melki*, n° 12132, pourvoi n° 10-40.001 et n° 12133, pourvoi n° 10-40.002.

¹⁴⁸⁹ D. SIMON, « Conventionnalité et constitutionnalité », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, p. 27.

était restée sans lendemain. Malheureusement, le séisme juridique s'est accompagné de nombreuses répliques. La question de la détermination des « dispositions législatives » susceptibles de faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité est l'une d'elles.

2) L'interprétation stricte des « dispositions législatives » susceptibles d'être déferées au Conseil

656. L'épisode de la priorité n'était pas terminé que la Cour de cassation consacrait une conception pour le moins stricte de la notion de « disposition législative » susceptible, au sens de l'article 61-1 de la Constitution, de faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité. Ce resserrement a emprunté deux voies différentes. La Cour a d'abord considéré que seule une disposition écrite pouvait être déférée au Conseil constitutionnel et non pas l'interprétation que pouvait en faire la jurisprudence. Elle a ensuite exclu qu'une disposition applicable au litige, mais modifiée ou abrogée, puisse faire l'objet d'une question prioritaire.

657. *L'exclusion de la jurisprudence.* Après qu'elle eut tenté de rogner le caractère prioritaire du mécanisme nouvellement introduit, la Cour de cassation chercha à diminuer l'étendue de son application. Par une interprétation restrictive de l'article 61 de la Constitution, la Cour a considéré que seule une « disposition législative » pouvait faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité. Toute demande tendant à contester, non pas le texte législatif, mais l'interprétation qu'en donne la jurisprudence, était déclarée irrecevable. Cette position a suscité des réactions ambivalentes. D'un point de vue théorique d'abord, la position de la Cour avait pour mérite de reconnaître enfin ce qu'elle avait jusqu'à présent toujours nié : son pouvoir normatif¹⁴⁹⁰. D'un point de vue pratique en revanche, la position de la Cour était éminemment contestable. Peu importe au citoyen que la règle lui étant appliquée résulte d'une disposition législative claire et précise, ou qu'elle est le fruit d'une interprétation jurisprudentielle. Pour lui, le résultat est identique. Sa situation est régie par une norme susceptible de porter atteinte à ses droits et libertés constitutionnels. Il n'y avait donc aucune raison valable qui justifiait le brevet de constitutionnalité délivré à l'interprétation jurisprudentielle. La seule raison était fallacieuse. Elle tenait à la volonté de la Cour de

¹⁴⁹⁰ En effet, la Cour reconnaissait ainsi l'autonomie de la règle jurisprudentielle par rapport au texte qui la fonde.

protéger sa souveraineté et de ne pas subordonner son œuvre au contrôle du Conseil constitutionnel.

658. Cette bataille d'égo était profondément condamnable. Au regard de son importance dans la vie du droit, la soustraction de l'interprétation jurisprudentielle du champ de la question de constitutionnalité vidait la réforme d'une bonne partie de son intérêt¹⁴⁹¹. Sur le fondement de cette position de principe, la Cour a dans un premier temps refusé de transmettre au Conseil la question de la constitutionnalité de la non-motivation des arrêts d'assises¹⁴⁹², de la règle dite « des cinquante pas géométriques »¹⁴⁹³, de la présomption d'infraction commise par l'organe ou le représentant de la personne morale¹⁴⁹⁴, de la présomption de mauvaise foi en matière de diffamation¹⁴⁹⁵ ou encore de la présomption de personnalité juridique conférée aux URSSAF déduite des articles L. 151-1, L. 213-1 et L. 213-2 du Code de la sécurité sociale¹⁴⁹⁶.

659. *L'exclusion des dispositions abrogées ou modifiées.* La Cour de cassation a également refusé la transmission de questions qui portaient sur une disposition textuelle

¹⁴⁹¹ Le Conseil d'État suit quant à lui une position inverse : « l'interprétation que le juge donne de la loi est, au moins pour le Conseil d'État, inséparable de la loi elle-même et peut donc elle aussi être contestée devant le Conseil constitutionnel » (J.-M. SAUVE, *JCP G* 2010, supplément au n° 48, novembre 2010, p. 14).

¹⁴⁹² Cass. Crim., 19 mai 2010, n° 09-82.582, 09-87.307, 09-83.328, *D.* 2010. 1352 ; *D.* 2010. 1352 ; *D.* 2010. 2236, obs. H. NICO ; *CCC* 2011. 246, obs. J. BOUDON ; *RSC* 2011. 190, obs. B. DE LAMY ; *RTD civ.* 2010. 508, obs. P. DEUMIER. La position a été confirmée par la suite : Cass. ass., 9 juill. 2010, n° 09-87.297, n° 09-88.414, n° 09-87.205 ; *CCC*. 2011. 236, obs. M. DISANT.

¹⁴⁹³ Cass. ass., 19 mai 2010, n° 09-70.161, *D.* 2010. 1352 ; *RTD civ.* 2010. 810, obs. P. THERY ; J. -B. PERRIER, « Le contrôle de l'interprétation jurisprudentielle des dispositions législatives : épilogue et retour au dialogue ? », *Procédures* 2011, Focus p. 37. La disposition contestée, datant de 1996, se bornait à mettre en place une commission départementale de vérification des titres, en Guadeloupe et en Martinique, sur les terrains précédemment situés sur le domaine de la zone des cinquante pas géométriques. Elle ne présentait aucune difficulté quant à sa constitutionnalité puisqu'elle avait précisément pour objet de relever de la forclusion des personnes qui n'avaient pu, par ignorance, faire valoir leurs droits devant la commission de validation instituée en 1955. En revanche, tel qu'interprétée par la Cour de cassation, il était soutenu qu'elle portait atteinte au droit de propriété. Celle-ci avait en effet jugé, par deux arrêts du 2 février 1965 (Cass. civ. 3^{ème}, 2 février 1965, n^{os} 60-11713 et 62-12731), que seuls les titres délivrés par l'État étaient opposables à l'État. Cette jurisprudence a ensuite été reprise de façon constante (Cass. civ. 3^{ème}, 7 juillet 2004, n° 02-16288 et Cass. civ. 3^{ème}, 7 avr. 2010, n° 09-14563.). La Cour a refusé de soumettre cette interprétation à l'appréciation du Conseil constitutionnel.

¹⁴⁹⁴ Cass. Crim., 11 juin 2010, n° 09-87.884, Cass. crim., 11 juin 2010, n° 09-87.884, *D.* 2010. 1712 ; *D.* 2010. 2732, obs. G. ROUJOU DE BOUBEE, T. GARE et S. MIRABAIL ; *D.* 2011. 1859, obs. C. MASCALA ; *Rev. science crim.*, 2011. 177, obs. B. DE LAMY ; *Dr. pén.* 2010. 111, obs. M. VERON ; J.-H. ROBERT, « QPC sur la constitutionnalité de la responsabilité des personnes morales », *JCP G* 2010. I. 1030, p. 1946.

¹⁴⁹⁵ Cass. Crim., 19 mai 2010, n° 09-87.578, *D.* 2010. 1486 ; *Rev. science crim.*, 2010, p. 640, obs. J. FRANCILLON ; *Rev. science crim.*, 2011, p. 178, obs. B. DE LAMY.

¹⁴⁹⁶ Cass. ass., 9 juill. 2010, n° 10-40.010, *AJDA* 2010. 1023, note P. MANIN ; *D.* 2010. 1254, note A. LEVADE ; *D.* 2010. 1229, chron. P. FOMBEUR ; *D.* 2010. 1234, chron. P. CASSIA, E. SAULNIER-CASSIA ; *D.* 2010. 1336, entretien P. SARGOS ; *RFDA* 2010. 445, avis M. DOMINGO ; *RFDA* 2010. 449, note M. Gautier ; *RFDA* 2010. 458, note P. GAÏA ; *CCC*, 2010. 63, étude D. SIMON, A RIGAUX ; *Constitutions* 2010. 363, obs. A.-M. LE POURHIET ; *Rev. science crim.* 2011. 466, chron. B. AUBERT ; *RTD civ.* 2010. 743, obs. P. REMY-CORLAY ; *RTDE.* 2010. 577, étude J. DUTHEIL DE LA ROCHERE.

applicable au litige, mais qui avait été modifiée ou abrogée par le pouvoir législatif depuis lors. Le refus de transmettre la question de la constitutionnalité de l'article 16 B du Livre des procédures fiscales dans sa rédaction antérieure à la loi du 4 août 2008 est emblématique¹⁴⁹⁷. La constitutionnalité de la disposition était douteuse dans la mesure où elle permettait à l'administration fiscale de réaliser des visites domiciliaires sans que le contribuable n'ait été préalablement informé et, par voie de conséquence, sans l'assistance de son avocat. Pour autant, la disposition ayant été modifiée depuis lors, le justiciable ne pouvait, selon la Cour, contester cette disposition par la voie de la question prioritaire de constitutionnalité. Curieuse solution qui, pour des raisons de droit transitoire, applique au justiciable une loi à l'inconstitutionnalité patente¹⁴⁹⁸. Le cas n'est d'ailleurs pas resté d'école, la même solution ayant été retenue lorsque le texte n'a pas seulement été modifié, mais abrogé par le législateur¹⁴⁹⁹.

3) Le contrôle serré du caractère sérieux de la question

660. L'appréciation du caractère sérieux de la question est le dernier point de friction marquant l'hostilité initiale de la Cour de cassation à l'égard de la question prioritaire. La doctrine avait prévenu : « de celui qui filtre, il faut toujours se méfier de deux excès opposés : en faire trop, en faire trop peu. Tout filtrer et ne rien filtrer sont en effet deux manières de miner la procédure »¹⁵⁰⁰. La bonne marche de la question prioritaire de constitutionnalité impose que dans leur appréciation du caractère sérieux de la question, la Cour de cassation et le Conseil d'État se fondent sur les droits et libertés constitutionnels tels qu'ils sont interprétés par le Conseil constitutionnel. En d'autres termes, le respect par la Cour de cassation et le Conseil d'État de l'autorité de la chose interprétée par le Conseil est une condition de la

¹⁴⁹⁷ Cass. Com., 11 juin 2010, n° 09-72.478 ; Cass. ass., 15 juin 2010, n°s 09-72.028, 09-72.731, 09-72.732, 09-72.738, 09-72.740, 09-72.742, 09-72.474, 09-72.476, 09-17.283 09-17.284, 09-70.995 et 09-70.996, D. 2010.1552 ; Cass. ass., 16 juillet 2010, n° 10-10.494.

¹⁴⁹⁸ Dans sa rédaction antérieure à la loi du 4 août 2008, l'article 16 B permettait à l'administration fiscale de réaliser des visites domiciliaires sans que le contribuable ne soit nécessairement informé de la visite et sans l'assistance de son avocat.

¹⁴⁹⁹ Cass. ass., 25 juin 2010, n° 09-71.801, n° 09-71.805/09-71.806. La question était celle de la constitutionnalité de l'article L. 731-24 du Code rural, à présent abrogé, mais applicable à certains litiges en cours, qui soumet les seuls associés non exploitants des sociétés poursuivant une activité agricole au paiement d'une cotisation de solidarité. La Cour répond que « la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce qu'elle est sans objet, la disposition critiquée ayant été abrogée par l'article 20 de la loi d'orientation agricole n° 2006-11 du 5 janvier 2006, entrée en vigueur le 7 janvier 2006 ».

¹⁵⁰⁰ N. MOLFESSIS, « La résistance immédiate de la Cour de cassation à la QPC », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, p. 87 ; B. MATHIEU, « Neuf mois de jurisprudence relative à la QPC. Un bilan », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, p. 58.

bonne marche du mécanisme. Malheureusement, les décisions ne manquent pas où la Cour de cassation a refusé de renvoyer des questions dont pourtant la constitutionnalité était douteuse. En d'autres termes, certaines des premières décisions rendues par la Cour de cassation reposent sur une interprétation de la Constitution qui est manifestement contraire à celle retenue par le Conseil. Développer sa propre interprétation de la Constitution était un moyen, pour elle, « de serrer abusivement les vannes »¹⁵⁰¹ de son contrôle. Son refus de transmettre au Conseil la question de la Constitutionnalité de la loi Gayssot incriminant la contestation de crime contre l'humanité¹⁵⁰² fait figure d'épouvantail. Elle masque d'autres décisions elles aussi contestées pour la rigueur du filtre opéré¹⁵⁰³.

C) Le renvoi préjudiciel

661. Si le Conseil d'État a rapidement joué le jeu de la question prioritaire de constitutionnalité, il n'a pas mis le même entrain lorsqu'il s'était agi, quelques décennies plus tôt, d'accueillir le renvoi préjudiciel à la Cour de justice. L'histoire est connue de tous, et la jurisprudence est encore là pour en témoigner.

¹⁵⁰¹ N. MOLFESSIS, « La résistance immédiate de la Cour de cassation à la QPC », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, p. 87.

¹⁵⁰² Cass. crim., 7 mai 2010, n° 09-80.774, *D.* 2010. 1286 ; *CCC.* 2010. 256, chron. P. DE MONTALIVET ; *CCC* 2010. 261, chron. A. VIDAL-NACQUET ; *Constitutions*, 2010, p. 366, obs. A.-M. LE POURHIET ; *Constitutions*, 2011, p. 396, obs. D. DE BELLESCIZE ; *Rev. science crim.*, 2010, p. 640, obs. J. FRANCILLON ; *Rev. science crim.*, 2011, p. 178, obs. B. DE LAMY ; *RTD civ.* 2010. 504, obs. P. DEUMIER.

¹⁵⁰³ Cass. ass., 20 mai 2011, n° 11-90.025, n° 11-90.032, n° 11-90.033 et n° 11-90.042. A la question de savoir si « les dispositions des articles 7 et 8 du Code de procédure pénale qui, telles qu'interprétées de façon constante par référence à l'article 203 du même code, permettent l'extension des effets d'un acte interruptif de prescription à l'égard d'une infraction, aux infractions qui lui sont connexes, portent atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit et plus exactement au principe fondamental reconnu par les lois de la République de prescription de l'action publique, ainsi qu'aux principes de prévisibilité et de légalité de la loi, garantis par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme » la Cour de cassation répond abruptement que « la prescription de l'action publique ne revêt pas le caractère d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République ». L'assertion est contestable dans la mesure où pour l'assemblée générale du Conseil d'État, la prescription est un principe fondamental reconnu par les lois de la République. La Cour ne pouvait d'ailleurs ignorer la jurisprudence du Palais-Royal « puisque cette qualité a été reconnue dans l'avis n° 358597 du 29 février 1996 relatif au projet de statut d'une Cour criminelle internationale permanente. Cette discordance entre la Cour et le Conseil d'État sur la valeur juridique de la prescription de l'action publique fait donc de ce grief une question sérieuse qu'il revenait au Conseil constitutionnel de trancher » (D. ROUSSEAU, « La Cour à ses raisons, la raison les siennes ! », *Gaz. Pal.*, 31 mai 2011, n° 151, p. 7) ; v. égal : J.-B. PERRIER, « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par la Cour de cassation », *RFDA* 2011. 711.

662. L'hostilité du Conseil d'État fut initiée par une décision du 19 juin 1964, *Société des pétroles Shell-Bere*¹⁵⁰⁴. Il avait alors pris ses distances avec l'obligation de renvoi « en jugeant qu'il lui revenait d'apprécier si une question de validité ou d'interprétation soulevait une difficulté sérieuse justifiant un renvoi à la Cour de justice »¹⁵⁰⁵. Cet arrêt ne fut que l'initiateur d'une position d'irrévérence affichée à compter de l'arrêt *Ministre de l'intérieur c/ Cohn Bendit*¹⁵⁰⁶ délivré en 1978. Le Conseil avait alors « jugé le contraire de ce qu'avait décidé la Cour de justice en ce qui concerne l'autorité des directives non transposées »¹⁵⁰⁷. Pendant plusieurs décennies, il a joué les mauvais élèves, délivrant une jurisprudence des plus hostiles au juge européen. Au cours de cette période, il « a maintenu son refus de faire prévaloir un traité sur une loi postérieure qui lui serait contraire »¹⁵⁰⁸, fait un usage discutable de la théorie de l'acte clair¹⁵⁰⁹, limité la portée des arrêts de la Cour de justice¹⁵¹⁰ et adopté, en cas de méconnaissance du droit communautaire par les autorités nationales, un régime de responsabilité sans faute destiné à sauvegarder sa marge d'appréciation par rapport à un arrêt de manquement¹⁵¹¹ »¹⁵¹².

663. Toutes ces illustrations n'ont été qu'une manifestation implicite du refus du Conseil d'État de reconnaître l'autorité de la chose interprétée par la Cour. Ce refus s'est ensuite livré au grand jour, le Conseil ayant estimé qu'il n'était pas lié par l'interprétation délivrée par les juges européens lorsqu'ils intervenait au delà du cadre de la question posée¹⁵¹³. Le nombre de renvois opérés durant cette période est au demeurant un signe révélateur de cette tension : il existe seulement sept renvois préjudiciels du Conseil d'État à la Cour de justice entre 1970 et 1989 !

¹⁵⁰⁴ CE 19 juin 1964, *Société des pétroles Shell-Berre*, rec. p. 344 ; *RDJ* 1964. 1019, concl. QUESTIAUX ; *AJDA* 1964. 438, note DE LAUBADERE.

¹⁵⁰⁵ B. STIRN, « Le Conseil d'État et les juridictions communautaires : un demi-siècle de dialogue des juges », *Gaz. Pal.*, 14 février 2009, n° 45, p. 3.

¹⁵⁰⁶ CE ass., 22 décembre 1978, Lebon p. 524.

¹⁵⁰⁷ B. STIRN, *art. cit.*, p. 3.

¹⁵⁰⁸ CE, 1^{er} mars 1968, *Syndicat général des fabricants de semoules de France* ; CE ass., 22 octobre 1979, *Union démocratique du travail*, Lebon, p. 384.

¹⁵⁰⁹ CE ass., 6 juin 1979, *Confédération générale des planteurs de betterave*, Lebon p. 269 ; CE ass., 27 juillet 1979, *Syndicat national des fabricants de spiritueux consommés à l'eau*, Lebon p. 335 et CE ass., 12 octobre 1979, *Syndicat des importateurs de vêtement et produits artisanaux*, Lebon p. 313.

¹⁵¹⁰ CE sect., 9 mai 1980, *Office national interprofessionnel des céréales*, Lebon p. 220 ; CE sect., 26 juillet 1985, *ONIC*, n° 42204.

¹⁵¹¹ CE ass., 23 mars 1984, *Ministre du Commerce extérieur c/ Société Alivar*, Lebon p. 128.

¹⁵¹² B. GENEVOIS, « L'application du droit communautaire par le Conseil d'État », *RFDA* 2009, p. 201.

¹⁵¹³ « Considérant d'autre part que, si la Cour de justice a ajouté à la réponse qu'elle a ainsi donnée à la question dont elle était saisie la mention que l'invalidité constatée ne devrait pas avoir d'effet sur la perception et le paiement des montants compensatoires effectués par les autorités nationales pour la période antérieure à la date de l'arrêt, cette appréciation, qui n'entre pas dans les limites de la question posée par le juge du fond, ne pouvait s'imposer à celui-ci avec l'autorité de la chose jugée » (CE sect., 26 juillet 1985, *ONIC*, n° 42204).

664. En règle générale, les juges de droit commun se conforment aux indications jurisprudentielles émises par les juridictions suprêmes. Leur obligation de suivre les interprétations délivrées sur renvoi est donc globalement bien respectée, en dépit de l'absence d'une sanction organisée (A).

665. Cette efficacité est remarquable, certes, mais elle est aussi intrigante. Pourquoi les juges respectent-ils une interprétation qui ne peut leur être imposée ? Comment, si le renvoi préalable est efficace, expliquer l'évolution récente du renvoi préjudiciel à la Cour de justice vers la sanction ? Chaque question trouvera une réponse aux airs d'enseignement et livrera les raisons profondes de cette efficacité (B).

A) La démonstration de l'efficacité

666. Si l'institution d'un nouveau renvoi préalable est toujours controversée, si l'interprétation délivrée peut rencontrer quelques réticences, il faut affirmer que, le temps faisant son œuvre, elle finit toujours par s'imposer. L'efficacité du renvoi préalable est réelle, mais le temps nécessaire pour y parvenir varie selon l'intensité du bouleversement que produit son introduction.

667. Ce temps d'adaptation est nécessaire, mais il n'est pas un temps perdu. Il est nécessaire parce que l'autorité de la juridiction suprême n'est pas imposée par la force de la contrainte. Cette autorité, la juridiction doit la mériter. Ce temps n'est toutefois pas un temps perdu. L'assentiment des juridictions d'application permet au contraire de construire un ouvrage jurisprudentiel bien plus solide que celui fondé sur une autorité imposée. Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice (3) et le mécanisme des demandes d'avis (1) témoignent d'un profond respect, par les juges d'application, de la jurisprudence issue du renvoi préalable. Il y a fort à croire, sinon à espérer, que la question prioritaire de constitutionnalité suivra également cette voie (2).

1) Les mécanismes de demandes d'avis

668. L'instauration du mécanisme des demandes d'avis est généralement présentée comme un franc succès¹⁵¹⁴. Les avis sont nombreux¹⁵¹⁵ et ont parfois résolu des nœuds jurisprudentiels importants. Tous « ont été commentés par la doctrine (...) et approuvés dans leur quasi-totalité »¹⁵¹⁶. Toutefois, malgré ces éloges, la question de leur efficacité reste problématique. Il ne s'agit pas de nier leur impact, mais plutôt d'opérer ce triste constat qu'il est difficilement évaluable.

Bien entendu, la question du respect de l'avis par la juridiction qui l'a sollicité ne pose pas réellement problème. L'arrêt dissident qui a été présenté plus haut dans la démonstration¹⁵¹⁷ fait figure de vestige archéologique. Aujourd'hui, il est possible d'affirmer sans hésiter que l'avis s'impose à la juridiction auteur du renvoi. La situation est en revanche plus délicate lorsqu'il s'agit de déterminer la « force normative »¹⁵¹⁸ des avis.

Pour cela, à défaut de pouvoir surveiller l'intégralité de décisions des juges du fond, certains auteurs ont scruté les interprétations de la Cour de cassation. Il s'est agi d'y déceler une « jurisprudence postérieure adoptant une position strictement conforme » ou au contraire radicalement différente de celle retenue par la juridiction suprême. Il est toutefois erroné de croire trouver dans cette recherche une marque de l'efficacité des avis sur les juridictions du fond. La question du respect de ses propres avis par la Cour de cassation est indépendante de celle de leur respect par leurs destinataires. Un arrêt conforme de la Cour peut trouver ses origines dans la résistance d'une Cour d'appel à un avis précédent, alors qu'un revirement de jurisprudence viendra souvent après une application scrupuleuse de l'avis par les juges du fond. Toute conclusion est donc forcément marquée du sceau de l'incertitude. Une remarque de M. Buffet, magistrat à la Cour de cassation, illustre cette impuissance. S'il affirme que tous les « avis ont été (...) appliqués par les juridictions du fond », il ajoute, tel un aveu d'insuffisance : « comme en témoignent les jugements et les arrêts dont nous avons connaissance »¹⁵¹⁹.

¹⁵¹⁴ J. BUFFET, « La saisine pour avis de la Cour de cassation », en ligne sur http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/avis_cour_15/presentation_generale_7235.html, p. 4.

¹⁵¹⁵ La Cour de cassation a délivré 257 avis.

¹⁵¹⁶ J. BUFFET, *art. cit.*, p. 4.

¹⁵¹⁷ V. *supra*, n° 647.

