

LA PLACE DE LA CONSTITUTION DANS LE CONTRÔLE DE LA COUR DE CASSATION (EN DEHORS DE LA QPC)¹

Valentine BUCK²
Olivier DESAULNAY³

Introduction

La Constitution est parfois d'humeur vagabonde. Elle quitte la rue Montpensier, où elle y a trouvé avec le temps son Palais, pour traverser la Seine et s'aventurer Quai de l'Horloge à la Cour de cassation. Le temps de l'examen d'un pourvoi, la norme fondamentale tente de s'épanouir sur le terrain encore trop étranger de la cassation judiciaire et sous les auspices distanciés de ses magistrats.

Pourtant, *a priori*, il n'y a pas d'obstacle infranchissable à l'accueil au sein du prétoire judiciaire de cette norme venue d'ailleurs. L'article 604 du Code de procédure civile présente ainsi l'objet du pourvoi en cassation comme tendant « à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit ». Pourvu que l'on fasse entrer dans ces « règles de droit » celles de nature constitutionnelle et le contrôle de la constitutionnalité des actes juridictionnels est révélé.

L'invocation de la Constitution à l'encontre des actes juridictionnels est même un phénomène ancien. Comme le rappelle J.-L. Mestre, « dès les origines, [...] le Tribunal de cassation n'est pas seulement une juridiction prévue par la Constitution. C'est aussi une juridiction qui peut censurer les décisions de justice contraire à la Constitution »⁴. Il n'y avait aucune raison de changer le cours de l'histoire et d'empêcher la Cour de cassation d'exercer un contrôle de constitutionnalité des actes des tribunaux dans le cadre de ses attributions légales.

Cette orientation n'est d'ailleurs pas démentie par l'organisation de la justice constitutionnelle telle qu'elle est pensée en France et, de manière générale, dans le modèle européen de cour constitutionnelle. Il n'a jamais été question d'y soustraire un tel contrôle aux juridictions de droit commun pour en attribuer la connaissance à la cour constitutionnelle spécialement investie. De l'aveu même

1 1^{er} décembre 2016.

2 Magistrate au TGI de Versailles.

3 Professeur à l'Université de la Réunion.

4 J.-L. MESTRE, « Données historiques », in *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, PUAM, 1995, p. 36.

de H. Kelsen⁵, une telle solution ne reposait sur aucun fondement solide. Par conséquent, le Conseil constitutionnel ne s'est pas vu attribuer un monopole sur l'ensemble des questions constitutionnelles posées dans les litiges ordinaires. De même qu'il n'a jamais été dans son ambition de « cannibaliser » les attributions de la Cour de cassation. Il est remarquable d'ailleurs que la réforme de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), en confiant au Conseil le soin de répondre aux seules questions de constitutionnalité de la loi, conforte la Cour de cassation dans ses attributions traditionnelles quant à la validité juridique, y compris constitutionnelle, des décisions de justice inférieures.

Le doute n'est donc pas permis qu'il revient à la Cour de cassation, en tant que juge suprême de l'ordre juridictionnel judiciaire, de veiller en dernier lieu au respect de la Constitution par les juges du fond et de sanctionner, le cas échéant, la non-conformité de leurs décisions par la voie redoutable de la cassation.

Si le contrôle de constitutionnalité est de l'ordre du permis et du possible dans le contentieux de cassation, il y demeure néanmoins très sporadique, laissant à l'observateur un sentiment d'inachevé.

Il faut dire que l'argument constitutionnel dans les arrêts de la Cour de cassation n'est ni banal ni régulier. En dépit de la poursuite du phénomène de constitutionnalisation du droit sous l'égide du Conseil constitutionnel et d'un surcroît de justiciabilité de la norme constitutionnelle apparaissant encore plus évidente avec la réforme de la QPC, le niveau de référence dans les arrêts demeure encore marginal. Bien qu'il ait progressé depuis les années 1980, pour se situer autour de 100 à 150 références pertinentes dans les arrêts toutes chambres confondues, il n'a guère connu de progression significative depuis ce bond⁶. L'« effet QPC » semble relativement platonique, du moins sur ce point quantitatif de l'invocation et de l'application de la Constitution dans les arrêts de la Cour de cassation⁷.

Si l'on écarte les références superflues dans les moyens des parties non reprises par les juges et si l'on prend garde à ne pas être abusé par celles qui apparaissent dans les motifs ou visa des arrêts, mais qui ne remplissent qu'une fonction d'« adjuvant rhétorique »⁸ dans la motivation du juge, il ne reste guère qu'une très petite poignée d'arrêts pertinents dans lesquels s'observe un authentique contrôle de constitutionnalité de la décision de justice objet du pourvoi.

Dans le domaine de la constitutionnalité, le contentieux de cassation n'a pas encore atteint toutes ses potentialités, demeurant ainsi dans une position d'entre-deux. Ce qui ne signifie pas qu'elles ne sont pas perceptibles, s'exprimant par petites touches successives (I). Le mouvement pourrait toutefois s'enrichir à la faveur d'un contexte renouvelé de réflexion du rôle de la Cour de cassation dans la protection des droits et libertés fondamentaux et à l'égard duquel l'introduction de la QPC n'est pas étrangère. Des perspectives de développement d'une plus grande « culture constitutionnelle » au sein de la Cour peuvent alors être tracées (II).

5 H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (la Justice constitutionnelle) », *RDP* 1928, p. 197, spéc. p. 233.

6 Qu'il nous soit permis, v. O. DESAULNAY, *L'application de la Constitution par la Cour de cassation*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèse », 2009, n° 84.

7 Cf. *infra*, les perspectives d'avenir ouvertes par la réforme de la QPC.

8 O. DESAULNAY, *op. cit.*, p. 244 et s.

I. Les potentialités du contrôle de constitutionnalité des actes juridictionnels devant la Cour de cassation

Le bilan très mitigé de l'état des lieux du contrôle de constitutionnalité des décisions de justice devant la Cour de cassation ne doit pas conduire à éluder les potentialités qu'il recouvre dans ce domaine. Certes, des contraintes conditionnent l'existence d'un tel contrôle devant le juge judiciaire suprême (A), mais sans qu'elles puissent emporter la conclusion d'une franche inadéquation de la cassation judiciaire à la constitutionnalité. Au contraire, les rares arrêts notables en la matière démontrent que la Cour de cassation parvient pleinement à endosser l'office d'un juge de la constitutionnalité des décisions des juges inférieurs (B).

A. Les conditions existentielles du contrôle de constitutionnalité devant la Cour de cassation

L'épanouissement du contrôle de constitutionnalité des décisions de justice dans le cadre du pourvoi en cassation s'expose à deux séries de contraintes. Les premières sont d'ordre procédural et demeurent classiques, l'argument constitutionnel s'épanouissant en cassation sans aucun traitement contentieux particulier dans le sens d'une plus grande sévérité ou, au contraire, d'une plus grande souplesse (1). C'est dire que d'autres raisons fondent l'insuccès relatif de la constitutionnalité dans la cassation judiciaire. En effet, des contraintes plus diffuses s'attachent à réduire la compétitivité de l'argument constitutionnel (2).

1. Les contraintes procédurales commandant la recevabilité des moyens de constitutionnalité en cassation

Les moyens de constitutionnalité n'échappent pas aux règles procédurales qui encadrent la fonction de cassation judiciaire. Aucun traitement procédural particulier ne s'observe à l'endroit de la norme constitutionnelle et du contrôle de conformité qui s'y attache. D'ailleurs, il ne ressort ni des textes ni de la jurisprudence de la Cour que la violation de la Constitution s'analyse en un moyen d'ordre public auquel s'attacherait une obligation pour le juge suprême de soulever d'office la violation⁹. De ce point de vue, la Constitution semble presque banale, soumise aux règles traditionnelles de recevabilité des moyens qui se trouve dans la combinaison des articles 619¹⁰ et 620¹¹ du Code de procédure civile.

En résumé, les moyens nouveaux sont irrecevables devant la Cour de cassation, à l'exception des moyens de pur droit qui peuvent être invoqués pour la première fois devant la Cour. À cela

9 À la différence de ce que certains auteurs ont pu avancer (L. Favoreu, J. Ghestin, B. Mathieu, Bouleze, etc.).

10 Art. 619 CPC : « Les moyens nouveaux ne sont pas recevables devant la Cour de cassation.

Peuvent néanmoins être invoqués pour la première fois, sauf disposition contraire :

1° Les moyens de pur droit ;

2° Les moyens nés de la décision attaquée. »

11 Art. 620 CPC : « La Cour de cassation peut rejeter le pourvoi en substituant un motif de pur droit à un motif erroné ; elle le peut également en faisant abstraction d'un motif de droit erroné mais surabondant.

s'ajoute un tempérament selon lequel le juge de cassation peut d'abord relever d'office, au bénéfice du demandeur, un moyen de cassation de pur droit, que celui-ci a négligé d'invoquer ou, à l'inverse, la Cour peut relever d'office un moyen de défense pour prononcer le rejet du pourvoi en substituant un motif de pur droit à un motif erroné de l'arrêt attaqué (parfois il s'agit d'ajouter un tel motif).

On voit combien il est essentiel pour son épanouissement en cassation que l'argument constitutionnel soit, comme tout argument d'ailleurs, antérieurement invoqué et débattu devant les juges du fond. Le développement du contrôle de conformité à la Constitution dépend donc étroitement de la capacité des juges du fond et des requérants et de leurs conseils à orienter le débat vers la constitutionnalité. Cela suppose une connaissance et une information adaptée sur le droit constitutionnel et ses potentialités ainsi que des usages répétés de la part des professions judiciaires. En deux mots : le réflexe constitutionnel. De ce dernier dépend sans doute pour beaucoup le développement de la constitutionnalité devant les juridictions jusqu'au sommet de la hiérarchie judiciaire devant la Cour de cassation.

Toutefois, deux observations viennent tempérer l'influence de cette contrainte procédurale sur le développement d'un contrôle de constitutionnalité des actes juridictionnels.

D'une part, l'hypothèse du moyen de constitutionnalité irrecevable parce que qualifié par le juge à la fois de nouveaux et de mélangés de fait et de droit ne s'observe guère¹². La jurisprudence dévoile une alternative bien plus tranchée quant à l'invocation de la norme constitutionnelle : soit celle-ci est totalement superflue et inutile et le juge ne s'y attarde même pas, soit elle s'impose dans le litige sans détour. On perçoit dans cette circonstance, le poids de la rhétorique de la fondamentalité de la Constitution conçue souvent par le juge comme un argument indépassable et indiscutable.

