



HAL
open science

L'office de l'avocat général de la Cour de cassation dans la procédure de la QPC

Chloé Cyteval

► **To cite this version:**

Chloé Cyteval. L'office de l'avocat général de la Cour de cassation dans la procédure de la QPC. Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2019. Français. NNT : 2019PA01D053 . tel-02526304

HAL Id: tel-02526304

<https://theses.hal.science/tel-02526304>

Submitted on 31 Mar 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



École de droit de la Sorbonne
École doctorale de droit de la Sorbonne – Droit public et droit fiscal

Thèse de doctorat en droit public

L'OFFICE DE L'AVOCAT GÉNÉRAL DE LA COUR DE CASSATION DANS LE CONTENTIEUX DE LA QPC

Présentée par

Mme Chloé CYTEVAL

Dirigée par

M. Le Professeur Dominique ROUSSEAU

Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne

Soutenue publiquement le
12 octobre 2019

Devant le jury composé de :

Mme Anne LEVADE

Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne

M. Fabrice HOURQUEBIE

Professeur à l'Université de Bordeaux, rapporteur

M. Julien BONNET

Professeur à l'Université de Montpellier, rapporteur

M. François MOLINS

Procureur général près la Cour de cassation

M. Jean-Yves FROUIN

Ancien président de la chambre sociale, conseiller à la Cour de cassation

M. Dominique ROUSSEAU

Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne

*À mes parents,
Catherine et Alain Cyteval*

REMERCIEMENTS

L'expression de ma profonde reconnaissance va d'abord au Professeur Dominique Rousseau pour son implication dans la direction de ma recherche, son soutien et sa franchise dans les étapes de sa réalisation. Sa bienveillance, ses conseils, sa patience et sa rigueur ont été des ressources inestimables dans mon cheminement intellectuel à travers ce sujet.

Mes remerciements s'adressent ensuite aux magistrats du siège et du parquet de la Cour de cassation qui ont rendu cette recherche possible. L'accès aux avis des avocats généraux conditionnait la réalisation de cette thèse et les entretiens réalisés au sein de la Cour de cassation enrichirent substantiellement mon analyse.

Un grand merci à toutes les personnes qui ont consacré du temps à répondre à mes questions, notamment Jean Maïa, Secrétaire général du Conseil constitutionnel, pour ses utiles renseignements, et Luc Briand, pour son aide déterminante à plusieurs étapes clef de ce travail.

Merci à Soria Blouin, Elenora Bottini, Yanara De Kochko, Cédric Le Grand, Alexandre Lo-Casto, Camille Régis et Hugo Toussaint et pour leurs patientes relectures.

Pour ses conseils avisés et circonstanciés tout au long de ce parcours, pour son soutien si concret et sa bonne compagnie, mes remerciements les plus sincères à Marie Alauzen. Son intelligence et son amitié ont été de véritables repères.

Mes pensées vont enfin à mes proches, qui ont su – pendant un temps qui a dû leur sembler infini – m'apporter leur soutien, me conserver leur confiance et me témoigner leur amour.

À L'ATTENTION DU LECTEUR

Afin de ne pas alourdir le texte, les références au Parquet général de la Cour de cassation sont souvent abrégées en « Parquet général ». Cette dénomination n'inclut pas pour autant les parquets généraux des cours d'appel. De même, le terme « avocat général » renvoie exclusivement aux avocats généraux de la Cour de cassation, à l'exclusion des avocats généraux des cours d'appel.

Par souci d'efficacité, la référence aux actes juridictionnels a été faite par le biais de leur numéro d'identification – numéro de requête, de pourvoi ou de décision – plutôt que par renvoi aux recueils de jurisprudence où seules certaines d'entre elles ont été publiées.

Enfin, l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne n'entend donner aucune approbation, ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS UTILISEES

ADE	Annuaire de droit européen
AFDC	Association française de droit constitutionnel
aff.	Affaire
AJDA	Actualité juridique de droit administratif
al.	Alinéa ou autres
APD	Archives de philosophie du droit
art.	Article
art. cit.	Article précité
ass. plen.	Assemblée plénière
cass.	Cour de cassation
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme ou Convention européenne des droits de l'homme
cf.	Confère
civ. 1, 2, 3	1 ^{ère} , 2 ^{ème} ou 3 ^{ème} chambre civile (de la Cour de cassation)
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
com.	Chambre commerciale (de la Cour de cassation)
Cons. const.	Conseil constitutionnel
crim.	Chambre criminelle (de la Cour de cassation)
DDHC	Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen
dec.	Décision
dir.	Sous la direction de
ed.	Edition
Ibid.	Ibidem
JCP G	Juris-Classeur périodique – Edition générale

LPA	Les petites affiches
NCCC	Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel
Op. cit.	Ouvrage cité
p.	Page
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
RDP	Revue de droit public et de science politique en France et à l'étranger
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RRJ	Revue de la Recherche juridique - Droit prospectif
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen
s.	Suivant(es)
soc.	Chambre sociale (de la Cour de cassation)
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TUE	Traité sur l'Union européenne
vol.	Volume

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE

L'AVIS DE L'AVOCAT GENERAL RENOUVELE PAR LA QPC

- Chapitre 1. L'apport juridictionnel de l'avis renouvelé par la QPC
- Chapitre 2. L'apport doctrinal de l'avis renouvelé par la QPC
- Chapitre 3. L'apport constitutionnel de l'avis créé par la QPC

SECONDE PARTIE

LE ROLE DE L'AVOCAT GENERAL RENOUVELE PAR LA QPC

- Chapitre 1. Le rôle de l'avocat général au sein de la Cour de cassation renforcé par la QPC
- Chapitre 2. Le rôle de l'avocat général à l'extérieur de la Cour de cassation renouvelé par la QPC
- Chapitre 3. Le rôle de l'avocat général dans l'interprétation des critères du filtre de la QPC

« Les institutions, à la différence des satellites, demeurent rarement sur l'orbite où leur créateur avait entendu les placer. Elles échappent à la volonté du Constituant ou du Législateur qui leur a donné vie. L'évènement, le milieu, la personnalité des hommes qui les incarnent déterminent leur trajectoire. »

J. RIVERO, « Fin d'un absolutisme », in *Le Conseil constitutionnel et les libertés*, Paris, Economica-PUAM, 1987, p. 139.

INTRODUCTION

1. La question prioritaire de constitutionnalité a été instituée selon une procédure inédite en Europe¹ attribuant aux Cours suprêmes le souverain exercice du filtrage des questions à transmettre au Conseil constitutionnel². Au stade du second filtrage devant la plus haute Cour de l'ordre judiciaire, le Parquet général de la Cour de cassation intervient, rendant un avis sur l'opportunité de la transmission des questions au Conseil constitutionnel. Le bouleversement qu'a constitué l'intervention des juridictions suprêmes dans le contentieux constitutionnel *a posteriori* a été largement commenté par la doctrine³ : « Après trois ans de QPC, il est évident et banal d'affirmer que cette nouvelle voie de droit a modifié l'office du juge [...], particulièrement des juridictions suprêmes des deux ordres⁴ ». Rafferme dans son rôle de

¹ L. GAY, P. BON, T. DI MANO (Dir.), *La QPC vue du droit comparé : le contrôle de constitutionnalité sur renvoi du juge ordinaire en France, Espagne et Italie*, Mission de recherche droit et justice, 2013 ; L. GAY, « Le double filtrage des QPC : une spécificité française en question ? Modalités et incidences de la sélection des questions de constitutionnalité en France, Allemagne, Italie et Espagne », in *La question prioritaire de constitutionnalité, approche de droit comparé*, Bruxelles : Bruylant, 2014, p. 51 ; P. BON, « Les conditions de recevabilité de la question préjudicielle en droit comparé », in *La question prioritaire de constitutionnalité : approche de droit comparé, op. cit.*, p. 31.

² M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « L'appréciation, par les cours suprêmes, du caractère sérieux de la question de constitutionnalité », in *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?* Paris : Institut universitaire Varenne, 2015, p. 29 ; G. TOULEMONDE, I. THUMEREL, D. GALATI, « Les juridiction suprêmes renforcées dans leur office de Cour suprême », in *La QPC, le procès et ses juges, l'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, Paris : Dalloz, 2013, p. 282.

³ J. BONNET, *Le juge ordinaire français et le contrôle de constitutionnalité des lois - analyse critique d'un refus*, Paris : Dalloz, 2009 ; C. COURTIN, *La QPC et la matière pénale*, Bruxelles : Bruylant, coll. Procédure(s), 2013 ; X. MAGNON, X. BIOY, W. MASTOR, S. MOUTON, *Le réflexe constitutionnel. Question sur la question prioritaire de constitutionnalité*, Bruxelles : Bruylant, 2013 ; C-É. SÉNAC, *L'office du juge constitutionnel : étude du contrôle de constitutionnalité par les juridictions françaises*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2015 ; J. BONNET, P-Y. GAHDOUN (Dir.), *La QPC, une révolution inachevée ?* Paris : Institut universitaire Varenne, 2016 ; E. CARTIER (Dir.), *La QPC, le procès et ses juges : l'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, Paris : Dalloz, 2013 ; E. CARTIER, L. GAY, A. VIALA (Dir.), *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Paris : Institut universitaire Varenne, 2015 ; P. BON, « La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009 », *RFDA*, 2009, p. 1107 ; G DRAGO, « La Cour de cassation, juge constitutionnel », *RDP*, 2011, p. 1438 ; N. MAZIAU, « Nouveaux développements dans la mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité : le filtre au service des évolutions jurisprudentielles de la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, 2011, p. 281 ; M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « L'appréciation, par les Cours suprêmes, du caractère sérieux de la question de constitutionnalité », in *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ? op. cit.*, p. 29 ; A. ROBLLOT-TROIZIER, « La QPC, le Conseil d'État et la Cour de cassation », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 40, 1 Juin 2013, p. 56 ; L. GAY, « Le double filtrage des QPC : une spécificité française en question? Modalités et incidences de la sélection des questions de constitutionnalité en France, Allemagne, Italie et Espagne », in *La question prioritaire de constitutionnalité, approche de droit comparé*, Bruxelles : Bruylant, 2014, p. 51 ; N. MAZIAU, « L'appréhension de la Constitution par la Cour de cassation 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 », *RFDC*, 2015/2, n° 102, p. 453.

⁴ A. ROBLLOT-TROIZIER, « La QPC, le Conseil d'État et la Cour de cassation », *art. cit.*

juridiction suprême⁵, la Cour de cassation a vu son rôle se renouveler par l'émergence d'une fonction de juge constitutionnel partiel⁶. Ainsi, l'office de juge du filtre⁷ de la Cour de cassation a modifié substantiellement son rôle institutionnel et juridictionnel.

2. L'engouement de la doctrine pour les effets de la QPC sur l'office de la Cour de cassation se limite néanmoins au siège du quai de l'Horloge. Les effets de ce « big bang juridictionnel⁸ » sur le Parquet général de la Cour de cassation ne sont ni explicités par les textes, ni discutés par la doctrine ou les acteurs concernés.

3. La loi organique relative à la mise en place de la procédure constitutionnelle *a posteriori*⁹ prévoit l'intervention du Parquet général : « Le premier président de la Cour de cassation est destinataire des transmissions à la Cour de cassation [...]. Le premier président avise immédiatement le procureur général¹⁰ ». Non seulement l'intervention de l'avocat général sur demande du Procureur général tenu informé n'est que sous-entendue par cet article, mais elle est incidente au véritable objet de l'article 23-6 de la loi organique. Il s'agissait en réalité d'instaurer une formation spécialisée chargée de décider du renvoi des questions au Conseil constitutionnel. Cette formation spécialisée était composée du premier président, des présidents de chambre ainsi que de deux conseillers appartenant à chaque chambre spécialement concernée¹¹. Les débats ayant jalonné l'adoption de cet article se concentrèrent sur cet enjeu ; la présentation de l'article par Jean-Luc Warsmann, rapporteur de la commission des lois constitutionnelles devant l'Assemblée nationale, n'évoque d'ailleurs que cet aspect. Lors de la deuxième lecture du texte devant l'assemblée nationale, l'article 23-6 est présenté comme étant

⁵ G. DRAGO, « La Cour de cassation, juge constitutionnel », *art. cit.* ; N. MAZIAU, « Nouveaux développements dans la mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité : le filtre au service des évolutions jurisprudentielles de la Cour de cassation », *art. cit.*

⁶ N. MAZIAU, « L'appréhension de la Constitution par la Cour de cassation 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 », *art. cit.*

⁷ J-H. STAHL, N. MAZIAU, « Groupe de travail commun au Conseil d'État et à la Cour de cassation sur la question prioritaire de constitutionnalité », *RFDC*, 2019/1, n° 117, p. 5.

⁸ D. ROUSSEAU, « La question prioritaire de constitutionnalité : un big-bang juridictionnel ? », *RDP*, 2009, n°3, p. 631.

⁹ Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 6-1 de la Constitution, issu de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République.

¹⁰ Article 23-6 de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, créé par la loi organique n°2009-1523.

¹¹ Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi organique (n°1599) relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, par Jean-Luc WARSMANN, n° 1898, 3 septembre 2009.

« relatif aux formations de la Cour de cassation devant se prononcer sur les questions prioritaires de constitutionnalité¹² ».

4. Les documents préparatoires de la loi organique témoignent du peu de débat qu'a suscité l'intervention du Parquet général dans la QPC. Auditionné par la Commission des lois, Jean-Louis Nadal, Procureur général près la Cour de cassation, mentionne l'intervention du Parquet général dans la nouvelle procédure sur le ton de l'évidence : « S'agissant du ministère public devant la Cour de cassation, *il va de soi*¹³ que le Parquet général de la Cour de cassation doit pouvoir présenter son avis devant chacune des formations *ad hoc* concernées¹⁴ ». Vincent Lamanda, premier président de la Cour également auditionné, confirme le sentiment d'évidence au sein de la Haute Cour : « Devant la Cour de cassation, le ministère public sera systématiquement conduit à faire connaître son avis sur la question, les articles L.432-1 et L.432-3 du code de l'organisation judiciaire prévoyant que le Procureur général près la Cour de cassation et les avocats généraux portent la parole devant les formations de jugement de la Cour¹⁵ ».

5. Le rapport de la commission du Sénat mentionne néanmoins l'intervention du Procureur général au titre de l'article 23-6 de la loi organique, explicitant l'implication sous-entendue : « Cet article fixe la procédure applicable devant la Cour de cassation pour l'examen de la question de constitutionnalité. [...] Le premier président aviserait immédiatement le Procureur général (de la même manière que lorsque la question de constitutionnalité est soulevée devant une juridiction relevant de la Cour de cassation, l'affaire est communiquée au ministère public s'il n'est pas déjà partie à l'instance afin qu'il puisse faire connaître son avis¹⁶) ».

¹² Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi organique (n°1975), modifié par le Sénat, relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, par Jean-Luc WARSMANN, n°2006, le 4 novembre 2009.

¹³ Souligné par nous.

¹⁴ Audition de Jean-Louis NADAL, Procureur général près la Cour de cassation, devant la Commission des lois constitutionnelles concernant l'application de l'article 61-1 de la Constitution, 30 juin 2009, séance de 8h15, compte-rendu n°63.

¹⁵ Audition de Vincent LAMANDA, premier président de la Cour de cassation, devant la Commission des lois constitutionnelles concernant l'application de l'article 61-1 de la Constitution, 30 juin 2009, séance de 8h15, compte-rendu n°63.

¹⁶ Rapport de la Commission des lois constitutionnelles du Sénat relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, par Hugues PORTELLI, n° 637, 29 septembre 2009.

6. Le sentiment d'évidence de la participation du Parquet général à la QPC n'a pas vacillé lorsque l'article 23-6 fut abrogé, le 22 juillet 2010¹⁷, avec les formations spécialisées. L'amendement d'Hugues Portelli¹⁸, rapporteur de la commission des lois ayant orchestré la mise en place de la loi organique, est voté sans discussion sur l'alinéa relatif au procureur général.

7. Depuis l'abrogation de l'article 23-6 de la loi organique, seul le code de procédure civile prévoit l'intervention du Parquet général de la Cour de cassation spécifiquement en QPC : « Le président de la formation à laquelle l'affaire est attribuée [...] fixe la date de l'audience au cours de laquelle sera examinée la question prioritaire de constitutionnalité. Le procureur général en est avisé pour lui permettre de faire connaître son avis¹⁹ ». Le code de procédure pénale se réfère pour sa part aux articles 23-1 à 23-7 de l'ordonnance portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, qui ne prévoient plus l'intervention du Parquet général depuis 2010. Pourtant, malgré le silence des textes, l'évidence est corroborée par les entretiens réalisés dans le cadre de cette étude auprès des magistrats de la Cour de cassation, l'intervention des avocats généraux en matière de QPC paraissant naturelle à chacun.

8. Il ressort de ces documents préparatoires que l'évidence de l'intervention du Parquet général de la Cour de cassation repose sur deux éléments. Elle serait, en premier lieu, le prolongement logique de l'intervention du ministère public en QPC devant les juridictions relevant de la Cour²⁰ ; en second lieu, la participation à la QPC du Parquet de la Cour serait impliquée par son intervention auprès des formations de jugement du quai de l'Horloge dans les contentieux de droit commun²¹.

¹⁷ Loi organique n° 2010-830 du 22 juillet 2010 relative à l'application de l'article 65 de la Constitution.

¹⁸ Amendement présenté par Monsieur PORTELLI lors de la deuxième lecture devant le Sénat, du projet de loi organique sur l'article 65 de la Constitution (n°393-392), 26 avril 2010 : Au motif que l'application de l'article 65 de la Constitution donne de lourdes charges au Président de la Cour de cassation en tant que président du Conseil supérieur de la magistrature, Hugues Portelli propose de supprimer la formation spéciale de la Cour de cassation compétente en matière de question prioritaire de constitutionnalité, laissant aux formations de droit commun de la Cour le soin d'en juger.

¹⁹ Article 126-11 du code de procédure civile.

²⁰ Rapport de la Commission des lois constitutionnelles du Sénat relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, par Hugues PORTELLI, n° 637, 29 septembre 2009 : « Le Premier président aviserait immédiatement le Procureur général (de la même manière que lorsque la question de constitutionnalité est soulevée devant une juridiction relevant de la Cour de cassation, l'affaire est communiquée au ministère public s'il n'est pas déjà partie à l'instance afin qu'il puisse faire connaître son avis) »

²¹ Audition de Vincent LAMANDA devant la Commission des lois constitutionnelles concernant l'application de l'article 61-1 de la Constitution, *op. cit.* : « Devant la Cour de cassation, le ministère public sera systématiquement conduit à faire connaître son avis sur la question, les articles L.432-1 et L.432-3 du code de l'organisation judiciaire prévoyant que le Procureur général près la Cour de cassation et les avocats généraux portent la parole

9. Derrière ces prolongements logiques se cachent deux présupposés. Premièrement, l'intervention du Parquet général à la Cour de cassation serait de même nature que celle du ministère public devant les juridictions du fond. Deuxièmement, l'office de l'avocat général de la Cour de cassation en QPC ne serait pas spécifique à ce contentieux ; l'absence de base légale de leur intervention dans ce cadre étant sur ce point parlante. Contrairement au siège de la Cour de cassation dont l'office est profondément renouvelé par la QPC, la spécificité du contentieux constitutionnel *a posteriori* n'aurait pas donc impacté l'office du Parquet général. C'est par l'interrogation de ces deux présupposés que se dessine l'objet de la présente étude.

I. Objet de l'étude

10. À la lecture des travaux préparatoires de la réforme de la QPC, l'intervention de l'avocat général n'apparaît pas comme un objet d'étude. Le silence des textes et l'absence de débat sur cette question renvoient l'image d'une intervention anecdotique et dénuée d'enjeu. Pourtant, la conception du rôle de l'avocat général en QPC comme un épiphénomène résulte de deux présupposés méritant discussion. Premièrement, le parquet de la Cour serait l'émanation du parquet en général, à l'image des parquets généraux devant les cours d'appel (A) ; Deuxièmement, l'intervention de l'avocat général en QPC ne serait pas spécifique (B).

A. La spécificité de l'office de l'avocat général à la Cour de cassation

11. Le Parquet général de la Cour de cassation est une institution méconnue souffrant de l'ambivalence de sa position entre le ministère public et la Cour de cassation (1), son identité est à redéfinir depuis que son office de « conseiller de la Cour » a été bouleversé par la Cour européenne des droits de l'homme (2).

1. Une institution assimilée à tort au parquet des juridictions du fond

12. Pour certains, l'intervention de l'avocat général de la Cour de cassation en QPC découlerait du second alinéa de l'article 23-1 de la loi organique relative à l'application de la

devant les formations de jugement de la Cour ».

QPC selon lequel : « devant les juridictions relevant de la Cour de cassation, lorsque le ministère public n'est pas partie à l'instance, l'affaire lui est communiquée dès que le moyen est soulevé afin qu'il puisse faire connaître son avis²² ». L'intervention du parquet devant les juridictions du fond impliquerait *a fortiori* celle de son émanation au sommet de l'ordre judiciaire. Ce raisonnement est sous-tendu par une logique d'appartenance du Parquet général de la Cour de cassation au parquet, appartenance pourtant discutée. Pour le premier avocat général Laurent Le Mesle : « On insistera jamais assez [...] sur le fait qu[le parquet de la Cour de cassation] n'est pas un parquet, c'est à dire qu'il n'est doté d'aucun de ces attributs qui constituent à la fois les éléments fondateurs et les signes distinctifs du ministère public devant les juridictions du fond²³ ». L'ambiguïté originelle de l'institution est tout entière résumée dans cette assertion ; véritable curiosité institutionnelle, le parquet du quai de l'Horloge et les autres parquets n'auraient que le nom en partage. L'assimilation s'avère d'autant plus aisée qu'elle apparaît logique ; à l'instar du siège de la Haute Cour, son parquet serait l'autorité unificatrice des parquets de France. Il est notable à ce titre de constater que les historiens du droit distinguent rarement l'histoire du Parquet de la Cour de celle du ministère public²⁴.

13. Pourtant, depuis sa création, le Parquet général de la Cour de cassation répond à des problématiques et enjeux distincts de ceux des parquets des juridictions du fond. L'histoire de l'institution est consubstantielle à celle de la Cour de cassation auprès de laquelle il officie, non à celle du parquet.

14. Le Parquet général est né avec le Tribunal de cassation, en 1790, au temps de l'utopie de la loi claire et de la méfiance envers les juges²⁵. Ce Tribunal est donc conçu non comme une juridiction, mais comme un appendice du Corps législatif chargé de veiller à la bonne application de la loi par les juges du fond²⁶. Autrement dit, le Tribunal n'a jamais connu de questions de fait et ne connaissait pas non plus, à l'origine, de questions de droit, dans la mesure

²² Article 23-1 de la loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009, relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

²³ L. LE MESLE, « Le parquet et l'accès à la Cour de cassation, in *L'accès au juge de cassation, colloque du 15 juin 2015*, Paris : société de législation comparée, 2015, p. 310.

²⁴ Ex : J-M. CARBASSE, *Histoire du parquet*, Paris : PUF, 2000 ; C. BOUGLÉ, « Au cœur 'des traditions mystérieuses' de la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, 2006, p. 1991.

²⁵ P. BÉZIO, « Discours du Procureur général près la Cour de cassation », *Bicentenaire de la Cour de cassation*, La documentation française, 1991, p. 173.

²⁶ J-F. WEBER, *La Cour de cassation*, Paris : La documentation française, 2010, coll. Les études de la documentation française, p. 179.

où l'on considérerait la loi capable d'embrasser toutes les situations juridiques. Tout office jurisprudentiel étant exclu, la fonction du Tribunal différait substantiellement de celle des juges qu'elle avait précisément pour objet de contrôler, à la manière d'un contre-pouvoir.

15. À l'image du Tribunal auprès duquel il est institué, le Parquet général est une « sentinelle établie pour le maintien de la loi²⁷ » chargé de déférer les éventuels débordements des juges à la censure du Tribunal et de veiller à l'application universelle et uniforme de la loi en prenant soin de bannir toute interprétation, considérée comme une substitution du juge au législateur²⁸. Pour réaliser cette mission, lui fut ouverte la possibilité de former un pourvoi dans l'intérêt de la loi²⁹ et d'user du recours pour excès de pouvoir³⁰. Les avocats généraux n'ont donc jamais exercé de poursuites, même en matière criminelle.

16. Quand l'utopie de la clarté de la loi s'est érodée, la mission de la Cour de cassation s'est transformée. Demeurant une instance de contrôle des juridictions de l'ordre judiciaire, son office a pourtant changé de nature, au profit d'une autorité d'interprétation de la loi. Ainsi, la Cour de cassation, instituée pour empêcher l'interprétation de la loi, est devenue la juridiction suprême d'interprétation de la loi.

17. Les avocats généraux de la Cour de cassation ont accompagné cette évolution³¹, étudiant dans leurs avis la volonté du législateur, recherchant la finalité d'une réglementation pour en préconiser la bonne interprétation. Depuis, le rôle des avocats généraux est de veiller à l'exacte application de la loi auprès des chambres civiles, commerciale, sociale et pénale de la Cour de cassation, en donnant leur avis personnel sur le mérite des moyens présentés à l'appui du pourvoi.

18. L'évolution concomitante du siège et du parquet de la Cour de cassation dans un office d'interprétation de la loi a structuré l'organisation du processus décisionnel du quai de l'Horloge, associant intimement le second aux travaux du premier³². Pendant la phase d'instruction du pourvoi, les avocats généraux avaient accès à tous les documents établis par

²⁷ J-C. MARIN, « Le rôle de l'avocat général », *Justice et cassation*, 2014, p. 229.

²⁸ P. BÉZIO, « Discours », *art. cit.*

²⁹ Loi du 27 novembre - 1er décembre 1790.

³⁰ Constitution de 1791.

³¹ P. BÉZIO, *art. cit.*

³² J-F. WEBER, *La cour de cassation*, *art. cit.*, p. 179.

les conseillers rapporteurs, permettant une intervention circonstanciée dans les dossiers où elle s'avérait utile. Ils disposaient du rapport qui rappelait les données du pourvoi, de la note du rapporteur dans laquelle ce magistrat du siège retraçait toutes ces recherches et proposait une solution au litige ainsi que les différents projets d'arrêts établis par lui. Avant l'audience, les avocats généraux participaient à la conférence préparatoire où le président de la chambre, le doyen et l'avocat général débattaient les projets d'arrêts et suggéraient d'éventuels compléments d'instruction. Enfin, après avoir conclu publiquement sur les affaires, ils assistaient silencieusement au délibéré, leur apportant une connaissance intime de la jurisprudence de leur chambre.

19. À l'instar de la Cour de cassation, son Parquet général est régi par la pratique. L'organisation de la Cour par l'usage caractérise l'institution depuis ses origines, au point que Tarbé des Sablons suggérait déjà en 1840 de recourir à « l'histoire de la Cour, d'interroger les doctrines des anciens, de consulter leurs traditions³³ » pour clarifier son organisation. Cette administration coutumière persiste de nos jours, la conférence préparatoire, élément essentiel du processus décisionnel, ne figure dans aucun texte³⁴.

20. Le Parquet général de la Cour de cassation s'est développé en pratique comme une institution hybride. En tant qu'émanation du quai de l'Horloge, le Parquet général s'est distingué dès l'origine des autres parquets par sa fonction. Pourtant, en tant qu'émanation du parquet au sein de la plus Haute juridiction de l'ordre judiciaire, ses membres étaient principalement recrutés parmi des magistrats ayant exercé auprès des juridictions du fond. Le parcours des avocats généraux a teinté la fonction d'un reflet de ministère public, renforçant l'ambiguïté entre la fonction d'avocat général, distincte de celle du ministère public, et ses titulaires, qui en étaient issus³⁵.

21. L'organisation coutumière de la Cour de cassation a cependant pour défaut de laisser perdurer un écart fondamental entre les textes régissant le fonctionnement de son Parquet général et la réalité de celui-ci, décalage venant accentuer le trouble existant sur l'appartenance du Parquet général au parquet en général.

³³ A-P. TARBÉ DES SABLONS, *Lois et règlements à l'usage de la Cour de cassation*, Paris : Roret, 1840, p. V.

³⁴ J-C MARIN, « Le rôle de l'avocat général », *art. cit.*, p. 234.

³⁵ Sous l'impulsion de Jean-Louis Nadal et de ses successeurs, la politique de recrutement du Parquet général s'est depuis diversifiée.

22. En pratique, et à l'extrême inverse des autres parquets, le Parquet de la Cour de cassation se caractérise par son horizontalité. En effet, les avocats généraux sont indépendants et autonomes, ils ne sont soumis, ni au garde des Sceaux, ni au Procureur général qui ne peut leur donner d'instructions. N'exerçant pas l'action publique, ils remplissent, depuis l'origine, une mission de contrôle de la bonne interprétation de la loi en toute indépendance.

23. Malgré son indépendance de fait, le Parquet général de la Cour de cassation est sans cesse renvoyé à son appartenance au parquet, péché originel dont découle l'applicabilité des textes instaurant le principe hiérarchique. En effet, les articles 432-1 et suivants du code de l'organisation judiciaire qui régissent l'organisation du Parquet général de la Cour de cassation consacrent l'appartenance des avocats généraux au parquet. Cette qualification entraîne leur nomination sur proposition du ministre de la justice, après avis simple de la formation du parquet du Conseil supérieur de la magistrature, et l'applicabilité de l'article 5 du statut de la magistrature³⁶, plaçant les magistrats du parquet sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchique et sous l'autorité du garde des Sceaux, et de l'article 43³⁷ définissant la faute disciplinaire du magistrat du parquet qui s'apprécie « compte tenu des obligations qui découlent de sa subordination hiérarchique », ou encore l'exclusion du représentant du parquet du délibéré des formations de jugement. L'appellation d'avocat général renvoie, selon certains, à une figure d'accusateur, raison pour laquelle nombre d'avocats généraux préconisent d'en changer le nom³⁸, à la façon du commissaire du gouvernement devenu rapporteur public. Les appels à mise en cohérence des textes avec la pratique du Parquet général de la Cour de cassation restent à ce jour sans réponse et l'ambiguïté persiste.

³⁶ Article 5 de l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

³⁷ Article 43 de l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

³⁸ J-C. MARIN, « le rôle de l'avocat général », *art. cit.*, M. EZRATTY, avocate générale à la Cour de cassation, Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, 6 janvier 1988 ; J-F. BURGELIN, « la paille et la poutre », *Dalloz*, 2004, p. 1249 ; R. DE GOUTTES, « La situation à la Cour de cassation », in *Le ministère public et les exigences du procès équitable*, I. PRINGENT, F. SUDRE (Dir.), Bruxelles : Bruylant, 2003, p. 63.

2. Une institution redéfinissant son office

24. Faisant suite à une décision similaire contre la Belgique³⁹, la Cour européenne des droits de l'homme exclut en 1998 l'avocat général de la Cour de cassation du délibéré des juges⁴⁰. Tout en reconnaissant l'indépendance et l'impartialité de l'avocat général de la Cour de cassation, la Cour de Strasbourg a considéré que l'expression d'un avis à l'audience en faveur d'une partie et, partant, en défaveur de l'autre, plaçait l'avocat général dans une situation identique à celle d'une partie. Dès lors, en vertu du principe d'égalité des armes⁴¹, l'avocat général ne peut avoir accès à des documents dont les parties n'auraient pas connaissance. L'avocat général et les parties devraient ensemble bénéficier ou non des documents préparatoires de la Cour.

25. L'ambivalence de la motivation de l'arrêt est à l'image de celle de l'institution. Pourtant, à compter du 1er octobre 2001, les avocats généraux n'ont plus été admis à assister au délibéré des chambres. Le bureau de la Cour de cassation a mis en application cet arrêt en interdisant aux avocats généraux l'accès aux travaux préparatoires que sont le rapport, la note et le projet d'arrêt⁴². Placé dans la même situation, le Conseil d'État, communique toujours ses documents préparatoires aux rapporteurs publics. À la Cour de cassation, les avocats généraux de la Cour de cassation sont également exclus de la conférence préparatoire dont l'objet est précisément d'analyser les projets établis par les rapporteurs⁴³.

26. En 2005, Jean-Louis Nadal, Procureur général de la Cour de cassation nouvellement installé, prend acte de la mise en conformité de l'institution avec les exigences européennes et redéfinit les « missions⁴⁴ » de l'avocat général qui doivent être, selon lui de porter un regard éclairé et lucide sur l'évolution des problèmes humains et sociaux, d'entretenir des relations fortes et durables avec les institutions de la société civile, de devenir une « force doctrinale » et d'assurer le travail d'irrigation des travaux de la Cour de cassation vers les juridictions⁴⁵. Les successeurs au poste de Procureur général s'inscriront dans la lignée de Jean-Louis Nadal.

³⁹ CEDH, 30 oct. 1991, *Borgers c. Belgique*.

⁴⁰ CEDH, 31 mars 1998 *Reinhardt et Slimane Kaïd c. France*.

⁴¹ Principe découlant du procès équitable, garanti par l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

⁴² Ces documents ne lui sont plus communiqués depuis le 1er février 2002.

⁴³ J-F. WEBER, *La Cour de cassation, op. cit.*, p. 181.

⁴⁴ J-L. NADAL, Discours prononcé lors de l'audience solennelle de rentrée 2005 de la Cour de cassation.

⁴⁵ *Ibidem*.

27. Réaffirmées par les Procureurs généraux successifs, les nouvelles missions du parquet de la Cour ont également été consacrées légalement. La loi sur la modernisation de la justice du XXI^e siècle a ajouté un troisième alinéa à l'article 432-1 du code de l'organisation judiciaire portant sur le rôle du Parquet général de la Cour de cassation, selon lequel « il rend des avis dans l'intérêt de la loi et du bien commun. Il éclaire la Cour sur la portée de la décision à intervenir ».

28. Pour le Parquet de la Cour, il y a un avant et un après l'arrêt Slimane Kaïd, la Cour européenne des droits de l'homme a tant bouleversé la mission de l'institution que sa reconstruction semble être une priorité pour les Procureurs généraux depuis 2000. Pourtant, la fonction de l'avocat général demeure inchangée. Depuis sa création jusqu'à ce jour, l'avocat général est chargé de rendre des avis sur la pertinence des pourvois présentés à la Cour. Malgré la permanence de sa fonction⁴⁶, le bouleversement atteint l'institution dans son essence, certains préconisant de fondre le parquet de la Cour de cassation au sein de son siège. Au-delà de la fonction, c'est l'office de l'avocat général qui a été atteint par la Cour de Strasbourg.

29. L'office est l'étendue et le mode d'exercice des fonctions en vue de la réalisation d'une mission⁴⁷, la conjonction entre le but de l'institution et son action concrète que Maurice Hauriou nomme « idée d'œuvre⁴⁸ ». L'office dépasse donc la fonction pour englober sa finalité et la façon dont l'acteur concrétise cette finalité dans son action. La notion d'office attribue donc une large place à l'acteur, c'est à dire à son action, mais aussi à son influence. Ainsi, la notion d'office englobe la finalité de l'institution, sa fonction concrète et son titulaire agissant comme un lien entre les deux.

30. La redéfinition de l'office de l'avocat général relève d'un choix politique, raison pour laquelle Jean-Louis Nadal affirme que « sa politique doit être lisible [...] pour avoir une réelle utilité sociale ». Il s'agit de réinterpréter la fonction de l'avocat général au regard d'un nouvel

⁴⁶ La fonction étant définie par le dictionnaire Trésor de la Langue française comme : Activité déterminée dévolue à un élément d'un ensemble ou à l'ensemble lui-même. Activité, attribution déterminée, afférente à un emploi, à une charge.

⁴⁷ C-É. SÉNAC, *L'office du juge constitutionnel : étude du contrôle de constitutionnalité par les juridictions françaises*, Issy les Moulineaux, LGDJ, p. 29, à propos de l'office du juge.

⁴⁸ M. HAURIOU, « La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté, cahiers de la Nouvelle journée n°23*.

objectif institutionnel à définir. Néanmoins, malgré le nouvel article 432-1 du code de l'organisation judiciaire et les discours des Procureurs généraux redéfinissant la mission du Parquet général, force est de constater que cette mission affirmée n'est pas concrétisée par les avocats généraux, les consultations extérieures et les études d'impact demeurant rares.

31. L'autonomie des avocats généraux, caractéristique du Parquet de la Cour, conduit à une grande hétérogénéité des pratiques, chacun exerçant sa fonction à sa manière. Tandis que règne une certaine confusion sur le contenu de l'office de l'avocat général, les finalités poursuivies par chacun s'emmêlent et se chevauchent, nuisant à la lisibilité de l'ensemble et entraînant une inertie dans la reconstruction de l'idée d'œuvre de l'institution.

32. La problématique du Parquet général de la Cour de cassation comprend donc différents aspects ; la question de son statut, de son recrutement, de sa légitimité et de son rôle dans le processus décisionnel. Les réponses à ces questions doivent être conjuguées autour d'un objectif, d'une finalité qui pourra être concrétisée par les avocats généraux dans l'exercice de leur fonction.

33. Il s'agit, par cette recherche, de contribuer à la redéfinition de l'office de l'avocat général. Son office ne se confond ni avec le statut, ni avec la légitimité, ni avec le rôle dans le procès ou l'acte de rendre un avis⁴⁹, l'office comprend tous ces aspects tout en les transcendant par une finalité, une mission. L'office de l'avocat général apparaît comme le point nodal de la problématique du parquet de la Cour ; de la redéfinition de cet office, concrétisé par les avis, découlera leur rôle dans le processus décisionnel, leur légitimité et leur statut.

B. La spécificité de l'intervention de l'avocat général en QPC

34. L'abrogation de la base légale de l'intervention du Parquet général en QPC n'a soulevé aucune interrogation. Pour les magistrats de la Cour de cassation, la fonction de « conseiller » de l'avocat général s'exercera en contentieux constitutionnel comme ailleurs ; les articles 432-1 et 432-3 du code de l'organisation judiciaire, prévoyant que le Parquet général porte la parole devant les formations de jugements de la Cour, s'appliqueraient en QPC. Les magistrats de la

⁴⁹ Pour paraphraser la formule d'A. GARAPON, *La prudence et l'autorité, l'office du juge au XXIe siècle - Rapport de l'IHEJ*, mai 2013, p. 15.

Haute Cour entendus pour cette étude, au siège comme au parquet, ont pu d'ailleurs exprimer leur étonnement à l'idée d'une spécificité du rôle de l'avocat général en QPC. Pourtant, l'influence de la QPC sur le Parquet général de la Cour de cassation apparaît inévitable (1) et cette procédure est susceptible de contribuer à la redéfinition de l'institution (2).

1. L'inévitable influence de la QPC sur l'office de l'avocat général

35. L'idée, communément admise à la Cour de cassation, que l'office de l'avocat général demeurerait indifférent à la QPC, a pourtant de quoi étonner d'un point de vue constitutionnel dans la mesure où tous les acteurs de la procédure ont vu leur office profondément bouleversé par le nouveau contentieux.

36. Le rôle du Parlement, tout d'abord, s'est trouvé largement impacté par le contentieux constitutionnel *a posteriori*⁵⁰. Lorsque l'abrogation de la disposition jugée inconstitutionnelle est différée à une date ultérieure, le travail législatif est contraint par le délai fixé par Montpensier, quand il ne n'est pas également limité par le détail de la motivation de la décision⁵¹. Les avocats ont vu leurs pratiques sensiblement évoluer avec l'institution de la nouvelle procédure entre modification des réflexes contentieux et adoption de nouvelles stratégies au bénéfice de leurs clients⁵². L'office des juges du fond⁵³ et de leur parquets⁵⁴ furent également renouvelés par l'exercice du filtre de la QPC, sans parler des juridictions suprêmes, sujet largement débattu par la doctrine⁵⁵.

⁵⁰ O. DORD, « La QPC et le Parlement : une bienveillance réciproque », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, n°38, p. 23.

⁵¹ J. BENETTI, « Les incidences de la QPC sur le travail législatif. D'une logique de prévention à une logique de correction des inconstitutionnalités », *Constitutions*, 2011, n°1, p. 42.

⁵² E. PIWNICA, « Le rôle des avocats dans le traitement de la question préjudicielle de constitutionnalité », *Petites affiches*, 25 juin 2009, n° 126, p. 32 ; J-B. PERRIER, « L'avocat face à la question prioritaire de constitutionnalité : enjeux d'une pratique professionnelle », *AJ pénal*, 2010, p. 122.