¹⁵¹⁸ C. THIBIERGE, « Synthèse », in *La force normative, Naissance d'un concept*, Bruylant, 2009, p. 794.

¹⁵¹⁹ J. BUFFET, *art. cit.*, p. 4.

669. On ne peut donc rapporter la preuve indubitable du respect des avis. Est-ce pour autant qu'il faut le renier ? Certainement pas ! Si l'efficience de l'avis est rétive à toute conclusion certaine, elle bénéficie en revanche d'une présomption solide. Deux éléments au moins permettent de la justifier.

D'une part, si les arrêts de la Cour de cassation et du Conseil d'État ne peuvent traduire l'efficience de ses avis, l'absence d'arrêt permet quant à lui de la présumer. En effet, la question de droit justifiant le recours à l'avis contentieux constitue, par hypothèse, une question de principe. Dès lors, si la question tranchée par l'avis ne fait plus l'objet du moindre contentieux devant les juridictions suprêmes, la position jurisprudentielle est certainement suivie par les juges du fond. En d'autres termes, quand « l'avis n'a été suivi d'aucun arrêt de la Cour de cassation ayant eu à trancher de façon contentieuse le même problème de droit »¹⁵²⁰, le respect de l'avis par les juges du fond doit être présumé. Il suffit alors de scruter la jurisprudence de la Cour de cassation pour se rendre compte que, dans la majorité des cas, l'avis tari le contentieux et ne produit aucune suite jurisprudentielle¹⁵²¹. Il existe dans ce constat, un signal clair de leur efficacité.

D'autre part, la conception que les magistrats se font eux-mêmes de l'avis contentieux laisse présumer son efficience. Ce profond respect est exprimé clairement par Daniel Chabanol, alors qu'il était encore président de la Cour administrative d'appel de Lyon. Selon lui « l'avis émanant du juge suprême n'est pas dépourvu d'autorité, bien au contraire (...) l'avis est plus qu'une consultation juridique, c'est l'annonce de la position qu'adoptera le juge suprême s'il est saisi au contentieux de la question. C'est dire s'il s'impose avec la même force qu'une décision contentieuse du Conseil d'État »¹⁵²². La conscience des juges du fond du caractère obligatoire de l'avis laisse présumer, malgré les termes de la loi, qu'ils tendent à le respecter. Cette présomption est d'ailleurs confirmée par la pratique de certaines juridictions qui, lorsqu'un avis susceptible de régir un litige pendant devant elles est délivré, en communiquent le sens aux parties et leur demandent si elles entendent poursuivre la procédure en cours où se désister¹⁵²³. Un « imprimé de désistement est alors joint au courrier »¹⁵²⁴. Il s'agit d'une

¹⁵²⁰ C. PELLETIER, « Quinze ans après : l'efficacité des avis de la Cour de cassation », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz, Libres propos sur les sources du droit*, Dalloz, 2006, p. 432.

¹⁵²¹ Caroline Pelletier remarque qu'après quinze années de pratique, 49 des 95 avis délivrés n'ont été suivis d'aucun arrêt de la Cour de cassation sur la même question (*Ibid.*).

¹⁵²² D. CHABANOL, *Code de justice administrative : annotations, commentaires, jurisprudence*, Le moniteur, 5^{ème} éd., 2012, p. 43.

¹⁵²³ La saisine pour avis a de nouveau été utilisée afin de fixer le régime de déduction forfaitaire pour frais professionnels applicable aux médecins, qui avaient formé plus de 1 200 requêtes tendant à la réduction de cotisations d'impôts sur le revenu. Par un avis *Molusson* du 20 octobre 2000 rendu à la demande du tribunal administratif d'Orléans, le Conseil d'État a répondu que les médecins n'étaient pas fondés à se prévaloir du bénéfice de la déduction fiscale qu'ils revendiquaient. À la suite de cet avis, les greffes de certains tribunaux

« illustration éloquente du pragmatisme des juridictions locales quant à l'unité de la jurisprudence »¹⁵²⁵ et de leur propension à respecter le contenu des avis contentieux.

2) La question prioritaire de constitutionnalité

670. Les résistances des premiers mois dans l'exercice de la question prioritaire de constitutionnalité se sont rapidement évanouies. Le dialogue instauré entre la Cour de cassation, le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel a été salubre. Passé le psychodrame de l'arrêt *Melki*¹⁵²⁶, il a permis aux sages de la rue de Montpensier de livrer leur interprétation de l'article 61-1 de la Constitution et de préciser le cadre de la « disposition législative » pouvant faire l'objet de la question prioritaire. La Cour de cassation n'a pas hésité à modifier sa jurisprudence et prendre acte de l'interprétation délivrée par le Conseil constitutionnel. Cette réception de l'interprétation de l'article 61-1 de la Constitution (a) préfigure une réception fidèle¹⁵²⁷ de l'ensemble de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Les décisions de transmission attestent sa prise en compte toujours plus respectueuse (b).

a) La réception de l'interprétation de l'article 61-1

671. Après que la Cour de cassation eut refusé au justiciable la possibilité de contester ses propres interprétations, le Conseil est intervenu pour livrer son interprétation de l'article 61-1 de la Constitution. Selon lui, la réforme constitutionnelle permet au justiciable de contester non seulement une disposition législative, mais également « la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition »¹⁵²⁸.

administratifs en ont communiqué le sens ou le texte aux requérants, auxquels ils ont indiqué qu'il leur « apparaissait difficile, dans ces conditions, que le tribunal administratif puisse apporter une réponse différente [de celle du Conseil d'État] à votre [leur] requête », et ils leur ont demandé s'ils entendaient néanmoins poursuivre la procédure en cours et s'ils acceptaient de se désister. Sur ce point : P CASSIA, « Vers une action collective en droit administratif », *RFDA* 2009. 663.

¹⁵²⁴ *Ibid.*, p. 663.

¹⁵²⁵ R. WASS, « L'influence contentieuse des « avis sur des questions de droit » », *LPA*, 22 avril 2011, n° 80, p. 3.

¹⁵²⁶ Cass. QPC, 29 juin 2010, *Melki*, n° 12132, pourvoi n° 10-40.001 et n° 12133, pourvoi n° 10-40.002 ; CJUE, 22 juin 2010, *Melki et Abdeli*, C-188/10, §56 ; *AJDA* 2010, p. 1231 ; v. *supra*, n° 424, n° 485 et n° 520.

¹⁵²⁷ J.-B. PERRIER, « La Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité : de la réticence à la diligence », *RFDC* 2010. 793.

¹⁵²⁸ CC 2010-39-QPC du 6 oct. 2010, *Mmes Isabelle D et Isabelle B*, cons. 2 et 3 et CC, 14 octobre 2010, n° 2010-52 QPC, *Compagnie agricole de la Crau*, cons. 3 à 5, *AJDA* 2011. 705, tribune E. SAGALOVITSCH ; D.

Signe qu'elle reconnaît l'autorité des interprétations du Conseil constitutionnel, la Cour de cassation n'a pas tardé à modifier sa jurisprudence. Les questions de la constitutionnalité de la non-motivation des arrêts d'assises¹⁵²⁹ et de la règle des « cinquante pas géométriques »¹⁵³⁰ lui ont été finalement transmises, alors que la Cour s'y était originellement opposée¹⁵³¹. L'article 365 du Code civil, interprété comme n'autorisant l'adoption d'un enfant mineur au sein du couple que si le couple est marié¹⁵³², ainsi que l'interprétation des articles 75 et 144¹⁵³³ du Code civil ont également été soumis à l'appréciation du Conseil constitutionnel.

672. L'alignement de la Cour de cassation sur la jurisprudence constitutionnelle se traduit également par la faculté donnée au justiciable de contester, par la voie de la question prioritaire, une disposition législative qui, depuis la naissance du litige, a été soit modifiée, soit abrogée¹⁵³⁴. La Cour avait d'abord refusé une telle transmission. Le Conseil constitutionnel a toutefois considéré, dans une décision du 23 juillet 2010, « que la modification ou l'abrogation ultérieure de la disposition contestée ne fait pas (...) obstacle, par elle-même, à la transmission de la question au Conseil constitutionnel »¹⁵³⁵. La Cour de cassation¹⁵³⁶ a donc accepté, peu après, de transmettre au Conseil constitutionnel la question de la constitutionnalité de l'article 1^{er} de la loi du 2 juin 1891 réglementant l'autorisation et le fonctionnement des courses de chevaux, alors pourtant que la disposition avait été modifiée le 13 mai 2010.

C'est un fait, l'article 61-1 de la Constitution est aujourd'hui l'objet d'une interprétation uniforme, dictée par le Conseil constitutionnel.

2010. 2744, obs. I. GALLMEISTER ; *D.* 2011. 529, chron. N. MAZIAU ; *D.* 2011. 1585, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *D.* 2011. 1713, obs. V. BERNAUD, L. GAY ; *AJ famille* 2010. 487, obs. F. CHENEDE ; *AJ Famille* 2010. 489, obs. C. MECARY ; *Constitutions* 2011. 75, obs. P. CHEVALIER ; *Constitutions* 2011. 361, obs. A. CAPPELLO ; *RTD civ.* 2010. 776, obs. J. HAUSER ; *RTD civ.* 2011. 90, obs. P. DEUMIER ; v. égal : D. ROUSSEAU, « L'art italien au Conseil constitutionnel : les décisions des 6 et 14 octobre 2010 », *Gaz. Pal.* 21 oct. 2010, p. 12.

¹⁵²⁹ S'agissant de la transmission des arrêts d'assises : Cass. crim., 19 janvier 2011, n° 10-85.159 et n° 10-85.305, *D.* 2011. 800, obs. S. LAVRIC ; CCC 2011. 236, obs. M. DISANT ; *RSC* 2011. 423, obs. J. DANET.

¹⁵³⁰ Cass. civ. 3^{ème}, 30 novembre 2010, n° 10-16.828.

¹⁵³¹ V. *supra*, n° 654.

¹⁵³² Cass. civ. 1^{ère}, 20 février 2007, n° 04-13925).

¹⁵³³ La Cour déduisait de ces articles que, « selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme » (Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2007, n° 05-16627).

¹⁵³⁴ Le Conseil d'État avait adopté cette même solution dans un arrêt du 18 mai 2010 : CE, 18 mai 2010, *Commune de Dunkerque*, n° 306643.

¹⁵³⁵ CC 2010-16 QPC du 23 juillet 2010, *Organismes de gestion agréés*.

¹⁵³⁶ Cass. com., 28 septembre 2010, n° 10-40.033.

b) La prise en compte généralisée de la jurisprudence du Conseil

673. L'importance des quelques décisions de non-renvoi méconnaissant (volontairement ou involontairement) la jurisprudence constitutionnelle ne doit pas être exagérée. Ces décisions demeurent un épiphénomène qui ne peut occulter la mobilisation sans cesse plus étroite de la jurisprudence constitutionnelle par les juges administratifs et judiciaires. Pour opérer son filtre, le juge « s'appuie assez largement sur l'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel », bien « qu'il n'y soit fait explicitement référence »¹⁵³⁷.

674. Il arrive même que le refus de renvoyer une question prioritaire de constitutionnalité soit motivé par une référence explicite à la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Le Conseil d'État¹⁵³⁸ s'est fondé sur la Constitution, telle qu'interprétée par les Sages¹⁵³⁹, pour apprécier si la disposition législative permettant à un ordre professionnel de prononcer des sanctions administratives était constitutionnellement douteuse. De la même manière, il a apprécié le caractère sérieux des dispositions législatives relatives à la sanction automatique du retrait des points du permis de conduire à l'aune de la jurisprudence du Conseil¹⁵⁴⁰, « tant en ce qui concerne le principe du respect des droits de la défense, que celui de la proportionnalité des peines »¹⁵⁴¹.

3) Le renvoi préjudiciel

675. Cette évolution sensible des relations entre les acteurs du renvoi préalable s'illustre par la jurisprudence du Conseil d'État relative au renvoi préjudiciel. « D'abord élève indocile, voir rebelle¹⁵⁴², qui affichait sa défiance¹⁵⁴³ face à la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes et à l'eupéanisation du droit public, il a su peu à peu se

¹⁵³⁷ B. MATHIEU, « Neuf mois de jurisprudence relative à la QPC. Un bilan », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, p. 64 ; G. CASU, « Quand la motivation dérive : retour sur un arrêt QPC de la Cour de cassation », *JCP G*, 2 septembre 2013, n° 36, p. 1579.

¹⁵³⁸ CE, 23 juillet 2010, n° 339595.

¹⁵³⁹ CC 88-247 DC du 17 janvier 1989.

¹⁵⁴⁰ CE, 4 octobre 2010, n° 341845 ; pour un autre exemple, CE, 14 octobre 2010, n° 337005 où le Conseil apprécie l'atteinte au principe de la liberté d'entreprendre en fonction des exigences d'intérêt général en cause.

¹⁵⁴¹ B. MATHIEU, *art. cit.*, p. 64.

¹⁵⁴² C. CANS, « Le Conseil d'État, juge du droit communautaire de l'environnement : permanences et mutations », *Gaz. Pal.*, 12 février 2009 n° 43, p. 29.

¹⁵⁴³ B. STIRN, « Le Conseil d'État et les juridictions communautaires : un demi-siècle de dialogue des juges », *Gaz. Pal.*, 14 février 2009, n° 45, p. 3.

transformer en un acteur coopératif, pour enfin devenir l'instance proactive et créative qu'il est aujourd'hui »¹⁵⁴⁴.

676. La détente des relations s'est invitée à compter de la fin des années 1980. Elle s'est matérialisée par l'arrêt *Compagnie Alitalia* du 3 février 1989¹⁵⁴⁵ et, quelques mois plus tard, par le célèbre arrêt *Nicolo*¹⁵⁴⁶. L'ouverture n'a depuis lors jamais cessé de progresser. En 2008 « plus de la moitié des quarante questions renvoyées au total depuis l'origine l'avaient été au cours des huit dernières années »¹⁵⁴⁷. Depuis le célèbre arrêt du 8 février 2007 *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*¹⁵⁴⁸, c'est même « une nouvelle phase »¹⁵⁴⁹ qui s'est ouverte, marquée par une traque sans relâche des divergences jurisprudentielles opposant encore les deux juridictions. Le Conseil d'État a récemment fait tomber les derniers remparts qui le séparaient de la Cour de justice de l'Union européenne. Deux arrêts ont à cet égard une portée toute symbolique, l'arrêt *Mme Perreux*¹⁵⁵⁰ et l'arrêt *Société De Groot*¹⁵⁵¹.

677. Le Conseil d'État a proclamé dans l'arrêt *Mme Perreux* que « tout justiciable peut se prévaloir, à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif non réglementaire, des dispositions précises et inconditionnelles d'une directive, lorsque l'État n'a pas pris, dans les délais impartis par celle-ci, les mesures de transposition nécessaires »¹⁵⁵². Il a procédé, de la sorte, à une mise en conformité du droit français avec la jurisprudence de la Cour de justice. Cette mise en conformité a toutefois un goût particulier. L'arrêt *Mme Perreux* a fait tomber un monument de l'opposition entre la Cour de justice et le Conseil d'État : l'arrêt *Ministre de*

¹⁵⁴⁴ J.-M. SAUVE, « Vingt ans après... l'arrêt Nicolo », *Gaz. Pal.*, 12 février 2009, n° 43, p. 5.

¹⁵⁴⁵ CE ass., 3 février 1989, *Alitalia*, Rec. Lebon, p. 44. Après avoir jugé que le gouvernement ne peut édicter de textes réglementaires incompatibles avec les objectifs d'une directive dont le délai de transposition est expiré (CE, 28 septembre 1984, *Confédération nationale des sociétés de protection des animaux de France et des pays de d'expression française*), le Conseil d'État juge dans cet arrêt que les autorités ne peuvent pas davantage laisser subsister dans l'ordre interne, postérieurement à ce même délai, des dispositions réglementaires devenues incompatibles avec de tels objectifs.

¹⁵⁴⁶ CE ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, n° 108243. Par l'arrêt *Nicolo* le Conseil d'État accepte de contrôler la compatibilité d'une loi avec les stipulations d'un traité, même lorsque la loi est postérieure à l'acte international en cause. Il consacre une solution adoptée de longue date par le juge judiciaire dans son arrêt Jacques Vabres du 24 mai 1975 ; sur ce point : B. STIRN, « Le Conseil d'État et les juridictions communautaires : un demi-siècle de dialogue des juges », *Gaz. Pal.*, 14 février 2009, n° 45, p. 3.

¹⁵⁴⁷ B. STIRN, *art. cit.*, p. 3.

¹⁵⁴⁸ CE ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*, Lebon p. 56 ; GAJA, 2013, n° 114, p. 889.

¹⁵⁴⁹ B. GENEVOIS, « L'application du droit communautaire par le Conseil d'État », *RFDA* 2009, p. 201.

¹⁵⁵⁰ CE, ass., 16 octobre 2009, *Mme Perreux*, n° 298348.

¹⁵⁵¹ CE, ass., 11 décembre 2006, *Société de Groot En Slot Allium BV et Société Bejo Zaden BV* ; *AJDA* 2007. 136, chron. C. LANDAIS, F. LENICA ; *D.* 2007. 994, note O. STECK ; *RFDA* 2007. 372, concl. F. SENERS, Rec. p. 512.

¹⁵⁵² CE ass., 16 octobre 2009, *Mme Perreux*, n° 298348.

*l'intérieur c/ Cohn Bendit*¹⁵⁵³ par lequel tout à commencé. Il a cédé, lui comme tous les autres, au rapprochement inévitable des juridictions et de leur jurisprudence.

L'arrêt *Mme Perreux* n'est qu'une illustration supplémentaire de la reconnaissance, par le Conseil d'État, de l'autorité de la chose interprétée par la Cour de justice. Cette autorité est aujourd'hui expressément reconnue. Sonnant le glas de sa jurisprudence *ONIC*¹⁵⁵⁴, le Conseil d'État considère en effet, depuis l'arrêt *Société de Groot*¹⁵⁵⁵, que les interprétations de la Cour s'imposent à lui, même lorsqu'elles sont délivrées *ultra petita*.

L'étude de la jurisprudence est donc révélatrice de cette évolution vers une reconnaissance et un respect toujours plus flagrants des interprétations délivrées par la Cour de justice¹⁵⁵⁶. Le Conseil d'État a, « en quelques années, éliminé tous les obstacles, les points aveugles et les angles morts qui pouvaient entraver la pleine application du droit communautaire »¹⁵⁵⁷.

Les juridictions suprêmes françaises, qu'il s'agisse du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, sont aujourd'hui respectueuses de la jurisprudence de la Cour de justice. « On ne compte plus les arrêts par lesquels la discipline qu'elle instaure s'est faite ressentir en conduisant, de fait, le juge administratif ou le juge judiciaire à appliquer sa jurisprudence sans vraiment sourciller, même lorsque les questions préjudicielles avaient été posée par les tribunaux d'autre États membres »¹⁵⁵⁸.

Si la concordance est remarquable, il ne faut pas oublier de féliciter son principal artisan, l'outil de sa réalisation. « Le dialogue que le commissaire du gouvernement appelait de ses vœux s'est finalement imposé. Son instrument privilégié est la question préjudicielle dont il convenait, sur les bases du traité, d'apprendre à faire bon usage »¹⁵⁵⁹.

¹⁵⁵³ CE ass., 22 décembre 1978, Lebon p. 524.

¹⁵⁵⁴ CE, 26 juillet 1985, *Office national interprofessionnel des céréales*, *RFDA* 1985. 615 spéc. p. 619

¹⁵⁵⁵ « Alors même qu'elle ne faisait pas l'objet du renvoi préjudiciel, cette interprétation du traité et des actes communautaires, que la Cour était compétente pour donner en vertu du a) et du b) de l'article 234 du traité CE, s'impose au Conseil d'État » (CE, ass., 11 décembre 2006, *Société de Groot En Slot Allium BV et Société Bejo Zaden BV* ; *AJDA* 2007. 136, chron. C. LANDAIS, F. LENICA ; *D.* 2007. 994, note O. STECK ; *RFDA* 2007. 372, concl. F. SENERS, Rec. p. 512).

¹⁵⁵⁶ Pour une vision exhaustive de l'évolution de la jurisprudence du Conseil d'État : B. GENEVOIS, « L'application du droit communautaire par le Conseil d'État », *RFDA* 2009. 201.

¹⁵⁵⁷ J.-M. SAUVE, « Vingt ans après... l'arrêt Nicolò », *Gaz. Pal.*, 12 février 2009, n° 43, p. 5.

¹⁵⁵⁸ M. DISANT, *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2010, p. 12.

¹⁵⁵⁹ B. STIRN, « Le Conseil d'État et les juridictions communautaires : un demi-siècle de dialogue des juges », *Gaz. Pal.*, 14 février 2009, n° 45, p. 3.

B) L'explication de l'efficience

678. L'absence de sanction pouvait laisser craindre un manque d'efficience du renvoi préalable. Tentées de violer leurs obligations, les juridictions n'allaient-elles pas développer leur propre jurisprudence ? L'étude des différentes espèces de renvoi a permis de contredire cette première hypothèse. Il est maintenant établi que, si une phase plus ou moins longue d'acclimatation est nécessaire, la concordance des solutions finit toujours par s'imposer.

679. Sitôt livrée, la conclusion intrigue et interroge l'observateur. Pourquoi les juridictions acceptent-elles de se soumettre à une interprétation dont la violation n'est pas juridiquement sanctionnée ? Est-ce par attachement au respect de leurs obligations ? Par déférence ? Par conviction ? Bref, le constat de l'efficience invite naturellement à percer son mystère, à en rechercher la cause (1).

680. Cette première interrogation en féconde toutefois une seconde. Une fois expliquée l'efficacité de ce mécanisme pacifique, il devient difficile de justifier l'évolution récente du renvoi préjudiciel vers la sanction. En d'autres termes, l'efficience du renvoi préalable prive son évolution répressive de tout fondement valable. Elle permet au contraire de la condamner (2).

1) En guise d'interrogation : quelle est la cause de l'efficience ?

681. La question est simple : pourquoi, alors que le non respect de l'interprétation délivrée sur renvoi n'est pas juridiquement sanctionné, les juges d'application décident pourtant de s'y soumettre ? Quelles sont les raisons de cet assujettissement ?

682. L'erreur consisterait à penser que le respect de l'interprétation trouve son fondement dans une cause unique alors que la réalité est, comme souvent, bien plus complexe. Loin d'être le produit d'une seule cause, l'efficacité du renvoi s'explique par l'action conjointe d'un ensemble de facteurs. La prescription teintée de moralisme selon laquelle chacun doit respecter les obligations auxquelles il est subordonné tient certainement son rôle. Ce sont pourtant deux autres prescriptions, plus tangibles, sur lesquelles il convient de s'attarder.

L'alignement des jurisprudences s'explique d'abord par l'assentiment des juges d'application à la réponse qui leur est fournie. Il le doit ensuite à leur inclusion dans un système juridictionnel complexe dont ils doivent suivre la politique jurisprudentielle. En d'autres termes, l'efficacité de l'interprétation délivrée sur renvoi s'explique par deux raisons. La première, endogène au mécanisme, tient au pouvoir de conviction de la juridiction suprême (a). La seconde, exogène au mécanisme, tient à la pression que le système juridique fait peser sur le juge d'application (b).

a) Une cause endogène : la conviction du destinataire

683. Une raison d'évidence explique d'abord le respect par le juge d'application des interprétations délivrées par le juge suprême : celle que le premier est peut-être tout simplement d'accord avec l'interprétation délivrée par le second. En effet, si le juge d'application respecte l'interprétation délivrée sur renvoi, peut-être est-ce simplement parce qu'il n'a pas de raison valable de s'y opposer. Il faut garder à l'esprit que, mieux qu'aucun autre instrument, le renvoi préalable permet de susciter l'adhésion de son destinataire.

