

A S S E M B L É E N A T I O N A L E

X I I I ^e L É G I S L A T U R E

Compte rendu

Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République

Mercredi

1^{er} septembre 2010

Séance de 14 heures 30

Compte rendu n° 82

SESSION EXTRAORDINAIRE DE 2009-2010

- Aux fins d'évaluer la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, auditions successives, ouvertes à la presse, de :
- M. Denys Simon, Professeur à l'Université Paris I Panthéon Sorbonne ; 2
 - M. Bertrand Mathieu, Président de l'Association française de droit constitutionnel ; 7
 - M. Vincent Lamanda, Premier président de la Cour de cassation ; 15
 - M. Jean-Louis Nadal, Procureur général près la Cour de cassation ; 27
 - M. Marc Guillaume, Secrétaire général du Conseil constitutionnel..... 35

**Présidence
de M. Jean-Luc
Warsmann,
Président**



La séance est ouverte à 14 heures 30.

Présidence de M. Jean-Luc Warsmann, président.

Aux fins d'évaluer la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, la Commission procède d'abord à l'audition de M. Denys Simon, Professeur à l'Université Paris I Panthéon Sorbonne.

M. le président Jean-Luc Warsmann. Nous reprenons nos travaux en auditionnant le professeur Denys Simon.

M. Denys Simon, professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne. Monsieur le président, mesdames et messieurs les députés, je tiens tout d'abord à vous remercier de l'honneur que vous me faites en m'invitant à m'exprimer devant votre Commission.

Avant d'aborder plus en détail les questions précises qui m'ont été adressées, je ferai deux brèves observations préliminaires.

D'une part, le travail d'évaluation auquel vous procédez intervient dans un délai très court après l'entrée en vigueur de la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008, de la loi organique du 10 décembre 2009 et des textes d'application. Le Président Accoyer a indiqué les raisons de ce premier bilan, mais cette remarquable réactivité et le souci de l'Assemblée nationale d'assurer un suivi régulier des textes adoptés par le législateur, en l'occurrence le législateur organique, ne doivent pas faire perdre de vue qu'une réforme d'une telle ampleur, qui affecte en profondeur les traditions constitutionnelles et juridictionnelles françaises, nécessite une phase d'adaptation, de rodage, avant de développer pleinement et sereinement ses effets. Je m'exprimerai donc avec prudence, car il faut laisser le temps faire son œuvre, notamment sur les terrains sensibles de la question prioritaire de constitutionnalité.

D'autre part, les difficultés sur lesquelles M. le député Dominique Perben a appelé à plusieurs reprises l'attention du Gouvernement ne doivent pas occulter le succès remarquable de la réforme. Quantitativement d'abord : en cinq mois d'application, au 1er août 2010, 522 questions prioritaires de constitutionnalité ont été soulevées par les justiciables, 165 enregistrées par le Conseil d'État et 357 par la Cour de cassation, qui, plus intéressant encore, les ont transmises au Conseil constitutionnel dans respectivement 26 % et 28 % des cas. Qualitativement ensuite : les décisions par lesquelles le Conseil constitutionnel a conclu à la non-conformité totale ou partielle, ou à la conformité sous réserves, ont été saluées comme des avancées incontestables dans la protection des droits fondamentaux des justiciables. La question prioritaire de constitutionnalité apparaît donc comme un progrès essentiel du renforcement de l'État de droit, sans que l'on ait pour autant assisté à une déstabilisation systématique de la législation en vigueur, ce qui prouve que la loi organique était judicieusement rédigée.

Ces deux remarques visent seulement à relativiser certaines lectures exagérément dramatisées de la mise en œuvre de la réforme constitutionnelle et de l'application de la loi organique du 10 décembre 2009.

Les deux premières questions portaient sur l'usage et l'efficacité des filtres posés par la loi organique.

Dès lors que le constituant a écarté l'idée de contrôle diffus de constitutionnalité et opté pour un renvoi au Conseil constitutionnel après filtrage par les juridictions suprêmes de chaque ordre de juridiction, les filtres mis en place par le législateur organique me semblent pertinents. En d'autres termes, je n'estime pas opportun de modifier les critères de filtrage, ni de les formuler de manière plus précise, dans l'hypothèse d'une modification de l'ordonnance organique telle qu'issue de la loi organique du 10 décembre 2009. Il convient à mon avis de laisser au Conseil constitutionnel, au Conseil d'État et à la Cour de cassation le soin de fixer le sens à donner aux expressions utilisées par le législateur organique. C'est ainsi par exemple que le Conseil Constitutionnel, dans sa décision n° 2010-9 QPC du 2 juillet 2010 « Section française de l'observatoire international des prisons », a soigneusement précisé ce qu'il fallait entendre par « disposition déjà déclarée conforme à la Constitution » dans les motifs ou le dispositif d'une décision du Conseil, sauf changement de circonstances.

Certes, cette progressivité pragmatique dans l'identification des critères de qualification peut ne pas aller sans secousse ou sans controverse. Ainsi, la Cour de cassation, dans son désormais célèbre arrêt du 16 avril 2010, n'a pas jugé irrecevable la question prioritaire de constitutionnalité soulevée devant le juge des libertés et de la détention, alors que la compatibilité avec les droits fondamentaux garantis par la Constitution avait été constatée par le Conseil constitutionnel dans sa décision de 1993, et que l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne ne constituait pas, en droit français et au sens de la loi organique, un « changement de circonstances ». Mais ces difficultés relèvent davantage du réglage jurisprudentiel que d'une révision de la loi organique. On voit mal en effet comment préciser à l'avance par voie législative ce que serait une question sérieuse ou une question nouvelle.

En revanche les questions posées appellent l'attention sur deux difficultés particulières.

La première résulte de la jurisprudence de la Cour de cassation relative au refus de reconnaître le caractère sérieux d'une question prioritaire de constitutionnalité au motif « qu'elle tend, en réalité, non à contester la constitutionnalité des dispositions qu'elle vise, mais l'interprétation qu'en a donnée la Cour de cassation ». Je vous renvoie à la décision du 19 mai 2010 sur l'article 353 du code de procédure pénale concernant la motivation des arrêts de cour d'assises et à celle de la chambre criminelle du 31 mai 2010 dans l'affaire de la loi du 29 juillet 1881 relative à la diffamation. Cette distinction entre les dispositions de la loi et la loi telle qu'interprétée par la jurisprudence me paraît dépourvue de tout fondement en général, et au regard du mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité en particulier. En général, parce que depuis plus d'un siècle, la théorie de l'interprétation a montré qu'un énoncé juridique n'a de sens qu'au terme d'une opération d'interprétation. Distinguer la loi interprétée et la loi nue n'a à strictement parler aucun sens. En particulier ensuite, s'agissant du contrôle de la constitutionnalité des lois, admettre qu'une juridiction suprême refuse de considérer comme sérieuse une question sous prétexte qu'elle porte sur l'interprétation qui en est donnée par la jurisprudence reviendrait à priver de tout effet la volonté du constituant et du législateur organique, et la protection des droits fondamentaux des justiciables résultant du mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité.

On ajoutera que, si le Conseil constitutionnel se prononce, soit au titre de l'article 61, soit au titre de l'article 61-1, sur la constitutionnalité de lois sous bénéfice de réserves d'interprétation, cela signifie bien que certaines interprétations peuvent être conformes aux exigences constitutionnelles de protection des droits fondamentaux, et d'autres non. Sur ce point, il pourrait être souhaitable de faire obstacle à cette dérive jurisprudentielle en introduisant un amendement à l'article 23-4 de l'ordonnance organique selon lequel les

juridictions ne peuvent se retrancher derrière l'interprétation d'une loi par une jurisprudence établie pour rejeter le caractère sérieux d'une question prioritaire de constitutionnalité.

La seconde difficulté concerne la suggestion selon laquelle une procédure d'appel à l'encontre des décisions des cours suprêmes pourrait être instituée devant le Conseil constitutionnel. Cette idée, qui a pris, entre autres, la forme de la proposition de loi organique du sénateur Jean Jacques Hysté déposée au Sénat le 9 juillet 2010, ne me paraît pas souhaitable pour plusieurs raisons.

En premier lieu, cette solution risquerait d'aboutir en pratique à la disparition du filtrage : il est en effet probable que toutes les décisions de refus de transmission feraient l'objet d'un appel et que l'encombrement probable du Conseil constitutionnel qui en résulterait, même si ce dernier statuait selon une procédure simplifiée ou accélérée, irait à l'encontre de la logique du dispositif voulu par le constituant et le législateur organique. On transformerait ainsi le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité à la française en une sorte de recours d'*amparo*, ce qui n'était manifestement pas l'objectif du constituant. En théorie, toutes les formes de contrôle de constitutionnalité peuvent se discuter mais, dans le cadre fixé par le législateur, je crains que la généralisation de l'appel ne fausse radicalement le dispositif.

En deuxième lieu, la célérité et l'efficacité des procédures risqueraient d'en être affectées.

En troisième lieu, cette solution transformerait, qu'on le veuille ou non, le Conseil constitutionnel en juridiction d'appel des décisions du Conseil d'État et de la Cour de cassation, ce qui semble difficilement concevable dans les conditions actuelles de la composition du Conseil constitutionnel.

En quatrième lieu, il ne semble pas opportun de confier au Conseil Constitutionnel un rôle de filtre préalable à propos de questions qu'il aura ensuite à trancher sur le fond de la compatibilité avec la Constitution. Certes, cela existe à l'étranger, à la Chambre des Lords ou à la Cour suprême des États-Unis, mais dans des contextes qui sont difficilement transposables.

Enfin, d'un point de vue formel, une telle modification du système n'est pas concevable sans révision constitutionnelle. La proposition de modification de la seule loi organique est en effet incompatible avec le libellé de l'article 61-1, et probablement avec les principes constitutionnels relatifs à l'indépendance des juridictions judiciaires et administratives tels qu'ils ont été dégagés par la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Les troisième et quatrième questions qui m'ont été posées se rattachent au problème de l'articulation des contrôles de constitutionnalité et de conventionalité.

Vous me demandez quelle lecture peut être faite de l'arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne le 22 juin 2010. Si vous me permettez, pour faire court, une certaine brutalité, je dirai que la Cour a donné une bonne réponse à une question mal posée. Ce n'est ni le lieu ni le moment de revenir sur l'arrêt de la Cour de cassation du 16 avril 2010, qui a été abondamment commenté. Je ferai seulement remarquer que, contrairement à certaines opinions avancées, le renvoi préjudiciel opéré par la Cour de cassation n'était pas en soi illégitime, mais son raisonnement reposait sur des prémisses erronées, en particulier la confusion entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité.

Il est indéniable que la formulation de la priorité au profit de la question prioritaire de constitutionnalité telle qu'établie par la volonté du législateur dans la loi organique du 10 décembre 2009 risquait de soulever des difficultés au regard des exigences de la primauté du droit de l'Union européenne et de la jurisprudence bien connue de la Cour de justice, comme cela avait d'ailleurs été observé lors des auditions de votre Commission des 23 et 30 juin 2009 et par une partie de la doctrine spécialiste du droit de l'Union. Il s'agit d'ailleurs non pas d'une concurrence entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité, mais plutôt, comme l'avait bien montré le président Jean-Marc Sauvé, de la nécessité de conserver aux juridictions du fond leur fonction de juge communautaire de droit commun, c'est-à-dire leur pouvoir d'écarter une règle nationale incompatible avec le droit de l'Union et leur faculté intangible de saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle.

On pouvait alors – une fois encore, en simplifiant les termes du débat – poser le problème dans les termes suivants : soit l'on se livre à une lecture intégriste de la priorité de la question prioritaire de constitutionnalité et on se heurte de front aux exigences du droit de l'UE ; soit l'on se livre à une lecture plus fine de la priorité telle que voulue par le législateur organique, et le dispositif peut être, à certaines conditions, jugé compatible avec les exigences du droit de l'Union. Reprenant ces deux lectures techniquement possibles, l'arrêt de la Cour de justice de l'Union comporte en réalité deux réponses juxtaposées à la question posée par la Cour de cassation.

La première consiste à accorder une présomption de pertinence à l'hypothèse interprétative retenue, explicitement ou implicitement, par la juridiction de renvoi, et à faire « comme si » la conception du mécanisme de question prioritaire de constitutionnalité exposée par la Cour de cassation était bien conforme à la réalité juridique et juridictionnelle française. Cette première appréhension de la question s'inscrit dans la pratique jurisprudentielle classique de la Cour de justice en matière de renvoi préjudiciel, tendant à accepter la description du cadre juridique et factuel fournie par le juge de renvoi, qui est *a priori* censée correspondre à la réalité du droit national et servir de point de départ à l'analyse de la Cour de justice. Si l'on s'en tient à cette lecture de la loi organique, le dispositif de la question prioritaire de constitutionnalité serait, selon le juge communautaire, à l'évidence incompatible avec le droit de l'Union.

Mais la Cour ajoute immédiatement que cette lecture est loin d'être la seule possible, et que la jurisprudence du Conseil constitutionnel – décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010 sur les jeux en ligne – et du Conseil d'État – arrêt du 14 mai 2010 Rukovic – conduit à une autre lecture des dispositions de la loi organique, qui, elle, serait compatible avec le droit de l'Union. Autrement dit, la Cour de justice raisonne comme le Conseil constitutionnel quand il indique des réserves d'interprétation, ou encore comme la Cour constitutionnelle allemande dans les affaires « Solange ».

Le droit communautaire ne fait pas donc obstacle au mécanisme de question prioritaire de constitutionnalité pour autant que les juridictions nationales restent libres de saisir la Cour à tout moment de la procédure qu'elles jugent approprié, et même à l'issue de la procédure incidente de contrôle de constitutionnalité, 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. Or, le dispositif institué par l'article 61-1 de la Constitution et par la loi organique du 10 décembre 2009 est susceptible d'être compris comme respectant ces conditions.

En d'autres termes, la lecture de la loi organique à laquelle se sont livrés le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État a été parfaitement reçue par la Cour de justice de l'Union, qui indiquait par ailleurs à la Cour de cassation que le principe d'interprétation conforme, classique en droit communautaire, devait normalement la conduire à choisir, parmi les deux interprétations possibles de la loi organique, celle qui était compatible avec les exigences du droit de l'Union, c'est-à-dire celle retenue par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État.

Bien que cette question ne figure pas dans la liste des questions posées, je suis contraint d'ajouter qu'à mon, sens, l'arrêt de la Cour de justice de l'Union ne devait en aucun cas conduire à écarter les dispositions de la loi organique comme incompatibles avec le droit de l'Union européenne, comme l'a fait l'arrêt de la Cour de cassation du 29 juin 2010. En revanche, l'absence d'inconstitutionnalité de l'article 78-2 alinéa 4 du code de procédure pénale n'excluait pas évidemment pas qu'il fût jugé inconstitutionnel, comme l'a d'ailleurs estimé la Cour de Justice. Cette brève précision vise seulement à montrer que les contrôles de constitutionnalité et de compatibilité avec le droit de l'Union européenne demeurent distincts et que leur complémentarité, dans certaines hypothèses, ne s'analyse pas en termes de concurrence ou de priorité. Il en va de même du passage de l'arrêt consacré au cas particulier des lois de transposition des directives, où la Cour de justice répond aux développements de la décision du Conseil constitutionnel dans sa décision relative aux jeux en ligne.

Quant à la question de savoir s'il est nécessaire de permettre aux juridictions suprêmes de prendre des mesures provisoires ou conservatoires, lorsqu'elles sont saisies d'une question prioritaire de constitutionnalité, une telle solution serait souhaitable, en particulier dans les litiges relevant des juridictions judiciaires. Le Conseil d'État peut d'ores et déjà, même en sa qualité de juge de cassation, ordonner le sursis à exécution des dispositions qui sont contestées devant lui. Il serait sans doute envisageable de conférer un tel pouvoir à la Cour de cassation, soit directement, soit en lui permettant d'enjoindre au juge du fond de prendre les mesures provisoires appropriées. À cet égard, on peut rappeler que les juridictions nationales ne peuvent – dans le champ d'application des règles du droit de l'Union et en vertu de la jurisprudence issue de l'arrêt du 19 juin 1990 « Factortame 1 » de la Cour de justice de l'Union européenne – se voir privées d'écarter une règle nationale qui les empêcherait d'assurer au provisoire la primauté du droit communautaire. C'est ainsi que les juridictions britanniques se sont vues reconnaître, contrairement à la règle de *common law* qui interdisait la suspension de l'application d'un acte du Parlement ou le sursis à exécution d'un acte de l'exécutif de la Couronne, la faculté d'adopter des mesures provisoires ou conservatoires. Et les juridictions britanniques n'ont pas hésité à exercer ces pouvoirs chaque fois que la nécessité imposée par le respect du droit communautaire le justifiait. L'insertion, dans l'hypothèse où une modification de l'ordonnance organique serait envisagée, d'une telle faculté d'adopter ou de faire adopter des mesures provisoires rendrait caduc l'argument qui fonde la décision de laisser inappliquée la loi organique dans l'arrêt de la Cour de cassation du 29 juin 2010.

Pour en terminer, j'aborderai brièvement les deux dernières questions posées.