⁵³ *Nature de l'office du juge de première instance et d'appel dans l'appréciation du sérieux d'une QPC, filtrage ou contrôle de constitutionnalité ? Étude réalisée par l'Université Montpellier 1, CERCOP*, Mission de recherche Droit et justice, 2012, disponible sur le site www.gip-recherche-justice.fr ; L. BRIAND, A. BONNET, « Le contentieux constitutionnel devant les juridictions judiciaires du fond : 1er semestre 2013 », *Gazette du Palais*, 2013, n° 248, p. 6.

⁵⁴ C. ROBACZEWSKI, « Le rôle ambigu du parquet », in *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée?*, Paris : institut universitaire Varenne, collection Colloques & Essais, 2015, p. 80 ; L. BRIAND, « Quel rôle pour le procureur de la république dans le contentieux constitutionnel? », *Gazette du Palais*, 2011, n° 347, p.8 ; L. BRIAND, « Le principe du contradictoire et l'avis du ministère public sur les QPC », *Gazette du Palais*, 2014, n° 171-172, p. 12.

⁵⁵ Entre autres : G. TOULEMONDE, I. THUMEREL, D. GALATI, « Les juridictions suprêmes renforcées dans leur office de cour suprême », in *La QPC, le procès et ses juges. L'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, Paris : Dalloz, 2013, p. 282 ; A. ROBLOT-TROIZIER, « La QPC, le Conseil d'État et la Cour

37. Avec la QPC, la Cour de cassation est devenue juge constitutionnel de droit commun. Si le législateur n'a pas voulu confier le contrôle de constitutionnalité aux juges ordinaires⁵⁶, « la vie institutionnelle montre que tout filtre s'érige nécessairement en puissance, même contre son gré⁵⁷ ». Le système de filtrage conduit mécaniquement à faire basculer l'essentiel du contrôle de constitutionnalité entre les mains des juges judiciaires et administratifs. Pour apprécier le sérieux d'une QPC, les juges opèrent le même raisonnement que celui du juge constitutionnel : déterminer le sens de la norme constitutionnelle invoquée par le justiciable, évaluer la gravité de l'atteinte portée par la disposition législative contestée et examiner la qualité et la pertinence de l'objectif d'intérêt général justifiant cette atteinte. En qualité de Cour suprême de l'ordre judiciaire, la Cour de cassation contrôle souverainement le périmètre de compétence du Conseil constitutionnel.

38. Cette nouvelle compétence a également substantiellement bouleversé l'office traditionnel de la Cour de cassation. Jadis souveraine dans son office d'interprétation de la loi, elle se trouve avec la QPC concurrencée par le Conseil constitutionnel. L'extension du contrôle de constitutionnalité à sa jurisprudence fut un véritable choc pour le quai de l'Horloge⁵⁸, les réserves d'interprétations du Conseil constitutionnel constituant d'authentiques interprétations de la loi se substituant aux siennes.

39. Les bouleversements de la Cour de cassation ne peuvent laisser indemnes le Parquet général de la Cour de cassation, tant leur office est lié. Le siège et le parquet de la Cour sont héritiers d'une tradition légicentriste. En 1790, le constituant a confié au Tribunal de cassation la haute mission de vérifier l'exacte application par les juges placés sous son autorité.

de cassation », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, n°40, p. 56 ; N. MAZIAU, « Nouveaux développements dans la mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité », *art. cit.* ; N. MAZIAU, « L'appréhension de la Constitution par la Cour de cassation au travers de l'analyse de son mode de contrôle », *art. cit.* ; M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « L'appréciation, par les cours suprêmes, du caractère sérieux de la question de constitutionnalité », *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Paris : Institut universitaire Varenne, 2015, p. 29.

⁵⁶ D. ROUSSEAU, P-Y. GAHDOUN, J. BONNET, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 2013 », *RDP*, janvier 2014, n°1, p. 207 ; S-J. LIEBER, D. BOTTEGHI, « Le juge administratif, juge constitutionnel de droit commun ? », *AJDA*, 2010, p. 1355 ; P. DEUMIER, « Sources du droit interne », *RTD civ.*, 2010, p. 505.

⁵⁷ T. FOSSIER, « Comprendre le refus de transmission de questions prioritaires de constitutionnalité par la chambre criminelle de la Cour de cassation », *Constitutions*, 2012, p. 94.

⁵⁸ N. MOLFESSION, « La résistance immédiate de la Cour de cassation à la QPC », *Pouvoirs*, 2011/2, n° 137, p. 83.

40. « Pour bien marquer l'autorité et le commandement de la loi, qui s'imposent au juge, la Glorification de la loi, œuvre maîtresse de Paul Baudry, orne le plafond de la Grand'Chambre de la Cour avec cette devise : *Lex imperat*. La loi commande au juge, qui n'a qu'un devoir - l'appliquer dans sa lettre et dans son esprit. Pourtant, désormais, dans ce décor, il est soutenu chaque semaine que la loi, toutes les lois, des plus anciennes aux plus récentes, sont contraires à des principes incorporés au bloc de constitutionnalité au gré des circonstances. La 'sentinelle de la loi' est ainsi invitée à dénoncer la loi elle-même⁵⁹ ».

41. Ainsi, la QPC bouleverse le rapport à la loi dont le Parquet général est tout autant dépositaire que le siège de la Cour de cassation. Les suggestions de modification de l'intitulé de la fonction d'avocat général pour « commissaire de la loi⁶⁰ », « avocat de la loi⁶¹ », « défenseur de la loi⁶² » soulignent ce lien consubstantiel. Le nouvel article 432-1 du code de l'organisation judiciaire, modifié par la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle, consacre le lien à la loi comme l'essence de l'office de l'avocat général : « Il rend des avis *dans l'intérêt de la loi* et du bien commun ». À ce titre, la mise en cause de la loi par la QPC est une révolution culturelle pour le Parquet de la Cour autant que pour son siège. Avant 2008, les avocats généraux rendaient des avis dans l'intérêt de la loi, ils sont depuis tenus de rendre des avis dans l'intérêt de la Constitution. D'autant plus que, contrairement au Conseil d'État, rôdé au contrôle de la hiérarchie des normes, cet office est étranger au quai de l'Horloge. L'application du droit européen présente sur ce point une différence fondamentale avec l'exercice du filtre de la QPC, dans la mesure où le premier ne conduit jamais le juge à interpréter définitivement la norme nationale dans un sens compatible avec les règles supranationales, ni à l'expulser de l'ordre juridique, mais seulement à ne pas l'appliquer au cas d'espèce⁶³.

42. Au regard de l'histoire de la Cour de cassation et de ses habitudes, la révolution de la QPC n'a pu que modifier l'office de l'avocat général. Pour reprendre la formule de Pierre

⁵⁹ Audition du Premier président LAMANDA, 1 septembre 2010, Rapport de la commission des lois constitutionnelles relatif à la loi organique n°19-1523 (QPC), n° 2338.

⁶⁰ M. EZRATY, Audience solennelle de la rentrée 1988 de la Cour de cassation.

⁶¹ R. DE GOUTTES, « La situation à la Cour de cassation », in *Le ministère public et les exigences du procès équitable : actes du colloque du 15 novembre 2002*, I. PRINGEL, F. SUDRE (éditeurs scientifiques), Bruxelles : Némésis Bruylant, 2003, p. 63.

⁶² J-C. MARIN, « Le rôle de l'avocat général », *Justice et cassation*, 2014, p. 229.

⁶³ T. FOSSIER, « Comprendre le refus de transmission de questions prioritaires de constitutionnalité par la Chambre criminelle de la Cour de cassation », *Constitutions*, 2012, p. 94.

Bézio, ancien Procureur général de la Cour décrivant la façon dont le parquet du quai de l'Horloge avait accompagné l'évolution du siège vers la plénitude de son contrôle quand l'utopie de la clarté de la loi s'est émoussée : « Comment aurait-il pu en être autrement⁶⁴ ? ».

43. Néanmoins, la QPC n'a pas produit les mêmes effets sur le siège et le parquet de la Cour de cassation. Le siège s'est rapidement inquiété de la mise en place du contentieux de la QPC, pressentant que son office interprétatif serait concurrencé par le Conseil constitutionnel. Pour sa part, le Parquet général accueillit la réforme avec enthousiasme. Ne participant pas à l'élaboration de la jurisprudence, il fut préservé des inquiétudes et réserves du siège. Par conséquent, de sa propre initiative, le Parquet général est devenu l'acteur principal de la QPC à la Cour de cassation. Dès les premiers renvois, les avocats généraux rendirent des avis très nourris et prirent l'initiative d'établir un tableau de suivi des QPC⁶⁵ qui figure aujourd'hui sur le site du Conseil constitutionnel. Durant la délicate période de mise en place de la nouvelle voie de droit, le Parquet général a ouvert le dialogue avec le Palais de Montpensier, devenant l'interlocuteur principal du Conseil constitutionnel à la Cour de cassation. Les avocats généraux n'étant pas soumis au devoir de réserve, la communication avec le Conseil constitutionnel n'en fut que plus fructueuse⁶⁶.

44. Le récit des premiers mois de la QPC souligne à quel point la QPC a impacté différemment le siège et le parquet de la Cour. Cette différence s'explique par la distinction de leurs enjeux institutionnels. Le siège de la Cour s'est trouvé concurrencé dans son office d'interprète suprême de la loi contrairement au Parquet général dont les enjeux institutionnels n'ont pas souffert de la mise en place de la nouvelle voie de droit.

⁶⁴ P. BÉZIO, Discours prononcé lors du bicentenaire de la Cour de cassation, *La documentation française*, 1991, p. 179.

⁶⁵ Ce tableau comprend un lien vers la décision et l'historique du dossier. Il était diffusé régulièrement à l'ensemble de la Cour de cassation.

⁶⁶ P. CHEVALIER, ancien avocat général à la première chambre civile et ancien chargé de mission du Procureur général, entretien réalisé le 5 juillet 2017.

2. La QPC comme outil de positionnement institutionnel

45. Au-delà de l'influence naturelle de la QPC sur le Parquet de la Cour, cette procédure est une opportunité de redéfinition institutionnelle à saisir. Avec la QPC, les « cartes institutionnelles » sont rebattues. Le filtre renforce les Cours suprêmes en leur attribuant la compétence de la compétence du Conseil constitutionnel, mais fait également apparaître un risque de divergence entre Cour suprême et juges du fond dont la portée sera décuplée par les enjeux constitutionnels⁶⁷. Le Conseil constitutionnel ou la doctrine pouvant se prévaloir de la décision du premier juge pour contester le bien-fondé de celle du second. De même, entre les juges français et les juges européens « les termes de l'équation ne peuvent pas ne pas avoir varié⁶⁸ » avec l'introduction de la QPC, du fait de son caractère prioritaire.

46. Les institutions ne sont pas des objets bouleversés par la QPC - élément extérieur, elles sont actrices de la redéfinition de leur rôle par la procédure constitutionnelle, utilisant la nouvelle voie de droit pour servir des finalités qui leur sont propres. Loin d'être un *donné*, la nouvelle position de chaque institution résulte d'une stratégie politique.

47. Dans un premier temps, la Cour de cassation a interprété son rôle de filtre dans un sens fort distinct du Conseil constitutionnel, investissant son rôle de juge constitutionnel négatif au point d'être accusée de se substituer à Montpensier⁶⁹. Depuis, le filtre est toujours employé par le quai de l'Horloge comme un outil au service de ses évolutions jurisprudentielles⁷⁰. Le Conseil d'État a, pour sa part, adopté une conception instrumentale de la QPC consistant à l'influencer de l'intérieur⁷¹.

48. La Cour de justice et l'Union européenne et le Conseil constitutionnel ont tous deux adopté une attitude conciliante⁷², le premier en jugeant compatible la priorité de la question

⁶⁷ D. ROUSSEAU, « La question prioritaire de constitutionnalité : un big-bang juridictionnel ? », *RDP*, 2009/3, p. 631.

⁶⁸ D. DE BECHILLON, « Cinq cours suprêmes ? apologie (mesurée) du désordre », *Pouvoirs*, 2011/2, n° 137, p. 33.

⁶⁹ N. MAZIAU, « Les 'bonnes raisons' de la Cour de cassation (à propos des arrêts de l'assemblée plénière rendus le 20 mai 2011 en matière de question prioritaire de constitutionnalité », *Recueil Dalloz*, 2011, p. 1775.

⁷⁰ N. MAZIAU, « Nouveaux développements dans la mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité : le filtre au service des évolutions jurisprudentielles de la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, 2011, p. 2811.

⁷¹ A. ROBLOT-TROIZIER, « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'État. Vers la mutation du Conseil d'État en juge constitutionnel de la loi », *RFDA*, 2011, p. 691.

⁷² P. DE MONTALIVET, « QPC et 'dialogue des juges' », *RFDC*, 2018/4, n° 116, p. 919.

constitutionnelle avec le droit de l'Union européenne⁷³, le second en formant pour la première fois un recours préjudiciel devant la Cour de Justice⁷⁴. La Cour européenne des droits de l'homme est susceptible de modifier encore une fois l'équation dans la mesure où un refus de renvoi pourrait être considéré comme une atteinte au « droit à un tribunal⁷⁵ ».

49. Dans ce jeu institutionnel, la QPC est un outil. Son utilité variant en fonction des intentions de chaque acteur, justiciable, Cours suprêmes ou Conseil constitutionnel. Dans cette optique, le Parquet général pourrait également utiliser la QPC comme un outil au service de ses objectifs institutionnels. La souveraineté accordée aux Cours suprêmes dans l'exercice du filtre est une opportunité tant pour le siège que pour le parquet de la Cour de cassation, bien que leurs fonctions en son sein soient distinctes. De plus, le Parquet général pourrait bénéficier du fort potentiel légitimant de la question prioritaire de constitutionnalité, qui associe la garantie des droits fondamentaux à l'intérêt général de respect de la hiérarchie des normes.

50. Ainsi, il s'agit par cette recherche d'apprécier la spécificité du rôle des avocats généraux en QPC et de souligner le potentiel de ce contentieux comme outil de redéfinition de leur office.

II. Méthode de l'étude

51. La démarche retenue découle de la spécificité du sujet et se fonde, en premier lieu, sur *l'analyse de 1153 avis* rendus par les avocats généraux sur l'opportunité de la transmission des QPC au Conseil constitutionnel, entre janvier 2011 et décembre 2015, auprès des six chambres de la Cour de cassation⁷⁶. L'analyse de cet échantillon met en lumière la spécificité de l'intervention de l'avocat général dans l'exercice du filtre de la QPC, se distinguant à la fois des procédures de droit commun et des autres acteurs de la procédure constitutionnelle, notamment du conseiller-rapporteur.

⁷³ CJUE, 22 juin 2010, Melki et Abdelli.

⁷⁴ Cons. Const., Dec. n°2013-314 QPC, 4 avril 2013, Jeremy F.

⁷⁵ D. ROUSSEAU, « La question prioritaire de constitutionnalité : un big-bang juridictionnel ? », *art. cit.*

⁷⁶ 113 avis des avocats généraux officiant auprès de la première chambre civile, 153 avis pour la seconde et 81 avis pour la troisième chambre civile, 122 avis pour la chambre commerciale, 584 avis des avocats généraux à la chambre criminelle et 100 avis pour la chambre sociale.

52. Néanmoins, l'étude ne pouvait se limiter à l'analyse des avis QPC, ceux-ci n'étant que le produit de l'office de l'avocat général et non cet office lui-même. Cet examen laisse néanmoins entrevoir l'indétermination de cet office, l'hétérogénéité de l'échantillon suggérant la variété des conceptions du rôle de l'avocat général par les femmes et les hommes qui l'exercent.

53. Aussi, l'étude de l'office de l'avocat général se devait d'être complétée par *des entretiens avec des avocats généraux* permettant d'appréhender la façon dont ils investissent leur rôle⁷⁷. À travers ces témoignages se dessinent les contours de l'exercice réel de l'office d'avocat général, de la production de l'avis à leur place dans le processus décisionnel de la Cour de cassation. Ces entretiens furent également riches d'enseignements sur les représentations que les avocats généraux se font de leur fonction, représentations à la fois subjectives et fondamentales dans la mesure où l'office se définit comme le rapport entre les fonctions concrètes et les finalités poursuivies.

54. Ce tableau nécessitait d'être étayé par *le témoignage de magistrats du siège de la Cour de cassation*⁷⁸ relatant la pratique des avocats généraux de leur chambre et leurs propres représentations de l'office actuel de l'avocat général, ainsi que des perspectives d'évolution souhaitées⁷⁹. L'hétérogénéité des représentations de cet office souligne l'indétermination de l'identité d'un Parquet général en cours de réorganisation.

55. Ces discours furent analysés et interprétés au regard des enjeux et potentialités du contentieux de la QPC, afin d'en extraire des réponses à un sujet qu'aucun des magistrats entendus n'envisageait de prime abord comme tel. La mise en perspective de l'office de l'avocat général avec la QPC fit pourtant apparaître de nombreux échos entre l'institution et la procédure. Les objectifs poursuivis par la réforme (garantie des droits et apurement de l'ordre juridique des normes inconstitutionnelles) ne sont pas sans rappeler le rôle de l'avocat général

⁷⁷ Ont été entendus dans le cadre de cette étude : le Procureur général de la Cour de cassation, cinq premiers avocats généraux, trois avocats généraux et deux avocats généraux référendaires officiant dans chacune des six chambres de la Cour.

⁷⁸ Un président de chambre, un ancien président de chambre et deux conseillers, officiant dans quatre chambres distinctes de la Cour de cassation.

⁷⁹ Pour rendre compte de ces représentations, fut adopté un point de vue externe rendant compte du point de vue interne des sujets de droit, appelé point de vue « externe modéré » par F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, « De la scène au balcon. D'où vient la science du droit ? », in *Normes juridiques et régulation sociale*. F. CHAZEL, J. COMMAILLE (Dir.), Paris : LGDJ, 1991, p. 67.

d'œuvrer « dans l'intérêt du bien commun⁸⁰ » et leur pluridisciplinarité⁸¹ semble les prédisposer à un contentieux impliquant un regard transversal. Afin d'éclairer l'utilité spécifique de l'avocat général en QPC, *les autres acteurs du procès constitutionnel furent entendus*⁸², révélant la diversité des emplois de l'avis QPC de l'avocat général à l'extérieur du quai de l'Horloge⁸³.

III. Hypothèse et plan

56. Au regard de l'analyse des avis et des entretiens, il est possible de poser comme hypothèse que les avis des avocats généraux dans le contentieux de la QPC ont une spécificité qui les distingue des avis rendus dans le contentieux ordinaire et que cette spécificité pourrait contribuer à redéfinir le positionnement institutionnel des avocats généraux. Autrement dit, les rapports entre le Parquet général et la QPC se conjuguent en présent et au conditionnel.

57. Au présent, les développements qui suivent proposent un état des lieux de la façon dont la QPC a impacté l'office de l'avocat général. L'analyse expose les nouvelles compétences attribuées au parquet de la Cour de cassation par la procédure, et, avec elles, une utilité de l'avis renouvelée par ses rapports avec de nouveaux destinataires propres à ce contentieux. L'influence de ces nouvelles compétences sur la mission originelle de l'avocat général a également été évaluée, sur le plan substantiel tout d'abord, la QPC mettant en exergue des compétences préexistantes, mais aussi sur le plan procédural dans la mesure où la QPC modifie le rôle de l'avocat général dans le processus décisionnel de la Cour de cassation.

58. Au conditionnel, la présente recherche prend pour hypothèse que la QPC pourrait être un outil de redéfinition de l'identité et du positionnement institutionnel du Parquet général. La parenté entre l'objectif poursuivi par la réforme et le rôle affirmé du Parquet général comme défenseur du bien commun pourrait être exploitée par celui-ci comme outil de redéfinition de son image autour de celle d'un gardien des droits indépendant. De plus, la procédure de la QPC

⁸⁰ Article 432-1 du code de l'organisation judiciaire.

⁸¹ Impliquée par un nombre d'avocats généraux inférieur aux conseillers de la chambre à laquelle ils sont rattachés.

⁸² Notamment le Secrétaire général du Conseil constitutionnel, le chargé de mission QPC au Secrétariat général du gouvernement et deux avocats au Conseil.

⁸³ Furent également entendus, dans l'optique d'une appréhension globale de l'utilité de l'avis en dehors de la Cour de cassation, le Service de la Documentation et des études compétent pour diffuser les avis, et des éditeurs juridiques les publiant régulièrement.

offrirait une opportunité de repositionnement institutionnel du Parquet général vis-à-vis du siège de la Cour de cassation, du ministère public et du Conseil constitutionnel. En proposant sa politique constitutionnelle, le Parquet général pourrait gagner en visibilité et en légitimité.

59. Ainsi, l'office de l'avocat général s'est trouvé transformé par la QPC, susceptible à son tour de transformer son office. Autrement dit, d'un côté le Parquet général se trouve saisi par la QPC, de l'autre, la QPC pourrait être saisie par le Parquet général. Toute l'analyse proposée repose sur la superposition de ces deux temporalités, du constat des changements résultant de la QPC aux possibilités que ce contentieux ouvre à l'institution.

60. Dans la mesure où l'office se définit comme la façon dont la finalité d'une institution est concrétisée par ses acteurs, rendre compte de la façon dont la QPC contribue et peut contribuer à reconstruire l'office de l'avocat général implique une prise en compte du mouvement de tous les termes de l'équation. La fonction de l'avocat général est transformée par l'introduction de la QPC et sa mission est susceptible d'être redéfinie par elle. Tributaire de la mouvance de ces deux éléments, l'office de l'avocat général en QPC est difficile à appréhender. Deux approches complémentaires permettent d'en saisir la teneur. L'analyse du produit tangible de l'office de l'avocat général en QPC, l'avis, associée à l'étude de l'aspect immatériel de l'office, le rôle de l'avocat général. Dès lors, il convient d'évaluer la spécificité des avis des avocats généraux dans le contentieux de la QPC (Première partie) afin de comprendre comment ces avis peuvent transformer le rôle des avocats généraux dans le paysage institutionnel français (Seconde partie).

PREMIERE PARTIE.

L'AVIS DE L'AVOCAT GENERAL RENOUVELE PAR LA QPC

61. En matière de QPC, les avocats généraux de la Cour de cassation sont chargés de rendre des avis sur l'opportunité du renvoi des questions au Conseil constitutionnel. Ces avis sont le produit de l'office de l'avocat général et, à ce titre, en révèlent de nombreux aspects.

62. Dans le contentieux de la QPC comme dans le contentieux ordinaire, l'avocat général rend des avis. S'il y a nécessairement des points communs dans la production des conclusions, l'analyse des avis rendus dans le contentieux de la QPC fait apparaître des spécificités qui dépendent elles-mêmes de la nature différente des contentieux. Dans le contentieux ordinaire, l'avocat général rend des avis dans l'intérêt de la loi, mais dans le contentieux de la QPC, les avis sont rendus dans l'intérêt de la Constitution.

63. Ainsi, les avis des avocats généraux dans le contentieux QPC ont, comme dans le contentieux ordinaire, un apport juridictionnel. En qualité de « conseillers » des juges du siège, les avocats généraux cultivent l'art de la persuasion. Leur argumentaire se distingue des rapports objectifs du rapporteur pour se rapprocher d'une plaidoirie. Associée aux objectifs de la QPC, cette caractéristique peut contribuer à redéfinir l'identité du Parquet général autour d'une image de défenseur des droits (Chapitre 1).

64. Mais les avis des avocats généraux dans le contentieux de la QPC sont davantage marqués par leur apport doctrinal que les avis rendus dans les autres contentieux. Les développements dédiés à l'analyse de la disposition contestée s'apparentent souvent à des exposés académiques, tant par leur contenu que par leur format. Ce faisant, les avocats généraux témoignent d'une indépendance comparable à celle des universitaires. En permettant aux avocats généraux de contester la loi et la jurisprudence qui s'y rattache, la QPC renforce l'image d'indépendance de l'institution (Chapitre 2).

65. Enfin, les avis des avocats généraux dans le contentieux de la QPC révèlent un apport méthodologique utile pour le droit constitutionnel. En qualité de conseiller constitutionnel, le Parquet général se saisit de l'interprétation des notions et méthodes de ce nouveau contentieux avec d'autant plus de liberté qu'il est moins soumis à l'autorité de Montpensier que le siège du quai de l'Horloge. Ainsi, la procédure constitutionnelle offre aux avocats généraux une nouvelle compétence qui renouvelle son office (Chapitre 3).

CHAPITRE 1. L'APPORT JURIDICTIONNEL DE L'AVIS RENOUVELE PAR LA QPC

66. En QPC comme dans les pourvois de droit commun, l'office juridictionnel de l'avocat général est un office de conseil, matérialisé par l'expression, écrite et orale, d'un avis servant à éclairer la formation de jugement sur la solution à adopter. Dans le cadre du contentieux constitutionnel *a posteriori*, les avis révèlent la nature ambiguë du filtrage. Le style réquisitorial et la façon de défendre une opinion rapprochent l'office juridictionnel de l'avocat général de celui d'un avocat. Cette caractéristique, combinée à la QPC ayant pour objet la garantie des droits des justiciables, pourrait contribuer à redéfinir l'image des avocats généraux comme « gardiens des droits » (Section 1).

67. Au sein du raisonnement tenu par les avocats généraux, l'argument du respect de la chose filtrée se démarque par sa spécificité. Révélée par ce document préparatoire, l'importance du précédent dans le raisonnement des juges du filtre souligne l'office de juge constitutionnel de droit commun de la Cour de cassation. L'usage averti de ces précédents par les avocats généraux peut également devenir un outil de positionnement institutionnel du Parquet général (Section 2).

Section 1. La défense d'une opinion constitutionnelle

68. En matière de QPC, l'avocat général est tenu de préconiser le renvoi ou le non-renvoi de chaque QPC présentée à la Cour de cassation. Dès lors, sa mission repose sur sa capacité à convaincre le juge du siège du bien-fondé de sa proposition. Le caractère subjectif du raisonnement, rendu visible dans ces travaux préparatoires, lève l'ambiguïté sur la nature du filtrage en contribuant à révéler la malléabilité des conditions de renvoi (§1). De plus, en usant de rhétorique et d'argumentation, juridique ou extra-juridique, l'avocat général se positionne comme le « défenseur » d'une position, comme un « avocat du droit » (§2).

§1. L'avocat général révélateur de la logique du filtrage

69. L'ambiguïté de la nature de l'office de filtrage est apparue dès la mise en place du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. L'analyse des décisions de renvoi et de non-renvoi par la doctrine a progressivement confirmé la liberté d'appréciation laissée aux cours suprêmes en matière de QPC (I). L'étude des avis des avocats généraux corrobore cette conclusion et en révèle la portée. La malléabilité des conditions de transmission est rendue évidente au travers des raisonnements des avocats généraux (II).

I. La nature ambiguë du filtrage

70. Le raisonnement des avocats généraux retranscrit dans les avis se distingue de celui présenté dans les arrêts de transmission ou de non transmission des QPC. En suivant une forme syllogistique, les renvoient une image d'objectivité du raisonnement⁸⁴. Les critères de renvoi sont énumérés dans l'ordre et appliqués au cas d'espèce, donnant l'illusion d'une déduction logique. Néanmoins, de nombreux auteurs ont souligné l'écart entre le formalisme du raisonnement sous forme de syllogisme et la réalité du raisonnement juridique⁸⁵. « Le raisonnement syllogistique n'est pas cette mathématique simpliste, séduisante par sa rigueur, qu'on a parfois présentée⁸⁶ », « à l'apparence d'une lecture de la loi toute de certitude et de stricte logique juridique, affichée dans les motifs, s'oppose dans les motifs des motifs une discussion vaste, mesurée, où le doute rivalise avec la conscience des enjeux, où les solutions sont multiples et également fondées, où l'état insaisissable du droit mêle au contexte économique et social⁸⁷ ». Loin de la déduction logique présentée dans l'arrêt, le raisonnement juridique se caractérise par la mise en balance d'une pluralité de solutions envisagées parmi lesquelles un choix est opéré à l'issue d'un « va-et-vient d'arguments qui implique des prises de position, des jugements de valeur, ce qu'ils ont de *relevant* ou d'*irrelevant*⁸⁸ dans une situation donnée, la portée de leur généralisation et de leur insertion dans un système juridique

⁸⁴ F. MALHIÈRE, *La brièveté des décisions e justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation) : contribution à l'étude des représentations de la justice*. Paris : Dalloz, 2013, p. 49 et s.

⁸⁵ C. PERELMAN, *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, Paris : Dalloz, 1999, 2^e ed., p. 135 s.

⁸⁶ Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, LGDJ, 1972, p.54.

⁸⁷ P. DEUMIER, « les motifs des motifs des arrêts de la Cour de cassation. Études des travaux préparatoires », *Principes de justice, Mélanges en l'honneur de Jean-François Burgelin*, Paris : Dalloz, 2008, p. 130.

⁸⁸ Pertinent ou non pertinent.

qui caractérise le raisonnement juridique⁸⁹ ». La solution est donc le produit d'un choix, d'une volonté.

71. Si le contentieux constitutionnel n'échappe évidemment pas à ce phénomène, une ambiguïté persiste s'agissant de l'opération de filtrage des QPC par les Cours suprêmes. Lors de l'introduction de la QPC, le Parlement a affirmé le caractère concentré du contrôle, en accord avec la tradition européenne en matière de contrôle de constitutionnalité : « Le Conseil constitutionnel a le monopole du contrôle de constitutionnalité des lois, [...] les juridictions suprêmes n'ont pas la tâche d'apprécier la constitutionnalité de la disposition législative ni son interprétation⁹⁰ ». L'usage du terme « ordinaire » pour qualifier les juges du filtre est à ce titre significatif, employé pour le distinguer du juge spécialisé qu'est le Conseil constitutionnel, la notion de juge ordinaire ne se définit qu'en négatif. Le juge du filtre est celui *qui n'exerce pas* la justice constitutionnelle⁹¹. Cette définition en creux de la fonction des juges administratifs et judiciaires dans le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* entraîne une confusion sur la nature de leur office. N'exerçant pas de contrôle, la sélection des questions par les Cours suprêmes apparaît comme une opération objective, ce dont témoigne l'emploi du terme de « filtre », désignant un objet.

72. Pourtant la subjectivité de l'opération de filtrage fut rapidement mise en lumière⁹². La malléabilité des critères de transmission des questions au Conseil constitutionnel fut employée par les Cours suprêmes pour servir des objectifs propres à leur institution, entre politique jurisprudentielle et positionnement au sein d'une « guerre des juges ». L'expérience des débuts de la QPC prouve que l'appréciation des critères de filtrage est subjective et qu'elle peut constituer un outil au service d'une finalité autre que constitutionnelle, notamment au service

⁸⁹ C. PERELMAN, *Le champ de l'argumentation*, Bruxelles : Presses universitaires de Bruxelles, 1970, p. 138.

⁹⁰ Rapport n°2838 sur l'évaluation de la Loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, fait par Jean-Luc WARSMANN au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'Administration générale de la République, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 5 octobre 2010.

⁹¹ L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN et al., *Droit constitutionnel*, Paris : Dalloz, 2010, p. 227-228.

⁹² D. SIMON, A. RICHAUX, « La priorité de la QPC : harmonie(s) et dissonance(s) des monologues juridictionnels croisés », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n°29 (dossier QPC), octobre 2010, disponible en ligne ; A. ROBLOT-TROIZIER, « La QPC, le Conseil d'État et la Cour de cassation », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°40 (dossier le Conseil constitutionnel, trois ans de QPC), juin 2013, disponible en ligne ; M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « L'appréciation, par les cours suprêmes, du caractère sérieux de la question de constitutionnalité », in *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée*, Paris : Institut universitaire Varenne, 2015, p. 29.

de la promotion d'une institution. Dans ce contexte, les avis des avocats généraux révèlent la nature du filtrage.

II. L'avis révélateur de la malléabilité du filtrage

73. À l'instar des litiges de droit commun⁹³, les avis des avocats généraux révèlent la réalité du raisonnement juridique à l'œuvre lors du filtrage des QPC. Le raisonnement ainsi mis à jour n'est ni syllogisme, ni syllogisme inversé⁹⁴, mais une argumentation « orientée⁹⁵ ». L'avis matérialise le choix - inhérent à la fonction de juger - entre plusieurs solutions envisageables. Au-delà de la description de l'état du droit et de l'exposé des solutions possibles, l'avis propose une argumentation au service de laquelle les données juridiques et extra-juridiques deviennent des outils. En matière de QPC, les avis des avocats généraux mettent à jour la grande subjectivité de l'application des critères de filtrage.

74. Ainsi, les avis des avocats généraux lèvent le voile sur la réalité de l'opération de filtrage, tributaire d'une subjectivité équivalente à celle constatée dans les litiges de droit commun. Les données juridiques ne produisent pas par elles-mêmes la solution du litige, elles sont utilisées comme des arguments au service d'un raisonnement. Le texte et l'intention de son auteur deviennent des arguments d'autorité, le contexte historique, les comparaisons et les références doctrinales sont autant d'outils au service d'une argumentation. Au-delà des arguments juridiques, des arguments de fait peuvent intervenir dans le raisonnement pour asseoir la pertinence d'une solution. À cet égard, les avis des avocats généraux rendent compte d'une réalité juridictionnelle en matière de QPC.

75. Dès lors, l'opération de filtrage se révèle subjective et les critères de transmission, malléables. Les avis témoignent de cette subjectivité et contribuent à enterrer le mythe de la préservation du contrôle concentré de constitutionnalité malgré l'instauration de ce système de sélection des QPC par un filtrage extérieur au Conseil constitutionnel. La lecture de ces

⁹³ P. DEUMIER (Dir.), *Le raisonnement juridique, recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, Paris : Dalloz, 2013.

⁹⁴ P. DEUMIER, « Synthèse », *Le raisonnement juridique, recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, P. DEUMIER (Dir.), Dalloz, 2013, p. 250 : Le syllogisme inversé partirait de la solution que l'on souhaiterait obtenir pour reconstruire l'argumentation y menant.

⁹⁵ *Ibidem*.

documents préparatoires met en lumière la dimension subjective de la décision de transmission ou de non-transmission d'une QPC au Conseil constitutionnel.

§2. L'avocat général défenseur d'une position

76. Par leur contenu et par leur style, les avis des avocats généraux se rapprochent matériellement de plaidoiries ou de réquisitions du ministère public. Ce style réquisitorial ne se retrouve dans aucun autre document préparatoire et participe de la spécificité de l'office de l'avocat général (I). Le contenu de l'avis met en lumière le caractère argumentatif du raisonnement. Il ne s'agit pas pour l'avocat général de lister de façon exhaustive l'ensemble des données susceptibles de contribuer à la résolution du litige mais d'argumenter le choix d'une solution (II). La subjectivité du positionnement attendu de l'avocat général contribue à façonner l'image d'un défenseur, image souhaitée par le Parquet général.

I. Le style réquisitorial de l'avis

77. Les avocats généraux sont entièrement libres dans leur office, le contenu des avis en témoigne par l'hétérogénéité de leur style. Néanmoins, la récurrence des avis s'apparentant à des réquisitoires écrits tisse un lien entre l'avocat général de la Cour de cassation et son homologue devant les juridictions du fond. Cette caractéristique fréquente contribue à distinguer l'avis du rapport. Produit d'une culture institutionnelle, le style réquisitorial de l'avis découle également de la mission de « conseiller du décideur » légalement dévolue à l'avocat général, le rendant tributaire de sa capacité à persuader les juges du bien-fondé de ses préconisations. Partant, les avocats généraux font usage de rhétorique. Leur liberté de ton et le vocabulaire évocateur et riche en adjectifs qualificatifs utilisé distingue l'avis du rapport. Si l'avis du conseiller et son ou ses projets de décision sont couverts par le secret du délibéré et resteront donc inaccessibles, la première partie du rapport témoigne d'une différence dans l'approche du raisonnement juridique. Le ton des avocats généraux est imprégné de la logique persuasive qui les anime comme l'illustrent ces deux exemples issus d'avis en QPC :

« La vraie difficulté tient à ce que les collectivités territoriales, qui ne peuvent provoquer l'engagement des poursuites, ne peuvent davantage exercer une action en diffamation devant les juridictions civiles. Toutefois, à supposer que l'on puisse voir

dans cette restriction, qui n'est pas spécifique, une atteinte à leur libre administration, il ne nous semble pas que, compte tenu de son caractère circonscrit, elle puisse être regardée comme excessive [...] il nous paraît même douteux que l'on puisse considérer que l'impossibilité pour les collectivités territoriales d'engager une action en justice aux fins de demander réparation d'une diffamation dont elles auraient été victimes affecte leur capacité à s'administrer librement⁹⁶ ».

« L'atteinte portée par le texte à la liberté de conscience et de religion ne saurait [...] être sérieusement retenue dans la présente matière, sauf à faire un amalgame entre une religion particulière et le terrorisme. Il convient à cet égard de ne pas se placer sur le plan des faits reprochés au prévenu, qui peuvent apparaître de modeste importance, mais sur celui du texte dont la censure est demandée. [...] L'absence de distinction entre la provocation suivie d'effet et la provocation non suivie d'effet est par ailleurs tout à fait justifiée en cette matière, dans la mesure où il s'agit de réprimer une stratégie de djihad médiatique, dont l'effet est atteint par la diffusion même du message, susceptible de conduire à l'auto-radicalisation de personnes sans qu'il soit possible de déterminer, dans la masse, quel message prosélyte précis a entraîné l'engagement de la personne et a donc été ou non suivi d'effet. Il est donc erroné de soutenir que les deux types de provocation sont radicalement différentes, sauf à méconnaître la spécificité du prosélytisme terroriste⁹⁷ ».

78. La liberté de ton des avocats généraux dans ces deux avis rapproche leurs conclusions de discours, s'apparentant parfois à de véritables retranscriptions écrites de réquisitions orales prononcées à l'audience, comme en témoigne cet avis :

« Nous ne suivrons pas le demandeur dans ses prétentions selon lesquelles 'en clair on a le droit de se porter tort à soi-même sans être puni par la loi à l'exception du non port de la ceinture de sécurité ou du casque, qui coûte cher à la société'. En effet, la politique préventive et sanitaire de lutte contre la drogue et la toxicomanie ne coûte-t-elle pas également cher à la société auprès des familles, dans les établissements scolaires, pour les services de secours, chez les thérapeutes, dans le secteur hospitalier et associatif ?

⁹⁶ Avis de l'avocat général DESPORTES, QPC n° 13-90.020, chambre criminelle, 21 août 2013, n° 431.

⁹⁷ Avis de l'avocat général LAGAUCHE, chambre criminelle, QPC n° 15-90.017, 14 octobre 2015, n° 143.

Ne constatons-nous pas souvent une escalade dans l'usage des produits, des drogues dites douces aux drogues dites dures ? Le décrochage scolaire n'est-il pas souvent lié à l'usage de stupéfiants, notamment le cannabis ? Doit-on se borner à n'écouter que le discours individualiste de l'adulte qui a maîtrisé sa consommation qu'il définit comme récréative ou stimulante alors qu'il ne peut être une référence aux yeux des parents désarmés pour sortir leurs adolescents ou jeunes adultes de l'emprise de la drogue dans laquelle ils risquent de s'enfermer pendant de nombreuses années et de gâcher leur vie ? L'usage des stupéfiants ne conduit-il pas souvent à la revente et à la propagation de ces produits illicites et nocifs à la santé et à la structuration de l'individu ? Leur trafic illicite lié à leur usage par toutes les classes d'âge ne génère-t-il pas d'énormes profits illicites faussant les repères et les équilibres de la vie sociale, et déstabilisant l'économie dans ses zones grises une fois ré-injectés après diverses étapes du processus de blanchiment ? Soit autant de questions que l'on ne peut éluder. Dans bon nombre de domaines, les règles de vie en société nécessitent une régulation des comportements par la définition de limites dans l'intérêt autant individuel que collectif ; les infractions à la législation sur les stupéfiants sont un tout, le produit étant interdit et non commercialisable, de l'usage à l'important; dans ce contexte, le droit à la vie dans un esprit et un corps sains et l'objectif de santé publique qui tend à le garantir justifient par conséquent l'interdiction de consommation des drogues illicites, la répression soumise au cas par cas à l'appréciation du juge avec toute la gamme diversifiée des peines prononçables ne pouvant être considérée comme disproportionnée par rapport à l'importance de l'enjeu individuel et social. C'est pourquoi nous estimons que cette QPC est dépourvue de sérieux ; d'où un avis de non-lieu à renvoi⁹⁸ ».