684. S'agissant d'abord de la juridiction qui a posé la question, sa volonté de saisir la juridiction suprême se fonde souvent sur un doute légitime. La juridiction met en œuvre le renvoi parce qu'elle est confrontée à un problème de droit qu'elle ne peut résoudre seule. Lorsqu'elle sollicite un avis, une aide, la juridiction n'a pas de réponse certaine ou d'idée préconçue. Dès lors, pourquoi viendrait-elle s'opposer à la réponse qui lui est délivrée ? Pourquoi le juge qui a sollicité un avis à la Cour de cassation viendrait-il contester la réponse qui lui est apportée ? Autant, à ce moment, ne pas solliciter d'avis du tout. Le caractère volontaire du renvoi laisse présumer l'acceptation de l'interprétation par son destinataire.

685. S'agissant ensuite de l'ensemble des juridictions chargées de l'application du droit, l'adhésion peut être légitimement présumée au regard des efforts développés par la juridiction suprême pour l'emporter. Les développements ont déjà eu cours, notamment lorsqu'il s'est agi de démontrer avec quel soin certaines juridictions suprêmes motivaient le choix de leur interprétation. L'absence de sanction oblige la juridiction suprême à développer d'autres moyens pour garantir leur respect. Elle est obligée de convaincre, au risque d'assister,

impuissante, à leur transgression. Il est probable que l'efficiace du renvoi tient pour beaucoup à cette volonté d'emporter la conviction du destinataire.

b) Une cause exogène : le risque d'isolement

686. Quand bien même les juges d'application ne seraient pas convaincus par l'interprétation du juge suprême, pourraient-ils seulement s'y opposer ? Certes, le juge suprême ne dispose d'aucun moyen juridique pour empêcher la transgression de son œuvre, mais est-ce à dire que le juge d'application ne subit aucune contrainte ? Certainement pas. Il subit d'autres pressions, médiates et diffuses, qui sont peut-être plus astreignantes encore que ne peut l'être la contrainte matérielle. La plus importante d'entre elles est l'isolement dans lequel toute irrévérence risquerait de plonger la juridiction dissidente.

687. La preuve des interactions qui régissent les relations entre les différents ordres juridiques n'est plus à faire. Tel qu'en témoigne du reste l'institution du renvoi préalable, le juge ne travaille pas en vase clos. Il est une pièce d'un rouage complexe, d'une mécanique sophistiquée. Un juge judiciaire doit aujourd'hui maîtriser la jurisprudence de la Cour de cassation, mais également celle du Tribunal des conflits, du Conseil constitutionnel, de la Cour de justice et de la Cour européenne des droits de l'homme. Comme lui, des milliers de juridictions sont astreintes à cette discipline. Dans cet océan d'uniformité, toute dissidence sonne comme un acte de sécession, un acte qui jette le discrédit sur son auteur et suscite la réprobation. Cette position d'irrévérence est d'autant moins confortable qu'elle est relayée par une doctrine attentive. Montrée du doigt, acculée par ces forces exogènes, la juridiction rebelle n'a d'autre choix que d'aligner sa position. Pour prendre pleine conscience de ces pressions, il suffit d'imaginer quelles seraient aujourd'hui les réactions de l'ensemble des juridictions et de la doctrine juridique si le Conseil d'État décidait de revenir à sa jurisprudence *Cohn Bendit*¹⁵⁶⁰.

688. De l'impossibilité pour la juridiction suprême d'imposer le respect de ses interprétations par la contrainte, il faut donc se garder de déduire que son destinataire peut,

¹⁵⁶⁰ CE ass., 22 décembre 1978, Lebon p. 524 ; v. *supra*, n° 659.

sans crainte, se permettre de les transgresser¹⁵⁶¹. Les juges d'application sont tenus en joue, contraints au respect, non par la juridiction suprême, mais par la pression qu'exerce sur eux l'ensemble du système juridique¹⁵⁶². La moindre dérogation à l'autorité de la chose interprétée est considérée comme une entrave à l'unité d'interprétation et jette l'opprobre sur son auteur.

689. L'étude des dernières évolutions jurisprudentielles relatives au renvoi préjudiciel et à la question prioritaire de constitutionnalité permet d'illustrer cette contrainte diffuse qu'imprime le système juridique sur l'ensemble des juridictions. Les conclusions du rapporteur public François Seners sous l'arrêt *Société De Groot*¹⁵⁶³ sont particulièrement explicites. Plaidant pour la reconnaissance de l'autorité des interprétations de la Cour de justice, il remarque « une nette tendance des juges des autres États de la Communauté à considérer que toute interprétation du droit communautaire par la Cour est, non seulement légitime, mais une aubaine dont il convient de tirer avantage chaque fois qu'un litige s'y prête. Plus de vingt ans après la controverse suscitée par l'arrêt *Office national interprofessionnel des céréales*¹⁵⁶⁴, *l'isolement du Conseil d'État est ainsi manifeste*, ce qui est malsain compte tenu du rôle qu'il a joué et qu'il doit continuer à jouer dans la consolidation de l'ordre juridique européen »¹⁵⁶⁵. L'évolution de la jurisprudence est bel bien motivée par le risque d'isolement du Conseil d'État¹⁵⁶⁶, tant vis-à-vis des juridictions étrangères que vis-à-vis de la

¹⁵⁶¹ L'idée que le droit est le produit de forces sociales contradictoires n'est pas nouvelle (G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955 ; M. WEBER, *Économie et société*, Pocket, 2003). Bourdieu remarque d'ailleurs que cette remarque vaut également pour l'interprétation : « L'effet juridique de la règle, c'est-à-dire sa signification réelle, se détermine dans le rapport de force spécifique entre les professionnels, dont on peut penser qu'il tend à correspondre (toutes choses égales par ailleurs du point de vue de la valeur en pure équité des causes concernées) au rapport de force entre les justiciables correspondants » (P. BOURDIEU, « La force et le droit », Actes de la recherche en sciences sociales, 1986, n° 64, p. 4, en ligne : http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/arss_0335-5322_1986_num_64_1_2332). L'idée ici développée est qu'un même jeu de contrainte régit les relations entre les juridictions suprêmes dans le choix de leurs interprétations.

¹⁵⁶² A. DERRIEN, *Les juges français de la constitutionnalité, étude sur la construction d'un système contentieux : Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation, trois juges pour une norme*, Bruylant, 2003.

¹⁵⁶³ CE, ass., 11 décembre 2006, *Société de Groot En Slot Allium BV et Société Bejo Zaden BV* ; AJDA 2007. 136, chron. C. LANDAIS, F. LENICA ; D. 2007. 994, note O. STECK ; RFDA 2007. 372, concl. F. SENERS, Rec. p. 512.

¹⁵⁶⁴ CE, 26 juillet 1985, *Office national interprofessionnel des céréales*, RFDA 1985. 615 spéc. p. 619.

¹⁵⁶⁵ F. SENERS, « La portée d'un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes rendu sur question préjudicielle », Conclusions sur CE, ass., 11 décembre 2006, *Société De Groot En Slot Allium BV et Société Bejo Zaden BV*, RFDA 2007 p. 376.

¹⁵⁶⁶ Ce risque avait déjà été implicitement remarqué par B. Genevois vingt ans plus tôt : « Dès l'instant que les préoccupations de chaque système juridique sont très voisines et qu'il s'agit en définitive de trouver un juste équilibre entre les exigences de la légalité et les impératifs de la sécurité juridique, nous estimons (...) conformément à des suggestions faites en doctrine, que la détermination de la portée dans le temps de l'invalidité d'un règlement par la Cour de justice fait corps avec la déclaration d'invalidité elle-même qui relève de la compétence de la Cour » (B. GENEVOIS, conclusions sur CE, 26 juillet 1985, *Office national interprofessionnel*

Cour de cassation qui a depuis longtemps reconnu l'autorité interprétative des arrêts de la Cour de justice¹⁵⁶⁷.

690. Une raison identique a présidé à l'alignement de la jurisprudence de la Cour de cassation sur l'interprétation de l'article 61-1 de la Constitution délivrée par le Conseil constitutionnel. Celui-ci était dans l'incapacité de sanctionner la Cour et de lui imposer le respect de sa jurisprudence. Si la Cour avait persisté dans sa propre interprétation de l'article 61-1 de la Constitution, elle aurait certainement violé son obligation d'appliquer la jurisprudence constitutionnelle, mais personne n'aurait été en mesure de l'en empêcher. Sa volte-face s'explique peut-être par déférence au choix du Conseil, certes ; mais elle s'explique également par la peur et la difficulté de se trouver isolée, prise en étau entre la jurisprudence du Conseil constitutionnel et celle des juridictions administratives. Le Conseil constitutionnel a en effet trouvé dans la personne du Conseil d'État un allier de poids dans la mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité. Leur coalition a accentué la pression sur la Cour de cassation qui, au risque d'être considérée comme l'étendard de la mauvaise volonté, n'avait d'autre choix que de s'aligner. Le renvoi préalable ne repose donc pas sur la contrainte, certes, mais il est inexact de l'exclure totalement. Bien sûr, il ne s'agit pas d'une contrainte physique ou matérielle, telle que la cassation. Elle est ici médiate, diffuse, mais pour autant tout aussi efficace.

2) En guise d'enseignement : les bienfaits du refoulement de la sanction

691. Le constat de l'efficacité du renvoi est lourd de conséquences. Il vient ni plus ni moins renverser la seule hypothèse susceptible de justifier l'évolution récente du renvoi préjudiciel vers la sanction¹⁵⁶⁸. En effet, le recours à la répression eut été légitime si le renvoi n'avait pas rempli son office. Les carences du modèle préjudiciel auraient justifié le recours à

des céréales, RFDA 1985. 615 spéc. p. 619) ; v. égal : M. Guyomar qui, dans ses conclusions sur l'arrêt Arcelor, exhorte le Conseil d'éviter « une position de défiance envers le juge communautaire » qui donnerai cours à une « guerre des juges » (M. GUYOMAR, concl. sur CE ass., 8 février 2007, *Société De Groot En Slot Allium BV et Société Bejo Zaden BV*, RFDA 2007 p. 384).

¹⁵⁶⁷ « Il est peu compréhensible, en premier lieu, que la position du Conseil d'État, qui n'a trouvé aucun écho significatif dans les autres États de la Communauté, demeure différente de celle de la Cour de cassation. La divergence entre les deux juridictions suprêmes françaises n'est, à l'évidence, bonne ni pour les justiciables, ni pour l'autorité et l'image de notre système juridictionnel » (F. SENERS, « La portée d'un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes rendu sur question préjudicielle », Conclusions sur CE, ass., 11 décembre 2006, *Société De Groot En Slot Allium BV et Société Bejo Zaden BV*, RFDA 2007 p. 376).

¹⁵⁶⁸ V. *supra*, n° 638.

la coercition. Au contraire, l'étude a démontré le respect des interprétations délivrées par les juridictions suprêmes, un respect acquis bien avant l'introduction récente de la répression¹⁵⁶⁹. Comment, dès lors, expliquer cette réminiscence de la sanction ?

Il apparaît que l'orientation offensive du renvoi préjudiciel s'explique par la conjonction de deux facteurs. Le premier est la quête sans relâche de l'unité parfaite de la jurisprudence. La seconde est cette idée fautive que le recours à la contrainte constitue le meilleur moyen d'y parvenir. L'une et l'autre de ces assertions doivent être contestées.

692. *L'appel de la sanction.* Alexis de Tocqueville avait remarqué que le moteur d'une démocratie était sa quête infinie d'égalité. A mesure qu'elle progresse, la moindre disparité devient insupportable. Les démocraties dit-il, sont gouvernées par une spirale de l'égalité¹⁵⁷⁰.

693. Le raisonnement développé à partir de l'égalité démocratique trouve une application originale en la matière. En effet, l'unité de l'interprétation est vue, telle l'égalité démocratique, comme un objectif à atteindre. Cette unité progresse chaque fois qu'un juge d'application reçoit l'interprétation délivrée par une cour suprême. Toutefois, à mesure que les juridictions d'application se conforment aux interprétations délivrées, à mesure que les solutions convergent toujours davantage, la moindre contravention apparaît de moins en moins tolérable.

Le renvoi préalable semble alors impuissant à résorber ces dernières poches de résistance. Le doute s'imisce. Parce qu'il n'a pas « la faculté d'assurer effectivement l'application des normes de l'ordre juridique »¹⁵⁷¹ qu'il protège, le renvoi préalable laisse un goût d'inachevé. Comment une cour suprême peut-elle remplir ses objectifs si elle n'a pas les moyens de se faire respecter ? Comment, par exemple, « l'objectif de création d'un ordre juridique intégré et autonome, dont la Cour de justice s'est faite le chantre, peut se satisfaire d'une structure juridictionnelle uniquement fondée sur la coopération entre juges »¹⁵⁷² ? L'idée germe qu'il n'y a qu'un moyen de parvenir à la convergence parfaite des solutions : le recours à la

¹⁵⁶⁹ Le retour de la répression peut être daté à l'adoption de l'arrêt *Köbler* en 2003; v. *supra*, n° 638.

¹⁵⁷⁰ L'assertion est passée à la postérité : « je pense que les peuples démocratiques ont un goût naturel pour la liberté; livrés à eux-mêmes, ils la cherchent, ils l'aiment, et ils ne voient qu'avec douleur qu'on les en écarte. Mais ils ont pour l'égalité une passion ardente, insatiable, éternelle, invincible ; ils veulent l'égalité dans la liberté, et, s'ils ne peuvent l'obtenir, ils la veulent encore dans l'esclavage. Ils souffriront la pauvreté, l'asservissement, la barbarie, mais ils ne souffriront pas l'aristocratie » (A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, Flammarion, 2010, Deuxième partie, Chapitre 2 : Pourquoi les peuples démocratiques montrent un amour plus ardent et plus durable pour l'égalité que pour la liberté).

¹⁵⁷¹ E. DUBOUT, « Le « contentieux de la troisième génération » ou l'incomplétude du système juridictionnel communautaire », *RTDE* 2007. 747.

¹⁵⁷² *Ibid.*

sanction. La répression rassure quand la coopération oblige à l'impuissance. Elle contraint, quand la confiance est défailante. Elle est un gage de certitude, quand le renvoi préalable suscite au contraire « frustration »¹⁵⁷³ et « incomplétude »¹⁵⁷⁴. L'idée se fait jour que l'unité d'interprétation est conditionnée à la sanction des juridictions récalcitrantes¹⁵⁷⁵.

694. *Le recours envisageable à la sanction.* Cet appel de la sanction n'est pas nouveau. Est-il seulement nécessaire de rappeler que le renvoi préjudiciel et la question prioritaire de constitutionnalité ne doivent leur création qu'à l'impossibilité de recourir à un mécanisme sanctionnant¹⁵⁷⁶. Souvent, la coopération n'a été consacrée qu'à « défaut d'autres solutions plus "performantes" et qui étaient inconcevables, du point de vue politique, à l'époque »¹⁵⁷⁷ de leur institution. C'est faute de mieux, parce que l'autorité de la juridiction spécialisée ne lui permettait pas de s'ériger en véritable cour suprême, que le renvoi préalable est apparu comme la seule et unique échappatoire. La question prioritaire de constitutionnalité fut préférée à l'exception d'inconstitutionnalité au motif que la seconde impliquait une subordination directe du Conseil d'État et de la Cour de cassation à la juridiction du Conseil constitutionnel. L'instauration du renvoi préjudiciel à la Cour de justice s'est imposée devant l'impossibilité pratique de soumettre les juridictions nationales souveraines.

695. Le problème est que l'exercice du renvoi préalable forge, avec le temps, l'autorité de la juridiction suprême qui en a la charge. Elle lui confère ce qui, par le passé, avait fait obstacle à l'introduction d'un mécanisme sanctionnant. L'étude de la question prioritaire de constitutionnalité est riche d'enseignements à cet égard. Sa pratique a forgé l'autorité du Conseil constitutionnel au point de frapper d'archaïsme le fonctionnement de son institution. Son aura contemporaine ne peut se satisfaire du costume taillé par le constituant de 1958. Etriqué, le Conseil doit ajuster sa tenue à l'expansion de son autorité. La volonté affichée de

¹⁵⁷³ E. DUBOUT, « Le « contentieux de la troisième génération » ou l'incomplétude du système juridictionnel communautaire », *RTDE* 2007. 747.

¹⁵⁷⁴ *Ibid.*

¹⁵⁷⁵ « La supériorité des normes communautaires sur les normes internes ne sera pleinement réalisée qu'avec la consécration de l'autorité de la juridiction communautaire sur les juridictions internes et la sanction de ces dernières en cas de non-respect de leur part de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg. Ce faisant, l'ambition d'intégration du droit communautaire serait ultimement atteinte car le juge national serait alors *tenu* de faire respecter le droit communautaire tel qu'interprété par la Cour de justice » (E. DUBOUT, « Le « contentieux de la troisième génération » ou l'incomplétude du système juridictionnel communautaire », *RTDE* 2007).

¹⁵⁷⁶ V. *supra*, n° 133, n° 149 et s.

¹⁵⁷⁷ J. BAQUERO CRUZ, « La procédure préjudicielle suffit-elle à garantir l'efficacité et l'uniformité du droit de l'Union européenne ? », in *L'autorité de l'Union européenne*, Bruylant, 2006, p. 246.

l'ériger en « véritable Cour constitutionnelle »¹⁵⁷⁸ n'est que le révélateur du déploiement de son envergure. Tel que l'affirment les thuriféraires de cette évolution, c'est précisément le « succès de la QPC [qui] oblige à repenser le rôle et le fonctionnement du Conseil constitutionnel »¹⁵⁷⁹.

Il n'est donc pas étonnant, une fois l'autorité de la juridiction suprême affermie par la voie de la coopération, que l'idée d'une réintroduction de la sanction se rappelle à l'esprit. Georges Scelle avait reconnu que « lorsque l'organisation sociale est assez poussée, la collaboration se change en hiérarchie ; lorsqu'elle l'est insuffisamment, elle dégénère en concurrence et en anarchie »¹⁵⁸⁰.

Le recours à la sanction n'est donc rien d'autre qu'une dégénérescence du renvoi préalable. A mesure que le renvoi fonctionne, il affermit l'autorité de la juridiction suprême et rend de plus en plus tentant le recours à la coercition. À compter d'un certain développement, une nouvelle donne du renvoi préalable est à l'œuvre : « entre coopération et sanction »¹⁵⁸¹. Cette possibilité nouvelle, jointe à la quête effrénée de l'identité des jurisprudences, pousse parfois les juridictions suprêmes à franchir le pas. La Cour de justice l'a fait. Le Conseil constitutionnel pourrait également y céder lorsque la question prioritaire de constitutionnalité aura suffisamment renforcé sa légitimité. Il faut pourtant résister à cette tentation.

696. La subsistance de divergences d'interprétation n'est pas la marque de l'inefficacité du renvoi préalable, mais celle de l'impossibilité de les résorber. Cette ambition que chacun soit jugé selon une règle de droit préétablie et uniformément interprétée est un objectif vers lequel il faut tendre, mais dont il faut accepter l'utopie. Pour qu'un texte soit appliqué, et donc interprété d'une manière identique dans tous les litiges, il faudrait qu'une seule et même juridiction soit chargée de la résolution de l'ensemble du contentieux ; et encore qu'une telle unité soit théoriquement concevable, il faudrait compter avec les sentiments et la conscience qui sont propres à chaque juge et qui sont susceptibles d'aboutir à des interprétations fluctuantes. Il faut donc se résoudre à l'existence au moins temporaire de certaines

¹⁵⁷⁸ J.-J. URVOAS, *Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du Règlement par la Commission des Lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur la question prioritaire de constitutionnalité*, en ligne : http://www.assemblee-nationale.fr/14/rap-info/i0842.asp#P384_130682 p. 64.

¹⁵⁷⁹ *Ibid.*

¹⁵⁸⁰ G. SCELLE, « Le droit constitutionnel international », in *Mélanges R. Carré de Malberg*, E. Duchemin/Topos Verlag AG, 1977, p. 514

¹⁵⁸¹ P.-Y. MONJAL, « La nouvelle donne du renvoi préjudiciel : entre coopération et sanction », *LPA*, 5 août 1996, n° 94, p. 8.

divergences d'interprétation, car elles sont inhérentes au fonctionnement de tout système juridictionnel complexe¹⁵⁸².

¹⁵⁸² « De cette unité de l'ordre juridique découle la cohérence des règles qui est essentielle à la sécurité des sujets de droit. A vrai dire, cette cohérence et, partant, cette sécurité, ne peuvent jamais être parfaites. En dépit de l'homogénéité des sources formelles, aucun ordre juridique ne peut se flatter d'éliminer complètement le risque de contradiction matérielle entre des règles de droit » (A. DECOCQ, « Le désordre juridique français », *in Jean Foyer, In memoriam*, Litec, 2010, p. 148).

CONCLUSION DU TROISIEME CHAPITRE

697. L'efficience de l'interprétation apporte une conclusion dénuée d'équivoque : les juges d'application respectent l'interprétation délivrée sur renvoi préalable. Certes, l'instauration du mécanisme nourrit dans ses premiers temps une certaine forme de résistance. Il y a là une réaction naturelle au bouleversement produit par son intrusion, une réaction d'irrévérence suscitée par l'essence profondément dialogique du renvoi. L'interprétation ne pouvant être imposée par la contrainte, les juges d'application sont d'autant plus tentés de la délaisser.

Toutefois, le temps faisant son œuvre, les juges finissent toujours par se conformer à la jurisprudence de l'interprète authentique. Les poches de résistance s'effacent à mesure que s'affirme l'autorité de la juridiction suprême, rapprochant de jour en jour la réalité jurisprudentielle de son idéal unitaire. Le pari dialogique d'assurer l'unité du droit sans recourir à la répression semble sur la voie de sa réalisation.

698. L'efficience du renvoi permet, par voie de conséquence, de contester son évolution récente sur le chemin de la sanction. Cette mutation n'est justifiée que par la volonté de parvenir à une unité parfaite de jurisprudence, associée à cette idée toute faite que la punition permet mieux que n'importe quel autre moyen d'y parvenir. Aucune de ces deux justifications ne peut être acceptée. Les divergences de jurisprudence sont inhérentes à tout système juridique complexe, elles sont un mal nécessaire, la marque de la marche et de l'évolution continues du droit. Il est donc normal que le renvoi préalable laisse subsister quelques poches de résistance. La réminiscence de la sanction n'y fera rien. Il faut parfois savoir accepter l'imperfection.

CONCLUSION DU SECOND TITRE

699. La délivrance de l'interprétation est un acte de naissance, le moment à compter duquel elle accède à la vie et se diffuse dans l'ordre juridique. Il serait donc erroné de croire que l'interprétation épuise ses effets au moment de son édicition ; au contraire, elle se déploie à compter de ce moment en direction de ses destinataires : les juges d'application.

L'interprétation étant destinée à autrui, il est impérieux que le juge suprême borne son étendue. Il doit en délimiter précisément les frontières, circonscrire son champ d'application.

700. Dans cette mission, le juge suprême dispose d'une grande liberté, qu'il s'agisse de délimiter le champ d'application temporel ou matériel de son œuvre.

