Nicolas Molfessis

LA RÉSISTANCE IMMÉDIATE DE LA COUR DE CASSATION À LA QPC

1. La Cour de cassation est entrée dans la QPC voilà près de deux siècles, en 1833. En jugeant que la loi, délibérée et promulguée dans les formes requises par la Constitution, « fait la règle des tribunaux et ne peut être attaquée devant eux pour cause d'inconstitutionnalité [1] », elle a en effet proclamé sa propre incompétence pour assurer la suprématie de la Constitution sur la loi en vigueur. Elle n'en démordra pas.

Insensible aux exhortations multiples d'une doctrine éminente comme à une ambiance sans cesse davantage propice au contrôle de la loi, elle continuera à affirmer que l'appréciation de la constitutionnalité d'une loi échappe à son contrôle [2]. Et l'auguste loi des 16-24 août 1790, dont on avait pourtant dit depuis longtemps qu'elle devrait être l'objet d'une interprétation nouvelle, accommodée aux nécessités de notre temps [3], justifiera sans discontinuer la censure des juges qui auraient contrôlé la constitutionnalité de la loi [4].

2. De cette jurisprudence tenace, il est bien tentant de vouloir déduire que la Cour de cassation a dû fermement vouloir la QPC. Comme il est des jurisprudences provocatrices aux réformes législatives, comment ne pas penser que ses décisions ont stimulé, sans qu'elle ne puisse aucunement l'ignorer, l'intervention du constituant ?

1. Cass., Crim., 11 mai 1833, S. 1833, p. 358.
2. Cass., Com., 7 juillet 2009, pourvoi 08-17541.
3. Paul Duez, « Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France », in *Mélanges Maurice Hauriou*, Sirey, 1929, p. 213, spéc. p. 234.
4. Cass., Civ. 2e, 4 juillet 2007, pourvoi 06-21701.

Car la Cour de cassation, à l'évidence, a refusé de juger une question qu'elle avait bien compétence pour trancher. Voilà bien longtemps en effet qu'il n'était plus demandé au juge judiciaire de *censurer* la loi pour cause d'inconstitutionnalité – ce qui ne lui était pas possible –, mais, bien différemment, de l'*écarter* pour le cas où elle violerait une disposition constitutionnelle. Que l'on sache, rien dans son office ne l'empêchait de procéder à une telle mise à l'écart. Plus encore, dans le même temps qu'elle s'y refusait au profit de la Constitution, la Cour de cassation, nul ne l'ignore, ne s'en privait pas pour permettre à la norme conventionnelle, souvent d'un contenu exactement identique, de triompher de la loi.

En procédant ainsi à ce que l'un de ses anciens premiers avocats généraux a justement qualifié de contrôle de constitutionnalité « honteux », la Cour de cassation a d'ailleurs démontré qu'il n'était pas question ici de séparation des pouvoirs mais, bien différemment, de hiérarchie des normes. Or, dans le même temps, elle devait ne pas hésiter à déclarer que les dispositions constitutionnelles priment « dans l'ordre interne » les engagements internationaux[5]… Et accepter de viser ces mêmes dispositions constitutionnelles dans ses décisions. Drôle de puzzle, tout de même.

S'il est impossible de refaire une histoire juridictionnelle qui n'a pas eu lieu, comment s'empêcher de penser que la Cour de cassation, si elle avait entendu l'argument tiré de l'inconstitutionnalité de la loi, aurait désarmé les partisans de l'instauration d'une procédure spécifique ?

3. Le nez de Cléopâtre étant ce qu'il est, la QPC a donc vu le jour. Depuis lors, on ne saurait maintenir que la Cour de cassation a pu vouloir cette nouvelle procédure. En quelques semaines, l'accueil qu'elle lui a réservé oblige à penser que, si elle a contribué à la rendre inéluctable, ce doit bien être à son corps défendant. Car l'intruse n'est assurément pas la bienvenue au Quai de l'Horloge. La Cour de cassation s'est empressée d'en faire la démonstration ; elle, qui respectait tant la séparation des pouvoirs qu'elle ne pouvait faire l'outrage à la loi de contrôler sa constitutionnalité, n'a pas hésité à défier une procédure voulue par le constituant, et mise en place par la loi organique. En retour, le défi lancé n'a pas manqué d'entraîner une singulière riposte.

L'année 2010 restera, sous cet aspect, une année de déchirements institutionnels, de querelles doctrinales et prétoriennes sans équivalents, au risque d'une véritable rupture entre la Cour de cassation, une partie de la doctrine, le Conseil constitutionnel et le Parlement. C'est de ces

5. Par le célèbre arrêt *Mlle Fraisse*, Cass., Ass. plén., 2 juin 2000, *Bull.*, n° 4.

affrontements qu'il faut donc rendre compte, en exposant les formes de la résistance, leurs ressorts, et les réactions qu'elle a suscitées.

Les formes de la résistance

4. Par son architecture et sa structure, la QPC repose sur une collaboration entre les différentes institutions placées au sommet de leur ordre juridictionnel. Dans le mécanisme mis en place par la loi organique, Conseil d'État, Cour de cassation et Conseil constitutionnel œuvrent, chacun à sa manière et selon une organisation interne distincte, à cette nouvelle procédure. La QPC présente la particularité de traverser les distinctions préexistantes – droit privé / droit public, ordre administratif / ordre judiciaire – et de solliciter une place dans un système juridique entièrement façonné sans elle et jusqu'alors dominé, s'agissant du contrôle de la loi en vigueur, par les normes communautaires et, plus généralement, conventionnelles. C'est peu de dire que l'instauration d'une telle procédure n'allait pas de soi.