79. La force de persuasion déployée dans cet avis est accentuée par les arguments utilisés, davantage d'ordre rhétorique que juridique. Certains avocats généraux soulignent d'ailleurs l'importance - signifiée par les présidents de chambre - de leur présence à l'audience pour faire entendre leur point de vue malgré l'avis écrit, témoignant de la primeur de la force de conviction, mieux transmise à l'oral. L'usage d'une accentuation à l'écrit, équivalent de l'emphase employée à l'oral, corrobore l'importance de la persuasion dans l'office de l'avocat général :

⁹⁸ Avis de l'avocat général GAUTHIER, chambre criminelle, QPC 12-90.071, 6 février 2013, n°38.

« Le fait que les auteurs de la QPC ne soient pas à l'origine des enregistrements contestés et qu'ils aient pris le soin, avant leur diffusion, d'expurger ou d'éviter les passages pouvant concerner la vie privée des personnes entendues à leur insu est sans portée sur la protection absolue dont ces derniers doivent bénéficier. *Une tierce personne, fût-elle un organe de presse, qui revendique le droit de publier tout ou partie de ces enregistrements, au nom de la liberté d'expression et de communication, ne peut s'ériger en censeur de ce qui relève ou non de la vie privée des personnes entendues pour s'affranchir du grief d'atteinte à l'intimité de la vie privée*⁹⁹. Pas davantage l'organe de presse n'aurait vocation à distinguer, dans la masse des enregistrements qui lui seraient transmis, les informations qui lui paraîtraient dignes d'un débat public et celles qui ne le seraient pas sous couvert du respect de l'intimité de la vie privée¹⁰⁰ ».

80. Spécificité de l'office de l'avocat général, ce style réquisitorial peut contribuer à redéfinir leur identité comme « avocat du droit¹⁰¹ ». Cette modification sémantique¹⁰², souhaitée par le Parquet général, vise à rompre avec une dénomination trompeuse au profit d'une dénomination en accord avec leur véritable mission. Le choix des termes « avocat¹⁰³ » et « défenseur¹⁰⁴ » révèlent une volonté de la part du Parquet général de redéfinir sa mission autour d'une image de défenseur « du » droit. En institutionnalisant une procédure de garantie « des » droits et libertés, le contentieux constitutionnel *a posteriori* fait directement échos à cette image. Dès lors, la combinaison du style réquisitorial et du contentieux de la QPC est susceptible de renforcer l'image de « défenseur » du Parquet général.

À l'instar du style réquisitorial, le choix de l'argumentation par les avocats généraux témoigne d'un souci de convaincre qui semble animer les avocats généraux, à la manière de défenseurs.

⁹⁹ En caractères gras dans l'avis.

¹⁰⁰ Avis de l'avocat général CAILLAU, première chambre civile, QPC n° 13-21.929,5 février 2014, n° 134.

¹⁰¹ J.F. BURGELIN, « La paille et la poutre », *Recueil Dalloz*, 2004, p. 1249.

¹⁰² Variant de « commissaire de la loi », à « défenseur de la loi » ou « avocat de la loi ».

¹⁰³ R. DE GOUTTES, « La situation à la Cour de cassation », in : *Le ministère public et les exigences du procès équitable*, I. PRINGEL, F. SUDRE (Dir) ; Bruxelles : Bruylant, 2003, p. 63.

¹⁰⁴ J.C. MARIN, « Le rôle de l'avocat général », *Justice et cassation*, 2014, p. 230.

II. Le choix de l'argumentation par l'avocat général

81. Au-delà du ton employé, le contenu de l'avis se distingue par son caractère argumentatif. Contrairement au rapport présentant une compilation exhaustive des données utiles à la résolution de l'affaire, l'avis met en exergue les arguments pouvant emporter la conviction. Les éléments de fait et de procédure sont rappelés succinctement, les premiers critères balayés lorsqu'ils sont remplis : « les deux premières conditions étant remplies et le critère de la nouveauté ne pouvant être valablement retenu, reste à déterminer si la QPC est ou non sérieuse¹⁰⁵ ». Il est très souvent renvoyé explicitement au rapport du conseiller-rapporteur pour un exposé complet et exhaustif sur ces points. À l'instar des critères de filtrage, les moyens soulevés par le requérant sont traités de façon différenciée selon leur pertinence. L'analyse se concentre sur les éléments litigieux posés par l'affaire, au détriment des moyens jugés manifestement non-sérieux.

82. Loin de l'exhaustivité du rapport, l'avis de l'avocat général argumente une position, organisant son argumentaire pour maximiser son effet persuasif. La méthode consistant à énumérer puis à réfuter tous les arguments contraires à la position défendue est fréquemment utilisée par les avocats généraux. Cette technique rhétorique efficace distingue l'avis d'une analyse objective des critères de la QPC comme il en figure dans la partie publique du rapport¹⁰⁶.

83. Sous la plume de l'avocat général, les données deviennent des arguments. La référence à la lettre du texte ou à l'intention du législateur n'est pas simplement un fait mais un argument d'autorité, fort de l'importance du droit écrit dans notre système juridique. Le contexte

¹⁰⁵ Avis de l'avocat général SASSOUST, chambre criminelle, QPC n° 14-80.552, 26 septembre 2014, n° 531.

¹⁰⁶ Avis de l'avocat général DESPORTES, chambre criminelle, QPC n° 13-90.020, 21 août 2013, n° 431 : « On peut tout d'abord songer à justifier cette distinction par la nécessité de protéger la liberté d'expression. Le filtre du ministère public serait nécessaire pour éviter que ne soient engagées des poursuites susceptibles de perturber le libre débat démocratique [...] néanmoins cet argument nous apparaît peu convaincant. On observera que la diffamation envers les parlementaires, fonctionnaires ou agents dépositaires de l'autorité publique peut être poursuivie sur la plainte de la partie lésée. Or pour la plupart, ces diffamations s'inscrivent également dans le débat public [...]. Une deuxième justification pourrait tenir au fait que, contrairement à la personne physique 'touchée dans sa chair par des propos diffamatoires' les personnes morales ne subiraient pas une atteinte d'une gravité telle. [...] Cette justification apparaît cependant très fragile, la Cour de cassation juge de longue date que l'article qui définit la diffamation s'applique aussi bien aux personnes morales qu'aux personnes physiques. [...] Enfin, il serait possible de justifier la compétence exclusive du ministère public en considérant la nature du droit auquel il est porté atteinte. C'est la justification la plus sérieuse ».

historique peut servir de « cadrage du réel¹⁰⁷ » en présentant la situation sous un angle particulier induisant un axe de résolution. En construisant un univers de référence partagé avec le lecteur de l'avis, les éléments de contexte historique créent des conditions d'acceptation de l'argumentation. Mis en lumière par Éliette Rubi-Cavagna dans une étude des avis hors QPC, cette conclusion est confirmée en matière de QPC¹⁰⁸. Au même titre, les comparaisons avec le droit européen sont employées pour souligner la cohérence ou l'incohérence du paysage juridique.

84. Le recours aux références doctrinales illustre ce double emploi des informations utiles à la résolution du litige, à la fois informatif et persuasif. Parfois citée par les avocats généraux pour dresser un état du droit, la doctrine peut aussi servir d'argument dans le raisonnement. La référence à une doctrine unanime dont l'expertise et le nombre fait autorité constitue un solide argument pour les avocats généraux. Les individus auteurs disparaissent alors derrière la critique formulée par eux d'une seule voix, l'abondance des citations renforçant chez certains l'impression d'unanimité¹⁰⁹. La force attribuée à l'argument provient alors de la validation par la doctrine anonyme et unanime. « La distinction ainsi opérée apparaît à bon nombre de commentateurs d'autant plus obsolète que la priorité n'est plus de protéger le transporteur mais le consommateur de transport et que l'exigence d'une faute prouvée a été abandonnée depuis longtemps en droit commun. Il est au surplus souvent observé qu'il s'agit davantage de réparer plutôt que de sanctionner¹¹⁰ ». Cette même logique d'argumentation par référence à l'autorité de la doctrine transparaît dans un autre avis de l'avocat général :

« Mais apparemment pertinente qu'elle paraisse, cette analyse n'emporte pas la conviction. Une doctrine constante et quasi unanime dénonce en effet avec force et de longue date le maintien d'une loi, qui a pu se justifier en son temps en raison du contexte historique dans lequel elle est intervenue, mais qu'elle considère désormais comme dépassée et archaïque. Certains y voient un régime légal obsolète porteur d'un nationalisme d'un autre temps et d'autant plus injustifié qu'il est source de multiples complications et qu'il paraît inadapté à faciliter le règlement des successions

¹⁰⁷ E. RUBI-CAVAGNA, « les arguments d'autorité » *Le raisonnement juridique - Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, Paris : Dalloz, 2013, p. 236.

¹⁰⁸ cf. Chapitre 2.

¹⁰⁹ Avis de l'avocat général LE BAUT, chambre criminelle, QPC n°14-81.249, 23 octobre 2014, n° 103.

¹¹⁰ Avis de l'avocat général MELLOTTÉE, première chambre civile, QPC n° 12-12.159, 2 juillet 2012, n° 370.

internationales. Il est également relevé que la loi incriminée met en œuvre des dispositions qui ne sont pas compatibles avec les conventions internationales auxquelles la France adhère ni avec notre propre ordre public interne qui interdisent une discrimination fondée sur la nationalité¹¹¹ ».

À l'inverse de cet usage fondé sur l'effet persuasif de l'unanimité, l'individualisation d'un auteur au sein de la doctrine peut servir d'argument pour personnifier l'analyse nouvelle à laquelle l'avocat général souscrit, opposée à la doctrine d'hier attribuée à une masse indéfinie d'auteurs : « On a pu pendant longtemps souligner les différences de régime selon que la mesure était prononcée par le juge pénal ou celui de la procédure collective. La plupart des différences ont aujourd'hui disparu au bénéfice d'un alignement du régime de la sanction pénale sur celui de la sanction commerciale telle que voulue par le législateur de 2005, c'est notamment ainsi qu'ont été unifiées les règles de durée de mesure ». Laurent Le Mesle cite alors l'ouvrage de référence en matière d'entreprises en difficulté et son auteur, nommément et dans le texte « qu'elle soit prononcée par le juge pénal ou par le juge civil, la faillite personnelle n'excède jamais quinze ans et la durée doit en être précisée par le juge¹¹² ».

85. La référence à un auteur faisant autorité auprès de la Cour de cassation, comme un Professeur honoraire des facultés de droit ayant officié au quai de l'Horloge, est précisée à dessein : « ainsi notre collègue Françoise Monéger constate-t-elle que la loi de 1819 est 'l'un des textes très critiqués par la doctrine du fait de son caractère nationaliste¹¹³ ». En faisant référence à Madame Monéger ainsi, « notre collègue », l'avocat général privilégie la proximité de l'auteur à la Cour de cassation à son titre de Professeur honoraire, ce qui paraît renforcer l'autorité de son propos.

86. La retranscription d'une formulation particulièrement évocatrice issue de la doctrine par l'avocat général lui permet de corroborer son point de vue afin d'emporter la conviction. Sur une QPC portant sur la notion de faute caractérisée, L'avocat général François Cordier

¹¹¹ Avis de l'avocat général MELLOTTÉE, première chambre civile, QPC n° 11-40.008, 17 mai 2011, n° 365.

¹¹² Avis de l'avocat général LE MESLE, chambre commerciale, QPC n° 16-40.208 du 28 juin 2016, in : *Les grandes conclusions du Parquet général de la Cour de cassation, op. cit.*

¹¹³ Avis de l'avocat général MELLOTTÉE, première chambre civile, QPC n° 11-40.008, 17 mai 2011, n° 365.

développe une longue argumentation au cours de laquelle il précise les contours de la notion avant de conclure :

« Entre la faute simple et la faute délibérée, la faute caractérisée constitue une faute d'imprudence, de négligence, de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité, manquement non délibéré revêtu d'une importance certaine, face à un risque d'une particulière importance qui ne pouvait être méconnu. Le Professeur Mayaud a pu écrire que 'la notion est utile, pour procéder d'une nuance qui a sa place parmi les défaillances constitutives de la non-intention'. Le législateur ne paraît donc avoir méconnu aucun des droits et libertés visés par le présent mémoire portant question prioritaire de constitutionnalité¹¹⁴ ».

87. La référence doctrinale apparaît dans cet avis comme un point d'orgue de l'argumentation, la formulation de l'auteur permettant de conclure la pensée de l'avocat général avec plus d'autorité, ce dont il tire conclusion de l'absence de sérieux de la question.

88. L'avis de l'avocat général Bailly relatif à la constitutionnalité de la consignation de l'indemnité d'expropriation en cas d'indices sérieux laissant présumer que l'expropriant ne pourrait recouvrer tout ou partie des sommes qui lui seraient dues¹¹⁵ est caractéristique de la logique argumentative à l'œuvre dans les conclusions. L'avocat général rappelle que la retenue conservatoire de certaines sommes dues à titre d'indemnités à la suite de l'aliénation forcée de biens n'était pas un motif d'inconstitutionnalité au regard de la jurisprudence du Conseil. Il explique les raisons de cette jurisprudence, en l'espèce la nécessité de préserver les deniers publics. L'avocat général souligne également que la formulation d'indices sérieux n'a pas été critiquée par le Conseil constitutionnel comme formant un vocable trop général. La comparaison avec les domaines voisins qui s'en suit s'inscrit dans une logique argumentative :

« Il relève du simple constat que la formule générale d'indices sérieux relève du lexique pénal et impose de fait d'adopter une posture inquisitoriale en matière d'appréciations des 'qualités' de l'exproprié, pour jauger de sa capacité à rembourser un éventuel trop-perçu d'indemnité. En d'autres termes, n'est-on pas fondé ici à considérer que pourrait

¹¹⁴ Avis de l'avocat général CORDIER chambre criminelle, QPC n° 12-87.059, 29 juillet 2013, n° 59.

¹¹⁵ Avis de l'avocat général BAILLY, troisième chambre civile, QPC n° 14-40.056, 16 décembre 2014, n° 478.

se manifester le risque, par le biais de cette nouvelle notion légale s'imposant au juge, de voir une rupture d'égalité entre personnes expropriées, les moins fortunées se trouvant *in concreto* les seules à présenter les 'indices sérieux' laissant supposer qu'elles pourraient ne pas restituer les sommes indûment perçues, ce qui aurait inévitablement pour conséquence de les exposer à être aussi les seules à ne pas percevoir immédiatement la globalité de l'indemnité? En effet, en inversant la perspective, quels pourraient être, face à un exproprié disposant de toutes les garanties financières, les 'indices sérieux' susceptibles de convaincre le juge à autoriser la consignation par l'expropriant d'une partie du montant de l'indemnité ? On se perd à tenter de définir un tel cas. Or précisément, cette difficulté n'apparaît pas pour les notions voisines 'd'indices graves ou concordants' ou de 'raisons plausibles de soupçonner' nécessaires pour justifier un placement en garde à vue, dont le juge peut faire un usage multiple, adapté à chaque cas d'espèce, en retenant des éléments divers, matériels ou plus subjectifs. ».

89. La comparaison avec les domaines voisins est utilisée par l'avocat général pour mettre en exergue la spécificité du cas d'espèce, le raisonnement *a contrario* sert à illustrer la pertinence de la solution préconisée. L'analyse *in concreto* à laquelle l'avocat général se livre témoigne de la prise en compte d'arguments de fait dans le raisonnement juridique.

90. La logique « argumentaire » des avocats généraux est partagée par leurs homologues au Conseil d'État¹¹⁶ et à la Cour de justice de l'Union européenne¹¹⁷. Elle caractérise la spécificité du Parquet général au sein de la Cour de cassation et peut être soulignée par la pratique dans une optique de mise en lumière de la fonction de « garant des droits » chère aux avocats généraux. La combinaison d'un argumentaire assumé et d'un style réquisitorial renforce considérablement l'image de défenseur des droits que semble vouloir reconstruire le Parquet général.

¹¹⁶ N. RAINAUD, *Le commissaire du gouvernement près le Conseil d'État*, Paris : LGDJ, 1996. p. 109 et s.

¹¹⁷ L. CLEMENT-WILZ, *La fonction de l'avocat général près la Cour de justice*, Bruxelles : Bruylant, 2011, p. 546.

Au sein du raisonnement subjectif tenu par les avocats généraux pour convaincre la formation de jugement, un argument se détache par sa singularité, il s'agit de l'autorité accordée aux précédentes décisions QPC rendues par la Cour de cassation sur une question similaire.

Section 2. La prise en compte de l'autorité de la chose filtrée

91. L'étude du raisonnement tenu par les avocats généraux met en lumière l'influence des précédentes décisions QPC de la Cour de cassation sur la solution préconisée dans le litige à trancher. Cette « autorité de la chose filtrée » se distingue de l'autorité de la chose jugée et du simple usage du précédent par la spécificité du contentieux constitutionnel *a posteriori* dans lequel elle est née (§1). L'autorité accordée à la chose jugée est hétérogène au sein des avis. Cette variété matérialise l'« outillabilité » du précédent de filtrage pouvant servir de nombreuses finalités juridictionnelles, jurisprudentielles et institutionnelles (§2).

§1. L'autorité de la chose filtrée : une notion révélée par les avis

92. Les fréquentes références aux décisions de transmission ou de non-transmission de QPC similaires à celle à trancher dans les avis témoignent de l'autorité du précédent de filtrage dans le raisonnement des magistrats de la Cour en matière de QPC. Distincte de l'autorité de la chose jugée, l'autorité de la chose filtrée s'attache à la disposition législative contestée (I). Cette autorité renforce l'idée selon laquelle les Cours suprêmes sont devenues, depuis l'entrée en vigueur de la QPC, des juges constitutionnels de droit commun. La pratique de l'autorité de la chose filtrée pourrait également modifier l'équilibre précaire de la QPC entre garantie des droits et apurement de l'ordre juridique (II).

I. La notion d'autorité de la chose filtrée

93. L'analyse des avis des avocats généraux en QPC a mis en lumière l'autorité conférée au précédent de filtrage (A), cette autorité de la chose filtrée transforme l'appréciation portée par la Cour sur une question de constitutionnalité en règle générale (B).

A. L'utilisation du précédent de filtrage révélée par les avis

94. L'analyse des avis des avocats généraux en matière de QPC a mis en lumière de fréquentes références aux précédentes décisions de transmission ou de non transmission rendues par la Cour de cassation dans des affaires similaires à celle qu'ils ont à trancher. Lorsque la Cour de cassation s'est déjà prononcée sur l'opportunité de la transmission d'une QPC au Conseil constitutionnel, l'avocat général le mentionne dans l'avis relatif à une QPC portant sur la même disposition ou sur une disposition analogue. La récurrence du recours à ces références met en lumière l'utilisation du précédent par la Cour de cassation dans le processus de filtrage des QPC.

95. Matériellement, l'avis commence par un rappel des faits et de la procédure, suivi de la question posée et d'une analyse critère par critère des conditions de renvoi de la QPC. Certains avocats généraux mentionnent la précédente décision de la Cour de cassation lors de l'examen du second critère de renvoi, d'autres au cours de l'étude du sérieux de la question. La mention de la décision de la Cour de cassation, ou la précision de l'inexistence de celle-ci dans la partie dédiée au second critère de renvoi de la QPC - aussi appelé « critère du précédent¹¹⁸ » - renforce l'analogie de cette pratique avec celle du précédent. Au regard de cette condition, la question est recevable dans la mesure où elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel¹¹⁹, afin d'éviter de juger deux fois la même affaire. Dès lors, la décision de non-censure du Conseil constitutionnel confère « une sorte de certificat de validité¹²⁰ » s'opposant à une nouvelle contestation. La mise en lumière de l'existence et de l'emploi d'un précédent en matière de filtrage nécessite d'en définir les contours.

¹¹⁸ J. BONNET, P.Y. GAHDOUN, *La question prioritaire de constitutionnalité*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2014, p. 54.

¹¹⁹ Article 23-2 de la loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

¹²⁰ J. BONNET, P.Y. GAHDOUN, *op. cit.* p. 55.

B. La circonscription de la notion d'autorité de la chose filtrée

96. Employé par les juges suprêmes français sans tabou¹²¹, l'utilisation du précédent dans le raisonnement judiciaire s'affirme désormais comme une pratique légitime, inhérente à la fonction de juger¹²². Néanmoins, l'application de la notion en matière de filtrage des QPC soulève certaines interrogations. Si l'utilisation des précédents de filtrage est hétérogène dans les avis, une forme d'autorité attachée aux décisions QPC transparaît de façon constante. Le précédent exerce une influence indéniable sur la réponse envisagée par les avocats généraux aux prétentions des requérants, parfois à la manière d'un argument d'autorité se substituant à tout autre. Dès lors, il est possible de se demander si les décisions QPC de la Cour de cassation sont revêtues de l'autorité de la chose jugée ?

97. L'autorité de la chose jugée est une notion fuyante. L'article 1355 du code civil attribue aux jugements une présomption de vérité légale interdisant leur remise en cause. L'autorité de la chose jugée se justifie par l'impératif de stabilité des rapports juridiques imposant une fin aux contestations et par la nécessité d'empêcher qu'une partie ne réitère le même procès dans le but de rectifier la décision initiale¹²³. Faite, selon Montesquieu, pour assurer la paix sociale et la tranquillité des familles, « la chose jugée sous tous ses aspects n'assure pas toujours la tranquillité d'esprit et la paix intérieure des magistrats de la Cour de cassation », ainsi que le relevait le Président Jean Buffet lors de la deuxième rencontre Université-Cour de cassation organisée le 24 janvier 2004 dans les locaux de la deuxième chambre civile¹²⁴. En effet, la notion est ambiguë. Vérité légale, l'autorité de la chose jugée n'est pas une vérité absolue¹²⁵ mais relative, s'attachant aux jugements susceptibles de recours. Son application ne souffre aucune systématisation ; la notion de cause, seconde condition de la « triple identité » fixée par l'article 1355, a été qualifiée par le Professeur Henry Motulsky de l'une des notions les plus absconses de la procédure civile¹²⁶. Le champ d'application de l'autorité de la chose jugée fait

¹²¹ C. RICHAUD, *Le précédent dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Institut universitaire Varenne, Coll. des thèses, 2016, p. 8.

¹²² S. LEBEDEL, *Le précédent dans les décisions des cours constitutionnelles, Étude comparée des expériences française, espagnole et italienne de justice constitutionnelle*, Thèse, Dactyl. Toulon, 2012 ; C. RICHAUD, *Le précédent dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*

¹²³ Autorité de la chose jugée, *jurisclasseur - procédure civile*, fascicule n° 554.

¹²⁴ *Ibidem.*

¹²⁵ J-P. DINTILHAC, « la vérité de la chose jugée », disponible sur le site www.courdecassation.fr

¹²⁶ H. MOTULSKY, « Pour une délimitation plus précise de la chose jugée en matière civile », *Recueil Dalloz*, 1968, citée par J-P. DINTILHAC, *op. cit.*

l'objet de nombreux débats doctrinaux, certains le limitant au seul dispositif quand d'autres l'élargissent aux motifs, distingués pour l'occasion entre motifs décisifs et décisives sans que cette tentative de systématisation n'éclaircisse le débat. La portée de la notion varie également selon qu'elle revête une forme active - invoquer pour fonder une action - ou passive - pour s'opposer à une nouvelle demande. L'autorité absolue de la chose jugée, théorisée pour justifier l'effet *erga omnes* de certains jugements comme l'annulation d'un acte pour excès de pouvoir ou les décisions rendues par le juge pénal, souffre des mêmes imprécisions de champ d'application et de portée, son application paraissant également variable en fonction des circonstances de l'espèce¹²⁷.

98. Dans sa définition originelle, la notion d'autorité de la chose jugée se transpose difficilement au contentieux constitutionnel. Certes, dans les litiges de droit commun opposant des parties, la sécurité juridique et l'objectif de canalisation des velléités de la partie déçue imposent de fixer une fin au litige par l'octroi d'une présomption de vérité légale à la décision judiciaire. Mais le litige constitutionnel oppose deux normes, non deux parties. Au regard de cette spécificité, la présomption de vérité attachée aux décisions constitutionnelles ne peut avoir pour objet de mettre fin à un litige interpersonnel, mais à un litige internormatif. Autrement dit, l'autorité de la chose jugée en matière constitutionnelle se définit moins dans son acception juridictionnelle que dans son acception jurisprudentielle.

99. Pour cette raison, le Conseil constitutionnel a développé une acception de l'autorité de la chose jugée sensiblement différente de sa définition initiale. Issue de l'article 62 de la Constitution¹²⁸, l'autorité attachée aux décisions du Conseil constitutionnel se distingue par son effet *erga omnes*, lié à l'objectivité du contentieux en cause¹²⁹. Le Conseil constitutionnel a développé une signification matérielle, substantielle, de l'autorité de la chose jugée¹³⁰. L'autorité de la chose jugée au sens constitutionnel ne se limite pas au seul dispositif mais s'étend aux motifs « qui en sont le soutien nécessaire et en constituent le fondement même¹³¹ »,

¹²⁷ J-P. DINTILHAC, « la vérité de la chose jugée », *op. cit.* ; Chose jugée, *jurisclasseur administratif*, fascicule n°1110.

¹²⁸ V. BACQUET-BRÉHAN, *L'article 62, alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958. Contribution à l'étude de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*. Paris : LGDJ, 2005.

¹²⁹ G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, Paris : PUF, 3ième ed., 2011, p. 620.

¹³⁰ M. HAULBERT, « l'extension de l'autorité des réserves d'interprétation aux dispositions analogues », *RFDA*, 2017, n°5, p. 882.

¹³¹ Cons. Const., Dec. n°62-18 L, 16 janvier 1962, Loi sur l'orientation agricole ; Cons. Const., Dec. n° 92-312 DC, 2 septembre 1992, Traité sur l'Union européenne.

incluant les réserves d'interprétation qui en sont l'archétype. Dans cette logique, le Conseil constitutionnel a élargi l'application de l'autorité de la chose jugée aux lois ayant un objet analogue, qui, bien que « conçue en termes distincts [...] a en substance un objet analogue à celle des dispositions législatives déclarées contraires à la Constitution¹³² ». Ces élargissements illustrent le caractère jurisprudentiel et normatif de l'autorité de la chose jugée en matière constitutionnelle. La porosité de la notion d'autorité de chose jugée avec la notion d'autorité de chose interprétée¹³³, pourtant définie par distinction à la première¹³⁴, contribue au flou qui l'entoure.

100. Au regard des difficultés de son application en droit commun et en droit constitutionnel et, si tant est qu'une essence de la notion puisse être dégagée, l'autorité de la chose filtrée ne se définit pas comme l'application de l'autorité de la chose jugée au filtre de la QPC. La notion d'autorité de la chose filtrée traduit l'autorité conférée au précédent de filtrage des QPC. En effet, la Cour de cassation semble attribuer une présomption de vérité légale à son appréciation du sérieux d'une question de constitutionnalité, présomption dépassant le litige interpersonnel pour s'attacher au litige internormatif. L'appréciation portée dans la QPC de référence devient un précédent dans la mesure où la norme juridictionnelle se transforme en norme jurisprudentielle, elle est « le produit poli de la norme juridictionnelle, extirpée du cas d'espèce et débordant le cadre des seules parties à l'égard desquelles la norme juridictionnelle a été conçue¹³⁵ ». Contrairement à la définition initiale de l'autorité de la chose jugée dont le triptyque d'application limite l'emploi aux parties en cause, l'autorité de la chose filtrée ne s'attache pas aux requérants mais à la norme, en l'espèce, la disposition législative contestée. En cela, l'autorité de la chose filtrée peut être présentée comme le pendant de l'autorité de la chose interprétée. Si l'autorité de la chose interprétée s'attache à l'interprétation des normes constitutionnelles par le Conseil, l'autorité de la chose filtrée s'attache à l'interprétation constitutionnelle des dispositions législatives par le juge du filtre.

¹³² Cons. Const., Déc. n° 89-258 DC, 8 janvier 1989, considérant 13 ; Cons. Const., n° 2013-682 DC, 19 décembre 2013, *Loi de financement de la sécurité sociale*.

¹³³ Voir : « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel », janv. 2014 (disponible sur www.conseil-constitutionnel.fr, rubrique « À la Une »). Dans le même sens : J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « De l'autorité à l'effectivité des décisions du Conseil constitutionnel. De quelques paradoxes de l'usage du formalisme et du pragmatisme juridiques », *Politeia*, n° 4, 2003, p. 25.

¹³⁴ M. DISANT, *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, Paris : LGDJ, 2010, p. 46.

¹³⁵ C. RICHAUD, *Le précédent dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 225.

II. L'autorité de la chose filtrée au cœur des ambiguïtés de la QPC

101. L'autorité de la chose filtrée met à jour le rapport ambivalent entre le Conseil constitutionnel et le juge du filtre en donnant au second un moyen juridictionnel et jurisprudentiel d'accroître son importance dans le paysage institutionnel (A). En transformant une solution particulière en règle générale, l'autorité de la chose filtrée semble faire prévaloir l'approche objective de la QPC sur son volet subjectif de garantie des droits. Néanmoins, les potentialités de l'outil sont variées. Le précédent de filtrage peut être utilisé pour favoriser ou entraver le contrôle objectif du Conseil constitutionnel (B).

A. L'autorité de la chose filtrée et l'ambiguïté de la place du filtre dans la QPC

102. L'utilisation du précédent par les juges du filtre ne peut surprendre dans la mesure où elle est inhérente à la fonction de juger¹³⁶. Néanmoins, l'emploi du précédent en QPC, par la Cour de cassation, révèle l'ambiguïté de la position du juge du filtre. En révélant l'autorité précédentielle conférée aux décisions de la Haute cour, cet usage confirme l'office de juge constitutionnel de droit commun dévolu *de facto* aux Cours suprêmes. En refusant de renvoyer au Conseil constitutionnel une question considérée comme « déjà jugée¹³⁷ », la Cour de cassation attribue-t-elle une forme de certificat de constitutionnalité à la disposition législative contestée ? La transformation d'une décision d'espèce en règle générale¹³⁸ amplifie l'impression que la constitutionnalité de la loi peut être tranchée au stade du second filtre. Si l'emploi d'un précédent peut-être souple, elle révèle néanmoins la part d'autonomie du juge du filtre dans le contrôle de constitutionnalité.

103. Le précédent est un véritable enjeu de pouvoir¹³⁹. S'il a été utile au Conseil constitutionnel pour affirmer son autonomie vis-à-vis du Conseil d'État¹⁴⁰, il peut être employé

¹³⁶ C. RICHAUD, *Le précédent dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*

¹³⁷ Avis de l'avocate générale LE DIMNA, chambre criminelle, QPC n° 14-87.279, 8 décembre 2014, n° 197.

¹³⁸ Selon l'autorité dévolue au précédent.

¹³⁹ Selon Michel Verpeaux, l'utilisation du précédent est « au cœur de la réflexion sur la place du Conseil au sein ou à côté des autres juridictions et des pouvoirs et, en définitive, sur sa légitimité » M. VERPEAUX, « Brèves considérations sur l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n°30, 2011, p. 14.

¹⁴⁰ C. RICHAUD, *Le précédent dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*

par les juridictions suprêmes pour affirmer leur place dans un paysage institutionnel bouleversé par la QPC. En laissant toute latitude pour constater l'analogie entre l'affaire à trancher et les décisions passées, le précédent est un outil d'une politique institutionnelle et jurisprudentielle aux mains de celui qui l'utilise¹⁴¹.

B. L'autorité de la chose filtrée et le caractère hybride de la QPC - entre objectivité et subjectivité

104. L'autorité de la chose filtrée ravive l'ambiguïté sur la nature - objective ou subjective - de la QPC. Envisagée comme une voie de garantie des droits des justiciables, la subjectivité de la procédure se matérialise par son caractère incident et par la limitation des normes constitutionnelles invocables aux seuls droits et libertés fondamentales. Néanmoins, le constituant de 2008 semble avoir privilégié la dimension objective d'apurement de l'ordre juridique des dispositions législatives contraires à la Constitution, comme en témoigne l'effet abrogatif de la décision d'inconstitutionnalité et l'impossibilité de contester une disposition validée sur un autre fondement (deuxième critère de transmission des QPC).

105. En étendant le précédent constitutionnel aux décisions de la Cour de cassation, l'autorité de la chose filtrée paraît renforcer le caractère objectif de la procédure. Cette pratique s'inscrit dans la logique du contentieux dessinée par Montpensier. Le Conseil constitutionnel fait de la QPC une lecture objective, comme en atteste sa définition matérielle de l'autorité de la chose jugée, sa pratique du relevé d'office d'un grief d'inconstitutionnalité et sa jurisprudence en matière de modulation des effets dans le temps de ses décisions¹⁴². Dans une certaine mesure, l'autorité de la chose filtrée s'inscrit dans cette logique objective. L'application de l'autorité de la chose filtrée à une question portant sur la même disposition législative, invoquée dans une configuration identique et contestée au regard des mêmes droits et libertés constitutionnels semble adaptée. Dans ce schéma, l'autorité se dissipe en l'absence d'un de ces éléments, notamment lorsque des griefs différents sont invoqués. Cette limite dans l'application de

¹⁴¹ M. HAULBERT, « L'extension de l'autorité des réserves d'interprétation aux dispositions analogues », *RFDA*, 2017, n°5, p. 882 ; J. BONNET, « extension de l'autorité des décisions par analogie d'objet », in « Chronique de droits fondamentaux et libertés publiques », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2017/2-3, n° 55-56, p. 117.

¹⁴² J. BONNET, « la QPC et l'intérêt du justiciable », in : *L'objectivation du contentieux des droits et libertés fondamentaux*, art. cit., p. 24.

l'autorité de la chose filtrée paraît s'imposer au regard de la décision du Conseil constitutionnel du 24 février 2017 à l'occasion de laquelle celui-ci s'est prononcé sur une disposition législative déjà validée par lui en raison d'une difficulté dans l'appréciation de la portée d'une réserve d'interprétation présentée comme un nouveau cas de changement de circonstances¹⁴³. Cette jurisprudence impose une relativité de l'autorité de la chose filtrée, même en présence de la même disposition et des mêmes griefs. Ce tempérament à l'autorité de la chose filtrée soulève la difficulté inhérente à l'appréciation de l'analogie, reposant tout entier sur « l'ultime et intimidante question du juste discernement des similitudes¹⁴⁴ ».

106. Mais la QPC sortirait-elle de son ambiguïté originelle entre objectivité et subjectivité à son détriment ? En favorisant le volet objectif de la procédure, la QPC pourrait perdre en attractivité auprès des justiciables cantonnés au rôle de « prétexte déclencheur d'une mécanique objective¹⁴⁵ ». Dans l'optique d'un contrôle concret de constitutionnalité souhaité par certains¹⁴⁶, l'autorité de la chose filtrée devrait être employée avec parcimonie afin de prémunir le requérant contre le sentiment que la réponse à sa question est connue d'avance, sans égard pour son cas d'espèce ou l'argumentation de son avocat.

107. Néanmoins, l'autorité de la chose filtrée pourrait être employée dans une logique de garantie des droits en matière d'interprétation conforme. Si la Cour de cassation donne autorité à la décision de non-renvoi par laquelle elle opère un revirement de jurisprudence, les droits et libertés du justiciable ne seraient pas moins garantis que si le requérant avait obtenu une réserve d'interprétation de la part du Conseil constitutionnel. En donnant un effet *erga omnes* aux interprétations conformes, l'autorité de la chose filtrée renforcerait l'aspect subjectif de garantie des droits de la QPC au détriment de son pendant objectif d'épuration de l'ordre juridique.

108. L'autorité de la chose filtrée se révèle être un outil aux larges potentialités, susceptible de renforcer la position de la Cour de cassation dans le paysage institutionnel. La Cour de

¹⁴³ Cons. Const., 2016-612 QPC, 24 février 2017, SCI Hyeroise.

¹⁴⁴ C. PERELMAN, *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, op. cit. ; G. CORNU, « le règne discret de l'analogie », *Revue de la recherche juridique - droit prospectif*, 1995, n°4, p. 1067.

¹⁴⁵ J. BONNET, « La QPC et l'intérêt du justiciable », art. cit., p. 29.

¹⁴⁶ L. GAY, « Redéfinir le contrôle concret de constitutionnalité. Plaidoyer pour une concrétisation accrue des décisions QPC », in : *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Paris : Institut universitaire Varenne, 2015, p. 119.

cassation, juge constitutionnel de droit commun, pourrait user de l'autorité précédente de ses décisions pour redéfinir l'équilibre juridictionnel de la QPC entre objectivité et subjectivité. Les avis QPC des avocats généraux soulignent l'importance du précédent de filtrage dans le choix de la réponse à apporter à une question. L'analyse des avis QPC met en lumière une grande diversité des pratiques des avocats généraux face à ces précédents.

§2. L'autorité de la chose filtrée, une notion utilisée par les avocats généraux

109. La chose filtrée revêt dans les avis des avocats généraux une autorité variable. Autorité formelle s'attachant au dispositif (transmission ou non transmission) constituant un argument d'autorité pour certains (I), autorité persuasive attachée aux motifs de la décision pour d'autres (II). Carcan ou point de départ, l'autorité accordée à la chose jugée révèle des différences de positionnement juridictionnel et jurisprudentiel au sein du Parquet général de la Cour de cassation pouvant être utilisées pour affirmer leur place dans le paysage institutionnel.

I. La déférence envers l'autorité de la chose filtrée

110. De nombreux avocats généraux attribuent dans leurs conclusions une forte autorité au précédent de filtrage, parfois considéré comme une jurisprudence¹⁴⁷, et dont le respect détermine le sens de l'avis. Des formulations telles que « votre chambre a déjà dit n'y avoir lieu¹⁴⁸ », « la Cour a déjà eu l'occasion de statuer¹⁴⁹ » ou « vous avez déjà jugé que [...] la QPC ne présente donc pas un caractère sérieux¹⁵⁰ » laissent transparaître un lien de causalité entre le précédent et la solution à apporter au cas d'espèce.

111. Lorsque l'avocat général se prononce sur une QPC posée pour la seconde fois par les mêmes requérants, l'autorité de la chose filtrée se rapproche matériellement d'une autorité de la chose jugée. Le précédent est alors invoqué au titre du second critère de filtrage, à savoir

¹⁴⁷ Avis de l'avocate générale BEAUPUIS, deuxième chambre civile, QPC n° 11-40.103 du 8 février 2012, n°460 : « aucun des éléments exposés par le demandeur n'amène sérieusement à reconsidérer cette jurisprudence » selon laquelle la question n'est pas sérieuse.

¹⁴⁸ Cette formulation est très fréquente, à titre d'exemple : avis de l'avocat général CORDIER, chambre criminelle, QPC n° 14-90.010, 6 mai 2014, n°51.

¹⁴⁹ Formulation également usuelle, exemple : Avis de l'avocat général SASSOUST, chambre criminelle, QPC n°14-80.552, 26 septembre 2014, n°531.

¹⁵⁰ A titre d'exemple l'avis de l'avocat général GAUTHIER, chambre criminelle, QPC n°12-90.034, 25 juillet 2012, n°297 ; avis de l'avocat général CORDIER, chambre criminelle, QPC n°14-81.189, 6 mai 2014, n°359.

l'absence de déclaration de conformité à la Constitution¹⁵¹, aussi appelé « critère du précédent » comme l'illustre un avis qui précise, après avoir mentionné l'absence de déclaration de conformité à la Constitution de la disposition en cause : « il importe toutefois de préciser que la Cour de cassation s'est prononcée relativement à la non-transmission au Conseil constitutionnel d'une QPC visant [le même article] antérieurement présentée par [le même requérant¹⁵²] ». L'avocat général cite alors les décisions de la Cour de cassation au sein desquelles il souligne le nom du requérant, l'article contesté, la disposition constitutionnelle invoquée ainsi que le sens de la décision de la Cour. La mention du précédent lors de l'examen du second critère de filtrage et non lors de l'examen du sérieux renforce son autorité. Implicitement, l'avocat général semble reconnaître aux décisions de la Cour de cassation la même autorité de chose jugée que celle attachée aux décisions du Conseil constitutionnel.