D'un point de vue temporel, l'interprétation délivrée sur renvoi déploie ses effets dans deux directions opposées. A l'instar de la loi, elle prétend régir le futur. A sa différence, elle déploie également ses effets dans le passé. Cette différence ne doit pas être minimisée. L'effet passé de l'interprétation du juge suprême est source d'inconvénients lorsqu'il porte atteinte à la sécurité juridique des justiciables. Le renvoi préalable pallie les désagréments inhérents à cette déclarativité jurisprudentielle par une modulation des effets de l'interprétation dans le temps. Il s'agit là d'une pratique exceptionnelle que seule la Cour de justice accepte de mobiliser, mais qui lui permet d'éviter les effets pervers d'une interprétation qui arrive en retard. Si la conception traditionnelle des sources du droit condamne irrémédiablement cette initiative, la reconnaissance du pouvoir normatif du juge et des conséquences perverses de son pouvoir créateur justifient au contraire sa mobilisation.

D'un point de vue matériel, seule la motivation est à même d'assurer au juge suprême la bonne réception de son œuvre. Elle permet au juge destinataire de s'appropriier et de mieux comprendre l'interprétation délivrée, une interprétation qu'il devra, par la force des choses, à son tour interpréter. Cette motivation est d'autant plus aisée pour le juge suprême que la procédure de renvoi préalable le libère des contraintes formelles auxquelles le subordonnent d'autres procédures plus intimement liées au fait. Le juge suprême s'assure ainsi, par la motivation, une réception de son interprétation fidèle à sa volonté.

701. Cette délimitation précise de l'étendue de l'interprétation est d'autant plus nécessaire que, sitôt révélée, elle échappe à l'emprise de son auteur. Il devient le spectateur impuissant de la mobilisation de son œuvre. Si l'interprétation délivrée sur renvoi est juridiquement obligatoire, si elle s'impose aux juges destinataires, aucun moyen de contrainte ne permet au juge suprême de garantir sa bonne application. La voie était périlleuse, car en l'absence de contrainte, il était loisible au juge d'application de se soustraire à ses obligations et de développer une interprétation autonome des textes juridiques. L'étude de la jurisprudence démontre pourtant qu'après une période de résistance, les juges d'application reçoivent les interprétations délivrées sur renvoi sans la moindre hostilité. Le renvoi préalable a gagné son pari, celui d'un mécanisme dialogique fondé la persuasion et non sur la sanction.

Conclusion de la seconde partie

702. La comparaison des régimes des différents mécanismes de renvoi révèle une unité flagrante. Les règles qui gouvernent leur procédure, comme celles d'ailleurs qui régissent l'interprétation émise, livrent un tableau emprunt d'harmonie et de cohérence. Ce corps de règles commun aux mécanismes constitue le régime juridique de la notion qui les transcende.

703. Un mot suffirait à caractériser le régime juridique du renvoi préalable : *la dépendance*. L'ensemble des règles qui régissent sa mise en œuvre a été pensé dans le seul et unique but de satisfaire au mieux la mission pour laquelle il a été créé : le maintien de l'unité du droit. L'intérêt public attaché à cette finalité explique les rôles respectifs du juge et des parties. La volonté d'accélérer la reddition de l'interprétation justifie la méthode d'articulation des mécanismes. La vocation de l'interprétation à se diffuser dans l'ordre juridique éclaire la propension du juge à délimiter précisément son étendue. Quant à l'autorité des interprétations, l'absence de contrainte est le simple corollaire de l'essence pacifique de la notion.

704. Manifestement, l'unité de régime du renvoi préalable n'est que le pendant évident de l'unité d'une notion dont il vient, s'il était encore besoin, attester l'existence.

CONCLUSION GENERALE

705. L'étude détaillée des mécanismes préjudiciels d'interprétation confirme ce qui, au stade de l'introduction, n'était encore qu'une intuition ténue. Les mécanismes sont liés les uns aux autres, ils sont apparentés. Tous mettent la technique préjudicielle au service de l'uniformisation de l'interprétation des textes juridiques. Le renvoi au Tribunal des conflits et les demandes d'avis aux juridictions suprêmes permettent d'unifier l'interprétation de la loi. Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice, la question prioritaire de constitutionnalité et le mécanisme de demande d'avis à la Cour européenne des droits de l'homme permettent d'assurer l'unité de l'interprétation des textes qui lui sont hiérarchiquement supérieurs. Ces innovations sont loin d'être une simple juxtaposition d'instruments hétéroclites. Tous mobilisent une même technique au profit d'un effet semblable. La dévotion pour l'interprétation préjudicielle s'explique, elle a un sens, aujourd'hui découvert.

706. L'uniformisation préjudicielle de l'interprétation et son développement contemporain sont une réponse à la décadence des mécanismes hiérarchiques jusqu'alors chargés d'assurer cet office. Unifier l'interprétation est une nécessité qui n'a pas attendu le renvoi préalable pour être satisfaite. Depuis plusieurs siècles maintenant, elle est le produit d'un recours exercé par une partie contre l'interprétation précédemment délivrée par un juge inférieur. Elle est le produit d'une stratification juridictionnelle dont la cassation constitue l'archétype, mais que le recours individuel à la Cour européenne des droits de l'homme et l'exception d'inconstitutionnalité permettent également d'illustrer.

707. Cette modalité séculaire d'unifier l'interprétation est toutefois frappée de plein fouet par les mutations qui bouleversent le domaine des sources du droit depuis le milieu du XX^{ème} siècle. Les mécanismes hiérarchiques font de l'interprétation authentique l'aboutissement d'un long chemin, sinueux, escarpé, produit d'une succession de recours contentieux. Ils consomment du temps au moment où la production du droit s'accélère et où l'interprétation requiert célérité. La censure de l'interprétation juridictionnelle sur laquelle ils reposent est incompatible avec le développement de la supra-légalité. L'unification de l'interprétation de

la Constitution, du droit de l'Union européenne ou de la Convention européenne des droits de l'homme doit ménager la souveraineté de la Cour de cassation et du Conseil d'État. L'unification hiérarchique est incapable de répondre à cette nécessité.

708. Loin de ces reproches, la technique de l'interprétation préjudicielle permet de satisfaire aux exigences de dialogue et de diligence enfantées par le XX^{ème} siècle. L'association du sursis à statuer et du renvoi permet à la juridiction suprême de se prononcer rapidement, sans attendre l'exercice par les parties des voies de recours qui leur sont ouvertes. Le caractère avant dire droit du renvoi permet de faire de l'unité d'interprétation le produit d'un dialogue et d'une collaboration entre le juge de droit commun et les différentes cours suprêmes. Tel est donc le sens de la prolifération préjudicielle. Elle traduit une évolution profonde dans la manière d'unifier l'interprétation, évolution induite par la mutation qui touche le domaine des sources du droit depuis le milieu du XX^{ème} siècle.

709. Il ne suffisait pas de révéler cette évolution. Encore fallait-il en rendre compte et lui octroyer cette visibilité à laquelle elle peut prétendre. Jusqu'à présent, loin de traduire la synergie des mécanismes préjudiciels d'interprétation, les catégories juridiques susceptibles de les accueillir ont plutôt eu tendance à les opposer. Le renvoi au Tribunal des conflits, les demandes d'avis aux juridictions suprêmes, le renvoi préjudiciel à la Cour de justice et la question prioritaire de constitutionnalité étaient généralement scindés en deux groupes selon qu'ils étaient ou non éligibles à la qualification de question préjudicielle. Rendre compte de la parenté de ces mécanismes relevait ainsi de l'impérieuse nécessité. Il fallait élaborer une construction capable de traduire leur identité partagée et d'expliquer les causes de leur multiplication. Tel fut le dessein du présent essai, celui d'ériger une notion nouvelle à laquelle les rattacher : le renvoi préalable.

710. L'étude a permis de délimiter précisément les contours de cette notion nouvelle et de proposer une définition qui révèle d'emblée les éléments qui la caractérisent. La qualification de renvoi préalable peut s'appliquer à *tout mécanisme par lequel une juridiction suprême uniformise l'interprétation d'un texte, sur le renvoi d'une question de droit posée à l'occasion d'un litige.*

711. La création de cette notion est source d'un bouleversement institutionnel évident. Elle fait bouger les cadres de la production du droit et rompt des certitudes que l'emprise du

temps avait enracinées dans l'inconscient collectif. L'idée était acquise, depuis l'origine de leur création, que le renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne et la question prioritaire de constitutionnalité étaient des questions préjudicielles. La création du renvoi préalable oblige à reconnaître l'ineptie d'une telle qualification, octroyée faute de mieux, au prix d'un forçage aveugle de cette catégorie. L'édification du renvoi préalable permet de restaurer la cohérence perdue des classifications doctrinales, mais elle oblige, dans le même temps, à reconsidérer une terminologie que l'habitude avait érigée au rang vérité générale.

712. L'élaboration de la notion de renvoi préalable se jumelle de la création d'un régime juridique entièrement tourné vers la réalisation de son office : l'unité d'interprétation des textes juridiques.

L'édification de ce régime unitaire est doublement profitable. Elle permet d'abord de marquer les règles du droit positif qui, fruits de compromis de façade, de modifications inopinées ou d'amendements insuffisamment réfléchis, s'avèrent inopportunes au regard de la finalité du mécanisme. La révélation du régime est l'occasion de proposer et de justifier leur modification. Elle permet ensuite, d'un point de vue prospectif, de livrer un ensemble de règles « prêt à l'emploi » pour les développements futurs de la technique, qui s'annoncent inévitables. Plutôt que de soumettre ces nouvelles espèces à une myriade de règles déstructurées, elle offre un modèle élaboré *ab initio*, produit d'une approche rationnelle et, par suite, riche de développements.

L'adoption d'un mécanisme de demande d'avis devant la Cour européenne des droits de l'homme suggère que l'interprétation de demain sera préalable. L'exhortation du législateur d'offrir aux juridictions du fond la possibilité de saisir le Tribunal des conflits d'un renvoi préventif confirme l'hypothèse. Les limites à l'extension du renvoi demeurent encore inconnues au moment où se profile devant lui un vaste champ restant à conquérir : l'ordre international.

713. Les prophéties d'une prolifération de l'interprétation préjudicielle invitent naturellement à s'interroger sur l'avenir des mécanismes hiérarchiques. Consacrée pour pallier leurs carences, a-t-elle vocation à les supplanter ? Les demandes d'avis pourraient-elles neutraliser la cassation ? Le renvoi au Tribunal des conflits pourrait-il évincer les conflits positifs et négatifs ?

Au regard de la fréquence d'utilisation des renvois, la lucidité oblige à la circonspection. La cassation joue un rôle trop important dans l'ordre juridique français pour que son abdication soit à l'ordre du jour. Il n'est pas exclu toutefois que l'évolution des sources du droit précipite davantage sa décadence et fasse corrélativement sauter les verrous qui entravent parfois le fonctionnement des mécanismes préjudiciels. Le principal obstacle n'est pas insurmontable, loin s'en faut. Il tient pour beaucoup à la méconnaissance des mécanismes et à leur manque de visibilité. Le succès du renvoi préjudiciel à la Cour de justice démontre au quotidien cette évidence. Seul en son royaume, il s'est imposé comme l'outil indispensable au maintien de l'unité d'interprétation du droit de l'Union européenne. Faute de concurrence, il a pu déployer toutes les palettes de son art.

L'avenir radieux du renvoi préalable devrait emporter la satisfaction. Il faut toutefois se garder de toute réjouissance précipitée, car à mesure qu'il gagne ses lettres de noblesse, le mécanisme s'expose à son dévoiement. Forgeant l'autorité de la cour suprême, il établit paradoxalement des conditions favorables à l'épanouissement de la répression. Il concourt à l'établissement d'une hiérarchie radicalement opposée à son essence dialogique. A mesure qu'il étend son emprise, le renvoi préalable doit ainsi lutter contre la corruption d'une sanction omnisciente. A mesure qu'il s'enracine, il doit lutter contre sa propre dénaturation.

714. Au terme de cette étude, le droit se trouve enrichi d'une notion nouvelle qui, produit de la rencontre fructueuse de l'observation et de la raison, échappe maintenant à son créateur. Que le temps de cet affranchissement soit l'occasion de remémorer son histoire, pour mieux prédire sa destinée, de rappeler d'où elle vient, pour mieux deviner où elle va.

Le renvoi préalable est le produit d'une évolution qui prend racine dans les abysses du temps. Quelles qu'en soient les raisons, qu'il se soit agi d'imposer le respect scrupuleux de la volonté d'un prince ou de satisfaire l'idéal démocratique d'une égalité omnipotente, les peuples ont toujours senti le besoin infaillible d'unifier leur droit. Le renvoi préalable est le dernier né de ces mécanismes qui, depuis près de deux millénaires, s'échinent à satisfaire cette exigence. Il est le produit d'une histoire au temps long, la subtile alchimie des mécanismes qui l'ont précédé.

Quintessence du passé, le renvoi préalable pourrait-il prétendre à la vie éternelle ? L'espérance ne doit pas nourrir de faux espoirs. La création du renvoi préalable est marquée du sceau de la précarité. Il n'est qu'une étape sur la route, longue et sinueuse, de l'unification du droit. Telle est la dure loi de l'évolution, une loi qu'il ne pourra contenir, mais à laquelle il saura suffisamment résister, laissant à chacun le temps d'apprécier tous les mérites de sa reconnaissance.

BIBLIOGRAPHIE

I – OUVRAGES GENERAUX : TRAITES, MANUELS, COURS.

DICIONNAIRES

ALLAND (D.), RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003.

ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GAUDIN (H.), MARGUENAUD (J.-P.), RIALS (S.), SUDRE (F.) (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, 2008.

ARNAUD (A.-J.) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1993.

BABOT (A.), BOUCAUT-MAITRE (A.), DELAIGUE (P.), *Dictionnaire d'histoire du droit et des institutions publiques*, Ellipses 2^{ème} éd., 2007.

CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004.

CAYLA (O.), HALPERIN (J.-L.) (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, 2008.

CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 9^{ème} éd., 2011, p. 831.

HISTOIRE DU DROIT

BIDEGARAY (C.), EMERI (C.), *La constitution de la France de 1789 à nos jours, étude de droit politique et constitutionnel*, Armand Collin, 1997.

CARBASSE (J.-M.), *Manuel d'introduction historique au droit*, PUF, 5^{ème} éd., 2013.

DEROUSSIN (D.), *Histoire du droit privé (XVI^{ème} - XXI^{ème})*, Ellipses, 2010.

GAUDEMET (J.), *Les institutions de l'antiquité*, Montchrestien, 7^{ème} éd., 2002.

GAUDEMET (J.), CHEVREAU (E.), *Droit privé romain*, Montchrestien, 3^{ème} éd., 2009.

HUMBERT (M.), *Institutions politiques et sociales de l'antiquité*, Dalloz, 10^{ème} éd., 2011.

LOVISI (C.), *Introduction historique au droit*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2011.

ROYER (J.-P.), **JEAN (J.-P.)**, **DURAND (B.)**, **DERASSE (N.)**, **DUBOIS (B.)**, *Histoire de la justice en France*, PUF, 4^{ème} éd., 2010.

INTRODUCTION GENERALE AU DROIT

AUBERT (J.-L.), **SAVAUX (E.)**, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Dalloz-Sirey, 14^{ème} éd. 2012.

DEUMIER (P.), *Introduction au droit*, LGDJ, 2011.

ENCINAS DE MUNAGORRI (R.), *Introduction au droit*, Flammarion, 3^{ème} éd., 2011.

MAINGUY (D.), *Introduction générale au droit*, Litec, 5^{ème} éd., 2010.

MALAURIE (P.), **MORVAN (P.)**, *Introduction au droit*, Defrénois, 4^{ème} éd., 2012.

MALINVAUD (P.), *Introduction à l'étude du droit*, Lexis-Nexis, 13^{ème} éd., 2011.

MARAIS (A.), *Introduction au droit*, Vuibert, 3^{ème} éd., 2011.

TERRE (F.), *Introduction générale au droit*, Dalloz, 9^{ème} éd., 2012.

DROIT DE L'UNION EUROPEENNE

CHALTIEL-TERRAL (F.), *Manuel de droit de l'Union européenne*, PUF, 2005.

BLUMANN (C.), **DUBOIS (L.)**, *Doit institutionnel de l'Union européenne*, Litec, 4^{ème} éd., 2013.

DUBOIS (L.), **GUEYDAN (C.)**, *Les grands textes du droit de l'Union européenne*, 8^{ème} éd., 2010.

GAUTIER-AUDEBERT (A.), *Leçons de droit de l'Union européenne*, Ellipses, 2013.

ISAAC (G.), **BALNQUET (M.)**, *Droit général de l'Union européenne*, Sirey, 10^{ème} éd., 2012.

KARPENSHIFF (M.), NOURISSAT (C.), *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne*, PUF, 2010.

MASSON (A.), NIHOUL (P.), *Droit de l'Union européenne*, Larcier, 3^{ème} éd., 2011.

MONJAL (P.-Y.), *Droit de l'Union européenne*, Dalloz, 2007.

WATHELET (M.), *Contentieux européen*, Larcier, 2010, p. 305.

DROIT DE LA CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

MARGUENAUD (J.-P.), *La Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, *Connaissance du droit*, 6^{ème} éd., 2012.

MORANGE (J.), *Manuel des droits de l'homme et des libertés publiques*, PUF, 2007.

OBBERDORFF (H.), *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, LGDJ, 2011.

RENUCCI (J.-F.), *Traité de droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2007.

SUDRE (F.), MARGUENAUD (J.-P.), ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GOUTTENOIRE (A.), LEVINET (M.), GONZALES (G.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 2011.

DROIT CONSTITUTIONNEL

DUHAMEL (O.), TUSSEAU (G.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Seuil, 3^{ème} éd., 2013.

FAVOREU (L.), PHILIP (L.) (dir.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 16^{ème} éd., 2011.

FAVOREU (L.), GAIA (P.), GHEVONTIAN (R.), MESTRE (J.-L.), PFERSMANN (O.), ROUX (A.), SCOFFONI (G.), *Droit constitutionnel*, Dalloz, 15^{ème} éd., 2013.

GICQUEL (J.), GICQUEL (J.-E.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Montchrestien, 26^{ème} éd., 2012.

GOHIN (O.), *Droit constitutionnel*, Litec, 2010.

PACTET (P.), MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), *Droit constitutionnel*, Dalloz-Sirey, 31^{ème} éd., 2012.

ROBERT (J.), DUFFAR (J.), *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Montchrestien, 8^{ème} éd., 2009.

ROUSSEAU (D.), *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 2010.

TROPER (M.), HAMON (F.), *Droit constitutionnel*, LGDJ, 33^{ème} éd., 2012.

TURPIN (D.), *Droit constitutionnel*, PUF, 2007.

DROIT ADMINISTRATIF

CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, Domat, 13^{ème} éd., 2008.

DEBBASCH (C.), RICCI (J.-C.), *Contentieux administratif*, Dalloz, coll. Précis, 8^{ème} éd., 2001.

HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif et de droit public*, 11^{ème} éd., Sirey, 1927, réimp., Dalloz, 2002.

LAFFERIERE (E.)

Traité de la jurisprudence administrative et des recours contentieux, Berger-Levrault, 1^{ère} éd., 1887-1888, rééd., LGDJ, 1989.

LONG (M.), WEIL (P.), BRAIBANT (G.), DELVOLVE (P.), GENEVOIS (B.) (dir.), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 19^{ème} éd., 2013.

ODENT (R.), *Contentieux administratif*, 6^{ème} éd., fasc. I à VI, Les Cours de droit, Paris, 1977-1981, réimp., Dalloz, 2007.

PACTEAU (B.),

- *Traité de contentieux administratif*, PUF, 2008.
- *Manuel de contentieux administratif*, PUF, 2010.

DROIT JUDICIAIRE PRIVE

CADIET (L.), JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, 8^{ème} éd., 2013.

CROZE (H.), MOREL (C.), FRADIN (O.), *Procédure civile*, Litec, 4^{ème} éd., 2008.

GUINCHARD (S.), FERRAND (F.), CHAINAIS (C.), *Procédure civile, droit interne et droit de l'Union européenne*, Dalloz, 31^{ème} éd., 2012.

GUINCHARD (S.) (Dir.), *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, 7^{ème} éd., 2013.

GUINCHARD (S.) (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz action, 7^{ème} éd., 2012/2013.

HERON (J.), LE BARS (T.), *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 3^{ème} éd., 2006.

JEULAND (E.), *Droit processuel général*, Montchrestien, 2^{ème} éd., 2012.

JULIEN (P.), FRICERO (N.),

- *Droit judiciaire privé*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2009.

- *Procédure civile*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2011.

LAGARDE (X.), COUCHEZ (G.), *Procédure civile*, Dalloz-Sirey, 16^{ème} éd., 2010.

GENERALITES

CARBONNIER (J.), *Droit et passion du droit sou la cinquième république*, Flammarion, 1996, p. 44.

DARWIN (C.), *L'Origine des espèces*, Trad. E. BARBIER revue par D. BECQUEMONT, Flammarion, 2008.

DAVID (R.), JAUFFRET-SPINOSI (C.), *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, 12^{ème} éd., 2013.

WEBER (M.), *Economie et société*, Pocket, 2003.

II – OUVRAGES SPECIAUX : MONOGRAPHIES, THESES, AUTRES TRAVAUX.

PHILOSOPHIE, THEORIE ET SOURCES DU DROIT

AMSELEK (P.) (dir.), *Interprétation et droit*, Bruylant, 1995.

BACHELARD (G.), *La formation de l'esprit scientifique*, Librairie J. Vin, 2000.

BASTIT (M.), *Naissance de la loi moderne*, PUF, 1990.

BERGEL (J.-L.),

- *Théorie générale du droit*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2012.

- *Méthodologie juridique*, PUF, Thémis, 2001.

DE TOCQUEVILLE (A.),

- *De la démocratie en Amérique*, Flammarion, 2010.

- *L'Ancien Régime et la Révolution*, Gallimard, 1967.

DWORKIN (R.),

- *L'empire du droit*, PUF, 1994.

- *Prendre les droits au sérieux*, PUF, 1995.

ECO (U.),

- *Interprétation et surinterprétation*, Broché, 1995.

- *Les limites de l'interprétation*, Broché, 1992.

FRYDMAN (B.), *Le sens des lois, Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, 3^{ème} éd., 2011.

FRYDMAN (B.), **HAARSCHER (G.)**, *Philosophie du droit*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2010.

GENY (F.), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1919.

HACHEZ (I.), **CARTUYVELS (Y.)**, **DUMONT (H.)**, **GERARD (P.)**, **OST (F.)**, **VAN DE KERCHOVE (M.)** (dir.), *Les sources du droit revisitées*, Anthémis et Presses Universitaires Saint-Louis, 2013.

HOURQUEBIE (F.), PONTTHOREAU (M.-C.) (dir.), *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruylant, 2012.

HEURTIN (J.-P.), MOLFESSIS (N.) (dir.), *La sociologie du droit de Max Weber*, Dalloz, 2006.

KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., Trad. C. Eisenmann, Dalloz, 1962.

MARTY (G.), *La distinction du fait et du droit, Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, Librairie du recueil Sirey, 1929.

MILL (J.-S.), *Système de logique déductive et inductive, Exposé des principes de la preuve et des méthodes de recherche scientifique*, t. 2, Trad. Louis Peisse, Librairie Philosophique de Ladrange, 1866, en ligne sur www.gallica.bnf.fr.

MILLARD (E.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2006.

MONTESQUIEU, *L'esprit des Lois*, éd. Edouard, Laboulaye, Garnier frères, 1875, réed, Gallimard, 2012.

MOLFESSIS (N.) (dir.), *Les revirements de jurisprudence, rapport remis à Monsieur, le Premier Président Guy Canivet*, Litec, 2005.

OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Presses des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002.

PACLOT (Y.), *Recherche sur l'interprétation juridique*, Dactyl., Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, 1974.

