

Recueil Dalloz 2010 p. 1254

Renvoi **préjudiciel** versus **Question prioritaire de constitutionnalité** : la Cour de cassation cherche le conflit !

Anne Levade, Professeur à l'Université Paris Est-Créteil (SDIE - EA n° 4389)

Le 16 avril 2010, dans deux affaires identiques, la Cour de cassation décidait de transmettre, avant dire droit, à la Cour de justice de l'Union européenne une **question préjudicielle alors qu'une question prioritaire de constitutionnalité** lui avait été posée ! Ce faisant, non contente de renverser l'ordre de priorité, c'est le principe même du contrôle *a posteriori* des lois établi par l'article 61-1 de la Constitution qu'elle conteste et, spécialement, ses modalités telles que fixées par la loi organique du 10 décembre 2009(1).

Convenons-en, la décision est, au sens premier du terme, remarquable.

Elle est surtout *abracadabrantesque*, sans compter que ses conséquences pourraient être dantesques, puisque, d'une question de constitutionnalité qui n'avait, selon toute vraisemblance, pas lieu d'être renvoyée au Conseil constitutionnel, la Cour de cassation fait, par transsubstantiation, une tout autre question, **préjudicielle** et différente en substance, qu'elle transmet à la Cour de Luxembourg pour solution.

La question initialement soulevée ainsi que les faits à l'occasion desquels elle était posée avaient pourtant toutes les allures de la simplicité. Que l'on en juge !

En premier lieu, les faits. Deux ressortissants algériens dépourvus de titre de séjour régulier étaient interpellés à un poste frontière alors qu'ils circulaient sur l'autoroute en provenance de Belgique. Le 23 mars, ils firent, chacun, l'objet d'un arrêté de reconduite à la frontière et d'une décision de maintien en rétention administrative, et leur avocat souleva l'inconstitutionnalité de l'article 78-2, alinéa 4, du code de procédure pénale sur le fondement duquel ils avaient été contrôlés et interpellés. Le 25 mars, le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Lille transmettait la question à la Cour de cassation et décidait la prolongation pour quinze jours du maintien en rétention.

En second lieu, la question. Elle était clairement libellée : « *L'article 78-2, alinéa 4, du code de procédure pénale porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution de la République française ?* ». Elle avait donné lieu à un mémoire écrit, distinct et motivé, invoquant l'article 88-1 de la Constitution et faisant valoir que « *les engagements résultant du traité de Lisbonne, dont celui concernant la libre circulation des personnes, ont une valeur constitutionnelle au regard de l'article 88-1 de la Constitution, et que l'article 78-2, alinéa 4, du code de procédure pénale qui autorise des contrôles aux frontières de la France avec les Etats membres est contraire au principe de libre circulation des personnes posé par l'article 67 du traité de Lisbonne qui prévoit que l'Union assure l'absence de contrôle des personnes aux frontières intérieures* ».

C'est donc par ricochet que l'article 88-1 de la Constitution était invoqué comme garantissant une liberté, d'où la stupéfaction à voir la Cour de cassation considérer « *qu'est ainsi posée la question de la conformité de l'article 78-2, alinéa 4, du code de procédure pénale à la fois au droit de l'Union et à la Constitution de la République française* ». La stupéfaction se mue en effroi lorsque, *in fine*, le raisonnement conduit le juge français à demander au juge européen si l'article du traité relatif au renvoi **préjudiciels** s'oppose à la loi organique de décembre 2009, instrumentalisant sciemment une espèce dans laquelle la Cour de cassation aurait dû d'emblée décider de ne pas renvoyer la question de constitutionnalité au Conseil constitutionnel (I) et n'aurait en aucun cas dû décider de la transmission d'une question **préjudicielle** à la Cour de justice (II).

I - La Cour de cassation aurait dû ne pas renvoyer la question de constitutionnalité ou les raisons du non-lieu à renvoi

Tout indique que la Cour de cassation pouvait et devait, sans différer, décider que la question de constitutionnalité posée n'avait pas lieu d'être renvoyée, puisque, à trois égards au moins, les conditions mises au renvoi par l'article 23-4 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ne se trouvaient pas remplies.