5. Voilà pourquoi il était essentiel que les juridictions chargées du filtre « jouent le jeu » de cette nouvelle procédure. Pour cela, elles devaient avant tout reconnaître cette QPC, un peu comme un État reconnaît un nouveau venu et accepte d'entrer en relation avec lui. Mais il fallait aussi qu'elles sachent filtrer de façon pertinente et judicieuse. La Cour de cassation s'est démarquée sur les deux tableaux : elle a d'abord et avant tout mis en doute la procédure elle-même ; elle a aussi joué avec le robinet du filtre.

6. Il n'est guère besoin d'insister sur la mise en cause immédiate de la QPC qu'a constituée la décision rendue par la Cour de cassation le 16 avril 2010 [6]. En posant à titre préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) la question de la conformité au droit de l'Union des dispositions organiques relatives au caractère prioritaire de la question de constitutionnalité, la Cour de cassation jetait le doute sur ce qui fait le cœur même de cette nouvelle procédure, à savoir son caractère prioritaire.

De fins juristes purent souligner que la problématique soulevée par la Cour de cassation, déjà largement débattue au moment de l'élaboration de la loi organique, était loin d'être dépourvue d'arguments. Mais le

6. Cass., QPC, 10-40.002, arrêt 12003 ND, *Sélim Abdéli*, du 16 avril 2010.

juridisme ne peut aveugler. Comme on l'a justement observé, la Cour de cassation avait en réalité choisi, parmi les 220 questions de constitutionnalité dont elle était jusqu'alors saisie, celle qui lui permettait de contester directement le dispositif prioritaire voulu par la loi organique : « Il s'agit donc bien d'une attaque frontale contre une appréhension de la loi organique qui aurait pour effet, selon la Cour de cassation, de mettre en cause la fonction du juge national comme juge de droit commun du droit de l'Union et sa faculté inaliénable de procéder à un renvoi préjudiciel selon l'article 267 TFUE [7]. »

Peu douteuse quant à son *timing*, la charge se révélait encore derrière l'affirmation, faite dans l'arrêt du 16 avril 2010, selon laquelle le Conseil constitutionnel pourrait juger la disposition législative attaquée « conforme au droit de l'Union européenne ». Comprenez : les juridictions du fond seraient alors empêchées, postérieurement à la décision du Conseil, de saisir la CJUE d'une question préjudicielle. L'argument visait à orienter l'analyse à venir de la CJUE ou, si l'on préfère, à lui fournir des munitions pour mieux combattre la QPC. Mais précisément, il était parfaitement infondé au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel depuis la décision *IVG* du 15 janvier 1975.

Arbitre des élégances, la CJUE parviendra à satisfaire les différents protagonistes : d'une même décision, elle soulignera qu'il n'apparaissait pas « de manière manifeste que l'interprétation, effectuée par la Cour de cassation, du mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité est à l'évidence exclue au regard du libellé des dispositions nationales [8] », validera la procédure de la QPC, mais n'admettra son caractère prioritaire que « pour autant que les autres juridictions nationales restent libres […] de saisir, à tout moment de la procédure qu'elles jugent approprié, et même à l'issue de la procédure incidente de contrôle de constitutionnalité, la Cour de toute question préjudicielle qu'elles jugent nécessaire, […] d'adopter toute mesure nécessaire afin d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union, et […] de laisser inappliquée, à l'issue d'une telle procédure incidente, la disposition législative nationale en cause si elles la jugent contraire au droit de l'Union ».

La Cour de cassation y puisera alors matière à un nouveau « pied de nez » ; pour trancher le litige à l'occasion duquel elle avait posé la question

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

8. CJUE, 22 juin 2010, affaires jointes C-188 / 10 et C-189 / 10, *Aziz Melki et Sélim Abdeli*.

préjudicielle, elle se prononcera au regard du seul droit de l'Union et refusera d'examiner si les conditions du renvoi de la QPC étaient remplies. Nous sommes alors fin juin ; la QPC fête bientôt ses trois mois.

7. La Cour de cassation n'allait pas s'en tenir à ce coup d'éclat, pour également jouer sur le mécanisme même du filtre dont elle s'était vu confier la responsabilité. 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, en asséchant le contentieux ou en noyant le juge sous le flot des questions. La Cour de cassation a pour sa part veillé à serrer abusivement les vannes.

Hors série, le refus de transmettre la loi Gayssot, considérée jusqu'alors comme l'exemple type de disposition susceptible d'être contraire à la Constitution, aura des allures de symbole [9]. En jugeant que la question posée ne présente pas un caractère sérieux dans la mesure où l'incrimination « ne porte pas atteinte aux principes constitutionnels de liberté d'expression et d'opinion », la Cour de cassation choisissait d'être filtre et juge à la fois. Au-delà, ce sont ses positions de principe qui méritent attention.