RICOEUR (P.), *Le conflit des interprétations*, Broché, 1969.

RIGAUX (F.), *La loi des juges*, Paris, Odile Jacob, 1997.

RIPERT (G.), *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955.

ROUBIER (P.), *Théorie générale du droit*, Sirey, 1951, réimp, Dalloz, 2005.

SEVE (R.), *Philosophie et théorie du droit*, Dalloz, 2007.

THIBIERGE (C.) (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, Bruylant, 2009.

THIRION (N.), *Théories du droit. Droit, pouvoir, savoir*, Larcier, 2011.

TIMIST (G.), *L'archipel de la norme*, Paris, PUF, 1997.

TROPER (M.), *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, 2001.

VILLEY (M.), *Philosophie du droit, Définitions et fins du droit. Les moyens du droit*, Dalloz, 2001.

VON SAVIGNY (F.-C.), *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, trad. Dufour, PUF, 2006.

ZENATI-CASTAING (F.), *La jurisprudence*, Dalloz, 1991.

HISTOIRE DU DROIT

ANDT (E.), *La procédure par rescrit*, Librairie de la société du Recueil Sirey, 1920.

CHEVALLIER (J.), *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, LGDJ, 1970.

CORIAT (J.-P.), *Le prince législateur - La technique législative des Sévères et les méthodes de création du droit impérial à la fin du principat*, Ecole française de Rome, 1997.

HALPERIN (J.-L.), *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, LGDJ, 1987.

HUFTEAU (Y.-L.), *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, PUF, 1965.

PAYEN (P.), *La physiologie de l'arrêt de règlement du parlement de Paris au XVIII^{ème} siècle*, PUF, 1999.

YOURCENAR (M.), *Mémoires d'Hadrien*, Gallimard, 1974.

DROIT PRIVE

BESSY (C.), *La contractualisation de la relation de travail*, LGDJ, coll. «Droit et Société», 2007.

BORE (J.), **BORE (L.)** *La cassation en matière civile*, Dalloz Action, 2009/2010.

BOUSSARD (S.), *L'étendue du contrôle de cassation devant le Conseil d'État*, Dalloz, 2002.

CANIVET (G.), **CADIET (L.)**, *De la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France*, Litec, 2006.

CROZE (H.), *Recherche sur la qualification en droit processuel français*, thèse, dactyl., Lyon.

D'AMBRA (D.), *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, LGDJ, 1994 ;

FENOUILLET (D.), DE VAREILLES-SOMMIÈRES (P.), *La contractualisation de la famille*, Economica, coll. «Études juridiques», 2001.

FERRAND (F.), *Cassation française et Révision allemande*, PUF, 1993.

HALPERIN (J.-L.), *Le livre du centenaire : Code civil, 1804-1904*, Dalloz, 2004.

JANVILLE (T.), *La qualification juridique des faits*, PUAM, 2004 ;

DROIT CONSTITUTIONNEL

BACQUET-BREHANT (V.), *L'article 62, alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958. Contribution à l'étude de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2005.

BARDOUX (J.), *La France de demain*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1936, réimp. Dalloz, 2006.

BONNET (J.), *Le juge ordinaire français et le contrôle de la constitutionnalité des lois. Analyse critique d'un refus*, Dalloz, 2009.

BRIAND (L.), DUPIC (E.), *La question prioritaire de constitutionnalité ; une révolution des droits fondamentaux*, PUF, 2013.

CARRE DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, Librairie du Recueil Sirey, 1922, réimp., Dalloz, 2003.

DE CLERMONT-TONNERRE (S.), *Analyse raisonnée de la Constitution française*, Paris, Imprimerie Migneret, 1791, p. 132, en ligne sur <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k41645n/f16.image>)

DERRIEN (A.), *Les juges français de la constitutionnalité, étude sur la construction d'un système contentieux : Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation, trois juges pour une norme*, Bruylant, 2003.

DESAULNAY (O.), *L'application de la Constitution par la Cour de cassation*, Dalloz, 2009.

DI MANNO (T.), *Le juge constitutionnel et la technique des décisions "interprétatives" en France et en Italie*, Economica, 1999.

DISANT (M.), *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2010.

GAHDOUN (P.-Y.), *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2008.

JOSSE (P.), *Le rôle de la notion de travaux préparatoires dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 1998.

MAGNON (X.) (dir.), *QPC. La question prioritaire de constitutionnalité, pratique et contentieux*, Lexis Nexis, 2^{ème} éd., 2013.

MATHIEU (B.), **VERPEAUX (M.)**, *L'examen de la constitutionnalité des lois par le Conseil d'État*, Dalloz, 2011.

PARDINI (J.-J.), *Le juge constitutionnel et le "fait" en France et en Italie*, LGDJ, PUAM, 2001.

PHILIPPE (X.) (dir.), *Contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle*, PUAM, 2009.

ROUSSEAU (D.) (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, Lextenso, 2^{ème} éd., 2012.

SEVERINO (C.), *La doctrine du droit vivant*, PUAM, 2003.

STAHL (J.-H.), **MAUGUE (C.)**, *La question prioritaire de constitutionnalité*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2012.

TROPER (M.), *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, LGDJ, 1973, rééd. 1980.

VIALA (A.), *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 1999.

RENOI PREJUDICIEL

AZOULAI (L.), **BURGORGUE-LARSEN (L.)**, *L'autorité de l'Union européenne*, Bruylant, 2006.

BARAV (A.), *Etudes sur le renvoi préjudiciel dans le droit de l'Union européenne*, Bruylant, 2011.

BROBERG (M.), **FENGER (N.)**, *Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice*, Larcier, 2013.

CLERGERIE (J.-L.), *Le renvoi préjudiciel*, Ellipses, 2000.

NAOME (C.), *Le renvoi préjudiciel en droit européen*, Larcier, 2^{ème} éd., 2010.

PERTEK (J.),

- *La pratique du renvoi préjudiciel en droit communautaire, coopération entre CJCE et juges nationaux*, Litec, 2001.
- *Coopération entre juges nationaux et Cour de justice de l'UE. Le renvoi préjudiciel*, Bruylant, 2013.

VANDERSANDEN (G.),

- *La procédure préjudicielle devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruylant, 2011.
- *Renvoi préjudiciel en droit européen*, Bruylant, 2013.

ÉCRITS TRANSVERSAUX

ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français*, LGDJ, 1998.

BERGE (J.-S.), *L'application du droit national, international et européen*, Dalloz, 2013.

DEUMIER (P.) (Dir.), *Le raisonnement juridique, Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, Dalloz, 2013.

DURAND (C.), *Les rapports entre les juridictions administrative et judiciaire*, LGDJ, 1956.

EVEILLARD (G.), *Les dispositions transitoires en droit public français*, Dalloz, 2007.

FLAUSS (J.-F.), *Les questions préjudicielles et le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires*, Thèse, Strasbourg, dactylo, 1976.

GAUDIN (J.-P.), *Gouverner par contrat, l'action publique en question*, Presses de sciences Po., 2^{ème} éd., 2007.

JAUFFRET-SPINOSI (C.), *Le temps et le droit*, Thémis, 2007.

MALHIÈRE (F.), *La brièveté des décisions de justice : Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation: contribution à l'étude des représentations de la justice*, Dalloz, 2013.

MOLFESSIS (N.), *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, 1998.

POTVIN-SOLIS (L.), *L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'État français*, LGDJ, 1999.

TROPER (M.), **CHAMPEIL-DESPLATS (V.)**, **GRZEGORCZYK (C.) (dir.)**, *Théorie des contraintes juridiques*, LGDJ, 2005.

III – ARTICLES, CHRONIQUES, DOSSIERS

HISTOIRE DU DROIT

MILET (M.), « La controverse de 1925 sur l'exception d'inconstitutionnalité. Genèse d'un débat : l'affaire Ratier », *Revue française de science politique*, 1999, p. 783.

CARBASSE (J.-M.), « Le roi législateur, théorie et pratique », *Droits*, n° 38, 2003, p. 3.

CORIAT (J.-P.), « La technique du rescrit à la fin du principat », *Studia et documenta historiae et iuris*, 1985, p. 322.

FOURNIER (F.-D.), « Le Conseil des empereurs, d'Auguste à Dioclétien », en ligne sur <http://www.mediterranee-antique.info/>.

GARNIER (F.), « Notes pour une possible histoire de la construction de la norme », in *Les mutations de la norme. Le renouvellement des sources du droit*, Economica, 2011, p. 21.

LEFEBVRE-TEILLARD (A.), « Les différents facteurs d'unification dans l'ancien droit », in *1804-2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 78.

SOURCES DU DROIT

ALBIGES (C.), « Rapport introductif, Réflexions croisées : la motivation », *Revue Lamy droit civil*, 1^{er} janvier 2012, n° 89, p. 63.

ALT-MAES (F.), « La contractualisation du droit pénal : mythe ou réalité ? », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2002, n° 3, p. 501.

AMRANI-MEKKI (S.), « A propos de la rétroactivité de la jurisprudence, quelques réflexions procédurales », *RTD civ.* 2005. 298.

AMSELEK (P.),

- « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP* 1982. 291.
- « Norme et loi », *APD*, tome 25, 1980, p. 95

ATIAS (C.),

- « Fonder le droit ? (Simples propos *extra petita* et *obiterdictum* sur les

contradictions du positivisme juridique) », in *Mélanges Paul Amselek*, Bruylant, 2005, p. 25.

- « Sur les revirements de jurisprudence », *RTD civ.* 2005. 298.

AUBERT (J.-L.),

- « Faut-il moduler dans le temps les revirements de jurisprudence ?... J'en doute », *RTD civ.* 2005. 300.
- « La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile », *D.* 2005. 1115.
- « Le fait et la Cour de cassation », in *Etudes offertes au Doyen Philippe Simler*, Dalloz, 2006, p. 844.

AUDINET (C.), « Faut-il ressusciter les arrêts de règlement ? », in *Mélanges Brèthe de la Gressaye*, Bière, 1967, p. 99.

AZOULAI (L.), « Les formes de la sanction juridictionnelle », in *La sanction contre les États en droit communautaire*, Pedone, 2006, p. 20.

BACHELIER (X.), **JOBARD-BACHELIER (M.-N.)**, « Les revirements de jurisprudence », *RTD civ.*, 2005. 308.

BARTHEZ (A.-S.), « Les avis et recommandation des autorités administratives indépendantes », in *Le droit souple*, Dalloz, 2009, p. 59.

BATIFFOL (H.), « Question de l'interprétation juridique », *APD* 1972, tome 17, p. 9.

BEIGNER (B.), « Les arrêts de règlement », *Droits*, 1989, n° 9, p. 54.

BENOIST (C.), « Les deux parlementarismes. La Cour suprême des États-Unis », *Revue des deux mondes*, Janvier 1902, p. 284 et s.

BERGEL (J.-L.),

- « Différence de nature égale différence de régime », *RTD civ.* 1984. 269.
- « Introduction générale », in *L'office du juge, Colloque organisé par le Pr Gilles DARCY, le Doyen Véronique LABROT et Mathieu DOAT les vendredi 29 et samedi 30 septembre 2006, Palais du Luxembourg*, en ligne http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.pdf, p. 12.

BESSON (S.), **M.-L. GACHTER-ALGE (M.-L.)**, « L'interprétation en droit européen, Quelques remarques introductives », in *Interprétation en droit européen*, LGDJ, 2011, p. 6.

BILLIAU (M.), « Quel rôle pour la Cour de cassation au XXI^{ème} siècle ?, in *Justice et droits fondamentaux. Etudes offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, p. 31.

BIOY (X.), « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction... », in *Les notions juridiques*, Economica, 2009, p. 23.

BOUCHER (J.), CREPEY (E.), « Le Conseil d'État juge de cassation et la qualification des faits », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 97.

BOULOUIS (J.), « A propos de la force normative de la jurisprudence, Remarques sur l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de Justice des Communautés Européennes », in *Le juge et le droit public, Mélanges offerts à Marcel Waline*, LGDJ, 1974, tome 1, p. 156.

BOURDIEU (P.), « La force et le droit », Actes de la recherche en sciences sociales, 1986, n° 64, p. 4, en ligne : http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/arss_0335-5322_1986_num_64_1_2332).

BURGELIN (J.-F.), « La Cour de cassation en question », *D.* 2001. 932.

CABRILLAC (R.), « Recodifier », *RTD Civ.* 2001. 833.

CANIVET (G.),

- « Activisme judiciaire et prudence interprétative », *APD*, tome 50, 2006, p. 26.
- « La conception française de l'indépendance de la justice », en ligne sur : <http://www.jus.uio.no/ifp/om/aktuelt/arrangementer/2011/Texte%20conférence%20Oslo-1.pdf>.
- « La convergence des systèmes juridiques par l'action du juge », in *De tous horizons. Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Société de législation comparée, 2005, p. 11.

CAPITANT (H.), « Les travaux préparatoires et l'interprétation des lois », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Librairie du Recueil Sirey, 1933.

CAZALAN (J.), « La force normative des instruments du Codex alimentarius dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », in *La force normative, Naissance d'un concept*, Bruylant, 2009, p. 335.

CHABANOL (D.), *Code de justice administrative : annotations, commentaires, jurisprudence*, Le moniteur, 5^{ème} éd., 2012, p. 43.

CHANTEPIE (G.), « Les codifications privées », in *Le droit souple*, Dalloz, 2009, p. 39.

CHAPUS (R.), « De la valeur des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *D.* 1966. 22.

CHEVALLIER (J.),

- « Du principe de séparation au principe de dualité », *RFDA* 1990. 712.

- « Vers un droit postmoderne ? », in *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, p. 34.

CLAPIE (M.), « Demandeurs et émetteurs d'avis », in *L'inflation des avis en droit*, Economica, 1998, p. 34.

COENEN-HUTHER (J.), « Pouvoir, autorité, légitimité », *Revue des sciences sociales*, 2005, p. 135, en ligne sur <http://ress.revues.org/471#tocto1n1>.

COUTRON (L.), « Style des arrêts de la Cour de justice et normativité de la jurisprudence communautaire », *RTDE* 2009. 643.

CROZE (H.), « Le juge doit-il dire le droit ? », in *Justices et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 225.

DAMIEN (A.), **BORE (J.)**, « Le contrôle du juge de cassation en matière administrative et en matière civile », *RFDA* 1990. 777.

DAVID (R.), « La jurisprudence », *RRJ* 1985. 777.

DE SADELEER (N.), « Les avatars du principe de précaution en droit public : effet de mode ou révolution silencieuse », *RFDA* 2001. 547

DECOCQ (A.), « Le désordre juridique français », in *Jean Foyer, in memoriam*, LGDJ, 2010, p. 155.

DELNOY (P.), « Les effets des jugements dans le temps », in *Le temps et le droit, Actes du 4^{ème} Congrès international de l'Association internationale de méthodologie juridique*, Ed. Yvon Blais Inc., 1996, p. 251.

DENOIX DE SAINT MARC (R.), « Les considérations de fait devant le Conseil d'État, juge de cassation », in *La création du droit jurisprudentiel. Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Dalloz, 2007, p. 135.

DENQUIN (J.-M.), « Réflexions sur le syllogisme judiciaire », in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, p. 373.

DEROSIER (J.-P.), « Enquête sur la limite constitutionnelle : du concept à la notion », *RFDC* 2008. 788.

DESCORPS DECLERE (F.), « Les motivations exogènes des décisions de la Cour de cassation », *D.* 2007. 2822.

DEUMIER (P.),

- « Faut-il différer l'application des règles jurisprudentielles nouvelles ? Interrogations à partir d'un rapport », *RTD Civ.* 2005. 83.

- « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », *APD*, tome 50, 2006, p. 56.
- « Evolutions du pouvoir de modulation dans le temps : fondement et mode d'emploi d'un nouveau pouvoir des juges », *RTD civ.* 2007. 77.
- « QPC : la question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du contrôle de l'interprétation de la loi) », *RTD civ.* 2010. 508.
- « QPC : la question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du filtrage) », *RTD civ.* 2010. 504.
- « Loi vs/ décret d'application », *RTD civ.* 2011. 499.
- « Le revirement de jurisprudence en questions », in *Le revirement de jurisprudence en droit européen*, E. CARPANO (dir.), Bruylant, 2012, p. 65.

DROSS (W.), « La jurisprudence est-elle seulement rétroactive », *D.* 2006. 472.

PONTHOREAU (M.-C.), « L'énigme de la motivation, encore et toujours l'éclairage comparatif », in *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruylant, 2012, p. 15.

DUPEYROUX (O.),

- « La Jurisprudence, source abusive de droit », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Dalloz, 1960, t. 2, p. 373.
- « La doctrine française et le problème de la jurisprudence source de droit », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 463.

ESMEIN (P.), « La jurisprudence et la loi », *RTD civ.* 1952. 19.

FAVOREU (L.), « Cours suprêmes et cours constitutionnelles », in *Dictionnaire de la Justice*, L. CADIET (dir.), PUF, 2004, p. 277.

FOMBEUR (P.), « Domaines respectifs de l'appréciation souveraine des juges du fond et de la qualification juridique », *AJDA* 1999. 789.

FOYER (J.),

- « Intervention sous F. Sudre, L'interprétation dynamique de la Cour européenne des droits de l'homme », in *L'office du juge, Colloque organisé par le Pr Gilles DARCY, le Doyen Véronique LABROT et Mathieu DOAT les vendredi 29 et samedi 30 septembre 2006, Palais du Luxembourg, en ligne http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.pdf*, p. 241.

- « La fonction juridictionnelle de la Cour de cassation », in *Les cours judiciaires suprêmes dans le monde arabe*, Bruylant, 2001, en ligne : <http://www.cedroma.usj.edu.lb/>).
- « Préface », in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 2000, p. 1.
- « Loi et jurisprudence », in *Le Discours et le code, Portalis deux siècles après le Code Napoléon*, Paris, Litec, 2004, p. 21.

FRAISSE (R.), « QPC et interprétation de la loi », *LPA*, 5 mai 2011, n° 89, p. 5.

FRANCESCAKIS (P.), « Introduction », in *S. ROMANO, L'ordre juridique*, 2^{ème} éd., Dalloz, 2002, p. XV.

GABORIAU (S.), « Le juge et le temps », in *Le temps la justice et le droit*, S. Gaboriau, H. Pauliat (dir.), PULIM 2004, p. 12.

GATTINO (A.), « La force dissuasive des sanctions de la contrefaçon de marque », in *La force normative, Naissance d'un concept*, Bruylant, 2009, p. 663.

GAUDEMET (Y.),

- « Fonction interprétative et fonction législative : aménagements juridiques de leurs rapports », in *Interprétation et droit*, Bruylant, 1995, p. 201.
- « L'arrêt de règlement dans le contentieux administratif », in *Juger l'administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 389.
- « La prohibition de l'arrêt de règlement s'adresse-t-elle au juge administratif ? Les leçons de l'histoire », *RDP* 2010. 1618.

GENEVOIS (B.), « Le Conseil d'État et l'interprétation de la loi », *RFDA* 2002. 877.

GHESTIN (J.), « Les données positives du droit », *RTD civ.* 2002. 11.

GILLET (J.-L.), **MELIN-SOUCRAMANIEN (B.)**, « L'arrêt de la Cour de cassation. Motivation, style, et structure », in *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruylant, 2012, p. 170.

GJIDARA (S.), « La motivation des décisions de justice : impératifs anciens et exigences nouvelles », *LPA*, 26 mai 2004, n° 105, p. 3.

GOBERT (M.), « La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée », *RTD civ.* 1992. 344.

GRANET (F.), « Perturbation dans la hiérarchie des normes juridiques », in *Le droit privé français à la fin du XX^{ème} siècle. Etudes offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 41.

GRANJON (D.), « Les questions préjudicielles », *AJDA* 1968. 93.

GUASTINI (R.), « Interprétation et description de normes », in *Interprétation et droit*, AMSELEK (dir.), Bruylant, PUAM, 1995, p. 98.

GUINCHARD (S.), « Le droit a-t-il encore un avenir à la Cour de cassation ? (Qui cassera les arrêts de la Cour de cassation ?) », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, p. 761.

HAMON (F.), « Quelques réflexions sur la théorie réaliste de l'interprétation », in *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006. p. 487.

HEBRAUD (P.), « Le juge et la jurisprudence », in *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 369.

HEMERY (B.), « Pour un contrôle de la dénaturation des faits par la Cour de cassation », in *La création du droit jurisprudentiel. Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Dalloz, 2007, p. 289.

HENRY (X.), « La motivation des arrêts et la technique du moyen. Propositions de réforme », *JCP G* 2010. 1134.

HERON (J.), « L'application des jugements dans le temps », in *Le temps et le droit, Actes du 4^{ème} Congrès international de l'Association internationale de méthodologie juridique*, Ed. Yvon Blais Inc., 1996, p. 248.

HERVIEU (A.), « Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle », *RRJ* 1989. 269.

HOURQUEBIE (F.), « L'emploi de l'argument conséquentialiste par les juges de *common law*, in *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruylant, 2012, p. 25.

HUBERT (P.), « L'étendue du contrôle de cassation : faut-il séparer « appréciation souveraine » et « qualification juridique des faits » ? », *RFDA* 1999. 112.

JAEGER (M.), « Notion et politique du revirement. Propos introductifs », in *Le revirement de jurisprudence en droit européen*, E. CARPANO (dir.), Bruylant, 2012, p. 25.

JAHEL (S.), « Les cours judiciaires suprêmes dans les pays du monde arabe et le modèle français de cour de cassation », in *Les cours judiciaires suprêmes dans le monde arabe*, Bruylant, 2001, en ligne sur internet : <http://www.cedroma.usj.edu.lb/>.

JEANTIN (M.), « Réformer la Cour de cassation », in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 464.

JEAMMAUD (A.), « La règle de droit comme modèle », *D.* 1990. 199.

JAUREGUIBERRY (A.), « L'influence des droits fondamentaux européens sur le contrôle *a posteriori* », *RFDA* 2013, p. 10.

JESTAZ (P.),

- « La jurisprudence : réflexion sur un malentendu », *D.* 1987. 14.
- « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre », *RTD civ.* 1996. 229.
- « Rapport de synthèse », in *L'inflation des avis en droit*, Economica, 1998, p. 125.
- « Source délicieuse...remarques en cascades sur les sources du droit », *RTD civ.* 1993. 73.
- « Doctrine et jurisprudence : cent ans après », *RTD civ.* 2002. 1.
- « La sanction, cette inconnue du droit », *D.* 1986. 197.

JUBAULT (C.), « Les codes de conduite privés », in *Le droit souple*, Dalloz, 2009, p. 27.

KALINOWSKI (G.), « Philosophie et logique de l'interprétation », *APD* 1972, tome 17, p. 39.

LASSERRE-KIESOW (V.), « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », *D.* 2006. 2279.

LEGEAIS (D.), « Les mutations de la norme : le renouvellement des sources du droit en question », in *Les mutations de la norme. Le renouvellement des sources du droit*, Economica, 2011, p. XI.

LEWKOWICZ (G.), XIFARAS (M.), « Introduction », in *Repenser le contrat*, Dalloz, 2009, p. 3.

LIBCHABER (R.),

- « Les articles 4 et 5 du Code civil ou les devoirs contradictoires du juge civil », in *Le titre préliminaire du code civil*, Economica, 2003, p. 143.
- « Qu'est-ce qu'une loi », *RTD Civ.* 1999. 242.
- « Réflexion sur le « désordre juridique français » », in *Une certaine idée du droit, Mélanges en l'honneur de André Decocq*, Litec, 2004.

LUXEMBOURG (F.), « La Cour de cassation, juge du fond », *D.* 2006. 2358.