D'autre part, dans le prolongement de cette dernière idée, le juge de cassation ne rechigne pas à soulever d'office la violation de la Constitution lorsque celle-ci lui paraît particulièrement pertinente pour mener à bien son office. De sorte que les plus belles cassations sur le fondement de la Constitution sont souvent le fruit d'une démarche compensatrice du juge de cassation qui a relevé d'office cet argument « massue ».

Cette attitude de la Cour ne doit pas faire oublier que, d'une façon générale, la Constitution ne bénéficie pas toujours aux yeux du juge judiciaire des atouts d'autres normes de protection des droits. De sorte que le caractère marginal de l'invocation de la Constitution dans les arrêts de cassation tient sans doute plus à un déficit de compétitivité qu'aux pesanteurs procédurales de la cassation.

Elle peut, sauf disposition contraire, casser la décision attaquée en relevant d'office un moyen de pur droit. »

12 Pour un exemple récent : Crim., 10 mars 2015, req. n° 14-83329 : « Attendu que M^{me} X... n'a pas soutenu devant les juges du fond que la confirmation de la mesure de démolition ordonnée par les premiers juges porterait une atteinte disproportionnée au droit à un logement décent garanti par la Constitution, par la Convention européenne des droits de l'homme et par l'article 300-1 du code de la construction et de l'habitation ; que, dès lors, le moyen, mélangé de fait, est nouveau et comme tel irrecevable ».

2. *Un déficit de compétitivité de l'instrument constitutionnel*

Sur le marché du droit, la Constitution souffre d'un important déficit de compétitivité qui se manifeste dans la jurisprudence de cassation par une sévère concurrence d'instruments juridiques matériellement équivalents. De sorte que la Cour de cassation (et l'ensemble des juridictions judiciaires) ne consomme la Constitution qu'avec une grande parcimonie, aidée par les pourvois des requérants qui s'orientent volontiers vers d'autres produits juridiques aux qualités protectrices éprouvées.

La concurrence la plus rude, mais la moins controversée, se situe sans doute du côté de la source législative. Cette dernière, codifiée ou non, est préférée aux principes constitutionnels dont elle a vocation à concrétiser fidèlement le contenu et l'esprit dans l'ordonnement juridique. Ce caractère relai des dispositions législatives à l'égard des droits inscrits dans le bloc de constitutionnalité, associé à une culture judiciaire traditionnellement plus legaliste que constitutionnelle, explique largement cette faveur accordée à la référence législative. Pourquoi aller chercher ailleurs dans la Constitution, souvent méconnue, ce qui se trouve déjà dans le corpus législatif habituel?

Ainsi, il est courant d'observer l'effacement ou la substitution de l'argument constitutionnel au profit de la référence à des dispositions législatives de teneur identique. C'est dire aussi que la Constitution remplit souvent pour la Cour une fonction palliative lorsque la législation demeure trop incomplète ou est devenue obsolète. À ce titre, l'emploi de la référence au droit constitutionnel de grève tiré du septième alinéa du Préambule de 1946 témoigne avec éclat de cette tendance. La Cour de cassation a recouru dans les années cinquante à la référence directe et audacieuse au Préambule pour annuler des jugements et arrêts qui contrevenaient à la nouvelle conception des conflits collectifs de travail dans l'entreprise jusqu'à ce que la législation ultérieure sur la grève dans le secteur privé remplace la référence fondamentale dans les arrêts¹³.

Une autre source de concurrence, souvent présentée et parfois dénoncée pour ses excès, est constituée par les instruments internationaux et européens de protection des droits fondamentaux, avec pour principale figure la Convention européenne des droits de l'homme. Il est inutile de s'étendre longuement sur les facteurs qui contribuent au développement de la conventionalité au détriment de la constitutionnalité dans le prétoire judiciaire. L'antériorité des exigences européennes sur leurs homologues constitutionnelles dans le débat judiciaire portées par un véritable procès, le contrôle diffus de la conventionalité de la loi offrant au juge ordinaire de nouveaux pouvoirs sur la loi et un terrain de contrôle plus étendu, le risque de condamnation par la Cour européenne éprouvée par des juridictions suprêmes vigilantes, sont autant d'atouts pour la norme conventionnelle justifiant cet attrait appuyé voire exclusif pour celle-ci. L'argument constitutionnel est alors souvent négligé tant par les requérants que par le juge¹⁴. Ce qui fait dire à A. Sauviat-Canin que « le respect récent des termes de la Convention place ces règles d'origine internationale en concurrence avec le respect des

13 V. sur ce point, O. Desaulnay, *op.cit.*, p. 530 et s.

14 Ex. : Civ. 1^{er}, 28 novembre 1984, *Bonnet, Buisson et autres* (2 espèces), *Bull. civ.* I, n° 321 (droit de quitter le territoire national) ; Crim., 20 octobre 1987, *Bull. crim.*, n° 356 (détention provisoire et atteinte à la liberté individuelle) ; Civ. 3^e, 13 juin 2003, *Soc. Arlatex c. Soc. Les Marguerites*, *D.* 2004, p. 367, note C.-M. Benard (liberté d'association issue de l'article 11 de la CEDH).

normes constitutionnelles qui assurent l'autorité du principe de la liberté des individus en matière pénale »¹⁵. Pire, il peut être délibérément effacé par le juge au profit de la seule protection européenne et internationale des droits fondamentaux¹⁶.

Enfin, la Cour de cassation contribue elle-même activement à l'affaiblissement de l'intérêt porté pour l'argument constitutionnel notamment parce qu'elle développe ses propres instruments prétoriens de protection des droits. Différents vecteurs de protections se développent au fil des arrêts sans aucune véritable cohérence d'ensemble permettant de signaler un intérêt particulier pour la source constitutionnelle. La Cour préférera ainsi recourir à un principe jurisprudentiel en lieu et place d'un principe constitutionnel pourtant aisément identifiable¹⁷. La constitutionnalisation de certains de ces principes sous l'effet de la jurisprudence du Conseil constitutionnel semble n'avoir alors qu'un effet limité sur le juge de cassation. De même, la référence à la nature fondamentale d'un droit ou d'une liberté¹⁸ dans les arrêts de la Haute juridiction ne s'accompagne jamais d'une référence à la source constitutionnelle de cette fundamentalité, laissant subsister des doutes quant aux intentions véritables des juges suprêmes. Le détour par la notion d'ordre public dans de nombreuses décisions laisse perplexe l'observateur quant à savoir si cette notion plastique intègre véritablement une dimension constitutionnelle¹⁹.

En définitive, la Constitution ne subit pas particulièrement d'entraves dans son épanouissement en cassation par l'effet de lourdeurs procédurales supplémentaires, pourvu que son invocation dans le litige repose sur de sérieux et solides motifs juridiques et stratégiques propres à convaincre les juges de sa pertinence en comparaison d'autres instruments juridiques dont ils disposent plus couramment. Une fois passé cet obstacle relatif de l'admission du moyen, la constitutionnalité peut alors se réaliser et déployer ses effets, le juge de cassation devenant pour l'occasion juge de la constitutionnalité des actes juridictionnels.

B. La réalisation d'un office judiciaire de la constitutionnalité des actes juridictionnels

Si les hypothèses de réalisation concrète d'un contrôle de constitutionnalité des décisions des juges du fond empruntent une typologie qui ne déroge guère au contentieux de cassation (1), il est remarquable néanmoins que, par ce canal réduit, la Cour de cassation soit conduite à remplir un véritable office de juge constitutionnel dans l'ordre judiciaire (2).

15 A. SAUVIAT-CANIN, *La jurisprudence judiciaire et les décisions du Conseil constitutionnel*, thèse limoges, 1993, p. 179.

16 Ex. : Civ. 1^{er}, 31 janvier 1989, *Bull. civ. I*, n° 47 (oubli de l'article 11 de la DDHC pourtant invoqué au profit du seul article 10 de la CEDH) ; Civ. 2^e, 5 février 1992, *Kahn et autres c. Mitterand*, *D.* 1992, J., p. 442 ; note J.-F. Burgelin (oubli de l'article 11 de la DDHC pourtant invoqué au profit des articles 6 § 1 et 10 de la CEDH non invoqués par le moyen) ; Civ. 1^{er}, 24 février 1998, *Bull. civ. I*, n° 71 ; *JCP* 1998, II, 10175, note Th. Vignal (oubli du principe constitutionnel d'égalité entre époux invoqué dans le moyen au profit de l'article 5 du protocole additionnel n° 7 à la CEDH non invoqué).

17 Ex. : principe « à travail égal, salaire égal » vs le principe constitutionnel d'égalité largement consacré par les textes et la jurisprudence constitutionnelle ; le principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle vs la liberté constitutionnel du travail que la chambre sociale avait pourtant appliqué avec audace ; le principe des droits de la défense vs l'article 9 de la Déclaration des droits ; le principe de dignité de la personne vs son homologue constitutionnel tiré du Préambule de 1946 par le Conseil constitutionnel, etc.

18 Ex. : la liberté fondamentale du mariage pourtant constitutionnalisée expressément par le Conseil constitutionnel ; la liberté d'expression et d'opinion des salariés dans l'entreprise s'effectue sans jamais recourir aux articles 10 et 11 de la DDHC et au Préambule de 1946, etc.

19 N. JACQUINOT, *Ordre public et Constitution*, thèse Aix-en-Provence, 2000.

1. Une typologie du contrôle de constitutionnalité conforme au contentieux de cassation

La position de la Cour de cassation à l'égard de l'étendue du contrôle de constitutionnalité des actes juridictionnels ne révèle aucune particularité par rapport à celle qu'elle adopte de manière générale dans sa fonction de cassation. La constitutionnalité de la décision des juges du fond s'intègre donc au cadre général de la cassation dans lequel l'étendue de la compétence de contrôle de la Cour est de ne pas connaître du fond des affaires, sauf disposition législative contraire²⁰. Le fait de statuer uniquement en tant que Cour régulatrice du droit, donne à la Cour de cassation une mission institutionnelle de veiller à la bonne application de la règle de droit, à laquelle elle intègre le contrôle de sa correcte interprétation. Entendu ainsi, « le contrôle large, que la Cour de cassation assure à l'égard des sources de droit majeures [...], et qui est un contrôle normal, constituant le droit commun de la cassation, s'exerce toujours en effet à partir des constatations de fait souveraines des juges du fond, sur lesquelles le juge de cassation n'a de prise que par son contrôle minimum de la motivation. Ce contrôle large ne porte donc que sur des motifs de droit »²¹.