S'agissant de la procédure mise en place pour l'examen des questions prioritaires de constitutionnalité devant le Conseil constitutionnel, elle me semble satisfaisante compte tenu de la rédaction du règlement intérieur du Conseil et des efforts qu'il a accomplis pour s'adapter à cette nouvelle mission. La seule adaptation qui pourrait paraître souhaitable serait d'ouvrir le cas échéant la procédure devant le Conseil constitutionnel en organisant un droit d'intervention ou un statut d'*amicus curiae*, de façon que puissent s'exprimer des points de

vue d'experts ou de représentants des groupements intéressés – syndicats, associations – au-delà du cercle des parties *stricto sensu*.

Concernant l'effet dans le temps des décisions d'abrogation, la jurisprudence développée par le Conseil constitutionnel s'efforce de préciser progressivement l'usage des pouvoirs de modulation dans le temps de l'effet abrogatoire qui lui ont été octroyés par l'article 62, alinéa 2, de la Constitution. Le bilan de la jurisprudence, depuis le 1^{er} mars dernier, se résume ainsi : pour le Conseil constitutionnel, il s'agit d'abord de faire en sorte – et c'est la moindre des choses – que la décision d'inconstitutionnalité bénéficie aux requérants ayant provoqué l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité et aux justiciables qui avaient un contentieux en cours, comme cela découle des décisions n^{os} 2010-6/7 QPC, à propos de l'article L. 7 du code électoral, ou n^o 2010-10 QPC, à propos de la composition des tribunaux maritimes commerciaux.

Par ailleurs, dans l'hypothèse où il est nécessaire d'adopter une législation nouvelle destinée à se substituer à celle déclarée inconstitutionnelle, le Conseil constitutionnel entend logiquement différer les effets de l'inconstitutionnalité pour laisser au Parlement le temps de voter une nouvelle loi, comme il l'a fait s'agissant de la décristallisation des pensions, et comme il l'avait fait, sans habilitation textuelle, dans le cadre de la procédure de l'article 61 à propos de la loi sur les OGM. La décision du 30 juillet 2010 sur la garde à vue illustre bien cette recherche d'équilibre entre la prise en compte des intérêts du requérant, la protection de l'ordre public et le respect des pouvoirs du Parlement.

Je ne crois pas qu'il soit souhaitable, à supposer que cela soit possible, de préciser dans le texte de l'ordonnance organique les modalités de cette conciliation délicate, que le constituant a entendu laisser à la responsabilité du Conseil constitutionnel.

On peut penser que les difficultés redoutables liées aux conséquences qui pourraient être tirées d'une incompatibilité avec les droits fondamentaux d'une législation appliquée pendant de longues années, par exemple sur le terrain de la répétition de l'indu en matière fiscale ou de la responsabilité de l'État, devront aussi être résolues par la jurisprudence des juges du fond.

M. le président Jean-Luc Warsmann. Nous vous remercions pour votre intervention très complète.

*

* *

Elle procède ensuite à l'audition de M. Bertrand Mathieu, Président de l'Association française de droit constitutionnel.

M. le président Jean-Luc Warsmann. Nous poursuivons nos auditions en accueillant le professeur Bertrand Mathieu qui, après un propos liminaire, répondra aux questions que les députés présents voudront bien lui poser.

M. Bertrand Mathieu. Je me réjouis de l'occasion qui m'est donnée de m'exprimer à nouveau sur la question prioritaire de constitutionnalité et je vous en remercie. Cette nouvelle procédure remporte manifestement un grand succès : succès médiatique – ce débat a incontestablement renforcé la place de la Constitution dans le débat public et nous n'avons

jamais autant parlé des normes constitutionnelles ; succès de mise en œuvre – puisque les justiciables et les praticiens ont eu largement et très rapidement recours à cette procédure ; enfin, succès dans les résultats obtenus, car elle a conduit à entreprendre certaines révisions législatives d'ensemble, en particulier celle relative à la garde à vue, et à régler des questions plus ponctuelles comme la cristallisation des pensions, et cela dans des conditions propres à éviter la survenue de désordres juridiques.

Le seul élément perturbateur vient des positions prises par la Cour de cassation. Au-delà de ses aspects techniques, cette question a quelque peu parasité le succès de la procédure, en rendant certains praticiens plus réservés face à une jurisprudence incertaine et potentiellement source de conflits entre les ordres juridictionnels.

J'évoquerai pour commencer la question du filtrage par les juridictions suprêmes des ordres judiciaire et administratif. Le fait que la disposition contestée doive être applicable au litige ou à la procédure ou constituer le fondement des poursuites, ainsi que l'absence de déclaration de conformité préalable par le Conseil constitutionnel, ne posent pas, semble-t-il, de véritables problèmes. Le seul problème qui a pu se poser concerne la contestation d'une disposition législative abrogée mais applicable au litige. Alors que la Cour de cassation avait estimé que l'on ne peut contester la constitutionnalité d'une telle disposition, le Conseil constitutionnel a tranché la question dans un sens contraire.

Le filtrage par les juridictions suprêmes des ordres judiciaire et administratif a également permis une meilleure prise en compte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et la tendance à laisser le Conseil constitutionnel reconnaître l'autorité de l'interprétation donnée des normes constitutionnelles semble se dessiner, ce qui, à terme, est incontestablement une source de sécurité juridique.

Si le Conseil d'État a joué le jeu du filtre en évitant de prendre position sur la question de constitutionnalité au fond, le contrôle s'est un peu resserré dans les décisions les plus récentes, ce qui se traduit notamment par une motivation plus élaborée, sans qu'aucune dérive n'ait été relevée.

S'agissant de la jurisprudence de la Cour de cassation, donc de l'exercice de son rôle de filtre, plusieurs observations peuvent être présentées.

La Cour, sous couvert de l'absence de caractère sérieux de la question, a porté de véritables jugements de constitutionnalité. Le refus de poser une question dont le caractère sérieux est réel pourrait conduire à ce que le problème soit traité par la Cour européenne des droits de l'homme mais ne soit plus traité au niveau constitutionnel, ce qui va à l'encontre même de l'objectif de la réforme constitutionnelle. Tel pourrait être le cas de l'absence de motivation des arrêts rendus par les cours d'assises, que la Cour de cassation a persisté à juger non sérieuse. L'absence de renvoi concernant la constitutionnalité de certaines dispositions relatives à la condamnation du négationnisme, au prétexte que la Constitution n'était pas sérieuse, peut également poser problème.

Mais, de mon point de vue, le problème essentiel vient de ce que, au-delà des statistiques produites par la Cour de cassation, qui démontrent en effet qu'elle n'a pas bloqué le dispositif de la question prioritaire de constitutionnalité, la Haute juridiction émet une position de principe, ce qui constitue l'obstacle principal au jeu normal de la nouvelle procédure : la Cour de cassation refuse de poser une question portant sur une disposition

législative qu'elle a déjà interprétée, voire, dans certains cas, qu'elle est susceptible d'interpréter.

Alors que le Conseil d'État a considéré d'emblée que retenir une interprétation plutôt qu'une autre, c'est prendre parti sur le caractère sérieux de la question et donc prendre position sur la question de la constitutionnalité, la Cour de cassation, sous couvert d'une appréciation de la question posée comme relevant non de la mise en cause de la constitutionnalité de la loi, mais de la mise en cause de la constitutionnalité de l'interprétation de la loi telle qu'elle résulte de sa jurisprudence, rejette le caractère sérieux d'un certain nombre de questions. De la même manière, la Haute juridiction, à l'encontre de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, considère que si la loi est trop vague, il lui appartient de l'interpréter.

Pour résumer, la Cour de cassation estime qu'elle ne peut pas renvoyer une question à cause du caractère non sérieux du moyen : soit parce que c'est l'interprétation de la loi qui est en cause, soit parce qu'elle donne une interprétation qu'elle estime conforme, soit encore parce que, par principe, l'interprétation relève de sa compétence exclusive. En fait, et c'est là le fond du problème, la Cour de cassation – et c'est probablement la raison d'une certaine hostilité au mécanisme – considère qu'elle dispose de l'entier monopole de l'interprétation de la loi et que, par définition, le Conseil constitutionnel n'a pas à empiéter sur cette compétence.

En réalité, le contrôle de la constitutionnalité de la loi implique l'interprétation de la loi. En ce sens, le Conseil constitutionnel rappelle qu'il lui « revient de procéder à l'interprétation des dispositions d'une loi qui lui est déférée dans la mesure où cette interprétation est nécessaire à l'appréciation de sa constitutionnalité ». D'ailleurs, dans l'une de ses décisions QPC, le Conseil a assorti sa déclaration de conformité d'une réserve d'interprétation. On ne peut imaginer un contrôle de constitutionnalité qui ne conduirait pas le Conseil constitutionnel à interpréter la loi, et le blocage vient de ce que la Cour de cassation considère qu'elle détient en la matière un monopole. On peut clairement identifier, me semble-t-il, la source des problèmes.

Cette attitude de la Cour de cassation conduit à faire obstacle à la volonté du législateur organique et même à celle du constituant, car à partir du moment où ils ont confié au Conseil constitutionnel le monopole du contrôle de constitutionnalité de la loi, l'interprétation d'une disposition législative par la Cour de cassation ne peut valoir brevet de constitutionnalité.

La Cour de cassation s'est appuyée sur deux leviers pour contester le mécanisme : le droit de l'Union européenne – ce qui a abouti à un échec – et l'affirmation du pouvoir judiciaire et même du pouvoir juridictionnel qu'elle devrait seule exercer.

Comment réagir face à la position de la Cour ? Cette question est éminemment politique et ne date pas d'hier. Le Parlement doit-il recourir à un « lit de justice » pour obtenir que la réforme qu'il a votée fonctionne ? Je me garderai bien de prendre position sur ce point, mais cela ne m'empêche pas d'étudier les moyens d'y parvenir.

La suppression du filtrage opéré par la Cour de cassation et par le Conseil d'État pourrait constituer une solution. Elle nécessiterait cependant une révision de la Constitution, sauf à considérer que les deux hautes juridictions ne jouent qu'un rôle de « boîte aux lettres », ce qui serait abusif et peu respectueux à leur égard. De plus, une solution aussi radicale peut

paraître prématurée et susceptible de bouleverser une procédure qui vient tout juste d'être insérée dans l'ordonnement juridique.

La seconde solution consiste à instaurer une procédure d'appel des décisions de la Cour de cassation et du Conseil d'État qui refusent de renvoyer une question devant le Conseil constitutionnel. Cette technique semble la plus pertinente pour surmonter la jurisprudence de la Cour de cassation, mais elle pose elle aussi un problème de constitutionnalité, car si cette faculté n'est pas directement contraire à l'esprit de l'article 61-1 de la Constitution, il faut bien considérer qu'elle n'en respecte pas exactement la lettre. En effet, si la Cour de cassation et le Conseil d'État conservaient la charge de décider ou non du renvoi, le Conseil constitutionnel pourrait, dans certaines hypothèses exceptionnelles, être saisi alors même que le Conseil d'État ou la Cour de cassation ne lui ont pas renvoyé la question, ce qui pourrait soulever un problème de constitutionnalité. En tout état de cause, si la voie organique était choisie, c'est au Conseil constitutionnel qu'il appartiendrait de se prononcer sur la conformité de cette disposition à la Constitution.

La mise en place par le Conseil constitutionnel d'une chambre des requêtes chargée de juger de ces appels dans un délai très court serait une autre solution intéressante et techniquement possible. D'ailleurs, nous étions quelques-uns à l'évoquer lors des débats au sein du Comité Balladur.

La seule question que pose cette disposition porte sur son opportunité : faut-il ou non attendre un éventuel revirement de jurisprudence de la Cour de cassation sur la question de l'interprétation de la loi à l'occasion de la suppression de la formation spécialisée qui vient d'être opérée par le législateur organique ? Il est également possible que nous rencontrions des jurisprudences divergentes selon les chambres concernées. Le problème, qui était concentré sur une instance, sera désormais démultiplié, et l'amélioration de la situation pourrait s'accompagner de risques de divergences.

Au surplus, l'instauration d'une procédure d'appel présente un intérêt d'ordre général, indépendamment du problème posé par la Cour de cassation. Elle permettrait d'éviter d'éventuelles divergences entre le Conseil d'État et la Cour de cassation et ce qui peut être considéré comme un véritable déni de justice – par exemple, le refus de la Cour de cassation de transmettre une question portant sur une disposition législative abrogée mais applicable au litige, ce qui prive le justiciable de tout moyen d'action – alors même que le Conseil constitutionnel a jugé qu'une telle question était possible. La sécurité juridique et la cohérence de l'ordre juridique gagneront nécessairement avec cette procédure d'appel, d'autant plus qu'une décision de refus de renvoi de la Cour de cassation pourrait être attaquée devant la Cour européenne des droits de l'homme comme violant le droit au juge.

En tout état de cause, une procédure d'appel renforcerait le droit du justiciable sans alourdir exagérément la procédure. Il faut cependant observer que, dans son principe, une telle réforme, au-delà de sa portée immédiate, modifierait en profondeur les rapports entre les ordres juridictionnels, non pas en faisant du Conseil constitutionnel une véritable Cour suprême, au sens américain du terme, sa compétence se bornant au contrôle de la constitutionnalité de la loi, mais en lui subordonnant, s'agissant du contrôle de constitutionnalité, la Cour de cassation et le Conseil d'État. Cette observation ne constitue pas dans mon esprit une objection de principe, mais il est clair que cette procédure constitue une relative révolution.

J'en viens au caractère prioritaire de la question de constitutionnalité au regard du droit de l'Union européenne, dont je souligne la pertinence. En effet, contrairement à ce qui a pu être affirmé, le contrôle de constitutionnalité et le contrôle de conventionalité ne sont pas substituables l'un à l'autre. La meilleure preuve en est l'abrogation par le Conseil constitutionnel de certaines dispositions constitutionnelles déclarées conformes à la Convention européenne des droits de l'homme par le Conseil d'État. La question de constitutionnalité et son caractère prioritaire constituent bien une avancée substantielle dans la protection des droits fondamentaux.

Je ne reprendrai pas ici les péripéties qui ont conduit à la décision de la Cour de justice de l'Union européenne qui, le 22 juin 2010, a estimé conforme au droit de l'Union une législation nationale qui permet aux juridictions nationales de la saisir à tout moment de toute question préjudicielle qu'elles jugent nécessaires, d'adopter toute mesure permettant d'assurer la protection provisoire des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union et de laisser inappliquées, à l'issue du contrôle de constitutionnalité, les dispositions législatives nationales jugées contraires au droit de l'Union.

Selon cet arrêt, le juge national, juge de l'application du droit de l'Union, doit, de sa propre autorité, laisser au besoin inappliquée une disposition inconventionnelle sans avoir à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel. Cela signifie que le juge ordinaire doit pouvoir à tout moment poser une question préjudicielle à la Cour de justice, prendre toute disposition propre à assurer la protection provisoire des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union, et laisser inappliquée la disposition législative qu'il juge contraire au droit de l'Union, quel que soit le résultat de la question de constitutionnalité.

Si la loi est jugée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel, le juge, question préjudicielle ou non, pourra écarter l'application de la loi contraire au droit de l'Union européenne. Si la loi est jugée contraire à la Constitution, la question de la conformité au droit de l'Union européenne perd de son intérêt, mais le juge pourra écarter l'application de la loi contraire au droit de l'Union européenne s'agissant de son application antérieurement à son abrogation. De ce point de vue, il n'y a pas de problème.

À la suite de cet arrêt, la Cour de cassation, à laquelle la Cour de justice a renvoyé naturellement l'interprétation correcte du droit national, a considéré que la procédure prévue par la loi organique ne répondait pas aux exigences communautaires. Elle a invoqué un argument de procédure selon lequel elle ne peut prendre les mesures provisoires et conservatoires permettant le respect du droit de l'Union. Cet argument est fondé sur une interprétation très restrictive de l'article 23-3 de la loi organique dont le premier alinéa permet aux juridictions du fond de prendre de telles mesures, alors que cette faculté n'est pas expressément reconnue à la Cour de cassation et au Conseil d'État par le cinquième alinéa du même article.

Pour résoudre ce problème, il convient d'étendre aux deux hautes juridictions la faculté reconnue aux juridictions du fond par une modification du cinquième alinéa de l'article 23-3 de la loi organique. Cette modification devrait logiquement conduire la Cour de cassation à admettre la conformité de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité au droit de l'Union européenne.

Reste la question spécifique du contrôle des lois transposant une directive européenne, question très technique que je vais essayer d'aborder le plus simplement possible.

Il convient de revenir quelques instants sur la jurisprudence pertinente du Conseil constitutionnel. S'agissant d'une loi de transposition d'une directive dans le cadre du contrôle *a priori*, le Conseil constitutionnel vérifie que la loi qui a pour objet de transposer exactement une directive n'est pas manifestement incompatible avec la directive, ce qui laisse au juge national la possibilité de relever une incompatibilité non manifeste. Le Conseil constitutionnel n'opère pas par ailleurs de contrôle de constitutionnalité de la loi de transposition, sauf si est invoquée ou relevée la violation d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France. En ce cas, le Conseil laisse au droit communautaire la charge d'assurer la protection des principes communs dans le cadre des transpositions de directive, ne se réservant que le soin de protéger les principes spécifiques à l'ordre constitutionnel national. Dans sa décision n° 2010-605 DC, le Conseil constitutionnel précise que la violation manifeste par le législateur de l'obligation de transposer une directive n'est pas invocable dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité.