MAINGUY (D.), « L'interprétation de l'interprétation », *JCP G*, 16 mai 2011, n° 20, p. 603.

MAIOLO (R.), « Certification : réelle avancée ou effet de mode », *Droit et patrimoine*, 2003, p. 16.

MALAURIE (P.), « La jurisprudence combattue par la loi », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 603.

- MALINVAUD (P.)**, « A propos de la rétroactivité de la jurisprudence », *RTD civ.* 2005. 312.
- MARTINAGE-BARANGER (R.)**, « Les idées sur la cassation au XVIII^{ème} siècle », *RDH* 1969. 275.
- MASSOT (J.)**, « La cassation », *AJDA* 1995. 200.
- MATHEY (N.)**, « Le code civil et le développement du droit vus par Raymond Saleilles », in *1804-2004 Le Code civil. Un passé, un présente, un avenir*, Dalloz, 2004.
- MAUCHAIR (S.)**, « La force normative de l'adage », in *La force normative, Naissance d'un concept*, Bruylant, 2009, p. 223.
- MAURY (J.)**, « Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit », in *Le droit privé français au milieu du XX^{ème} siècle, études offertes à Georges Ripert*, LGDJ, 1950, p. 49.
- MEKKI (M.)**, « Propos introductifs sur le droit souple », in *Le droit souple*, Dalloz, 2009 p. 16.
- MELLERAY (F.)**, « A propos de la rétroactivité de la jurisprudence, Réjouissant mai déroutant », *RTD civ.* 2005. 322.
- MOIZARD (N.)**, « La force normative de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail », in *La force normative, Naissance d'un concept*, Bruylant, 2009, p. 591.
- MOLFESSIS (N.)**,
- « La jurisprudence supra-constitutionem », *JCP G* 2010. 1039.
 - « Les revirements de jurisprudence », in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Economica, 2005, p. 145.
- MORVAN (P.)**, « En droit, la jurisprudence est source de droit », *RRJ* 2001. 95.
- MOULY (C.)**,
- « Le revirement pour l'avenir », *JCP G* 1994. I. 3776, p. 326.
 - « Les revirements de jurisprudence », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, La documentation française, 1994, p. 125.
- MOUSSY (P.)**, « Encore et toujours a propos de l'impartialité : lorsque la rigueur cède devant l'effet de mode », *DO* 2003. 48.
- NOREAU (P.)**, « De la force symbolique du droit », in *La force normative, Naissance d'un concept*, Bruylant, 2009, p. 137.

ODENT (B.), « Cassation civile et cassation administrative », in *Juger l'administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de D. Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 683.

OPPETIT (B.), « L'hypothèse du déclin du droit », *Droits*, n° 4, 1986, p. 527.

PERDRIAU (A.),

- « Le rôle disciplinaire du juge de cassation », *JCP G* 2002. I. 150.

- « Usage actuel des cassations sans renvoi », *JCP G* 2001. I. 334.

PERES (C.), « La réception du droit souple par les destinataires », in *Le droit souple*, Dalloz, 2009, p. 94.

PFERSMANN (O.), « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *RFDC* 2002. 283.

PONCELET (C.), « Ouverture », in *L'office du juge, Colloque organisé par le Pr Gilles DARCY, le Doyen Véronique LABROT et Mathieu DOAT les vendredi 29 et samedi 30 septembre 2006, Palais du Luxembourg, en ligne http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.pdf*, p. 9.

PONTHOREAU (M.-C.), « L'énigme de la motivation », in *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruylant, 2012, p. 8.

PORTALIS (J.-E.-M.), « Discours préliminaire sur le projet de code civil », in *Discours et rapports sur le code civil*, Presses Universitaires de Caen, 2010, p. 66.

PUIG (P.), « Hiérarchie des normes : du système au principe », *RTD civ.* 2001. 749.

QUINTAINE (G.), « Les notions juridiques et les outils langagiers de la science du droit », in *Les notions juridiques*, Economica, 2009, p. 5.

REMI (P.), « La part faite au juge », *Pouvoirs*, 2003, p. 22.

REMET (T.),

- « Rapport introductif », in *L'inflation des avis en droit*, Economica, 1998, p. 6.

- « La jurisprudence », in *Liber amicorum. Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 377.

RIBES (D.), « La motivation des décisions du Conseil d'État », in *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruylant, 2012, p. 194.

RIVERO (J.),

- « Le Conseil d'État, cour régulatrice », *D.* 1954. 157.

- « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *AJDA* 1968. 15.

RIVIER (M.-C.), V° « Juridiction », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 702.

ROLLAND (F.), « La motivation juridictionnelle et la Cour suprême du Royaume-Uni : suprématie judiciaire et suprématie parlementaire », in *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruylant, 2012, p. 235.

ROUBIER (P.), « L'ordre juridique et la théorie des sources du droit », in *Le Droit privé français au milieu du XXe siècle. Etudes offertes à Georges Ripert*, LGDJ, 1950, p. 9.

ROUVIERE (F.), « Le revers du principe. « Différence de nature (égale) différence de régime » », in *Le droit entre autonomie et ouverture, Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruylant, 2013, p. 415.

RUEDA (F.), « La motivation des décisions de la juridiction suprême du Royaume-Uni : une évolution dans la continuité », in *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruylant, 2012, p. 270.

SALEILLES (R.),

- « École historique et droit naturel », *RTD civ.* 1902. 80.
- « Le Code civil et la Méthode historique », in *Le code civil, 1804-1904, Livre du centenaire*, Dalloz, 2004, p. 104.
- « Préface » in F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1919, p. XIII.
- « Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit », *Rev. int. enseignement*, t. 19, 1890, p. 482.

SERIAUX (A.), « Le juge au miroir, l'article 5 du code civil et l'ordre juridictionnel français contemporain », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, Vol. 1, p. 176.

SIMONT (L.), « Tendances et fonctions actuelles du droit des contrats », in *Renaissance du phénomène contractuel*, LaHaye, Martinus Nijhoff, 1971, p. 489.

SINAY (H.), « La résurgence des arrêts de règlement », *D.* 1958. 15.

STAHL (J.-H.), « La cassation », *RA*, n° spécial, 1999, p. 83.

TERESI (L.), « Remarques sur la lecture des arrêts de cassation du Conseil d'État », *RFDA* 2010. 99.

TERRE (F.), « L'hétéarchie juridique », in *La création du droit jurisprudentiel, Mélanges en l'honneur de J. Boré*, Dalloz, 2007 p. 451.

THERY (J.-F.), « Les nouvelles procédures contentieuses au Conseil d'État », *RFDA* 1988, p. 710.

THIBIERGE (C.),

- « Le droit souple, réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.* 2003. 599.
- « Sources du droit, sources de droit : une cartographie », in *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 519.
- « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit », *APD* 2008. 341.
- « Synthèse », in *La force normative, Naissance d'un concept*, Bruylant, 2009, p. 794.

TOUFFAIT (A.), MALLET (L.), « La mort des attendus ? », *D.* 1968. 123.

TOUFFAIT (A.), TUNC (A.), « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment celles de la Cour de cassation », *RTD civ.* 1974. 501.

TOURNAFOND (O.), « Considérations sur les nouveaux arrêts de règlement », in *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 549.

TRICOT (D.), « L'élaboration d'un arrêt de la Cour de cassation », *JCP G* 2004. I. 108.

TROPER (M.),

- « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 133.
- « Réplique à Otto Pfersmann », *RFDC* 2002. 338.
- « L'interprétation constitutionnelle », in *L'interprétation constitutionnelle*, Dalloz, 2005, p. 16.
- « La liberté de l'interprète », in *L'office du juge, Colloque organisé par le Pr Gilles DARCY, le Doyen Véronique LABROT et Mathieu DOAT les vendredi 29 et samedi 30 septembre 2006, Palais du Luxembourg*, en ligne http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.pdf, p. 28.

TULKENS (F.), « Accélération du temps et sécurité juridique : poison et contre-poison ?, in *L'accélération du temps juridique*, P. Gérard, F. Ost, M. Van de Kerchove (dir.), Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2000, p. 469.

TULKENS (F.), VAN DE KERCHOVE (M.), «La justice pénale: justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée ?» in P. GÉRARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Publication des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1996, p. 529.

TUNC (A.),

- « La Cours suprême idéale », *RIDC* 1978. 462.
- « La Cour de cassation en crise », *APD*, tome 30, 1985, p. 157.

VANDERLINDEN (J.), « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique », *RRJ* 1993.

VIALA (A.),

- « De la dualité du *sein* et du *sollen* pour mieux comprendre l'autorité de la chose interprétée », *RDP* 2001. 793.
- « Aux sources de la controverse juridique, la force des mots », in *Interpréter et traduire, actes du colloque international des 25 et 26 novembre 2005*, Bruylant, 2007, p. 190.

VILLEY (M.), « Préface », *APD* 1972, tome 17, p. 3.

VOIRIN (P.), « Les revirement de jurisprudence et leurs conséquences », *JCP* 1959. I. 1467.

WALINE (M.), « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », in *Etudes en l'honneur de G. Scelle*, LGDJ, 1950, p. 629.

WALINE (M.), *RDP* 1949. 370.

WEBER (J.-F.), « La motivation des arrêts de la Cour de cassation », *Revue Lamy droit civil*, 1^{er} janvier 2012, n° 89, p. 70.

WEIL (P.), « Vers une normativité relative en droit international ? », *RGDIP* 1982. 5.

WIJFFELS (A.), « La motivation des décisions judiciaires », in *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruylant, 2012, p. 140.

WROBLEWSKI (J.), « L'interprétation en droit : théorie et idéologie », *APD* 1972, tome 17, p. 52.

ZENATI-CASTAING (F.),

- « Clore enfin le débat sur la jurisprudence aujourd'hui », *RTD civ.* 1992. 539.
- « La portée du développement des avis », in *L'inflation des avis en droit*, Economica, 1998, p. 106.
- « Un siècle de revue trimestrielle de droit civil, l'avenir des revues juridiques et la séparation de la théorie et la pratique », *RTD civ.* 2002. 705.
- « L'évolution des sources dans les pays de droit civil », *D.* 2002. 18.

- « La nature de la Cour de cassation », Conférence prononcée le 14 novembre 2002 en la Grand'Chambre de la Cour de cassation, *BICC*, 15/04/2003, n° 575.
- « La notion de divergence de jurisprudence », in *Les divergences de jurisprudence*, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2003, p. 53.
- « La motivation des décisions de justice et les sources du droit », *D.* 2007. 1553.
- « Pour un droit des revirements de jurisprudence », in *Le droit entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruylant, 2013, p. 506.

DROIT JUDICIAIRE

AMSELEK (P.), « Les vicissitudes de la compétence juridictionnelle en matière d'atteintes administratives à la liberté individuelle », *RDP* 1965. 801.

BANDRAC (M.), « De l'acte juridictionnel et de ceux des actes du juge qui ne le sont pas », in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 2000, p. 171.

BOITEAU (C.), « Recours en appréciation de légalité et pouvoirs du juge administratif », *D.* 2004. 1186.

BRETON (A.), « Question préjudicielle », *Rép. Pr. Civ.*, Dalloz, 1980, p. 70.

CASSIA (P.), « Vers une action collective en droit administratif », *RFDA* 2009. 663.

CHAPUS (R.), « Qu'est-ce qu'une juridiction ? », in *Mélanges Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, p. 265.

CHEVALLIER (J.), « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 288.

DONNAT (F.), « Abandon de la jurisprudence Septfonds : le droit de l'Union en demandait-il tant ? », *D.* 2011. 3048.

DUPRE DE BOULOIS (X.), « Exception d'inconventionnalité des règlements administratifs : la Cour persiste et signe », *RFDA* 2008. 499.

ENCINAS DE MUNAGORRI (R.),

- « La recevabilité d'une expertise scientifique aux États-Unis », *RIDC* 1999, vol. 51, n° 3, p. 621.
- « Quel statut pour l'expert ? », *RFAP* 2002, n° 103, p. 379.

GAUDEMET (Y.), « Les questions préjudicielles devant les deux ordres de juridiction », *RFDA* 1990. 769.

GHESTIN (J.), « la Cour de cassation s'est prononcée contre la requalification des contrats d'assurance vie en contrat de capitalisation », *JCP G* 2005. I. 111.

GOHIN (O.), « Qu'est-ce qu'une juridiction pour le juge français ? », *Droits* 1989, n° 9, p. 93.

MOURY (J.), « De quelques aspects de l'évolution de la *jurisdictio* en droit judiciaire privé », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1996, p. 299.

PRADEL (J.), « L'expertise psychiatrique », in *L'expertise*, Dalloz, 1995, p. 11.

SEILLER (B.), « Questions préjudicielles », *Rép. Cont. Adm.* 2006, p. 2.

TOURIN (J.), **NUSSEMBAUM** (M.), « L'expertise financière », in *L'expertise*, Dalloz, 1995, p. 35.

VINCENT (J.), « Quelques réflexions sur la compétence exclusive des juridictions civiles », in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales, 1981, p. 917.

WIEDERKEHR (G.), « Qu'est ce qu'un juge », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1996, p. 575.

TRIBUNAL DES CONFLITS

AMRANI-MEKKI (S.), « La procédure de jugement devant le Tribunal des conflits », in *Le Tribunal des conflits, Bilan et perspectives*, P. GONOD, L. CADIET (dir.), Dalloz, 2009, p. 90.

AUBY (J.-M.), « Le décret du 25 juillet 1960 portant réforme de la procédure des conflits d'attribution », *AJDA* 1961.1.

BARGUE (P.), « Introduction », in *Le Tribunal des conflits, Bilan et perspectives*, P. Gonod, L. Cadiet (dir.), Dalloz, 2009, p. 17.

CHABANOL (D.), « Faut-il brûler le Tribunal des conflits », *AJDA* 1998. 736.

GABOLDE (C.), « Un projet de réforme de la juridiction des conflits », *Rev. Adm.*, 1952, p. 588.

GONOD (P.), « Rapport introductif », in *Le Tribunal des conflits, Bilan et perspectives*, P. Gonod, L. Cadiet (dir.), Dalloz, 2009, p. 3.

GRAZIER (F.), « Réflexions sur les symétries et dissymétries du Tribunal des conflits », *RFDA* 1990. 745.

LANGAVANT (E.), « Le Tribunal et le conflits de jurisprudence », *AJDA* 1956.17.

LINDON (R.), « Pour diminuer et simplifier les conflits de compétence », *JCP* 1956. I. 1300.

MARTIN (P.), « Rapports introductifs », in *Le Tribunal des conflits, Bilan et perspectives*, P. Gonod, L. Cadiet (dir.), Dalloz, 2009, p. 10.

MAZARS (M.-F.), « Table ronde », in *Le Tribunal des conflits, Bilan et perspectives*, P. Gonod, L. Cadiet (dir.), Dalloz, 2009, p. 47.

PACTEAU (B.), « Contributions », in *Rapport annuel du Tribunal des conflits pour 2005*, non publié, en ligne sur http://www.tribunal-conflits.fr/documents/rapports-annuels/rapport_tc_2005.pdf, p. 32.

PETIT (S.), « La prévention des conflits négatifs de compétence devant le Tribunal des conflits », *JCP G*, 19 mai 2004, n° 21, p. 963.

PIWNICA (E.), « Table ronde », in *Le Tribunal des conflits, Bilan et perspectives*, P. Gonod, L. Cadiet (dir.), Dalloz, 2009, p. 97).

RIVERO (J.), « Sur la réforme du contentieux administratif », *D.* 1951, chron., p. 163 et s, spéc. p. 166.

ROUAULT (M.-C.), « Le Tribunal des conflits pouvait-il se prononcer sur la question renvoyée par le Conseil d'État, dans la mesure où la juridiction judiciaire s'était déclarée compétente par une décision définitive ? », *JCP A* 2011, n° 16, p. 34.

SAUVE (J.-M.), « Rapport introductif à la seconde partie », in *Le Tribunal des conflits, Bilan et perspectives*, P. Gonod, L. Cadiet (dir.), Dalloz, 2009, p. 55.

SCHULTZ (P.), « La fonction d'arbitrage des compétences juridictionnelles par le renvoi des Cours souveraines au Tribunal des conflits », *RDP* 1994. 767.

SEILLER (B.), « La saisine du Tribunal des conflits », in *Le Tribunal des conflits, Bilan et perspectives*, P. Gonod, L. Cadiet (dir.), Dalloz, 2009, p. 70.

VEDEL (G.), « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein », *JCP* 1948. I. 682.

WAQUET (P.), « Regard sur le Tribunal de conflits », *D.* 2002. 742.

DEMANDES D'AVIS

ASHWORTH (A.), « Singularité et tradition : l'article 12 de la loi du 31 décembre 1987 », *RDP* 1990. 1489.

BELRHALI-BERNARD (H.), « Les avis contentieux du Conseil d'État : remarques sur vingt années de pratique », *AJDA* 2010. 364.

BORE (J.), « La Cour de cassation de l'an 2000 », *D.* 1995. 133

BRENET (F.), **CLAEYS (A.)**, « La procédure de saisine pour avis du Conseil d'État : pratique contentieuse et influence en droit positif », *RFDA* 2002. 525.

BUFFET (J.), « La saisine pour avis de la Cour de cassation, exposé devant les premiers présidents de cours d'appel réunis à la Cour de cassation le 29 mars 2000 », www.courdecassation.fr.

CADIET (L.), « Droit judiciaire privé », *JCP* 1992. I. 3587, p. 247.

CASTAING (C.), « Les procédures civile et administrative confrontées aux mêmes exigences du management de la justice », *AJDA* 2009. 913.

CHAPUS (R.), « Les aspects procéduraires », *AJDA* 1988. 94.

CHAUVIN (P.), « La saisine pour avis », in *Rapport de la Cour de cassation pour 1993*, Documentation française, 1994, p. 54.

COEURET (C.), « Loi n° 91-491 du 15 mai 1991 modifiant le code de l'organisation judiciaire et instituant la saisine pour avis de la Cour de cassation », *RTD Civ.* 1991. 615.

COMBREXELLE (J.-D.), « La loi du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif », *Gaz. Pal.*, 1988, p. 233.

DARNANVILLE (H.-M.), « La saisine pour avis du Conseil d'État et de la Cour de cassation », *AJDA* 2001. 416.

FRANC (M.), « Commentaire sur une réforme », *AJDA* 1988. 83.

GAUDEMET (Y.), « La prévention du contentieux administratif par les avis du Conseil d'État », *RA*, n° spécial 1999, p. 98.

GAVALDA (C.), « La question d'interprétation du Traité de Rome ne peut donner lieu à avis de la part de la Cour de cassation », *D.* 1993. 196.

HOEPFFNER (H.), « Les avis du Conseil d'État. Essai de synthèse », *RFDA* 2009. 895.

JULIEN (P.), « Dès lors que la Cour de cassation est saisie d'un pourvoi sur une question, il n'y a pas lieu pour elle de rendre un avis sur une même question », *D.* 1993. 188.

KEROMNES (G.), « La saisine pour avis de la Cour de cassation, examen des conditions de recevabilité des demandes », *Gaz. Pal.*, 1997, p. 1571.

LABETOULLE (D.), « Ni monstre, ni appendice : le « renvoi » de l'article 12 », *RFDA* 1988. 214.

LIBCHABER (R.), « La saisine pour avis, une procédure singulière dans le paysage jurisprudentiel », *RTD civ.* 2003. 157.

MARTIN (R.), « Des premiers avis de la Cour de cassation en matière de crédit à la consommation », *JCP E* 1992. I. 207, p. 25.

MARTIN-LAPRADE (B.), « Le filtrage des pourvois et les avis contentieux », *AJDA* 1988. 89.

MOLFESSIS (N.), « Les avis spontanés de la Cour de cassation », *D.* 2007. 37.

MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD (A.-M.), « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *JCP* 1992. I. 3276, p. 176.

OPPETIT (B.),

- « La résurgence du rescrit », *D.* 1991. 105.

- « Les réponses ministérielles aux questions écrites des parlementaires et l'interprétation des lois », *D.* 1974, chron., p. 111.

PELLETIER (C.), « Quinze ans après : l'efficacité des avis de la Cour de cassation », in *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 429.

ROUHETTE (G.), « Une fonction consultative pour la Cour de cassation », in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, p. 343.

WASS (R.), « L'influence contentieuse des « avis sur des questions de droit » », *LPA*, 22 avril 2011, n° 80, p. 3.

ZENATI-CASTAING (F.), « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *D.* 1992. 252.

ANDENAS (M.), BJORGE (E.) « Juge national et interprétation évolutive de la Convention européenne des droits de l'homme », *RDP* 2011 p. 997.

ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), « L'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme vue par le Conseil d'État », *RFDA* 1998. 978.

BENOIT-ROHMER (F.), « Il faut sauver le recours individuel », *D.* 2003. 2588.

COSTA (J.-P.),

- « Le recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'homme s'apparente-t-il à un pourvoi en cassation ? », *in La création du droit jurisprudentiel, Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Dalloz, 2006, p. 97.
- « Quelques réflexions sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative au retrait d'un pourvoi au rôle de la Cour de cassation », *in Justice et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 671.

DE GOUTTES (R.), « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur la Cour de cassation », *Gaz. Pal.*, 12 juin 2007, n° 163, p. 19.

DEUMIER (P.), « L'avènement des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme au visa des arrêts de la Cour de cassation », *RTD civ.*, 2007, p. 536.

FLAUSS (J.-F.), « Faut-il transformer la Cour européenne des droits de l'homme en juridiction constitutionnelle ? », *D.* 2003. 1638.

GOURON-MAZEL (A.), « La Cour de cassation face à la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G* 1993. I. 3937.

LANDAIS (C.), LENICA (F.), « La réception de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme par le Conseil d'État », *DA.* 2005. n° 10.

MAKARCZYK (J.), « Protocole n°11 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : notes de lecture », *in Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Pedone, 1999, p. 439.

MARGUENAUD (J.-P.), « La reconnaissance par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation de l'autorité interprétative des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ou : la révolution du 15 avril », *RTD civ.* 2011. 725.

NORMAND (J.), « La subsidiarité de la Convention européenne des droits de l'Homme devant la Cour de cassation », *in La procédure en tous ses états, Mélanges en l'honneur de Jean Buffet*, Montchrestien, 2004, p. 357.

PETTITI (C.), « Le réexamen d'une décision pénale française après un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme : la loi française du 15 juin 2000, *RTDH*, 2001, p. 3.

RENUCCI (J.-F.), « Les décisions rendues par le Cour européenne des droits de l'homme n'ont aucune incidence directe en droit interne sur les décisions des juridictions nationales », *D.* 1995. 80.

SUDRE (F.), « L'interprétation dynamique de la Cour européenne des droits de l'homme », in *L'office du juge, Colloque organisé par le Pr Gilles DARCY, le Doyen Véronique LABROT et Mathieu DOAT les vendredi 29 et samedi 30 septembre 2006, Palais du Luxembourg*, en ligne http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.pdf, p. 224.

DROIT CONSTITUTIONNEL

Article non signé : « Guerre des juges autour de la réforme du Conseil constitutionnel », *Les Échos*, 28 avril 2010.

AGUILA (Y.), « Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle », *RFDC* 1995. 4.

ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), « De l'autorité à l'effectivité des décisions du Conseil constitutionnel. De quelques paradoxes de l'usage du formalisme et du pragmatisme juridiques », *Politeia*, 2003, n° 4, p. 30.

ARRIGHI DE CASANOVA (J.), « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel vue du Conseil d'État », *NCCC* 2011, n° 30, p. 27.

BAUD (O.), « Michel Troper et la séparation des pouvoirs », *Droits*, 2003, n° 37, p. 149.