Ainsi a-t-elle tout d'abord refusé la transmission des questions qui portent sur une disposition textuelle certes applicable au litige mais depuis lors modifiée en droit positif [10]. À ce titre, elle jugera que la mise en cause de l'article L16 B du *Livre des procédures fiscales* dans sa rédaction antérieure à la loi du 4 août 2008, permettant de réaliser des visites domiciliaires sans l'assistance d'un avocat et sans que le contribuable ne soit nécessairement informé de la visite, était dépourvue de caractère sérieux au motif que cette disposition a depuis lors été modifiée. Puisque la QPC vise, selon l'article 62, alinéa 2 de la Constitution, à l'abrogation de la loi inconstitutionnelle, comment mettre en cause une disposition d'ores et déjà abrogée ? Peu importe, donc, que le justiciable, pour des raisons de droit transitoire, se voie appliquer une disposition législative sans doute inconstitutionnelle.

De même, la Cour de cassation va consacrer une conception pour le moins stricte de la notion de « disposition législative » susceptible d'être l'objet d'une QPC au sens de l'article 61-1 de la Constitution. Elle fera

9. Cass., QPC, 09-80.774, arrêt 12008, 7 mai 2010.

10. Cass., QPC, 09-72.478, arrêt 12092, 11 juin 2010, JurisData, n° 2010-0094. Cass., QPC, 09-71.801, 90-71.805 / 09-71.806, arrêt 12109, 25 juin 2010, JurisData, n° 2010-010648. Cass., QPC, 09-71.252, arrêt 12138, 8 juillet 2010, JurisData, n° 2010-0125. Cass., QPC, 10-10.494, arrêt 12197, 16 juillet 2010, JurisData, n° 2010-012649.

ainsi échapper au contrôle de constitutionnalité l'interprétation donnée par la jurisprudence elle-même des dispositions législatives critiquées [11]. Ainsi, là où le demandeur soutenait que les dispositions de l'article 598 du code de procédure pénale, qui fondent la théorie de la « peine justifiée » [12], portent atteinte aux droits de la défense et au principe d'individualisation des peines, la Cour de cassation répond que « la question ne présente pas un caractère sérieux en ce qu'elle critique non pas l'article 598 du code de procédure pénale mais la "théorie de la peine justifiée", élaborée à partir de cette disposition législative [13] ». La solution revient ainsi à placer la jurisprudence, et plus généralement les interprétations formulées par la Cour de cassation, à l'abri des normes constitutionnelles et du contrôle opéré par le Conseil constitutionnel.

Continuant à fermer les vannes, la Cour de cassation va enfin considérer qu'il n'y a pas lieu à transmission dès lors que la critique formulée vise non pas la règle elle-même mais, plus précisément, une absence de règle législative [14] – en l'occurrence, dans la première du genre, l'absence de pourvoi en cassation à l'encontre des décisions du Conseil supérieur de la magistrature siégeant en formation disciplinaire. Vastes sont les ressources de l'interprétation ! La logique juridique est implacable : le demandeur « ne conteste pas la conformité à la Constitution d'une disposition législative mais celle d'une absence de disposition ».

8. Ces positions de principe introduisent évidemment une rupture d'égalité entre justiciables. N'épiloguons pas : comment expliquer à celui qui s'interroge sur la constitutionnalité d'une règle qui lui serait applicable qu'elle n'est pas susceptible de QPC faute d'être issue d'un texte encore en vigueur, parce qu'elle serait le fruit d'une interprétation jurisprudentielle ou encore parce qu'elle ne s'exprime qu'en creux, sous la forme d'une absence de disposition ? On pourra bien tenter d'argumenter et de raisonner avec brio pour expliquer ces solutions, il reste qu'un dénominateur commun les relie entre elles : la fermeture des

11. Sur le rapport que cette question entretient avec « la guerre des juges », voir François Chénedé, *D*, 2010, note sous Cass., QPC, 2010-39 du 6 octobre 2010, p. 2744.

12. Théorie selon laquelle, en cas d'erreur sur la qualification devant être retenue, la peine subsiste si elle est justifiée au regard de la qualification qui aurait dû être retenue ; voir Frédéric Desportes et Francis Le Gunehec, *Droit pénal général*, Economica, 16e éd., 2009, p. 253.

13. Cass., QPC, 19 mai 2010, 09-87.651, arrêt 12024, JurisData, n° 2010-006619.

14. Cass., Civ. 1re, QPC, 16 novembre 2010, F-P-D, 10-60.366 : « L'absence dans le statut de la magistrature de toute disposition précisant les conditions procédurales du pourvoi en cassation contre une décision du Conseil supérieur de la magistrature siégeant en formation disciplinaire porte-t-elle atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution ? »

voies d'accès au Conseil constitutionnel et le refus de la QPC. Fruit de l'ingéniosité du juge, ces solutions marquent la résistance sous toutes ses formes. Le filtre est malin. C'est que le filtre est méfiant.