Selon ce cadre général, le juge de cassation peut se porter vers le droit constitutionnel en suivant la voie du contrôle restreint des motifs de fait. Il s'agit alors pour la Cour de sanctionner l'insuffisance dans les constatations des faits qui sont nécessaires pour statuer sur le droit, laquelle est constitutive d'un défaut de base légale. Autrement dit, chaque fois que la Cour de cassation se trouve en présence de constatations de fait incomplètes ou imprécises, qui la mettent dans l'impossibilité d'exercer pleinement son contrôle de la qualification des faits ou de l'application de la règle de droit, la censure pour défaut de base légale s'impose.

Il arrive parfois que les requérants aient à cœur de faire sanctionner par la cassation de l'arrêt la violation de la Constitution lorsqu'elle tire son origine d'une constatation incomplète des faits. Cela se manifeste essentiellement lorsque le juge d'appel a omis de procéder à une appréciation d'ensemble des éléments de preuve ou de faits constatés. C'est donc le raisonnement incomplet ou inachevé des juges du fond qui constitue alors l'inconstitutionnalité de leur motivation.

Ce raisonnement s'observe avec une certaine acuité dans des pourvois qui invoquent le droit constitutionnel de grève à l'occasion de conflits collectifs de travail ayant entraîné le *lock out* de l'entreprise. Il est alors reproché à la Cour d'appel une prise en considération insuffisante de l'ensemble des éléments de fait²² propres à caractériser l'exercice abusif du droit de grève (ex. : grève perlée) et le cas de force majeure consécutif, justifiant la fermeture de l'entreprise pour réorganisation de la production.

20 Art. L. 111-2 du Code de l'organisation judiciaire, reprenant l'art. 3 du décret des 27 novembre et 1^{er} décembre 1790.

21 L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, Dalloz, 1997, n° 996.

22 Ex. : Soc. 2 février 1966, *Société « bois africains contreplaques » c. Parrens Président*, Bull.civ. V, n° 137 ; Soc. 9 novembre 1978, Bull. civ. V, n° 754 ; plus récemment : Soc., 30 juin 2015, req. n° 14-10764 (insuffisante caractérisation d'une désorganisation complète de l'entreprise constitutif d'un abus du droit de grève ; violation de l'alinéa 7 du Préambule de 1946) ; Soc., 25 juin 2015, req. n° 14-10217 : viole le droit constitutionnel à la santé et au repos, en privant sa décision de base légale, le juge d'appel qui rejette la demande du salarié au titre des heures

Une série d'arrêts récents²³ intervenus dans le domaine de la rétention administrative éclairent également cette hypothèse où la violation de la Constitution est dérivée en quelque sorte d'une appréciation insuffisante des faits par les juges du fond. La Cour de cassation rappelle avec force aux juges des libertés qu'ils ne doivent pas omettre d'effectuer les constatations de faits propres à caractériser l'une des conditions d'application de la loi sous peine de priver leur décision de base légale et de contrevenir aux pouvoirs qu'ils détiennent en tant que gardiens de la liberté individuelle en vertu de l'article 66 de la Constitution. Ainsi, la Cour de cassation veille à ce que les juges du fond exercent en totalité leur pouvoir souverain d'appréciation des faits afin qu'ils s'assurent pleinement que les conditions matérielles de placement en rétention de l'étranger sont conformes aux exigences légales qui garantissent le respect de leur liberté individuelle constitutionnellement reconnue. En l'espèce, il s'agit de s'assurer que le juge des libertés a bien contrôlé non seulement que l'information sur les droits a bien été donnée à l'étranger, mais également que ce dernier a été mis en mesure d'exercer effectivement les droits qui lui sont reconnus. De la sorte, la haute juridiction sanctionne les juges du fond pour ne pas avoir pleinement exercé leur pouvoir de contrôle sur les conditions légales de placement en rétention de l'étranger ce qui, indirectement, lui permet de relever une violation des exigences constitutionnelles tirées de l'article 66.

Le contrôle de constitutionnalité s'exprime davantage avec éclat devant la Cour de cassation lorsque celle-ci empreinte la voie du contrôle étendu des motifs de droit. Le champ d'application des principes constitutionnels, leur sens ou leurs implications les plus concrètes peuvent être alors au cœur du débat en cassation. Il s'agit essentiellement pour la Cour de sanctionner une violation de la loi (constitutionnelle) soit pour fausse application ou refus d'application, soit pour fausse interprétation.

Dans un premier temps, les juges du fond ont opéré une nécessaire qualification juridique des faits versés au débat afin de déterminer le ou les règles juridiques applicables au litige parmi lesquelles se trouvent parfois des règles constitutionnelles. L'interruption du travail constatée dans l'entreprise s'analyse-t-elle en une grève constitutionnellement garantie par l'alinéa 7 du Préambule de 1946²⁴ ? Les propos tenus par un député au téléphone lors d'une émission de radio entrent-ils dans la catégorie des actes en lien direct avec l'exercice de ses fonctions qui bénéficient d'une immunité de fond en vertu de l'article 26 de la Constitution²⁵ ? L'interpellation²⁶ de l'étranger placé en rétention administrative ou sa garde à vue²⁷ sont-elles constitutives d'atteintes à la liberté individuelle dont l'autorité judiciaire est la gardienne en vertu de l'article 66 de la Constitution ? Les juges d'instruction peuvent-ils entendre le Président de la République en tant que témoin assisté dans le cadre de

supplémentaires « sans vérifier, ainsi qu'elle y était invitée, les conditions de mise en œuvre de l'accord collectif prévoyant le recours au forfait en jour ».

23 Civ. 1^{re}, 31 janvier 2006, *X c. préfet de police de Paris* (7 espèces), *Bull. civ. I*, n° 45.

24 Soc., 15 janvier 1991, *Conseil départemental de l'Ordre des médecins c. Layet*, *Bull. civ. IV*, n° 19 ; LPA 5 juin 1991, n° 67, p. 21, note B. Mathieu (cassation pour fausse application du droit constitutionnel de grève au motif qu'il n'y avait pas grève dans les faits).

25 Crim, 7 mars 1988, *Forni*, *Bull. crim.*, n° 113 ; *JCP* 1988, II, 21133, W. Jeandidier.

26 Civ. 2^e, 28 juin 1995, *Préfet de la Haute-Garonne c. Bechta*, *Bull. civ. II*, n° 221 ; *JCP* 1995, II, 22504, concl. J. Saint-Rose ; Civ. 2^e, 22 mai 1996, *Onder c. préfet de police de Paris*, *Bull. civ. II*, n° 101 ; Civ. 2^e, 11 juin 1997, *préfet de police de Paris c. Sabeur*, *Bull. civ. II*, n° 175.

27 Civ. 2^e, 28 juin 1995, *Mpinga c. préfet de police du Calvados*, *Bull. civ. II*, n° 212.

poursuites pénales²⁸ ? Les exemples ne manquent pas dans la jurisprudence de la Cour de cassation dans lesquels la question de la constitutionnalité du jugement porte en partie ou en totalité sur la qualification juridique des faits qui préside à l'invocation de la norme constitutionnelle. Autrement dit, il s'agit le plus souvent pour le juge de cassation de contrôler si les juges du fond ont correctement circonscrit le champ d'application de la norme constitutionnelle en opérant une juste qualification juridique des faits de l'espèce.

Dès lors, le contrôle de cette opération de qualification est alors décisif tant elle conditionne l'épanouissement des exigences constitutionnelles dans le procès judiciaire et signale à l'adresse de tous les juges du fond les hypothèses pertinentes dans lesquelles il est nécessaire de recourir à l'argument constitutionnel. Une appréciation juridique erronée des faits scelle le sort des exigences constitutionnelles dans le procès judiciaire. Selon les cas, la Constitution aura été omise ou volontairement écartée par les juges sans que cette non-application soit commandée par une juste justification. En sens inverse, mais dans le même ordre d'idée, les juges auront pu décider de mobiliser la norme constitutionnelle à tort à une situation de fait qui ne le justifiait pas. Ainsi, la violation de la Constitution par la décision attaquée pourra être relevée par la Cour de cassation soit, dans le premier cas, pour refus d'application, soit, dans le second cas, pour fausse application. Dans les deux cas, la Cour devra déterminer indirectement, mais nécessairement, le champ d'intervention exact à donner à la norme constitutionnelle.

Dans un deuxième temps, la Cour de cassation peut orienter son contrôle plus directement sur le sens et la portée qui ont été donnés aux règles et principes constitutionnels invoqués dans les motifs des juges du fond, déterminant le sens de leur décision. Les premiers juges auront pu commettre une erreur dans l'appréciation de la signification et de la portée concrète de la disposition constitutionnelle. Cette fausse interprétation, constitutive d'une violation de la Constitution, encourra la sanction de la Cour de cassation qui la jugera manifestement non-conforme au sens réel du texte ou du principe constitutionnel qu'elle entend adopter.

La jurisprudence de la Cour de cassation révèle quelques cas dans lesquels la Cour contrôle et, le cas échéant, sanctionne par la cassation une interprétation constitutionnelle erronée des juges du fond. C'est sans doute lorsque l'étendue de la compétence de la juridiction judiciaire est en jeu que l'on constate les plus belles manifestations de l'emprise interprétative de la Cour régulatrice sur le fondement de la Constitution.

Est-il nécessaire de rappeler la jurisprudence qui s'est établie au fil des arrêts, sur le fondement l'article 66 de la Constitution, dans le sens d'une résurgence²⁹ puis d'une extension³⁰ du contrôle judiciaire sur la procédure de rétention administrative d'un étranger ? À l'inverse, dans le sens d'une

28 Ass. plén., 10 octobre 2001, *Breisacher*, *Bull. civ. A.P.*, n° 11.

29 Civ. 2^e, 28 juin 1995, *Préfet de la Haute-Garonne c. Bechta*, *arrêt précit.* Depuis près de vingt ans en effet, la Cour de cassation n'a de cesse de rappeler aux juridictions du fond qui omettent l'ampleur de leur compétence en matière de rétention administrative « qu'en vertu de l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958 et 136 du Code de procédure pénale, il appartient au juge [...] de se prononcer comme gardien de la liberté individuelle sur les irrégularités attentatoires à cette liberté invoquées par l'étranger ».