Cette jurisprudence doit être confrontée à celle de la Cour de justice de l'Union européenne, qui considère que l'abrogation d'une loi transposant correctement une directive reviendrait en pratique à l'empêcher d'exercer son contrôle de la validité de la directive au regard du droit européen. En fait, non seulement le juge doit pouvoir poser une question préjudicielle de conventionalité, mais encore, dans ce cadre-là, la réponse de la Cour de justice doit être préalable à la décision de la Cour constitutionnelle. Il y a de ce point de ce point de vue un risque de contradiction entre le droit national et le droit de l'Union européenne, car les juridictions nationales sont soumises à de stricts délais d'examen de la question prioritaire de constitutionnalité qui ne permettent pas de respecter le caractère préalable de la réponse de la Cour de justice de l'Union européenne.

Mais ce risque est matériellement très limité. Le problème ne se pose, en fait, que dans l'hypothèse où est invoqué un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France. Sinon, il faut considérer, au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, que la question de constitutionnalité n'est, par principe, pas sérieuse. En effet, il n'y a pas lieu pour le Conseil constitutionnel d'opérer un contrôle de constitutionnalité d'une loi de transposition d'une directive, sauf si est invoquée la violation d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France. Le système français est, de ce point de vue, conforme à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

Dans le cas où est invoqué un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, relatif à un droit ou à une liberté que la Constitution reconnaît, le juge national devra d'abord vérifier s'il s'agit bien d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle. Si la réponse est affirmative, il devra vérifier le caractère sérieux de la question de constitutionnalité. Ce n'est que dans ce cas, *a priori* exceptionnel, que le risque de conflit avec la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne sera patent. Le juge devra alors saisir simultanément la Cour de justice de la question de la validité de la directive et le Conseil constitutionnel de la conformité de la loi de transposition avec un droit ou une liberté inhérents. On pourrait alors prévoir que dans ce cas, le Conseil puisse surseoir à statuer afin d'attendre la réponse que la Cour de justice donnera à la question de la validité de la directive.

Pour rendre parfaitement compatibles le droit national et le droit de l'Union européenne, il conviendrait de modifier sur ce point la loi organique en prévoyant que le Conseil peut surseoir à statuer si une question préjudicielle de conformité de la directive et une question de constitutionnalité portant sur une disposition législative de transposition sont concomitamment posées.

Le Conseil retrouverait alors sa compétence pour abroger la disposition contestée dans la seule hypothèse où il estimerait qu'elle est contraire à un principe identitaire. La contradiction entre le droit national et le droit de l'Union européenne serait alors substantielle et non plus procédurale – cela n'a plus rien à voir avec la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité. La potentialité d'une telle contradiction est inhérente aux rapports de systèmes. Elle tient à l'existence même de principes inhérents à l'ordre constitutionnel et au fait que l'ordre juridique constitutionnel national et l'ordre juridique de l'Union européenne ne sont pas hiérarchisés.

Il convient de prendre acte du fait que la validité d'une norme législative impose le double respect de la norme constitutionnelle et des normes conventionnelles. Le conflit ne pourrait naître que dans l'hypothèse où les exigences constitutionnelles et conventionnelles seraient non pas différentes mais contradictoires, ce qui devrait être assez exceptionnel.

J'évoquerai pour terminer le contrôle opéré par le Conseil constitutionnel. De ce point de vue, le Conseil a légitimement et assez habilement utilisé l'ensemble des prérogatives que la Constitution lui a confiées. Il a pu reporter les effets de la décision d'abrogation afin de laisser au législateur le soin et le temps de remédier à l'inconstitutionnalité constatée, soit parce que l'abrogation peut avoir pour effet de faire revivre une législation inconstitutionnelle – dans cette hypothèse, les juridictions devront surseoir à statuer dans les instances dont l'issue dépend de l'application des dispositions inconstitutionnelles et le législateur devra prévoir l'application des nouvelles dispositions aux instances en cours – soit parce que faire produire à l'abrogation un effet immédiat créerait une importante insécurité juridique et l'obligation faite aux juridictions de surseoir à statuer serait inapplicable. Ainsi, dans la décision du 30 juillet 2010 relative à la garde à vue, le Conseil constitutionnel reporte au 1^{er} juillet 2011 les effets de l'abrogation prononcée afin de permettre au législateur de remédier à l'inconstitutionnalité prononcée.

Il a pu au contraire faire produire effet à la décision d'abrogation à partir du moment où elle ne crée pas de vide juridique et ne conduit pas le législateur à prendre d'autres dispositions. Il en est ainsi s'agissant de l'abrogation de l'article L. 7 du code électoral.

Par ailleurs, le Conseil précise qu'en principe, une déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à la partie qui a présenté la question, sauf si l'abrogation immédiate est susceptible de violer des objectifs constitutionnels et d'entraîner des conséquences manifestement excessives, telles que la remise en cause de gardes à vue.

Enfin, le Conseil peut être conduit à combler lui-même un vide juridique. Il exerce ainsi un pouvoir de substitution en prévoyant que les tribunaux maritimes commerciaux siègeront dans la composition des juridictions pénales de droit commun.

De ce point de vue, aucune réforme ne me semble nécessaire, d'autant que le problème est réglé par la Constitution. Il est évident, s'agissant de la garde à vue, qu'un certain nombre de justiciables se verront appliquer des dispositions inconstitutionnelles, mais c'est toujours le cas lorsqu'une inconstitutionnalité est prononcée. Nous sommes amenés à envisager l'application des lois dans le temps, et une déclaration ne peut pas toujours être rétroactive. Ce dispositif n'est sans doute pas parfait. Ce qui est certain, c'est que le Conseil constitutionnel a essayé de créer un équilibre entre deux exigences constitutionnelles que sont, d'une part, la sécurité matérielle et juridique et, d'autre part, le respect des droits des justiciables.

En conclusion, la loi organique pourrait être modifiée sur trois points : afin d’instaurer une procédure d’appel des décisions de ne pas saisir le Conseil constitutionnel, sous réserve de la conformité à la Constitution d’une telle procédure et de l’examen de son opportunité politique ; pour permettre expressément à la Cour de cassation et au Conseil d’État de prendre des mesures provisoires et conservatoires – modification de l’alinéa 5 de l’article 23-3 ; et enfin pour offrir au Conseil constitutionnel la possibilité de surseoir à statuer sur une question prioritaire de constitutionnalité si une question préjudicielle de conformité de la directive et une question de constitutionnalité portant sur une disposition législative de transposition sont concomitamment posées et jusqu’au prononcé de la décision de la Cour de justice de l’Union européenne – la modification de l’article 23-10 permettrait de régler le conflit mineur qui existe entre la législation nationale et les exigences du droit de l’Union européenne.

M. René Dosière. En quoi les procédures d’appel poseraient-elles un problème de constitutionnalité ?

M. Bertrand Mathieu. Aux termes de l’article 61-1 de la Constitution, le Conseil constitutionnel est saisi sur renvoi du Conseil d’État ou de la Cour de cassation. La lettre de la Constitution implique donc que la saisine procède d’un renvoi de ces juridictions. Or un appel conduirait donc à une saisine sans renvoi. Afin de respecter la lettre de la Constitution, la seule solution serait de créer une procédure qui oblige la Cour de cassation à renvoyer la question. Il faudrait considérer que l’acceptation de la demande en appel par le Conseil constitutionnel implique une obligation de renvoi par la Cour de cassation. Je ne vois pas quel mécanisme – sauf à inventer une usine à gaz – pourrait contraindre la Cour de cassation. On peut imaginer qu’il soit possible de passer outre sa décision, mais l’obliger à faire un acte de renvoi me semble présenter quelques difficultés.

M. le président Jean-Luc Warsmann. L’article 61-1 de la Constitution dispose en effet : « Lorsque, 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.

« Une loi organique détermine les conditions d’application du présent article. »

Cette rédaction donne une grande liberté quant au contenu du filtre ; ensuite, chacun peut poursuivre la réflexion sur un éventuel mécanisme de renvoi.

M. Jean-Jacques Urvoas. J’observe tout d’abord que si nous nous focalisons, à bon droit, sur le comportement de la Cour de cassation, rien ne dit qu’à l’avenir le Conseil d’État se montrera toujours aussi conciliant. Guy Carcassonne lui-même ne croyait-il pas que ce serait cette dernière juridiction qui serait la plus réticente ? Peut-être convient-il de nous prémunir contre un éventuel changement de comportement du Conseil d’État.

Par ailleurs, vous dites, que, statistiquement, le nombre de renvois de la Cour de cassation ne traduit pas un blocage de sa part. Mais que pensez-vous de la qualité des décisions prises par la Cour de cassation sachant que si elle renvoie autant de dossiers qu’il y a de questions distinctes, le Conseil d’État renvoie, lui, un dossier par thème ?

M. Bertrand Mathieu. En matière de renvois, les choses se passent en effet de cette façon – même si certains sont quelque peu erratiques, s’agissant notamment des motivations.

La jurisprudence de la Cour de cassation est en tout cas parfaitement cohérente : elle ne saisit pas dès lors qu'une menace pèse sur son rôle d'interprétation, mais, paradoxalement, elle le fait – comme sur la question de l'adoption d'enfants par les couples homosexuels – alors qu'il n'existe quasiment aucun risque de déclaration d'inconstitutionnalité, simplement pour faire évoluer la loi dans le sens de sa jurisprudence. Je ne me prononce pas sur cette politique de saisine, mais celle-ci n'est pas uniquement fondée sur le caractère sérieux de la demande.

Pour ce qui est de l'attitude du Conseil d'État, une évolution est en effet possible. En tout état de cause, la vertu essentielle de l'appel est réelle sur un plan stratégique, en ce sens que sa création serait un véritable coup de tonnerre dans le système juridictionnel français. Quant au droit du justiciable, il est incontestable que la procédure d'appel le renforce en créant une sécurité juridique. Même si la Cour de cassation et le Conseil d'État sont de bonne volonté, un jour ou l'autre un requérant qui aura essuyé un refus de la part de la Cour de cassation, par exemple, de renvoyer une question prioritaire de constitutionnalité, pourra très bien voir la loi en question censurée par le Conseil constitutionnel après qu'il aura posé la même QPC devant le Conseil d'État quelques années plus tard. Sans le filtre de la Cour de cassation et du Conseil d'État, le problème serait moins apparent, mais sur le plan de la technique juridique, l'appel me semble une excellente chose.

Les deux arguments qui, dans mon esprit, ne sont pas dirimants sont les suivants : d'une part, la procédure d'appel pose une question de constitutionnalité puisqu'elle va à l'encontre de la lettre de l'article 61-1 – mais il est toujours possible de réformer cet article ; d'autre part, il est possible que nous assistions à une rébellion de la part de la Cour de cassation.

Si j'ai utilisé l'image du lit de justice, c'est que la Cour joue finalement le rôle d'un Parlement d'Ancien régime. Mais même si je la conteste, sa jurisprudence est cohérente puisqu'elle repose sur le principe selon lequel elle a le monopole d'interprétation de la loi.

M. le président Jean-Luc Warsmann. Je vous remercie.

*

* *

Elle procède ensuite à l'audition de M. Vincent Lamanda, Premier président de la Cour de cassation.

M. le président Jean-Luc Warsmann. Nous accueillons maintenant M. le Premier président de la Cour de cassation. Monsieur le Premier président, votre exposé préalable vous permettra sans doute de répondre aux questions que notre Commission vous a adressées. Nos collègues auront ensuite certainement à cœur de vous en poser d'autres.

M. Vincent Lamanda, Premier président de la Cour de cassation. Monsieur le président, mesdames et messieurs les députés, votre Commission et la Cour de cassation entretiennent depuis de nombreuses années un dialogue fructueux. Afin d'éclairer vos travaux, vous avez fréquemment invité les membres de notre juridiction à vous faire partager le fruit de leur expérience et de leurs réflexions. De ces échanges sont issues d'excellentes relations qui, favorisant une action complémentaire du législateur et de la jurisprudence, contribuent à

l'élaboration de normes de qualité. C'est donc naturellement que j'ai accepté votre invitation relative à l'évaluation de la loi organique d'application de l'article 61-1 de la Constitution.

À la suite de cette réforme, 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.

Avant le 1^{er} mars 2010, on laissait déjà entendre que la Cour de cassation accueillerait de mauvaise grâce la question prioritaire de constitutionnalité, et qu'elle refuserait de « jouer le jeu ». J'ai même été personnellement mis en garde : si la Cour de cassation s'aventurait à saisir la Cour de justice de l'Union européenne, on n'hésiterait pas à en appeler directement au Parlement et au Président de la République. La difficulté avait donc été vue.

Dès les premières semaines d'entrée en vigueur de la loi, cette campagne s'est poursuivie, dans la presse et sur les ondes, par une série d'articles de commande d'une rare virulence. Accumulant approximations, mauvaise foi et désinformation dans le seul but de jeter le discrédit sur la Cour, on a laissé accroire qu'elle avait décidé de faire échec à la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008.

Après quelques mois d'application de celle-ci, la campagne n'a pas cessé : il importait en effet d'enfoncer le clou pour que soient prises hâtivement des mesures conduisant vers cette Cour suprême à l'américaine dont rêvent d'aucuns.

La Cour de cassation méconnaîtrait-elle ouvertement l'intention du Constituant ? Monsieur le président, l'examen rapide des griefs formulés à son encontre me permettra de répondre à chacune des questions que vous m'avez posées dans votre lettre du 21 juillet.

On a clamé que la Cour de cassation transformerait « le filtre en bouchon ». Si tel avait été le cas, elle n'aurait renvoyé qu'un nombre parcimonieux de questions au Conseil constitutionnel, aurait statué sans attendre la décision de celui-ci ou bloqué indûment les questions pendantes. Il n'en a rien été. Elle a estimé sérieuses des questions transmises par les juridictions du fond ou directement soulevées devant elle à l'occasion de pourvois.

La Cour n'est pas informée des questions prioritaires de constitutionnalité posées aux juges du fond que ceux-ci ont refusé de lui transmettre. Je ne peux donc répondre aux questions que vous m'avez posées sur ce point. Cette situation me rend aussi difficile de me prononcer sur les critères du filtre des juridictions relevant de la Cour de cassation. Toutefois, rien ne laisse supposer qu'ils ne soient pas pertinents.

À ce jour, 127 questions ont été transmises à la Cour de cassation par les juridictions du fond de l'ordre judiciaire ; 28 émanent de cours d'appel, 2 d'un tribunal supérieur d'appel, 79 de tribunaux de grande instance, 2 de tribunaux de commerce, 12 de tribunaux d'instance, 2 de conseils des prud'hommes, une d'un tribunal des affaires de sécurité sociale et une d'une juridiction de proximité.

Dans 57 cas seulement, la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité ne s'est pas accompagnée d'un sursis à statuer. À l'exception d'une question prioritaire de constitutionnalité posée devant la Cour de justice de la République, la détention de la personne poursuivie l'a systématiquement justifié.

La consultation de la base « *Jurica* », qui recense les arrêts rendus en matière civile par les cours d'appel, ne fait pas apparaître de décisions statuant, à l'occasion d'un recours contre le jugement réglant le litige, sur la contestation du refus de la juridiction de première instance de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité. L'absence, pour l'heure, de telles décisions a pour origine les délais prévus pour l'instruction des affaires devant les cours d'appel : la réforme n'est entrée en vigueur que le 1^{er} mars dernier.

La Cour de cassation n'a pas encore eu à statuer sur un pourvoi formé contre la décision d'une cour d'appel de ne pas lui transmettre une question. En revanche, elle a été saisie, à l'occasion d'un pourvoi sur l'arrêt au fond, du refus de la Cour de Justice de la République, en date du 19 avril 2010, de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité. Par arrêt du 23 juillet 2010, l'assemblée plénière a déclaré irrecevable le pourvoi en raison du non-respect des règles de procédure relatives à la présentation des questions.

De manière générale, devant la Cour de cassation, les parties s'en tiennent aux écritures présentées devant le juge du fond. Toutefois, dans les affaires relatives à des litiges portant sur des enjeux financiers importants, les parties ont eu recours aux services d'un avocat aux Conseils pour présenter de nouvelles écritures devant la Cour. Les mémoires déposés par les avocats aux Conseils ont permis de préciser utilement le moyen d'inconstitutionnalité. Dans les matières où la représentation par avocat n'est pas obligatoire, les mémoires personnels sont rares.

Sur ces 127 questions transmises par une juridiction du fond, 93 ont été à ce jour examinées par la Cour. Elle en a renvoyé 60 au Conseil constitutionnel, tandis que 22 ont fait l'objet d'une décision de non-lieu à renvoi et 11 d'une décision d'irrecevabilité.