Les ressorts des affrontements

9. Comment comprendre ces escarmouches répétées et, au fond, une telle défiance à l'égard de la QPC ? Pourquoi la Cour de cassation, qui n'a jamais voulu s'approprier le contrôle de la conformité de la loi à la Constitution, semble-t-elle si réticente à ce que le Conseil constitutionnel exerce un tel contrôle ? Les explications sans doute sont nombreuses. Certaines sont insondables : les ressorts du jugement puisent dans des domaines divers, parfois subjectifs, voire psychologiques. D'autres sont culturelles et contribuent à placer le Conseil d'État dans une proximité plus évidente avec le Conseil constitutionnel – tant leurs contentieux et au-delà leurs membres entretiennent des rapports de voisinage – que la Cour de cassation. Au-delà, on peut insister sur une triple série de considérations.

10. La première tient au bouleversement même de l'ordre juridique qu'induit l'instauration de la QPC. Précisément, il n'est pas du tout certain que la Cour de cassation soit favorable, en soi, au contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Cette cour, qui se saisit si aisément des droits consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme pour encadrer la loi, est sans doute bien plus légaliste qu'on ne le pense. La tradition légicentriste française, dont elle est encore la gardienne, ne s'accommode pas d'une généralisation du contrôle de la loi en vigueur et des risques de remise en question qu'il induit.

Sans doute, la « Cour de cassation » ne saurait être perçue de façon univoque et il faudrait pouvoir tenir compte de la personnalité et des opinions de chacun des magistrats qui la composent et qui s'y succèdent, avant de schématiser sa prétendue doctrine. Il reste que, dans leur globalité, les solutions adoptées durant les premiers mois de la QPC témoignent d'une forme d'hostilité à l'encontre du contrôle de la loi. Comme le soulignera le Premier président Lamanda devant la commission des lois de l'Assemblée nationale, lorsqu'il sera auditionné dans le cadre de l'évaluation de la loi organique [15], la QPC constitue une « véritable révolution culturelle », qui bouleverse l'office du juge, et spécialement

15. Premier président Vincent Lamanda, audition du 1er septembre 2010, *Rapport*, AN, n° 2838.

le rapport de la jurisprudence à la loi. En termes imagés, c'est bien une Cour de cassation gardienne de la loi et attachée à sa souveraineté qui est ici dépeinte. Dans la description qui en est faite, on est ramené à ses origines, qui l'associaient à la « bouche de la loi » :

« En 1790, le constituant a confié à la juridiction de cassation la haute mission de vérifier l'exacte application par les jugements de la loi, expression suprême de la volonté de la souveraineté nationale. Pour bien marquer l'autorité et le commandement de la loi, qui s'imposent au juge, la *Glorification de la loi*, œuvre maîtresse de Paul Baudry, orne le plafond de la Grand'Chambre de la Cour, avec cette devise : *Lex imperat*. La loi commande au juge, qui n'a qu'un devoir – l'appliquer dans sa lettre et dans son esprit.

Pourtant, désormais, dans ce décor, il est soutenu chaque semaine

que la loi, toutes les lois, des plus anciennes aux plus récentes, sont contraires à des principes incorporés au bloc de constitutionnalité au gré des circonstances. La "sentinelle de la loi" est ainsi invitée à dénoncer la loi elle-même, à raison des violations incessantes des libertés qu'elle commettrait. »

11. Non seulement la Cour de cassation doit se prêter à un rôle nouveau qui pourrait heurter sa tradition, mais elle n'a pas même ici le dernier mot, dans ce lien hiérarchique qui conduit à soumettre la Constitution à la loi. On pourrait certes penser que la distribution des rôles entre la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel empêche qu'ils ne se fassent concurrence : la Cour de cassation n'a jamais voulu du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* et le fait qu'un organe *ad hoc* s'en trouve chargé ne saurait logiquement remettre en cause ses prérogatives, au sommet de l'ordre judiciaire. Mais cette présentation, bien schématique, caricature les positions respectives. D'une part, parce que le Conseil constitutionnel a désormais quitté cette phase post-parlementaire dans laquelle il était cantonné lorsqu'il se contentait d'intervenir après le vote de la loi et avant sa promulgation, pour désormais se mêler, au moins chronologiquement, au procès lui-même. Si l'on ne risquait la déformation, on dirait que, par là même, il a quitté la politique pour rejoindre le droit. D'autre part, et surtout, il a bien désormais vocation à participer à la détermination même de la règle applicable au litige. Comment nier ainsi que le Conseil constitutionnel concourt, comme la Cour de cassation, à l'interprétation de la loi, spécialement par la formulation de réserves d'interprétation ? C'est sans doute pourquoi la Cour de cassation a pu entendre soustraire sa propre jurisprudence au

contrôle de constitutionnalité : en la sanctuarisant pour éviter qu'elle ne soit l'objet d'un jugement en constitutionnalité, elle protège son pouvoir d'interprétation de la loi et, à tout le moins, refuse qu'il soit l'objet d'un re-jugement sous couvert d'application des droits et libertés fondamentaux. L'interprétation, comme elle l'a d'ailleurs souligné dans l'une de ses décisions, « relève de l'office du juge[16] » ; comprenez : d'elle seule. Voilà pourquoi les nouveaux pouvoirs du Conseil constitutionnel sont ressentis comme une mise en cause des prérogatives de la Cour de cassation.