30 Civ. 1^{er}, 31 janvier 2006, *X c. préfet de police de Paris (7 espèces)*, *Bull. civ. I*, n° 45.

limitation de la compétence judiciaire, il est permis de citer la cassation de plusieurs ordonnances de référé civil par l'Assemblée plénière³¹ au visa unique de l'article 59 de la Constitution selon lequel « le Conseil constitutionnel statue en cas de contestation sur la régularité de l'élection des députés et des sénateurs ». Il était alors reproché au juge civil de s'être à tort considéré compétent pour connaître de litiges relatifs aux documents électoraux sans tenir compte de la compétence en la matière du Conseil constitutionnel. De même, le juge civil de l'urgence est-il compétent pour ordonner en référé la réquisition de salariés grévistes pour prévenir un « dommage imminent » au sens de l'article 809 du Code de procédure civile sans contrevenir au droit constitutionnel de grève³² ?

Sur ce point précis de la compétence juridictionnelle de l'autorité judiciaire, c'est sans doute l'arrêt de l'Assemblée plénière *Breisacher*³³ dans le domaine de la responsabilité pénale du Chef de l'État qui a révélé avec éclat la fonction de contrôle de l'interprétation de la Constitution que la Cour de cassation est capable d'endosser. Au-delà de la fausse application de l'article 68 de la Constitution qu'elle relève³⁴, la Cour de cassation reproche en effet aux premiers juges d'avoir retenu un sens inexact de cette disposition, profitant de cette occasion pour dicter son interprétation souveraine. Pour statuer sur le sens à donner à l'article 68, les juges du fond avaient considéré qu'ils étaient placés en vertu de l'article 62 de la Constitution dans l'obligation de se référer au considérant n° 16 de la décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999³⁵ du Conseil constitutionnel. La Cour de cassation précise, en sens contraire, que le juge judiciaire n'était pas tenu, en vertu de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel (art. 62), attachée non seulement au dispositif, mais encore aux motifs qui en sont le soutien nécessaire, de suivre l'interprétation émise par le Conseil constitutionnel, celle-ci n'étant portée que par un simple *obiter dictum*. Par voie de conséquence, les juges du fond s'étaient déclarés incompétents pour entendre le Président de la République en tant que témoin assisté dans le cadre de poursuites pénales contre X. Leur refus s'appuyait précisément sur le privilège de juridiction constitué par la compétence de la Haute Cour de justice sur les actes du Président en fonction que semblait conférer l'article 68, au dire du Conseil constitutionnel dans le considérant n° 16 de sa décision de 1999. Cette lecture de l'article 68, appliqué à tort à la situation de fait, est en définitive écartée explicitement pour fausse interprétation par l'Assemblée plénière au profit de sa propre lecture bien plus constructive : le maintien de la compétence des juridictions pénales pour tous les actes détachables et antérieurs à l'exercice de la fonction présidentielle, moyennant une suspension de la prescription de l'action publique durant l'exercice du mandat.

Enfin, en troisième lieu et dans le prolongement de l'hypothèse précédente, la Cour de cassation peut étendre son contrôle sur les conséquences les plus concrètes que les juges du fond ont pu tirer de l'application des exigences constitutionnelles. Sans contrevenir directement à la substance

31 Ass. plén., 8 mars 1996, *Lalonde c. Mme Kerckel et autres (1^{re} espèce) et Landouch et autres c. Perrier et autres (2^e espèce)*, Bull. civ. A.P., n° 1 et 2 ; RFDC 1996, n° 25, p. 152, rapp. J.-P. Dorly ; D. 1996, p. 373, note R. Ghevontian ; JCP 1996, II, 22621, note E. du Rusquee.

32 Soc., 25 février 2003, *CFDT Santé Sociaux de la Haute-Garonne c. Association MAPAD de la Cépière*, Bull. civ. V, n° 62 ; DS 2003, p. 621, note Ch. Radé, « le juge des référés et la réquisition des grévistes ».

33 Arrêt précit.

34 Cf. *supra*. La fausse application de l'article 68 de la Constitution est en réalité le résultat d'une fausse interprétation des termes de cette disposition.

35 Décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, *Traité portant statut de la Cour pénale internationale*.

de ces dernières, les juges ont pu omettre d'en tirer toutes les implications utiles pour le litige. L'inconstitutionnalité est plus indirecte, car elle porte davantage sur la portée concrète qu'il convient de donner aux exigences constitutionnelles. La violation de la Constitution relevée par la Cour est alors précisément constituée par les déductions erronées ou insuffisantes opérées par les juges du fond sur la base de constatations de fait complètes.

Il en est ainsi, lorsque la chambre sociale reproche au juge d'appel, sur le fondement du sixième alinéa du Préambule de 1946 (liberté syndicale), de ne pas avoir tiré de la constatation de la nullité absolue du licenciement discriminatoire d'un salarié protégé que ce dernier « [...] a droit au paiement d'une indemnité égale au montant de la rémunération qu'il aurait dû percevoir entre son éviction de l'entreprise et sa réintégration, peu important qu'il ait ou non reçu des salaires ou un revenu de remplacement pendant cette période »³⁶.

Dans le même ordre d'idée, la chambre sociale a modifié sa jurisprudence sur les conventions de forfait jour lorsque l'employeur n'en a pas respecté le contenu. Auparavant, elle considérait que le salarié lésé était en droit d'obtenir des dommages et intérêts, sans remettre en cause la validité de la convention ou son efficacité³⁷. Désormais, au visa inédit du « droit à la santé et au repos qui est au nombre des exigences constitutionnelles » issues de l'alinéa 11 du Préambule de 1946³⁸, la Cour impose aux juges du fond qu'ils déduisent de la constatation des manquements de l'employeur à ses obligations légales de suivi et de contrôle de l'exécution d'une convention de forfait jour que celle-ci « était privée d'effet et que le salarié pouvait prétendre au paiement d'heures supplémentaires dont elle devait vérifier l'existence et le nombre »³⁹.

Il ressort de ce morceau choisi d'hypothèses de contrôle que le juge de cassation, en embrassant tout le prisme des motifs de fait et de droit retenus par les juges du fond, est parfaitement en capacité d'apprécier pleinement si les exigences constitutionnelles ont été effectivement respectées, convenablement appliquées et correctement entendues par les tribunaux inférieurs. Un office complet de juge de la constitutionnalité se dessine alors au fil des arrêts.

2. *L'office d'un juge de la constitutionnalité*

Il est particulièrement remarquable que par l'exercice d'un contrôle complet de la motivation des juges du fond, la Haute juridiction judiciaire soit en capacité de revêtir les habits d'un authentique juge de la constitutionnalité, alors même que son office juridictionnel n'a pas été pensé à l'origine pour remplir une telle fonction.

36 Soc., 9 juillet 2014, *Bull. civ. V*, n° 146 ; Soc., 25 novembre 2015, req. n° 14-20527.

37 Soc., 13 janvier 2010, *Bull. civ. V*, n° 14.

38 Il n'était pas évident que cette disposition du Préambule de 1946 trouve un jour à s'appliquer concrètement dans un contentieux civil. La Cour de cassation a sans doute été sensible à la voie empruntée par le Conseil constitutionnel lors de l'examen de la constitutionnalité de la loi en faveur des PME qui avait étendu le forfait jour à des salariés non cadres. L'extension avait été validée par le Conseil « sous réserve de ne pas priver de garanties légales les exigences constitutionnelles relatives au droit à la santé et au droit au repos de ces salariés résultant du Préambule de 1946 » (Cons. cons., n° 2005-523 DC, 29 juillet 2005, *Loi en faveur des PME*, cons. 6).

39 Soc., 29 juin 2011, *Bull. civ. V*, n° 181 ; Soc., 17 décembre 2014, *Bull. civ. V*, n° 301.

Tout d'abord, son statut de cour suprême au sommet d'un ordre judiciaire hiérarchisé la place dans la situation exceptionnelle de pouvoir remettre en cause de manière définitive les décisions de justice inférieures contrevenant au droit constitutionnel avec une autorité juridique complète. La cassation, avec ou sans renvoi, offre aux exigences constitutionnelles une protection efficace dans la mesure où la résistance des juges inférieurs se solde en définitive toujours par une soumission à la position de la juridiction suprême. Il est d'ailleurs remarquable que, sur ce point, les quelques arrêts ayant été rendus en Assemblée plénière ne l'aient été qu'au regard de l'importance de la question posée et non en réaction à la résistance de la Cour d'appel de renvoi à la première décision de cassation rendue. Tout au plus, la convocation d'une Assemblée plénière voire d'une Chambre mixte se justifie pour se prémunir d'une telle résistance alors que les juridictions inférieures se sont divisées sur l'interprétation à donner aux textes constitutionnels. La volonté de la Cour d'imposer de manière uniforme et rapide sa solution est alors évidente.

Bénéficiant des moyens juridictionnels lui permettant d'imposer sa jurisprudence en matière constitutionnelle, la Cour de cassation est en situation d'assurer l'unité et la primauté de l'ordre constitutionnel dans l'ensemble des branches du droit privé. Au travers du contrôle étendu des motifs de droit retenus par les juges du fond, la Cour de cassation façonne les notions clefs du droit constitutionnel ainsi que le sens et la portée des exigences constitutionnelles qu'elle diffuse ensuite par ses arrêts dans l'ensemble de l'ordre judiciaire privé. Certes, elle doit composer avec la jurisprudence du Conseil constitutionnel dans un esprit de coopération loyale à l'endroit de la constitutionnalité qu'elles ont en partage. Sur ce point précis, il convient d'insister sur la rareté des hypothèses de divergences de jurisprudence, les deux juridictions pratiquant depuis longtemps l'influence réciproque quant à la définition du droit constitutionnel et à l'intensité des exigences qui en découlent. Si ce phénomène s'établit le plus souvent dans le silence des arrêts de la Cour, une observation plus poussée et comparative des jurisprudences judiciaire et constitutionnelle permet néanmoins de conclure à l'existence ancienne d'un véritable dialogue entre les deux juges, dominé par le souci d'une sincère coopération.

Mais, ceci étant dit, la Cour bénéficie avec l'assise de la cassation d'un véritable dernier mot dans l'ordre judiciaire sur le sens du texte constitutionnel. Si la Cour de cassation remplit par la voie de la cassation une fonction essentielle de garantie des droits constitutionnels contre les décisions des juges du fond, en revanche, ses décisions ne sont pas assujetties, à leur tour, à un contrôle direct quelconque de constitutionnalité. Il n'est aucun juge spécial, pas même le Conseil constitutionnel par la voie de la QPC⁴⁰, qui puisse remettre en cause une décision de la Cour de cassation en matière constitutionnelle.