Depuis le 1^{er} mars 2010, 233 questions prioritaires de constitutionnalité ont été soulevées directement devant la Cour de cassation à l'occasion d'un pourvoi. C'est plus de 64% – près des deux tiers – des questions posées. Si la Cour de cassation avait manifesté son hostilité à la réforme, on peut imaginer que les avocats aux Conseils auraient hésité à la saisir dans de telles proportions. 163 de ces questions ont à ce jour été examinées ; 39 ont été renvoyées au Conseil constitutionnel, 99 ont fait l'objet d'une décision de non-lieu à renvoi et 25 d'une décision d'irrecevabilité. Elles ont toutes donné lieu à un sursis à statuer.

Dans la mesure où ces questions ont été posées directement devant la Cour sans avoir été préalablement filtrées par un juge, il est logique qu'elles aient été renvoyées au Conseil constitutionnel dans une proportion moindre que celles transmises à la Cour par les juridictions du fond.

Une synthèse de ces données conduit à retenir que, sur un total de 360 questions prioritaires de constitutionnalité enregistrées à la Cour depuis le 1^{er} mars 2010, 256 ont déjà été examinées – entre la mi-avril et la mi-juillet 2010 – par la formation spécialement instituée à cet effet par la loi du 10 décembre 2009.

Sur ces 256 questions examinées, 99 ont été renvoyées au Conseil constitutionnel, toutes au motif qu'elles présentaient un caractère sérieux, 121 ont donné lieu à une décision de non-lieu à renvoi et 36 ont été déclarées irrecevables. Aucune question n'a été renvoyée au Conseil parce qu'elle posait une question nouvelle.

Ainsi, 45% des questions examinées et régulièrement déposées ou transmises ont été renvoyées au Conseil constitutionnel. On voit par là combien il est erroné de prétendre que la Cour de cassation transformerait « le filtre en bouchon ».

L'article 23-5, alinéa 2, de la loi organique du 7 novembre 1958 donne à la Cour de cassation un délai de trois mois à compter de la présentation du moyen pour rendre sa décision. Ce délai a été respecté dans tous les cas. Le délai minimal de traitement d'une question a été de 18 jours, le délai maximal de trois mois moins un jour, le délai moyen après enregistrement s'établissant à environ deux mois et demi.

À ce jour, toutes les questions renvoyées au Conseil constitutionnel l'ont été par la formation prévue à l'article 23-6 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, avant sa rapide suppression, intervenue sans même que la loi organique du 10 décembre 2009 ait pu pleinement produire ses effets. Sa dernière audience a eu lieu le 16 juillet. Les 101 questions demeurant en cours d'instruction feront l'objet d'une décision dans le courant des mois de septembre et d'octobre 2010. Elles ont été réparties entre les six chambres de la Cour en fonction de la matière concernée.

La centralisation des questions au sein d'une formation unique, dont la création fut inspirée de l'avant-projet de 1990, avait été souhaitée pour limiter les risques de divergences entre les chambres et pour s'assurer du traitement rapide des affaires. Pour l'heure, il est difficile de déterminer les conséquences de la suppression de cette formation par la loi organique du 22 juillet 2010. Mais on peut être assuré que les chambres auront à cœur d'exercer cette nouvelle attribution dans les meilleures conditions.

La question prioritaire de constitutionnalité n'étant entrée en vigueur que depuis six mois, et même moins si on tient compte des vacances d'été, il semble trop tôt pour en dresser un bilan significatif. Une période de rodage et d'adaptation un peu plus longue paraît nécessaire à l'affinement des pratiques. Instaurer, comme certains l'envisagent, un mécanisme d'appel des décisions refusant le renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité ne pourrait être interprété autrement que comme la marque d'une volonté non seulement de supprimer *de facto* le filtre, mais, plus encore, de placer dans un état de dépendance une activité juridictionnelle de la Cour de cassation et, à travers elle, l'ordre judiciaire tout entier.

Il a également été reproché à la Cour de cassation de se substituer au Conseil constitutionnel : elle se livrerait à une véritable analyse du caractère sérieux de la question, alors qu'elle devrait se contenter d'écarter les questions fantaisistes ou à but dilatoire.

Animée par le respect de la loi et le souci de la sécurité juridique, la formation prévue à l'article 23-6 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 a procédé à un examen approfondi du sérieux des questions. Elle n'a renvoyé que celles paraissant présenter une chance de succès devant le Conseil constitutionnel.

Le principal exemple mis en avant au débit de la Cour est sa décision de ne pas saisir le Conseil constitutionnel de la conformité à la Constitution de la loi du 13 juillet 1990, dite loi Gayssot. Celle-ci a été présentée à tort comme une « loi mémorielle », ce qu'elle n'est pas – à la différence de la loi du 29 janvier 2001 sur le génocide arménien – ou tendant à réprimer tout propos raciste, antisémite ou xénophobe, ce qu'elle n'est pas davantage. Est-il surprenant que des juges ne considèrent pas comme contraire à la Constitution une loi qui, en réalité, se limite à interdire la remise en cause de l'autorité de la chose jugée par le Tribunal de Nuremberg, juridiction internationale instituée, dans le contexte que l'on sait, pour juger les

crimes de guerre et contre l'Humanité commis par les nazis ? On pourrait d'ailleurs ajouter que la Cour européenne des droits de l'Homme, très attentive à la liberté d'expression, n'a pas condamné la France pour ce texte.

Les juridictions de l'ordre judiciaire ne sont pas les seules à procéder à un contrôle approfondi du caractère sérieux de la question. Comme le soulignent les professeurs Mathieu et Rousseau, le Conseil d'État procède de même.

Comment imaginer qu'il en soit autrement ? Comment envisager que le Constituant ait décidé de confier aux deux plus hautes juridictions françaises le seul soin de distinguer les questions fantaisistes des autres ? Et si le Conseil constitutionnel avait été saisi en trois mois par la Cour de plus de 200 questions, qu'aurait-on dit alors ? Qu'elle l'encombraît volontairement !

Devant la Commission des lois du Sénat, à l'occasion de l'examen du projet de loi organique, le secrétaire général du Conseil constitutionnel estimait que « *quelques dizaines d'affaires par ordre de juridiction pourraient être transmises au Conseil par an* ». C'est précisément à des chiffres de cet ordre que conduisait la pratique de la formation de la Cour de cassation désormais supprimée. En effet, dix décisions du Conseil constitutionnel constatant la non-constitutionnalité de dispositions législatives ou affirmant une conformité sous réserve ont d'ores et déjà été prises sur renvoi de la Cour de cassation.

La Cour a aussi été critiquée pour « refuser tout contrôle lorsque ses propres interprétations pourraient être mises en cause ».

Sur ce point, je ne peux mieux faire que lire le compte rendu intégral des débats de la séance du Sénat du 13 octobre 2009 :

« **M. le président.** *L'amendement n° 1 rectifié, présenté par MM. Collin, Mézard et Charasse et Mmes Escoffier et Laborde, est ainsi libellé :*

« Alinéa 6, première phrase,

Après les mots :

“de ce qu'une disposition législative”

insérer les mots :

“, le cas échéant interprétée par la jurisprudence”.

La parole est à M. Jacques Mézard.

M. Jacques Mézard. *Une disposition législative peut ne pas être en soi inconstitutionnelle mais l'être devenue du fait de la jurisprudence des cours et des tribunaux. Aussi considérons-nous que doivent pouvoir être mises en cause devant le Conseil constitutionnel non seulement les dispositions législatives, mais aussi la jurisprudence à laquelle elles ont donné lieu.*

M. le président. *Quel est l'avis de la commission ?*

M. Hugues Portelli, rapporteur. *Cet amendement nous a laissés quelque peu perplexes : une loi est constitutionnelle ou pas. Nous ne nous intéressons pas ici au contrôle de constitutionnalité de la jurisprudence, qui est indépendante du texte de la loi. À la limite, cette question pourrait être traitée au titre de ce que l'on appelle le « changement de circonstances ».*

En tout état de cause, la commission émet un avis défavorable.

M. le président. *Quel est l'avis du Gouvernement ?*

M. Jean-Marie Bockel, secrétaire d'État. *Avis défavorable.*

M. le président. *Je mets aux voix l'amendement n° 1 rectifié.*

(L'amendement n'est pas adopté.) »

Si la Cour de cassation a refusé de transmettre des questions prioritaires de constitutionnalité portant non pas sur le texte d'une disposition législative mais sur sa propre jurisprudence, elle n'a fait que se conformer strictement à la lettre de la loi et à l'intention du législateur organique.

La Cour a enfin été accusée « d'écarter résolument le caractère prioritaire » de la question prioritaire de constitutionnalité. Rarement des décisions de la Cour n'auront été autant commentées et dénaturées que les arrêts avant dire droit *Melki* et *Abdeli* du 16 avril 2010 transmettant à la Cour de justice de l'Union européenne deux questions préjudicielles rédigées dans des termes identiques. Les opinions négatives ont systématiquement été mises en valeur.

Un débat a déjà eu lieu devant vous sur l'opportunité d'introduire, dans la loi organique, une priorité d'examen au profit de la question de constitutionnalité. Je ne m'y étendrai pas. Je rappellerai simplement que la Cour de cassation a transmis une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne pour répondre, comme elle y était tenue, au moyen qui lui avait été soumis, fondé sur une double violation, de la Constitution et du droit de l'Union. Contrairement à ce qui a pu être écrit, cette décision, dont la portée était limitée à cette hypothèse spécifique, ne pouvait avoir pour conséquence de bloquer la réforme. Loin de constituer une manifestation d'opposition à celle-ci, les arrêts avant dire droit du 16 avril 2010 visaient simplement, dans un but de sécurité juridique, à faire trancher une difficulté souvent évoquée lors des débats parlementaires et à prémunir la France contre une éventuelle condamnation par la Cour de justice de l'Union européenne pour manquement à ses obligations. Cette décision tendait seulement à préserver les droits dont disposaient jusque là les justiciables et à assurer, dans la clarté, la coordination entre les juridictions nationale et européenne.

Comme l'a alors souligné le professeur Drago dans une tribune parue dans le journal *Le Monde*, « la Cour de cassation, (...) défenseur des libertés, de toutes les libertés, constitutionnelles et communautaires (...) ne conteste pas l'intérêt de ce nouveau moyen offert au justiciable qu'est la question prioritaire de constitutionnalité. Mais elle veut aussi que les libertés inscrites dans les textes communautaires – ici la liberté de circulation – ne soient ni oubliées ni rabaisées, et que le justiciable puisse les invoquer autant que les droits constitutionnels ».

Ainsi que l'a relevé le sénateur Hugues Portelli dans un article, l'arrêt du 22 juin 2010 de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) « *affirme une conformité conditionnelle au droit de l'Union européenne du dispositif de la loi organique tel que le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat l'avaient interprété en anticipant les réserves de la CJUE. Même si la Cour de Luxembourg prend acte de ces décisions et même semble admettre leur bien-fondé, son arrêt du 22 juin place la priorité de la question de constitutionnalité sur le fil du rasoir, laissant son sort entre les mains de la juridiction de renvoi, qui doit elle-même vérifier si les conditions ainsi énumérées sont bien remplies dans le cas de l'espèce* ».

La CJUE n'admet en effet la compatibilité du caractère prioritaire de la procédure de constitutionnalité que si – notamment – le juge peut adopter toute mesure nécessaire afin d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union. Et si tel n'est pas le cas, il lui appartient alors de se prononcer sur la conformité de la disposition critiquée au regard du droit de l'Union, en laissant au besoin inappliquées les dispositions de l'ordonnance du 7 novembre 1958 modifiée prévoyant une priorité d'examen de la question de constitutionnalité.

Une modification législative qui permettrait à la Cour de cassation de prendre des mesures provisoires ou conservatoires serait incompatible avec sa nature et son rôle. La Cour de cassation n'est pas un troisième degré de juridiction. Son pouvoir se limite à rejeter les pourvois ou à casser les décisions déferées. On ne voit donc pas, concrètement, quelle mesure provisoire elle pourrait prononcer sans être conduite à porter une appréciation sur les faits de l'espèce.

L'instance à propos de laquelle est posée une question de constitutionnalité ne porte jamais sur la validité d'une norme ; elle a pour finalité la résolution d'un litige entre personnes privées, la réparation d'un dommage ou la sanction d'une infraction. Conférer au juge le pouvoir de suspendre provisoirement l'application d'une loi, alors qu'il pourrait immédiatement l'écarter au nom de l'effectivité du droit européen, aboutirait à priver le justiciable du droit que lui confèrent les traités de l'Union.

Il serait donc vain de procéder à une modification, et ce d'autant plus que les affaires où sont posées simultanément une question de constitutionnalité et une question de conformité au droit de l'Union apparaissent très exceptionnelles. Depuis la décision de la Cour dans l'affaire *Melki*, aucune autre double question ne lui a été soumise.

Ainsi, l'interprétation qu'a donnée le Conseil constitutionnel dans sa décision 2010-605 DC du 12 mai 2010, complétée par l'arrêt de la Cour de Luxembourg, garantit que les droits des justiciables seront suffisamment sauvegardés dans toutes les hypothèses.

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'impose 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.

Cette vraie révolution culturelle, la Cour de cassation l'a accomplie sans barguigner, avec un soin et une loyauté que je me plais à souligner. À cette fin, les présidents de chambre et les conseillers composant la formation prévue par la loi organique du 10 décembre 2010 pour connaître des questions prioritaires de constitutionnalité ont en outre assuré un service supplémentaire, correspondant au quart du fonctionnement ordinaire d'une chambre, et ce avec une attention remarquable et un sens élevé des responsabilités. Hommage doit également être rendu au service de documentation, des études et du rapport, ainsi qu'au greffe de la Cour, qui ont assumé un accroissement notable de leur charge de travail.

Aussi la Cour a-t-elle jugé iniques les critiques formulées à son encontre. Mais quand la conscience nous absout, il importe peu d'être calomniés. Plus on est sensible à des accusations, plus on est soupçonné d'être coupable. L'homme ou l'institution qui recueille des éloges universels n'a point encore existé.

M. Dominique Perben. Lors de ses débats sur la réforme de la Constitution, le Parlement, dans son ensemble – même si par la suite les votes ont été davantage comptés –, a émis la volonté de conférer de nouveaux droits à nos concitoyens, notamment celui de soulever, lors d'une affaire les concernant, la question de la constitutionnalité du texte qui leur est appliqué.

La décision de la Cour de cassation de saisir la Cour de justice de l'Union européenne a suscité chez les parlementaires, – peut-être à tort – le sentiment que la Cour de cassation ne souhaitait pas mettre en œuvre la question de constitutionnalité de la manière qui était souhaitée par le Parlement, c'est-à-dire préalable.

Si je n'ai moi-même alors participé à aucune campagne d'aucune sorte, j'ai cependant posé une question au Gouvernement. Cette forme d'expression, j'en ai bien conscience, ne constituait pas le moyen le plus efficace de faire progresser le débat, mais c'était un moyen de souligner la réelle émotion des parlementaires – de tous bords, je crois pouvoir le dire – persuadés que la Cour de cassation interprétait à la fois la loi constitutionnelle et la loi organique d'une manière qui ne respectait pas la volonté du législateur.

Monsieur le Premier président, je souhaite que la suite de votre audition permette de lever cette impression. À cette fin, pourriez-vous approfondir pour nous votre interprétation de la décision de la Cour de justice de l'Union européenne, et nous présenter votre réflexion sur une question à mon sens très délicate – et qui ne doit être abordée qu'avec bien des précautions – mais peut-être centrale pour l'avenir, celle de l'interprétation de la loi ?

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 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 ?

Par ailleurs, considérez-vous – cette question rejoint celle de mon collègue Dominique Perben – que la Cour de cassation bénéficie d'un monopole d'interprétation de la loi ?

M. Charles de La Verpillière. Monsieur le Premier président, loin du discours feutré, voire d'esquive, que l'on pouvait attendre d'un très haut magistrat, vous avez pris le parti d'admettre l'existence d'une polémique sur les orientations de la Cour. La meilleure défense, c'est toujours l'attaque ! J'ai apprécié votre façon de procéder.

Selon vous, cette polémique avait pour objet de préparer l'accession du Conseil constitutionnel à un statut de Cour suprême. Pourriez-vous préciser les enjeux du débat ? Cette évolution est-elle souhaitée, et possible, selon vous ?

M. Vincent Lamanda. La lettre de M. le président Warsmann est parvenue à la Cour le 22 juillet. Je n'ai pu, dans les délais qui ont séparé sa réception de la présente audition, réunir le Bureau de la Cour. Dans la mesure où c'est cette instance – composée, outre du Premier président, des présidents de chambre, du procureur général et de certains des premiers avocats généraux – qui est en charge de l'expression de la Cour, je ne peux donc parler qu'à titre personnel.

Un juge se justifie par ses décisions. La Cour s'est exprimée dans un arrêt avant dire droit, puis a indiqué les conséquences qu'elle tirait de la décision de la Cour de justice de l'Union européenne par un arrêt refusant de transmettre la question. Il ne m'appartient pas de présenter de ces arrêts d'autre lecture que celle que chacun peut en faire. Quoi qu'en pensent certains, l'arrêt de la Cour de Luxembourg est extrêmement clair et ne souffre pas d'ambiguïté. Pour éviter toute difficulté, j'ai cité le sénateur Portelli ; ma lecture de la décision est la même que la sienne ; à mon sens, un consensus peut être possible.