BON (P.), « La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009 », *RFDA* 2009. 1107.

BON (P.), « La question d'inconstitutionnalité en Espagne », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, p. 123.

BORZEIX (A.), « La question prioritaire de constitutionnalité : exception de procédure ou question préjudicielle ? », *Gaz. Pal.*, 2 mars 2010, n° 61, p. 18.

BOUCHER (J.), **BOURGEOIS-MACHUREAU (B.)**, « Les réserves d'interprétation « par ricochet » : retour sur l'étendue de l'autorité de la chose jugée des décisions du Conseil constitutionnel », *AJDA* 2007. 2130.

BURGORGUE-LARSEN (L.), « Question préjudicielle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité, État des lieux de leurs liaisons (éventuellement dangereuses) dans le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61 § 1 de la Constitution », *RFDA* 2009. 787.

CANIVET (G.), « La mise en place de la révision constitutionnelle en France et la question préjudicielle de constitutionnalité », Visite au Tribunal Constitutionnel espagnol, Madrid, 2-4 avril 2009, www.conseilconstitutionnel.fr

CARCASSONE (G.),

- « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision 74-54 DC du 15 janvier 1975, *CCC* 1999. 93.
- « Le parlement et la QPC », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, p. 73.

CARCASSONE (G.), **MOLFESSIS (N.)**, « la Cour de cassation à l'assaut de la question prioritaire de constitutionnalité », *Le Monde*, 23 avril 2010.

CASSIA (P.),

- « Le renvoi préjudiciel en appréciation de constitutionnalité, une « question » d'actualité », *RFDA* 2008. 877.
- « Question sur le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité », *AJDA* 2009. 2193.

CHAVAUX (D.), « L'exception d'inconstitutionnalité, 1990-1999 : réflexions sur un retard », *RDP*, 2009, p. 566.

COLLIARD (J.-C.), « Un nouveau Conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, p. 155.

CROZE (H.), « La question prioritaire de constitutionnalité. Aspects procéduraux, *JCP G*, 1^{er} mars 2010, p. 269.

DE BECHILLON (D.),

- « Elargir la saisine du Conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, 2003, n° 105, p. 103.
- « Cinq cours suprêmes. Apologie (mesurée) du désordre », *Pouvoirs*, 2011, p. 33.

DE LAMY (B.),

- « Les principes constitutionnels dans la jurisprudence judiciaire. Le juge judiciaire, juge constitutionnel », *RDP* 2002. 781.
- « Brèves observations sur la question préjudicielle de constitutionnalité en attendant la loi organique », *D.* 2009. 177.

DESAULNAY (O.), « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel vue par la Cour de cassation », *NCCC* 2011, n° 30, p. 46.

DEUMIER (P.), « La jurisprudence des juges du fond et l'interprétation constitutionnelle conforme des cours suprêmes », *RTD civ.* 2011. 495.

DI MANNO (T.), « Les décisions de constitutionnalité précaires en Italie et en France », in *La communicabilité entre les systèmes juridiques, Liber Amicorum*, Jean-Claude Escarras, Bruylant, 2005, p. 203.

DUHAMEL (O.), « La QPC et les citoyens », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, p. 188.

DUTHEILLET DE LAMOTHE (O.), « L'autorité de l'interprétation constitutionnelle », Intervention prononcée à la Table ronde organisée par l'AIDC les 15 et 16 octobre 2004 à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV sur l'interprétation constitutionnelle, en ligne : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/autorite.pdf

FATIN-ROUGE STEFANNI (M.), « La question préjudicielle de constitutionnalité en droit comparé », *AIJC* 2007. 11.

FAVOREU (L.),

- « Légalité et constitutionnalité », *CCC* 1997, n° 3, p. 73.
- « L'application de l'article 62, alinéa 2, de la Constitution par la Cour de cassation », *D.* 2001. 2683.
- « La Cour de cassation, le Conseil constitutionnel et la responsabilité pénale du président de la République », *D.* 2001. 3365.

FAVOREU (L.), **RENOUX (T.-S.)**, « Constitutionnalité des actes administratifs », *Rép. Cont. Adm.* Dalloz, Tome I, 1992, p. 24.

FELDMAN (J.-P.), « La séparation des pouvoirs et le constitutionnalisme », *RFDC* 2010. 483.

FRAISSE (R.), « Le Conseil constitutionnel et l'autorité des décisions juridictionnelles en 2004 et 2005 », en ligne : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/cc_autorite_decisions_rfraisse_070206.pdf, p. 3.

FROMONT (M.), « La jurisprudence constitutionnelle de la Cour de cassation », in *Constitution et finances publiques, Etudes en l'honneur de Loïc Philip*, Economica, 2005, p. 75.

FRAISSE (R.), « La chose jugée par le Conseil constitutionnel dans les motifs et le dispositif de ses décisions et la QPC », *NCCC* 2011, n° 30, p. 77.

GAHDOUN (P.-Y.),

- « Repenser la priorité de la QPC », *RDP* 2010. 1731.
- « Argumenter la question prioritaire de constitutionnalité », in *La question prioritaire de constitutionnalité*, Gazette du palais, 2010, p. 85.

GROSHEN (J.-C.), « L'exception d'inconstitutionnalité : un chantier difficile. A propos du Conseil constitutionnel », *RDP* 2009. 588.

GENEVOIS (B.),

- « Une catégorie de principes à valeur constitutionnelle : les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », *RFDA* 1998. 484.
- « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision 74-54 DC du 15 janvier 1975, *CCC* 1999. 101.
- « Le contrôle *a priori* de constitutionnalité au service du contrôle *a posteriori* », *RFDA* 2010. 1.

GUILLAUME (M.),

- « Commentaire de la décision 2010-605 DC », *CCC*, 2010, n° 29, p. 9.
- « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel : vers de nouveaux équilibres ? », *NCCC* 2011, n° 30, p. 68.
- « Le règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité », *LPA*, 23 février 2010, n° 38, p. 9.

GREWE (C.), « Le contrôle de constitutionnalité de la loi en Allemagne : quelques comparaisons avec le système français », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, p. 143.

KNIES (S.), « L'autorité de la décision du Conseil constitutionnel », *LPA*, 23 octobre 2009, n° 212, p. 20.

LAVROFF (D.-G.), « Le Conseil constitutionnel et la norme constitutionnelle », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gustave Peiser*, Presse Universitaires de Grenoble, 1995, 347.

LE POURHIET (A.-M.), « L'injustice constitutionnelle », in *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 223.

LUCHAIRE (F.), « Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction ? », *RDP* 1979. 27.

MATHIEU (B.),

- « Pour une reconnaissance de l'autorité de chose interprétée par le Conseil constitutionnel. A propos des quotas par sexe dans les jurys de concours de la fonction publique », *D.* 2003. 1507.
- « Trois raisons pour adopter l'exception d'inconstitutionnalité », *Les Echos*, 19 février 2008, p. 19.
- « La question de constitutionnalité. Quelles lois ? Quels droits fondamentaux ? », *LPA*, 2009, n° 126, p. 18.

- « La question prioritaire de constitutionnalité : une nouvelle voie de droit », *JCP G* 2009. 602.
- « Neuf mois de jurisprudence relative à la QPC. Un bilan », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, p. 64.

MAZIAU (N.), « Brefs commentaires sur la doctrine du droit vivant dans le cadre du contrôle incident de constitutionnalité », *D.* 2011. 529.

MILLET (F.-X.),

- « L'exception d'inconstitutionnalité en France ou l'impossibilité du souhaitable ? Réflexion à travers le prisme de l'interprétation constitutionnelle authentique », *RDP* 2008. 1305.
- « Pour l'introduction d'un article 234 dans la Constitution française », *LPA*, 22 avril 2009, n° 80, p. 4.
- « Le dialogue des juges à l'épreuve de la QPC », *RDP* 2011. 1729.
- « Réflexions sur la notion de protection équivalente des droits fondamentaux », *RFDA* 2012. 307.

MOLFESSIS (N.), « La résistance immédiate de la Cour de cassation à la QPC », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, p. 86.

MORTIER (R.), « L'article 1843-4 du Code civil et la question préjudicielle de constitutionnalité », *Bull. Joly Sociétés*, 2011, n° 5, p. 366.

PARDINI (J.-J.), « Question prioritaire de constitutionnalité et question incidente de constitutionnalité italienne : ab origine fidelis », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, p. 101.

PERRIER (J.-B.),

- « La Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité : de la réticence à la diligence », *RFDC* 2010. 793.
- « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité », *RFDA* 2011. 711.

PIWINCA (E.), « L'appropriation de la question prioritaire de constitutionnalité par ses acteurs », *Pouvoirs* 2011. 173.

PUIG (P.), « La question de constitutionnalité : prioritaire mais pas première... », *RTD civ.* 2010. 66.

RENOUX (T.),

- « L'exception telle est la question », *RFDC* 1990. 652.

- « La « doctrine Gicquel » : le Conseil constitutionnel, expression du pouvoir juridictionnel », *in Constitutions et Pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, LGDJ, 2008, p. 437.

ROGER (P.), « La Cour de cassation surprend sur la question prioritaire de constitutionnalité », *Le Monde*, 23 avril 2010.

ROUSSEAU (D.),

- « Faut-il une Cour constitutionnelle pour contrôler la constitutionnalité des lois ? », *in Constitutions et Pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, LGDJ, 2008, p. 465.
- « La question préjudicielle de constitutionnalité : une belle question ? », *LPA*, 2009, n° 126, p. 7.
- « L'art italien au Conseil constitutionnel : les décisions des 6 et 14 octobre 2010 », *Gaz. Pal.*, 21 octobre 2010, n° 294, p. 12.
- « Le procès constitutionnel », *Droits*, 2011, n° 37, p 53.
- « La Cour à ses raisons, la raison les siennes ! », *Gaz. Pal.*, 31 mai 2011, n° 151, p. 7.

ROUX (A.), « Le nouveau Conseil constitutionnel. Vers la fin de l'exception française ? », *JCP G* 2008. I. 175.

SCELLE (G.), « Le droit constitutionnel international », *in Mélanges R. Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, p. 514

SCHRAMECK (O.), « La décision du 13 août 1993 : impressions et leçons d'un tonnerre estival », *NCCC* 2008, n°25. En ligne sur <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-25/la-decision-du-13-aout-1993-impressions-et-lecons-d-un-tonnerre-estival.51705.html>

STAHL (J.-H.), « La longue marche de l'exception d'inconstitutionnalité », *in Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, p. 998.

TUSSEAU (G.), « La fin d'une exception française », *Pouvoirs*, 2011, p. 5.

VALLEE (L.), « Inconstitutionnalité négative et question préalable de constitutionnalité », *AJDA*. 2009. 1585.

VERPEAUX (M.),

- « Rappel des normes de référence dans le contrôle effectué par le Conseil sur la loi "Droit d'auteur" », *JCP G*, 2007, p. 34.
- « Question préjudicielle et renouveau constitutionnel », *AJDA* 2008. 1879.

- « Le question préjudicielle et le projet de loi organique », *AJDA* 2009. 1474.
- « La question préjudicielle de constitutionnalité et le projet de loi organique », *AJDA* 2009. 1474.
- « Brèves considérations sur l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel », *NCCC*, 2011, n° 30, p. 21.

VIALA (A.), « De la puissance à l'acte : la QPC et les nouveaux horizons de l'interprétation conforme », *RDP* 2010. 965.

ZAGREBELSKY (G.), « Aspects abstraits et aspects concrets du contrôle de constitutionnalité des lois en Italie », *LPA*, 25 juin 2009, n° 126, p. 12.

DROIT DE L'UNION EUROPEENNE

ALEXANDER (W.), « Questions préjudicielles : l'application récente de l'article 177 CEE par la Cour de Justice et par les juridictions nationales », *CDE* 1965. 67.

AZOULAI (L.), « Les formes de la sanction juridictionnelle », in *Les sanctions contre les États en droit communautaire*, Pedone, 2006, p. 17.

BAQUERO CRUZ (J.), « La procédure préjudicielle suffit-elle à garantir l'efficacité et l'uniformité du droit de l'Union européenne ? », in *L'autorité de l'Union européenne*, Bruylant, 2006, p. 246.

BARAV (A.),

- « La plénitude des compétences du juge national en sa qualité de juge communautaire », in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, 1991, p. 1.
- « Une anomalie préjudicielle », in *Cinquante ans de droit communautaire. Mélanges en hommage à Guy Isaac*, Presses Universitaires des sciences sociales de Toulouse, 2004, p. 773.
- « Déformations préjudicielles », in *Promenades au sein du droit européen. Mélanges en hommage à Georges Vandensanden*, Bruylant, 2008, p. 21.

BARBATO (J.-C.), « Le droit communautaire et les recours internes exercés contre les ordonnances de renvoi », *RTDE* 2009. 267.

BEER (G.), « Examen en validité au titre de l'article 177 du traité C.E.E. et cohésion juridique de la Communauté », *CDE* 1975. 380.

BERR (C.-J.), « L'insertion dans les procès français du mécanisme européen des questions préjudicielles », *JCP* 1967. I. 2060.

BOSSUAT (G), Entretien avec M. GAUDET réalisé le 10/01/1998 et déposé aux archives européennes de Florence dans le cadre d'un programme d'archive des fondateurs de l'Union européenne. En ligne sur <http://www.eui.eu/HAEU/OralHistory/pdf/INT603.pdf>.

BOTELLA (A.-S.), « La responsabilité du juge national », *RTDE* 2004. 283.

BROBERG (M.) **FENGER** (N.), « L'application de la doctrine de l'acte *clair* par les juridictions des États membres », *RTDE* 2011. 861.

CANS (C.), « Le Conseil d'État, juge du droit communautaire de l'environnement : permanences et mutations », *Gaz. Pal*, 12 février 2009 n°43.

CASSIA (P.), **VON COESTER** (S.), « L'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne par le juge national », *JCP G* 2012, doct. p. 298.

CHATIEL (F.), « L'application du droit communautaire par le juge national », in *Mélanges en hommage à G. Isaac*, Presses universitaires des sciences sociales de Toulouse, 2004, p. 843.

COLLIARD (C.-A.), « L'obscur clarté de l'article 37 du Traité de communauté économique européenne », *D.* 1964. 263.

COUZINET (J.-F.), « Le renvoi en appréciation de validité devant la Cour de Justice des Communautés Européennes », *RDE* 1976. 653.

DUMON (F.), « La Cour de justice des Communautés européennes et les juridictions des États membres. Travaux de la Commission de droit international de l'Union internationale des magistrats », *RIDC* 1962. 369.

DELVOLVE (J.-L.), « Le pouvoir judiciaire et le Traité de Rome ou la diplomatie des juges », *JCP* 1968. I. 2184.

DIEU (F.), « Le Conseil d'État face à l'autorité des interprétations données par la CJCE dans le cadre d'un renvoi préjudiciel : une position délicate », *RTDE* 2007. 473.

DUBOUT (E.), « Le « contentieux de la troisième génération » ou l'incomplétude du système juridictionnel communautaire », *RTDE* 2007.

EISENGRABER (A.), « Les institutions européennes dans le gouvernement des juges », in *Interprétation en droit européen*, LGDJ, 2011, p. 83.

GENEVOIS (B.), « L'application du droit communautaire par le Conseil d'État », *RFDA* 2009. 201.

GERBET (P.), « La genèse du plan Schuman. Des origines à la déclaration du 9 mai 1950 », *Revue française de science politique*, 1956, p. 525.

HAY (P.), « Une approche politique de l'application de l'article 177 du traité CEE par les juridictions nationales », *CDE* 1971. 503.

JEANTET (J.-C.), « Originalité de la procédure d'interprétation du traité de Rome. A propos de l'application de l'article 177 C.E.E. », *JCP* 1966. I. 1987.

JUILLARD (P.), « Procédure des questions préjudicielles et renforcement du lien communautaire », *RDE* 1968. 293.

LABAYLE (H.),

- « La Cour de justice des Communautés et les effets d'une déclaration d'invalidité », *RTDE* 1982. 484.
- « Architecte ou spectatrice ? La Cour de justice de l'Union dans l'Espace de liberté, sécurité et justice », *RTDE* 2006. 1.

LAGRANGE (M.),

- « L'ordre juridique de la C.E.C.A. vu à travers la jurisprudence de la Cour de justice », *RDP* 1958. 851.
- « Cour de justice européenne et tribunaux nationaux. La théorie de l'acte clair : pomme de discorde ou trait d'union ? », *Gaz. Pal.*, 1971, p. 130.
- « L'action préjudicielle dans le droit interne des États membres en droit communautaire », *RTDE* 1974. 286.
- « La Cour de justice des communautés européennes : du plan Schuman à l'Union européenne », *RDE* 1978. 2.

LASSERRE-KIESOW (V.), « Les Livres verts et les Livres blancs de la commission européenne », in *Le droit souple*, Dalloz, 2009, p. 75.

LE TALLEC (G.), « La Cour de cassation et le droit communautaire », in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, p. 363.

MATHISEN (P.), « Le début : la Cour CECA », in *La Cour de justice des communautés européennes 1952-2002 : Bilan et perspectives*, Bruylant, 2004, p. 7.

MONJAL (P.-Y.), « La nouvelle donne du renvoi préjudiciel : entre coopération et sanction », *LPA*, 5 août 1996, n° 94, p. 8.

NOURISSAT (C.),

- « La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes : un regard privatiste à partir de l'actualité », *APD* 2006, tome 50, p. 248.
- « Responsabilité de l'État et interprétation du droit communautaire par le juge », *Procédures*, n°6, Juin 2007, comm. p. 139.

PEPY (A.),

- « Essai d'une vue d'ensemble sur l'application de l'article 177 du Traité de Rome », *D.* 1964. 9.
- « Le rôle de la Cour de justice des communautés européennes dans l'application de l'article 177 du traité de Rome », *CDE* 1965. 459.
- « Le rôle des juridictions nationales dans l'application de l'article 177 du Traité CEE », *CDE* 1966. 459.

PERROT (D.), « La Cour de justice des communautés européennes face aux questions préjudicielles en interprétation du droit communautaire », in *Mélanges en l'honneur de B. Vonlgis*, L'Harmattan, 2000, p. 299.

PERTEK (J.), « Renvoi préjudiciel », in Dictionnaire juridique des communautés européennes, PUF, 1993, en ligne : http://fdv.univ-lyon3.fr/mini_site/cee/Dico/RENOI_PREJUDICIEL.pdf.

PESCATORE (P.), « Les travaux du "groupe juridique" dans la négociation des traités de Rome », *Revue d'histoire luxembourgeoise*, 1982, n° 2, p. 34. Egalement en ligne sur <http://www.cvce.eu/viewer/-/content/1d333821-00f1-495a-ba5b-305a2a2536d3/fr>.

POUYAUD (D.), « La responsabilité du fait du contenu d'une décision juridictionnelle », *RFDA* 2008. 1178.

PUISSOCHET (J.-P.), TIMMERMANS (C.), « Rapport pour le colloque 2004 de l'Association des Conseils d'État et des juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne », <http://www.juradmin.eu/colloquia/2004/coce.pdf>.

SAUVE (J.-M.), « Vingt ans après...l'arrêt Nicolo », *Gaz. Pal.*, 12 février 2009, n° 43, p. 5.

SIMON (D.),

- « L'effet dans le temps des arrêts préjudiciels de la Cour de justice des Communautés européennes : enjeu ou prétexte d'une nouvelle guerre des juges ? », in *Du droit international au droit de l'intégration, liber amicorum Pierre Pescatore*, Nomos, 1987, p. 662.
- « La légitimité du juge communautaire », in *L'office du juge, Colloque organisé par le Pr Gilles DARCY, le Doyen Véronique LABROT et Mathieu DOAT les vendredi 29 et samedi 30 septembre 2006, Palais du Luxembourg*, en ligne http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.pdf, p. 458.
- « Le Conseil d'État et le droit communautaire : d'une posture de « droit comparé » à une posture de « droit partagé » », *Europe*, 2008, n° 8, Alerte 42.

TINIÈRE (R.), « Les revirements de jurisprudence de la CJUE dans le domaine de la protection des droits fondamentaux », in *Le revirement de jurisprudence en droit européen*, E. CARPANO (dir.), Bruylant, 2012, p. 145.

VANDERSANDEN (G.), « La procédure préjudicielle : à la recherche d'une identité perdue », in *Mélanges en hommage à M. WAELBROECK*, Bruylant, 1999, p. 619.

DIALOGUE DES JUGES
ARTICULATION DES NORMES

ALBERTON (G.), « Peut-on encore dissocier exception d'inconstitutionnalité et exception d'inconventionnalité ? », *AJDA* 2008. 967.

ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.),

- « La prise en compte de la Convention européenne des droits de l'homme par le Conseil constitutionnel, continuité ou évolution ? », CCC, 2005, en ligne : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouv_eaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-18/cahiers-du-conseil-constitutionnel-n-18.51916.html
- « L'autorité de la chose interprétée et le dialogue des juges », in *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, p. 15.
- « La conception des libertés par le Conseil constitutionnel et par la Cour européenne des droits de l'homme », *NCCC* 2011, n° 32, p. 19.

BEIGNER (B.), « La Constitution et la Convention européenne des droits de l'homme, rang et fonction », *D.* 2001. 1636.

BERGER (V.), « Les cours constitutionnelles et la Cour européenne des droits de l'homme », *NCCC*, 2011, n° 32, p. 7.

BURGORGUE-LARSEN (L.), « De l'internationalisation du dialogue des juges. Missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, p. 95.

CASSIA (P.), **SAULNIER-CASSIA (E.)**, « Rapports entre la Constitution et le droit communautaire », *DA* 2006. 31.

CHATIEL (F.),

- « Nouvelle précision sur les rapports entre le droit constitutionnel et le droit communautaire. La décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006 sur la loi relative aux droits d'auteurs », *RFDC* 2006, p. 837.

- « Le dialogue des juges se poursuit sur la question prioritaire de constitutionnalité, LPA, 1er juin 2010, n° 108, p. 8.

COUTRON (L.), GAHDOUN (P.-Y.), « Premier renvoi préjudiciel du Conseil constitutionnel à la Cour de justice de l'Union européenne : une innovation aux implications incertaines. (A propos de la décision « mandat d'arrêt européen » du Conseil constitutionnel du 4 avril 2013), RDP 2013. 1212.

DE LA ROSA (S.), « L'article 6§1 de la Convention européenne, le Conseil constitutionnel et la question préjudicielle de constitutionnalité », *RFDC* 2009. 817.

DERRIEN (A.), « Dialogue et compétition des cours suprêmes ou la construction d'un système juridictionnel », *Pouvoirs* 2003, n°105, p. 41.

DOMINGO (M.), « Question prioritaire de constitutionnalité et question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne », *RFDA* 2010. 445 ;

DOMINO (X.), BRETONNEAU (A.), « Les suites de la QPC : histoire et géographie du dialogue des juges », *AJDA* 2011. 1136.

DUTHEILLET DE LAMOTHE (O.), « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 315.

FLAUSS (J.-F.), « L'influence du droit européen sur l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité des lois par voie préjudicielle », in *G. DRAGO (dir.), L'application de la Constitution par les Cours suprêmes*, Dalloz, 2007, p. 171.

FOMBEUR (P.), « Question prioritaire de constitutionnalité, droit constitutionnel et droit de l'Union européenne », *D.* 2010. 1229.

GAUTIER (M.), « L'entrée timide du Conseil constitutionnel dans le système juridictionnel européen », *AJDA* 2013. 1086.

GEA (F.), « Dialogisme, interprétation et traduction en théorie du droit. Interactions paradigmatiques », in *Traduction et droit européens : enjeux d'une rencontre. Hommage au recteur Michel van de Kerchove*, Facultés Universitaires Saint-Louis, 2009, p. 587.