40 Le Conseil constitutionnel ne peut être saisi par la voie de la QPC que d'une disposition constitutionnelle voire de l'interprétation de cette disposition régulièrement retenue par les juridictions judiciaires. En aucun cas, il ne s'agit de remettre en cause une décision de la Cour de cassation.

Ainsi confortée dans son rôle d'interprète suprême (interprète authentique), la Cour de cassation ne se contente pas de délivrer ou non un brevet de conformité à la Constitution aux actes juridictionnels dont elle est saisie par la voie du pourvoi en cassation. Elle poursuit au-delà une fonction de relais juridictionnels soutenant la diffusion des exigences constitutionnelles jusque dans les relations de droit privé. Ces dernières se trouvent alors exposées indirectement aux contraintes tirées de la Constitution. Ainsi, à titre d'exemple, la clause de non-concurrence insérée dans le contrat de travail⁴¹, le licenciement d'un salarié gréviste⁴², la subvention d'un syndicat représentatif par un employeur⁴³ ou encore l'exécution concrète par l'employeur d'une convention de forfait jour⁴⁴ sont des pratiques désormais encadrées par un réseau d'obligations issues directement de l'interprétation de principes constitutionnels effectuée au sein des arrêts de cassation. Autrement dit, la Cour participe activement à la constitutionnalisation de l'ordre juridique privé, c'est-à-dire à la primauté et à la diffusion des exigences constitutionnelles dans les relations interpersonnelles. En assumant son obligation de protection des droits fondamentaux constitutionnels, lorsque les juges du fond ont été défailants sur ce point, le juge judiciaire suprême en censurant leurs décisions offre un effet horizontal certain à ces droits⁴⁵, sans être embarrassé nullement par la question de l'application de la Constitution aux relations privées.

En définitive, de ce rapide aperçu des manifestations de la constitutionnalité dans le contentieux de cassation, le doute n'est plus permis à l'égard des réelles et importantes capacités que détient la Cour de cassation pour mener à bien une mission de contrôle de la conformité à la Constitution des actes juridictionnels. Pourvu que l'argument constitutionnel soit convoqué dans le débat judiciaire et le contrôle de cassation révèle alors toutes ses potentialités protectrices par l'étendue large de son emprise sur la motivation des juges du fond et l'autorité incontestable sur l'ensemble de l'ordre privé qui s'attache aux décisions de la Cour. La Haute juridiction n'est donc pas un juge de la constitutionnalité par accident, dépendante de l'ingéniosité des pourvois. Elle l'est en revanche par intermittence, demeurant dans une position d'entre-deux, volontiers intéressée mais distante.

Le regard porté à la constitutionnalité par la Cour pourrait-il, voire devrait-il, être plus appuyé et plus régulier lorsque cela s'avère nécessaire ? La question mérite d'être posée dans le contexte renouvelé de la réforme de la QPC dans lequel s'insère désormais cette part judiciaire du contentieux constitutionnel.

41 Soc., 19 novembre 1996, *Martinez c. Auto Service 34*, Bull. civ. IV, n° 392 (encadrement strict de la clause de non concurrence pour protéger la liberté constitutionnelle du travail).

42 Soc., 28 juin 1951, *Société d'impression sur étoffes du Grand Lemps c. Geoffroy et Maïseries de la Méditerranée c. Dame Roth*, DS 1951, p. 532 (la consécration du droit constitutionnel de grève par l'alinéa 7 du Préambule de 1946 est incompatible avec la rupture du contrat de travail pour fait de grève).

43 Soc., 29 mai 2001, *Union des syndicats CGT-Cégélec*, Bull. civ. V, n° 185 (principe constitutionnel d'égalité en matière syndicale).

44 Cf. *supra*, note 36.

45 V. sur ce point D. RIBES, *L'État protecteur des droits fondamentaux. Recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées*, Thèse Aix-En-Provence, 2005 ; O. DESAULNAY, *op. cit.*, p. 129 et s.

II. Des potentialités renouvelées dans le contexte d'un renforcement de la protection des droits fondamentaux

Après plus de six années de mise en œuvre, la question prioritaire de constitutionnalité a-t-elle incité la Cour de cassation à puiser dans la Constitution toutes ses potentialités pour censurer un jugement non conforme aux règles de droit, en particulier à la Constitution, au sens de l'article 604 du code de procédure civile, ou rendu en violation de la loi au sens des articles 591 et suivants du code de procédure pénale ?

Force est de constater qu'à la lecture des arrêts rendus depuis l'entrée en vigueur de la QPC le 1^{er} mars 2010, aucun changement fondamental n'est apparu dans la manière dont la Cour de cassation examine les pourvois en cassation à l'occasion desquels une atteinte à la Constitution est invoquée(I).

Toutefois, certains signes d'évolution ne doivent pas être négligés parmi lesquels figurent les réflexions menées actuellement au sein de la Cour de cassation sur son office qui offrent un terrain, que la QPC a contribué à préparer, favorable au déploiement d'un contrôle de constitutionnalité (II).

A. Une application encore marginale de la Constitution malgré la procédure QPC

Malgré l'entrée en vigueur de la procédure QPC, l'utilisation de la Constitution par la Cour de cassation reste encore aujourd'hui marginale. La manière dont la Cour de cassation appréhende la Constitution n'a pas été bouleversée. C'est que la QPC s'inscrit dans un ordonnancement institutionnel et juridictionnel préservant le monopole du contrôle objectif de la conformité de la loi à la Constitution au Conseil constitutionnel (1) et celui de garant ordinaire de l'application des normes conventionnelles à la Cour de cassation(2). Cependant, petit à petit, la QPC contribue à renforcer, au sein de la Cour de cassation, une culture constitutionnelle propice au déploiement d'un contrôle de constitutionnalité (3).

1. Un cadre strict d'application de la Constitution renforcé par la procédure autonome de la QPC

Après l'entrée en vigueur de la QPC, à plusieurs reprises, le Conseil constitutionnel a rappelé que le contrôle de la conformité de la loi à la Constitution lui incombe et que le contrôle de la conventionnalité relève de la compétence des juridictions judiciaires et administratives⁴⁶.

Cette répartition des compétences amène alors la Cour de cassation à appliquer la Constitution dans ce cadre strict des articles 61-1 et 62 de la Constitution.

⁴⁶ Cons. cons., n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, *Loi organique sur l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, cons. 14 ; Cons. cons., n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, cons. 11 et 12 ; Cons. cons., n° 2014-439 QPC du 23 janvier 2015, cons. 7.

D'une part, en vertu de l'article 61-1 de la Constitution et des articles 23-1 et suivants de l'ordonnance du 7 novembre 1958, la QPC fait l'objet, par la Cour de cassation, d'un traitement autonome et porte sur un contentieux objectif, abstrait de la norme étranger à l'office de la Cour chargée de contrôler la conformité aux règles de droit d'un jugement tranchant un litige entre justiciables. De ce point de vue, la QPC présente peu d'influence sur le traitement des pourvois.

Ainsi, lorsque les requérants posent une QPC incidente à un pourvoi en cassation, ils réservent un moyen (ou une branche du moyen) de leur pourvoi pris de l'abrogation à intervenir de la disposition législative critiquée. Si la QPC n'est finalement pas transmise au Conseil constitutionnel ou si elle a été jugée irrecevable, soit, lors de l'examen du pourvoi, la Cour répond par exemple « que le moyen tiré de l'abrogation de la loi manque par le fait même qui lui sert de base »⁴⁷, soit le plus souvent elle ne reprend tout simplement plus le moyen (ou la branche du moyen) d'inconstitutionnalité⁴⁸. Ou alors, lorsque le Conseil constitutionnel, saisi de la QPC, a déclaré les dispositions législatives litigieuses conformes à la Constitution, la Cour conclut, au moment de l'examen du pourvoi, que le moyen est devenu sans objet⁴⁹.

En dehors de l'hypothèse de QPC incidentes à un pourvoi, il arrive qu'un moyen ait pour objet de déclarer la disposition législative appliquée dans le litige contraire à la Constitution. Pour la Cour de cassation, ce moyen est tout simplement irrecevable⁵⁰, ou encore elle répond classiquement qu'« il ne lui appartient pas d'apprécier la constitutionnalité » de la loi⁵¹ ou que le moyen « ne répond pas aux exigences de l'article 978 du code de procédure civile »⁵².

D'autre part, la Cour de cassation fait une application stricte de l'article 62 de la Constitution en vertu duquel les décisions du Conseil constitutionnel s'imposent à elle.

Certes, nombreux sont désormais les arrêts tenant compte des décisions rendues par le Conseil constitutionnel en matière de QPC⁵³. Ainsi, le moyen tiré de l'abrogation d'une disposition législative par le Conseil constitutionnel est de pur droit et est soulevé d'office même si les moyens de cassation reposaient sur la violation de la CEDH⁵⁴.

La Cour prend en compte, bien entendu, l'effet différé de l'abrogation d'une disposition législative par une décision du Conseil constitutionnel⁵⁵ ou les réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel⁵⁶. Par exemple, la réserve d'interprétation figurant dans la décision du Conseil constitutionnel

47 Com., 1^{er} mars 2011, n° 09-72.655, *Bull. civ. IV*, n° 29.

48 Com., 16 avril 2013, n° 10-14.881, *Bull. civ. IV*, n° 64.

49 Crim., 12 octobre 2011, n° 10-84.492, *Bull. crim.*, n° 209.

50 Crim., 18 janvier 2011, n° 10-84.980, *Bull. crim.*, n° 8.

51 Par exemple 3^e Civ., 11 mars 2015, n° 13-24.133, *Bull. civ. III*, n° 32.

52 Com., 26 octobre 2010, n° 09-15.044, *Bull. civ. IV*, n° 160.

53 Une trentaine par les chambres civiles (notamment la deuxième) et une quinzaine par la chambre criminelle, entre le 1^{er} mars 2010 et le 20 octobre 2016, à partir de la consultation de la base de données *Jurinet* des arrêts rendus hors QPC et des mots clés suivants : « déclaration des droits de l'homme », « préambule de la Constitution », « 66 de la Constitution », « constitutionnel ».

54 Par exemple 2^e Civ., 13 avril 2013, n° 12-19.065 ; Soc., 28 mai 2014, n° 12-21.977, *Bull. civ. V*, n° 130 ; Crim., 23 novembre 2011, n° 11-85.053 ; Crim., 20 mai 2015, n° 13-83.489, *Bull. crim.*, n° 117.