Interpréter la loi est la fonction même de la Cour de cassation. Lorsque la loi n'est pas claire, qu'elle fait l'objet d'interprétations divergentes des juges du fond, il revient à la Cour d'en unifier l'interprétation, mais sans se substituer au législateur, justement parce qu'elle n'est pas une Cour suprême. Nous sommes loin du Gouvernement des juges ! Pour la Cour de cassation, rester dans la lettre et l'esprit de la loi est un souci permanent. Ses décisions de cassation visent toujours un texte de loi. Sa position est toujours fondée sur une base légale. Si elle peut interpréter la loi, travailler à l'adapter, lorsqu'elle est ancienne, aux évolutions de la société, elle part toujours de son texte. La Cour de cassation est « la sentinelle de la loi ». Sa fonction est de la faire respecter et appliquer le plus uniformément possible, de sorte que chacun, à quelque endroit du territoire national qu'il se trouve, soit traité judiciairement de manière identique.

La Cour remplit cette fonction *a posteriori*, lorsque, par une cassation à la suite d'un pourvoi, elle affirme qu'un juge s'est trompé. Cependant, elle s'y emploie aussi à titre

préventif. Elle élabore en effet deux bases de données, l'une constituée par ses propres arrêts et l'autre, la base « *Jurica* », regroupant tous les arrêts des cours d'appel. Ces bases font l'objet d'une exploitation de sa part : les études qu'elle élabore sur les décisions prises permettent de faire apparaître les écarts entre les décisions des cours. Elle met également ces bases à disposition, notamment auprès des juges. Cette action préventive concourt à l'application la plus uniforme possible de la loi sur le territoire national.

C'est de longue date que la Cour de cassation exerce cette mission essentielle. Elle a été créée en 1790, sous le nom de Tribunal de cassation. Le texte qui l'instituait lui transférait les greffiers et les huissiers du Conseil des Parties, l'instance de cassation de l'Ancien Régime. Il était même prévu que, jusqu'à l'élaboration d'un nouveau règlement par le Tribunal de cassation, le règlement de procédure du Conseil des Parties resterait en vigueur. Or, ce nouveau règlement n'a jamais été rédigé ! De ce fait, deux ou trois fois par an – notamment en cas de désaveu d'un avocat aux Conseils par son client –, la Cour de cassation applique encore aujourd'hui non pas la procédure civile française mais le règlement de procédure dit « d'Aguesseau » du 28 juin 1738 ! C'est ainsi sur des siècles de technique de cassation que s'appuie le travail de la Cour de cassation.

Je voudrais vous en persuader, la démarche d'un juge est très éloignée de la production de mensonges ou de statistiques falsifiées. Les chiffres que j'ai cités sont les vrais. Nous n'en disposons pas d'autres. Si des erreurs peuvent toujours être commises, je peux vous assurer pour l'avoir vécu – je présidais moi-même les audiences – que la Cour a mis en œuvre la réforme avec beaucoup de soin et d'attention, et avec le souci de préserver du mieux possible les droits des justiciables.

Cela dit, les traités qui ont institué l'Union européenne ont fait aussi des juges de la Cour de cassation des juges européens. Les juges français sont tenus d'appliquer les règles du droit européen. Quelle anomalie y aurait-il à ce qu'un juge européen s'adresse à la juridiction européenne de dernière instance pour lui soumettre une question préjudicielle ? Enfin, non seulement la décision rendue par la Cour de justice de l'Union européenne ne présente aucun caractère extraordinaire, mais elle a permis à la fois de clarifier le droit applicable et de régler un cas dont, depuis, nous n'avons jamais revu l'équivalent.

Certes, c'est pour traiter l'une des premières questions qui lui ont été soumises que la Cour de cassation a décidé de se tourner vers la Cour de justice de l'Union européenne. Cependant, la décision de la Cour n'a rien eu de politique. Ses causes sont purement mécaniques. La démarche d'un magistrat, c'est l'application au cas qui lui est soumis de la meilleure solution possible.

Le délai imparti à la Cour de cassation pour traiter ces questions est de trois mois. En l'espèce, la Cour de cassation a été saisie d'une double question. En tant que juge européen, elle disposait de la faculté d'écarter la loi. Que n'aurait-on pas dit alors des libertés qu'elle prenait ! Nous avons évoqué cette hypothèse. Au Conseil d'État aussi, ce raisonnement a été tenu.

Nous avons au contraire préféré poser, par une décision avant dire droit, une question préjudicielle. Si elle a été posée aussi rapidement, c'était pour nous permettre de statuer avant l'expiration du délai de trois mois. Nous avons obtenu de la Cour de Luxembourg la mise en œuvre de la procédure d'urgence absolue ; la réponse nous a été communiquée au bout de deux mois et demi ; ainsi, nous avons pu régler définitivement l'affaire dans le temps qui nous était imparti.

Cela dit, si un avocat n'avait pas soulevé la difficulté, si un juge n'avait pas saisi la Cour de cassation de la question préjudicielle, la Cour ne l'aurait pas posée à la Cour de justice de l'Union européenne ! Elle n'est pas non plus responsable de la fixation à trois mois du délai de traitement des questions.

La Cour n'est animée par aucune mauvaise intention. Elle est de bonne foi, et veille simplement à la faculté pour les justiciables de disposer de leurs droits. Si, jusqu'ici, je me suis tu, c'est que, à mon sens, pour qui n'est pas coupable, il est préférable de ne rien dire ; un juge se justifie par ses décisions. Cela dit, je souhaiterais vraiment pouvoir lever auprès de vous toute ambiguïté.

La question constitutionnelle est prioritaire. Cependant, lorsque se pose une question d'application du droit de l'Union européenne, comme dans le cas de l'espèce, la saisine de la Cour de justice de l'Union européenne est logique. La difficulté était réelle : la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit que l'article 78-2 du code de procédure pénale n'était pas conforme au droit de l'Union – plus précisément au traité de Lisbonne. Or, des analyses, publiées, nous reprochaient aussi d'avoir saisi à tort la Cour puisque le Conseil constitutionnel avait validé l'article 78-2.

Ensuite, si, une fois reçue la décision de la Cour de justice de l'Union européenne, nous n'avons pas transmis la question constitutionnelle au Conseil, c'est que nous étions déjà saisis d'une décision indiquant au juge qu'il devait écarter d'emblée cet article. Disposant de la réponse de la Cour, nous n'avons plus à nous interroger. Cette non-transmission nous a, elle aussi, été reprochée.

Ce débat est irrationnel. Les décisions de la Cour de cassation sont claires, il suffit de les lire. Elles ne procédaient d'aucune volonté de saboter une réforme utile pour les citoyens. Si celle-ci représente pour nous une véritable révolution culturelle, nous confronte à l'examen de nouvelles matières, et nous contraint à des efforts spécifiques, nous l'avons cependant intégrée et appliquée avec la plus grande conscience. Nous avons trouvé iniques les critiques formulées contre nous.

Nos statistiques sont le produit de l'enregistrement des questions. La garde à vue n'a-t-elle représenté la matière que d'une seule question ? Non. Ce n'est pas un seul article qui était mis en cause, mais plusieurs. Les dispositions contestées n'ont pas non plus toutes été invalidées par le Conseil constitutionnel.

Plusieurs questions – 39 je crois – ont été présentées à la Cour de cassation. Cependant, aucune d'entre elles n'était écrite dans la même forme. Elles n'étaient pas rédigées par les mêmes avocats. Elles n'abordaient pas toutes la même disposition à travers les mêmes moyens ni ne visaient les mêmes dispositions du code de procédure pénale. La Cour de cassation a rendu trois arrêts qui les regroupaient.

Considérant que la Cour de cassation l'avait saisi d'une seule question, sur la garde à vue, le Conseil constitutionnel, comme il en avait la faculté, n'a rendu qu'une seule décision. Cependant, même si plusieurs des questions transmises étaient identiques, certaines portaient sur la garde à vue en matière de terrorisme, d'autres sur le contrôle de la garde à vue par le procureur de la République, d'autres encore sur son renouvellement, sur le droit à garder le silence, sur la notification de ce droit, sur la présence de l'avocat dès la première heure... Le nombre réel des questions distinctes que nous avons transmises est bien supérieur à la dizaine.

Après la parution d'un article d'un ancien bâtonnier de Paris exposant que la Cour transformait le filtre en bouchon, j'ai communiqué nos statistiques à l'auteur. Celui-ci a ensuite écrit au Président du Conseil constitutionnel, qui lui a répondu – le destinataire m'a transmis la réponse – n'avoir reçu que six questions de la Cour de cassation. J'ai donc fait parvenir au bâtonnier les arrêts rendus eux-mêmes ; il a alors pris conscience de la réalité. Ces arrêts sont publics et je les tiens à disposition. Leur nombre témoigne de la réalité du travail, considérable, accompli par les rapporteurs. Les questions, et pas seulement celles posées par les avocats aux Conseils, étaient souvent délicates et réclamaient une étude attentive et soignée.

La Cour n'a pas commencé immédiatement l'examen des questions. Elle a en effet jugé utile de laisser aux parties, demandeurs comme défenseurs, un délai d'un mois pour déposer, si elles le souhaitaient, des mémoires, complémentaires voire en réplique, devant elle. Les rapporteurs n'ont ainsi commencé leur travail qu'assez tard. Le délai moyen de traitement de deux mois et demi – qui respecte, soit dit en passant, le délai maximal de trois mois – inclut ainsi un délai d'un mois ou deux laissé aux avocats pour compléter par des mémoires devant la Cour la formulation des questions et les moyens de non-conformité à la Constitution soulevés. Là non plus, il n'y avait pas d'arrière-pensée de la part de la Cour. Son seul objectif était d'ouvrir au justiciable tous ses droits. Le citoyen qui ne trouve pas anticonstitutionnelle une loi à propos de laquelle une question de constitutionnalité est formulée doit pouvoir donner son avis, et des personnes y ayant intérêt se joindre à l'affaire. Une demande, éventuellement formulée à partir d'une affaire montée pour la circonstance, peut aboutir à l'annulation d'une disposition législative ; il importe donc de s'assurer que toutes les parties sont au fait de la question posée et des conséquences qu'elle peut emporter. Ainsi, en même temps que la Cour de cassation saisissait la Cour de justice de l'Union européenne, elle commençait à traiter les premières questions et à les transmettre au Conseil constitutionnel.

Au passage, je rappelle que la loi organique ne prévoit pour la Cour de cassation l'obligation de ne transmettre que ses décisions de rejet et de renvoi. En conformité avec ces dispositions, la Cour n'a pas rendu public son arrêt avant dire droit. Ce sont d'autres intervenants qui s'en sont chargés.

Aujourd'hui, devant vous, c'est la première fois que le Premier président de la Cour de cassation s'exprime publiquement sur la réforme. Il est quand même assez inhabituel et singulier qu'une formation soit supprimée un mois et demi après sa mise en place, sans la moindre évaluation préalable et alors même qu'elle n'a pratiquement pas commencé à travailler. Pourtant, sans nous décourager, nous avons continué notre tâche.

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. Nous avons, je puis vous en assurer, la volonté d'appliquer la réforme constitutionnelle et la loi organique. Nous avons toujours cherché à appliquer les lois dans leur esprit et dans leur lettre, du mieux possible, en sauvegardant les droits de tous les justiciables. Dans le cas que nous évoquons, le juge avait maintenu ceux-ci en détention. S'il

avait de lui-même appliqué le droit de l'Union, il aurait dû considérer que la procédure était irrégulière et les remettre en liberté.

Si la réforme ouvre des droits nouveaux, sa mise en œuvre ne devait pas aboutir à en retirer à quelques-uns, dans des cas très limités où se posent à la fois des difficultés de droit constitutionnel et de droit de l'Union. Une fois de plus la jurisprudence est venue en complément de la loi pour veiller à ce que tous les justiciables, quels qu'ils soient, bénéficient de tous leurs droits, ceux que leur a ouverts la loi nouvelle, mais aussi ceux dont ils bénéficiaient précédemment, sans que l'application de la loi nouvelle les en prive. L'action de la Cour n'a été que la stricte application de la loi. Penser que les juges de la Cour de cassation pourraient jouer un jeu politique est bien mal les connaître. Les présidents de chambre – qui sont des gens remarquables – ont été quelque peu blessés de voir supprimer brutalement une formation à laquelle ils se donnaient avec beaucoup de cœur, quoi qu'elle eût accru d'un quart environ leur charge de travail, déjà très lourde. Nous avons tous accompli ce travail de mise en œuvre de la volonté du législateur avec le plus grand sérieux et le plus grand cœur, j'espère vous en avoir convaincus.

M. le président Jean-Luc Warsmann. Monsieur le Premier président, je vous remercie.

*

* *

Elle procède ensuite à l'audition de M. Jean-Louis Nadal, Procureur général près la Cour de cassation.

M. le président Jean-Luc Warsmann. Nous poursuivons nos travaux par l'audition de M. Jean-Louis Nadal, Procureur général près la Cour de cassation, que nous avons le plaisir d'accueillir.

M. Jean-Louis Nadal, Procureur général près la Cour de cassation. Monsieur le président, mesdames, messieurs, je suis particulièrement honoré d'être entendu aujourd'hui par votre Commission sur l'évaluation de la loi organique du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution. Je vous en remercie très chaleureusement.

Je souhaiterais en premier lieu rappeler que j'ai toujours considéré l'institution de la question prioritaire de constitutionnalité comme une avancée décisive de l'État de droit et des libertés dans notre pays. Et, malgré les soubresauts qui ont jalonné les premiers mois de fonctionnement de ce dispositif, je crois que chacun peut se féliciter de ce nouvel instrument offert aux justiciables. Depuis maintenant six mois, en effet, chacun d'eux peut contester la conformité à la Constitution d'une loi dont l'application est au cœur de son litige, dès lors que sont en cause les droits et libertés garantis par le texte fondamental. Le nombre et l'importance des questions déjà transmises par les deux cours suprêmes témoignent du succès de cette avancée de notre État de droit. Comme citoyen, comme juriste, comme Procureur général près la Cour de cassation, j'en suis pleinement satisfait.

Cependant, soucieux de vérité, je ne vous cacherai pas avoir été attristé et surpris par certains événements et commentaires qui ont marqué les premiers mois d'entrée en vigueur de cette loi. Pardonnez-moi de le dire aussi directement, mais je n'ai pas compris les critiques

dirigées contre la décision de la Cour de cassation du 16 avril, posant une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne. Je me suis souvenu alors de ces mots de Michel Debré dans *Trois Républiques pour une France* : « Il me paraît que la valeur de la justice et le respect dont ses décisions sont entourées attestent du degré de civilisation qu'un peuple a atteint. » Au regard de ces mots empruntés de sagesse, que penser de la suppression, à l'occasion de l'examen du projet de loi organique sur le CSM, de la formation *ad hoc* de la Cour de cassation chargée de se prononcer sur la transmission des QPC dont la Cour était saisie ? Cette suppression, que je ne critique pas dans son principe mais dans sa forme, ne peut s'expliquer que par la décision du 16 avril. Cette intervention du législateur dans le fonctionnement de la Cour de cassation, modifiant le traitement d'affaires en cours sans concertation aucune, a été ressentie comme un acte d'une grande violence par les magistrats de cette Cour, qu'ils soient du siège ou du Parquet, et leur assemblée générale s'est d'ailleurs élevée contre cette mesure. Nombre d'entre eux ont été jusqu'à parler de loi de dessaisissement, avec la connotation péjorative associée à ce terme, à propos d'un texte dont l'exposé des motifs reposait sur des éléments non fondés, tels qu'un prétendu retard dans l'examen des QPC.

C'est le moment de préciser que les juridictions judiciaires ne rencontrent pas les mêmes QPC que les juridictions administratives, dont on a dit abondamment qu'elles jouaient mieux le jeu. Il me semble en effet qu'en matière administrative, où les questions de liberté ne sont pas en cause de manière aussi prégnante, la tentation de retarder le procès par le dépôt d'une QPC est beaucoup moins forte : la partie privée ne va pas invoquer l'inconstitutionnalité de la loi dont elle demande l'application contre l'administration, tandis que l'État, en défense, n'a pas vocation à soulever une QPC.

En revanche, les parties dans un procès judiciaire peuvent toujours trouver intérêt à retarder le procès. Même si les dérives ont été rares, cela ne dispense pas la Cour de cassation de son obligation de vigilance. Il existe donc des motifs institutionnels et structurels pour qu'elle soit tenue à une particulière prudence en présence de QPC qui concernent pour l'essentiel la matière pénale. Vous avez pu remarquer qu'elle n'a pas manqué pour autant de courage dans le traitement de questions qui pouvaient faire polémique, comme la garde à vue, ou comme la restriction apportée aux droits des victimes à laquelle il a été mis un terme par la transmission d'une QPC visant l'article 575 du code de procédure pénale, ce qui revenait, pour la Cour, à remettre en cause son propre fonctionnement. Quelle autre juridiction a été aussi loin ?