112. L'avis de l'avocat général Sassoust sur la constitutionnalité de la loi Gayssot¹⁵³ corrobore l'assimilation du précédent de filtrage au précédent du Conseil constitutionnel. Après avoir rappelé que, dans la même affaire, lors d'un précédent renvoi, les mêmes requérants ont formulé la même QPC pour les mêmes propos (la répétition du terme « même » souligne la triple identité rapprochant l'autorité de la chose filtrée de celle de la chose jugée), l'avocat général précise que la Cour de cassation n'a pas transmis la question, précédent qu'il écarte au regard d'un « changement de circonstances » intervenu depuis, à savoir la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur le génocide arménien, rendant la présente QPC « recevable ». L'emprunt du vocable constitutionnel « changement de circonstance » appliqué au précédent de filtrage, et la conséquence qu'il y attache, la recevabilité, sont sans équivoque sur son autorité. Les requérants semblent avoir accepté cet état de fait : « en outre, il est fait valoir que la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel relative à l'insuffisance de la définition des éléments constitutifs de certains délits (agressions et atteintes sexuelles et harcèlement sexuel) pourrait également constituer un 'changement de circonstances' de nature à permettre à la chambre de réexaminer la QPC posée ».

¹⁵¹ A titre d'exemple : l'avis de l'avocat général BAILLY, troisième chambre civile, QPC n° 14-40.013 du 29 avril 2014, n°220 ; avis de l'avocate générale BONHOMME, chambre commerciale, QPC n° 13-40.030 du 2 juillet 2013, n° 135.

¹⁵² Avis de l'avocat général BAILLY en date du 29 avril 2014, précité.

¹⁵³ Avis de l'avocat général SASSOUST, chambre criminelle, avis n° 12-81.505 du 3 septembre 2012, n°393.

113. Les avocats généraux reconnaissent également fréquemment aux décisions QPC de la Cour de cassation une forte autorité sur les questions posées par des requérants différents, s'éloignant ainsi de l'autorité de la chose jugée pour se rapprocher de la technique du précédent. Le précédent peut entraîner un avis d'irrecevabilité de la question¹⁵⁴ ou constituer l'unique argument de l'avis, conduisant *de facto* à l'absence de renvoi : « [votre chambre] a ainsi conclu que la question ne revêtait pas un caractère sérieux et a dit n'y avoir lieu à renvoyer la question au Conseil constitutionnel. C'est la solution que vous adopterez dans la situation qui vous est soumise et je conclus à la non transmission de cette question prioritaire de constitutionnalité¹⁵⁵ ». Le lien de causalité entre la solution précédente et la QPC à trancher est présenté comme évident, objectif. Dans les avis faisant un tel usage du précédent¹⁵⁶, l'argumentation de la décision de référence n'est pas mentionnée¹⁵⁷, seule l'autorité du dispositif semble retenue par l'avocat général. Si la décision a été rendue par l'assemblée plénière, cette information ne manque pas d'être précisée par l'avocat général¹⁵⁸, augmentant d'autant l'autorité du précédent. En l'espèce, l'aspect formel de cette autorité est renforcé par le contraste entre l'implacable décision de suivi du précédent et le caractère discutabile de la décision ainsi suivie, selon laquelle le délai de prescription de l'action publique ne procède pas des articles 7 et 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ni d'aucune disposition, règle ou principe de valeur constitutionnel. À défaut de transmission au Conseil constitutionnel, cette interprétation aurait mérité à tout le moins d'être discutée par l'avocat général.

114. Lorsque la question posée porte sur deux moyens dont l'un a déjà été étudié par la Cour, il arrive que l'avocat général n'examine que le nouveau moyen, considérant que les précédents dispensent d'analyser les questions « déjà jugées ». Le contenu desdites décisions n'est pas retranscrit¹⁵⁹, le dispositif seul faisant autorité. L'utilisation du précédent est alors traditionnelle, l'avocat général pouvant utiliser la méthode du *distinguishing* pour justifier de

¹⁵⁴ Exemples : avis de l'avocat général CUNY, chambre criminelle, QPC n° 14-86.436 du 20 février 2015, n°436 ; avis de l'avocat général BONNET, chambre criminelle, QPC n° 14-87.477 du 7 janvier 2015, N° 386 ; avis de l'avocat général BONNET, chambre criminelle, QPC n° 14-87.380 du 7 janvier 2015, n°464.

¹⁵⁵ Avis de l'avocat général MAGLIANO, chambre criminelle, QPC n° 10-84.112 du 15 décembre 2010, n°178.

¹⁵⁶ A titre d'exemple, l'avis de l'avocat général BERKANI, chambre criminelle, QPC n° 593 ; avis de l'avocat général LACAN, chambre criminelle, QPC n° 14-84.902 du 20 août 2013, n° 612.

¹⁵⁷ A titre d'exemple l'avis de l'avocate générale VALDÈS BOULOUQUE, chambre criminelle, QPC n° 13-80-474 du 29 août 2013, n°404 ; sur la motivation des peines de réclusion criminelle, l'avocate générale se borne à rappeler que la Cour a jugé la question non sérieuse à plusieurs reprises, solution 'donc' préconisée dans la présente procédure.

¹⁵⁸ Avis de l'avocat général Christian RAYSSEGUIER, chambre criminelle, QPC n° 11-90.124 du 29 février 2012, n° 347.

¹⁵⁹ Avis de l'avocat général JEAN, première chambre civile, QPC n° 13-22.602 du 11 février 2014, n°291.

s'en éloigner¹⁶⁰. Si une seule décision de non-renvoi peut constituer un précédent à suivre pour l'avocat général, l'autorité de la chose filtrée semble s'accroître avec la répétition.

115. L'autorité conférée aux décisions de la Cour peut s'expliquer par une volonté de défendre la position de la Cour de cassation dans le contentieux constitutionnel, le précédent étant un outil permettant à l'institution qui l'utilise de s'affirmer par référence à son propre socle jurisprudentiel¹⁶¹. La référence à ce précédent par les avocats généraux témoignerait alors d'une volonté d'affirmer l'autonomie juridictionnelle et jurisprudentielle du quai de l'Horloge en matière constitutionnelle.

116. La forte autorité attribuée à la chose filtrée a déjà été soulignée par la doctrine. Nathalie Jacquinot considère comme « critiquable » qu'une décision de non-renvoi se base uniquement sur une précédente décision de non-transmission¹⁶². Selon elle, l'autorité absolue de la chose jugée telle qu'employée par le Conseil d'État ne s'applique pas aux décisions négatives. L'autorité de l'argument est amplifiée dans l'avis qui, contrairement aux décisions de la Cour, se caractérise habituellement par le détail de son raisonnement. Dès lors, le précédent s'apparente parfois davantage à un carcan qu'à un point de départ¹⁶³ du raisonnement juridique. Les avis sur les QPC portant sur la qualification d'agression sexuelle en donnent une illustration. Dans un avis du 21 novembre 2013, le raisonnement de l'avocate générale se limite à l'application du précédent. Saisie un an plus tôt de la question de la précision du délit d'agression sexuelle, la Cour de cassation a refusé de transmettre la QPC au Conseil constitutionnel au motif que l'interprétation de l'article « qui définit de manière suffisamment claire et précise le délit d'agression sexuelle, entre dans l'office du juge pénal, de sorte qu'il n'est porté aucune atteinte au principe de légalité des délits et des peines ». L'avocate générale en conclut que « la même question doit apporter la même réponse ». Un an après, alors que la Cour est saisie de nouveau de la qualification d'agression sexuelle, l'avocat général motive sensiblement son avis sans citer les précédents et conclut au renvoi¹⁶⁴. Cet exemple illustre

¹⁶⁰ Avis de l'avocate générale LAPASSET, deuxième chambre civile, QPC n° 13-40.032 du 3 juillet 2013, n°216.

¹⁶¹ C. RICHAUD, *Le précédent dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit.

¹⁶² N. JACQUINOT, « L'utilisation par les juges du fond des arrêts de non-renvoi d'une QPC », *AJDA*, 2012, p. 2097.

¹⁶³ N. MAESTRACCI, « Avant-propos », in : *Le précédent dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit.

¹⁶⁴ Avis de l'avocat général LE BAUT, chambre criminelle, QPC n° 14-81.249, 23 octobre 2014, n°103.

l'autorité du précédent, suffisante pour justifier une solution en 2013, gênante pour l'avocat général se prononçant en 2014, il feint de l'ignorer.

117. La force de l'autorité de la chose filtrée apparaît clairement dans les avis des avocats généraux. Un décalage se lit parfois dans les avis entre la conviction de l'avocat général et le précédent qu'ils se sentent obligés d'appliquer. Le caractère récent d'un précédent conduit généralement l'avocat général à préconiser une solution identique, la proximité temporelle étant soulignée dans l'avis¹⁶⁵. Comme toute décision pragmatique prise sans conviction, le respect du précédent récent rencontre des limites. Soulignant d'emblée un arrêt récent concluant au non-renvoi de la question, l'avocat général en tire la conclusion suivante : « Une réponse différente dans la présente affaire ne paraît pas possible en raison du caractère très récent de l'arrêt précité. C'est pourquoi je suis favorable au non-lieu à renvoi de la question. Toutefois, pour des raisons qui seront présentées dans le cadre de l'examen du pourvoi, je souhaite une inflexion de la jurisprudence de la Chambre sur le point litigieux¹⁶⁶ ». Si la conviction de l'avocat général est clairement exprimée, elle n'empêche pas la déférence de celui-ci envers l'autorité de la chose jugée, par pragmatisme. Dans ce cas de figure, on pourrait imaginer que le Parquet général se défasse du carcan du précédent de la Cour pour se référer à son propre socle jurisprudentiel, une position juridictionnelle défendue par le Parquet général à travers des avis rendus sur des questions similaires. La référence à la doctrine organique¹⁶⁷, courante chez les rapporteurs publics du Conseil d'État et chez les avocats généraux de la Cour de Justice de l'Union européenne, pourrait permettre au Parquet général de développer une ligne jurisprudentielle distincte - sur certains points - de celle du siège de la Cour, et, partant, d'autonomiser son institution, à la manière du Conseil constitutionnel¹⁶⁸.

118. Si de nombreux avis témoignent d'une forte autorité reconnue à la chose filtrée par les avocats généraux, elle n'est pourtant pas généralisée. Une grande hétérogénéité des pratiques transparaît à la lecture des avis QPC.

¹⁶⁵ Avis de l'avocat général CHARPENEL, chambre criminelle, QPC n° 12-90.006 du 17 février 2012, n°152 : l'avocat général précise que la même question a été posée deux mois auparavant ; Avis de l'avocat général BERKANI, chambre criminelle, QPC n° 14-90.037 du 2 septembre 2014, n°172 : l'avocat général précise qu'une décision rendue il y a moins de six mois impose la solution du présent litige.

¹⁶⁶ Avis de l'avocat général LACAN, chambre criminelle, QPC n° 13-81.414 du 17 avril 2013, n°326.

¹⁶⁷ V. RIVOLLIER, « La doctrine organique », in : *Le raisonnement juridique : recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, Sous la direction de Pascale DEUMIER, Paris : Dalloz, 2013, p. 105.

¹⁶⁸ C. RICHAUD, *Le précédent dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit.

II. La référence à l'autorité de la chose filtrée

119. De nombreux avis font référence au précédent de filtrage de la Cour de cassation comme un point de départ du raisonnement, non comme son aboutissement. Des formules telles que « votre chambre s'est déjà prononcée¹⁶⁹ » ou « la chambre criminelle a été saisie à plusieurs reprises de QPC portant sur ces articles. Jusqu'à présent, elle les a jugées irrecevables ou a refusé de les transmettre au Conseil constitutionnel¹⁷⁰ » ne paraissent pas induire de conclusion définitive. Évoqué et suivi, il ne l'est pas simplement par autorité du dispositif mais par l'effet persuasif de ses motifs, cités dans l'avis¹⁷¹. D'instrument d'autorité, le précédent devient instrument de persuasion. Certains avocats généraux précisent d'ailleurs qu'ils choisissent de retranscrire, parmi les précédentes décisions, celles dont la motivation est la plus détaillée¹⁷². C'est la pertinence de l'argument qui prime alors.

120. Cette autorité persuasive conduit certains avocats généraux à étendre l'application du précédent à des questions similaires. Dans un avis portant sur une question dont la Cour a déjà été saisie, l'avocat général cite la précédente décision de la Cour de cassation tout en précisant que la question posée par les requérants diffère légèrement de celle-ci. « La question qui vous est soumise aujourd'hui emprunte finalement au même raisonnement, sauf à inverser la perspective. [...] Par votre précédente décision, en refusant d'admettre comme sérieuses les thèses défendues par le preneur à bail, vous avez jugé que l'article 411-64 du code rural et de la pêche maritime ne contrevenait pas aux principes constitutionnellement protégés d'égalité des citoyens, de non-discrimination ou encore à la liberté d'entreprendre. [...] A notre sens, ces motifs valent largement pour la question que vous devez aujourd'hui examiner¹⁷³ ». L'ensemble de l'argumentation est fondée sur l'autorité persuasive de la précédente décision. Si la référence au précédent de filtrage peut revêtir un caractère d'autorité « forte » dans certains avis, on constate également que certains avocats généraux mentionnent au titre de cette condition de renvoi des décisions rendues par la Cour sur des thèmes analogues, portant sur

¹⁶⁹ Avis de l'avocat général CORDIER, chambre criminelle, QPC n° 12-90.008 pour l'audience du 4 avril 2012, n°182.

¹⁷⁰ Avis de l'avocat général LAGAUCHE, chambre criminelle, QPC n° 14-88.216 du 27 janvier 2015, n°50.

¹⁷¹ A titre d'exemple, l'avis de l'avocat général SASSOUST, chambre criminelle, QPC n°15-80.080 du 15 avril 2015 : il énonce d'emblée que la Cour de cassation a déjà statué sur cette question à plusieurs reprises et reprend les arguments en les explicitant.

¹⁷² Avis de l'avocat général GAUTHIER, chambre criminelle, QPC n° 13-85.513 du 12 mars 2014, n°458.

¹⁷³ Avis de l'avocat général BAILLY troisième chambre civile, QPC n°11-40.013, 15 juin 2011, n° 520.

d'autres articles¹⁷⁴. Ces mentions paraissent mues par une volonté de témoigner de l'état du droit sans préjuger de la réponse à apporter au cas d'espèce. De nombreux avis citent les précédents de filtrage comme des éléments à prendre en compte, sans que ceux-ci ne se substituent au raisonnement. Employée à ce titre, la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de filtrage ne revêt pas de caractère d'autorité, elle est évaluée puis suivie quand elle est jugée pertinente. Dans une QPC relative au délit de blanchiment d'argent, l'avocat général rend un avis qui témoigne de ce rapport au précédent qui, en l'espèce, avait été réitéré à plusieurs reprises et jusqu'à « très récemment¹⁷⁵ ». Alors que l'autorité de la jurisprudence de la Cour est souvent renforcée par la proximité temporelle, l'avocat général étudie et valide l'argumentation retenue sans s'y soumettre par rapport d'autorité : « Cette adaptation constante aux réalités de la lutte contre la criminalité mérite, à mes yeux, d'être maintenue et poursuivie, d'autant qu'elle entre, sans risque d'arbitraire, dans l'office du juge et qu'elle ne méconnaît pas le principe de la légalité des délits et des peines¹⁷⁶ ». L'avocat général décide de suivre le précédent : « il ne nous paraît donc pas qu'il y ait motif à revenir sur la décision prise par la Cour de cassation en 2010¹⁷⁷ ». « Cette solution apparaît devoir être retenue dans la présente espèce. La condition de sérieux de la QPC n'est donc pas remplie¹⁷⁸ », « il n'y a pas lieu à l'occasion de la présente procédure d'adopter une autre position¹⁷⁹ », quand bien même la chambre criminelle s'était prononcée sur une QPC « rigoureusement identique¹⁸⁰ », l'avocat général détaille les raisons de son avis de non-renvoi en l'espèce.

121. Si le précédent n'a pas d'autorité absolue, il demeure néanmoins dans de nombreux avis un argument de poids au soutien d'une argumentation qui ne s'y limite pas. Les décisions passées sont explicitées lorsqu'elles paraissent pouvoir entraîner la conviction des juges : « la solution dégagée dans cet arrêt, relativement aux 'saisies spéciales' dans leur globalité, paraissent devoir nécessairement s'appliquer à la question posée en l'espèce, relative à la 'sous

¹⁷⁴ Avis de l'avocate générale BONHOMME, chambre commerciale, QPC n° 13-40.030, 2 juillet 2013, n° 135.

¹⁷⁵ Avis de l'avocat général SASSOUST, chambre criminelle, QPC n° 15-83.204 du 16 juillet 2015, n° 620 : « Très récemment encore, vous avez confirmé cette position qui traduit votre souci constant de donner une grande autonomie au délit de blanchiment, conformément à l'objectif d'intérêt public poursuivi par le législateur et en tenant compte de l'évolution de la délinquance économique et financière. »

¹⁷⁶ Avis de l'avocat général SASSOUST du 16 juillet 2015 précité.

¹⁷⁷ Avis de l'avocat général CORDIER, chambre criminelle, QPC n° 14-90.010 du 6 mai 2014, n° 51.

¹⁷⁸ Avis de l'avocate générale VALDÈS-BOULOUQUE, chambre criminelle, QPC n° 12-90.078 du 14 janvier 2013, n° 236.

¹⁷⁹ Avis de l'avocat général CORDIER, chambre criminelle, QPC n° 12-90.008 du 4 avril 2012, n° 182.

¹⁸⁰ Avis de l'avocat général CORDIER du 4 avril 2012 précité.

catégorie' de 'saisies immobilières¹⁸¹' (...) ». Énoncé à la toute fin de l'avis, le précédent appuie une argumentation sans s'y substituer¹⁸², il est employé comme un point d'orgue d'un raisonnement qui le précède. Lorsque, après avoir donné un avis de non renvoi, l'avocat général Claude Mathon ajoute, par une sorte de post scriptum : « pour être complet, il convient de rappeler que l'article [...] a déjà fait l'objet d'une QPC sans rapport avec celle qui est présentement examinée et qui n'a pas été renvoyée au Conseil constitutionnel faute de caractère sérieux¹⁸³ », il appuie sa conviction d'absence de sérieux de la question par l'existence de ce précédent par analogie, la disposition semblant déjà avoir acquis au regard de la chambre une apparence de constitutionnalité. Si ce précédent par analogie reste persuasif, il n'en est pas moins cité une fois l'avis rendu, à titre informatif ; preuve de la relativité de son autorité.

122. L'influence du précédent de filtrage se justifie pour des raisons de cohérence jurisprudentielle, La prévisibilité du résultat contribue à légitimer l'institution juridictionnelle qui en est à l'origine¹⁸⁴. Néanmoins, le précédent est revêtu d'une autorité très variable en fonction des avocats généraux et des circonstances. Autrement dit, la référence au précédent demeure un outil. À ce titre, l'autorité qui lui est attribuée varie en fonction du résultat - juridictionnel ou institutionnel - souhaité.

¹⁸¹ Avis de l'avocat général LE BAUT, chambre criminelle, QPC n° 13-85.558 du 5 mars 2014, n°430.

¹⁸² A titre d'exemple, l'avis de l'avocate générale BONHOMME, chambre commerciale, QPC n° 13-40.030 du 2 juillet 2013, n°135.

¹⁸³ Avis de l'avocat général MATHON, chambre criminelle, QPC n°12-84.570 du 25 septembre 2012, n°541.

¹⁸⁴ C. RICHAUD, *Le précédent dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*

CONCLUSION

123. En matière de QPC, le rôle de l'avocat général est de préconiser une solution au litige. L'avocat général défend une position par un raisonnement que l'on découvre, dans le filtre de la QPC comme ailleurs, empreint de subjectivité. Le caractère persuasif de l'argumentation de l'avocat général distingue son office de celui du conseiller-rapporteur au style plus objectif. Se rapprochant parfois matériellement d'une plaidoirie, l'avis de l'avocat général n'a pas vocation à lister de façon exhaustive les données utiles à la résolution du litige mais à justifier le choix d'une solution par la combinaison d'un argumentaire assumé et d'un style réquisitorial. La subjectivité du positionnement de l'avocat général contribue à façonner une image de défenseur qui, combinée au caractère légitimant du contentieux constitutionnel *a posteriori*, pourrait être utile aux avocats généraux dans la redéfinition de leur identité comme « garants des droits ».

124. Au sein du raisonnement tenu par les avocats généraux pour convaincre la formation de jugement, l'argument du respect du précédent de filtrage revêt une certaine autorité. Ces précédents sont fréquemment cités par les avocats généraux au cours de l'examen du sérieux de la question ou, de façon plus évocatrice, à l'occasion de l'étude du second critère de transmission, le critère du précédent. L'autorité accordée à la chose filtrée par la Cour de cassation corrobore son office de juge constitutionnel de droit commun. Loin d'être objective, l'autorité des précédents est accordée par celui qui l'emploie. Le précédent est un outil employé différemment selon les avocats généraux, allant de l'autorité formelle attachée au dispositif de la décision à l'autorité seulement persuasive attachée aux motifs. L'usage de l'autorité de la chose filtrée pourrait permettre au Parquet général de la Cour de cassation d'affirmer sa place dans le paysage institutionnel.

CHAPITRE 2. L'APPORT DOCTRINAL DE L'AVIS RENOUVELE PAR LA QPC

125. L'analyse des avis des avocats généraux en matière de QPC illustre une fonction doctrinale préexistante au contentieux constitutionnel. De longs développements sont dédiés à l'analyse de la disposition législative contestée et s'apparentent bien souvent à des articles de doctrine ou à de véritables cours de droit. L'avocat général recherche l'intention du législateur, contextualise la disposition pour en comprendre le sens et être en mesure de proposer à la formation de jugement une représentation claire du droit positif (Section 1).

126. Selon Yves Poirmeur et Alain Bernard la doctrine remplit deux fonctions : d'une part, celle de promouvoir la meilleure utilisation possible des textes existants et d'élaborer une vision globale de l'ordre juridique, et d'autre part celle de mettre en lumière les défaillances de l'ordre juridique et de proposer les moyens d'y remédier¹⁸⁵. La procédure de la QPC renforce l'analogie entre l'avocat général et la doctrine en offrant une occasion au premier de mettre en lumière les défaillances du droit positif. Le caractère doctrinal de l'office de l'avocat général se trouve renforcé par la QPC, contribuant ainsi à la redéfinition de l'identité du Parquet général autour de l'image d'un jurisconsulte. La publication du recueil des grandes conclusions du Parquet général de la Cour de cassation¹⁸⁶, dont la préface mentionne le rôle de jurisconsulte, atteste de la volonté de l'institution de mettre en exergue cette caractéristique. La QPC participe donc à la redéfinition de l'identité du Parquet général comme force doctrinale qui le distingue des parquets des autres juridictions (Section 2).

¹⁸⁵ Y. POIRMEUR, A. BERNARD, « Doctrine juridique et production normative », in : *La doctrine juridique*, Paris : PUF, 1993, p. 6.

¹⁸⁶ R. SALOMON (Dir.), *Les grandes conclusions du Parquet général de la Cour de cassation*, Paris : Éditions Panthéon-Assas, 2017.

Section 1. L'apport doctrinal par la détermination du sens de la disposition législative contestée

127. Étape clef de l'appréciation de la QPC, l'éclaircissement de l'intention du législateur, de l'économie de la loi et de son interprétation suffit souvent à lever l'équivoque sur sa constitutionnalité. Le contrôle de constitutionnalité, qu'il soit entier ou limité à la simple appréciation du sérieux, implique donc une recherche du sens de la loi caractéristique de l'analyse doctrinale. À la façon d'un chercheur, l'avocat général met en lumière les potentialités du texte au regard de l'intention parfois vague du législateur et contribue à façonner la jurisprudence en inférant une règle générale des arrêts de la Cour (§1). À la façon d'un enseignant, il propose une représentation cohérente du droit répondant aux standards de l'Université (§2).

§1. Une recherche doctrinale du sens de la disposition contestée

128. Le travail de l'avocat général en matière de QPC se rapproche de celui d'un chercheur dans la mesure où ses analyses contribuent à construire le droit. L'appréciation du sérieux de la question dépend principalement de la compréhension de l'économie de la loi, notamment par la recherche de l'intention du législateur. Ces recherches rendues nécessaires par l'interrogation de la constitutionnalité de la loi conduisent les avocats généraux à réaliser des analyses dignes de l'Université (§1). En induisant des règles générales des décisions de leur chambre, les avocats généraux contribuent à élaborer la jurisprudence de la Cour. Cette systématisation, caractéristique de l'office doctrinal, est nécessaire à la construction de la jurisprudence (§2).

I. La contribution des avocats généraux à la recherche du sens du texte

129. Étape clef de l'appréciation du sérieux de la question prioritaire de constitutionnalité (A), la détermination du sens de la loi est un office doctrinal de recherche et d'analyse de l'intention parfois confuse d'un législateur aux multiples visages. Par leurs analyses détaillées des dispositions législatives contestées en QPC les avocats généraux participent à la mise en

lumière des potentialités du texte, fonction doctrinale inhérente au contrôle de constitutionnalité (B).

A. Un office doctrinal de recherche du sens de la loi inhérent à la QPC

130. Les avis QPC des avocats généraux contiennent de longues analyses de la disposition législative contestée, plus détaillées que ne le sont les développements relatifs aux normes constitutionnelles invoquées. Cette proportion témoigne de la prééminence de l'analyse législative dans le raisonnement constitutionnel tant l'appréciation du caractère sérieux de la question paraît principalement déterminée par elle. Le rapport entre loi et Constitution institué par la QPC est principalement conditionné par l'analyse de la première. Pour paraphraser le Doyen Vedel, avec la QPC le théorème s'infère bel et bien des propositions dérivées¹⁸⁷. Les normes constitutionnelles sont tributaires des lois auxquelles elles s'appliquent ; à titre d'exemple, le principe de la légalité criminelle issu de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen change de teneur selon son domaine d'application, droit pénal *stricto sensu* ou matière para-pénale :

« Appliquée en dehors du droit pénal, l'exigence d'une définition des manquements sanctionnés se trouve satisfaite, en matière disciplinaire, dès lors que les textes applicables font référence aux obligations auxquelles les intéressés sont soumis en raison de l'activité qu'ils exercent, de la profession à laquelle ils appartiennent ou de l'institution dont ils relèvent¹⁸⁸ ».

131. Comme les expressions « appliquée en dehors du droit pénal » et « en matière disciplinaire » le suggèrent, la teneur du principe de légalité est « à géométrie variable¹⁸⁹ », procédant directement de la matière dans laquelle il s'applique. À l'instar du principe de légalité, le principe d'égalité est défini par le Conseil constitutionnel au regard de l'objet de la loi établissant la différence de traitement¹⁹⁰. Les principes constitutionnels sont voués à

¹⁸⁷ Citation issue de : A. BOTTON, B. DE LAMY, « la QPC, révélateur des limites du droit constitutionnel ? Lectures contrariées et contradictoires », *Recueil Dalloz*, 2012, p. 2030.

¹⁸⁸ Cons. const., Dec. n° 2011-199 QPC, 25 novembre 2011, considérant 7.

¹⁸⁹ A. BOTTON, B. DE LAMY, « la QPC, révélateur des limites du droit constitutionnel ? » *art. cit.*

¹⁹⁰ Depuis la décision du 9 avril 1996 le Conseil constitutionnel juge que « Considérant que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct

s'adapter à leur domaine d'intervention, rendant ainsi les questions d'identification et de contenu du droit applicable nécessairement préalables à tout examen de la constitutionnalité. Selon Antoine Botton et Bertrand De Lamy, la norme infraconstitutionnelle n'est pas seulement, en matière de QPC, un élément primordial d'un point de vue procédural, elle détermine la substance même du principe constitutionnel¹⁹¹. A la fois contrôlée et constituante de la norme de contrôle, la loi est le pivot du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Témoignant de cette détermination législative du contentieux constitutionnel, les bilans dressés par la doctrine sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel s'organisent non au regard des normes de contrôle mais en considération des normes contrôlées : « la question de constitutionnalité conviant, par hypothèse, à suivre une démarche inductive, comment prétendre alors dresser un bilan de la QPC en adoptant le point de vue inverse¹⁹²? »

132. Les décisions du Conseil constitutionnel confirment la prééminence de l'analyse législative dans le contrôle de constitutionnalité. Dès la mise en place de la QPC le raisonnement des juges de Montpensier se base sur la norme infraconstitutionnelle, comme l'illustre une décision du 23 juillet 2010. Procédant à une « véritable litanie¹⁹³ » de dispositions du code de procédure pénale accordant des droits à la partie civile, le Conseil conclut que l'article 575 qui limite la possibilité d'intenter un pourvoi en cassation contre un arrêt de la chambre d'instruction forme une limitation injustifiée des droits de la défense. Il s'appuie ainsi sur les articles préliminaire, 1, 2, 85, 186, 186-1, 186-3 du code afin de juger :

« Qu'en privant ainsi une partie de l'exercice effectif des droits qui lui sont garantis par le code de procédure pénale devant la juridiction d'instruction, cette disposition apporte une restriction injustifiée aux droits de la défense ; que, par suite, l'article 575 de ce code doit être déclaré contraire à la Constitution¹⁹⁴ ».

avec l'objet de la loi qui l'établit », Cons. const. Dec n°1996-375 DC, 9 avril 1996.

¹⁹¹ A. BOTTON, B. DE LAMY, « la QPC, révélateur des limites du droit constitutionnel ? » *art. cit.*

¹⁹² A. BOTTON, « Bilan de trois années de QPC - Droit pénal, procédure pénale et liberté individuelle », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, n°40, p. 83.

¹⁹³ A. BOTTON », « Bilan de trois années de QPC... » *art. cit.*

¹⁹⁴ Cons. Const., Dec. n° 2010-15/23 QPC, 23 juillet 2010.

133. Le contrôle s'effectue au regard des dispositions du code de procédure pénale, les normes constitutionnelles étant seulement énoncées en quelques lignes « dans une sorte d'incantation¹⁹⁵ ».

134. L'irruption de nouveaux acteurs dans la procédure constitutionnelle induite par la QPC a accentué le prisme infraconstitutionnel de lecture du contentieux. Le droit constitutionnel d'avant la QPC était une affaire de spécialistes, même si certains, derrière Louis Favoreu, estimaient qu'il pouvait « descendre » dans la hiérarchie des normes au terme de la « constitutionnalisation des branches du droit¹⁹⁶ ». La QPC supprime cette logique verticale par une nouvelle culture constitutionnelle « partagée¹⁹⁷ » instaurant un partenariat et une perméabilité entre les différents savoirs juridiques. Les plaideurs, juristes privatistes ou administrativistes de formation, sont amenés à développer des argumentations inductives, partant de la norme législative pour démontrer l'applicabilité d'une norme constitutionnelle dont la teneur et la portée sont finalement peu discutées.

135. L'exercice du filtre par les juridictions suprêmes et notamment par la Cour de cassation, objet de cette étude, confirme la prépondérance de l'analyse de la disposition contestée dans la détermination du caractère sérieux de la question posée. Il ressort du bilan des décisions de non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité dressé par Jean-Baptiste Perrier que l'appréciation du sérieux repose en premier lieu sur l'examen de la disposition contestée, replacée dans son contexte si le besoin s'en fait sentir¹⁹⁸ :

« L'analyse concrète des décisions rendues par la Cour de cassation permet de rendre compte de l'utilisation du critère tenant au sérieux de la question par l'appréciation de la disposition critiquée. [...] Le regard porté sur la seule disposition contestée est parfois insuffisant pour permettre d'apprécier le sérieux de la question soulevée. En effet, les dispositions ne peuvent être vues comme étant dépourvues de liens entre elles, et ces liens peuvent justement consister en la prévision de mécanismes de garantie des

¹⁹⁵ A. BOTTON », « Bilan de trois années de QPC... » *art. cit.*

¹⁹⁶ L. FAVOREU, « L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit », in : *Mélanges Léo HAMON*, Paris : Economica, 1982, p. 235

¹⁹⁷ E. CARTIER, L. GAY, A. VIALA, *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?* Paris : Institut universitaire Varenne, 2015, p. 11.

¹⁹⁸ J.B. PERRIER, « le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par la Cour de cassation », *RFDA*, 2011, n°4, p. 711.

droits fondamentaux. Sans être exhaustive, l'analyse des décisions rendues par la Cour de cassation permet de rendre compte de ce regard porté sur le sérieux de la question posée, par rapport à l'ensemble normatif dans lequel la disposition contestée s'insère¹⁹⁹ ».

136. Selon la troisième chambre civile de la Cour de cassation, « l'article L.13-13 du code de l'expropriation serait susceptible de porter atteinte à la norme constitutionnelle invoquée « dans la mesure où l'indemnisation du préjudice résultant d'une expropriation est limitée à celle du préjudice matériel, à l'exclusion de tout préjudice moral, ce qui pourrait être considéré comme ne correspondant pas à la juste indemnité exigée par l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen²⁰⁰ ». Par une décision du 7 juillet 2011 la deuxième chambre civile de la Cour de cassation rejette le caractère sérieux de la question au terme d'une motivation entièrement basée sur l'étude du dispositif législatif contesté :

« Les dispositions critiquées ayant pour objet d'exclure de la rémunération retenue pour le calcul de la réduction des cotisations à la charge de l'employeur pour ceux des salariés dont la rémunération est comprise entre le montant du salaire minimum de croissance et ce même montant majoré de 60%, la rémunération des temps de pause, d'habillage et de déshabillage, elles ne méconnaissent pas manifestement les exigences du principe de l'égalité devant la loi et les charges publiques énoncé à l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, en limitant le bénéfice de cette exclusion aux seuls employeurs soumis à une convention ou à un accord collectif étendu en vigueur au 11 octobre 2007, dès lors qu'elles reposent sur un critère objectif en rapport avec le but qu'elles poursuivent²⁰¹ ».

137. L'analyse du sens de la loi constitue le pivot du contrôle de constitutionnalité. L'intention du législateur, ses justifications et son économie déterminent bien souvent à elles seules le sens de la décision rendue par la Cour de cassation, juge du filtre. Appelés à rendre un avis pour éclairer la formation de jugement, les avocats généraux s'étendent largement sur les considérations infraconstitutionnelles pour apprécier le sérieux de la question. Le détail de leur

¹⁹⁹ *Ibidem*.

²⁰⁰ Cass. civ. 3, 10-40.038, 21 octobre 2011.

²⁰¹ Cass. civ. 2, 11-40.003, 7 juillet 2011.

raisonnement fait apparaître le travail de recherche et de réflexion nécessaire à l'éclaircissement du sens de la loi contestée.

B. Un office doctrinal de recherche du sens de la loi réalisé par les avocats généraux

138. L'appréciation du caractère sérieux de la QPC détermine près de 80% des décisions de non-transmission des juridictions suprêmes mais représente également le critère de renvoi pour lequel la marge d'appréciation du juge du filtre est la plus grande²⁰². Ce critère malléable dépend principalement de la détermination du sens de la loi²⁰³ dont il s'agit d'apprécier le risque d'inconstitutionnalité. Les avis QPC des avocats généraux laissent apparaître le travail de recherche du sens du texte contesté, préliminaire à toute opinion sur la transmission de la question. La longueur des développements consacrés à cette étude rapproche les avocats généraux des auteurs de doctrine à qui il revient, selon Philippe Jestaz, de « comprendre et faire comprendre les textes, les décisions et les concepts²⁰⁴ ».

139. Pour comprendre et faire comprendre la disposition législative contestée, les avocats généraux attachent une grande importance à l'intention du législateur, « veiller à ce que l'intention du législateur soit bien prise en compte²⁰⁵ » devenant même, dans la bouche de certains d'entre eux, constitutive de leur action de défense de l'intérêt général.

140. La recherche de l'intention du législateur est souvent nécessaire à l'appréciation du sérieux de la question, notamment lorsqu'est invoqué le principe d'égalité devant la loi dont la teneur dépend directement de l'objet de la loi établissant la différence de traitement. Dès lors, la bonne compréhension de l'intention du législateur suffit souvent à lever l'équivoque sur la constitutionnalité. La QPC portant sur l'article L381-1 du code de la sécurité sociale en fournit une illustration. Cet article permet à la personne se consacrant à un enfant ou à une personne

²⁰² M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « l'appréciation, par les cours suprêmes, du caractère sérieux de la question prioritaire de constitutionnalité », in *la QPC : vers une culture constitutionnelle partagée*, Paris : Institut universitaire Varenne, 2015, p. 29 ; P. TÜRK, V. DURAND, « regards croisés sur l'appréciation des caractères sérieux et nouveau par le Conseil d'État et la Cour de cassation » in : *La QPC, le procès et ses juges, l'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, Paris : Dalloz, 2013, p. 375.

²⁰³ A. BOTTON, B. DE LAMY, « La QPC, révélateur des limites du droit constitutionnel ? », *art. cit.*

²⁰⁴ Ph. JESTAZ, « Le déclin de la doctrine ? », *Droits*, 1995, n° 20, p. 86.

²⁰⁵ Y. CHARPENEL, premier avocat général à la troisième chambre civile, entretien réalisé le 4 mai 2017.

handicapée de s'affilier à titre gratuit à l'assurance vieillesse sous réserve des ressources de son ménage ; arguant qu'en exigeant, pour la prise en charge des cotisations d'assurance vieillesse, que les ressources du ménage n'excèdent pas le montant du plafond d'octroi du complément familial, le requérant considérait que ce texte violait le principe d'égalité devant la loi. Pour répondre à ce grief, l'avocate générale se fonde entièrement sur une analyse du dispositif législatif, et plus particulièrement des intentions du législateur :

« La critique n'est pas recevable. Elle procède d'une méconnaissance de l'organisation du régime général de retraite et du principe qui la fonde, à savoir le principe de solidarité. [...] Si le législateur a choisi de limiter le champ des bénéficiaires en considération de la situation du ménage, c'est afin d'éviter que des personnes profitant des revenus de leurs conjoint bénéficient d'une affiliation gratuite supportée par la collectivité, alors que ces revenus leur permettraient de financer une assurance payante²⁰⁶ ».

141. La recherche de l'intention du législateur n'est pas sans équivoque²⁰⁷ tant il paraît impossible de dégager une volonté uniforme de l'ensemble des acteurs, du Gouvernement et du Parlement, intervenus dans le processus législatif. Les avocats généraux soulignent dans leurs conclusions cette difficulté :

« Il serait toutefois absurde de déterminer l'objet d'une loi, afin de vérifier si une différence de traitement établie par cette loi est en rapport avec ledit objet, en s'en tenant aux seules intentions du gouvernement lorsqu'il a déposé le projet de loi sans prendre en considération les travaux parlementaires. Le législateur peut en effet amender la loi afin de poursuivre d'autres objectifs non prévus à l'origine par le gouvernement et introduire dans la loi, par des amendements parlementaires, des dispositions instaurant des différences de traitement en rapport avec ces nouveaux objectifs. De même, le gouvernement peut, au cours des débats parlementaires, assigner à la loi en discussion de nouvelles finalités se traduisant par des amendements gouvernementaux. Tel me paraît être le cas en l'espèce²⁰⁸. »

²⁰⁶ Avis de l'avocate générale BEAUPUIS, deuxième chambre civile, pourvoi 13-40.014, 22 mai 2013, n°319.

²⁰⁷ J. JEANNENEY, « Le recours à l'intention du législateur face aux énoncés normatifs ambigus », *Droit & Philosophie*, n° 9-1, 2017, p. 15.

²⁰⁸ Avis de l'avocat général MOLLARD, chambre commerciale, économique et financière, pourvoi 14-40.029, 2

142. En conséquence, les avis font régulièrement état de l'exposé des motifs de la loi contestée, du rapport de la commission des lois intervenue dans le cadre de son examen²⁰⁹, des débats parlementaires²¹⁰ souvent largement retranscrits et parfois même de la circulaire d'application du texte clarifiant le sens de la disposition²¹¹.

143. Le travail de recherche de l'intention du législateur est particulièrement visible dans un avis dans lequel le premier avocat général de la chambre commerciale, Laurent Le Mesle déconstruit l'interprétation retenue par la Cour d'appel au profit de l'esprit de la loi contraire à la lettre du texte ; Selon la Cour d'appel ayant réalisé le premier filtre : « il ressort des dispositions combinées des articles L. 626-12 du code de commerce et L. 351-8 du code rural que le bénéfice d'un plan d'une durée de quinze ans est exclusivement réservé aux agriculteurs, personnes physiques ». L'avocat général reconnaît que « cette solution est, en apparence, incontestable²¹² » du fait de la mention expresse de la personnalité physique de l'agriculteur dans l'article en cause, avant de mettre en lumière la difficulté à en cerner l'esprit :

« Mais les apparences sont parfois trompeuses, notre affaire en est l'illustration. La façon 'pointilliste' du législateur, et sa propension à légiférer par petits ajouts successifs, au moyen d'amendements dont la cohérence avec les textes dans lesquels ils sont destinés à s'insérer a, parfois, été insuffisamment réfléchi, est de nature à créer des contradictions dans la loi, voire une certaine obscurité de celle-ci. C'est au demeurant la mission du juge de résoudre les contradictions de la loi, de la même manière qu'il lui échoit aussi d'en interpréter les silences, sans d'ailleurs qu'il soit le plus souvent nécessaire pour cela d'invoquer les principes constitutionnels, et d'accuser le législateur d'y avoir manqué, sauf à généraliser l'intervention du Conseil constitutionnel dans les instances judiciaires²¹³ ».

septembre 2014, n°654.