Non-lieu à renvoi, tout d'abord, parce que la disposition contestée avait déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel et que, si de prime abord le doute était permis, aucun changement des circonstances n'était survenu depuis. L'avocat général l'indique clairement dans son avis : d'une part, l'article 78-2, alinéa 4, du code de procédure pénale a été déclaré conforme à la Constitution par une décision du 5 août 1993(2) et, d'autre part, l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne n'emporte aucun changement puisque, l'acquis de Schengen étant « *totale­ment préservé dans sa teneur, il n'apparaît pas que les éléments au vu desquels le Conseil constitutionnel s'était prononcé en 1993 ont été modifiés par l'entrée en vigueur de ce traité* » ! On arguera peut-être que, sous cet angle, l'erreur initiale d'appréciation est celle du juge *a quo* qui, pour ce seul motif et sur le fondement de l'article 23-2 de l'ordonnance de 1958, aurait pu estimer que la question soulevée devant lui était dépourvue de caractère sérieux. Ce serait lui faire mauvais procès, puisque statuant « *sans délai* » et, qui plus est, tenu par l'urgence de la procédure, il pouvait à bon droit se limiter au constat objectif du changement de circonstances que les requérants invoquaient. En revanche, la Cour de cassation ne pouvait, de bonne foi, se contenter d'affirmer que l'article 67 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) « *ne reprend pas la dérogation au principe de libre circulation résultant de la réserve de l'ordre public ou de la sécurité nationale contenue dans la convention* » de Schengen, *a fortiori* alors que l'avocat général avait estimé que « *la condition visée au 2° de l'article 23-2 de la loi organique de 1958 n'étant pas remplie, le renvoi de la question au Conseil constitutionnel ne saurait être ordonné* ». Où l'on voit que la Cour de cassation n'entendait manifestement pas traiter la question sous l'angle de la constitutionnalité !

Non-lieu à renvoi, ensuite et au surplus, parce qu'il était *a minima* douteux que la question posée pût être, sans débat, considérée comme *nouvelle* ou *sérieuse*. L'avis de l'avocat général en atteste qui envisage ces deux aspects.

Quant à la *nouveauté*, d'une part, le Conseil constitutionnel a considéré que, par ce critère, l'article 23-4 imposait « *l'interprétation de toute disposition constitutionnelle dont il n'a[vait] pas encore eu l'occasion de faire application* »(3). Plusieurs lectures pouvaient, sur ce point, être envisagées qui justifiaient à tout le moins que le débat fût engagé : en premier lieu, peut-être, parce que l'article 88-1 connaît, depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, une nouvelle rédaction ; en second lieu, plus certainement, parce qu'il n'a, à ce jour, jamais été appliqué à un manquement au droit de l'Union, hors le cas particulier de l'erreur manifeste de transposition d'une directive communautaire. Convenons-en, la question de constitutionnalité posée n'était pas *évidemment nouvelle*, mais encore eût-il fallu le démontrer ! Le silence de la Cour de cassation est, sur ce point, révélateur ; une fois encore, la constitutionnalité n'était manifestement pas sa priorité !

Quant au *sérieux*, d'autre part, le raisonnement peut être plus rapidement mené. L'avocat général qualifie, à juste titre, la situation d'« *aporétique* », constatant que « *le renvoi qui pourrait être ordonné aurait pour effet de saisir le juge constitutionnel d'une question qu'il ne peut pas résoudre, puisqu'elle impliquerait, à travers l'interface artificielle de l'article 88-1, la vérification de la conformité d'une loi à un traité, opération à laquelle s'est toujours refusé le Conseil constitutionnel* ». Ne craignant manifestement pas davantage l'aporie que l'erreur juridique, la Cour de cassation fait l'économie de l'analyse mais envisage, sans ambages, que le Conseil constitutionnel pût « *juge[r] la disposition législative attaquée conforme au droit de l'Union européenne* » et ainsi pratiquer le contrôle de conventionnalité ! Où l'on se trouve sans voix et regrettant que, sur ce point, la Cour ait renoncé à l'aphasie !

Non-lieu à renvoi, enfin et surtout, parce que la question de constitutionnalité ne portait pas sur un droit ou une liberté que la Constitution garantit ! L'argument est majeur au point de faire obstacle au renvoi et si l'on ne s'étonne guère que la Cour n'ait pas jugé utile de le soulever, on regrette que, curieusement, l'avocat général ne l'ait pas formulé. En effet, l'article 61-1 de la Constitution comme la loi organique sont explicites : la **question prioritaire de constitutionnalité** suppose que la disposition législative contestée « *porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit* ». A cet égard, et à un double titre, la question transmise à la Cour de cassation devait ne pas être renvoyée au Conseil constitutionnel. D'une part, en l'espèce, le moyen soulevé n'est pas tiré de la contrariété avec la liberté d'aller et venir *que la Constitution garantit* mais, par le truchement de l'article 88-1, de sa contrariété avec la liberté de circulation que garantit le droit de l'Union. D'autre part, et de manière générale, il ne suffit pas, pour fonder une **question prioritaire de constitutionnalité**, que la disposition législative contestée affecte par ses effets les droits et libertés, quelle que soit par ailleurs la cause de sa contrariété avec la Constitution. La question de constitutionnalité soulevée était donc, *ab initio*, constitutionnellement mal posée au point qu'aurait pu être mise en doute sa recevabilité !