12. De là aussi l'idée que la QPC risquerait, selon ce que n'a pas hésité à souligner le Premier président Lamanda dès sa première audition et donc avant qu'elle ne soit en place, d'ébranler les équilibres entre les ordres de juridictions. L'épouvantail s'appelle alors « Cour suprême », qui désigne un Conseil constitutionnel revêtu d'habits qui ne siéent pas au système juridique français. Si la labellisation est « techniquement » infondée, l'expression permet bien, par sa force d'évocation, de faire surgir le spectre d'un gouvernement des juges, selon la dérive bien connue du modèle de constitutionnalité à l'américaine. Dans cette approche, le contrôle *a posteriori* français a beau être concentré entre les mains d'un seul organe, et les ordres de juridictions rester distincts, l'intervention du Conseil constitutionnel dans le cours des procès pourra faire redouter son hégémonisme et la « subordination » des ordres judiciaire et administratif :

« On ne peut que se féliciter de la présentation de ce texte qui concourt au renforcement des droits et libertés des citoyens. Il convient cependant de veiller à ce que les conditions de sa mise en œuvre ne viennent pas bouleverser les équilibres juridictionnels patiemment établis et altérer l'exercice habituel de son autorité par l'institution judiciaire.

J'entends dire qu'il s'agit de créer une "Cour suprême" – qui imaginerait déjà l'extension de ses prérogatives, du fait des judicieuses décisions qu'elle prendrait ; qui serait appelée à subordonner, par un dialogue rénové, les ordres administratif et judiciaire ; qui établirait et modifierait à sa guise son règlement de procédure, à la différence de toutes les autres

16. Cass., QPC, 31 mai 2010, 09-70.716, arrêt 12025, JurisData, n° 2010-007942. La question de constitutionnalité soumise à la Cour de cassation mettait en cause une disposition législative pour cause d'imprécision excessive. Le grief stigmatisait « l'imprécision des termes » de la disposition légale. La Cour de cassation jugera que « la question posée ne présente pas un caractère sérieux dès lors que la disposition législative n'est critiquée qu'en ce qu'elle laisse la place à l'interprétation, laquelle relève de l'office du juge ».

juridictions françaises. Serait-ce véritablement la volonté du constituant ? Le magistrat professionnel que je suis s'interroge, tout en se réjouissant de l'hommage indirect ainsi rendu au noble métier de juge [17]. »

Voilà clairement exprimé ce conflit de conceptions entre deux types de systèmes juridiques [18]. D'un côté, une tradition française légaliste, dans laquelle le juge est la bouche de la loi, respectueux de la volonté générale incarnée par la législation ; de l'autre, une approche qui placerait le Conseil constitutionnel, gardien des libertés et droits fondamentaux, au sommet d'un ordre juridico-législatif. Comment la greffe de la QPC pourrait-elle prendre alors que l'organe greffé proviendrait d'un corps si différent de celui supposé l'accueillir ? Aussi bien les structures de notre système juridique que ses valeurs mêmes jureraient avec la dévolution d'un contrôle de constitutionnalité des lois en vigueur, en cours de procès, à un organe *ad hoc*. Les comparatistes le savent bien, qui étudient les échanges de systèmes juridiques : l'importation d'une institution pensée et conçue sous des cieux différents ne peut fonctionner. L'appellation de « Cour suprême », ni inédite ni anodine dans le discours du Premier président de la Cour de cassation, est bien une manière de stigmatiser le changement de système que la QPC induirait et, dans le même temps, de dénoncer son impossibilité.

13. Au surplus, ce regard vers le nouveau venu peut-il être empathique ? Voir la Cour de cassation, sinon se soumettre, du moins devoir s'en remettre au Conseil constitutionnel pourrait bien faire songer à la manière dont les familles les plus traditionnelles regardent les parvenus. Faut-il d'ailleurs insister sur le difficile accès à la légitimité du Conseil constitutionnel dans notre ordre juridique ? Le Conseil constitutionnel a toujours souffert de sa composition, de sa procédure, de sa nature

17. Audition du 30 juin 2009, Commission des lois constitutionnelles, compte rendu n° 63. Le Premier président Lamanda a d'ailleurs insisté, cette fois lors de sa deuxième audition, et en des termes plus éloquents, sur cette labellisation de Cour suprême : « La Cour de cassation a fait l'objet d'une campagne sans précédent, orchestrée par certains qui voient dans la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire le principal obstacle à l'instauration, en France, d'une Cour suprême à l'américaine, qu'ils appellent de leurs vœux. »

18. Vincent Lamanda, audition du 1er septembre 2010, citée : « À mon sens, instituer une Cour suprême n'était dans l'intention ni du législateur, ni du président de la République ou du gouvernement. C'est simplement le vœu de quelques-uns.

Le système américain est radicalement différent du nôtre. Dans un tel système, la Cour de cassation n'aurait plus pour tâche que la vérification du caractère paritaire de la constitution des tribunaux, ou encore de la réalité des motifs des arrêts. Pour autant, le choix d'un système judiciaire ne relève pas d'elle. Le rôle du juge, surtout celui du juge de cassation, est d'appliquer la loi. »

hybride – mi-juridiction, mi-organe politique –, qui en font un objet juridictionnel bien mal identifié. L'interrogation est récurrente, que le doyen Vedel formulait déjà en ces termes : « Le Conseil constitutionnel est-il à sa place ? N'est-il pas un envahisseur et donc un usurpateur ? » À quoi l'illustre auteur ajoutait : « le Conseil constitutionnel débarque dans un système juridique développé, un des plus perfectionnés du monde civilisé, qui possède un appareil conceptuel, des traditions de logique, des juridictions ordonnées et complexes. Or voici qu'arrive un grand juge nouveau venu qui, dans la hiérarchie, au moins théoriquement, paraît se placer au-dessus de tous les autres. C'est parce qu'il dérangeait en fait que le Conseil constitutionnel a pu être jugé dérangeant »[19].