Ayant eu à maintes reprises le bonheur et l'honneur de m'exprimer devant vous depuis que j'exerce les fonctions de Procureur général près la Cour de cassation, la vérité que je vous dois commandait que je vous fasse part de mon incompréhension, voire de ma consternation. Je le fais avec d'autant plus de liberté que l'avocat général qui a conclu, en toute indépendance, à l'occasion de la procédure ayant donné lieu à la question préjudicielle, n'avait pas considéré devoir proposer cette solution. Je crois qu'il eût été infiniment plus souhaitable que la suppression de la formation *ad hoc* de la Cour de cassation, qui a été vécue, je le répète, comme une mesure de rétorsion contre la Cour de cassation et comme une atteinte grave à l'indépendance de la justice, soit au moins précédée d'une concertation, d'autant que la Cour de cassation a été au rendez-vous de la question prioritaire de constitutionnalité : à ce jour, sur 357 questions enregistrées, 256 ont été traitées, parmi lesquelles 99 ont été renvoyées au Conseil constitutionnel, 101 restant à ce jour en attente d'audiencement.

La question préjudicielle du 16 avril posée à la Cour de Luxembourg, sans doute mal comprise, a fait naître des suspicions, amenant à poser un regard plus que circonspect sur les

décisions rendues par la Cour de cassation. Ces critiques ont, à mon sens, imparfaitement mesuré les problématiques nées des nouveaux rapports institutionnels induits par la réforme. Elles sont à mes yeux hâtives et infondées. Je m’y attarderai dans un instant, pour vous donner ma propre lecture et vous livrer quelques réflexions sur ce qui serait susceptible d’assurer à l’avenir un fonctionnement plus serein du mécanisme de la QPC, toujours au bénéfice du justiciable. Mais auparavant, et conformément à votre demande, je tirerai un premier bilan de la mise en œuvre de la réforme, en vous exposant l’organisation de la procédure d’examen par la Cour de cassation et les premières orientations et lignes de force qui se dégagent des décisions de la Cour.

La procédure d’examen des QPC mise en place à la Cour de cassation peut se décrire en trois mots : anticipation, méthode et efficacité, ces trois mots reflétant à mon sens l’esprit qui anime notre institution. Sans trop perturber le cours normal d’examen des pourvois, celle-ci a rapidement su s’adapter à cette nouvelle procédure. Bien avant l’entrée en vigueur de la réforme, elle a ainsi créé, au sein de son service de documentation, des études et du rapport, un bureau spécialisé dans les questions de droit constitutionnel. Opérationnel dès l’entrée en vigueur de la nouvelle procédure, ce bureau a pu apporter aux conseillers et avocats généraux désignés les analyses attendues. De même, un circuit spécifique d’audiencement des affaires a permis de traiter avec efficacité les nombreuses questions posées à la Cour. Certains ont prétendu que la formation *ad hoc* de la Cour de cassation avait tardé à examiner les QPC. Pourtant, toutes les questions ont été traitées avant l’expiration du délai de trois mois, en dépit de la lourde charge de travail qu’implique l’examen de ces affaires dans un délai aussi contraint. Vous devez savoir que la garde à vue a fait l’objet de plus de 80 QPC, et il nous en arrive encore ! Plus de cinquante questions ont porté sur les visites domiciliaires effectuées sur le fondement de l’article L. 16 B du livre des procédures fiscales.

Plutôt que de traiter ces questions sérielles « au fil de l’eau », la Cour les a regroupées lors d’audiences uniques. C’est là une bonne administration de la justice, d’autant que les débats préalables à ces audiences ont permis de mieux explorer tous les aspects de ces thématiques communes. Cela prouve bien l’engagement de l’ensemble de la Cour dans la réforme. La disparition de la formation *ad hoc* impliquera une nouvelle organisation du traitement des questions, qui fera toute sa place au Parquet général.

Celui-ci a contribué activement à la mise en place de la réforme. En effet, une QPC transmise à la Cour de cassation ou posée dans le cadre d’un pourvoi entraîne mécaniquement la désignation d’un avocat général de la chambre concernée. Chacune des QPC examinées donne lieu à un avis étayé en droit. Je tiens à préciser ici que chaque avocat général a pu conclure librement à la transmission ou à la non-transmission de la question posée, conformément au principe de l’indépendance des magistrats du Parquet général de la Cour de cassation, principe auquel, vous le savez, je suis très attaché. Cette liberté n’exclut pas une coordination dans la préparation des avis exprimés, et, dès l’entrée en vigueur de la loi organique, mon souci a été d’établir un tableau de suivi des QPC, dans un double objectif : identifier les questions connexes et les confier au même avocat général ; offrir au Parquet général une vision transversale des problématiques posées, telle l’incompétence négative du législateur, la possibilité pour la juridiction de reformuler la question posée, celle de transmettre au Conseil constitutionnel des questions portant moins sur le texte que sur son interprétation. C’est la force du Parquet général que de pouvoir apporter son propre éclairage, qui peut – les premiers pas de la QPC l’ont démontré – diverger de celui apporté par la formation *ad hoc*. Pour ma part, je me réjouis de cette richesse. Je crois pouvoir dire que ces avis sont appréciés pour leur exposé détaillé de la problématique et pour l’opinion émise en

droit. Ils sont d'autant plus utiles qu'ils sont développés et peuvent éclairer le Conseil constitutionnel et les praticiens du droit sur la question transmise, alors que les arrêts de la Cour de cassation sont bien moins détaillés, et c'est bien normal. J'en veux pour exemple l'avis de l'avocat général Didier Boccon-Gibod concernant la série de questions sur la garde à vue.

Au long de ces six premiers mois d'application, il me semble que le mécanisme du filtre a pleinement répondu aux attentes. Lors des auditions préalables à l'examen de la loi organique, j'avais insisté sur la nécessité d'éviter un effet d'engorgement, générateur de nouvelles demandes insuffisamment fondées. Je me réjouis que les juridictions du fond aient pleinement joué leur rôle de premier filtre, la plupart des questions transmises à la Cour de cassation posant de vrais problèmes : seules deux QPC transmises par les juridictions ont été rejetées pour des raisons de procédure – dispositions inapplicables à la procédure – et deux pour « erreur de cible », ces questions s'adressant à la Cour européenne des droits de l'homme. Les critères cumulatifs de transmission posés par l'article 23-2 de la loi organique me semblent constituer un tamis efficace. À ce propos, je veux vous préciser que, du fait de l'absence de données statistiques en provenance des services, je ne suis pas en mesure de répondre à vos quatre premières questions portant sur la question prioritaire de constitutionnalité devant les juridictions du fond relevant de l'ordre judiciaire. En tout état de cause, nul n'a jamais soutenu que les juges paralyseraient la réforme. Que n'a-t-on pas dit en revanche de la Cour de cassation, accusée notamment de faire un usage trop restrictif de ses compétences : j'ai même lu qu'elle freinait les transmissions ! Les chiffres, notamment ceux que je vous ai cités à l'instant, démentent cette affirmation.

Pour répondre plus directement à votre cinquième question : « Dans quelle proportion l'avis du ministère public est-il suivi par la Cour de cassation ? », il apparaît, sur la base des dossiers examinés à l'audience – la dernière a eu lieu fin juillet –, que sur 159 avis répertoriés en matière pénale, 132 ont été suivis par la Cour de cassation, soit environ 80 %. Sur 77 avis répertoriés en matière civile, 67 avis ont été suivis par la Cour, soit environ 87 %.

En réponse à votre sixième question, sur le point de savoir si le ministère public a déjà été conduit à soulever des questions prioritaires de constitutionnalité devant la Cour de cassation, je peux indiquer que cette hypothèse ne s'est pas encore présentée. Je pense toutefois, même si la loi n'est pas explicite sur ce point, que le Parquet général de la Cour doit pouvoir user de cette faculté, qui entre pleinement dans le champ de ses compétences de commissaire de la loi et de gardien des libertés.

Quant à la nature des QPC, vous noterez que la Cour de cassation en a transmis portant sur des questions aussi fondamentales que la constitutionnalité de la garde à vue ou l'adoption au sein d'un couple non marié de l'enfant d'un des compagnons. Elle n'a pas davantage hésité à transmettre des questions portant sur la constitutionnalité de dispositions régissant sa propre procédure ! J'ai déjà rapidement évoqué l'article 575 du code de procédure pénale limitant le droit de la partie civile de se pourvoir en cassation contre les arrêts de la chambre de l'instruction en l'absence de pourvoi du ministère public. Ces décisions honorent à mon sens la Cour.

Je comprends que certaines décisions de non-transmission aient pu étonner, chacun se forgeant sa propre doctrine sur la constitutionnalité d'une disposition. Il est vrai qu'une question telle que l'incrimination de contestation de crimes contre l'humanité aurait pu conduire à une transmission, en raison des interrogations juridiques qu'elle a soulevées et des débats qu'elle a fait naître dans notre société autour des lois mémorielles, l'avocat général

ayant d'ailleurs conclu en ce sens. Mais n'est-ce pas là l'exercice plein et entier du rôle de filtrage que vous avez souhaité ?

Il me semble donc, pour répondre à votre dixième question, que le filtre des juridictions suprêmes est, au vu des premiers mois d'application de la loi organique, un mécanisme opérationnel. Ce dispositif préserve les compétences propres à chaque juridiction et participe du nouvel équilibre institutionnel. J'en veux pour preuve la décision de ne pas transmettre des QPC visant, non pas directement la disposition législative, mais son interprétation. Il n'est pas question de nier qu'un texte ne vaut que par l'interprétation qui en est donnée. Mais lorsque la question prioritaire de constitutionnalité tend très clairement, non pas à l'abrogation d'un texte législatif mais à la modification de la jurisprudence telle qu'elle interprète et applique ce texte, la question doit rester dans le champ de la compétence exclusive de la Cour de cassation et ne relève pas du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Cette position s'accorde avec la nature propre du contrôle du Conseil constitutionnel : un contrôle abstrait, détaché du litige, qui ne peut aboutir qu'à une abrogation de la disposition déclarée inconstitutionnelle. J'approuve pleinement ce choix de la Cour de cassation. Il s'agit de savoir où l'on place le curseur : si la critique porte sur une disposition légale, l'interprétation que la Cour en fait ne peut à elle seule faire obstacle à sa recevabilité ; si, en revanche, la critique ne porte que sur la jurisprudence de la Cour, il me semble normal de dire que cette dernière est dans son rôle de juridiction unificatrice du droit quand elle se réserve le contrôle de sa propre jurisprudence.

J'en viens maintenant à la question préjudicielle posée à la Cour de Luxembourg et à votre huitième question. Il apparaît que, par sa décision du 16 avril dernier, la formation *ad hoc* de la Cour de cassation a posé une double question à la Cour de Luxembourg. L'une portait sur la compatibilité de la législation française avec le traité fondateur de l'Union européenne et le règlement communautaire dit « code frontières Schengen ». La réponse de non-conformité donnée le 22 juin dernier par la Cour de Luxembourg suffit à en démontrer la pertinence et l'intérêt. La Cour de Luxembourg a en effet jugé que les contrôles effectués par les autorités de police dans les vingt kilomètres à partir des frontières de l'espace Schengen n'étaient pas suffisamment encadrés. L'autre volet de la question portait, comme vous le savez, sur la conformité de la procédure incidente de contrôle de constitutionnalité avec les exigences du droit de l'Union européenne. On a pu écrire que les prémisses de la question étaient erronées puisqu'elles reposaient sur l'hypothèse d'un contrôle de conventionalité par le Conseil constitutionnel. Si le Conseil a très vite réaffirmé sa jurisprudence en vertu de laquelle il refusait de connaître de la conventionalité de la loi, c'était après la décision du 16 avril et la Cour de cassation ne cultive pas l'art divinatoire. Les modifications apportées par la réforme dans notre ordre juridique conduisaient légitimement à se poser la question de sa conformité avec le droit de l'Union.

Arrêtons-nous un instant sur les évolutions induites par la réforme.

La constitutionnalité de la loi peut désormais être contestée à tout moment. Mais comment déterminer ce moment lorsque entrent en conflit des droits et libertés garantis par deux ordres juridiques qui, sans être concurrents ni subordonnés l'un à l'autre, peuvent partager un champ d'intervention commun ? Si le législateur organique a lui-même réglé en partie la situation aux articles 23-2 et 23-5 de la loi organique, il restait à déterminer si ce principe de priorité risquait ou non, dans ces effets comme dans son application par les juges, de porter atteinte aux exigences européennes. C'est sans travestir la lettre de ce texte ou trahir l'intention du législateur que la Cour de cassation a souhaité faire examiner le nouveau dispositif à l'aune du droit européen. La réponse apportée n'invalide pas ce dispositif. Au

contraire, elle le sécurise en posant pour tous les juges un cadre d'application préservant la protection juridictionnelle des droits conférés par l'ordre juridique européen. C'est à la lumière de ces guides d'application que la Cour de cassation a pu interpréter les dispositions de la loi organique. En jugeant le 29 juin 2010, après l'arrêt de Luxembourg, qu'il appartient au juge, saisi à la fois d'une question de constitutionnalité et d'une question de conventionalité, d'écarter la première au profit de la seconde lorsqu'il ne peut prendre les mesures provisoires qu'impose la protection de droits fondamentaux reconnus par l'Union, la Cour de cassation s'inscrit dans la suite logique de la question posée le 16 avril. Cette décision est un épilogue heureux.

Pour conclure, j'ajouterai que, quoi que l'on puisse en penser, en posant la question préjudicielle du 16 avril, la formation *ad hoc* n'a fait qu'user des moyens mis par la loi à la disposition du juge : il y a eu usage et non abus de droit. Comment alors ne pas regarder comme déplacée la critique qui fait reproche à la Cour de cassation de recourir au droit ?

C'est dans le même esprit que, par sa décision du 29 juin 2010, la formation *ad hoc* a estimé que le juge se devait de mettre en œuvre les mesures provisoires ou conservatoires propres à assurer la protection des droits européens. La formation *ad hoc* n'a en effet nullement souhaité poser une réserve à l'application de la loi organique. Elle a simplement voulu rappeler qu'il appartient à tout juge de prendre les mesures appropriées et immédiates pour ne pas contrevenir à l'application de ces droits. Ces mesures provisoires ou conservatoires n'ont donc ni pour objet ni pour effet d'atténuer la priorité de la question de constitutionnalité.

En réponse à votre neuvième question, je vois un double écueil à l'introduction devant la Cour de cassation de mesures provisoires ou conservatoires. Tout d'abord, la Cour, juge du droit et non du fait, n'est pas, par nature, en mesure d'apprécier, à l'instar d'un juge du fond, les considérations factuelles permettant l'adoption de telles mesures d'urgence. Il n'y a donc pas lieu de prévoir la possibilité pour elle d'ordonner des mesures conservatoires ou provisoires : c'est au juge saisi de l'entier litige qu'il revient de prendre ces mesures, et aucun obstacle ne s'oppose en l'état à ce qu'il soit saisi en ce sens par les parties, même à l'occasion d'une QPC posée dans le cadre d'un pourvoi. En outre, le législateur risque de ne pas envisager tous les cas susceptibles de se présenter.

Je m'interroge en revanche sur l'effet suspensif de la QPC, sauf cas particuliers énumérés par la loi. Il me semble que ce peut être un facteur de blocage, voire une incitation à soulever une QPC qui aurait pour seule visée de retarder la procédure. Si la législation actuelle doit être revue, il faudrait se demander s'il ne serait pas plus sage de laisser à la juridiction saisie le soin d'apprécier si la QPC doit ou non avoir un effet suspensif, comme cela existe en matière de dessaisissement de juridiction ou de révision. La juridiction pourrait ainsi ne pas reconnaître un effet suspensif à une QPC, lorsqu'il apparaîtrait évident, par exemple, qu'une éventuelle décision de non-conformité ne pourrait intervenir qu'avec un effet différé, comme l'a décidé le Conseil constitutionnel en matière de garde à vue. Cette procédure présenterait, me semble-t-il, l'intérêt d'une plus grande souplesse.

L'entrée en vigueur de la loi organique du 22 juillet 2010 relative à l'application de l'article 65 de la Constitution a, par la suppression de l'article 23-6, profondément modifié la procédure suivie devant la Cour pour l'examen des QPC. Pour répondre à votre septième question sur l'orientation des procédures, il y a lieu dorénavant de distinguer deux hypothèses. Lorsque la QPC est posée à l'occasion d'une procédure de pourvoi déjà en cours d'examen devant la Cour de cassation, la détermination de la chambre sera liée à l'orientation qui aura

été donnée à la procédure, en fonction de la matière concernée. Dès lors, si l'avocat général est déjà désigné, il sera en charge de la question ; sinon, la fixation par le siège de la question à une audience conditionnera, sauf exception, le choix de l'avocat général. S'il s'agit d'une question transmise par une juridiction, c'est à la Première présidence de la Cour qu'il reviendra d'orienter la question et, là encore, la fixation de la question à une audience conditionnera, sauf exception, le choix de l'avocat général. Il est certain que la suppression de la formation *ad hoc* ne permet plus la spécialisation qui avait été mise en œuvre par le Parquet général. En effet, on imagine difficilement que quatre ou cinq avocats généraux viennent prendre la parole à une audience. De manière générale, l'on observera dans l'avenir que l'avocat général de l'audience sera celui qui sera en charge des questions fixées par le président de chambre à cette audience.