55 3^e Civ., 29 mai 2013, n° 12-12.000, *Bull. civ. III*, n° 68 ; Crim., 18 février 2015, n° 14-82.019, *Bull. crim.*, n° 30.

56 1^{re} Civ. 28 mai 2014 n° 13-15.760, *Bull. 2014, I*, n° 95 ; 1^{re} Civ., 5 novembre 2014, n° 13-22.740 ; Com., 3 mars 2015, n° 13-27.525, *Bull. civ. IV*, n° 42.

n° 2010-8 QPC du 18 juin 2010 sur le contentieux relatif à l'indemnisation des victimes d'une faute inexcusable de l'employeur a donné lieu à un contentieux important de la deuxième chambre civile⁵⁷.

Cependant, la Cour de cassation n'accorde de manière générale aux décisions du Conseil constitutionnel que l'autorité de la chose jugée à la disposition législative examinée et n'étend pas ses effets à des dispositions matériellement similaires⁵⁸. Si elle a reconnu un certain effet dit « horizontal » aux décisions du Conseil constitutionnel, c'est toujours à l'occasion de l'examen de QPC⁵⁹ et plus rarement à l'occasion d'un pourvoi en cassation⁶⁰. La Cour confirme ainsi son rejet d'une conception matérielle de l'autorité de chose jugée constitutionnelle consistant à étendre celle-ci au-delà de la disposition législative contrôlée par le Conseil constitutionnel pour établir ces effets à l'égard de dispositions législatives dont l'objet est substantiellement analogue⁶¹.

On le voit, la QPC et le pourvoi en cassation restent cloisonnés dans des zones étanches. La QPC, au même titre par exemple que les demandes d'avis, les recours en révision des affaires pénales, la procédure de récusation, n'est qu'une procédure particulière, confiée à la Cour, indépendante du pourvoi en cassation. Et, comparées aux 30 000 pourvois environ examinés chaque année par la Cour de cassation, les 280 QPC examinées en moyenne annuellement pèsent nécessairement peu sur l'activité des magistrats de la Cour.

Les statistiques confirment le peu d'influence de la QPC dans le contentieux ordinaire des pourvois en cassation. Finalement, entre le 1^{er} mars 2010 et le 20 octobre 2016, seule une trentaine de cassations ont été prononcées au visa d'un texte constitutionnel⁶². L'on peut s'étonner que la violation de l'article 66 de la Constitution, abondamment soutenue dans les QPC, n'ait été, durant cette période, invoquée qu'à l'appui d'une trentaine de pourvois devant la chambre criminelle, d'autant plus que celle-ci n'a pas expressément examiné ce moyen à l'inverse des moyens d'illégalité ou d'inconventionnalité souvent simultanément invoqués. Dans le même ordre d'idées, très peu de pourvois devant la chambre criminelle reposent sur les moyens tirés d'une atteinte aux principes de légalité et de présomption d'innocence garantis aux articles 8 et 9 de la Déclaration de 1789⁶³. Enfin, les moyens d'inconstitutionnalité sont également rarement explicitement rejetés⁶⁴. Les rejets des

57 Par exemple, 2^e Civ., 30 juin 2011 n° 10-19.475, *Bull. civ.*, II, n° 148 ; 2^e civ., 22 septembre 2011, n° 09-15.756, *Bull. civ.*, II, n° 171 ; 2^e Civ., 4 avril 2012, n° 11-18.014, *Bull. civ.*, II, n° 67 ; 2^e civ., 4 avril 2012, n° 11-10.308, *Bull. civ.*, II, n° 68 ; 2^e civ., 4 avril 2012, n° 11-14.311 et 11-14.594, *Bull. civ.*, II, n° 67 ; 2^e civ., 4 avril 2012, n° 11-15.393, *Bull. civ.*, II, n° 67 ; 2^e Civ., 4 avril 2012, n° 11-12.299, *Bull. civ.*, II, n° 67 ; 2^e civ., 28 juin 2012, n° 11-16.120, *Bull. civ.*, II, n° 127 ; 2^e Civ., 8 novembre 2012, n° 11-23.516 et 11-23.524, *Bull. civ.*, II, n° 182 ; 2^e Civ., 20 juin 2013, n° 12-21.548, *Bull. civ.*, II, n° 127 ; 2^e Civ., 19 septembre 2013, n° 12_18.074, *Bull. civ.*, II, n° 170.

58 Com., 11 avril 2012, n° 10-25.570, *Bull. civ.* IV, n° 81 et Com., 11 avril 2012, n° 10-27.235, *Bull. civ.* IV, n° 79 au regard de Cons. cons., n° 2011-212 QPC du 19 janvier 2012, abrogeant l'article L. 624-6 du code de commerce.

59 1^{re} Civ., 26 juin 2013, QPC n° 13-40.027 ; 2^e Civ., 17 février 2011, QPC n° 10-40.060 où, pour refuser de renvoyer une QPC, la Cour a constaté que le Conseil constitutionnel avait jugé une disposition similaire conforme à la Constitution ; 3^e Civ., 4 décembre 2013, QPC n° 13-40.056, *Bull. civ.* III, n° 155.

60 Voir *infra* note 70.

61 Voir O. DESAULNAY, *op. cit.*, p. 675-685.

62 Essentiellement une trentaine d'arrêts rendus par la chambre sociale et 2 arrêts rendus par la chambre criminelle, à partir de la consultation de la base de données *Jurinet* des arrêts rendus hors QPC et des mots clés suivants : « déclaration des droits de l'homme », « préambule de la Constitution », « 66 de la Constitution », « constitutionnel ».

63 La chambre criminelle rappelle en effet l'appréciation souveraine des juges du fond (Crim., 16 décembre 2015, n° 14-85.667, *Bull. crim.*, n° 312 ; Crim., 16 février 2016, n° 15-82.402, *Bull. crim.*, n° 50). Voir tout de même une cassation par Crim., 26 février 2014, n° 13-87.888, *Bull. crim.*, n° 60.

64 Une dizaine d'arrêts rendus par les chambres civiles (surtout la chambre sociale) ont été répertoriés et 4 par la chambre criminelle entre le 1^{er} mars 2010 et le 20 octobre 2016, à partir de la consultation de la base de données *Jurinet* des arrêts rendus hors QPC à partir des mots

pourvois sont toujours le plus souvent fondés sur une bonne application de la loi, du droit européen ou international. Malgré la QPC, l'instrument constitutionnel continue donc de souffrir d'un déficit de compétitivité.

2. *Le moyen d'inconstitutionnalité fortement concurrencé par le moyen d'inconventionnalité*

L'office de la Cour de cassation étant ainsi strictement encadré, l'introduction de la QPC n'a pas entraîné de déclin du contrôle de conventionnalité, bien au contraire⁶⁵.

Par exemple, une fois que le moyen d'inconstitutionnalité, présenté sous la forme d'une QPC, n'a pas abouti à l'abrogation de la loi, le moyen d'inconventionnalité⁶⁶, très souvent invoqué simultanément, est tout naturellement examiné à l'occasion du pourvoi⁶⁷, voire, compte-tenu de son effet utile, est soulevé d'office⁶⁸.

De même, lorsqu'un requérant invoque au soutien de son pourvoi à la fois des moyens d'inconventionnalité⁶⁹ et d'inconstitutionnalité de la loi, le plus fréquemment la Cour de cassation continue à écarter le moyen d'inconstitutionnalité et à ne répondre que sur le moyen d'inconventionnalité⁷⁰.

Ainsi, la Cour de cassation privilégie le contrôle de la seule violation de la CEDH même si le Conseil constitutionnel avait eu l'occasion de se prononcer sur une question similaire au regard de la Constitution.

Par exemple, dans la décision n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010 relative à la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, le Conseil constitutionnel avait émis une réserve suivant laquelle l'interdiction de dissimuler son visage dans l'espace public ne saurait, sans porter une atteinte excessive à l'article 10 de la Déclaration de 1789, restreindre l'exercice de la liberté religieuse dans les lieux de culte ouverts au public. Une femme avait été poursuivie sur le fondement de cette loi. Au soutien de son pourvoi, elle avait invoqué le moyen tiré de la violation des articles 9, 10 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et des articles 10 et 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Or, la Cour s'est contentée d'exposer seulement en quoi la loi est conforme à la CEDH. Ce faisant, elle n'a pas appliqué la Constitution certainement pour ne pas s'engager, dans cette affaire, dans un contrôle sous-jacent de conformité de la loi à la

clés suivants : « déclaration des droits de l'homme », « préambule de la Constitution », « 66 de la Constitution », « constitutionnel ».

65 S. GUINCHARD, F. FERRAND, T. MOUSSA, « Une chance pour la France et le droit continental : la technique de cassation, vecteur particulièrement approprié au contrôle de conventionnalité » *D.* 5 février 2015 n° 5, p. 278 et s. Il en est de même *a fortiori* du contrôle de légalité.

66 Et/ou d'illégalité.

67 *Crim.*, 19 novembre 2013, QPC n° 13-84.909, *Bull. crim.*, n° 233 ; *Crim.*, 14 janvier 2014, n° 13-84.909, *Bull. crim.*, n° 8 ; voir aussi par exemple *Com.*, 12 juillet 2011, n° 10-21.551.

68 *Cons. cons.*, n° 2012-268 QPC du 27 juillet 2012 ; 1^{re} *Civ.*, 19 avril 2013, n° 11-27.071, *Bull. civ. I*, n° 66.

69 Et/ou d'illégalité.

70 3^e *Civ.*, 11 mars 2015, n° 13-24.133, *Bull. civ. III*, n° 32. Il en est de même *a fortiori* du moyen d'illégalité.

Constitution. Toutefois, un contrôle plus concret de l'application de la loi par les juges du fond lui aurait permis de faire application de la réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel⁷¹.

3. *Le renforcement d'une culture constitutionnelle à la faveur de la QPC*

Malgré ce cloisonnement entre la Constitution et le pourvoi en cassation, certaines fissures apparaissent de sorte que la Constitution s'infiltré peu à peu dans le contentieux judiciaire.

La QPC a accéléré la constitutionnalisation du droit privé par le développement de la jurisprudence constitutionnelle du Conseil constitutionnel ou de la Cour. En effet, un bilan de 5 années de QPC posées devant la Cour de cassation révèle que les droits et libertés garantis par la Constitution les plus invoqués sont l'égalité, le droit au recours, le droit de propriété, les droits de la défense et que les contentieux les plus concernés sont, par chambres, le droit de la famille, l'état des personnes, le droit de la sécurité sociale, le droit de l'expropriation, les procédures collectives, le licenciement, la procédure pénale.