Ainsi, lorsqu'est évoqué un organe qui « établirait et modifierait à sa guise son règlement de procédure, à la différence de toutes les autres juridictions françaises », n'est-ce pas, au fond, ce même procès en illégitimité qui resurgit, que prolonge sans ambages l'affirmation du premier magistrat de France selon laquelle « le magistrat professionnel que je suis s'interroge, tout en se réjouissant de l'hommage indirect ainsi rendu au noble métier de juge[20] ».

Les réactions

14. S'il est dans la logique de toute réforme institutionnelle de faire bouger les positions en présence et d'imposer des mouvements de fond, qui réclament un temps d'adaptation, il est rare qu'une réforme suscite autant de tensions et de conflits. À la résistance de la Cour de cassation a succédé une riposte inédite, laissant percevoir des lignes de force et de partage au sein d'un ordre qui, pour l'occasion, est apparu n'être ni proprement juridique ni entièrement politique, pour présenter la particularité de traverser ces deux domaines supposés étanches.

Il y aurait d'ailleurs ici assurément de quoi nourrir une sociologie des pouvoirs juridictionnels en présence. Pour qui entendrait comprendre les ressorts de l'action publique, il faudrait dresser la cartographie des positions et, plus précisément, rechercher comment s'est opérée la mobilisation pro-QPC et anti-Cour de cassation. À ce titre, il apparaît que la position de la Cour de cassation a vite été considérée comme

19. GeorgesVedel, Préface, *in* Guillaume Drago, Bastien François et Nicolas Molfessis (dir.), *La Légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1999.

20. Vincent Lamanda, audition du 1er septembre 2010, citée.

institutionnelle plus que proprement juridique ; les réactions ont alors quitté le registre du pur droit pour devenir politiques.

15. Juridiquement, en effet, le fait que les décisions de la Cour de cassation aient entraîné diverses réactions, du Conseil constitutionnel comme du Conseil d'État, n'est en rien très original : il est dans la logique même de notre ordre juridique de susciter des divergences de solutions et Denys de Béchillon se félicite même, dans la présente revue, de ces possibles discordances. Aussi, que le Conseil constitutionnel, par une incise formulée dans une décision du 6 octobre 2010, ait désavoué la position de la Cour de cassation, en énonçant que, « en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation

jurisprudentielle constante confère à cette disposition [21] », n'est jamais que la marque d'un désaccord d'interprétations [22]. Le Conseil d'État avait déjà montré la voie [23].

Il reste que ces réactions proprement juridiques présentent déjà l'intérêt d'avoir rapidement et clairement révélé le jeu des forces en présence. On en prendra aisément la mesure en rappelant la convergence comme la concomitance des réactions conjuguées du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État à la décision du 16 avril 2010 de la Cour de cassation. Là où celle-ci, pour mieux faire vaciller la QPC, avait laissé entendre, dans la question préjudicielle posée à la CJUE, que le caractère prioritaire de la nouvelle procédure était d'autant moins légitime que le Conseil constitutionnel pouvait aller jusqu'à « préempter » le débat européen en jugeant de lui-même la disposition législative attaquée conforme au droit de l'Union européenne, Conseil constitutionnel comme Conseil d'État se sont empressés, à deux jours d'intervalle, de condamner l'analyse. Ainsi, le Conseil constitutionnel devait-il, dans une décision du 12 mai 2010 [24], faire une longue dissertation sur l'agencement des textes et compétences, tandis que le Conseil d'État, par un *obiter*

---

21. CC, 6 octobre 2010, 2010-39 QPC, en examen de la conformité de l'article 365 du code civil.

22. Sur lequel la Cour de cassation reviendra en transmettant la QPC relative à la zone des 50 pas géométriques (article L. 5112-3 du Code général de la propriété des personnes publiques) par un arrêt du 30 novembre 2010 de la 3e Chambre civile, qui donnera lieu à une décision 2010-96 QPC du 4 février 2010, dans laquelle le Conseil constitutionnel ne manquera pas de souligner qu'il juge la loi telle qu'elle est interprétée par la Cour de cassation depuis des arrêts de 1965, qu'il visera expressément.

23. Voir ainsi, CE, 25 juin 2010, 326363, *Mortagne*, JurisData, n° 2010-010235.

24. Décision 2010-605 DC.

dictum opportunément introduit dans un arrêt du 14 mai 2010[25], se faisait l'écho de l'analyse menée, en soulignant que le juge administratif, « juge de droit commun de l'application du droit de l'Union européenne », peut toujours, à tout instant, poser une question préjudicielle sur le fondement de l'article 67 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). D'où l'on a pu déduire que la réponse du berger de la rue Montpensier à la bergère du quai de l'Horloge était sans appel[26] ; il faut ajouter, puisque le Conseil d'État était de la partie, que le berger n'était pas seul.