En l'état, il n'est pas possible de répondre plus précisément à votre question de savoir si la répartition de ces questions a eu un effet sur les observations du ministère public : c'est à l'usage qu'on connaîtra l'évolution du dispositif. En tout état de cause, le délai de trois mois et l'organisation des audiences provoqueront un effet de dispersion, qui sera préjudiciable à la spécialisation nécessaire au traitement de certaines questions. Cela étant, je veillerai à donner aux avocats généraux, dans le respect de leur indépendance, les moyens de se prononcer de manière aussi cohérente que possible sur un même sujet. Les outils mis en place dès l'entrée en vigueur de la réforme seront à cet égard très utiles.

Je voudrais pour terminer répondre à votre question de savoir s'il y a lieu de modifier les critères du filtre ou s'il convient de prévoir un mécanisme d'appel des décisions des cours suprêmes sur le renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité devant le Conseil constitutionnel. Cette question est en relation directe avec la proposition de loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, qui dispose que « la décision de ne pas saisir le Conseil constitutionnel peut être contestée devant lui par une des parties dans les dix jours de son prononcé ». Cette proposition m'amène à formuler les observations suivantes.

L'instauration d'un filtre suppose une confiance légitime entre les acteurs chargés de le mettre en œuvre. Or cette solution présuppose l'existence d'un blocage de la Cour de cassation, hypothèse dont je vous ai démontré, chiffres à l'appui, qu'elle était erronée. L'exposé des motifs de la proposition de loi précitée évoque notamment le refus de la Cour de cassation de transmettre au Conseil constitutionnel la question afférente à la loi Gayssot, alors qu'on ne peut se fonder sur le sens d'une décision pour parler de blocage – je le dis d'autant plus aisément que l'avocat général était favorable à la transmission. À mon sens, il serait regrettable, et dommageable au respect dont la justice doit être entourée, de remettre en cause des décisions parce qu'elles ne seraient pas conformes à ce qui aurait été souhaité.

Par ailleurs, donner la faculté de former un recours contre la décision de la Cour de cassation ou du Conseil d'État devant le Conseil constitutionnel aurait pour conséquence de modifier profondément l'architecture institutionnelle française en conférant au Conseil constitutionnel un statut de Cour constitutionnelle et en lui subordonnant la Cour de cassation et le Conseil d'État. On peut même se demander si le rôle du Parlement ne s'en trouverait pas modifié puisque, *de jure*, le Conseil constitutionnel serait une instance de recours contre toutes les lois votées, comme si le soupçon d'une violation de la Constitution devait en permanence peser sur les deux assemblées. Il serait tout à fait étonnant et prématuré que, sous le prétexte infondé d'un prétendu blocage, l'on revienne sur des siècles de construction institutionnelle.

L'instauration d'une Cour constitutionnelle peut certes être envisagée. Mais cette question relève à tout le moins de la loi constitutionnelle et dépasse très largement les termes de notre débat. Par ailleurs, il faut bien prendre la mesure des incidences de la transformation induite par la proposition de loi. Ainsi, si le Conseil constitutionnel devait être doté d'un pouvoir de réformation des décisions de la Cour de cassation, plus haute juridiction judiciaire française, il conviendrait à tout le moins que le mode de nomination de ses membres présente les mêmes garanties que celui des membres de l'autorité judiciaire. En tout état de cause, même si vous pensez, malgré mes arguments, que le filtre est défaillant, l'institution d'un recours serait une fausse bonne idée. Il vaudrait encore mieux, même si je ne le souhaite pas, que le filtre soit tout simplement supprimé et que le Conseil constitutionnel soit alors directement saisi.

Je vous demande, monsieur le président, mesdames et messieurs, de me pardonner la gravité avec laquelle je conclurai mon propos par un appel à la confiance et au respect mutuel. Chacun se félicite de l'institution de la question prioritaire de constitutionnalité. Les chiffres que je vous ai cités montrent que le prétendu blocage qui a valu à la Cour de cassation d'être mise en accusation n'existe pas. Laissons le dispositif prendre son essor et misons sur le dialogue retrouvé des juges, de la Cour de cassation, du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel. Le Parquet général y prendra sa part, et moi le premier. Six mois constituent un délai bien court pour évaluer un dispositif si nouveau pour notre culture juridique. Les plaideurs eux-mêmes ne l'ont pas totalement investi : je pense notamment au champ du droit social, dont on aurait pu penser qu'il générerait une pléthore de questions. Il serait précipité de remettre en cause l'architecture de la QPC alors que celle-ci n'est pas encore entrée dans sa phase de maturité.

Abolir le filtrage ou le soumettre au contrôle du Conseil constitutionnel reviendrait à dénier par principe aux deux cours suprêmes la faculté d'apprécier en toute indépendance la pertinence d'une QPC. Ce serait remettre en question les bases de la réforme. Le risque serait alors de fragiliser les soubassements d'un dispositif dont il est trop tôt pour évaluer pleinement l'efficacité. Afin d'atteindre sa pleine expression, la nouvelle procédure de QPC requiert temps et patience.

M. Dominique Perben. Le terme de confiance que vous avez utilisé, monsieur le Procureur général, est en effet celui qui s'impose : c'est à cet égard qu'il nous faut progresser. La question d'actualité que j'ai consacrée à la décision de la Cour de cassation n'était pas un coup politique, à l'inverse de ce que certains ont semblé dire. Elle exprimait simplement une préoccupation : les circonstances, le contexte, tout nous conduisait à penser que cette décision trahissait les fortes réserves de la Cour à l'égard de ce que le pouvoir législatif venait de voter. Vous ne m'avez d'ailleurs qu'à moitié convaincu de l'intérêt de la double question posée à la CJUE – pourquoi avoir posé la question de la conformité au droit européen du dispositif que nous venons de voter ? Je souhaitais simplement savoir comment les pouvoirs s'équilibraient dans notre République et quels étaient les rôles respectifs du pouvoir législatif et de l'autorité judiciaire. Cette journée doit nous permettre de restaurer cette confiance que vous appelez de vos vœux.

Deuxièmement, il se dégage très clairement de l'ensemble des interventions, notamment de la vôtre, monsieur le Procureur général, qu'il nous faut être très prudents s'agissant de l'interprétation de la loi. L'équilibre actuel, où la Cour de cassation interprète la loi et unifie les positions des juridictions, où le Parlement fait la loi et où le Conseil constitutionnel vérifie sa conformité à la Constitution, est satisfaisant, à condition que le législateur joue tout son rôle : si celui-ci considère que l'interprétation de la loi par le juge

n'est pas correcte, il lui appartient d'intervenir et de reprendre la main. J'entends volontiers votre propos sur le danger qu'il y aurait à confier un rôle d'interprète de la loi au Conseil constitutionnel.

M. Étienne Blanc. Au cours de nos débats d'aujourd'hui, monsieur le Procureur général, on a proposé de permettre au Conseil constitutionnel d'évoquer, parmi toutes les QPC posés dans toutes les juridictions, une QPC qui ne lui aurait pas été transmise. Que pensez-vous de cette faculté d'évocation, qui ne serait pas un appel ?

M. Jean-Louis Nadal. Cette solution ne serait pas vraiment différente de l'institution d'un appel : c'est la même dynamique, sauf que le mouvement part d'en haut dans votre hypothèse, et d'en bas en cas d'appel. Dans les deux cas, il y a un risque de confusion des genres, qui mettrait en péril la logique et l'esprit de réformes telles que la faculté de saisine directe du CSM par le justiciable ou l'institution de la QPC. Ces réformes constituent des avancées considérables de notre démocratie et de notre République, pourvu qu'elles soient régulées et canalisées. Voilà pourquoi je suis opposé à l'absence de filtres. Les avis très élaborés et détaillés des avocats généraux sur des sujets majeurs – celui sur la garde à vue a été particulièrement remarqué – traduisent l'esprit collectif que j'ai insufflé au Parquet général de la Cour de cassation. Ainsi, en dépit de l'indépendance de chacun d'entre eux, à laquelle je suis attaché, les avocats généraux constituent une espèce d'assemblée plénière de fait. Si ces filtres, dont la fiabilité est nourrie par l'indépendance de tous ces regards croisés, disparaissent, on court le risque d'assister à des décisions à géométrie variable.

M. Étienne Blanc. Il s'agirait simplement de donner au Conseil constitutionnel la faculté d'évoquer, parmi les QPC, celles sur lesquelles il souhaiterait s'exprimer bien qu'elles ne lui aient pas été transmises.

M. Jean-Louis Nadal. Je suis très réservé à l'égard d'une telle solution, qui à mon sens remettrait en cause la complémentarité des pouvoirs dans notre État de droit, voire dénaturerait un système que l'on envie à l'étranger.

M. le président Jean-Luc Warsmann. Je vous remercie.

*

* *

Elle procède enfin à l'audition de M. Marc Guillaume, Secrétaire général du Conseil constitutionnel.

M. le président Jean-Luc Warsmann. Nous poursuivons nos auditions, chers collègues, en recevant M. Marc Guillaume, secrétaire général du Conseil constitutionnel, auquel je souhaite la bienvenue.

Après avoir entendu vos réponses aux questions que nous vous avons transmises, monsieur le secrétaire général, nous serons heureux d'engager un dialogue avec vous.

M. Marc Guillaume, secrétaire général du Conseil Constitutionnel. Je vous remercie.

Étant précisé que mes propos ne sauraient bien sûr engager le Conseil constitutionnel, juge de la conformité des lois organiques à la Constitution, je m'efforcerai en effet d'apporter successivement des éléments de réponse aux deux séries de questions que vous m'avez posées, l'une portant sur la procédure devant les deux ordres de juridiction, l'autre sur la procédure devant le Conseil constitutionnel.

La première appelle d'abord un jugement d'ensemble sur les premiers mois de fonctionnement de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC). Malgré les difficultés sur lesquelles nous reviendrons, il me semble que l'expérience justifie le mécanisme voulu par le constituant et précisé par le législateur organique pour mettre en œuvre ce droit nouveau. Ce dispositif se fonde sur deux principes : la préservation de notre organisation juridictionnelle et la spécialisation des juges.

S'agissant du premier, je rappelle que notre organisation juridictionnelle est fondée sur deux ordres de juridiction – administratif et judiciaire – ayant à leur sommet deux cours suprêmes, le Conseil d'État et la Cour de cassation. Cette organisation n'est pas modifiée : c'est le sens du double filtre, devant le juge *a quo* puis devant les cours suprêmes. Pour parler très clairement, le Conseil constitutionnel n'est pas une cour suprême au-dessus du Conseil d'État et de la Cour de cassation.

S'agissant du second principe, je précise que, si le Conseil constitutionnel est l'unique juge de la constitutionnalité des lois, conforté dans ce rôle par la création du contrôle *a posteriori*, il n'est pas juge de leur conventionalité : celle-ci relève du Conseil d'État, de la Cour de cassation ainsi que de leur ordre de juridiction. Cette spécialisation des juges fonde la priorité de la QPC.

Ces deux principes voulus par le Parlement ont été confortés, au cours des premiers mois de fonctionnement de la QPC, tant par les jurisprudences du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État que par celle de la Cour de justice de l'Union européenne. Le Conseil constitutionnel a ainsi jugé, dès sa décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009 sur la loi organique, que la priorité d'examen de la QPC avait pour seul effet d'imposer l'ordre d'examen des moyens présentés par les parties. Elle ne restreint en rien, notamment, l'office ultérieur du juge de la conventionalité comme l'a confirmé le Conseil dans sa décision « *Jeux en ligne* » n° 2010-605 DC du 12 mai 2010. Le même Conseil a rappelé que, depuis la décision *IVG* de 1975, il n'est pas juge de la conventionalité des lois.

En outre, Conseil constitutionnel et Conseil d'État ont retenu la même interprétation de l'articulation de la QPC avec le droit communautaire dans leurs décisions respectives des 12 et 14 mai 2010 – je n'y reviendrai pas, monsieur le président, puisqu'il en a été grandement question dans les auditions de la matinée, pas plus que je ne m'attarderai sur l'arrêt *Melki* du 22 juin 2010 par lequel la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a jugé que l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) ne s'oppose pas à une législation nationale qui instaure une procédure de contrôle de constitutionnalité des lois nationales, sous réserve des trois conditions qui vous ont été également exposées ce matin – il aurait tout de même été paradoxal que nous ne puissions pas mettre en place des procédures de contrôle de constitutionnalité alors qu'elles existent depuis longtemps chez nos voisins ! Je précise, tout de même, que cette décision *Melki* reprend précisément les conditions posées par le Parlement français, elles-mêmes reprises par le

Conseil constitutionnel ainsi que par le Conseil d'État. J'ajoute, enfin, qu'elle souligne la pleine compatibilité de la loi que vous avez élaborée avec le droit de l'Union.

Vous me demandez, monsieur le président, s'il serait nécessaire de permettre aux juridictions suprêmes de prendre des mesures provisoires ou conservatoires lorsqu'elles sont saisies d'une QPC – il s'agit d'ailleurs là d'une référence à l'une des conditions posées par la Cour de justice de l'Union européenne. Sans le contexte que nous connaissons, je me serais permis de vous dire que je comprends mal cette question. En premier lieu, aucun juge de cassation n'a jamais pris de mesures provisoires ou conservatoires car tel n'est pas son office ; de telles mesures peuvent être nécessaires, mais, dans ce cas, c'est vers le juge des référés qu'il faut se tourner.

En deuxième lieu, la CJUE ne s'y est pas trompée en jugeant seulement que « *les juridictions nationales* » devaient pouvoir prendre des mesures provisoires – elle n'a pas exigé qu'il en soit ainsi pour chacune. Ainsi, comme c'est le cas depuis toujours, il suffit au regard du droit de l'Union européenne d'aller devant le juge des référés lorsqu'une affaire est pendante devant un juge de cassation et que des mesures provisoires sont nécessaires.

En troisième lieu, enfin, cela correspond bien au jugement du Conseil d'État dans sa décision *Rujovic* du 14 mai visant « *le juge administratif* » en général.

Si je crois donc que le législateur organique avait de bonnes raisons juridiques de rédiger l'article 23-5 de l'ordonnance organique comme il l'a fait, il peut cependant sembler utile d'ajouter à ce dernier que le juge des référés ou le juge de cassation peuvent être saisis pour prendre des mesures conservatoires ou provisoires.

Ce point renvoie à votre question relative à la modification des critères du filtre. Je ne crois pas qu'une telle mesure résoudra en elle-même les difficultés existantes : pour ceux qui « jouent le jeu » de la réforme, elle n'est pas nécessaire ; pour ceux qui ne le joueraient pas, elle n'est pas suffisante. Il est avant tout impératif, aujourd'hui, que la réforme soit appliquée car les justiciables ont le droit constitutionnel de voir examinée la QPC qu'ils posent – rien ne peut les en priver et notamment pas le traitement au fond de leur affaire sur la base d'un autre moyen.

Pour que ce droit vive effectivement – je sais que telle est votre volonté –, il convient que les textes soient appliqués en l'état ou qu'ils soient modifiés pour prévoir que des QPC non renvoyées puissent être réexaminées à la demande des parties ou à l'instigation du Conseil constitutionnel. Il serait clair qu'un tel mécanisme serait l'exception. Suite à vos échanges de la matinée, j'ai compris que trois dispositifs différents étaient évoqués : appel des parties, évocation, nouvelle délibération sur la base des deux premiers critères. En tout état de cause, cette procédure devrait être encadrée dans un très bref délai et pourrait nécessiter, selon les modalités que vous envisageriez, la mise en place de sections au sein du Conseil.

Je vais maintenant m'efforcer de répondre, notamment sur un plan statistique, aux questions que vous avez posées s'agissant de la QPC devant le Conseil constitutionnel – je vous communiquerai d'ailleurs des tableaux statistiques ainsi que la copie de toutes les décisions du Conseil d'État et de tous les arrêts de la Cour de cassation transmis au Conseil, qu'ils concluent dans le sens du renvoi ou du non-renvoi.

En premier lieu, vous m'interrogez sur le nombre de décisions de renvoi et de non-renvoi. Le Conseil constitutionnel a enregistré 222 décisions transmises par le Conseil d'État

et la Cour de cassation : 163 décisions de non-renvoi – soit 68 % – et 58 décisions de renvoi – soit 32 %. Pour ces dernières, 30 proviennent du Conseil d'État, 28 de la Cour de cassation. Pourquoi ces chiffres ne correspondent-ils que partiellement à ceux que vous ont donnés les cours suprêmes ?

D'une part, en raison des décisions qui sont ou non transmises au Conseil constitutionnel. L'ordonnance organique dispose en son article 23-7 que doivent être transmises au Conseil les décisions par lesquelles le Conseil d'État ou la Cour de cassation décident de ne pas le saisir d'une QPC ; or, si les décisions d'irrecevabilité et de non-lieu ne sont théoriquement pas transmises au Conseil, les pratiques sont parfois diverses. Ainsi le Conseil a-t-il reçu communication, sur le même article L. 16 B du livre des procédures fiscales, de décisions de non-renvoi et a-t-il appris qu'il existait aussi des décisions de non-lieu qui ne lui avaient pas été adressées. J'ajoute que certaines décisions sont classées comme des décisions de non-lieu alors qu'elles sont prises pour absence de caractère sérieux, et ne sont pas dès lors transmises au Conseil constitutionnel. Tout cela étant assez paradoxal, sans doute serait-il plus simple que l'article 23-7 impose la transmission de la totalité des décisions de non-saisine du Conseil mais que ces dernières soient classées sur le fondement juridique idoine.