²⁰⁹ A titre d'exemple : Avis de l'avocat général CHEVALIER, première chambre civile, pourvoi 15-40.007, 14 janvier 2015, n° 571 ; et l'avis de l'avocate générale LAPASSET, deuxième chambre civile, pourvoi 15-40.039, 13 janvier 2016, n° 164.

²¹⁰ Exemple : Avis de l'avocate générale LAPASSET, deuxième chambre civile, pourvoi 11-40.077 du 23 novembre 2011, n° 368 ; ou encore l'avis de l'avocat général MOLLARD chambre commerciale, économique et financière, pourvoi 14-40.029, 2 septembre 2014, n°654.

²¹¹ Avis de l'avocat général LE BAUT, chambre criminelle, pourvoi 14-81.249, 23 octobre 2014, n° 103.

²¹² Avis de l'avocat général Laurent LE MESLE, chambre commerciale, 16-21.032, 31 janvier 2017.

²¹³ *Ibidem*.

144. À l'issue de ces considérations théoriques, l'avocat général présente les deux interprétations possibles de l'article contesté :

« Il y a deux manières de lire l'article L. 351-8 du code rural que la QPC vous demande de déférer au Conseil constitutionnel. Ou bien l'on considère que le législateur a voulu réserver aux seuls agriculteurs personnes physiques le bénéfice des dispositions de la loi Sauvegarde, et il faut alors lire le texte ainsi qu'il suit: 'pour l'application de la loi précitée, n'est considérée comme agriculteur que toute personne physique exerçant des activités agricoles au sens de l'article L.311-1' ou bien, au contraire, on se convainc que le législateur a voulu étendre aux agriculteurs personnes physiques un régime qui bénéficiait déjà à ceux d'entre eux qui exercent sous forme sociale, et la bonne lecture devient alors: 'pour l'application des dispositions de la loi précitée, est aussi considérée comme agriculteur toute personne physique exerçant des activités agricoles au sens de l'article L. 311-1²¹⁴' ».

145. L'avocat général préconise la seconde interprétation au regard de l'intention du législateur qu'il tente de déceler : « L'objet de la loi [...] contestée n'a pas été de créer un régime particulier pour les exploitants agricoles personnes physiques, mais au contraire de les faire bénéficier de celui qui était déjà applicable aux personnes morales exerçant des activités agricoles » avant d'en conclure : « Je suis donc d'avis qu'en introduisant dans l'article L.351-8 du code rural la personne physique exerçant des activités agricoles, le législateur n'en a pas fait le modèle unique de l'agriculteur, mais a au contraire entendu replacer cette personne physique dans le droit commun de l'entreprise ». Cette formulation fait clairement apparaître l'interprétation de l'intention du législateur réalisée par l'avocat général. Son apport explicatif de la loi rapproche son office de celui d'un auteur de doctrine dont le rôle est, selon Maryse Deguerge, de « recenser toutes les interprétations possibles parmi lesquelles le juge choisit²¹⁵ ». Cette définition souligne une différence fondamentale entre l'acte doctrinal et l'acte de jugement ; Le premier a pour fonction de souligner les potentialités du texte quand le second est un acte d'autorité, un choix s'affirmant comme étant le seul « positif ». Sur ce plan,

²¹⁴ *Ibidem*.

²¹⁵ M. DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, Paris : LGDJ, 1994, p. 350.

l'avis de l'avocat général se rapproche bien souvent de l'acte doctrinal, mettant en avant les différentes interprétations envisageables avant de formuler son opinion comme l'illustre cet avis de l'avocate générale Régine Bonhomme :

« Tout dépend de l'interprétation du texte ; si l'on s'en tient à sa lettre, seule la preuve de la provenance des fonds du patrimoine du débiteur est requise pour obtenir le rapport du bien du conjoint ; l'atteinte au droit de propriété est peut-être disproportionnée. Si l'on estime que le texte est destiné à ne sanctionner que les cas de fraude, alors il est inutile de transmettre, mais cela supposerait que les juges donnent du texte une interprétation peut-être *contra legem*²¹⁶ ».

146. La QPC est propice aux développements doctrinaux sur le sens de la loi dans une optique de confrontation aux normes constitutionnelles. Le principe *ne bis in idem*, par exemple, implique une interrogation sur l'identité matérielle de deux dispositifs législatifs. Cette étude comparée contribue à la recherche sur le sens des normes juridiques comme en témoigne cet avis :

« Les rapides développements qui vont suivre concernent autant la faillite personnelle que l'interdiction de gérer. En effet, outre que ces deux mesures relèvent l'une et l'autre aussi bien, et dans les mêmes conditions, du juge de la procédure collective que de celui de la banqueroute et obéissent de ce point de vue à des régimes analogues, il y a lieu d'observer qu'elles sont si proches l'une de l'autre que l'une se définit en réalité par rapport à l'autre²¹⁷ ».

147. L'emploi du vocable « en réalité » témoigne du processus de recherche nécessaire pour accéder au sens du texte, rapprochant l'étude du dispositif contesté en QPC par les avocats généraux d'une étude doctrinale. L'analyse de la disposition législative contestée dans les avis des avocats généraux les rapproche des chercheurs. La qualité et le détail des recherches met en lumière les interprétations possibles à la façon d'un universitaire.

²¹⁶ Avis de l'avocate générale BONHOMME, deuxième chambre civile, pourvoi 10-25.570, 2 novembre 2011 *in* R. BONHOMME, S. BECQUE-ICKOWITZ, S. CABRILLAC, « Le coup de grâce constitutionnel à la 'présomption mucienne' », *Bulletin Joly - Entreprises en difficulté*, 2012, n° 2, p. 120.

²¹⁷ Avis de l'avocat général LE MESLE, chambre commerciale, pourvoi 16-40.208, 28 juin 2016.

Outre leur investissement dans la détermination du sens de la loi, les avocats généraux s'apparentent à des chercheurs lorsqu'ils induisent de la somme des décisions de leur chambre une règle générale, c'est-à-dire une jurisprudence.

II. La contribution des avocats généraux à l'élaboration de la jurisprudence attachée au texte

148. Dans de nombreux avis QPC, les avocats généraux synthétisent les décisions de la Cour de cassation pour en induire une règle générale. Dans un avis relatif au secret des délibérations, François Cordier, premier avocat général à la chambre criminelle, précise « l'étendue de la protection du secret des délibérations²¹⁸ » par la Haute Cour en listant les cas censurés et les cas validés, dessinant par la même les contours d'une jurisprudence.

149. Cette attitude rapproche l'avocat général d'un auteur de doctrine. Dans sa thèse portant sur la jurisprudence et la doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative, Maryse Deguegue distingue deux influences de la seconde sur la première : La doctrine inspire le juge dans sa construction déductive des règles et systématise ses décisions pour en faire un ensemble cohérent²¹⁹. C'est à cette seconde modalité d'influence de la doctrine sur le juge administratif que peut être comparé le rapport de l'avocat général à la formation de jugement. L'effort de systématisation de la doctrine procède de l'induction à partir des solutions juridictionnelles et des cas concrets pour aboutir à la formulation de règles de droit d'une grande généralité qui fourniront à la pratique un guide pour la solution des espèces à venir²²⁰. Ainsi, la jurisprudence n'apparaît que dans un second temps ; au temps du juge à qui la formulation de toute règle générale et réglementaire est prohibée succède le temps de la réflexion doctrinale produisant la jurisprudence. La doctrine « fait surgir des principes généraux non formulés, voire non perçus par le juge, de l'ensemble des normes particulières que constituent les décisions émanant des juridictions administratives²²¹ ».

²¹⁸ Avis de l'avocat général CORDIER, chambre criminelle, pourvoi 15-83.207, 27 août 2015, n° 82.

²¹⁹ M. DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, Paris : LGDJ, 1994, p. 475.

²²⁰ *Ibidem*, p. 476.

²²¹ *Ibidem*, p. 475.

150. À l'instar de la doctrine, les avocats généraux s'emploient à systématiser les décisions de la Cour de cassation pour en induire des règles générales.

151. Le premier avocat général François Cordier infère de la définition de la faute caractérisée « défaillance inadmissible dans une situation qui mérite une attention soutenue en raison des dangers ou des risques qu'elle génère », la nécessité d'une « analyse de la faute [...] dans chaque cas, *in concreto*²²² ». S'en suit une synthèse de « quelques exemples de situations où la faute caractérisée a été retenue par la chambre criminelle » dont il tire une conclusion sous forme de règle générale :

« Ces quelques exemples tirés d'une jurisprudence abondante de la chambre criminelle mettent en évidence la gravité certaine du comportement, la 'défaillance inadmissible' des fautes retenues, qu'elles soient de commission ou d'omission. On relève en outre que la faute caractérisée peut être définie par rapport aux exigences d'un texte réglementaire qui, pour des raisons multiples, ne sera pas applicable. [...] La jurisprudence a également admis qu'une faute caractérisée puisse résulter d'une multiplicité d'impudences ou de négligences [...], c'est bien l'application de ce principe qui a été retenu également par votre chambre dans la procédure précitée. [...] La connaissance du risque sérieux pour la vie ou l'intégrité physique devra, en règle générale, être établie, prouvée [...]. Cette courte analyse de la jurisprudence met bien en évidence que la faute caractérisée, catégorie générale et abstraite par définition, n'est incriminée que parce qu'elle constitue une faute importante, une défaillance inadmissible se situant dans un rapport de causalité indirect mais certain avec le dommage, étant précisé que le risque généré par le comportement de son auteur lui était connu ou qu'il devait nécessairement en avoir connaissance ».

152. Le même procédé est employé par un autre avocat général s'agissant du droit à l'assistance d'un avocat. Après avoir rappelé que la disposition critiquée « pose le principe général selon lequel la personne suspectée 'a le droit d'être informée des charges qui pèsent contre elle et d'être assistée d'un avocat' mais sans préciser à quel moment de la procédure ce

²²² Avis de l'avocat général CORDIER, chambre criminelle, pourvoi 12-87.059, 29 juillet 2013, n° 59.

droit doit devenir effectif²²³ », l'avocate générale formule une règle générale induite des décisions de la Haute Cour :

« La Cour de cassation a d'une certaine façon privilégié jusqu'alors plutôt l'approche qui lie le droit à l'avocat à l'exercice d'une contrainte, puisqu'elle n'a pas imposé le placement en garde à vue, créateur de droits, à chaque fois qu'existaient contre la personne des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction (crim. 06 mai 2003) mais dès lors que la personne soupçonnée faisait l'objet de mesure de contrainte. A cet égard, elle n'a pas considéré que lorsque l'intéressé, comme en l'espèce, répond à une convocation de la police ou de la gendarmerie, il subissait une contrainte. Lorsqu'au contraire il a été contraint de comparaître par la force publique, son placement en garde à vue s'impose (crim. 28 juin 2000²²⁴) ».

153. Cette jurisprudence dégagée des décisions de la Cour de cassation se trouve confortée, selon l'avocate générale, par le constat d'une cohérence de l'interprétation du quai de l'Horloge et de Montpensier qui, en censurant la loi sur la garde à vue « ne permet[tant] pas à la personne interrogée, alors qu'elle est retenue contre sa volonté, de bénéficier de l'assistance effective d'un avocat²²⁵ », « lie très clairement le droit à l'avocat au fait que l'audition est contrainte²²⁶ ».

154. Apanage de la doctrine, la démarche inductive de construction jurisprudentielle est employée par les avocats généraux. Maryse Deguerge soulignait déjà dans sa thèse le caractère doctrinal des conclusions du Commissaire du Gouvernement près le Conseil d'état : « Les fonctions de la doctrine apparaissent à maints égards communes aux commissaires du gouvernement et aux universitaires²²⁷ » dont le rapprochement les éloigne de la fonction jurisprudentielle :

²²³ Avis de l'avocate générale ZIENTARA-LOGEAY, chambre criminelle, pourvoi 11-87.333, 23 février 2012, n° 113.

²²⁴ *Ibidem*.

²²⁵ Cons. Const. Dec. n°2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010.

²²⁶ Avis de l'avocate générale Sandrine ZIENTARA-LOGEAY, 11-87.333 *précité*.

²²⁷ M. DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, *op. cit.*, p. 481.

« La doctrine des commissaires du gouvernement conceptualise les données de la jurisprudence antérieure et oriente la formation de jugement vers la solution juste en droit et en équité, comme le font les auteurs dans les notes d'arrêt. Dans cette optique, l'existence d'une prétendue « doctrine jurisprudentielle » des commissaires du gouvernement est inconcevable. Cette doctrine n'est ni plus ni moins jurisprudentielle que celle des professeurs de droit²²⁸ ».

155. La contribution des avocats généraux à la détermination du sens de la loi contestée peut être comparée à celle des universitaires. La recherche et l'analyse de l'intention du législateur tout comme la construction de la jurisprudence par synthèse des décisions de la Cour de cassation caractérisent leur office, à l'instar de celui des rapporteurs publics près le Conseil d'État.

§2. Une représentation doctrinale de la disposition contestée

156. Étymologiquement, le terme de doctrine vient de *docere* qui signifie enseigner. Partant, le terme de doctrine est souvent employé en référence aux universitaires, ceux qui enseignent et écrivent sur le droit. Néanmoins, « enseigner » peut autant être rattaché à l'acteur, l'enseignant, qu'à son objet, l'ensemble des choses enseignées. Dans cette perspective, toute formalisation du droit peut être qualifiée de doctrine, quel qu'en soit le théâtre. Ce critère matériel préside à la qualification d'un objet comme doctrinal, il appartient à l'auteur de doctrine de « comprendre et de faire comprendre les textes, les décisions et concepts, mais aussi de comprendre au sens étymologique, c'est à dire structurer l'univers juridique en lui donnant une cohérence logique²²⁹ ». Entre les avis QPC des avocats généraux et cette définition, les similitudes sont nombreuses. Le contentieux constitutionnel est propice à une mise en cohérence du droit par le biais d'une contextualisation des dispositions mises en cause (I). Au-delà de cette analogie matérielle, les avis revêtent parfois les attributs formels d'un cours de droit, rapprochant ainsi l'avocat général de l'universitaire (II).

²²⁸ *Ibidem*, p. 480.

²²⁹ Ph. JESTAZ, « Le déclin de la doctrine ? », *Droits*, n° 20, 1995, p. 86.

I. Une représentation du droit par sa contextualisation

157. Selon Jean-Baptiste Perrier la contextualisation de la disposition contestée est souvent nécessaire à l'appréciation de la question posée par le juge du filtre²³⁰ :

« L'analyse concrète des décisions rendues par la Cour de cassation permet de rendre compte de l'utilisation du critère tenant au sérieux de la question par l'appréciation de la disposition critiquée. [...] Le regard porté sur la seule disposition contestée est parfois insuffisant pour permettre d'apprécier le sérieux de la question soulevée. En effet, les dispositions ne peuvent être vues comme étant dépourvues de liens entre elles, et ces liens peuvent justement consister en la prévision de mécanismes de garantie des droits fondamentaux. Sans être exhaustive, l'analyse des décisions rendues par la Cour de cassation permet de rendre compte de ce regard porté sur le sérieux de la question posée, par rapport à l'ensemble normatif dans lequel la disposition contestée s'insère²³¹ ».

158. L'analyse des avis des avocats généraux conduit au même constat de recours réguliers au contexte des articles contestés, comme en témoigne l'usage fréquent de sous-titres tels que « les dispositions légales contestées et leur contexte d'adoption²³² » dans les avis. Selon Jean-Yves Charpenel, « le rôle de l'avocat général est de servir l'intérêt général. Nous le faisons de deux façons, en s'assurant que l'intention du législateur a bien été prise en compte mais également, et c'est le plus intéressant, quand la loi n'est pas claire, qu'on ne discerne aucune logique globale. Dans ce cas on essaye d'apporter dans le débat des éléments de contexte. Là on a l'impression de servir l'intérêt général²³³ ». L'avocat général précise d'ailleurs que cette fonction les distingue des conseillers rapporteurs qui explicitent rarement et plus brièvement le contexte de la loi.

159. À titre d'exemple, intervenant dans une QPC par laquelle le requérant contestait que l'article 388-1 ne confère pas la qualité de partie au mineur entendu par le juge, l'avocat général

²³⁰ J.B. PERRIER, « le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par la Cour de cassation », *art.cit.*

²³¹ *Ibidem.*

²³² Avis de l'avocate générale PETIT, première chambre civile, pourvoi 11-10.769 du 28 juin 2011, n° 168.

²³³ Y. CHARPENEL, premier avocat général à la troisième chambre civile, entretien réalisé le 4 mai 2017.

Pierre Chevalier replace la disposition dans son contexte légal -interne et international- pour apprécier le sérieux de la question :

« Les évolutions récentes de la législation concernant le statut du mineur tendent, il est vrai, vers l'affirmation de sa plus grande autonomie, tel que l'on a coutume de dire que l'on est progressivement passé, dans le domaine pénal ou civil, d'un enfant 'objet de droit' à celui d'un enfant 'sujet de droit'. Mais cette reconnaissance de droits spécifiques n'atteint pas le noyau dur de cette protection qui se traduit, dans le domaine de l'autorité parentale, par un exercice parental exclusif des droits qui en découlent. [...] Certes, sous la double influence de la Convention internationale des droits de l'enfant, de la Convention européenne sur l'exercice des droits par les enfants et du droit de l'Union européenne notre législation a évolué pour offrir un droit d'expression au mineur dans les procédures le concernant et garantir qu'il en a été dûment informé. Il ne faut pas se méprendre sur ces évolutions et confondre le droit parental exercé par les parents sur le mineur avec le droit de ce dernier de donner, par sa consultation, un avis sur la fixation de ses modalités d'exercice. [...] C'est dans cet esprit d'une plus grande participation du mineur à la fixation de droits qui le concerne que l'article 388-1 du code civil s'inscrit. [...] Fruit d'une longue maturation, d'adaptation récentes et réussies à notre droit constitutionnel et international, le statut protecteur de l'enfant prévoit des droits de procédure aménagés avec son état de minorité, variable suivant la nature des droits contestés (ceux des parents ne sont pas ceux de l'enfant) et la nature de la procédure en cause (les procédures concernant l'autorité parentale ne peuvent se confondre avec la procédure d'assistance éducative²³⁴) ».

160. Cette synthèse de l'évolution légale sur le statut des mineurs est essentielle pour éclairer les enjeux de la question posée et constitue un véritable apport doctrinal comme en témoigne la formule « il ne faut pas se méprendre sur ces évolutions ».

161. De façon générale, les avocats généraux détaillent très largement le contexte légal d'adoption de la disposition législative contestée, à l'instar de cet avis de l'avocat général Frédéric Desportes portant sur la constitutionnalité de l'absence d'assistance directe d'un

²³⁴ Avis de l'avocat général CHEVALIER, première chambre civile, pourvoi 13-40.054, 22 octobre 2013, n°157.

avocat lors de la rétention d'une personne appréhendée en mer dans lequel il précise que « cet ensemble de dispositions a été adopté à la suite de la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Medvedev* » dont il cite le motif d'inconventionnalité avant d'ajouter :

« Les textes tirent sur deux plans les conséquences de l'arrêt *Medvedev* : En premier lieu, ils donnent une base légale à la privation de liberté des personnes appréhendées en haute mer, mettant ainsi la France à l'abri d'une condamnation fondée sur la violation de l'article 5§1 de la CESDH. En second lieu, ils instituent un régime plaçant cette rétention sous le contrôle d'une juge du siège. A vrai dire, ce contrôle n'est pas expressément imposé par l'arrêt de la Grande Chambre. En l'instituant, le législateur avait peut-être en vue de permettre qu'à leur arrivée sur le sol français les personnes concernées puissent être placées en garde à vue avant d'être présentées à un juge²³⁵ ».

162. Il ressort de cette mise en contexte que la disposition législative tient compte et devance même les exigences européennes, dont il conclut l'absence de sérieux de la question posée.

163. Certains avocats généraux détaillent également le contexte extra-légal d'adoption de la loi contestée. Dans son avis relatif à une QPC portant sur l'article 16-11 du code civil selon lequel « sauf accord exprès de la personne manifesté de son vivant, aucune identification par empreintes génétiques ne peut être réalisée après sa mort. », l'avocate générale rappelle que la loi a été adoptée suite à l'émotion qu'avait créée l'exhumation d'Yves Montant²³⁶.

164. Si l'approfondissement du contexte légal est davantage l'apanage du parquet que du siège au quai de l'Horloge²³⁷ ; le recours au contexte extra-légal lui est exclusif, les juges du siège ne pouvant aisément recourir à ce genre de données.

165. Les considérations matérielles sont également citées pour éclairer les juges sur les conditions d'application de la loi contestée en QPC. À titre d'exemple, alors que le requérant contestait l'impossibilité légale pour la personne appréhendée en mer d'être assistée d'un

²³⁵ Avis de l'avocat général DESPORTES, chambre criminelle, pourvoi 13-81.053 et 15-81.351, 5 mai 2015, n° 280.

²³⁶ Avis de l'avocate générale PETIT, première chambre civile, pourvoi 11-10.769 du 28 juin 2011, n° 168.

²³⁷ Selon Yves Charpenel.

avocat pendant sa rétention, l'avocat général se fonde largement sur des éléments matériels pour justifier l'absence de transmission qu'il préconise. Dans un premier temps il souligne « l'accueil très positif de ces textes qui ont déjà connu de nombreuses applications lors d'interventions en mer et qui n'ont soulevé aucune difficulté juridique ou matérielle dans leur mise en œuvre²³⁸ ». L'avocat général poursuit son raisonnement par la prise en compte d'un argument de type « conséquentialiste », analysant au prisme de ses conséquences prévisibles l'opportunité du renvoi de la question :

« Il est impossible d'examiner la question sans évoquer d'emblée les contraintes matérielles qu'imposerait l'intervention d'un avocat. [...] C'est une chose de permettre au juge des libertés et de la détention, s'il l'estime utile, d'entrer en relation avec les personnes retenues. C'en est une autre de donner à chacune de ces personnes le droit de s'entretenir avec un avocat, par les moyens de télécommunication du bord et avec l'assistance d'un interprète, dans des conditions qui permettent d'assurer à la fois la confidentialité de l'entretien et la sécurité du navire et de son équipage. La difficulté posée par l'exercice ne suffit peut-être pas à en exclure la possibilité. Elle ne peut cependant être ignorée dans la mesure où elle est susceptible de constituer un élément déterminant dans l'appréciation de la proportionnalité de l'atteinte aux droits de la personne que constituerait l'absence d'intervention d'un avocat. Sous le bénéfice de cette observation, il convient d'examiner la réalité de cette atteinte²³⁹ ».

166. Le conséquentialisme mis en lumière par Sylvie Salles à la lecture des délibérations du Conseil constitutionnel²⁴⁰ semble être également à l'œuvre au Parquet général de la Cour de cassation.

167. La QPC est un contentieux propice à la mise en cohérence du droit dont les avis des avocats généraux constituent un témoignage. Nombre d'entre eux font mention de la concordance d'interprétations existante entre les chambres civiles et la chambre criminelle de la Cour de cassation²⁴¹ ou entre la jurisprudence de la Cour de cassation, du Conseil

²³⁸ Avis de l'avocat général DESPORTES chambre criminelle, pourvoi 13-81.053 et 15-81.351, 5 mai 2015, n° 280.

²³⁹ Avis de l'avocat général DESPORTES sur QPC 13-81.053 et 15-81.351, 5 mai 2015, *précité*.

²⁴⁰ S. SALLES, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris : LGDJ, 2016.

²⁴¹ Avis de l'avocat général CAILLAU, première chambre civile, pourvoi 14-12.200, 2 septembre 2014, n°23.

constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme : « dans les arrêts de la Cour de Strasbourg comme dans la décision précitée du Conseil constitutionnel, le droit à l'avocat est lié aux investigations dont la personne 'accusée', et par ailleurs privée de liberté, fait l'objet²⁴² ».

168. Si leur analyse met en évidence une discordance entre différents domaines juridiques, les avocats généraux préconisent aisément une solution de mise en cohérence, à l'instar de l'avocat général Michel Gauthier prenant acte, dans un de ses avis, d'un arrêt rendu par le Conseil d'État sur la même question pour s'inscrire dans sa continuité, reprenant la mise en balance effectuée par le Palais Royal et proposant une solution en cohérence avec ce qui a été jugé par celui-ci²⁴³ ; l'avocate générale Sandrine Zientara souligne également dans une autre affaire mais suivant la même logique qu'il « serait paradoxal que le juge judiciaire n'ait pas la même latitude que l'autorité administrative²⁴⁴ ».

169. Suivant la même démarche, les avocats généraux préconisent régulièrement l'alignement du droit national sur le droit européen, soulignant l'incohérence de l'état du droit : « Mais force est de constater que cet argument, s'il n'est pas sans valeur, est récusé par les juridictions de l'Union européenne, alors même que le droit national de la concurrence est largement inspiré du droit de l'Union et qu'ils sont souvent appliqués cumulativement²⁴⁵ » ; « De la même manière de nombreux autres auteurs considèrent que la législation ainsi mise en œuvre est en contradiction avec les orientations générales de la CEDH²⁴⁶ » ; ou encore : « Nous raisonnerons en prenant également en considération les articles 5 et 6 de la CESDH tant il paraît nécessaire en la matière d'assurer la convergence des solutions résultant de l'application des normes constitutionnelles et conventionnelles²⁴⁷ ».

170. Cette pratique rapproche l'avocat général de la doctrine dont la mise en cohérence du droit constitue le rôle historique. Confrontés aux textes de droit romain parfois contradictoires, les glossateurs du XIIe et XIIIe siècle s'attelaient à résoudre de façon inventive les

²⁴² Avis de l'avocat général DESPORTES chambre criminelle, pourvoi 13-81.053 et 15-81.351, 5 mai 2015, n° 280.

²⁴³ Avis de l'avocat général GAUTHIER, chambre criminelle, pourvoi 1290071, 6 février 2013, n°38.

²⁴⁴ Avis de l'avocate générale ZIENTARA, chambre criminelle, pourvoi 12-90.007, 15 mars 2012, n° 212.

²⁴⁵ Avis de l'avocat général MOLLARD, chambre commerciale, pourvoi 1316602, 13 novembre 2013, 381.

²⁴⁶ Avis de l'avocat général MELLOOTTE, première chambre civile, pourvoi 11-40.008, 17 mai 2011, n° 365

²⁴⁷ Avis de l'avocat général DESPORTES, chambre criminelle, pourvoi 13-81.053 et 15-81.351, 5 mai 2015, n° 280.

discordances entre les textes issus des compilations²⁴⁸. Ils apportaient de la cohérence en se détachant de la lettre du texte, recherchant la *vis* de la loi (son sens propre) et sa *potestas* (sa potentialité), argumentant, distinguant et faisant usage de logique pour apporter de la cohérence au droit.

171. La mise en cohérence du droit par l'analyse contextualisée de la disposition législative donne un caractère doctrinal aux avis des avocats généraux en matière de QPC, caractère renforcé par l'utilisation des attributs propres à l'université que sont les citations doctrinales et le plan académique.

II. Une représentation du droit aux formes académiques

172. Les avocats généraux réalisent dans leurs avis de véritables cours de droit dont le contentieux constitutionnel donne l'opportunité. Dans une QPC par laquelle le requérant contestait la constitutionnalité des articles 81, 56, 57 et 96 du code de procédure pénale²⁴⁹, l'avocat général réalise un exposé académique digne d'un universitaire sur le secret du délibéré. Au fil des pages, l'avocat général retrace l'historique du secret du délibéré de son apparition au Moyen-Âge jusqu'à nos jours. Le compte-rendu est minutieux et les références doctrinales nombreuses et précises. Le panorama se poursuit par l'utilité d'un tel secret aujourd'hui et les contours de sa protection en France et au niveau européen²⁵⁰.

173. Familier de l'exercice, l'avocat général Cordier propose à nouveau dans l'affaire de l'usine AZF des développements comparables à un exposé académique. Suite à l'explosion, le directeur de l'usine est renvoyé devant la justice pour homicide par imprudence et faute caractérisée. Celui-ci dépose une QPC contestant le fait que la loi entraîne la responsabilité pénale de l'auteur d'une simple faute caractérisée ayant contribué à la réalisation d'un dommage au regard du principe de nécessité et de légalité des délits et des peines, de présomption d'innocence et de la garantie des droits. Dans son avis, l'avocat général détaille longuement l'origine et les contours de la faute caractérisée en citant largement la doctrine :

²⁴⁸ J.L. THIREAU, « La doctrine civiliste avant le code civil », in : *La doctrine juridique*, Paris : PUF, 1993, p. 18.

²⁴⁹ Article autorisant la saisie de toute pièce, y compris au sein d'une juridiction d'une pièce couverte par le secret du délibéré, sans assigner de limites à cette mesure ni l'assortir de garanties spéciales de procédure.

²⁵⁰ Avis de l'avocat général CORDIER, chambre criminelle, pourvoi 15-83.207, 27 août 2015, n°82.

« Il résulte, comme le soulignent Francis Legunéhec et Frédéric Desportes dans leur ouvrage *Droit pénal général*, des travaux parlementaires que la faute caractérisée ‘doit présenter une plus grande gravité que la faute d’imprudence ordinaire, mais que cette gravité n’a pas besoin d’être exceptionnelle. Ces auteurs soulignaient que lors des débats parlementaires, il avait été fait état du caractère ‘affirmé’, ‘d’une particulière évidence’ ‘d’une particulière intensité de cette faute²⁵¹ ».

174. Les régulières références doctrinales dans les avis contribuent à rapprocher les avocats généraux de la doctrine dont ils se font les messagers. Rapportée pour informer la formation de jugement de l’état de la connaissance scientifique sur la question posée, la doctrine éclaire le débat par le truchement de l’avis, à l’instar des conclusions du rapporteur public près le Conseil d’État dont la citation doctrinale est un élément caractéristique²⁵², ainsi que de celles de l’avocat général près la Cour de Justice de l’Union européenne²⁵³.

175. Si la QPC implique un exposé de l’état du droit, ses modalités sont propres aux avocats généraux. Pour exemple, dans une QPC par laquelle le requérant contestait la non-rétroactivité du nouveau dispositif relatif au divorce laissant certains époux sous l’emprise de la loi ancienne, laquelle prévoyait le maintien du devoir de secours après la séparation, contrairement à la loi nouvelle. Le requérant dénonce la rupture d’égalité ainsi établie. Au regard de la question, l’analyse comparée des deux systèmes s’impose. L’avocat général expose le droit applicable en matière de divorce à la façon d’un cours de droit, commençant par expliquer les raisons du maintien du devoir de secours au-delà du divorce dans la loi ancienne « dans le souci, d’une part, de prolonger au-delà de la rupture matrimoniale et au bénéfice du conjoint attrait en divorce l’exécution d’une obligation née de l’union, et d’autre part, de récuser l’idée d’un divorce répudiation²⁵⁴ » avant d’expliquer les raisons du changement intervenu en 2004 : « [Dans la loi ancienne] les conditions imposées à l’époux qui souhaite divorcer sans l’accord de son conjoint et sans faute à lui reprocher sont extrêmement sévères²⁵⁵ ». Il précise que le

²⁵¹ Avis de l’avocat général CORDIER, chambre criminelle, pourvoi 12-87.059, 29 juillet 2013, n° 59.

²⁵² N. RAINAUD, *Le commissaire du gouvernement près le Conseil d’État*, *op. cit.* p. 98.

²⁵³ L. CLEMENT-WILZ, *La fonction de l’avocat général près la Cour de Justice*, Bruxelles : Bruylant, 2011, p. 699.

²⁵⁴ Avis de l’avocat général CHEVALIER, première chambre civile, pourvoi 15-40.007, 14 janvier 2015, n° 571.

²⁵⁵ *Ibidem*.

nouveau dispositif « poursuit un objectif de pacification de la rupture en concentrant le règlement des conséquences pécuniaires du divorce au jour de son prononcé²⁵⁶ ».

176. L'avocat général se distingue des autres acteurs de la procédure par les caractéristiques de son exposé, citant abondamment la doctrine et faisant même figurer un encadré synthétisant les points essentiels de son explication :

- « En 2004, le législateur a modifié le cas de divorce pour délitement du lien conjugal :
- En supprimant l'ancien divorce pour rupture de la vie commune, jugé trop discriminant et en le remplaçant par le divorce pour altération définitive du lien conjugal
 - En mettant fin pour ces nouveaux cas de divorce à la dérogation que prévoyait l'ancien droit positif qui maintenait le devoir de secours après le prononcé du divorce
 - En prévoyant un nouveau régime de prestation compensatoire, mi indemnitaire, mi alimentaire
 - En refusant cependant d'accorder le bénéfice de la rétroactivité à ce nouveau régime et de limiter dans le temps les effets produits par les divorces pour rupture de la vie commune prononcés avant l'entrée en vigueur de la loi²⁵⁷ »

177. La synthèse réalisée dans l'avis, tout comme le recours au plan apparent d'utilisation fréquente au Parquet général, rapproche l'avocat général de l'universitaire. À l'instar des écrits universitaires et contrairement aux autres documents préparatoires de la décision, les conclusions sont fréquemment munies d'un plan académique. Ainsi, dans une QPC relative à la dualité des sanctions pénales et commerciales en cas de faillite²⁵⁸, l'avocat général Le Mesle structure son raisonnement selon un plan comparable à celui d'un universitaire, initié par une introduction conduisant à la problématique constitutionnelle suivi d'une annonce de plan, et muni d'une structure apparente relevant des standards universitaires (IAB, IIAB). Le recours à cet usage académique est fréquent dans les avis²⁵⁹, tout comme la formulation de titres sont

²⁵⁶ *Ibidem*.

²⁵⁷ *Ibidem*.

²⁵⁸ Avis de l'avocat général LE MESLE, chambre commerciale, pourvoi 16-40.208, 28 juin 2016.

²⁵⁹ A titre d'exemple : Avis de l'avocat général GAILLARDOT, chambre criminelle, pourvoi 16-90.010, 28 juin 2016 ; Avis de l'avocat général CORDIER, chambre criminelle, pourvoi 11-90.025 et 11-90.033, 20 mai 2011.

éloquents et qualifiés « Un droit de la sanction en pleine mutation », « l'unification des règles en la matière²⁶⁰ ».

178. Le terme de doctrine est lié étymologiquement à la notion d'enseignement. La représentation du droit proposée par les avocats généraux - matériellement par une mise en cohérence de l'objet juridique étudié, ou formellement par l'emploi de caractères formels propres à l'université, renforce l'analogie entre avis et doctrine. Ainsi, à la façon d'un enseignant, l'avocat général met en cohérence le droit et à la façon d'un chercheur, il contribue à le construire par son analyse détaillée des potentialités du texte.

179. La recherche du sens de la disposition législative par les avocats généraux en QPC peut s'apparenter à un office doctrinal. Ils produisent un discours à travers lequel le droit trouve une cohérence, se démarquant ainsi du rapporteur par l'emploi de nombreuses références doctrinales et par le caractère académique de certains développements dépassant le cas d'espèce et reprenant souvent les codes universitaires formels tels que le plan en deux parties et en deux sous-parties. Point central du traitement d'une QPC, la recherche du sens de la loi s'avère parfois insuffisante à apprécier le sérieux de la question, les avocats généraux doivent alors discuter les solutions proposées par le législateur et le juge au nom des droits et libertés constitutionnellement garantis, parfois les disqualifier et contribuer à faire advenir de nouvelles règles²⁶¹, à l'instar de la doctrine. L'appréciation de la loi et de la jurisprudence, spécifique au contentieux constitutionnel, renforce donc l'analogie entre l'avocat général et la doctrine.

²⁶⁰ Avis de l'avocat général LE MESLE, 16-40.208, *précité*.

²⁶¹ Y. POIRMEUR, A. BERNARD, « Doctrine juridique et production normative », in : *La doctrine juridique*, Paris : PUF, 1993, p. 179.

Section 2. L'apport doctrinal par l'appréciation de la disposition législative contestée

180. La détermination du sens de la loi ne suffit pas toujours à juger du sérieux de questions plus complexes. Il faut alors apprécier l'économie de la disposition. Cette spécificité liée au contentieux constitutionnel rapproche les magistrats en charge du filtre de la doctrine dont le rôle est précisément de donner un avis sur le droit (§1). La longueur des développements des avis QPC et la liberté de ton qui les caractérise souligne la proximité avec l'opinion doctrinale. Cette spécificité du contenu qui résulte de l'appréciation doctrinale de la loi en QPC distingue le Parquet général des autres parquets et des juges du siège (§2).

§1. Une exigence constitutionnelle de caractère doctrinal

181. Selon Bruno Sturlèse, ancien avocat général à la Cour de cassation : « l'intérêt de cette QPC est d'être l'occasion pour votre chambre de s'interroger, non sur la pertinence d'une jurisprudence très critiquée par une part importante de la doctrine, mais cette fois-ci sur sa constitutionnalité, ce qui constitue un débat renouvelé et, semble-t-il, inédit²⁶² ». Cette affirmation relative à la jurisprudence s'applique plus largement aux interrogations sur la pertinence de la loi. L'appréciation de la norme infraconstitutionnelle requise en QPC s'apparente à un travail doctrinal (I) renouvelé par l'enjeu constitutionnel qui en modifie les caractères (II). Partant, l'exercice du filtre par les avocats généraux reprend et modifie des caractères de l'analyse doctrinale.

I. Une appréciation doctrinale de la loi par les avocats généraux

182. Souvent, la recherche de l'intention du législateur ou de l'économie du dispositif contesté ne suffit pas à déterminer le sérieux de la question posée, une appréciation de la pertinence de la disposition s'impose alors. Les avocats généraux s'y adonnent, comme leurs avis en témoignent. L'appréciation de la loi qu'ils réalisent s'apparente à une analyse doctrinale dans

²⁶² B. STURLESE, « Une suspicion sérieuse d'inconstitutionnalité à l'égard de la jurisprudence relative au droit absolu à supprimer tout empiètement », *JCP G*, 13 mars 2016, n°13, p. 303.

la mesure où elle consiste en une opinion sur la pertinence du droit applicable, voire de l'intention du législateur :

« L'exposé exhaustif dans le rapport du conseiller de l'historique de l'élaboration du texte par strates successives montre que la mise de côté de ces catégories professionnelles du bénéfice des dispositions en cause résulte du fait que les réformes ont été opérées par retouches ponctuelles sans remise à plat du dispositif législatif en permettant une révision cohérente. La lecture des débats parlementaires menés lors des réformes des textes en cause montrent que les médecins n'ont pas été écartés, mais oubliés par le législateur dont la volonté de réforme était alors centrée sur l'aide aux entreprises et aux employeurs ; il s'agissait par la remise de majorations et de pénalités d'aider l'emploi dans les PME et chez les artisans et les commerçants ; aucun effort de cette nature ne pouvant être espéré des personnes physiques exerçant à titre libéral, celles-ci ont été omises du dispositif²⁶³ ».

183. La liberté de ton propre aux avocats généraux, illustrée par cet avis, est propice à l'expression d'une opinion sur le droit à la manière d'un auteur de doctrine. En l'espèce, les normes constitutionnelles invoquées sont peu étayées, le cœur du raisonnement reposant dans cette critique formulée à l'égard du dispositif législatif. Si on admet qu'il est « incontestable que tout juriste qui émet une opinion doit être considéré comme doctrine²⁶⁴ », alors l'avocat général appréciant la pertinence de la loi dans le cadre de la QPC peut se prévaloir du qualificatif. Si la doctrine universitaire se prononce après la décision du juge quand l'avocat général se prononce avant celle-ci, il n'apparaît pas que cette spécificité emporte une différence de nature entre les deux écrits.