Le message du Conseil d'État était dès lors clair. Bon élève – loué parce qu'il jouait bien le jeu de la QPC –, il contribuait à marginaliser la Cour de cassation et à vider de sa substance l'idée que les juges « ordinaires », administratif et judiciaire, auraient à se plaindre de l'avènement d'une Cour suprême. La ligne de fracture n'est pas entre juges ordinaires et Conseil constitutionnel ; elle est entre l'ordre du droit privé et un ordre du droit public, qui unit le contentieux du Conseil constitutionnel et celui du Conseil d'État. La QPC incarne, sous cet aspect, une nouvelle expression de la publicisation du droit.

16. L'essentiel toutefois est ailleurs. Il est dans la réaction politique qui a suivi les décisions de la Cour de cassation. Défense et illustration du constitutionnalisme par le Parlement… Ainsi, à l'occasion de la discussion de la loi organique relative au Conseil supérieur de la magistrature (CSM), l'Assemblée nationale et le Sénat, sans pour autant faire une quelconque référence à la jurisprudence de la Cour de cassation et spécialement à l'arrêt déclencheur du 16 avril 2010, ont adopté un amendement supprimant la formation spéciale de la Cour de cassation en charge des QPC : elles seront désormais examinées par les différentes chambres de la Cour de cassation, selon leurs attributions habituelles[27]. En outre, le même texte donnera l'occasion au Parlement de décider que le Premier président et le procureur général de la Cour de cassation ne siégeraient plus à la commission d'avancement du CSM au motif que leur charge de travail, ès qualités de présidents de chacune des formations du

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

26. Denys Simon et Anne Rigaux, « Le feuilleton de la question prioritaire de constitutionnalité : Drôle de drame, Quai des brumes, Le jour se lève ? », *Europe*, n° 6, juin 2010.

27. Ce qui conduira les chambres à réviser certaines des positions qui avaient pu être prises antérieurement par la formation spéciale. Ainsi, la Chambre criminelle a-t-elle transmis au Conseil constitutionnel la QPC relative à l'absence de motivation des décisions de Cour d'assises, par un arrêt du 19 janvier 2011, revenant ainsi sur le refus de transmission antérieur.

CSM, rendait impossible leur maintien dans ces fonctions. « Il s'agit là, sous des prétextes fallacieux, d'une attaque directe contre les chefs de la Cour de cassation, puisque la question de la présidence de la commission d'avancement n'avait jamais été évoquée, lors des débats parlementaires, jusqu'à l'arrêt qui a tant déplu », observe le secrétaire général de l'Union syndicale des magistrats (USM), qui dénonce « le processus actuel de dénigrement assumé de l'institution judiciaire dans lequel même la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire n'est plus épargnée [28] ».

17. La suite est d'ailleurs dans la menace de réformer la procédure de QPC, afin de supprimer ou contourner le filtre. Le sénateur Hyest a ainsi proposé d'instaurer une possibilité de contestation devant le Conseil constitutionnel des refus de transmission, non sans présenter sa réforme
96 comme une riposte à la jurisprudence de la Cour de cassation [29].

Le président de la commission des lois de l'Assemblée nationale, quant

28. Laurent Bedouet, Rapport moral 2010 au Congrès de l'USM, 19, 20, 21 novembre 2010 (http://www.union-syndicale-magistrats.org/web/upload_fich/travaux/congres2010_bedouet.pdf).

29. Proposition de loi organique modifiant la loi organique 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, Sénat, session extraordinaire 2009-2010, n° 656 : « La loi organique du 10 décembre 2009 a voulu associer le Conseil d'État et la Cour de cassation à la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité. Ce choix est unique en Europe. Chez aucun de nos voisins un tel dispositif n'a été retenu de crainte d'un blocage du système par les cours suprêmes. Un tel blocage avait conduit en Allemagne à la suppression dès 1956 d'un filtrage par les cours avant la saisine de la Cour de Karlsruhe. Le législateur organique avait imaginé qu'une telle situation ne se produirait pas en France.

Après quelques semaines de mise en œuvre de la réforme, un tel pronostic se révèle erroné. Des questions prioritaires de constitutionnalité sont soulevées devant l'ensemble des juridictions administratives et judiciaires françaises qui les traitent "sans délai". Le Conseil d'État exerce son rôle conformément aux dispositions de la loi organique. Tel n'est pas le cas de la Cour de cassation. […]

Ce blocage ne peut perdurer alors que nos concitoyens attendent beaucoup de cette réforme qui était le principal élément à leur attention dans la révision du 23 juillet 2008. Il est temps de remédier à ces difficultés.

Une première voie de réforme pourrait consister à supprimer le second filtre. […]

Une deuxième voie de réforme peut, à ce stade, être préférée. Elle est moins radicale et tient compte de la variété des situations et de leur éventuelle évolution dans le temps. À cet effet, la présente proposition de loi prévoit, à l'initiative des parties, une possibilité de contestation devant le Conseil constitutionnel d'un refus de transmission. Cette procédure est inspirée du mécanisme de renvoi en Grande Chambre devant la Cour européenne des droits de l'homme. Le requérant devrait faire savoir dans un délai très bref (dix jours) s'il saisit à cet effet le Conseil. Celui-ci se prononcerait également dans un délai très bref (un mois) sur le point de savoir s'il admet ou non le recours. Seule la décision d'admission de la contestation par le Conseil constitutionnel devrait être motivée, ce qui confirmerait qu'en principe c'est la décision de la Cour de cassation ou du Conseil d'État qui s'impose et que son réexamen par le Conseil constitutionnel revêt un caractère exceptionnel. »

à lui, a envisagé l'instauration d'un mécanisme de nouvelle délibération par les juridictions suprêmes à la demande du Conseil constitutionnel[30].