D'autre part, il existe une seconde difficulté statistique tenant aux séries. Les cours suprêmes ont ainsi parfois adressé plusieurs QPC identiques au Conseil qui les a enregistrées sous un seul numéro. Deux exemples : en ce qui concerne la garde à vue, la Cour de cassation a dans un premier temps regroupé 36 QPC et, par deux décisions, saisi le Conseil constitutionnel de questions y figurant. La Cour de cassation compte 36 QPC dans ses statistiques ; nous avons quant à nous enregistré les deux décisions de renvoi ; dans le cas, cette fois, des tribunaux maritimes commerciaux, la Cour de cassation nous a renvoyé neuf fois le même jour la même QPC : elle compte donc neuf renvois quand nous n'en dénombrons qu'un seul, ces transmissions répétées étant évidemment sans objet ; en effet, dès lors qu'il est saisi une fois d'une disposition, le Conseil constitutionnel devra examiner l'ensemble des questions de constitutionnalité posées par ladite disposition.

Quoi qu'il en soit, on ne peut pas faire grief à la Cour de cassation des renvois réitérés de la même QPC car il existe une malfaçon dans le décret n° 2010-148 du 16 février 2010. Celui-ci comprend, pour le Conseil d'État, l'article R. 771-18 du code de justice administrative qui dispose : « *Le Conseil d'État n'est pas tenu de renvoyer au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité mettant en cause, par les mêmes motifs, une disposition législative dont le Conseil constitutionnel est déjà saisi. En cas d'absence de transmission pour cette raison, il diffère sa décision jusqu'à l'intervention de la décision du Conseil constitutionnel.* » Or, cette disposition n'a pas son pendant dans la partie du décret relative à la Cour de cassation alors qu'elle y serait utile en permettant notamment de revenir sur ces légers différends statistiques qui, sinon, n'ont guère de portée.

Quelle appréciation porter sur ces précisions statistiques ?

Je note que tous les renvois étaient justifiés, y compris parfois pour que le Conseil constitutionnel fixe sa jurisprudence dans des décisions de conformité à la Constitution. J'y insiste : nous ne sommes pas guettés par un risque de renvois excessifs.

J'ajoute que le Conseil constitutionnel a déjà jugé qu'il ne lui appartenait pas d'évaluer l'appréciation faite par le Conseil d'État ou la Cour de cassation de l'applicabilité au litige de la disposition législative – l'une des trois conditions fixées dans la loi organique.

Il s'agit là d'une appréciation souveraine des cours suprêmes, le Conseil ayant ainsi voulu souligner qu'il n'est juge que de la loi. Pour que cela soit bien clair et rassure tout le monde, il a d'ailleurs expressément jugé que ne devaient lui être transmis que les mémoires distincts et motivés sur la QPC : le Conseil constitutionnel, je le répète, n'est pas juge de l'affaire.

Diverses décisions de non-renvoi ont en revanche porté sur des questions importantes, sur lesquelles le Conseil constitutionnel n'a donc pas pu se prononcer. Si je ne souhaite évidemment pas, dans le contexte actuel, commenter les décisions de la Cour de cassation devant vous, je ferai toutefois deux observations.

D'une part, les articles 23-2 et 23-4 de l'ordonnance organique confient aux cours suprêmes une compétence pour apprécier le caractère sérieux des questions posées, et non pour apprécier la constitutionnalité des dispositions lorsque la question est sérieuse. De ce point de vue, il est utile d'indiquer que les trois quarts des décisions de non-renvoi sont fondées sur ce troisième critère. Il convient également de souligner que 13 décisions de non-renvoi sont quant à elles fondées sur le fait que la QPC porte sur l'interprétation de la disposition législative. Le Conseil d'État a déjà jugé que ce motif ne peut évidemment justifier un non-renvoi, la disposition législative n'étant pas séparable de l'interprétation que le juge en donne – sinon, le contrôle de constitutionnalité s'imposerait au Parlement et à la loi, mais pas au juge et à son interprétation de la loi. D'ailleurs, à propos de l'article 365 du code civil – que le Conseil constitutionnel examinera prochainement sur saisine de la Cour de cassation –, le problème de constitutionnalité qui est posé quant à l'adoption d'enfants par des couples homosexuels ne peut se comprendre qu'à la lumière de la jurisprudence de la Cour de cassation. En tout état de cause, le Conseil constitutionnel devra trancher cette question dans les semaines à venir et sa décision s'imposera à tous en vertu de l'article 62 de la Constitution.

Par ailleurs, 17 décisions de non-renvoi sont fondées sur le fait que la disposition est déjà abrogée mais toujours applicable. Là encore, un tel motif ne peut justifier un non-renvoi. C'est ainsi qu'en ont déjà jugé le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État s'agissant des dispositions déjà abrogées dans la décision sur les organismes de gestion agréés – n° 2010-16 QPC du 23 juillet 2010. Par définition, la disposition déjà abrogée mais toujours applicable – laquelle peut, potentiellement, porter atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit – s'applique au justiciable qui soulève son inconstitutionnalité devant le juge. Pour ces affaires, le dispositif de la QPC n'a donc pas pu fonctionner et la France sera à nouveau sujette à la Cour européenne des droits de l'homme sans qu'elle ait pu régler préalablement ces éventuelles difficultés juridiques.

D'autre part, contrairement à la volonté du Parlement, ces non-renvois privent les justiciables de leur droit constitutionnel de voir examinée la conformité à la Constitution de la disposition législative contestée.

Vous m'avez également demandé des informations sur les observations produites.

D'une part, le Premier ministre a produit dans toutes les affaires et il l'a fait avec la grande compétence qui est celle du Secrétariat général du Gouvernement.

D'autre part, le Président de l'Assemblée nationale a produit pour les cinq premières QPC enregistrées au Conseil constitutionnel.

Pour leur part, les parties ont quasiment toujours eu recours à des avocats – exception faite de deux QPC. Pour les QPC déjà jugées, nous avons 23 dossiers avec avocats au Conseil

d'État et à la Cour de cassation – soit 62 % - et 14 dossiers avec avocats à la cour, soit 38 %. À notre connaissance, aucune décision du Conseil constitutionnel n'a été rendue alors que l'instance principale était close.

Le Conseil constitutionnel a rendu 22 décisions de QPC. Parmi celles-ci, on dénombre dix décisions de conformité totale – soit 45 % -, une de conformité sous réserve, cinq de non-conformité totale, dont une avec effet différé, et deux de non-conformité partielle. Si l'on veut constituer de grands « blocs », on aboutit à 50 % de conformité, 30 % de non-conformité partielle ou totale et 20 % de non-lieu.

De ces premières décisions du Conseil se dégagent trois idées.

La première est qu'en cas d'inconstitutionnalité, la décision rendue par le Conseil doit logiquement bénéficier au requérant à la QPC et à tous ceux qui avaient également un contentieux en cours. Tel est le sens des décisions n^{os} 2010-1 QPC, 2010-6/7 QPC et 2010-10 QPC. Par exemple, dans cette dernière affaire, le Conseil a veillé à rappeler le caractère rétroactif de sa décision au bénéfice des requérants : la disparition de la composition inconstitutionnelle des tribunaux maritimes commerciaux « *est applicable à toutes les infractions non jugées définitivement au jour de la publication de la décision* ». À la suite de la décision n^o 2010-6/7 QPC, relative à l'article L. 7 du code électoral, la Cour de cassation ne s'y est pas trompée et a, au visa de l'article 62 de la Constitution, tiré immédiatement les conséquences de la décision du Conseil constitutionnel – je renvoie à la décision de la Chambre criminelle du 16 juin 2010.

La deuxième idée est qu'en cas d'inconstitutionnalité, le Conseil constitutionnel ne peut se substituer au Parlement quant aux différentes options susceptibles d'être retenues pour y remédier. Il est des cas où la décision de non-conformité se suffit à elle-même. Ainsi, à la suite de la décision 2010-6/7 QPC, disparaissent l'article L. 7 du code électoral et la peine automatique qu'il instituait, d'interdiction d'inscription sur les listes électorales. Pour autant, demeure l'article 131-26 du code pénal qui permet déjà au juge de prononcer cette sanction. Dès lors, le Parlement n'avait pas à reprendre la main. En revanche, il en allait très différemment à la suite de la décision n^o 2010-1 QPC : il revient au Parlement de faire des choix à la suite de cette décision du Conseil sur la « dé cristallisation » des pensions, notamment s'agissant de son niveau et de son application. Le Conseil constitutionnel a donc reporté dans le temps les effets de l'inconstitutionnalité prononcée. Il en va de même dans la décision n^o 2010-14/22 QPC sur la garde à vue.

La troisième idée est l'avantage du contrôle de constitutionnalité par rapport au contrôle de conventionalité au regard de la sécurité juridique : d'une part, la QPC a, en cas de non-conformité à la Constitution, un effet *erga omnes* – la norme disparaît, et ce au bénéfice de tous. Il n'y a pas de distinction entre le traitement de la procédure dans laquelle la QPC a été posée et les autres procédures.

D'autre part, grâce à la rédaction que le Parlement a retenue de l'article 62 de la Constitution, le Conseil est investi, lorsqu'il constate cette inconstitutionnalité, du pouvoir de déterminer des règles transitoires dans l'attente de l'adoption d'une éventuelle réforme destinée à remédier à l'inconstitutionnalité. Par exemple, il ne s'est pas borné à abroger la composition des tribunaux maritimes commerciaux, il a indiqué que ceux-ci siègeront, dans l'attente d'une éventuelle loi, dans la composition des juridictions pénales de droit commun. Ainsi tout vide juridique a-t-il été évité.

Le délai moyen de jugement des QPC a quant à lui été légèrement inférieur à deux mois au Conseil mais cela est néanmoins trompeur : avec l'été, les QPC jugées entre mi-septembre et mi-octobre le seront en trois mois, délai semble-t-il adapté ; j'ajoute que les délais minimal et maximal ont été respectivement de 23 et 91 jours.

Je précise, enfin, que le Conseil constitutionnel a fait face sans difficulté aux QPC qui lui ont été transmises en accroissant notamment les effectifs du service juridique et de documentation. Si le nombre de QPC devait augmenter, il continuerait de faire front en poursuivant son adaptation. Si cet accroissement devait être très sensible, il serait toutefois nécessaire de transposer la disposition prévoyant la constitution de sections au sein du Conseil en matière électorale.

Je conclurai par l'expression d'un double sentiment.

Le premier est très positif, mêlant reconnaissance et satisfaction à l'égard des pouvoirs exécutif et législatif qui ont conçu et voté cette réforme ambitieuse, mais aussi de toute la communauté juridique – avocats, professeurs, juridictions administratives et judiciaires – qui la met en œuvre et, enfin, du Conseil constitutionnel qui a su s'adapter. Au total, la QPC remplit d'ores et déjà son office : remédier au bénéfice du citoyen aux angles morts de notre ordonnancement juridique sans bouleverser celui-ci.

Le second sentiment est ambivalent : cette réforme se suffirait à elle-même si elle était appliquée telle que le constituant et le législateur organique l'ont voulue mais, comme chacun sait, ce n'est pas encore partout le cas. Face à cela, en fonction des tempéraments, les réactions peuvent être différentes : certains s'en accommoderont en estimant qu'il faut espérer et laisser du temps au temps ; d'autres considéreront qu'il convient de remédier aux difficultés en cours. Le plus étonnant, voire le plus grave, est que certains n'aient pas compris qu'en cas de mauvaise application de la réforme, la seule autre branche de l'alternative pour que le justiciable puisse bénéficier de ses droits constitutionnels consisterait – ce que nul n'a voulu – à ériger le Conseil constitutionnel en cour suprême sur le modèle espagnol, allemand ou italien, ce qui ne serait pas conforme à notre tradition riche de l'œuvre jurisprudentielle du Conseil d'État et de la Cour de cassation.

M. Philippe Houillon. Ai-je bien compris votre propos, monsieur le secrétaire général, si je dis que, pour vous, le contrôle du Conseil constitutionnel s'exerce également sur l'interprétation de la loi ?

M. Marc Guillaume. Je ne m'attendais pas à une telle question : le Conseil constitutionnel interprète la loi depuis 1958 ! C'est ainsi que son contrôle, par exemple, l'a conduit à poser des réserves d'interprétation afin que la loi soit appliquée selon le sens qu'il lui donne. Une telle prérogative, jusqu'ici, s'exerçait dans le cadre de l'article 61. S'exercera-t-elle d'une manière différente dans le cadre de l'article 61-1 ? En l'état, le Conseil d'État a en tout cas jugé que le contrôle de la QPC, pour les juridictions administratives, porte non seulement sur la loi mais sur l'interprétation de la loi.

Par ailleurs, j'ai cité une affaire renvoyée par la Cour de cassation dans laquelle l'article 365 du code civil soulève des questions qui portent autant sur le texte de l'article lui-même que sur l'interprétation qui en a été donnée jusqu'à présent. Le Conseil constitutionnel, quant à lui, se prononcera et sa décision s'imposera à tous.

J'ajoute qu'une telle question s'est posée à l'ensemble de nos voisins. En Italie, le Conseil d'État et la Cour de cassation se sont ainsi disputés pendant une vingtaine d'années

avec la Cour constitutionnelle. En l'occurrence, la Cour de cassation voulait que cette dernière se prononce non seulement sur la loi mais sur la manière dont elle-même l'interprétait, précisément afin de faire reconnaître son rôle de juge « naturel » qui interprète et applique la loi. En vertu de ce que l'on nomme la « théorie du droit vivant », la Cour constitutionnelle s'est finalement ralliée à l'idée selon laquelle elle contrôle la constitutionnalité de la loi telle qu'interprétée par la Cour de cassation, sans y substituer sa propre interprétation. Pour autant, le problème de constitutionnalité et de conformité aux droits et aux libertés garantis par la Constitution peut se poser pour l'une comme pour l'autre. La Cour européenne des droits de l'homme contrôle d'ailleurs également non seulement la loi mais son interprétation. La question de la motivation des arrêts d'assises – qui ne nous a pas été transmise – y sera ainsi soumise et contrôlée par rapport à la Convention européenne des droits de l'homme et, le cas échéant, le mécanisme que vous avez élaboré ne s'y appliquera pas. Plusieurs intervenants, depuis ce matin, ont assuré qu'un certain nombre de questions étaient résolues et que d'autres le seront au fil du temps. Celle-ci en fait bien entendu partie.

M. le président Jean-Luc Warsmann. Il est vrai que les analyses diffèrent, M. le Procureur général près la Cour de cassation ayant ainsi considéré que l'interprétation de la loi constitue une compétence exclusive de la Cour de cassation.

La sagesse consiste, me semble-t-il, à considérer que la mission du Conseil constitutionnel est de vérifier la conformité des textes à la Constitution : une disposition n'étant par exemple déclarée conforme que sous réserve d'écarter telle ou telle interprétation ou sous réserve de telle interprétation précise. Hors les interprétations qui ne soulèvent aucun problème constitutionnel, les juges font quant à eux leur travail et les juges suprêmes vérifient l'homogénéité des positions des juges *a quo*.

Quoi qu'il en soit, comme l'a dit M. le ministre Perben, j'espère que cette journée contribuera à rétablir un climat de confiance, l'application d'une réforme utile pour nos concitoyens confortant d'ailleurs le rôle de chacun.

M. Marc Guillaume. Depuis 1958, le dialogue des juges est fructueux : ainsi l'ensemble des réserves d'interprétation formulées par le Conseil constitutionnel dans le cadre de l'article 61 est-il utilisé chaque jour par les juridictions administratives et judiciaires. En la matière, il n'y a rien de nouveau sous le soleil ! Une thèse a même été consacrée à cette utilisation qui, statistiquement, concerne d'ailleurs plus particulièrement les juridictions judiciaires. J'ajoute que dans le cadre de l'article 61-1, le Conseil constitutionnel a déjà rendu une décision – sur les 22 que j'ai évoquées – comprenant des réserves d'interprétation que les juges administratifs et judiciaires ne manqueront pas d'appliquer loyalement ensuite. De ce point de vue-là, la manière dont a été traitée la question relative à l'article 365 du code civil est en tout cas de bon augure.

M. le président Jean-Luc Warsmann. Je vous remercie, monsieur le secrétaire général.

*

* *

La séance est levée à 18 heures 15.

Membres présents ou excusés

Présents. - M. Étienne Blanc, M. René Dosière, M. Philippe Goujon, M. Philippe Houillon, M. Charles de La Verpillière, M. Pierre Morel-A-L'Huissier, M. Dominique Perben, M. Jean-Jacques Urvoas, M. André Vallini, M. Christian Vanneste, M. Jean-Sébastien Vialatte, M. Jean-Luc Warsmann

Excusés. - Mme Brigitte Barèges, Mme Delphine Batho, Mme Danielle Bousquet, M. Julien Dray, M. Philippe Gosselin, Mme Marietta Karamanli, M. Bernard Roman