184. Le rapprochement entre l'avocat général et la doctrine est accentué lorsque le premier se fonde sur la seconde pour appuyer son avis sur la disposition législative en cause : « Il demeure que le dispositif actuel fait perdurer une injustice [que] le Professeur Viney soulignait déjà en 1989²⁶⁵ » ; « Il est indubitable qu'une confusion existe [...], la circonstance aggravante n'étant pas différente de l'un des éléments constitutifs de l'infraction principale. [...] Cette confusion

²⁶³ Avis de l'avocate générale DE BEAUPUIS, deuxième chambre civile, pourvoi n° 10-15.679, 9 décembre 2010, n° 632.

²⁶⁴ M. GOBERT, « Le temps de penser de la doctrine », *Droits*, 1994, n° 20, p. 101.

²⁶⁵ Avis de l'avocate générale BEAUPUIS, deuxième chambre civile, pourvoi 11-40.021, 16 juin 2011, n°97.

a été abondamment critiquée [...]. Le législateur aurait dû tirer les conséquences de sa définition et sortir la contrainte morale des circonstances aggravantes²⁶⁶ ». Les avocats généraux utilisent parfois le pronom « on » pour faire référence à la doctrine s'étant prononcée sur la question : « on a coutume de dire que²⁶⁷ ... ». Ce « on » générique semble inclure l'avocat général dans cette doctrine. D'ailleurs, écrits universitaires et conclusions d'avocats généraux se retrouvent cités conjointement pour expliquer et apprécier un dispositif législatif. Ainsi, l'avocat général François Cordier²⁶⁸ cite indistinctement auteur (un article du Jurisclasseur) et praticien (un précédent avis d'avocat général) pour analyser le contenu de l'article contesté. Certains semblent même privilégier la parole du praticien à celle de l'universitaire, à l'instar d'un avis citant une Professeure de droit ayant officié quai de l'Horloge comme « une collègue » plutôt que par son titre universitaire²⁶⁹. Dans sa thèse sur le Commissaire du Gouvernement, Nicolas Rainaud assimile d'ailleurs les conclusions à de la doctrine : « il peut paraître contestable de ranger les références aux conclusions antérieures dans le cadre général de la pénétration de la doctrine dans le droit administratif. [...] Mais, en faveur de notre classification, il apparaît que chaque fois que des conclusions antérieures sont citées par un commissaire du gouvernement, elles ont une indéniable portée doctrinale²⁷⁰ ».

185. Cette proximité entre doctrine et pratique s'inscrit dans une continuité historique. Philippe Jestaz et Christophe Jamin situent la genèse du corps de la doctrine dans celui des jurisconsultes romains²⁷¹. Ces consultants en droit (*juris consultus*) sont à l'origine du droit romain classique qu'ils ont théorisé et mis en cohérence, complétant progressivement leur activité de praticien par une fonction d'auteur et de Professeur. Les avocats généraux perpétuent la tradition des jurisconsultes à la fois praticiens et auteurs. Au surplus de leur activité principale de praticiens, certains avocats généraux se distinguent par la qualité doctrinale de leurs écrits. À l'instar du recueil des grandes conclusions qui présente les avis suivis de la décision de la Cour et d'une observation d'un commentateur²⁷², certaines revues publient l'arrêt de renvoi de la Cour de cassation accompagné d'un extrait de l'avis de l'avocat

²⁶⁶ Avis de l'avocat général LE BAUT, chambre criminelle, pourvoi 14-81.249, 23 octobre 2014, n° 103.

²⁶⁷ Avis de l'avocat général CHEVALIER, première chambre civile, pourvoi 1340054, 22 octobre 2013, n° 157.

²⁶⁸ Avis de l'avocat général CORDIER, chambre criminelle, pourvoi 1490041, 9 décembre 2014, n°278.

²⁶⁹ Avis de l'avocat général MELLOOTTEE, première chambre civile, pourvoi 11-40.008, 17 mai 2011, n° 365.

²⁷⁰ N. RAINAUD, *Le commissaire du gouvernement près le Conseil d'État*, op.cit., p. 97.

²⁷¹ Ph. JESTAZ, Ch. JAMIN, *La doctrine*, Paris : Dalloz, 2004, p. 16.

²⁷² J.C. MARIN (Dir.), *Les grandes conclusions du Parquet général de la Cour de cassation*, Paris : Éditions Panthéon-Assas, 2017.

général et de notes d'auteurs sur la question²⁷³. Le nom de l'avocat général figure aux côtés de ceux des deux universitaires auteurs des notes qui l'accompagnent, plaçant le premier au rang de co-auteur de l'article. Le caractère hybride de l'avis apparaît alors, ensemble étude d'objet (raison pour laquelle il est publié) et objet d'étude (par le commentateur).

186. La publication des conclusions participe de leur rapprochement à l'œuvre doctrinale. Olivier Beaud définit d'ailleurs la doctrine comme « l'ensemble des études publiées par les juristes sur la création du droit et l'interprétation des lois²⁷⁴ ». L'analogie entre l'écrit doctrinal et l'écrit publié par un juge est soulignée par Dominique Foussard : « traditionnellement le juge fait œuvre de doctrine de deux façons. A la manière d'un universitaire en publiant des travaux étrangers à ses fonctions de magistrat. D'une manière plus originale, qui le distingue de l'universitaire, en publiant ses travaux de magistrat (notes, rapport, conclusions²⁷⁵) » ; conclusion élargie aux avis des avocats généraux :

« Avant leur publication, les conclusions de l'avocat général à la Cour de cassation sont un acte de procédure : antérieures à un arrêt rendu par cette haute juridiction, elles sont dotées d'un caractère scientifique. Puis, une fois publiées, elles acquièrent un caractère doctrinal et cette originalité leur confère la qualité d'œuvre de l'esprit²⁷⁶ ».

187. L'introduction du recueil des grandes conclusions de la jurisprudence administrative écrite par Jean-Marc Sauvé met en exergue leur caractère « doctrinal²⁷⁷ », à l'instar du recueil des grandes conclusions du Parquet général de la Cour de cassation²⁷⁸, présenté par Jean-Claude Marin comme :

« Un moyen de restituer les avocats généraux dans leur rôle de jurisconsultes, c'est à dire celui d'artisans actifs dans l'élaboration de la jurisprudence de la Cour de cassation. [Ils] ont été, bien souvent, à l'origine de changements de jurisprudence, d'évolutions

²⁷³ R. BONHOMME, S. BECQUE-ICKOWITZ, S. CABRILLAC, « le coup de grâce de la présomption mucienne⁷ » *art. cit.*

²⁷⁴ *Ibidem.*

²⁷⁵ D. FOUSSARD, « Le juge et la doctrine, le regard d'un avocat aux Conseils. », *Droits*, 1994, n°20, p.133.

²⁷⁶ G. RAOUL-CORMEIL, « À propos des conclusions publiées par un avocat général à la Cour de cassation », *Gazette du Palais*, 2 octobre 2008, n°276, p. 32.

²⁷⁷ H. DE GAUDEMAR, D. MONGOIN (Dir), *Les grandes conclusions de la jurisprudence administrative. Volume 1, 1831-1940*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2015, p. 5.

²⁷⁸ J.C. MARIN (Dir.), *Les grandes conclusions du Parquet général de la Cour de cassation*, *op.cit.*

du droit, et parfois même, de la création de concepts juridiques, grâce à une extraordinaire liberté intellectuelle et à une analyse juridique visionnaire²⁷⁹ ».

188. La publication des avis, pratique préexistante à l'existence des recueils, atteste de leur intérêt doctrinal. Cependant, de la corrélation entre écrit publié et doctrine, aucun raisonnement *a contrario* ne peut être inféré, l'absence de publication ne dénie pas le caractère doctrinal aux avis. Seul le contenu de ceux-ci, la pertinence de l'opinion émise, entraîne la qualification doctrinale indépendamment d'une éventuelle publication.

189. L'intérêt matériel de l'avis est souligné par le commentateur des conclusions de Michèle Salvat dans le recueil des grandes conclusions des avocats généraux à la Cour de cassation²⁸⁰ selon lequel son avis se présente :

« Moins comme une plaidoirie engagée couchée sur papier que comme une position rationnellement argumentée, assortie d'une certaine prise de distance. Il s'en dégage une impression d'ensemble que [la magistrate] ne ressentait pas le besoin de persuader par la forme et qu'elle entendait convaincre par la seule rigueur de son raisonnement ».

190. Le commentateur précise que cet exemple est caractéristique de la forme que prennent aujourd'hui les avis des avocats généraux :

« L'avocat général ne présentera pas de la même façon ses conclusions selon que l'affaire a un grand retentissement et/ou sera audencé en grand'chambre, ou que, bien que mettant en jeu des intérêts importants, ces propos ont vocation à ne pas être diffusés au-delà des acteurs du procès. C'est de cette dernière hypothèse que procède l'avis rendu par Michèle Salvat ».

191. Autrement dit, c'est précisément parce que l'avis de Michèle Salvat n'avait pas vocation à être publié qu'il ne prend pas la forme d'une plaidoirie engagée mais d'un article de doctrine,

²⁷⁹ J.C. MARIN - Allocution du Procureur général près la Cour de cassation lors du colloque " les grandes conclusions du Parquet général de 1790 à nos jours ", juin 2017.

²⁸⁰ Avis de l'avocate générale Michèle SALVAT, pourvoi 16-40.232 / 229 / 228 / 230 / 231 / 232 / 233, in *Les grandes conclusions du Parquet général de la Cour de cassation, op.cit.* p. 57.

raison pour laquelle il est publié au recueil. Le caractère doctrinal de l'œuvre s'avère donc déconnecté de la publication de celle-ci.

192. La QPC souligne l'activité doctrinale d'appréciation du droit réalisée par les avocats généraux. Si les conclusions des commissaires du gouvernement sont depuis longtemps qualifiées de doctrinales, l'analogie peut aisément être étendue au Parquet général. En portant un avis sur le droit, les avocats généraux remplissent une fonction caractéristique de la doctrine mais renouvelée par le contentieux constitutionnel qui teinte le contenu de leur appréciation.

II. Une appréciation renouvelée par la QPC

193. Pour les avocats généraux, le contentieux constitutionnel est à la fois une occasion d'apprécier la loi et son prisme d'analyse. La QPC les conduit à adopter une position similaire à celle de la doctrine dont le rôle est, selon Yves Poirmeur et Alain Bernard, de mettre en lumière les défaillances de l'ordre juridique et de proposer des moyens d'y remédier²⁸¹. Au regard de cette définition, la remise en cause de la loi impliquée par le contrôle de constitutionnalité renforce l'analogie entre l'avocat général et l'auteur de doctrine tout en marquant la spécificité du discours doctrinal ainsi produit. Selon l'ancien avocat général Bruno Sturlèse, la QPC renouvelle le débat sur la pertinence du droit applicable critiqué par la doctrine²⁸². Les avis des avocats généraux mettent en lumière la spécificité de l'appréciation réalisée dans le cadre de ce contentieux. Lorsque le sens de l'avis ne découle pas naturellement de l'analyse de la loi, l'appréciation portée par l'avocat général est modelée par le principe constitutionnel invoqué :

« S'agissant de l'atteinte au droit à un recours juridictionnel effectif, il faut souligner que l'article 455-1-1 du code de la sécurité sociale prive la Caisse qui a indemnisé la victime de l'accident de la circulation reconnu accident du travail, du recours dont elle dispose contre l'employeur ou le copréposé responsable du dommage. Or la privation

²⁸¹ Après avoir promu la meilleure utilisation des textes constitutionnels existants afin d'élaborer une vision globale de l'ordre juridique ; Y. POIRMEUR et A. BERNARD, « Doctrine juridique et production normative », in : *La doctrine juridique*, Paris : PUF, 1993, p. 6.

²⁸² B. STURLESE, « Une suspicion sérieuse d'inconstitutionnalité à l'égard de la jurisprudence relative au droit absolu à supprimer tout empiètement », *art. cit.*

de ce recours sous le seul prétexte que l'accident n'est pas survenu sur une voie ouverte à la circulation apparaît manifestement disproportionnée²⁸³ ».

194. L'analyse doctrinale ainsi réalisée par les avocats généraux se trouve teintée de constitutionnalité, contribuant à renouveler le débat. À la différence des juges de la Haute Cour, tenus à une prudente réserve par égard envers le Conseil constitutionnel, la position de « conseiller » des avocats généraux leur offre une plus grande latitude dans l'expression de leur opinion sur la pertinence de la loi, qualifiant par exemple la loi contestée au regard du principe constitutionnel d'intelligibilité « d'une désespérante complexité²⁸⁴ » ou reconnaissant sans ménagement l'absence de justification d'une différence de traitement :

« La différence de nature du support publicitaire est certainement une différence objective de situation, mais on doit se demander en quoi la différence de traitement fondée sur cette différence de situation est en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit. J'avoue ne voir aucune raison, la recherche dans les travaux législatifs ne m'ayant pas permis d'en trouver une²⁸⁵ ».

195. Le caractère tranché de l'opinion émise par l'avocat général contribue à l'ambiguïté de la distinction entre appréciation du sérieux de la question et contrôle de constitutionnalité²⁸⁶. La remise en cause de l'économie de la loi et, partant, de l'intention du législateur, s'inscrit pleinement dans l'office doctrinal de mise en lumière des défaillances de l'ordre juridique.

§2. Un office doctrinal contribuant à la spécificité du Parquet général

196. La combinaison du contentieux de la constitutionnalité et de l'office doctrinal des avocats généraux contribue à la redéfinition de leur identité. En remettant en cause la loi, les avocats généraux se détachent de l'image d'un parquet (I). En remettant en cause la jurisprudence ils se distinguent des juges de la Cour de cassation (II). Le caractère doctrinal de leurs

²⁸³ Avis de l'avocate générale BEAUPUIS, deuxième chambre civile, 11-40.021, 16 juin 2011, n° 97.

²⁸⁴ Avis de l'avocat général MOLLARD, chambre commerciale, 13-40.035, 9 juillet 2013, n° 265.

²⁸⁵ *Ibidem*.

²⁸⁶ S.L. LIEBER, D. BOTTEGHI, « le juge administratif, juge constitutionnel de droit commun ? », *AJDA*, 2010, p. 1355 ; M. FATIN-ROUGE-STEFANINI, « l'appréciation par les cours suprêmes, du caractère sérieux de la question de constitutionnalité », *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, *op. cit.*

appréciations souligne un attribut positif de leur identité en cours de construction : celui de l'indépendance de l'universitaire.

I. Un office doctrinal distinguant le Parquet général des autres parquets

197. Le caractère doctrinal des avis des avocats généraux contribue à éloigner le spectre du parquet « représentant du gouvernement » au profit d'une image, d'« organe de la loi » qualifiée d'avenir du ministère public par Michèle-Laure Rassat (A). L'appréciation de la loi requise par la QPC éloigne encore davantage le Parquet général du gouvernement, dont l'œuvre est remise en cause (B).

A. De l'organe du gouvernement à l'organe de la loi

198. Le caractère doctrinal des avis QPC des avocats généraux de la Cour de cassation contribue à dissiper l'ambivalence existante entre subordination et indépendance du parquet au profit du second caractère. La grande liberté dont les avocats généraux font preuve dans leurs propos, à l'instar des universitaires, contribue à déconstruire l'image de « défenseur du gouvernement » au profit de celle de « défenseur de la loi ».

199. Héritage historique, l'ambiguïté du statut du ministère public naît dans les textes napoléoniens considérant à tort²⁸⁷ les officiers du ministère public comme les représentants du pouvoir exécutif auprès des tribunaux, alors qu'ils étaient, en réalité, les représentants de la société auprès de ceux-ci, seulement incités à tenir compte du point de vue du gouvernement²⁸⁸. En soumettant le parquet au garde des Sceaux²⁸⁹ les textes en vigueur consacrent l'ambivalence originelle et prêtent le flanc aux accusations de partialité²⁹⁰. Qualifiés conjointement de fonctionnaires et de magistrats par la doctrine, les membres du ministère public oscillent dans la conscience collective entre subordination et indépendance.

²⁸⁷ Suite à une erreur sur le titulaire du droit de poursuivre.

²⁸⁸ M.L. RASSAT, *Le ministère public entre son passé et son avenir*, Paris : LGDJ, 1967, p. 148 et s.

²⁸⁹ Au titre de l'homogénéité sur le territoire de la politique pénale.

²⁹⁰ E. MATHIAS, *Les procureurs du droit : de l'impartialité du ministère public en France et en Allemagne*, Paris : éditions CNRS, 1999.

200. L'usage de la liberté d'expression par les magistrats du parquet met en exergue la difficile conciliation entre les deux fonctions du ministère public : agent de la société pour la poursuite des délits et organe de la loi pour requérir l'application des peines aux prévenus qui sont l'objet de poursuite²⁹¹. Leur liberté de parole relève du subtil équilibre entre ces deux caractères comme le formule Faustin Hélie : « le pouvoir exécutif peut imposer au Parquet des actes mais il ne peut lui imposer une opinion²⁹² ». Francisque Goyet ajoute à cette ambivalence une distinction entre plume et parole : « il a toujours été admis que l'officier du ministère public est seulement tenu de se conformer aux ordres de son supérieur en ce qui concerne ses actes écrits. Ses réquisitions orales sont au contraire entièrement libres et ne relèvent que de sa conscience ».

201. Selon Jean-Louis Nadal, ancien Procureur général de la Cour de cassation, la liberté de parole est un principe constitutif du ministère public, lui permettant de s'exprimer selon sa conscience, selon sa propre analyse juridique et en fonction exclusivement de la mission qui lui est impartie de veiller à l'application de la loi et, à cette fin, de développer librement les observations qu'il croit convenables au bien de la justice :

« L'usage de la liberté de parole par le ministère public renforce leur image d'impartialité, la liberté d'expression étant une caractéristique de tout État de droit, étant en complète interdépendance avec d'autres droits fondamentaux comme la liberté de pensée²⁹³ ».

202. L'emploi conjoint des termes « liberté de parole » et « liberté d'expression » dans cet article de Jean-Louis Nadal témoigne d'un glissement déjà perceptible dans les formulations ambiguës de Faustin Hélie et de Francisque Goyet. Si le champ d'application de la liberté de parole est circonscrit à l'expression d'une opinion, à l'exclusion de l'écrit selon l'adage « la plume est servie, mais la parole est libre » ; aucune limite n'est contenue dans la notion de « liberté d'expression », associée aux larges principes d'État de droit et de droits fondamentaux.

²⁹¹ J.L. NADAL, « le Parquet général - la liberté de parole du ministère public » *Gazette du Palais*, 20 décembre 2008, n°355, p.5.

²⁹² F. HELIE, *Traité de l'instruction criminelle*, Paris : Plon, 1866.

²⁹³ J.L. NADAL, « Le Parquet général - la liberté de parole du ministère public » *art. cit.*

203. Par l'expression écrite d'une opinion doctrinale, les avis QPC des avocats généraux concrétisent le glissement opéré par Jean-Louis Nadal. La liberté d'expression des membres du Parquet ne se limite plus à l'audience, leur plume n'est pas servie, à l'instar des enseignants-chercheurs.

204. La liberté d'opinion dont disposent les avocats généraux de la Cour de cassation s'inscrit dans l'évolution du ministère public souhaitée par Michèle-Laure Rassat. Le caractère doctrinal des avis détache le ministère public de la fonction de « défenseur du gouvernement », dont il souhaite se défaire, au profit de la fonction de « défenseur de la loi » :

« S'il est parfaitement normal que le gouvernement puisse faire entendre sa voix devant les tribunaux, il a besoin pour cela d'un corps de fonctionnaires qui soient entièrement soumis à son autorité et dont il sera, par conséquent, normal qu'il réponde. Mais ce corps ne peut pas être celui du ministère public²⁹⁴ ».

205. Selon Michèle-Laure Rassat, l'avenir du ministère public repose entièrement dans sa fonction d'organe de la loi, entièrement soustraite à l'influence du gouvernement. L'usage d'une grande liberté d'expression propre à la doctrine dans les avis écrits des avocats généraux accentue cette fonction d'organe de la loi en dissipant l'ambivalence originelle, à défaut de l'ensemble du Parquet, au moins au quai de l'Horloge. En ce sens, la position du Parquet général de la Cour de cassation est cruciale. Selon Michèle-Laure Rassat, l'intérêt scientifique d'une interprétation de la loi unifiée justifie qu'une hiérarchie du parquet soit maintenue sous l'égide du Procureur général près la Cour de cassation, substitué au garde des Sceaux²⁹⁵, le Parquet général de la Cour de cassation faisant office de « direction scientifique » pour l'ensemble des parquets de France²⁹⁶. Dès lors, la liberté d'expression d'usage à la Haute Cour pourrait se diffuser sur l'ensemble des parquets.

²⁹⁴ M.L. RASSAT, *Le ministère public entre son passé et son avenir*, op. cit., p. 252.

²⁹⁵ *Ibidem* p. 150-151.

²⁹⁶ *Ibidem*. Michèle-Laure Rassat précise néanmoins que cette idée s'oppose à ce que cette surveillance soit exercée sur le mode impératif.

B. De l'organe de la loi à l'organe du droit

206. L'assimilation entre l'institution du parquet et la fonction du ministère public est si forte qu'elle conduit certains à affirmer que le Parquet général de la Cour de cassation « n'est pas un parquet²⁹⁷ » car ses membres n'exercent pas l'action publique. Cette fonction, « élément fondateur » et « signe distinctif » des parquets des juridictions du fond, polarise les critiques à l'égard de l'institution du fait de la subordination au pouvoir central qu'elle implique. L'absence de cette attribution au quai de l'Horloge déconnecte l'institution du parquet de la fonction de ministère public, l'éloignant d'autant des critiques de partialité.

207. Selon Jacques Beaume, « le ministère public tire sa légitimité de la loi. Il en requiert l'application. C'est dire la relation qui le lie à elle²⁹⁸ ». L'intervention des avocats généraux dans la procédure de la QPC écorne ce lien d'attachement. Appelé à remettre en cause la loi, le Parquet général se sépare d'un élément fondateur de son identité. Il dépasse donc la fonction « d'organe de la loi » qui est souhaitée par les auteurs réfléchissant au renouvellement de l'identité du Parquet²⁹⁹, pour devenir un « organe du droit ».

208. La combinaison de ces deux caractéristiques de l'action du Parquet général de la Cour de cassation dans la procédure de la QPC rapproche l'avocat général de l'universitaire, observateur impartial. L'absence d'exercice de l'action publique détache l'institution de l'image d'une partie à l'audience défendant le gouvernement ; la remise en cause de la loi, le plus souvent écrite par le gouvernement, accentue cette distanciation. La critique de la loi par les avocats généraux rapproche leur office de celui de la doctrine. À l'instar des universitaires, ceux-ci se sentent libres de leurs propos. Il n'y a pas de doctrine au sein du Parquet général, d'ailleurs il n'est pas rare que sur une même affaire deux avocats généraux de la même chambre donnent un avis différent. L'indépendance d'esprit qui caractérise les avocats généraux résulte de leur indépendance du pouvoir central. Ils ne reçoivent pas d'instructions du garde des Sceaux, ne sont pas plus soumis au Procureur général, animateur d'une équipe dont tous les

²⁹⁷ L. LE MESLE, « Contribution personnelle d'un membre du Parquet général à la réflexion engagée sur la réforme de la Cour de cassation », octobre 2014, disponible sur le site de la Cour de cassation. www.courdecassation.fr

²⁹⁸ J. BEAUME, « Le Parquet : après trois décennies, la nécessité d'un nouvel équilibre », in : *Quel avenir pour le ministère public ?* Paris : Dalloz, 2008, p. 157.

²⁹⁹ M.L. RASSAT, *Le ministère public entre son passé et son avenir*, op.cit.

membres sont indépendants³⁰⁰. L'alignement des conditions de nomination des avocats généraux sur leurs collègues du siège ne fera qu'entériner une indépendance déjà effective dans les faits.

209. L'indépendance de l'universitaire et de l'enseignant-chercheur invite à la comparaison. À l'instar du premier, l'universitaire restitue un savoir en cours d'élaboration, se situant dans un débat en cours³⁰¹. Partant, les universitaires donnent leur opinion en toute liberté³⁰², comme les avocats généraux dont l'affirmation d'une préférence est exigée. Pour garantir cette liberté d'expression, l'universitaire n'est soumis à aucun pouvoir hiérarchique et ne reçoit pas d'instructions de l'administration même s'il demeure fonctionnaire, un fonctionnaire « pas comme les autres³⁰³ ». Le débat sur la possible contradiction de la loi « Libertés et responsabilités universitaires » du 10 août 2007 avec cette liberté d'expression³⁰⁴ fait échos à la situation du Parquet général ; Là où la liberté d'expression des avocats généraux de la Haute Cour manque d'assise statutaire sans être véritablement remise en cause dans les faits, celle des universitaires, largement affirmée³⁰⁵, serait matériellement en danger.

210. La grande liberté d'opinion et l'absence de contrôle du contenu de celle-ci rapproche l'avocat général de l'universitaire. L'ambivalence de la place de ce dernier, qui demeure fonctionnaire malgré l'affirmation de son indépendance, rappelle la situation de l'avocat général. Cette analogie contribue à déconstruire le lien qui n'existe que formellement - au Parquet général comme à l'Université - avec le pouvoir central. Par ses développements dignes de la doctrine en matière de QPC, le Parquet général cultive une image d'indépendance et d'impartialité. Cette image doctrinale distingue également l'institution des juges du siège du quai de l'Horloge.

³⁰⁰ L. LE MESLE, « Contribution personnelle d'un membre du Parquet général à la réflexion engagée sur la réforme de la Cour de cassation », *art. cit.*

³⁰¹ O. BEAUD, Les libertés universitaires, communication présentée le 9 novembre 2009 devant l'Académie des sciences morales et politiques. Disponible sur le site de l'Académie, p. 16.

³⁰² D. KURI, J.P. MARGUENAUD, « Le droit à la liberté d'expression des universitaires », *Recueil Dalloz*, 2010, p. 2921.

³⁰³ O. BEAUD, « Les libertés universitaires », *art. cit.*

³⁰⁴ A. LEGRAND, « Pour la crédibilité du recrutement des enseignants-chercheurs », *AJDA*, 2009, p. 1527 ; O. DORD, « Réforme du statut des enseignants-chercheurs : universités vs universitaires », *AJDA*, 2010, p. 323.

³⁰⁵ Article L. 952-2 du code de l'éducation, Conseil constitutionnel, 83-165 DC, 20 janvier 1984 et 93-322 DC, 29 juillet 1993.

II. Un office doctrinal distinguant le Parquet général des juges de la Cour de cassation

211. Le caractère doctrinal des avis distingue le Parquet général des juges du siège de la Cour de cassation. La longueur des avis, les références citées et l'opinion émise marque la spécificité de l'apport des avocats généraux dans le débat en les rapprochant des universitaires.

212. Si l'appartenance des avocats généraux à la Cour de cassation pourrait le faire penser, leurs avis ne peuvent pourtant pas être qualifiés de doctrine institutionnelle à l'instar des communiqués de presse du Conseil constitutionnel, de leurs commentaires aux Cahiers du Conseil constitutionnel, des commentaires ponctuels des membres du service juridique ou du secrétaire général dans des revues spécialisées ou des contributions des membres du Conseil constitutionnel dans des revues juridiques³⁰⁶. Les conclusions n'ont pas pour objet d'apporter des éclaircissements sur la volonté de l'institution tout en gardant la maîtrise de l'interprétation du juge, elles reflètent l'opinion de leur auteur. Les avocats généraux proposent dans leurs avis la solution leur paraissant la plus appropriée au litige, exercice pour lequel ils disposent de la plus grande liberté. Leur intervention au stade préparatoire de la décision, combinée à la pratique d'une séparation plus franche qu'au Palais Royal entre le siège et son « conseiller », conduisent les avocats généraux à proposer régulièrement des solutions non retenues par le juge. Les conclusions de l'avocat général contiennent donc leur propre doctrine³⁰⁷ et non celle de la Cour de cassation.

213. L'intervention des avocats généraux dans la procédure de la QPC modifie les termes de l'équation. La combinaison du caractère doctrinal des avis et de la remise en cause de la loi telle qu'interprétée par la Haute Cour, exigé par la procédure constitutionnelle, forme une vitrine de l'indépendance du Parquet général, notamment à l'égard des juges de la chambre qu'il conseille.

³⁰⁶ X. MAGNON, « la doctrine, la QPC et le Conseil constitutionnel : quelle distance, quelle expertise ? », *RDP*, 01 janvier 2013, p. 135.

³⁰⁷ M. DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, *op. cit.*, p. 722.

214. Au sein du Parquet général, les pratiques varient. Certains défendent dans leurs avis la loi comme la jurisprudence : « à travers la disposition contestée, c'est l'office du juge qui est remis en cause³⁰⁸ », « la différence de traitement est comblée par la jurisprudence de la Cour de cassation³⁰⁹ », « la question telle que posée constitue donc une contestation de la jurisprudence établie dans la chambre sociale et pourrait conduire, si cette démarche était encouragée, à une forme de contrôle de constitutionnalité des décisions de la Cour de cassation³¹⁰ ». Cette position s'inscrit dans la stratégie défensive décelée dans certains arrêts de la Haute Cour³¹¹. D'autres avocats généraux préconisent, lorsque le besoin s'en fait sentir, un renvoi devant le Conseil constitutionnel de la jurisprudence de leur chambre. L'objectivité d'appréciation dont ils font preuve à l'égard de leur institution peut être comparée à celle des universitaires.

215. À l'occasion d'une QPC par laquelle les requérants contestaient notamment l'imprécision de la notion de pornographie³¹² constituant l'infraction de détention d'images pédopornographiques, l'avocat général Xavier Salvat émet une réserve quant à la pertinence de la jurisprudence élaborée par la chambre criminelle au regard de l'intention du législateur en s'appuyant sur la doctrine qui corrobore le grief d'imprécision soulevé par le requérant :

« La 'pornographie' n'est pas définie précisément et la doctrine parle volontiers d'une notion 'ouverte' : elle s'accorde à dire que la seule nudité n'a pas de caractère pornographique à la différence de la représentation d'une activité sexuelle qui présente assurément ce caractère, et ce d'autant plus que cette activité traduira éventuellement des pratiques sexuelles déviantes. Mais au-delà de ce constat, on peut s'interroger sur la précision de l'élément matériel de l'infraction dès lors qu'il sera évoqué des images mettant en scène des mineurs dans des représentations artistiques, érotiques, pornographiques³¹³ ».

³⁰⁸ Avis de l'avocat général BOCCON-GIBOD, chambre criminelle, pourvoi n°14-86.984, 15 avril 2015, n°336.

³⁰⁹ Avis de l'avocate générale GUEGUEN, chambre criminelle, pourvoi n°14-88.147, 25 février 2015, n°49.

³¹⁰ Avis de l'avocat général BEAU, chambre sociale, pourvoi n°14-40.024, 10 juillet 2014, n°509.

³¹¹ E. CARTIER, « Les magistrats ordinaires : entre stratégies défensives de la loi et stratégies régulatrices du procès », in : *La QPC, le procès et ses juges*, Paris : Dalloz, 2013, p. 54.

³¹² Ainsi que celle d'aspect physique d'un mineur.

³¹³ Avis de l'avocat général SALVAT, chambre criminelle, pourvoi n° 12-90.016, 6 juin 2012, n° 426.

216. À ces considérations doctrinales l'avocat général ajoute une appréciation de la jurisprudence élaborée par la chambre criminelle en matière de pornographie :

« La jurisprudence qui s'est développée sur le fondement de l'article voisin [...] donne à penser que la pornographie s'entend comme comprenant aussi une atteinte à la dignité par un côté avilissant, dégradant (par exemple des poses particulièrement suggestives ou vulgaires) ou violent, ou encore par la représentation d'actes sexuels. On peut se demander si lorsqu'il s'agit d'images ou de représentations mettant en scène des mineurs dont le législateur veut assurer la protection, la notion de pornographie se limite à cette acception ou si elle doit s'entendre plus largement³¹⁴ ».

217. Par ces mots l'avocat général remet en question l'adéquation de la jurisprudence de la Cour aux exigences constitutionnelles. Le Conseil constitutionnel reconnaît que la jurisprudence peut combler les incertitudes des textes établissant une peine ou une sanction ayant le caractère de punition, possibilité largement employée par la chambre criminelle de la Cour de cassation. Dans ce contexte, l'audace de la proposition de l'avocat général transparaît dans la conclusion de l'avis : « sans méconnaître l'office d'interprétation du juge, j'incline à la transmission de la question au Conseil constitutionnel³¹⁵ ». La chambre refusera d'ailleurs la transmission : « l'interprétation de l'article qui définit de manière suffisamment claire et précise le délit d'enregistrement ou fixation d'images ou représentations pornographiques de mineurs, entre dans l'office du juge pénal, de sorte qu'il n'est porté aucune atteinte au principe de légalité des délits et des peines³¹⁶ ».

218. La portée de la remise en cause de la jurisprudence par l'avocat général diffère sensiblement entre le quai de l'Horloge et le Palais Royal. Contrairement au premier, le rapporteur public est un porte-parole du Conseil d'État³¹⁷ ; les créations ou revirements de jurisprudence se réalisent le plus souvent à l'initiative de la sous-section dont le rapporteur public se fait le reflet. À l'inverse, l'avis proposant une remise en cause de la jurisprudence de la Cour de cassation ne représente que l'opinion de l'avocat général. L'avis ne constitue

³¹⁴ *Ibidem.*

³¹⁵ *Ibidem.*

³¹⁶ cass. crim., 6 juin 2012, 12-90.016.

³¹⁷ N. RAINAUD, *Le commissaire du gouvernement près le Conseil d'État*, Paris : LGDJ, 1996, p. 80.

aucunement une doctrine de l'institution mais la libre opinion de son auteur, à l'instar d'un universitaire.

219. Les avocats généraux sont peu soucieux d'être suivis par la formation de jugement³¹⁸, la libre expression de leur opinion constituant à leurs yeux le cœur de leur travail de « conseiller ». La liberté ressentie de rendre un avis contraire au parquet de la cour d'appel de Paris³¹⁹ ou à la doctrine de la chambre à laquelle ils sont rattachés témoigne d'une grande indépendance s'apparentant à celle des universitaires dont la liberté d'expression fait l'objet d'une large protection. Cette position d'indépendance mise en lumière par l'effet combiné du caractère doctrinal des avis et de la remise en cause de la loi et de la jurisprudence en QPC contribue à façonner une image positive de l'institution.

220. La remise en cause proposée par l'avocat général peut conduire à la transmission de la question, comme l'illustre une QPC portant sur l'exclusion des médecins exerçant à titre individuel des garanties attachées à la procédure collective réservés à ceux exerçant dans le cadre d'une personne morale de droit privé. Selon l'avocate générale, « la réponse à la question présente un intérêt qui dépasse le cas d'espèce, les médecins, car elle concerne toutes les professions libérales, y compris celles des avocats, lorsque leurs membres exercent en dehors du cadre d'une personne morale de droit privé³²⁰ ». Elle reconnaît la différence de traitement résultant selon elle d'un oubli du législateur aggravé par la jurisprudence de la chambre :

« La lecture des débats parlementaires menés lors des reformes des textes en cause montrent que les médecins n'ont pas été écartés mais oubliés par le législateur. Le régime discriminatoire à l'égard des professions libérales qui en résulte n'a manifestement pas été voulu par le législateur, mais s'est imposé en raison de l'interprétation qui a été donné par la Cour de cassation, saisie à l'issue de nombreux litiges opposant aux professionnels concernés les caisses de sécurité sociale qui avaient un intérêt comptable et financier à voir maintenir cette solution³²¹ ».

³¹⁸ Y. CHARPENEL, premier avocat général à la troisième chambre civile, entretien réalisé le 4 mai 2017.

³¹⁹ C. MARILLY, avocate générale référendaire à la première chambre civile, entretien réalisé le 15 janvier 2019.

³²⁰ Avis de l'avocate générale BEAUPUIS, deuxième chambre civile, pourvoi n° 10-15.679, 9 décembre 2010, n°632.

³²¹ *Ibidem*.

221. Comme l'illustre cet avis, la QPC constitue une occasion pour le Parquet général de témoigner de son indépendance vis-à-vis de la loi et du siège de la Cour de cassation et, partant, de marquer sa spécificité.

222. Le Parquet général souffre de la contestation de son identité depuis les années 2000. Considéré comme une partie par les juges de Strasbourg, il est continuellement ramené à la hiérarchie formelle qui le lie au garde des Sceaux. La QPC offre aux avocats généraux une vitrine pour témoigner de leur indépendance et de leur impartialité par référence à la doctrine. La remise en cause de la loi illustre leur indépendance à l'égard du gouvernement qui en est l'auteur, la remise en cause de la jurisprudence, à l'égard des juges de la Cour de cassation qui la construisent. Ce faisant, les avocats généraux se positionnent comme des jurisconsultes, le caractère doctrinal de leur office renforce l'image d'indépendance attachée aux universitaires et qui peine à s'implanter au Parquet général.

CONCLUSION

223. L'avis QPC de l'avocat général se distingue des autres documents préparatoires et de la décision par son caractère doctrinal. Les avocats généraux détaillent dans leurs avis tous les éléments susceptibles d'éclairer les enjeux de la question posée ; l'intérêt du législateur, le contexte d'adoption de la loi ou son environnement législatif. Ces développements peuvent être qualifiés de parenthèses académiques tant par leur contenu que par leur forme. De nombreux avis suivent un plan de type universitaire composé d'une introduction, d'une problématique constitutionnelle et d'un plan en deux parties et quatre sous-parties aux titres apparents et qualifiés.

224. En appelant les avocats généraux à apprécier la loi, la procédure de la QPC renforce l'analogie entre les conclusions et la doctrine. Préexistant à la QPC, le penchant doctrinal de l'office de l'avocat général est consolidé par le contentieux constitutionnel. La liberté de ton des avocats généraux s'adapte parfaitement à l'exercice. La spécificité ainsi renforcée de leur fonction contribue à redéfinir leur image en les distinguant des parquets des autres juridictions et du siège de la Cour de cassation, tout en soulignant leur indépendance. En remettant en cause la loi par un avis écrit, les avocats généraux matérialisent leur indépendance vis-à-vis du Gouvernement qui en est à l'initiative, attestant de leur entière liberté d'expression. En s'autorisant à interroger la constitutionnalité de la jurisprudence, les avocats généraux se distinguent des juges de la Cour de cassation. La libre expression de leur opinion sur l'éventuelle inconstitutionnalité de la jurisprudence, les avocats généraux augmentent leur visibilité institutionnelle et font preuve d'indépendance. Cette indépendance à l'égard du siège distingue le Parquet général de la Cour de cassation de son homologue administratif. Autrement dit, la QPC permet au Parquet général de mettre en valeur une indépendance proche de celle de l'universitaire.

CHAPITRE 3.

L'APPORT CONSTITUTIONNEL DE L'AVIS CREE PAR LA QPC

225. Le cœur de l'avis QPC réside dans l'appréciation du sérieux de la question posée. Cette spécificité de l'intervention de l'avocat général dans le filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité ajoute un volet constitutionnel à l'office de l'avocat général. Si la plupart d'entre eux relaient la jurisprudence de Montpensier, certains s'autorisent à suggérer des évolutions jurisprudentielles afin de garantir le plein effet des droits et libertés. Ces propositions sont rendues inoffensives par leur fonction de conseil les soustrayant à l'autorité interprétative du Conseil constitutionnel (Section 1).

226. À travers les développements dédiés à l'appréciation du sérieux de la question, les avocats généraux révèlent leur maîtrise du raisonnement constitutionnel. S'appropriant les habitudes, les formules et les usages des Sages de Montpensier, les avocats généraux manient et enrichissent les méthodes constitutionnelles. Ainsi, certains d'entre eux contribuent à élaborer un standard constitutionnel de pondération (Section 2).

227. Aujourd'hui portés individuellement par certains, ces apports à la matière constitutionnelle pourraient faire l'objet d'une réflexion du Parquet général dans son ensemble. Sans nuire à la capacité de chaque avocat général d'exprimer une opinion séparée dans ses conclusions, l'existence d'une doctrine constitutionnelle du Parquet de la Cour accroîtrait la visibilité de l'institution

Section 1. L'investissement des avocats généraux dans l'interprétation des notions constitutionnelles

228. Pour apprécier le sérieux de la question posée, les avocats généraux précisent dans leurs avis les contours des notions constitutionnelles invoquées par les requérants. La structure de l'avis correspond la plupart du temps à un syllogisme juridique ; à l'exposé des droits et libertés invoqués succède la qualification constitutionnelle de la mesure contestée et l'appréciation de la possible atteinte de la seconde aux premiers. L'énoncé de la règle de droit - la majeure - et la (re)présentation des faits - la mineure - sont propices à un enrichissement des notions constitutionnelles par les avocats généraux. L'exposé de la signification des droits et libertés invoqués s'apparente souvent à un véritable cours de droit constitutionnel et les avocats généraux enrichissent également ces notions de leur propre interprétation, suggérant parfois des évolutions jurisprudentielles (§1). La qualification constitutionnelle de la mesure contestée est appréhendée de façon hétérogène par les avocats généraux. Assimilée à sa nature juridique par certains, elle peut être employée comme un outil au service d'une volonté politique de plein effet des droits et libertés constitutionnels par d'autres (§2). Acteurs de la justice constitutionnelle, les avocats généraux s'approprient les notions clefs du contentieux au point d'en suggérer des interprétations indépendantes de celles du Conseil constitutionnel.