18. Dans le même temps, les décisions de la Cour de cassation sont devenues sujet de débat public et donc de « rejugement ». Dès le 17 mai 2010, le comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République pouvait faire valoir dans son bilan que : « La Cour de cassation a décidé de ne pas transmettre au Conseil constitutionnel une question relative à la loi Gayssot réprimant le négationnisme, alors que cette question présentait sans doute un caractère sérieux, au sens de la loi organique, au regard du principe de la constitutionnalité de la liberté d'expression. Le comité s'estime en devoir de rappeler que le pouvoir constituant et le législateur organique, suivant en cela ses propres propositions, ont confié au seul Conseil constitutionnel, et non pas aux cours suprêmes des ordres administratif et judiciaire, le contrôle de constitutionnalité au fond. »

19. Sur le banc des accusés, le Premier président Lamanda s'est alors trouvé en position de devoir démontrer, devant la commission des lois, que la Cour de cassation ne faisait pas barrage à la QPC. Mais les statistiques avancées pour ce faire donnèrent lieu, à leur tour, à une mise en doute publique, en des termes ironiques et accusateurs assez inhabituels dans un échange entre des parlementaires et le chef de la Cour de cassation :

« M. Jean-Jacques Urvoas : Je m'associe pour l'essentiel aux propos de mon collègue Dominique Perben sur notre souhait de législateurs d'accorder aux justiciables des droits nouveaux.

Monsieur le Premier président, si j'ai écouté avec beaucoup d'intérêt votre vibrant plaidoyer visant à nous convaincre de la loyauté de la Cour envers les intentions du constituant et du législateur organique, mon sentiment d'observateur est cependant plutôt celui de la frilosité, voire de l'hostilité, de la Cour à l'égard du nouveau principe.

Pour démontrer la bonne volonté de la Cour, vous nous avez présenté des statistiques. Chaque fois qu'il en est fait état devant moi, me reviennent à l'esprit deux réflexions, l'une de Winston Churchill – "je ne crois aux statistiques que lorsque je les ai moi-même falsifiées" – et l'autre de Jacques Chirac – "les statistiques sont pour moi la troisième forme du mensonge". Pourriez-vous donc détailler le contenu de ces statistiques ? Serait-il par

30. Jean-Luc Warsmann, Rapport d'information 2838, AN, sur l'évaluation de la loi organique 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

exemple possible que, sur les 99 questions renvoyées pour des raisons sérieuses devant le Conseil constitutionnel, 98 portent sur le même point ? Ou, au contraire, chaque renvoi concerne-t-il une difficulté spécifique ? »

20. Ces ripostes, par leur brutalité, ont soudé la Cour de cassation. Tout corps attaqué se regroupe et fait front. Si la jurisprudence de la Cour de cassation a pu être ressentie comme un affront fait au Parlement, sa réaction pourrait tout autant avoir été perçue comme une entorse à la séparation des pouvoirs : la Cour de cassation n'a-t-elle pas été, indirectement, sanctionnée pour ses décisions ?

On pourrait encore vouloir regarder nos institutions ainsi évoluer, les plaques tectoniques bouger. On s'étonnera peut-être également que la QPC ait incité les députés et sénateurs à se faire les défenseurs du Conseil
98 constitutionnel. Comme le relevait jadis Paul Duez, la vogue dont jouit le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois se rattache par nature au mouvement de défaveur qui accable le parlementarisme[31]. Dans notre système juridique constitutionnalisé, c'est désormais le législateur qui défend le contrôle de constitutionnalité à l'encontre de ceux qui le tiennent pour illégitime face à la loi. Dans ce temps où notre système juridique se met en mouvement pour faire une place à cette procédure, il faut surtout espérer que la QPC cesse d'attiser les passions pour faire place à la raison, au raisonnement, au droit.

31. Paul Duez, « Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France », *op. cit.*, spéc. p. 215-216.

RÉSUMÉ

Dès son entrée en vigueur, la Cour de cassation a marqué sa défiance à l'encontre de la QPC. Ses premières décisions expriment la réticence des magistrats de l'ordre judiciaire à admettre le contrôle de la loi en vigueur ; elles manifestent aussi le fait que, globalement, la Cour de cassation ressent la QPC comme une forme de concurrence, d'autant moins bienvenue que le Conseil constitutionnel n'a pas la légitimité de l'institution du quai de l'Horloge. Les marques d'hostilité de la Cour de cassation ont à leur tour provoqué des réactions, parfois vives, sinon brutales. L'année 2010 restera, sous cet aspect, une année de déchirements institutionnels, de querelles doctrinales et prétoriennes sans équivalents, au risque d'une véritable rupture entre la Cour de cassation, une partie de la doctrine, le Conseil constitutionnel et le Parlement.