En outre, elle a contribué à développer une véritable culture constitutionnelle que l'on retrouve dans les travaux préparatoires à l'examen des QPC qui procèdent à une analyse approfondie de la jurisprudence constitutionnelle pertinente.

Par ailleurs, plutôt que de renvoyer une QPC sur son interprétation de la loi, la Cour de cassation est conduite à interpréter cette loi dans un sens conforme aux droits et libertés garantis par la Constitution⁷². Elle a été amenée à procéder à des revirements⁷³ ou des évolutions de jurisprudence⁷⁴. L'on peut aussi trouver un exemple où, à l'occasion d'un pourvoi en cassation, la Cour de cassation a « complété » une interprétation de la loi déjà interprétée par le Conseil constitutionnel⁷⁵ ou a appliqué une interprétation de la loi par le Conseil constitutionnel dans une situation analogue⁷⁶.

La Cour de cassation formule encore, à l'occasion de l'examen de QPC, des directives d'interprétation conforme à la Constitution à l'attention des juridictions du fond⁷⁷. Elle exerce donc, à

71 Crim., 5 mars 2013, n° 12-80.891, *Bull. crim.*, n° 54 ; Voir aussi par exemple : Crim., 25 mars 2015, n° 13-84.422, *Bull. crim.*, n° 68 (sur la question de la confiscation).

72 3^e Civ., 13 février 2014, QPC n° 13-22.383, *Bull. civ. III*, n° 22.

73 Soc., 14 septembre 2012, QPC n° 11-28.269, *Bull. civ. V*, n° 229 ; Crim., 12 avril 2012, QPC n° 12-90.004, *Bull. crim.*, n° 100 ; Crim., 5 octobre 2011, QPC n° 11-90.087, *Bull. crim.*, n° 196 ; Crim., 26 juin 2012, QPC n° 12-80.319, *Bull. crim.*, n° 158.

74 Crim., 20 février 2013, QPC n° 12-85.116 ; 2^e Civ., 10 juillet 2014, QPC n° 13-25.985, *Bull. civ. II*, n° 170 (sur le point de départ du délai de prescription) ; 3^e Civ., 13 février 2014, QPC n° 13-22.383, *Bull. civ. III*, n° 22 (sur la recevabilité de l'action d'une association syndicale de propriétaire n'ayant pas régularisé sa situation conformément à l'article 60 de l'ordonnance du 1^{er} juillet 2004) ; Com., 5 septembre 2013, QPC n° 13-40.034, *Bull. civ. IV*, n° 127 (en matière de prescription).

75 Par exemple dans Crim., 8 janvier 2013, n° 12-80.465, *Bull. crim.*, n° 8 au sujet d'une personne placée en chambre de dégrisement sur le fondement de l'article L. 3341-1 du code de la santé publique, au visa de l'article préliminaire du code de procédure pénale et du principe suivant lequel la procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties, elle a censuré un juge de proximité qui, en méconnaissance des droits de la défense, n'avait pas fait joindre à la procédure le document médical dont elle constatait l'existence. Auparavant, le Conseil constitutionnel avait interprété l'article L. 3341-1 du code de la santé publique de sorte que la durée du placement en chambre de sûreté, qui doit être consignée dans tous les cas par les agents de la police ou de la gendarmerie nationales, doit être prise en compte dans la durée de la garde à vue (Cons. cons., n° 2012-253 QPC du 8 juin 2012).

76 Soc., 14 septembre 2012, n° 11-21.307, *Bull. civ. V*, n° 230 : une réserve formulée pour une certaine catégorie de salariés protégés a été étendue à une autre catégorie.

77 Par exemple : Soc., 14 septembre 2012, QPC n° 11-28.269, *Bull. civ. V*, n° 229 ; Soc., 9 mai 2014, QPC n° 14-40.014, *Bull. civ. V*, n° 112 ; Crim., 15 juin 2011, QPC n° 11-83.703, *Bull. crim.*, n° 133 ; Crim., 16 juillet 2010, QPC n° 10-80.551 ; Crim., 16 avril 2013, QPC n° 13-90.006, *Bull. crim.*,

l'occasion de l'examen des QPC, un rôle de garant de la conformité de l'application et de l'interprétation de la loi conforme à la Constitution⁷⁸.

Quand il s'agit de statuer sur une QPC, la Cour de cassation revêt, on le voit, les attributs d'un juge constitutionnel. Mais, elle rechigne à s'en emparer dès qu'il s'agit d'exercer son rôle de juge de cassation. Les réflexions actuelles au sein de la Cour sur l'office du juge de cassation ouvriraient-elles des perspectives d'évolution?

B. Les perspectives ouvertes par les réflexions actuelles sur la réforme de la Cour de cassation

À l'initiative du Premier Président, monsieur Bertrand Louvel, une commission de réflexion sur la réforme de la Cour et des sous-groupes se sont constitués depuis le mois de septembre 2015 pour s'interroger notamment sur l'intensité du contrôle de cassation, le filtrage des pourvois, la motivation des arrêts, la place du parquet général et des études d'impact.

La place de la Constitution reste à ce jour faible en comparaison avec celle accordée à la CEDH (1). Pourtant, les réflexions menées sont transposables à la Constitution (2) et pourraient intégrer la riche expérience de six années de traitement des QPC (3).

1. Une place prépondérante de la CEDH

D'emblée, le Premier Président Louvel a indiqué que « la réforme de fond à laquelle la Cour de cassation réfléchit est celle de l'intégration dans son champ de contrôle, de manière systématique, de la CEDH »⁷⁹.

La doctrine commentant les réflexions menées par la Cour accorde d'ailleurs peu de place à la Constitution⁸⁰. Certains auteurs y ont même vu une stratégie de la Cour « d'émancipation constitutionnelle par la soumission européenne »⁸¹.

Ce peu de place laissé à la Constitution s'explique, comme cela a déjà été amplement exposé, pour des raisons de positionnement institutionnel et d'efficacité du contrôle de conventionnalité qui permet à la fois un contrôle abstrait d'un texte et un contrôle concret de son application à l'espèce. Un exemple suffit à caractériser cette efficacité. Alors qu'un moyen de cassation s'appuyait sur le code de procédure pénale, l'article 16 de la Déclaration de 1789, l'article 66 de la Constitution et

n° 88 ; Crim., 25 février 2014, QPC n° 13-90.039, *Bull. crim.*, n° 55 ; Crim., 1^{er} avril 2014, QPC n° 13-85.519 ; Crim., 3 juin 2014, QPC n° 14-90.014, *Bull. crim.*, n° 144.

78 Pour une description de ce rôle, voir N. MAZIAU, « L'appréhension de la Constitution au travers de l'analyse de l'évolution de son mode de contrôle : la révolution de la QPC cinq ans après l'entrée en vigueur de la réforme », *RFD Const.* 2015-2 n° 102 p. 453 et s.

79 « Entretien avec Bertrand Louvel » *JCP* n° 43, 19 octobre 2015, p. 1906.

80 C. JAMIN, « Motivation des arrêts : une alternative », *D.* 15 octobre 2015, n° 35, p. 2001 ; N. FRICERO, « L'avenir de la Cour de cassation : la vision originale du Club des juristes. À propos du Rapport Sécurité juridique et initiative économique. Deuxième partie « La Cour de cassation », *JCP* n° 26, 29 juin 2015, p. 753 ; Le rapport Sécurité juridique et initiative économique du club des juristes consacré à la Cour de cassation (mai 2015).

81 F. CHENEDE, « Contre révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 14 avril 2016 n° 14, p. 796.

l'article 8 de la CEDH à l'encontre d'une réquisition téléphonique autorisée par le seul procureur, la Cour a répondu que les mesures prévues à l'article 77-1-1 du code de procédure pénale ne sont pas contraires à l'article 8 de la CEDH (contrôle abstrait de conformité) et que « la chambre de l'instruction a fait une exacte application de l'article 77-1-1 du code de procédure pénale sans méconnaître les dispositions conventionnelles invoquées »⁸².

2. *La transposition à la Constitution des réflexions actuelles de la Cour de cassation*

Toutes les réflexions actuelles de la Cour fondées sur l'influence de la CEDH sont toutefois transposables à la Constitution.

Parmi elles figurent celles visant à permettre à la Cour de cassation de garantir le respect des droits et libertés fondamentaux. La question de savoir pourquoi la Cour de cassation ne pourrait-elle pas élargir le champ de son contrôle aux droits fondamentaux garantis par la CEDH⁸³ peut s'étendre aussi aux droits fondamentaux garantis par la Constitution.

Par ailleurs, si la CEDH et la CJUE construisent, selon le premier Président de la Cour, « un espace européen des droits fondamentaux », se développe également un espace constitutionnel des droits fondamentaux.

La Constitution et la jurisprudence constitutionnelle ne peuvent donc pas être écartées des réflexions actuelles sur l'office du juge de cassation comme garant des droits fondamentaux. Le rapport Sécurité juridique et initiative économique du Club des juristes consacré à la Cour de cassation de mai 2015, avait proposé justement de mettre en place une commission *ad hoc* sur la transformation de l'office du juge sous l'influence de la CEDH et de la Constitution qui puisse envisager une meilleure articulation des contrôles de la loi au regard des droits et libertés fondamentaux (proposition 28).

Au surplus, le premier Président de la Cour craint, qu'en l'absence de réforme, ne se systématisent le contrôle des décisions de la Cour de cassation par la CEDH. L'enjeu est donc de préserver « la souveraineté juridictionnelle » et le caractère subsidiaire du contrôle de la CEDH. Cette remarque peut être étendue au Conseil constitutionnel qui, à l'occasion de QPC, contrôle la conformité de l'interprétation de loi faite par les cours suprêmes à la Constitution.

Enfin, si la QPC est cantonnée au contrôle abstrait de la conformité de la loi à la Constitution, rien n'empêche alors la Cour de cassation de développer parallèlement un contrôle concret de constitutionnalité de l'interprétation ou de l'application de la loi, et de la règle de droit, de manière conforme à la Constitution, certes dans la limite que cette interprétation ne devienne pas *contra legem* ou aboutisse à l'écartier totalement, à défaut de pouvoir l'abroger. L'office du juge de cassation peut en effet comprendre le contrôle *in concreto* des décisions qui porteraient atteinte aux droits et libertés

82 Crim., 8 juillet 2015, n° 15-81.731, *Bull. crim.*, n° 174.

83 « Entretien avec Bertrand Louvel », *JCP* n° 43, 19 octobre 2015, p. 1906.

garantis par la Constitution. La Cour de cassation ne se substituerait pas au Conseil constitutionnel, mais appliquerait la Constitution dans un autre contexte, permettant ainsi à la norme suprême de se déployer complètement.