§1. La présentation des principes constitutionnels par les avocats généraux

229. Les avis QPC suivent la plupart du temps le syllogisme juridique. La première étape du raisonnement, l'énoncé des principes constitutionnels applicables, se traduit dans les avis par de longs développements pour expliciter le sens des notions invoquées. Ces explications s'apparentent souvent à de véritables cours de droit constitutionnel du fait de la maîtrise de la matière par les avocats généraux et du caractère didactique de leurs exposés (I). S'ils relaient le plus souvent les interprétations du Conseil constitutionnel, certains préconisent parfois d'audacieuses interprétations des principes constitutionnels, voire la consécration de principes nouveaux (II).

I. L'explication des notions constitutionnelles par les avocats généraux

230. La QPC a diffusé la culture constitutionnelle dans les institutions juridictionnelles françaises. Les avis QPC témoignent d'une familiarité avec les concepts constitutionnels issus de la jurisprudence du Conseil (A). Lorsque les avocats généraux explicitent les notions constitutionnelles qu'ils ont à utiliser pour apprécier la pertinence du renvoi de la question, leurs développements s'apparentent à de véritables cours de droit constitutionnel (B).

A. Des explications témoignant de la diffusion de la culture constitutionnelle au sein du Parquet général

231. Avec la QPC, la culture constitutionnelle s'est largement diffusée au point d'être aujourd'hui partagée entre le Conseil constitutionnel et les Cours suprêmes en charge de la sélection des QPC³²². À l'instar du siège du quai de l'Horloge, le Parquet général s'est imprégné de cette culture. La familiarité des magistrats de la Cour pour la matière constitutionnelle est rendue visible à travers les avis des avocats généraux.

232. Selon Charles-Edouard Sénac, tout juge amené à appliquer ou à interpréter des dispositions du texte de la Constitution est juge constitutionnel³²³. Dans cette optique, la culture constitutionnelle ne peut être que partagée entre les instances chargées de son application et de son interprétation. Chargées, en vertu de l'article 62 de la Constitution, d'assurer l'exécution des décisions du Conseil constitutionnel, les Cours suprêmes peuvent être qualifiées de juges constitutionnels au regard de cette définition³²⁴ et participent, dès lors, à l'élaboration de la culture constitutionnelle. L'instauration de la QPC n'a pas fondamentalement réduit l'autonomie des Cours suprêmes en matière d'interprétation de la Constitution³²⁵. En l'absence

³²² E. CARTIER, L. GAY, A. VIALA (Dir.), *La QPC, vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Paris : Institut universitaire Varenne, 2015.

³²³ C-É. SENAC, *L'office du juge constitutionnel : étude du contrôle de constitutionnalité par les juridictions françaises*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, 2015, p. 90 et s.

³²⁴ Le Conseil d'État utilise depuis 1988 les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, jusqu'à en dégager un lui-même, le principe de non extradition pour motif politique, Conseil d'État, 3 juillet 1996, Koné. La Cour de cassation a elle aussi dégagé un principe constitutionnel, le principe de la liberté du travail, dans l'arrêt Martinez de 1996. Si la question de la légitimité des cours suprêmes à dégager de tels principes se pose, force est de constater qu'elles s'en sont approprié le droit.

³²⁵ C-É. SENAC, *L'office du juge constitutionnel : étude du contrôle de constitutionnalité par les juridictions françaises*, *op. cit.*, p. 90 ; M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « L'appréciation, par les cours suprêmes, du caractère sérieux de la question de constitutionnalité », in : *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*,

de voies de recours contre les interprétations constitutionnelles de la Cour de cassation et du Conseil d'État, les Cours suprêmes n'ont pas renoncé à leur interprétation de la Constitution³²⁶. En revanche, la QPC a multiplié les acteurs du contentieux constitutionnel, et, partant, les auteurs de sa culture : « sortie de l'Université ; elle n'est plus seulement la propriété des professeurs discutant avec leurs doctorants des mérites respectifs des structures constitutionnelles parlementaires, présidentielles ou primo-ministérielles ; elle n'est plus l'entre-soi des universitaires³²⁷ ». Les juges judiciaires, les avocats, les gouvernants et les citoyens s'approprient aujourd'hui le contentieux constitutionnel, la culture constitutionnelle s'horizontalise.

233. Avec l'introduction de la QPC, le Parquet général de la Cour de cassation devient à son tour acteur de la justice constitutionnelle. Constitutionnellement requise, la participation des avocats généraux au filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité les conduit à appliquer et à interpréter la Constitution. Les avis QPC témoignent de leur familiarisation avec les notions constitutionnelles, les avocats généraux manient les considérants de principe du Conseil, cités la plupart du temps entre guillemets :

« Le Conseil constitutionnel retient qu'en 'l'absence de privation du droit de propriété, il résulte néanmoins de l'article 2 de la Déclaration de 1789 que les limites apportées à son exercice doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi' (Cons. Cons. Déc. 2010-60 QPC du 12 novembre 2010³²⁸) ».

« Il ressort de la jurisprudence constante du Conseil constitutionnel que le législateur tient du principe de légalité des délits et des peines qui résulte de l'article 8 de la Déclaration de 1789, l'obligation de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis, et que cette exigence s'impose non seulement pour exclure l'arbitraire dans le prononcé des peines, mais encore pour éviter une rigueur non nécessaire lors de la recherche des

E. CARTIER, L. GAY, A. VIALA (Dir.), Paris : Institut universitaire Varenne, 2015, p. 29.

³²⁶ C-É. SENAC, *L'office du juge constitutionnel : étude du contrôle de constitutionnalité par les juridictions françaises*, op. cit., p. 112.

³²⁷ D. ROUSSEAU, « Le droit constitutionnel continue : institutions, garantie des droits et utopie », *RDP*, 2014, n° 6, p. 1517.

³²⁸ Avis de l'avocat général SARCELET, cass. civ. 1, QPC n° pour l'audience du 27 décembre 2014, n° 159.

auteurs d'infractions (Déc. n° 99-411 DC du 16 juin 1999, Déc. 2010-604 DC du 24 février 2010³²⁹) ».

234. Si la plupart des avocats généraux citent les décisions du Conseil constitutionnel auxquelles ils font référence pour expliciter le sens d'une notion, certains emploient les considérants de principe sans guillemets ni référence, témoignant d'une véritable appropriation des concepts dégagés par le Conseil constitutionnel au gré de sa jurisprudence :

« La société Boulanger fait valoir que la disposition critiquée instaure une différence de traitement injustifiée en prévoyant un barème de taxation différent selon la nature, numérique ou non, du support publicitaire. Il est constant que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit³³⁰ ».

235. À l'instar du principe constitutionnel d'égalité, l'interprétation constitutionnelle du droit de propriété est assimilée par les avocats généraux, comme en témoignent ces extraits d'avis employant matériellement le considérant de principe du Conseil constitutionnel, sans guillemets ni référence à une décision précise : « L'article 17 de la Déclaration de 1789 traite de l'atteinte la plus grave qui peut être portée au droit de propriété et n'autorise sa privation que pour répondre à des exigences de nécessité publique et moyennant une juste et préalable indemnisation³³¹ » ; « il ne peut y avoir dans ces conditions ni privation d'un droit de propriété sans contrepartie ni atteinte excessive à ce droit³³² ». De plus, les avocats généraux emploient fréquemment des formules usuelles du contrôle de constitutionnalité telles que « susceptible de caractériser une atteinte au droit de propriété », formule-type de l'application par le Conseil constitutionnel du droit de propriété : « il convient donc, en premier lieu, de se pencher sur la nature des biens indivis pour s'assurer que la cession de ces biens est susceptible de caractériser une atteinte au droit de propriété³³³ » ; « ces dispositions sont susceptibles de porter une atteinte

³²⁹ Avis de l'avocat général MOLLARD, chambre commerciale, QPC n°10-21.551, audience du 8 février 2010, n° 191.

³³⁰ Avis de l'avocat général MOLLARD, cass. com., QPC n°13-40.035 pour l'audience du 9 juillet 2013, n° 265.

³³¹ Avis de l'avocat général BRUNTZ, cass. civ. 3, QPC n° 13-40.076 pour l'audience du 16 février 2014, n° 80.

³³² Avis de l'avocat général CAILLAU, cass. civ. 1, QPC n° 13-25.614 pour l'audience du 20 mai 2014, n°263.

³³³ Avis de l'avocat général SARCELET cass. civ. 1, QPC n° pour l'audience du 27 décembre 2014, n° 159.

au droit de propriété³³⁴ ». L'emploi de cette formule par les avocats généraux, sans guillemets ni référence, témoigne de leur maîtrise des pratiques et codes de la culture constitutionnelle.

B. Des explications s'apparentant à des cours de droit constitutionnel

236. L'appréciation du sérieux de la question posée est tributaire d'une connaissance précise des contours des notions constitutionnelles invoquées par les requérants au soutien de la QPC. Pour éclairer la formation de jugement, les avocats généraux dédient de larges développements à l'explication des normes constitutionnelles, développements s'apparentant parfois à de véritables leçons universitaires. Les références à la jurisprudence du Conseil constitutionnel sont nombreuses dans les avis QPC, comme l'illustre cette compilation de jurisprudences relatives au droit au recours effectif issue d'un avis de 2010 :

« Le principe constitutionnel du respect du droit à un recours effectif a souvent été invoqué devant le Conseil constitutionnel qui a été appelé à en préciser l'interprétation tant dans l'exercice de son contrôle a priori que dans celui d'un contrôle a posteriori.

« Il a été ainsi admis qu'il incombe au législateur de concilier les garanties de recours avec la sauvegarde de l'ordre public (Cons. Cons. Décision n°93-325 DC du 13 août 1993, cons. 63), et qu'une limitation dans le temps des droits de réclamation, conforme au droit commun des réclamations tel qu'il résulte de l'article L. 190 du livre des procédures fiscales, ne porte pas au droit au recours une atteinte contraire à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

« Quant à l'objet du recours, il a été décidé que les dispositions retenant l'irrecevabilité de demandes concernant des irrégularités qui pouvaient être invoquées lors d'une audience précédente, poursuivent l'objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice sans méconnaître le droit à un recours juridictionnel effectif (Cons. Cons. Décision n°2011-631 DC du 9 juin 2011, cons. 27).

« En présence d'une saisine limitée aux seules personnes susceptibles de tirer utilement parti des informations, techniquement complexes et pouvant relever du secret industriel que l'Autorité de régulation des mesures techniques délivre, le Conseil constitutionnel a retenu que la différence de traitement qui en résulte est en rapport direct avec la

³³⁴ Avis de l'avocat général PETIT, cass. civ. 3, QPC n°15-40.013 pour l'audience du 09 juin 2015, n°90.

finalité poursuivie et que ces dispositions ne portent pas atteinte au droit au recours des consommateurs, des associations qui les représentent ou des titulaires de droits de propriété intellectuelle, pour exercer les actions nécessaires de la défense de leurs intérêts devant les juridictions compétentes (Cons. Cons. Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, cons. 42 et 43). En l'absence de tout recours contre une mesure destinée à ce que des mineurs quittent le territoire français pour regagner la Roumanie, il a décidé que les dispositions contestées méconnaissaient le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif (Cons. Cons. Décision n° 2010-614 DC du 04 novembre 2010, cons. 5.)

« Le contrôle de constitutionnalité a posteriori n'est pas moins prolifique. A suivre les décisions les plus récentes, le grief tiré de l'atteinte portée au droit au recours est rejeté, soit parce que ces recours existent (Cons. Cons. Décision n° 2010-90 QPC du 21 janvier 2011, cons. 7 et 8, n°2011-119 QPC du 1er avril 2011, cons. 5, n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011, cons. 8 et 9), soit parce qu'il n'y a pas d'atteinte substantielle à ce droit (Cons. Cons. Décisions n° 2011-138 QPC du 17 juin 2011, cons. 7, n° 2011-198 QPC du 25 novembre 2011, cons. 4), soit parce qu'il s'agit de concilier l'exercice de plusieurs droits. Ainsi en est-il d'une conciliation qui n'est pas disproportionnée entre le droit à exercer un recours juridictionnel effectif et le principe de séparation des pouvoirs (Cons. Cons. Décision n° 2011-129 QPC du 13 mai 2011, cons. 4³³⁵) ».

237. Les références sont précisément citées et exhaustives, à la manière d'un extrait de manuel. Dépassant les compilations de jurisprudences, de nombreux avocats généraux réalisent de véritables synthèses du droit applicable, à l'instar de cette présentation du principe de légalité des délits et des peines par un avocat général reprenant les définitions et développements figurant dans tous les manuels de droit constitutionnel³³⁶ :

« Le législateur tient de l'article 34 de la Constitution ainsi que du principe de légalité des délits et des peines qui résulte de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, l'obligation de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis pour

³³⁵ Avis de l'avocat général SARCELET, cass. civ. 1, QPC n° 11-27.071, 2010, n° 66.

³³⁶ Ex : L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, *Droit constitutionnel*, Paris : Dalloz, 2012 ; Dominique ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris : LGDJ-Lextenso, 2013.

exclure l'arbitraire. [...] Le Conseil décide cependant que l'incrimination est suffisamment précise lorsque :

- Les éléments constitutifs, dont l'imprécision est alléguée ont déjà été précisés par d'autres textes
- Le législateur laisse expressément au pouvoir réglementaire le soin de préciser certains éléments constitutifs en tenant compte de l'état des connaissances scientifiques, médicales et techniques
- Les juridictions pénales ont déjà, dans leurs jurisprudences, dégagé les précisions complémentaires qui permettent de caractériser la notion ou la terminologie employée par le législateur [...] une infraction qui ne serait pas définie par un texte de manière claire et précise ou ne serait pas explicitée peut ne pas encourir le grief d'inconstitutionnalité, si d'autres textes du même domaine ou la jurisprudence ont apporté les éclaircissements permettant de combler les lacunes du texte³³⁷ ».

238. S'inscrivant dans la même logique d'exposé académique de l'état du droit, l'avocate générale Muriel Pénichon détaille et explicite les droits constitutionnels issus de l'article 8 de la Déclaration de 1789 au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel :

« L'article 8 de la Déclaration est analysé traditionnellement comme instaurant, outre le principe de légalité des délits et des peines, le principe de nécessité et de proportionnalité des peines ainsi que le principe de leur individualisation³³⁸. Cette disposition 'ne concerne pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étend à toute sanction ayant le caractère de punition même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité non judiciaire'. Le critère de la peine réside dans sa finalité répressive : elle est prononcée par une juridiction de jugement qui porte une appréciation sur la culpabilité. Pour le Conseil constitutionnel, le juge doit pouvoir se prononcer sur le principe même de la peine, la moduler dans son quantum et sa durée et l'adapter aux circonstances propres à l'espèce. La peine ne doit donc ni s'appliquer de plein droit ni revêtir un caractère définitif, par exemple, être insusceptible de relèvement. En matière pénale, il ne doit pas y avoir de disproportion

³³⁷ Avis de l'avocat général SALVAT, cass crim, QPC n°13-90.003 pour l'audience du 23 avril 2013, in *Les grandes conclusions du Parquet général de la Cour de cassation*, R. SALOMON (Dir), Paris : Éditions Panthéon-Assas, 2017, p. 1103.

³³⁸ Les références constitutionnelles sont citées par l'avocate générale.

manifeste entre l'infraction et la peine prononcée. En matière disciplinaire, la formulation est un peu différente : le Conseil constitutionnel doit s'assurer 'de l'absence d'inadéquation manifeste entre les peines disciplinaires encourues et les obligations dont elles tendent à réprimer la méconnaissance'. Par ailleurs, si la personnalité du condamné et plus largement l'individualisation de la peine sont des principes importants, ils ne doivent pas faire obstacle à ce que le législateur 'fixe des règles assurant une répression effective des infractions'. Enfin, le Conseil constitutionnel exerce en ce domaine un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation donc un contrôle restreint³³⁹ ».

239. Les citations de la doctrine constitutionnelle sont également usuelles dans les avis. Ces références permettent aux avocats généraux de clarifier la signification des notions constitutionnelles qu'ils ont à employer dans l'exercice de leur office de filtre :

« Ferdinand Mélin-Soucramanien relève 'qu'il appert de ce standard jurisprudentiel que l'égalité ne peut être un droit fondamental absolu et inconditionnel mais au contraire une norme relative et contingente'. Selon ce même auteur, le contrôle du Conseil constitutionnel revêtirait deux degrés d'intensité : le premier, strict, concernant des discriminations expressément interdites ou susceptibles de remettre en cause l'exercice de droits fondamentaux, le second, s'apparentant à un contrôle de proportionnalité limité à l'adéquation entre les moyens et les fins poursuivies, en présence de simples différences de traitement entre situations de droit ou de fait comparables³⁴⁰ ».

240. La fréquence des références à la doctrine constitutionnelle³⁴¹ témoigne d'une certaine familiarisation avec la matière. Ces synthèses mêlant jurisprudence et doctrine

³³⁹ Avis de l'avocate générale PENICHON, cass. com., QPC n°12-13.256 pour l'audience du 3 juillet 2012, n° 202.

³⁴⁰ Avis de l'avocate générale PENICHON, cass. com., QPC n°12-40.086 pour l'audience du 8 janvier 2013, n°528.

³⁴¹ Ex : l'avocate générale BEAUPUIS, (cass. civ. 2, QPC n°13-40.030 pour l'audience du 2 octobre 2013, n° 500) cite Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN ; l'avocat général MUCCHIELI (civ. 2, QPC n° 11-40.060 pour l'audience du 12 octobre 2011, n° 551), cite les cahiers du conseil constitutionnel ; l'avocat général BERKANI (cass. crim, QPC n° 12-90.004 pour l'audience du 28 mars 2012, n° 93) cite Jean-François MONTGOLFIER ; l'avocat général CARRE-PIERRAT (cass. com. QPC n° 10-40.069 et 10-40.072 pour l'audience du 1 mars 2011, n° 248) cite Marie-Anne FRISON-ROCHE.

constitutionnelle éclairent la formation de jugement sur le sens des normes utilisées, tout comme les références aux commentaires aux Cahiers du Conseil constitutionnel :

« S’agissant du droit à l’épanouissement personnel (droit à une vie familiale normale, droit au repos hebdomadaire), il doit être concilié de manière proportionnée avec les autres libertés comme la liberté d’entreprendre et ne doit pas être privé de garanties légales (Décision n° 2011-639 DC du 28 juillet 2011 et son commentaire). Comme l’indiquent les commentaires aux cahiers sous la décision n° 2003-483 DC du 14 août 2003 relative à la loi portant réforme des retraites : ‘la jurisprudence a en effet circonscrit avec réalisme les obligations auxquelles les dixième et onzième alinéa du Préambule de 1946 soumettent le législateur. Ces dispositions mettent à sa charge non une obligation de résultat, mais une obligation de moyens. De plus, les moyens ne sont pas infinis, leur degré de mobilisation dépend de l’état des ressources dont dispose la Nation et des autres objectifs de valeur constitutionnelle ou d’intérêt général qu’elle doit poursuivre. Il est en conséquence possible au législateur, pour satisfaire aux exigences découlant des dixième et onzième alinéa du Préambule de 1946, de choisir les modalités concrètes qui lui paraissent appropriées. En particulier, il lui est à tout moment loisible, statuant dans le domaine qui lui est réservé par l’article 34 de la Constitution, de modifier des textes antérieurs ou d’abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d’autres dispositions³⁴² ».

241. Les références à ces commentaires institutionnels témoignent d’une volonté des avocats généraux d’étayer leur explication des contours des notions employées et de ses effets par la source la plus proche possible de leurs auteurs. « Particularité du système français qui ne manque jamais d’intriguer les juristes étrangers³⁴³ », le Conseil constitutionnel commente, par le biais de son secrétaire général, ses propres décisions. Ces commentaires permettent d’éclairer utilement la formation de jugement. Ces références témoignent d’une déférence envers le Conseil constitutionnel et d’une familiarisation du Parquet général avec la doctrine constitutionnelle. Les synthèses de jurisprudence et de doctrine constitutionnelle réalisées par les avocats généraux se rapprochent ainsi de véritables cours de droit constitutionnel.

³⁴² Avis de l’avocate générale PENICHON, cass. Com., QPC n° 12-24.878 pour l’audience du 12 mars 2013, n°373.

³⁴³ Roland DUMAS, cité par Maxime CHARITE, « Les commentaires autorisés des décisions du Conseil constitutionnel », *RDP*, 1^{er} mars 2015, n° 2, p. 451.

242. La diffusion de la culture constitutionnelle au sein du Parquet général conduit ses membres à s'approprier les notions et concepts constitutionnels. En qualité d'acteurs de la QPC, nombre d'entre eux en proposent d'audacieuses interprétations, indépendantes de celles de Montpensier.

II. Les apports des avocats généraux aux notions constitutionnelles

243. Lors de l'exposé des principes constitutionnels invoqués par les requérants, certains avocats généraux s'autonomisent de l'autorité interprétative du Conseil constitutionnel pour affirmer leur propre interprétation *constitutionnelle* des notions relatives à la peine, au non cumul des poursuites ou aux droits de la défense (A), allant jusqu'à suggérer la consécration de nouveaux principes constitutionnels (B).

A. Les interprétations autonomes de principes constitutionnels

244. Certains avocats généraux interprètent audacieusement les principes constitutionnels invoqués par les requérants au soutien de leurs prétentions. Lorsque la comparaison entre la jurisprudence du Conseil constitutionnel et celle de la Cour européenne des droits de l'homme laisse apparaître une moindre garantie des droits par Montpensier, les avocats généraux préconisent souvent un alignement de la première sur la seconde. Parmi les avis QPC analysés pour cette étude, les notions relatives à la répression (1), le principe constitutionnel de non-cumul des poursuites (2) et les droits de la défense (3) ont fait l'objet d'interprétations constitutionnelles autonomes par certains avocats généraux, interprétations maximisant l'effet utile des garanties constitutionnelles.

1. L'interprétation des notions relatives à la répression par les avocats généraux

245. Se détachant de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, certains avocats généraux proposent des interprétations personnelles des notions relatives à la répression, à l'instar de l'avocat général Carre-Pierrat qui a pressenti dès l'entrée en vigueur de la QPC, que les garanties du procès équitable devaient s'appliquer à toute sanction ayant le caractère de punition, même hors champs pénal :

« Il n'est pas [...] contestable qu'un des éléments essentiels des droits de la défense est constitué par la mise en œuvre d'une procédure contradictoire qui est seule à même de garantir l'équilibre des droits des parties. D'où l'approche que l'on pourrait avoir et qui pourrait sembler indiscutable, savoir que le principe de la contradiction s'impose peu important la nature de la procédure qu'elle soit pénale, disciplinaire ou civile.

Mais une telle approche ne semble pas être partagée par le Conseil constitutionnel qui, si l'on fait référence à ses décisions, réserve l'application du principe de la contradiction aux seules procédures de nature à entraîner une sanction ayant le caractère de punition [...], procédures disciplinaires (Cons. Cons. 2006-235 DC), pénales (2010-69 QPC) ou administratives, en sorte que les procédures civiles en seraient exclues. Or, l'exclusion de toute procédure contradictoire dans le cadre de l'article 1843-4 du code civil a été, à mon sens, justement critiquée par MM. Viander et Caussain, il est vrai sous l'angle de l'erreur grossière dont la violation de la contradiction devrait être regardée comme constitutive d'une telle erreur que par Monsieur Cadiet en des termes plus directs : ni l'exigence d'impartialité, ni le respect du contradictoire ne sont cantonnés aux seules procédures juridictionnelles contentieuses ; ils rayonnent au-delà du seul procès contentieux. Par ailleurs, il n'est pas sans intérêt, me semble-t-il de citer les propos de Mme M.-A. Frison-Roche qui expriment, selon moi, avec pertinence l'idée selon laquelle le principe de la contradiction s'impose dans tout processus qui aboutit à une décision prise par un tiers qui a le pouvoir de l'imposer à un individu qui risque d'en être atteint. En effet, outre les 'matières à sanction' précitées auxquelles le Conseil constitutionnel fait référence, il est raisonnablement loisible de considérer qu'une personne peut subir une vraie sanction pécuniaire du fait d'une fixation erronée de la valeur de ses droits sociaux telle qu'opérée par l'expert de l'article 1843-4 du code civil³⁴⁴ ».

246. L'avocat général n'a pas eu connaissance de la décision, très contemporaine de son avis, par laquelle le Conseil constitutionnel appliquait le principe de légalité des délits et des peines aux amendes civiles pouvant être qualifiées de sanction ayant le caractère d'une punition³⁴⁵. Il

³⁴⁴ Avis de l'avocat général CARRE-PIERRAT, cass. com., QPC n°10-40.069 et 10-40.072 pour l'audience du 1^{er} mars 2011, n° 248.

³⁴⁵ Cons. Const., 2010-85 QPC, 13 janvier 2011, cons. 3.

relaie pourtant la doctrine constitutionnelle préconisant l'élargissement de la jurisprudence constitutionnelle. Dès l'aube du contentieux prioritaire de la constitutionnalité, l'avocat général avait intégré l'intérêt constitutionnel de la qualification autonome de punition. Dans l'avis retranscrit ci-avant, il ne s'agit pas de qualifier constitutionnellement la mesure contestée, l'avocat général n'y fait pas référence. Son opinion est théorique, quasi-doctrinale. Détaché des faits d'espèce, l'avocat général propose une théorie de la façon dont devrait s'interpréter la notion de sanction ayant le caractère d'une punition dans une perspective constitutionnelle. Pour maximiser l'effet utile des garanties constitutionnelles du procès équitable, l'avocat général suggère la validation jurisprudentielle de l'élargissement de la notion de sanction ayant le caractère de punition souhaitée par la doctrine.

247. De nombreux avocats généraux préconisent également l'alignement du principe de légalité des délits et des peines sur la jurisprudence européenne. Après rappel de la jurisprudence du Conseil constitutionnel selon laquelle le législateur a l'obligation de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis, le Conseil précise que cette exigence s'impose non seulement pour exclure l'arbitraire dans le prononcé des peines, mais encore pour éviter une rigueur non nécessaire lors de la recherche des auteurs d'infractions. L'avocat général ajoute :

« Cette jurisprudence peut être utilement éclairée par celle de la Cour européenne des droits de l'homme qui, s'agissant du principe de légalité des délits et des peines, juge de façon constante qu' 'on ne peut considérer comme une loi qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite ; en s'entourant au besoin de conseils clairs, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé. Elles n'ont pas besoin d'être prévisibles avec une certitude absolue : l'expérience la révèle hors d'atteinte. En outre la certitude, bien que hautement souhaitable, s'accompagne parfois d'une rigidité excessive ; or le droit doit savoir s'adapter aux changements de situation. Aussi beaucoup de lois se servent-elles, par la force des choses, de formules plus ou moins vagues dont l'interprétation et l'application dépendent de la pratique³⁴⁶ ».

³⁴⁶ Avis de l'avocat général MOLLARD, chambre commerciale, QPC n°10-21.551, audience du 8 février 2010, n° 191.

248. L'harmonisation de l'interprétation constitutionnelle et européenne des notions relatives à la peine sous-tend de nombreux avis QPC : « Par ailleurs, la CEDH considère que l'exigence de définition de l'infraction n'est satisfaite que si 'l'individu peut savoir, à partir du libellé de la clause pertinente, et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale³⁴⁷ ». Les nombreuses références à la jurisprudence européenne incitent le Conseil constitutionnel à définir plus précisément la notion. Ce faisant, les avocats généraux contribuent au réseau que constitue notre droit positif, fait d'imbrications juridiques et d'influences réciproques³⁴⁸. Par leurs suggestions, les avocats généraux interprètent le droit constitutionnel à la lumière du droit européen des droits de l'homme.

249. Certains avocats généraux contribuent à la définition des notions constitutionnelles en inférant d'une décision du Conseil un considérant de principe. Dans une QPC portant sur la dégradation perpétuelle des droits civiques, l'avocate générale réalise une analyse doctrinale de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, citant la jurisprudence dans laquelle les Sages ont « expressément indiqué que la peine d'interdiction d'inscription sur les listes électorales était déclarée contraire à la Constitution, tous les condamnés soumis à cet article recouvraient au jour de la publication de la décision la capacité de s'inscrire sur les listes électorales³⁴⁹ », décision dont elle tire un principe général :

« [il ressort de cette décision que] toute peine, en particulier une peine automatique, déclarée inconstitutionnelle ne pourrait plus recevoir exécution », affirmant qu'une « telle position donne sa pleine portée au principe de nécessité des peines et contraindrait le législateur chaque fois qu'il modifie une peine dans un sens favorable à élaborer des dispositions transitoires adaptées³⁵⁰ ».

³⁴⁷ Avis de l'avocate générale CABY, cass. crim., QPC n°14-88.355 pour l'audience du 6 mai 2015, n°75.

³⁴⁸ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles : Facultés universitaires Saint-Louis, 2010, p. 596.

³⁴⁹ Avis de l'avocate générale ZIENTARA, cass. crim., QPC n° 12-90.014 pour l'audience du 12 avril 2012, n° 372.

³⁵⁰ *Ibidem*.

250. Ce principe général n'apparaît ni dans le commentaire aux cahiers du Conseil constitutionnel sous cette décision³⁵¹, ni dans les commentaires doctrinaux qui s'y rapportent³⁵². L'avocate générale tire d'une décision du Conseil constitutionnel un principe inédit, le principe de la non-exécution immédiate des peines inconstitutionnelles. L'interprétation de l'avocate générale peut être qualifiée de *constitutionnelle* au regard de son objectif de maximisation de la portée du principe de nécessité des peines. En empruntant une dynamique téléologique d'interprétation des principes constitutionnels au regard des effets escomptés, les avocats généraux peuvent devenir moteurs de l'élaboration de la matière constitutionnelle.

251. La contribution des avocats généraux à l'élaboration des notions constitutionnelles relatives à la peine paraît d'autant plus justifiée au regard de leurs parcours. Majoritairement recrutés parmi des magistrats issus d'une carrière entière au parquet, les avocats généraux sont rompus au droit pénal et à son application. Dans cette optique, leurs opinions sur l'interprétation des notions constitutionnelles relatives à la matière pénale sont susceptibles d'enrichir le droit constitutionnel. De nombreux auteurs ont pu contester la pertinence de la distinction faite par le Conseil constitutionnel entre les peines accessoires et les peines complémentaires³⁵³, la trop souple interprétation de la rétroactivité *in mitius*³⁵⁴ ou la moindre protection dont bénéficie la sanction administrative malgré la notion autonome de sanction dégagée par le Conseil constitutionnel, faisant perdre « tout son sens à la notion de sanction ayant le caractère de punition³⁵⁵ ». Au croisement entre doctrine et conseil du décideur, les avocats généraux pourraient suggérer une nouvelle interprétation de ces notions pour pallier

³⁵¹ Commentaire de la décision n°2010-6/7 QPC du 11 juin 2010, M. Stéphane A et autres, *Cahiers du Conseil constitutionnel* n°29, octobre 2010, disponible sur le site du Conseil constitutionnel, www.conseil-constitutionnel.fr.

³⁵² P-F. RACINE, G. NICOLAS, W. BENESSIANO, J-B. PERRIER, A. MANGIAVILLANO, S. HUTIER, L. PHILIP, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel (août 2009-juillet 2010) », *Revue française de droit constitutionnel*, octobre-décembre 2010, n° 84, p. 811 ; P-F. RACINE, « L'harmonisation constitutionnelle du principe d'individualisation des peines », *Revue française de droit constitutionnel*, octobre-décembre 2010, n° 84, p. 830 ; R. GHEVONTIAN, « L'inconstitutionnalité de l'article 7 du code électoral : la fin d'une incongruité juridique », *Constitutions*, juillet-septembre 2010, n° 2010-3, p. 454 ; A. DARSONVILLE, « Droit pénal : les peines accessoires et les peines complémentaires obligatoires », *Constitutions*, octobre-décembre 2011, n° 2011-4, p. 531.

³⁵³ A. DARSONVILLE, « Droit pénal : les peines accessoires et les peines complémentaires obligatoires », *art. cit.*, p. 531.

³⁵⁴ E. DREYER, « Limitation constitutionnelle de la rétroactivité *in mitius* », *La semaine juridique édition générale*, 24 janvier 2011 n°4, p. 167.

³⁵⁵ *Ibidem*.

ces écueils. Leur formation pénaliste alliée à leur pratique de la QPC constitue un terreau fertile pour voir naître des interprétations constitutionnelles des notions relatives à la peine.

252. Officiant en qualité de « conseil », les avocats généraux sont libres de suggérer des interprétations des notions pénales divergentes de celles de Montpensier. Certains auteurs qualifient d'abusive l'extension de la notion de peine aux « peines et aux sanctions ayant le caractère de punition » : « [Le Conseil constitutionnel] désire, tout simplement, comme l'a fait la Cour européenne des droits de l'homme, étendre son champ d'application, en retenant la caractéristique qui lui semble la plus importante : la punition³⁵⁶ ». Si l'élargissement de la notion se justifie dans une logique institutionnelle, elle est parfois contestée sur le plan constitutionnel, l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen limitant la peine aux cas « strictement et évidemment nécessaires », ce qui reflète la philosophie des lumières et plus précisément celle de Beccaria selon laquelle : « tout acte d'autorité d'homme à homme qui ne dérive pas d'une nécessité absolue est tyrannique³⁵⁷ ». Dans cette optique, alors que certains auteurs considèrent que le recours à la peine ne devrait pas être « galvaudé, mais murement réfléchi³⁵⁸ », les avocats généraux pourraient mettre à profit leur position pour suggérer une interprétation constitutionnelle autonome de la notion de peine.

2. L'interprétation de la notion de *ne bis in idem* par les avocats généraux

253. À l'instar de la notion de peine, de nombreux avocats généraux comparent la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de cumul des poursuites administratives et pénales pour les mêmes faits à celle de Strasbourg : « [La question] fait ressortir des divergences entre la jurisprudence nationale et celle de la Cour européenne des droits de l'homme³⁵⁹ ». Après avoir rappelé la jurisprudence des juges de Montpensier - selon laquelle le principe de la nécessité des peines ne fait pas obstacle à ce que les mêmes faits commis par la même personne puissent faire l'objet de poursuites différentes aux fins de sanctions de nature disciplinaire ou pénale en application de corps de règles distincts devant leurs propres ordres de juridictions, sous réserve que le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne

³⁵⁶ F. GHELFI « Les principes directeurs du droit de la peine en QPC », in : *La QPC et la matière pénale*, C. COURTIN (Dir.), Bruxelles : Bruylant, 2013 coll. Procédure(s)), p. 82.

³⁵⁷ C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, Paris : Flammarion, 2006, p. 63.

³⁵⁸ É. BONIS-GARÇON, V. PELTIER, *Droit de la peine*, Paris : LexisNexis, 2015, p. 116.

³⁵⁹ Avis de l'avocat général LACAN, cass. crim., QPC n°14-90.043 pour l'audience du 3 décembre 2014, n°339.

dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues - l'avocat général compare la solution retenue par le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme, celle-ci jugeant que la qualification de sanction administrative des poursuites devant la commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers pour des faits de manquement d'initié ne masque pas la nature pénale des poursuites, compte tenu de la finalité et de la gravité des sanctions encourues. Par cette comparaison, l'avocat général suggère un alignement de la jurisprudence du Conseil sur celle de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de cumul des poursuites. Le Conseil constitutionnel suivra d'ailleurs cette voie en jugeant la disposition législative contraire à la Constitution au regard de la nature similaire des sanctions³⁶⁰.

254. La lecture comparée de deux avis (l'un de la chambre commerciale et l'autre de la chambre criminelle) portant sur une QPC mettant en cause la possibilité d'une double poursuite devant le juge pénal et celui de la procédure collective en cas de redressement ou de liquidation judiciaire souligne une différence entre deux interprétations constitutionnelles possibles de la notion de *ne bis in idem*. À la chambre criminelle, l'avocat général Dominique Gaillardot³⁶¹, énonce les quatre conditions de la constitutionnalité d'une double sanction fixées par le Conseil constitutionnel³⁶², avant de les appliquer au cas d'espèce. Les quatre critères étant remplis, l'avocat général conclut à la constitutionnalité de la double poursuite contestée. À l'inverse, l'avocat général Laurent Le Mesle³⁶³ (désigné par la chambre commerciale sur la même affaire) propose une interprétation différente de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Par son argumentation, l'avocat général apprécie la pertinence de la jurisprudence du Conseil :

« [Pour le Conseil constitutionnel], si il y a quadruple identité : mêmes faits réprimés, même finalité de la répression, même nature de sanctions, juridictions appartenant au même ordre ; les textes organisant une dualité des poursuites méconnaissent le principe

³⁶⁰ Cass. crim., 17 décembre 2014, 14-90.043.

³⁶¹ Conclusions de Dominique GAILLARDOT, cass.crim. QPC, 28 juin 2016, 16-90.010, in : *Les grandes conclusions du Parquet général de la Cour de cassation*, R. SALOMON (Dir), Paris : Éditions Panthéon-Assas, 2017, p. 1254

³⁶² Que les dispositions concernées ne tendent pas à réprimer les mêmes faits qualifiés de manière identiques ; que les deux répressions ne protègent pas les mêmes intérêts sociaux ; que les deux répressions aboutissent au prononcé de sanctions différentes ; que les poursuites et sanctions prononcées ne relèvent pas du même ordre de juridiction.

³⁶³ Conclusions Laurent LE MESLE, cass. Com. 28 juin 2016 n°16-40.208, in : *Les grandes conclusions du Parquet général de la Cour de cassation*, *op. cit.*, p. 1245.

de nécessité des délits et des peines. Pour autant, cette jurisprudence reste en retrait de celle de la Cour européenne des droits de l'homme. Outre que le principe *ne bis in idem* n'est toujours pas visé en tant que tel et que c'est toujours davantage la réitération de la sanction que la dualité des poursuites que semble proscrire le Conseil constitutionnel, trois exigences sur quatre pourraient apparaître comme participant d'une forme d'édulcoration de la règle. En effet, là où la Cour européenne des droits de l'homme se contente de l'identité des faits, le Conseil s'attache aussi à la sanction et à sa finalité. [...] Reste la quatrième condition, celle relative à l'unicité de l'ordre de juridiction, dont on avouera ne pas bien comprendre l'objet ».

255. L'avocat général propose dans cet avis une interprétation constitutionnelle du principe *ne bis in idem*, interprétation constitutionnelle autonome de celle de Montpensier. La liberté de ton qui caractérise l'intervention des avocats généraux dans la procédure est propice à ces développements doctrinaux. Elle pourrait être mise à profit pour discuter la jurisprudence du Conseil constitutionnel et suggérer des évolutions jurisprudentielles, à la manière de Laurent Le Mesle.

256. Enjeu majeur de l'attractivité et, partant, de la légitimité du contentieux constitutionnel, la protection efficace des droits fondamentaux doit inspirer l'interprétation des termes de la Constitution. Si certains avocats généraux proposent des interprétations constitutionnelles autonomes, une réflexion centralisée au sein du Parquet général permettrait d'accroître la visibilité de cette doctrine constitutionnelle.

3. La notion de droits de la défense

257. L'un des avis analysés pour cette étude contenait une interprétation constitutionnelle autonome de la notion des droits de la défense. Cet exemple met en lumière la capacité des avocats généraux à suggérer d'audacieuses interprétations des concepts constitutionnels ; en l'espèce, le Conseil constitutionnel a validé en partie l'interprétation proposée.