En termes de constitutionnalité, démonstration est ainsi faite que la Cour de cassation n'avait d'autre choix que de ne pas procéder au renvoi. C'est donc sciemment que, se plaçant sur un tout autre terrain, elle prend prétexte de la question pour chercher l'affrontement.

II - La Cour de cassation n'aurait pas dû transmettre une question à la Cour de justice ou la déraison d'une décision de transmission

Fût-elle incompréhensible, reconnaissons à la Cour sa franchise qui, d'emblée et dans un ordre révélateur, la conduit à porter aux visas de sa décision, en premier lieu, l'article 267 TFUE(4) et, en second lieu, l'article 61-1 de la Constitution. L'annonce est ainsi clairement faite : la question sera *prioritairement* **préjudicielle** et de conventionnalité !

Le dispositif de la décision le confirme puisque deux questions **préjudicielles** sont posées à la Cour de justice de l'Union : la seconde - à n'en pas douter secondaire dans l'esprit de son auteur - sur la contrariété de l'article 78-2, alinéa 4, du code de procédure pénale avec l'article 67 TFUE et la première, noeud de la discorde, sur la contrariété entre l'article 267 TFUE et « *une législation telle que celle résultant des articles 23-2, alinéa 2, et 23-5, alinéa 2, de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 créés par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009, en ce qu'ils imposent aux juridictions de se prononcer par priorité sur la transmission, au Conseil constitutionnel, de la question de constitutionnalité qui leur est posée, dans la mesure où cette question se prévaut de la non-conformité à la Constitution d'un texte de droit interne, en raison de sa contrariété aux dispositions du droit de l'Union* ».

Dit autrement, c'est bien le caractère *prioritaire* de la question de constitutionnalité, tel que voulu par le constituant et conçu par le législateur organique, qui est directement visé ! Point n'est ici en cause l'intérêt intrinsèque de la question, dont on sait qu'elle fut évoquée lors des débats relatifs à la loi organique. Un constat s'impose : la Cour de cassation joue le jeu de la confrontation ! Outre qu'il pourrait être dangereux, trois séries d'éléments conduisent à dire qu'il confine à la déraison et que, en aucun cas, la Cour n'aurait dû transmettre la question !

Déraison tout d'abord quant à l'objet, puisque la réponse à la question **préjudicielle** est doublement inutile. Elle n'est, en premier lieu, pas utile à la Cour de cassation dès lors que la question de constitutionnalité qui lui était transmise n'avait de constitutionnalité que le nom. Elle n'est, en second lieu, pas davantage utile puisque le juge *a quo* étant, en l'espèce, juge des libertés et de la détention, il échappait à un double titre à l'obligation de sursis à statuer et pouvait, le cas échéant, pratiquer le contrôle de conventionnalité, l'instance ayant « *pour objet de mettre fin à une mesure privative de liberté* » (art. 23-3, al. 2, LO 1958) et la juridiction statuant « *dans un délai déterminé* » (art. 23-3, al. 3, LO 1958). Et l'on passera sous silence l'aberration qui consiste à demander à la Cour de Luxembourg de statuer en urgence au motif que « *le litige met en cause la privation de liberté d'une personne maintenue en rétention* » alors que, sans nul doute, la rétention a d'ores et déjà pris fin...

Déraison ensuite quant à l'argumentation développée, puisque les motifs par lesquels la Cour justifie la question **préjudicielle** qu'elle croit devoir poser sont juridiquement erronés. D'une part, on le sait, la jurisprudence du Conseil constitutionnel, constante depuis 1975(5), exclut qu'il pût pratiquer le contrôle de conventionnalité, raison pour laquelle apparaît hautement fantaisiste l'argument relatif à l'autorité que l'article 62 de la Constitution reconnaît à d'impensables décisions de conformité de dispositions législatives au droit de l'Union. D'autre part, et dans le cas particulier du contrôle de constitutionnalité des lois de transposition de directives, le Conseil constitutionnel a pris soin de préciser qu'il ne lui appartient pas, à l'inverse des autorités juridictionnelles nationales(6), de saisir la Cour de justice d'une question **préjudicielle**. Disons-le clairement : la **question prioritaire de constitutionnalité** n'a pas pour objet ou pour effet de faire obstacle au renvoi **préjudiciel**.