À titre d'exemple, pour un requérant, la sanction de dissolution d'une SCI pour des faits de blanchiment n'était pas nécessaire et proportionnée et portait atteinte à la liberté d'entreprendre. La Cour avait conclu que le moyen d'inconstitutionnalité invoqué n'était pas recevable, car il avait pour objet de juger la loi appliquée contraire à la Constitution. Or, était-ce vraiment la loi qui était critiquée ? N'était-ce pas plutôt l'appréciation faite par la Cour d'appel de l'application de la loi, ce qui entrerait dans le champ du contrôle exercé par la Cour de cassation⁸⁴ ?

À ce jour, un seul arrêt répertorié depuis l'entrée en vigueur de la QPC a, en dehors de toute décision rendue en matière de QPC, interprété expressément la loi visée à la lumière des droits et libertés garantis par la Constitution⁸⁵.

3. *L'apport de la QPC dans les réflexions actuelles de la Cour*

Finalement, les réflexions menées par la Cour doivent tirer profit de l'expérience de la QPC et du développement de la jurisprudence constitutionnelle.

Ainsi, la commission de réflexion s'interroge sur l'opportunité et les modalités d'un filtrage des pourvois. Le rapport Sécurité juridique et initiative économique du Club des juristes consacré à la Cour de cassation avait proposé parmi les critères de sélection des pourvois celui de la difficulté sérieuse ou du moyen sérieux. Or, une étude approfondie de la notion de « question sérieuse », au sens de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, pourrait présenter un intérêt pour apprécier ce type de cas d'ouverture d'un pourvoi en cassation.

Parmi les objectifs de la Cour de cassation figure celui de développer le contrôle de proportionnalité⁸⁶. De nombreux arrêts récents témoignent de cette volonté pour la Cour d'étendre ainsi son contrôle. À ce jour, ils reposent tous sur la CEDH⁸⁷. Pourtant, la Cour exerce aussi un contrôle de proportionnalité plus ou moins intense lorsqu'elle examine le caractère sérieux d'une QPC⁸⁸. Cette expérience pourrait donc être exploitée dans le cadre d'un contrôle plus systématique de constitutionnalité.

84 Crim., 16 décembre 2015, n° 14-85.667, *Bull. crim.*, n° 312.

85 Soc., 26 mai 2010, n° 09-60.393, *Bull. civ. V*, n° 116.

86 « Entretien avec Bertrand Louvel » *JCP* n° 43, 19 octobre 2015, p. 1906 ; *D.* 5 février 2015, n° 5 ; voir aussi P. Deumier « Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? », *D.* 15 octobre 2015, n° 35, p. 2022 et s.

87 Voir par exemple Civ. 1^{re}, 4 décembre 2013, n° 12-26.066, *Bull. civ. I*, n° 234 ; Civ. 1^{re}, 5 février 2014, n° 12-20.206 ; Civ. 1^{re}, 10 juin 2015, n° 14-20.790 ; Civ. 1^{re}, 30 septembre 2015, n° 14-16.273, publié ; Civ. 1^{re}, 25 février 2016, n° 15-12.403 publié ; Civ. 1^{re}, 6 juillet 2016, n° 15-19.853 publié ; Civ. 3^e, 15 octobre 2015, n° 14-23.612 publié ; 3^e Civ., 22 octobre 2015, n° 14-11.776 publié ; 3^e Civ., 17 décembre 2015, n° 14-22.095 publié ; Com., 15 décembre 2015, n° 14-11.500 publié ; Com., 12 janvier 2016, n° 14-15.203 publié ; Crim., 16 février 2016, n° 15-82.732 publié.

88 1^{re} Civ., 21 mai 2014, QPC n° 13-25.614 ; Civ. 2^e, 11 septembre 2014, n° 14-60.032 ; Civ. 3^e, 10 juin 2014, QPC n° 14-40.020, *Bull. civ. III*, n° 79 ; Com., 2 octobre 2014, QPC n° 14-40.34 ; Com., 9 octobre 2014, n° 14-40.036 ; Soc., 18 décembre 2014, n° 14-40.043, *Bull. civ. V*, n° 311 ; Crim., 6 mai 2014, n° 14-90.010.

En outre, pour le Premier président, « la Cour doit conceptualiser à son niveau la défense des droits fondamentaux et ne plus s'y livrer de manière épisodique, fortuit, ponctuel »⁸⁹. Or, elle dispose déjà d'une certaine méthodologie lorsqu'elle apprécie le caractère sérieux d'une QPC. Suivant le raisonnement du Conseil constitutionnel, elle examine, au moins dans ses travaux préparatoires, si la disposition litigieuse porte atteinte à un droit fondamental, si cette atteinte poursuit un but légitime et est proportionnée. Il reste que la méthodologie devra être affinée, encadrée et adaptée à la technique de cassation pour éviter, d'une part, le risque d'arbitraire d'un contrôle de proportionnalité non maîtrisé et, d'autre part, pour distinguer le contrôle *in abstracto* du contrôle *in concreto* de constitutionnalité. Enfin, les contours de la notion de « moyen de droit » devront également être précisés au regard des droits fondamentaux ainsi que du développement des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité.

Le Premier président considère que le « contrôle complet a vocation à être fait » au niveau de la Cour de cassation. Pourrait ainsi être confié à la Cour le soin d'exercer un contrôle plus complet, de rendre plus effectifs les droits fondamentaux garantis par la Constitution.

Les réflexions actuelles de la Cour portent également sur la motivation de ses arrêts qui doivent être compris par les justiciables, mais aussi par la CEDH, le Conseil constitutionnel ou les juridictions étrangères⁹⁰. Certains arrêts récents sont rédigés de manière à rendre plus lisible la jurisprudence et citent désormais les références de la jurisprudence⁹¹. Rappelons que la multiplication des QPC portant sur la « jurisprudence constante de la Cour » avait consacré son rôle normatif et d'interprétation de la loi et l'ont ainsi conduite à s'interroger sur l'identification de sa jurisprudence.

La QPC et les droits fondamentaux garantis par la Constitution ont donc toute leur place dans l'évolution de l'office de la Cour de cassation. Si de nombreux arguments militent vers un développement du contrôle de constitutionnalité, les limites sont connues et ont déjà été présentées. Elles trouvent une illustration dans des arrêts récents de la Cour de cassation renforçant son contrôle de proportionnalité. Si l'on s'en tient au dernier arrêt de la première chambre civile du 9 novembre 2016 le raisonnement de la Cour a suivi deux étapes⁹². Tout d'abord, elle s'est prononcée sur la conventionnalité *in abstracto* des dispositions législatives appliquées en considérant que « ces dispositions, qui ménagent un juste équilibre entre le droit à la connaissance et à l'établissement de son ascendance, d'une part, les droits des tiers et la sécurité juridique, d'autre part, ne méconnaissent pas les exigences résultant de l'article 8 de la CESDH ». Dans un second temps, elle vérifie que l'application de la loi par le juge ne porte pas concrètement une atteinte disproportionnée au droit fondamental invoqué au regard du but légitime poursuivi par le législateur. Or, la première étape du raisonnement pourrait-elle être transposable à un contrôle de constitutionnalité sans empiéter sur les compétences du Conseil constitutionnel ?

89 « Discours prononcé en ouverture des travaux le 14 septembre 2015 », site internet de la Cour.

90 P. DEUMIER, « Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? », *D.* 15 octobre 2015 n° 35, p. 2022 et s.

91 *Crim.*, 30 mars 2016, QPC n° 16-90.001, *Bull. crim.*, n° 113 ; *Avis*, 4 janvier 2016, n° 15-70.004 publié ; *Avis*, 29 février 2016, n° 15-70.005, *Bull. civ.*, *Avis*, n° 1 ; *1^{re} Civ.*, 6 avril 2016, n° 15-10.552 publié ; *Com.*, 22 mars 2016, n° 14-14.218, publié.

92 *1^{re} Civ.*, 9 novembre 2016, n° 15-25.068 publié ; voir aussi *Civ. 1^{re}*, 5 octobre 2016, n° 15-25.507 publié.

Conclusion

Des perspectives d'évolution en faveur de l'exercice plus régulier par la Cour de cassation d'un contrôle de constitutionnalité des actes juridictionnels se font jour sous l'effet conjugué du développement d'une plus grande culture constitutionnelle via la QPC et d'une volonté affichée de réforme au sein même de la Cour. Cependant, renforcer le contrôle concret des droits et libertés garantis par la Constitution présenterait le risque de porter atteinte au nouvel équilibre institutionnel encore fragile⁹³ qui s'est installé depuis la réforme de la QPC. Il ne faudrait pas que la Cour de cassation en se saisissant plus régulièrement de la constitutionnalité à l'occasion de son contrôle de cassation tende à déborder et marginaliser la QPC et son juge et aboutisse à multiplier les interprétations judiciaires autonomes de la Constitution. Plus que jamais, le dialogue entre les juges doit être préservé.

93 « Entretien avec Bertrand Louvel », *JCP* n° 43, 19 octobre 2015, p. 1906 ; B. LOUVEL, « L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle ou des libertés individuelles ? Réflexion à l'occasion de la rencontre annuelle des premiers présidents de cour d'appel et de la cour de cassation » site internet de la Cour de cassation ; J-M SAUVÉ, « Quel juge pour les libertés ? » *D.* 23 juin 2016, n° 23 p. 1320 ; J-M SAUVÉ, « Le Conseil d'État et la protection des droits fondamentaux » intervention à l'Université de Nagoya, 27 octobre 2016, site internet du Conseil d'État ; J-M SAUVÉ, « Le dualisme juridictionnel : synergies et complémentarités », Intervention lors du Cycle approfondi d'études judiciaires (CADEJ) 2016/2017, « L'autorité judiciaire dans l'État », 28 septembre 2016, site internet du Conseil d'État ; P. SARGOS « Il n'y a pour toute la République qu'une seule justice », *JCP* n° 24 du 13 juin 2010, p. 1193 ; P. WACHSMANN, « De la marginalisation du juge judiciaire en matière de libertés et des moyens d'y remédier », *D.* 3 mars 2016, n° 9 p. 473.