GENEVOIS (B.),

- Concl. sur, CE, 26 juillet 1985, ONIC, *AJDA* 1985. 617 et 618.

- « La Convention et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : complémentarité ou concurrence ? », *RFDA* 2010. 437.

GUYOMAR (M.), « Les rapports entre droit communautaire, droit de la Convention européenne et droit interne. A propos du secret professionnel des avocats », *RFDA* 2008. 575.

JAUREGUIBERRY (A.), « L'influence des droits fondamentaux européens sur le contrôle *a posteriori* », *RFDA* 2013. 10.

LABAYLE (H.), « Question prioritaire de constitutionnalité et question préjudicielle : ordonner le dialogue des juges ? », *RDF* 2010.

LEVADE (A.), « Anatomie d'une première : renvoi préjudiciel du Conseil constitutionnel à la Cour de justice ! », *JCP G* 2013. 649.

LUCAZEAU (G.), « Constitution, Convention ou Traité. La “guerre des trois” aura-t-elle lieu ? », *JCP G* 2010, n° 28, p. 778.

MAGENDIE (J.-C.), « Loyauté, dialogue, célérité », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, p. 329.

MAGNON (X.), « La QPC face au droit de l'Union : la brute, les bons et le truand », *RFDC* 2010. 778.

MANIN (P.), « La question prioritaire de constitutionnalité et le droit de l'Union européenne », *AJDA* 2010. 2188.

MATHIEU (B.),

- « La guerre des juges n'aura pas lieu. A propos de la décision n° 2010-605 DC du Conseil constitutionnel », *JCP G*. 2010. 576.

- « Les décisions du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme : coexistence, autorité, conflits, régulation », *NCCC* 2011, n° 32, p. 57.

MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), « La constitution, le juge et le « droit venu d'ailleurs » », in *Démocratie et liberté : tension dialogue confrontation. Mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic*, Bruylant, 2008, p. 177.

MEXIS (A.), « Deux protections valent mieux qu'une : la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme », *Revue Lamy de la concurrence*, 2011, p. 27 et s. ;

MICHEL (V.), « Convention européenne des droits de l'Homme et Charte des droits fondamentaux de l'Union : entre mythe ancien et conte moderne », *LPA*, 2003, n° 125, p. 8.

NOURISSAT (C.), « Question préjudicielle et question prioritaire de constitutionnalité : monologue de la Cour de cassation et de la Cour de justice », *Procédures*, n° 10, p. 15.

PICOD (F.), « Le contrôle de constitutionnalité de actes de droit dérivé de l'Union européenne », *CCC* 2005, n° 18.

RIDEAU (J.), « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité : les orphelins de la pyramide », *RDP* 2009. 601.

ROBERT (M.), « L'autorité judiciaire, la Constitution française et la Convention européenne des droits de l'homme », *NCCC* 2011, n° 32, p. 29.

ROUHETTE (G.), « La jurisprudence du Conseil constitutionnel dans le droit privé », in *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1999, p. 149.

ROUSSEAU (D.),

- « Toujours « Vive la QPC » ? Oui ! », *Gaz. Pal.*, 27 mai 2010, n° 147, p. 8.
- « L'intégration du Conseil constitutionnel au système juridictionnel européen », *Gaz. Pal.*, 07 mai 2013 n° 127, p. 13.

SCHRAMECK (O.), « Réflexions sur l'arrêt Arcelor », in *Constitutions et Pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, LGDJ, 2008, p. 545.

SIMON (D.),

- « L'obscur clarté de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à la transposition des directives communautaires », *Europe*, 2006, n° 10, p. 2.
- « La contribution de la Cour de cassation à la construction juridique européenne : Europe du droit, Europe des juges », in *Rapport annuel de la Cour de cassation 2006*, La documentation française, 2007, en ligne sur www.courdecassation.fr.
- « Le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la constitution : un risque d'incompatibilité avec le droit communautaire ? », *Europe* 2009, repère 5.
- « Conventionalité et constitutionnalité », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, p. 27.

SIMON (D.), RIGAUX (A.)

- « La priorité de la QPC : harmonie(s) et dissonance(s) des monologues juridictionnels croisés », *NCCC* 2010, n° 29.
- « Drôle de drames : La Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité », *Europe*, mai 2010, n° 5, repère 5.
- « Le feuillet de la question prioritaire de constitutionnalité : Drôle de drame, Quai des brumes, Le jour se lève ? », *Europe*, juin 2010, n° 6.

STECK (O.), « L'arrêt De Groot et Bejo : une nouvelle illustration du dialogue des juges », *D.* 2007. 994.

STIRN (B.), « Le Conseil d'État et les juridictions communautaires : un demi-siècle de dialogue des juges », *Gaz. Pal.*, 14 février 2009, n° 45, p. 3.

SUDRE (F.),

- « Question préjudicielle de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », *RDP* 2009. 673.

- « Du dialogue des juges à l'euro-compatibilité », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, p. 1015.

TINIÈRE (R.), « Constitutionnalité et conventionnalité, Question prioritaire de constitutionnalité et droit européen des droits de l'homme - Entre équivalence et complémentarité. Présentation. », *RDF* 2012. 621.

TULKENS (F.), « Pour et vers une organisation harmonieuse », *RTDE* 2011. 27.

VERDUSSEN (M.), « Le juge constitutionnel et le juge ordinaire : incohérence ou dialogue ? L'exemple de la Cour constitutionnelle de Belgique », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, p. 1079.

INDEX ALPHABETIQUE

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe

- A -

Accélération,

- de l'histoire, 48
- de la législation, 46, 47
- du temps du droit. 15, 41, 45, **46 et s.**, 382, 493
- inéluctabilité de, 48

Articulation,

- des interprétations, 498 et s.
- des normes, **457**, 459
- des renvois, 453 et s.
- du renvoi et de la question préjudicielle, 342

Aide juridictionnelle, 438 et s.

Autorité,

- de la chose interprétée, **609 et s.**, 614, 626, 643, 688
- de la chose jugée, 142, 186, **613 et s.**
- de la juridiction suprême. 622 et s.
- définition, 621

Avis,

- au conseil d'État et à la Cour de cassation,

- autorité de, 64
- avènement, 53, 54
- délais, 424
- finalité, 66 et s.
- fonctionnement, 56 et s.
- liberté de renvoi, 236 et s.
- nature juridique, 73
- publication, 447, **449**
- rapidité, 425
- représentation, 396, 431
- voies de recours, 404

- à la cour européenne des droits de l'homme, 170, 171, **172**

Avocats aux conseils, 435

Arrêts de règlement, 63, **314 et s.**, 553

- C -

Cassation,

- administrative, 40
- Cour de justice de l'Union européenne, 161
- décadence, 42 et s.
- droit à, 44
- évolution, 38
- finalité, 39
- histoire, 37
- judiciaire, 36
- technique, 39, 40, 42 et s.

Charte des droits fondamentaux,

- articulation. 466, 471, 490, 515 et s.
- consécration. 469

Common law, 18, 19, 305 et s., 547 et s.

Complémentarité des renvois, 503 et s.

Concertation, 439 et s.

Concurrence des renvois,

- directe, 456, 459 et s.
- médiate, 463 et s.
- traitement de la, 473 et s.

Conseil de l'Europe, 147, 157, 170, 516

Constitution,

- divergences d'interprétation, 121 et s.
- effet horizontal, 119
- effet vertical, 118

Contraintes juridiques.

- manifestation des, 552 et s.
- théorie des, 266

Coopération, 235, 238, 623, 639

Contractualisation du droit, 227

Coutumes, 12, 284 et s.

- E -

Edit perpétuel, 283

Exception de procédure, 395

Exception d'inconstitutionnalité, 130 et s., 356, 706

Expertise, 221

Extinction instance au fond, 408 et s., 500, 501

- F -

Fait/Droit distinction,

- exposé, 19, 211 et s., 307, 550
- relativité, 215

- G -

Garde à vue, 470

- I -

Interprétation,

- caractère général et abstrait. 305 et s.
- effet dans le temps, 565 et s.
- efficience, 609, 646 et s.
- législative, 278 et s.
- nature de, 254 et s.
- nécessité de, 13 et s., 59, **201 et s.**
- théorie de l'incorporation. 303.
- théorie réaliste de l'interprétation, 258, 265 et s.
- validité de, 311 et s.

- J-

Juridiction,

- critère matériel, 187
- critère organique 186
- définition jurisprudentielle, 188
- polysémie, 293

- M -

Modulation dans le temps,

- des effets d'un revirement, 595
- des effets d'une annulation, 593 et s.
- des effets d'une interprétation initiale, 595 et s., 602

Motivation,

- de l'interprétation, 540 et s.
- des décisions de justice, 540
- formes de la, 545
- obstacles à la, 556 et s.
- nécessité de la, 541 et s., 544

- O -

Obligation,

- de l'interprétation, 608 et s.
- opposition à la contrainte, 608, **634 et s.**

Ordonnances royales, 37, 195, 278, 451

- P -

Paradigme, 19, 21, 227, 310, 382

Parties,

- contradiction 400, 401, 427 et s.
- demande, 393 et s.
- intérêt, 194, 399, **427 et s.**, 437
- notification, 445
- observations, 400, 427
- représentation, 400, 431 et s.

○ devant le juge inférieur, 396

○ devant le juge suprême, 432

Publication, 282, 447, 449

Priorité, 477 et s., 654

- Q -

Question préalable, 22

Question préjudicielle, 424

- classification, 336
- défaveur, 361 et s.
- définition. 74, 76, **330 et s.**
- finalité, 23, **341**
- histoire, 335

Question prioritaire de constitutionnalité,

- avènement, 10, 128 et s.
- délais, 424
- demande des parties, 393
- moyen soulevé d'office, 399
- obligation de renvoi, 237 et s.
- représentation, 396, 431 et s.
- voies de recours, 406

- R -

Recours direct en interprétation, 75, 192, 196, 417

Recours individuel,

- caractère hiérarchique, 161
- caractère répressif, 164
- carence, 163 et s.
- consécration, 156
- fonctionnement 159

Référé,

- de la Cour de cassation, 287 et s.
- démantèlement 289 et s.

- des juges du fond, 287 et s.
- finalité, 297 et s.
- législatif, 287
- royal, 286

Renvoi / Recours (distinction), 192

Renvoi préjudiciel,

- avènement, 149 et s.
- délais, 424
- domaine, 153
- finalité, 152
- obligation de renvoi, 237 et s.
- représentation, 396, 431 et s.
- voies de recours, 407

Rescrit,

- finalité, 77, 78, **281 et s.**
- fonctionnement, 197, **281 et s.**
- histoire., 281 et s.
- publication. 282, 449

Revirement de jurisprudence, 304, 576 et s., 603, 651, 668

- S -

Sanction,

- refoulement, 248, 346, 382, 407, **637 et s., 640**
- réintroduction, 639 et s.

Séparation des pouvoirs, 289, 291, 324 et s., 411, 600 et s.

Soft law, 17, 228, 232

Syllogisme juridique, 19, 206

- T -

Tribunal de cassation, 14, 37 et s., 287, 322, 335

Tribunal des conflits,

- conflit négatif, 91
- conflit positif, 91
- contradiction de jugement, 91
- délais, 424
- histoire, 85
- jurisprudence, 88, 89
- renvoi préventif, 98 et s.
- voies de recours, 405

- U -

Union européenne, 146 et s.

TABLE DES MATIERES

SOMMAIRE.....	III
LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS.....	V
REMERCIEMENTS.....	VII
INTRODUCTION GENERALE	1
PARTIE I LA NOTION DE RENVOI PREALABLE	19
TITRE I FONDEMENTS EMPIRIQUES	21
Chapitre I Les mécanismes d'interprétation de la loi.....	23
Section I : Les demandes d'avis aux juridictions suprêmes.....	24
§1 – Les carences de la cassation	24
A) Grandeur de la cassation	25
1) La cassation judiciaire	25
2) La cassation administrative	28
B) Décadence de la cassation.....	29
1) Les lenteurs de la cassation	30
2) L'accélération du temps du droit.....	33
§2 - L'avènement des demandes d'avis.....	37
A) Le fonctionnement des demandes d'avis	38
1) Un renvoi.....	39
2) Une interprétation unifiée.....	41
B) La nature juridique des demandes d'avis	48
1) L'absence de référent en droit positif.....	49
2) L'absence de référent historique.....	51
Section II : Le renvoi préventif au Tribunal des conflits	54
§1 - Les carences de l'unification conflictuelle de l'interprétation.....	54
A) Grandeur du modèle conflictuel.....	55
1) Le Tribunal des conflits, acteur jurisprudentiel	55
2) Le cadre conflictuel de l'uniformisation de l'interprétation	58
B) Décadence de modèle conflictuel.....	60
§2 – L'avènement du renvoi préventif au Tribunal des conflits	63
A) La consécration du mécanisme	63
B) L'extension du mécanisme.....	67
Conclusion du premier chapitre.....	69
Chapitre II Les mécanismes préjudiciels d'interprétation des textes supra-législatifs	71
Section I : L'interprétation des textes constitutionnels par la question prioritaire de constitutionnalité.....	72
§1 – Les carences passées dans l'unité de l'interprétation constitutionnelle	72
A) Une pluralité d'interprètes	73
B) Une pluralité d'interprétations	79
§2 – L'avènement de la question prioritaire de constitutionnalité.....	86
A) Un contrôle préjudiciel de la constitutionnalité de la loi.....	86
B) Un mécanisme d'unification de l'interprétation constitutionnelle.....	91
Section II : L'uniformisation des textes européens.....	97
§1 - Le renvoi préjudiciel a la Cour de justice de l'Union européenne	98
A) Le rejet de l'uniformisation hiérarchique.....	98
B) Le choix de l'unification préjudicielle	100
§2 - Les demandes d'avis à la Cour européenne des droits de l'homme	102
A) Les carences du recours individuel devant la CEDH	103
1) Le recours individuel : mécanisme hiérarchique	105
2) Le recours individuel : mécanisme dépassé.....	106
B) L'avènement prochain des demandes d'avis.....	111
Conclusion du second chapitre	116
CONCLUSION DU PREMIER TITRE.....	117

TITRE II EXPOSÉ DOGMATIQUE.....	119
Chapitre I: L'élément de renvoi	121
Section I : La définition du renvoi.....	122
§1 - L'auteur du renvoi.....	122
A) L'apanage de la juridiction	122
1) Qu'est-ce qu'une juridiction ?	124
2) Pourquoi une juridiction ?	128
B) L'exclusion des parties.....	129
§2 – L'objet du renvoi.....	132
A) Une question de droit.....	133
1) Une question d'interprétation	134
2) Une question de validité	138
B) L'exclusion du fait	142
1) L'exclusion des questions de fait.....	142
2) La connaissance des éléments de fait	144
Section II : Les modalités du renvoi	148
§1 – Un renvoi préalable	148
A) Le caractère consultatif du renvoi préalable.....	149
B) Le caractère associatif du renvoi préalable	152
1) Le développement de l'association dans le droit	152
2) L'association du juge à l'élaboration de la jurisprudence.....	155
§2 - Un renvoi volontaire	157
A) Le démenti des textes : l'existence de renvois obligatoires.....	158
B) La confirmation de la jurisprudence : le caractère volontaire des renvois.....	159
1) L'appréciation de l'opportunité du renvoi	160
2) Une appréciation non contrôlée	162
Conclusion du premier chapitre.....	164
Chapitre II L'élément d'interprétation	165
Section I : L'interprétation : élément constitutif du renvoi préalable	166
§1 - L'interprétation en tant qu'acte.....	167
A) La nature de l'interprétation : qu'est-ce qu'interpréter ?.....	167
1) L'irréalisme des théories radicales	168
a) L'utopie d'une interprétation imposée par le texte	168
b) L'irréalisme d'un interprète totalement libre.....	171
2) L'intérêt pour une théorie mixte	174
B) L'auteur de l'interprétation : qui interprète ?	181
1) Le rejet de l'interprétation législative	181
a) Le témoignage du passé.....	182
b) La désaffection contemporaine	190
2) Le choix de l'interprétation juridictionnelle	193
§ 2 - L'interprétation en tant que résultat	200
A) La nécessité d'une interprétation générale et abstraite.....	202
1) Une nécessité imposée par le système juridique.....	203
2) Une nécessité satisfaite par le renvoi préalable	204
B) La validité de l'interprétation générale et abstraite	207
1) La compatibilité du renvoi préalable avec l'article 5 du Code civil.....	208
a) Le caractère général et réglementaire de l'interprétation délivrée sur renvoi.....	208
b) L'inapplicabilité de l'article 5 du Code civil.....	213
2) La constitutionnalité de l'interprétation délivrée sur renvoi	216
Section II : L'interprétation : élément distinctif du renvoi préalable	220
§1 – Exposé de la distinction.....	220
A) La nature de la distinction : renvoi préalable versus question préjudicielle.....	221
1) Présentation des questions préjudicielles.....	221
2) Distinction des notions	224
B) Le régime de la distinction : l'articulation des qualifications.....	225
1) L'hypothèse d'un cumul des qualifications	225
2) La solution de qualifications alternatives	226
§2 – Intérêt de la distinction.....	228
A) La fin d'une ineptie : le renvoi préjudiciel à la Cour de justice et la question prioritaire de constitutionnalité ne sont pas des questions préjudicielles.....	229
1) Le renvoi préjudiciel n'est pas une question préjudicielle	229
2) La question prioritaire de constitutionnalité n'est pas une question préjudicielle.....	234
B) Les vertus de l'autonomie : éloge d'une cohérence retrouvée.....	235
1) La fin d'un paradoxe	236

2) La dissipation d'une incohérence	242
Conclusion du second chapitre	245
CONCLUSION DU SECOND TITRE.....	247
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE	249
PARTIE II LE REGIME DU RENVOI PREALABLE	251
TITRE I LA PROCEDURE DU RENVOI PREALABLE.....	253
Chapitre I Le régime procédural commun	255
Section I : La procédure devant le juge de renvoi.....	256
§1 - L'élaboration du renvoi.....	256
A) La demande de renvoi.....	256
1) Le moment de la demande.....	257
2) Les formes de la demande	258
B) La décision de renvoi	259
§2 - La contestation du renvoi	263
A) Les voies de recours.....	264
B) L'extinction de l'instance au fond.....	266
Section II : La procédure devant le juge suprême.....	275
§1 - L'élaboration de la décision	275
A) Les délais	275
B) L'instruction.....	278
1) Les observations des parties	278
2) L'intervention d'autorités publiques.....	288
§2 - La divulgation de la décision	292
A) La communication de la décision.....	292
B) La diffusion de la décision	293
Conclusion du premier chapitre.....	296
Chapitre II L'articulation des renvois	299
Section I : La concurrence des renvois	300
§1 - Les hypothèses de concurrence	300
A) L'exclusion d'une concurrence directe des renvois	301
B) L'existence d'une concurrence médiate des renvois	305
1) Approche positive.....	307
2) Approche prospective	308
§2 - Le traitement de la concurrence	312
A) La succession des renvois	314
1) L'articulation de la question prioritaire de constitutionnalité et du renvoi préjudiciel	315
a) Le rejet de la priorité de la question de constitutionnalité sur le renvoi préjudiciel.....	315
i. L'hypothèse d'une priorité d'un renvoi.....	315
ii. Le rejet de l'hypothèse.....	320
b) Le rejet d'une priorité du renvoi préjudiciel à la Cour de justice sur la question prioritaire de constitutionnalité	321
2) Le refus généralisé d'une succession des renvois.....	324
B) La concomitance des renvois	325
Section II : La complémentarité des renvois.....	329
§1 - Le renvoi nécessaire à la solution d'un premier renvoi : l'hypothèse d'un renvoi sur renvoi	329
A) Le principe de la complémentarité.....	330
1) L'hypothèse du renvoi préjudiciel à la Cour de justice par le Conseil constitutionnel saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité.....	330
2) L'hypothèse du renvoi à la Cour européenne des droits de l'homme par la Cour de justice et par le Conseil constitutionnel	334
a) Le renvoi à la Cour européenne des droits de l'homme par la Cour de justice	335
b) Le renvoi à la Cour européenne des droits de l'homme par le Conseil constitutionnel	337
B) Appréciation critique de la complémentarité.....	339
1) Les vertus de la complémentarité	339
2) Les dangers de la complémentarité.....	341
§2 - Le renvoi engendré par la solution à un premier renvoi : l'hypothèse d'un renvoi après renvoi.....	342
A) Le principe de la complémentarité.....	342
B) Appréciation critique de la complémentarité.....	344
Conclusion du second chapitre	345
CONCLUSION DU PREMIER TITRE.....	346

TITRE II LE REGIME DE L'INTERPRETATION SUR RENVOI	347
Chapitre I La portée de l'interprétation	349
Section I : Le portée matérielle de l'interprétation	350
§1 - Le rôle de la motivation	351
A) Le principe de la motivation	351
B) Les formes de la motivation	354
1) Le rejet d'une motivation fondée sur le fait d'espèce	355
2) Pour une motivation réaliste de l'interprétation	357
§2 - L'exercice de la motivation	361
A) Un exercice compliqué hors du renvoi préalable	361
B) Un exercice facilité par le renvoi préalable	363
Section II : La portée de l'interprétation dans le temps	368
§1 - L'étendue des effets dans le temps	368
A) L'effet dans le futur	369
B) L'effet dans le passé	370
1) Le principe	370
2) Les inconvénients	373
§2 - Les limites aux effets dans le temps	378
A) Les limites à l'effet futur	379
1) L'intervention du législateur	379
2) Le revirement de jurisprudence	382
B) Les limites à l'effet passé	383
1) La pratique de la modulation	384
2) Appréciations sur la modulation	390
Conclusion de chapitre	397
Chapitre II L'autorité de l'interprétation	399
§1 - Une interprétation obligatoire	400
A) L'apparence d'une obligation à géométrie variable	400
B) La réalité d'une obligation juridique constante	407
1) Le fondement de l'obligation par l'autorité de l'interprète	408
2) Le fondement de l'obligation par la fonction de l'interprète	410
§2 - Une interprétation non contraignante	415
A) L'essence persuasive du renvoi	416
B) Le dévoiement du renvoi par la réintroduction contemporaine de la contrainte	418
Conclusion du deuxième chapitre	421
Chapitre III L'efficacité de l'interprétation	423
§1 - Le temps de la crispation	424
A) Le mécanisme des demandes d'avis	424
B) La question prioritaire de constitutionnalité	425
1) La question de la priorité	426
2) L'interprétation stricte des « dispositions législatives » susceptibles d'être déférées au Conseil	429
3) Le contrôle serré du caractère sérieux de la question	431
C) Le renvoi préjudiciel	432
§2 - Le temps de la collaboration	434
A) La démonstration de l'efficacité	434
1) Les mécanismes de demandes d'avis	435
2) La question prioritaire de constitutionnalité	437
a) La réception de l'interprétation de l'article 61-1	437
b) La prise en compte généralisée de la jurisprudence du Conseil	439
3) Le renvoi préjudiciel	439
B) L'explication de l'efficacité	442
1) En guise d'interrogation : quelle est la cause de l'efficacité ?	442
a) Une cause endogène : la conviction du destinataire	443
b) Une cause exogène : le risque d'isolement	444
2) En guise d'enseignement : les bienfaits du refoulement de la sanction	446
Conclusion du troisième chapitre	451
CONCLUSION DU SECOND TITRE	452
CONCLUSION GENERALE	455
BIBLIOGRAPHIE	461
INDEX ALPHABETIQUE	507
TABLE DES MATIERES	513