Déraison enfin quant à la conception que la Cour de cassation semble avoir du rôle qui est le sien, puisque l'esprit et la lettre de la Constitution et de la législation organique commandent qu'une **question prioritaire de constitutionnalité** soit transmise ou rejetée mais en aucun cas *reroutée*, transformée ou requalifiée, notamment en question de conventionnalité !

En définitive, avouons-le, on peine à cerner le dessein qui a conduit la Cour de cassation à chercher le conflit, tant est forte la conviction qu'il y a infiniment plus d'inconvénients que d'avantages à déclarer, au constituant et au législateur organique, une guerre que l'on ne saurait gagner ni même mener, et à chercher à en provoquer une entre juges, constitutionnel et européen. Gageons donc que la guerre ne sera qu'entre raison et déraison et que la première l'emportera !

Mots clés :

CONSTITUTION ET POUVOIRS PUBLICS * Contrôle de constitutionnalité * **Question prioritaire de constitutionnalité** * Procédure * Cour de justice de l'Union européenne * Question **préjudicielle**

PROCEDURE PENALE * Contrôle d'identité * Traité de Lisbonne * Libre circulation des personnes * **Question prioritaire de constitutionnalité** * Cour de justice de l'Union européenne

(1) LO n° 2009-1523, 10 déc. 2009, relative à l'application de l'art. 61-1 de la Constitution (JORF 11 déc., p. 21379 ; RTD civ. 2010. 66, obs. P. Puig ; RFDA 2009. dossier 1107, obs. P. Bon ; AJDA 2010. dossier 74 ; AJ pénal 2010. 122, obs. J. Perrier) et Cons. const. n° 2009-595 DC, 3 déc. 2009 (JORF 11 déc., p. 21381 ; AJDA 2009. 2318 ; RFDA 2010. 1, obs. B. Genevois ; RTD civ. 2010. 66, obs. P. Puig).

(2) Cons. const. n° 93-323 DC, 5 août 1993, Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité, JORF 7 août, p. 11193, consid. 15 ; AJDA 1993. 815, obs. P. Wachsmann.

(3) Cons. const. n° 2009-595 DC, préc., consid. 21.

(4) Ex-art. 234 du traité instituant la Communauté européenne, relatif à la procédure de renvoi **préjudiciel** devant la Cour de justice.

(5) Cons. const. n° 74-54 DC, 15 janv. 1975, Interruption volontaire de grossesse, JORF 16 janv., p. 671, consid. 7.

(6) Depuis 2006, le Conseil constitutionnel affirme « *qu'en tout état de cause, il revient aux autorités juridictionnelles nationales le cas échéant, de saisir la Cour de justice des Communautés européennes à titre **préjudiciel*** » (Cons. const. n° 2006-540 DC, 27 juil. 2006, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, JORF 3 août, p. 11541, consid. 20 ; D. 2006. 2157, obs. Castets-Rernard et 2007. Pan. 1166, obs. V. Bernaud, L. Gay et C. Severino ; X. Magnon, La directive communautaire comme paramètre du contrôle de constitutionnalité des lois : une exception d'interprétation stricte à la

jurisprudence IVG, D. 2006. Chron. 2878 ; RTD civ. 2006. 791, obs. T. Revet et 2007. 80, obs. R. Encinas de Munagorri; n° 2006-543 DC, 30 nov. 2006, Loi relative au secteur de l'énergie, JORF 8 déc., p. 18544, consid. 7 ; D. 2007. Jur. 1760, note M. Verpeaux ; AJDA 2007. 473, obs. G. Marcou ; RFDA 2006. 1163, note R. de Bellescize; n° 2008-564 DC, 19 juin 2008, Loi relative aux organismes génétiquement modifiés, JORF 26 juin, p. 10228, consid. 45 ; D. 2009. Pan. 1852, obs. V. Bernaud et L. Gay, et Pan. 2448, obs. F. G. Trébulle ; AJDA 2008. 1614, obs. O. Dord ; RFDA 2008. 1233, obs. A. Roblot-Troizier et T. Rambaud).