258. La question conduisait à examiner si les droits de la défense étaient acquis par la simple audition de la personne soupçonnée dans une procédure pénale ou si l'exercice d'une mesure de contrainte en conditionnait l'octroi. Dans ses conclusions, l'avocate générale compare la

jurisprudence du Conseil constitutionnel, liant l'exercice des droits de la défense à l'exercice d'une contrainte³⁶⁴, à celle de la Cour européenne des droits de l'homme qui fait de « l'accusation en matière pénale³⁶⁵ », notion autonome³⁶⁶, le critère déterminant :

« A titre indicatif, on peut relever que, s'agissant du droit à l'assistance d'un avocat, la question a sensiblement évolué, sans toutefois que le Conseil constitutionnel ne reconnaisse un droit à l'avocat pour toute audition, même non contrainte. Sur le plan conventionnel, s'il ne fait pas de doute que les droits de la défense s'appliquent à la phase de procédure pénale préalable au procès et qu'une personne ne saurait être condamnée sur le seul fondement d'aveux obtenus alors qu'elle n'était pas assistée d'un avocat, la Cour de Strasbourg n'a pas, sauf erreur, tranché la question de savoir si toute audition d'un suspect entendu librement mais sans avocat méconnaissait de ce seul fait la Convention européenne ».

« [...] Deux lectures paraissent à cet égard possibles de la décision du Conseil constitutionnel. Une lecture stricte de la décision peut amener à considérer que le Conseil a entendu se cantonner à une approche restrictive liant expressément l'exercice des droits de la défense à la situation de contrainte et s'est attaché principalement à veiller à ce que la procédure d'audition libre ne soit pas détournée pour faire échec aux droits du gardé à vue, risque évidemment exclu si le placement en garde à vue n'est pas possible. La réserve énoncée par le Conseil constitutionnel est expressément limitée aux situations dans lesquelles 'il existe des raisons plausibles de soupçonner' que la personne 'a commis ou tenté de commettre une infraction pour laquelle elle pourrait être placée en garde à vue'. Cependant, une lecture plus large de la décision est admissible puisque le Conseil a énoncé que l'exigence constitutionnelle des droits de la défense n'imposait pas l'assistance d'un avocat dès lors, non seulement, qu'aucune mesure de contrainte n'était exercée mais encore que la personne soupçonnée 'consent à être entendue librement'. Cette formulation du considérant 19, qui ne se réfère pas à

³⁶⁴ Cons. Cons., 2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010, le Conseil constitutionnel abroge le régime de droit commun de la garde à vue au motif qu'il « ne permet pas à la personne interrogée, alors qu'elle est retenue contre sa volonté, de bénéficier de l'assistance effective d'un avocat ». C'est l'exercice de la contrainte qui implique les droits de la défense.

³⁶⁵ Convention européenne des droits de l'homme, article 6§1 : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement [...] par un tribunal [...] qui décidera [...] du bien fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle [...] ».

³⁶⁶ CEDH, 26 mars 1982, Adolf c. Autriche, Req. 8269/78.

la possibilité d'un placement en garde à vue, tend à faire du consentement une condition de la régularité de l'audition libre, au regard du principe des droits de la défense³⁶⁷ ».

259. Une fois encore, la comparaison de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme conduit l'avocate générale à suggérer un alignement de la première sur la seconde. Dans le prolongement de sa large interprétation liant l'exercice des droits de la défense au consentement du suspect, l'avocate générale préconise une réserve d'interprétation visant à l'information systématique du prévenu de la nature et de la date de l'infraction qu'on le soupçonne d'avoir commise, ainsi que de son droit de quitter à tout moment les locaux de police ou de gendarmerie³⁶⁸. Cette suggestion, inspirée par une réserve d'interprétation émise par le Conseil constitutionnel sur une question proche³⁶⁹, sera suivie par les Sages³⁷⁰.

260. Par leurs avis, les avocats généraux illustrent leur capacité à proposer des interprétations des notions qu'ils ont à appliquer pour apprécier le sérieux de la question. Ces interprétations constitutionnelles autonomes témoignent du caractère non-monopolistique de l'élaboration de la matière. Aujourd'hui portées individuellement par certains avocats généraux, ces interprétations pourraient faire l'objet d'une réflexion collective au sein du Parquet général pour accroître leur visibilité. Si les avocats généraux s'affranchissent de la parole du Conseil constitutionnel pour proposer en toute autonomie des interprétations des notions constitutionnelles, ils préconisent également la consécration de nouveaux droits.

³⁶⁷ Avis de l'avocate générale ZIENTARA, cass. crim., QPC n°11-87.333 pour l'audience du 23 février 2012, n°113.

³⁶⁸ « [La personne suspectée], bien qu'ayant répondu librement à une convocation, peut se sentir contrainte de répondre une fois l'interrogatoire commencé et ce d'autant que l'article 78 dispose que 'les personnes convoquées par un officier de police judiciaire sont tenues de comparaître'. A fortiori cette contrainte s'exercerait-elle si la personne a été contrainte de comparaître par la force publique ». Avis de l'avocate générale ZIENTARA, cass. crim., QPC n°11-87.333 pour l'audience du 23 février 2012, n°113. La confusion impliquée par le régime de l'audition « librement contrainte » est ici mise en lumière.

³⁶⁹ Cons. Const., 2011-191/194/195/196/197 QPC, 18 novembre 2011, relatif à l'audition libre en enquête de flagrance.

³⁷⁰ Cons. Const., 2012-257 QPC, 18 juin 2012. Conformité sous réserve que « la personne entendue ait été informée de la personne entendue ait été informée de la date et de la nature de l'infraction qu'on la soupçonne d'avoir commise et de son droit de quitter à tout moment les locaux de police ou de gendarmerie », Considérant 9.

B. Les propositions de consécration de nouveaux principes constitutionnels par les avocats généraux

261. L'investissement des avocats généraux dans la matière constitutionnelle conduit certains d'entre eux à suggérer dans leurs avis la consécration de nouveaux principes constitutionnels. En 2011, l'avocat général Pierre Mucchieli proposait de consacrer la motivation des jugements comme un principe autonome des droits de la défense, auquel il est rattaché par les Sages :

« Le Conseil constitutionnel n'a pas rendu de décision sur la motivation des jugements civils, il a cependant attribué aux droits de la défense la qualification de droits fondamentaux à caractère constitutionnel. Or, la motivation des jugements constitue l'un des éléments des droits de la défense et l'on pourrait admettre qu'elle peut, elle-même être qualifiée de droit fondamental à caractère constitutionnel [...]. Cette importance accordée au principe de motivation s'explique par sa fonction même. Contraignant le juge à élaborer un raisonnement rigoureux et précis, elle fait obstacle à toute décision arbitraire. Elle répond en outre au droit du justiciable de savoir si sa demande et ses moyens ont été examinés et de connaître les raisons pour lesquelles il a, ou non, obtenu satisfaction. C'est elle enfin qui permet à la juridiction supérieure d'exercer son contrôle³⁷¹ ».

262. La proposition d'autonomisation de ce principe de motivation des décisions de justice est inédite. L'avocat général ne relaie pas la doctrine, qui ne conteste pas le rattachement du principe aux droits de la défense.

263. La consécration de la liberté de travailler a également été suggérée dans un avis QPC de 2012. Alors que le Conseil constitutionnel dégage uniquement de l'alinéa 5 du préambule de la Constitution de 1946 le droit d'obtenir un emploi, l'avocat général suggérait, au bénéfice des requérants, le rattachement à cet alinéa de la liberté de travailler, à l'instar des annotateurs du code constitutionnel qu'il cite à l'appui de sa proposition : « une question se pose néanmoins : la formule générale de l'alinéa 5 ne permet-elle pas de l'interpréter comme protégeant non

³⁷¹ Avis de l'avocat général MUCCHIELI, cass. civ 2, QPC n° 11-26.146, 2011, n°580.

seulement le droit d'obtenir un emploi mais aussi la liberté du travail entendue comme la liberté d'accéder à un travail? La seconde constitue le préalable nécessaire du premier³⁷² ».

264. En qualité de « conseillers » du siège de la Cour de cassation, les avocats généraux peuvent suggérer la consécration de principes constitutionnels sans souffrir la critique. Les Cours suprêmes ont déjà inauguré des principes constitutionnels³⁷³ que la doctrine a pu qualifier d'empiètement sur la compétence du Conseil constitutionnel, voire de substitution à son office³⁷⁴ dans la mesure où ces interprétations constitutionnelles des Cours suprêmes remettent en cause le contrôle concentré de constitutionnalité³⁷⁵. Les propositions des avocats généraux échappent à ces critiques par la spécificité de leur office. S'exprimant par le biais d'avis et non de jugements, leurs interprétations constitutionnelles bénéficient de l'ambiguïté de l'office hybride du Parquet général, mi-doctrinal, mi-juridictionnel. Leur qualité d'acteurs du processus de filtrage couronne leurs interprétations d'une certaine officialité quand l'absence d'autorité attachée aux avis les protège des allégations de substitution au Conseil constitutionnel.

§2. La qualification constitutionnelle des dispositions législatives contestées par les avocats généraux

265. Pour apprécier l'applicabilité du droit ou de la liberté constitutionnelle invoquée par le requérant, les avocats généraux doivent qualifier constitutionnellement la mesure contestée. À la lecture des avis, deux approches de l'opération de qualification peuvent être comparées. Certains avocats généraux assimilent la qualification constitutionnelle à la recherche de la « nature juridique » de la disposition en cause, employant un champ lexical de vérité (A). À l'opposé de cette essentialisation, certains avocats généraux manient la qualification constitutionnelle comme un outil pour garantir le plein effet des droits et libertés (B).

³⁷² Avis de l'avocat général LE MESLE, cass. civ.2, QPC n°12-40.022 pour l'audience du 22 mai 2012, n°13.

³⁷³ Pour la Cour de cassation : Cass. Soc. 19 novembre 1996, Martinez n° 94-19.404 ; Pour le Conseil d'État, entre autres l'arrêt Koné : Entre autres : CE, ass., 3 juill. 1996, Koné, n° 169219.

³⁷⁴ G. CUILHEUR, « L'impact de l'arrêt Koné sur la hiérarchie des normes », *Petites affiches*, 27 décembre 1996, n°156, p.14.

³⁷⁵ D'autres auteurs considèrent que tout juge a le droit et le devoir d'appliquer la Constitution, et, le cas échéant, d'interpréter la norme constitutionnelle : R. DENOIX DE SAINT MARC, « De l'arrêt Koné à la QPC », *AJDA*, 2014, p. 107 ; C-É. SENAC, *L'office du juge constitutionnel : étude du contrôle de constitutionnalité par les juridictions françaises*, *op. cit.*, p. 12.

I. L'assimilation de la qualification constitutionnelle à la nature juridique des mesures par les avocats généraux

266. Lors de la qualification constitutionnelle des mesures contestées en QPC, les avocats généraux emploient un champ lexical de vérité, considérant, à l'issue d'une recherche de la « nature juridique » de la disposition en cause, qu'elle « est » une sanction, une privation de propriété, etc.

267. Opération familière aux avocats généraux, constituant « la tâche principale et quotidienne du juge³⁷⁶ », la qualification juridique « n'a pas bénéficié de l'intérêt doctrinal qu'a suscité l'interprétation³⁷⁷ ». Qualifiée parfois d'« activité de passage³⁷⁸ », elle est définie dans le dictionnaire de vocabulaire juridique de Gérard Cornu comme l'opération intellectuelle consistant à prendre en considération l'élément qu'il s'agit de qualifier pour le faire entrer dans une catégorie juridique préexistante en reconnaissant en lui les caractéristiques essentielles de la catégorie de rattachement ; une opération de l'esprit consistant à revêtir une donnée concrète de la qualité qui détermine son régime et ses conséquences juridiques, en le rattachant, par nature, à la catégorie abstraite dont il possède les critères distinctifs³⁷⁹.

268. En QPC, il s'agit de déconnecter le dispositif contesté de sa définition originelle issue du droit commun pour l'intégrer au sein du système de concepts constitutionnels de référence. Le contenu des avis QPC témoigne de l'opération de traduction ainsi réalisée :

« S'il peut être considéré que le refus d'accorder à un condamné le bénéfice d'une mesure d'aménagement de peine ne saurait constituer 'une sanction ayant le caractère de punition', force est de constater que le retrait même partiel du bénéfice d'une telle mesure préalablement accordée - en l'espèce, la révocation d'une mesure de libération conditionnelle - *doit s'interpréter comme* une sanction ayant le caractère d'une punition³⁸⁰ ».

³⁷⁶ P. JESTAZ, « La qualification en droit civil », *Droits*, 1993, n°18, p. 46.

³⁷⁷ P. WACHSMANN, « Qualification », in : *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND, S. RIALS (Dir.), Paris : PUF, 2003.

³⁷⁸ *Ibid.*

³⁷⁹ *Vocabulaire juridique*, G. CORNU (Dir.), Paris : PUF, 12ième ed., 2018.

³⁸⁰ Avis de l'avocat général BERKANI, cass.crim., QPC n°13-90.001 pour l'audience du 20 février 2013, n°529.

269. Le terme « interpréter » employé par l’avocat général souligne la nature de l’opération de qualification ; une traduction d’un langage pénal à un langage constitutionnel d’un objet juridique. Opération à caractère déterminant, la qualification s’inscrit dans un processus de concrétisation du droit³⁸¹. L’opération d’interprétation ne peut être distinguée de l’établissement de la matérialité des faits. Par la qualification juridique, les juges construisent les contours des notions donnant accès aux garanties constitutionnelles en incluant ou en excluant des objets juridiques de ces catégories.

270. Au sein des avis en QPC, la recherche de la nature d’une mesure fait souvent l’objet de minutieux développements pouvant atteindre plusieurs pages. La nature et les caractéristiques du mécanisme de responsabilité solidaire³⁸² ou de l’action en responsabilité pour insuffisance d’actif³⁸³ sont décortiquées pour en déduire leur nature de sanction ayant le caractère de punition. La longueur des développements dédiés à la recherche de la nature juridique de la mesure contestée témoigne d’un investissement des avocats généraux dans la matière constitutionnelle.

271. La définition proposée par le dictionnaire juridique laisse supposer une forme d’objectivité de l’opération de qualification, l’élément à qualifier s’inscrivant, par nature, dans la catégorie de rattachement : « En reconnaissant en lui les caractéristiques essentielles de la catégorie [...], en le rattachant, *par nature*, à la catégorie abstraite³⁸⁴ ». La référence à la nature juridique de la mesure contestée est récurrente dans les avis QPC : « La question préalable qui paraît devoir être posée est celle de la nature juridique de cette participation³⁸⁵ », « il convient donc, en premier lieu, de se pencher sur la nature des biens indivis³⁸⁶ ». Cette référence à la nature juridique au sein des développements sur la qualification constitutionnelle des mesures contestées en QPC témoigne d’une assimilation de la qualification constitutionnelle à une forme de vérité juridique. L’utilisation du verbe « être » dans l’opération de qualification

³⁸¹ P. WACHSMANN, « Qualification », in : *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND, S. RIALS (Dir.), Paris : PUF, 2003.

³⁸² Avis de l’avocate générale PENICHON, cass. com., QPC n°15-40.001 pour l’audience du 14 avril 2015, n° 391.

³⁸³ Avis de l’avocate générale PENICHON, cass. com., QPC n°12-13.256 pour l’audience du 3 juillet 2012, n° 202.

³⁸⁴ Définition de « Qualification », in : *Vocabulaire juridique*, G. CORNU, et al., Paris : PUF, 2016.

³⁸⁵ Avis de l’avocat général MAITRE, cass. civ.2, QPC n° 11-40.098 pour l’audience du 1 février 2012, n° 313.

³⁸⁶ Avis de l’avocat général SARCELET, cass. civ. 1, QPC n° pour l’audience du 27 décembre 2014, n° 159.

constitutionnelle réalisée par les avocats généraux semble corroborer cette hypothèse : « On peut en conclure tant par sa nature que par ses caractéristiques que l'extension *n'est pas* une sanction³⁸⁷ ». À l'inverse, l'emploi d'une formule du type « l'extension ne constitue pas une sanction au sens de la Constitution », ou « selon l'interprétation qu'en formule le Conseil constitutionnel », témoignerait d'un positionnement d'arbitre impartial, constatant une différence de sens entre deux branches du droit et choisissant le sens approprié au contentieux au sein duquel il officie. La formulation retenue par l'avocat général relève d'un discours de vérité. Une interprétation serait juste, l'autre erronée.

II. La qualification finaliste des notions par les avocats généraux

272. Malgré les formules employées par les avocats généraux tendant à essentialiser la qualification constitutionnelle, les faits sont muets et n'entrent pas par nature au sein d'une catégorie juridique. La qualification constitutionnelle est un acte de volonté s'opérant inéluctablement en fonction du résultat attendu : « La difficulté du travail de qualification consiste à trouver l'équilibre entre la considération du fait et celle du but à promouvoir en droit³⁸⁸ », « toute qualification se ramène à un fondamental acte d'évaluation, c'est à dire consiste à donner le nom non pas qui 'revient' à la chose, mais que 'mérite' la chose, ou encore qui 'convient' non pas à la chose elle-même, mais au sort qu'on veut lui faire subir en vertu de déterminations foncièrement politiques³⁸⁹ ».

273. Au regard de l'enjeu de la qualification, la Cour européenne des droits de l'homme a élaboré des notions autonomes, consistant en une interprétation spécifique, choisie par les juges de Strasbourg, des notions qui commandent l'applicabilité d'un droit au regard de l'objectif de la Convention³⁹⁰. La détermination du caractère autonome d'une notion est stratégique dans la mesure où la notion déclenche l'applicabilité d'une disposition conventionnelle :

³⁸⁷ Avis de l'avocate générale PENICHON, cass. com., QPC n°12-40.058 pour l'audience du 2 octobre 2012, n°377.

³⁸⁸ C. ATIAS, *Epistémologie du droit*, Paris, PUF, 1994, p. 129.

³⁸⁹ O. CAYLA, « La qualification ou la vérité du droit », *Droits*, 1993, n°18, p. 93.

³⁹⁰ F. SUDRE, et al. (Dir), *Les concepts autonomes dans la Convention européenne des droits de l'homme*, Cahiers de l'IDEDH, Montpellier 1, 1997, p. 87.

« Considérant que les normes européennes protectrices des droits de l'homme ne sauraient varier selon les qualifications juridiques propres aux droits nationaux, la Cour européenne recourt aux notions autonomes afin d'assurer l'indispensable uniformité d'interprétation de la Convention³⁹¹ ».

274. Méthode de formation d'un droit commun venant pallier l'imprécision des termes conventionnels et l'absence d'homogénéité des droits nationaux, l'interprétation autonome permet une définition uniforme des engagements étatiques. « Il s'agit pour le juge européen, quitte à s'aventurer sur le terrain de la politique législative, de retenir la définition qui lui semble la plus compatible avec l'objet et le but de la Convention, afin de donner tout leur effet utile aux notions en cause³⁹² ». L'enjeu de l'interprétation autonome est donc lié aux conséquences juridiques de la qualification, à savoir la détermination du champ d'application des droits de l'Homme. La Cour de justice de l'Union européenne adopte une démarche similaire en attribuant un sens communautaire à la notion de juridiction.

275. En matière de QPC, la qualification ouvre l'accès aux garanties constitutionnelles. La qualification d'une mesure contestée comme sanction ou juridiction devient donc cruciale. Les avocats généraux opèrent matériellement des qualifications autonomes dans leurs avis QPC. S'ils ne qualifient pas les notions employées d'autonomes, la façon dont ils opèrent la qualification constitutionnelle de certaines mesures s'apparente parfois à l'approche développée par les juges de Strasbourg, liant la qualification constitutionnelle aux effets attendus en matière de garantie des droits. Dans la mesure où la notion de sanction ayant le caractère de punition conditionne l'applicabilité des garanties relatives au procès pénal (A), et où le principe d'égalité devant les charges publique dépend de la notion de charge publique (B), les avocats généraux tiennent compte de ces finalités constitutionnelles lors de l'opération de qualification.

³⁹¹ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris : PUF, 2016, p. 244.

³⁹² Opinion séparée du juge MATSCHER sous l'arrêt Köning, cité par F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 245.

A. L'interprétation autonome de la notion de sanction ayant le caractère de punition par les avocats généraux

276. Sous la plume des avocats généraux, l'attribution de la qualification de « sanction ayant le caractère de punition » à une mesure non pénale est souvent liée aux effets attachés à celle-ci. Elle peut l'être implicitement, quand le raisonnement est amorcé par les garanties constitutionnelles attachées à l'article 8 de la Déclaration de 1789, suivi par le rappel de son applicabilité à toute sanction ayant le caractère de punition, pour finir par qualifier ainsi les amendes pécuniaires infligées par l'Autorité de la concurrence³⁹³. Ce faisant, l'avocat général inverse le raisonnement constitutionnel classique. La qualification constitutionnelle conditionne habituellement l'applicabilité des garanties quand, en l'espèce, la qualification apparaît comme la conséquence d'une volonté de voir appliquer les garanties de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme.

277. Dans certains avis QPC, le lien entre qualification constitutionnelle et effets juridiques est plus explicite, sans pour autant entraîner un raisonnement finaliste. Dans un avis QPC de 2015, un avocat général affirme que les actes de l'autorité administrative indépendante en cause ne constituent pas des actes juridictionnels de poursuite, d'accusation ou de sanction avant de nuancer son propos par le constat d'une réorganisation spontanée de celle-ci pour assurer le respect des principes d'indépendance et d'impartialité des fonctions juridictionnelles « dans la mesure où une telle autorité, même de nature non juridictionnelle, prononce des sanctions ayant le caractère de punitions³⁹⁴ ». La qualification semble impulsée par le constat d'un alignement de l'autorité administrative indépendante sur les exigences constitutionnelles en matière de peine.

278. Enfin, certains avocats généraux font preuve de finalisme dans la qualification d'une sanction lorsque, confrontés à une mesure dont le caractère de sanction « ne relève pas de l'évidence », ils préconisent néanmoins le renvoi au regard « de l'atteinte au principe de nécessité des peines, en ce que celui-ci implique l'exigence de proportionnalité de la sanction

³⁹³ Avis de l'avocate générale BATUT, cass. com. QPC n°12-40.584 pour l'audience du 11 septembre 2012, n°9.

³⁹⁴ Avis de l'avocat général DEBACQ, cass. com. QPC n° 14-39.542 et 14-29.354 pour l'audience du 7 juillet 2015.

à la gravité du manquement, l'interdiction des peines automatiques et l'individualisation des peines³⁹⁵ ». Dans cet exemple, l'atteinte pressentie aux droits et libertés fondamentaux entraîne la qualification constitutionnelle par l'avocat général, à l'instar d'un avis QPC portant sur une disposition attribuant aux experts la compétence pour déterminer la valeur de certaines actions. L'avocat général s'appuie sur les conséquences possiblement néfastes de la fixation du prix par l'expert pour les personnes concernées afin d'attribuer la qualification de sanction : « il est raisonnablement loisible de considérer qu'une personne peut subir une vraie sanction pécuniaire du fait d'une fixation erronée de la valeur de ses droits sociaux telle qu'opérée par l'expert de l'article 1843-4 du code civil³⁹⁶ ». Ce sont les conséquences de la latitude laissée aux experts sur la situation des personnes concernées qui rend nécessaire, selon l'avocat général, l'application des principes du contradictoire :

« Une telle situation ne me paraît pas admissible, même si l'on peut comprendre que, ainsi que le relève votre rapporteur, le texte contesté a pour finalité la protection des intérêts des créanciers en évitant une valeur de rachat sans rapport avec la valeur réelle. En effet, instiller dans le mécanisme le principe de la contradiction ne me paraît pas de nature à faire échec à cette finalité, tout au contraire, tant on peut redouter la 'toute puissance' d'un expert jouissant d'une totale latitude pour fixer le prix³⁹⁷ ».

279. Dans ces deux exemples, la garantie des droits préside à la qualification de sanction ayant le caractère de punition. Si l'élargissement du champ d'application des garanties liées au procès pénal ne doit pas être recherché à tout prix, la qualification demeure un levier d'action utile.

B. L'interprétation autonome de la notion de charge publique par les avocats généraux

280. La notion de charge publique ouvrant l'accès au droit à l'égalité devant celles-ci, cet enjeu est pris en compte par les avocats généraux lors de la qualification constitutionnelle des

³⁹⁵ Avis de l'avocate générale BATUT, cass. com. QPC n° 13-14.778 pour l'audience du 10 décembre 2013, n° 212. À propos de la privation du droit de vote d'un associé de toute assemblée des actionnaires suite à une déclaration irrégulière.

³⁹⁶ Avis de l'avocat général CARRE PIERRAT, cass. com. QPC n° 10-40.068 / 10-40.072 pour l'audience du 8 mars 2011, n° 248.

³⁹⁷ Avis de l'avocat général CARRE PIERRAT, cass. com. QPC n° 10-40.068 / 10-40.072 pour l'audience du 8 mars 2011, n° 248.

dispositions contestées. Appelé à qualifier une participation exigée des adhérents par une fédération de chasseurs de charge publique, d'imposition ou de simple cotisation au bénéfice de l'association, l'avocat général affirme sans détour la nécessité d'une interprétation finaliste. Constatant que la participation prévue par le texte contesté existait déjà en tant que taxe parafiscale dans l'article qu'il a remplacé, l'avocat général en conclut que le régime juridique doit s'aligner sur cette nouvelle dénomination :

« Si la notion de taxe parafiscale a disparu de notre droit fiscal en 2004, elle a été remplacée par celle d'imposition de toute nature³⁹⁸ qui devrait, semble-t-il, obéir aux mêmes exigences constitutionnelles. Il serait souhaitable, dès lors, que le Conseil constitutionnel soit, au vu de ces modifications, amené à réexaminer la qualification donnée à cette contribution qui, taxe parafiscale en 2000, n'était pas, selon la haute juridiction, une 'imposition', mais qui avec la suppression de la notion de parafiscalité en 2004, semble être redevenue une 'imposition de toute nature'³⁹⁸ ».

281. L'avocat général s'investit dans l'élaboration de la notion constitutionnelle d'imposition, souhaitant renvoyer la question au Conseil constitutionnel non dans le but de trancher le litige d'espèce mais pour lui permettre d'affiner sa jurisprudence :

« Mais au-delà de l'intérêt théorique de cette définition, les contributions et participations exigées par l'article [contesté] du code de l'environnement ne sont-elles pas, dans tous les cas, une 'contribution commune' effectuée 'pour les dépenses de l'administration' au sens de l'article 13 de la DDHC tel qu'interprété par la juridiction constitutionnelle ? L'ayant qualifiée de 'taxe parafiscale' dans sa décision du 20 juillet 2000 (décision 2000-434 DC), le Conseil constitutionnel en déduisait, dès lors, qu'elle relevait du pouvoir réglementaire. Si cette contribution ou participation était désormais qualifiée 'd'imposition de toute nature', elle entrerait dans le champ de l'article 34 de la Constitution et donc dans le domaine de la loi³⁹⁹ ».

282. Les effets juridiques recherchés par cette qualification sont énoncés clairement par l'avocat général. Cette interprétation finaliste, proche de celle ayant conduit à l'établissement

³⁹⁸ Avis de l'avocat général MAITRE, cass.civ.2, QPC n° 11-40.098 pour l'audience du 1 février 2012, n° 313.

³⁹⁹ *Ibidem*.

de notions autonomes par la Cour européenne des droits de l'homme, permet de retenir une définition renforçant l'effectivité du droit constitutionnel.

283. D'autres avocats généraux adoptent une démarche téléologique plus implicite dans la qualification constitutionnelle de charge publique. Dans une QPC relative à un mécanisme de contribution automatique et forfaitaire des entreprises de moins de mille salariés au financement de l'action de reclassement des licenciés pour motif économique, l'avocate générale énonce en tête de son raisonnement l'enjeu de l'applicabilité du principe d'égalité devant les charges publiques : « s'agit-il d'une charge publique ou d'une indemnité due au salarié en compensation de son licenciement⁴⁰⁰? », selon elle, il ne s'agit pas d'une indemnité de préavis mais d'une cotisation patronale d'assurance chômage forfaitaire. Sans l'expliquer, elle qualifie en réalité cette contribution de charge publique au sens constitutionnel, rendant applicable le principe d'égalité devant celles-ci.

284. Les avocats généraux contribuent à élaborer le sens des notions constitutionnelles par leurs avis QPC. Constitutionnellement impliqués dans la procédure de renvoi des questions, les avocats généraux explicitent le sens des notions constitutionnelles invoquées par les. Pour vérifier l'applicabilité des droits et libertés invocables, les avocats généraux qualifient constitutionnellement les dispositions critiquées, dessinant ainsi, par leur pratique, les contours de notions clef du contentieux constitutionnel. L'investissement des avocats généraux dans la matière constitutionnelle transparaît dans les développements des avis QPC, la jurisprudence et la doctrine constitutionnelle étant maîtrisées. Se distinguant du Conseil constitutionnel, certains avocats généraux préconisent parfois d'audacieuses interprétations des notions constitutionnelles pour en maximiser l'effet utile. Le Parquet général pourrait tirer profit de son positionnement institutionnel, à mi-chemin entre justice et doctrine, pour proposer des interprétations autonomes de certaines notions. Ces interprétations étant simplement suggérées par des magistrats officiant en qualité de conseils, elles n'empiètent pas sur l'office de Montpensier.

⁴⁰⁰ Avis de l'avocate générale BEAUPUIS, cass. civ. 2, QPC n° 14-40.012 pour l'audience du 29 avril 2014, n° 161.

Section 2. L'investissement des avocats généraux dans le raisonnement constitutionnel

285. Les avis QPC sont imprégnés par les techniques de contrôle développées par le Conseil constitutionnel, aussi appelées méthodes constitutionnelles⁴⁰¹. Les avocats généraux adoptent les habitudes et les usages de Montpensier, appliquant les formules développées jurisprudentiellement et se saisissant des réserves d'interprétations (§1). Les avis QPC révèlent également des apports originaux des avocats généraux aux méthodes constitutionnelles. Leur office de « conseillers » de la Cour de cassation les incite à développer substantiellement les étapes du contrôle de proportionnalité dont certains se saisissent pour développer des aspects du contrôle absents des décisions du Conseil (§2).

§1. L'utilisation par les avocats généraux du raisonnement constitutionnel

286. Il ressort des avis QPC que les avocats généraux utilisent les méthodes constitutionnelles. La pratique régulière du filtrage des questions familiarise les avocats généraux avec les modes de raisonnement de Montpensier qu'ils ont fini par adopter, tout comme leurs homologues du siège : « il est de nombreuses hypothèses où les juridictions suprêmes ont investi totalement le contrôle de constitutionnalité des dispositions législatives contestées. Elles ont alors décortiqué les textes de la même façon que l'aurait fait le Conseil constitutionnel ou utilisé les mêmes techniques que les juges de la rue de Montpensier⁴⁰² ».

287. Le plan des avis des avocats généraux reprend le plus souvent la structure du raisonnement constitutionnel : « Il y a donc lieu d'examiner si l'atteinte ainsi apportée est commandée par des exigences d'intérêt général (1) et si elle est proportionnée au sens large du terme aux objectifs poursuivis (2⁴⁰³) » ; « Les principes dégagés en la matière par le Conseil

⁴⁰¹ Sur la notion de « méthode » du juge : Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, Paris : LGDJ-Lextenso, 2014, p. 35 et s. ; p.71 et s. Appliqué au Conseil constitutionnel : V. GOESEL-LE BIHAN, *Contentieux constitutionnel*, Paris : Ellipses, 2010, p. 145 et s.

⁴⁰² G. TOULEMONDE, I. THUMEREL, D. GALATI, « Les juridictions suprêmes renforcées dans leur office de cour suprême », in : *La QPC, le procès et ses juges. L'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, Paris : Dalloz, 2013, p. 287.

⁴⁰³ Avis de l'avocate générale PENICHON, cass. com., QPC n° 12-24.878 pour l'audience du 12 mars 2013, n°373.

(A) constituent un guide pour l'appréciation de la disposition critiquée (B⁴⁰⁴) » ; « on doit se demander en quoi la différence de traitement fondée sur cette différence de situation est en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit⁴⁰⁵ ». La structure des avis se rapproche de celle des décisions du Conseil constitutionnel, contrairement aux décisions de filtrage au sein desquelles le sérieux de la question n'est pas aussi détaillé.

288. Les formulations propres au contentieux constitutionnel sont employées par les avocats généraux, sans guillemets ni référence, témoignant de leur intériorisation : « L'atteinte portée aux conditions d'exercice du droit de propriété est-elle justifiée par un motif d'intérêt général ? Apparaît-elle proportionnée à l'objectif poursuivi⁴⁰⁶ ? » ; « Le motif du licenciement, la taille des entreprises, sont-ils des critères objectifs en rapport avec l'objet de la loi⁴⁰⁷ ? » Ou encore « Toute la question est de savoir si cette restriction au droit d'accès au juge est justifiée par des considérations particulières et si elle est proportionnée⁴⁰⁸ », « la restriction apportée au droit de propriété par l'article 918 du code civil n'a pas un caractère de gravité qui dénature le sens et la portée de ce droit⁴⁰⁹ ».

289. Maniant les méthodes constitutionnelles avec familiarité, certains avocats généraux en adoptent les réflexes, suggérant la transposition de solutions dégagées par le Conseil constitutionnel à des cas similaires. À titre d'exemple, à propos d'une QPC portant sur une disposition prévoyant l'impossibilité pour le mis en cause d'être confronté au témoin anonyme l'incriminant avant le procès, l'avocat général suggère l'application d'une décision portant sur un domaine voisin :

« Il est inévitable d'opérer un parallèle avec la décision du Conseil constitutionnel relative à la géolocalisation : la loi prévoit que, pour des raisons tenant à la sécurité de la personne chargée de poser un dispositif de géolocalisation (qui n'est pas nécessairement un policier mais peut-être un indicateur), il est possible, avec l'autorisation du juge des libertés et de la détention, de garder secrets les éléments

⁴⁰⁴ Avis de l'avocate générale PENICHON, cass. com. QPC n°14-40.011, pour l'audience du 1 avril 2014, n° 245.

⁴⁰⁵ Avis de l'avocat général MOLLARD, cass. com., QPC n°13-40.035 pour l'audience du 9 juillet 2013, n° 265.

⁴⁰⁶ Avis de l'avocat général SARCELET, cass. civ.1, QPC n° 13-16.511, 2012, n° 412.

⁴⁰⁷ Avis de l'avocate générale BEAUPUIS, cass. civ.2, QPC n° 14-40.012 pour l'audience du 29 avril 2014, n° 161.

⁴⁰⁸ Avis de l'avocat général DESPORTES, cass. crim. QPC n°13-90.020 pour l'audience du 21 août 2013, n°431.

⁴⁰⁹ Avis de l'avocat général SARCELET, cass. civ.1, QPC n° 13-16.511, 2012, n° 412.

permettant de préciser les conditions de la pose du dispositif. Le Conseil constitutionnel a toutefois invalidé la disposition du projet de loi selon laquelle une condamnation ne pouvait être prononcée sur le seul fondement du dispositif installé dans ces conditions, signifiant ainsi que n'était pas conforme une disposition permettant de recueillir des informations de manière anonyme et appelées à le rester, même conjuguées avec d'autres éléments. [Cette décision] interdit de regarder la question comme dépourvue de sérieux⁴¹⁰ ».

290. L'avocat général semble appliquer la solution retenue par le Conseil constitutionnel en matière de géolocalisation à la question de la protection du témoin anonyme. Suivant la même logique, certains avocats généraux préconisent l'application d'une réserve d'interprétation dégagée par le Conseil constitutionnel à un cas semblable :

« Malgré les garanties proposées par l'article 13-17, le Conseil constitutionnel a émis une réserve d'interprétation : 'que toutefois, les dispositions contestées ne sauraient, sans porter atteinte aux exigences de l'article 17 de la Déclaration de 1789, avoir pour effet de priver l'intéressé de faire la preuve que l'estimation de l'administration ne prend pas correctement en compte l'évolution du marché de l'immobilier ; que, sous cette réserve, elles ne portent pas atteinte'. La réserve du Conseil constitutionnel relative à l'article 13-17 ne pourrait-elle pas être envisagée ici pour les dispositions de l'article 13-16 alinéa 1 contraignant le juge à prendre pour base, selon certaines conditions, les accords amiables ? Est-il possible, en effet, d'affirmer que les conditions déjà posées (en nombre de propriétaires et en étendues de surfaces), commandant strictement l'application du texte et formant autant de garanties pour l'exproprié, pèchent par leur insuffisance ? Convierait-il, ici aussi, de prévoir une réserve d'interprétation de manière à s'assurer que le texte légal n'aboutisse pas à 'priver l'intéressé de faire la preuve que l'estimation - ici les accords amiables - ne prennent pas correctement en compte l'évolution du marché de l'immobilier⁴¹¹' ? ».

⁴¹⁰ Avis de l'avocat général BOCCON-GIBOD, chambre criminelle, QPC n°14-84.333 pour l'audience du 18 mars 2015, n°169.

⁴¹¹ Avis de l'avocat général BAILLY, cass. civ.3, QPC n° 14-40.044 pour l'audience du 16 décembre 2014, n° 419.

291. Franchissant encore une étape dans l'appropriation de la technique constitutionnelle des réserves d'interprétation, certains avocats généraux préconisent d'émettre une réserve directement au stade du filtre. Par exemple, dans une QPC par laquelle les requérants contestaient une interprétation hypothétique de la loi qui leur serait défavorable, l'avocat général considère que : « une telle interprétation serait contraire à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 consacrant le principe de nécessité des peines et celui qui en découle de la rétroactivité *in mitius* », et propose de s'en prémunir sans renvoyer la question au Conseil constitutionnel :

« Cette difficulté peut, à mon sens, être réglée par la Cour de cassation et ce d'autant qu'il s'agit nécessairement d'un contentieux en voie d'extinction. Je suis donc au lieu à renvoi sur la base d'une réserve d'interprétation selon laquelle il serait énoncé que l'expression 'condamnation prononcée antérieurement à l'entrée en vigueur de la présente loi' doit s'entendre comme 'condamnation devenue définitive antérieurement à l'entrée en vigueur de la présente loi'⁴¹² ».

292. Si la question de la légitimité du juge du filtre à réaliser une réserve d'interprétation peut se poser, la proposition de l'avocat général illustre sa maîtrise des techniques constitutionnelles. Cette familiarité a naturellement conduit les avocats généraux à enrichir les méthodes constitutionnelles de leurs propres interprétations.

§2. La contribution des avocats généraux au raisonnement constitutionnel

293. En tant que conseils de la Cour de cassation, les avocats généraux doivent détailler leur raisonnement pour persuader la formation de jugement du bien-fondé de la solution qu'ils préconisent. Ce faisant, ils révèlent des étapes du raisonnement constitutionnel absentes des décisions des neuf Sages, dont la rédaction est contrainte par des impératifs juridictionnels plus stricts qu'un simple document préparatoire (§1). Au-delà des apports liés au format de l'avis, certains avocats généraux contribuent à élaborer les méthodes constitutionnelles en apportant leur vision du contrôle de proportionnalité. Ces interprétations isolées soulignent un potentiel qui pourrait être investi collectivement par le Parquet général (§2).

⁴¹² Avis de l'avocat général LACAN, cass. crim., QPC n°14-86.372 pour l'audience du 25 mars 2015, n°559.

I. L'avis de l'avocat général révélateur du raisonnement constitutionnel

294. Le contrôle de constitutionnalité est un contrôle de la justification des atteintes portées aux droits et libertés garantis par la Constitution. L'atteinte est susceptible d'être justifiée par sa proportionnalité à un motif d'intérêt général ou par sa juste conciliation à un autre droit constitutionnel. Dans les deux cas, il s'agit pour les Sages de déterminer une juste mesure, une pondération.

295. La technique de la proportionnalité est inhérente au contrôle du respect des droits fondamentaux. De nombreux auteurs l'ont souligné comme Petr Muzny à propos de la Cour européenne des droits de l'homme : « la proportionnalité est consubstantielle aux droits fondamentaux, car à leur instar sa mise en œuvre nécessite une opposition de variables en vue de régir leur conciliation⁴¹³ ». Les droits et libertés constitutionnels ne sont pas des règles directement applicables au litige mais des principes vers lesquels il n'est possible que de tendre, ils doivent être adaptés pour trouver un équilibre entre des impératifs antagonistes.

296. Le contrôle de proportionnalité est généralement défini comme le contrôle de l'existence d'un rapport de mesure entre les parties d'un tout⁴¹⁴. La jurisprudence constitutionnelle allemande - la plus aboutie en la matière - distingue différentes phases du contrôle de proportionnalité : le contrôle du but d'intérêt général poursuivi par la mesure ; le contrôle de l'adéquation de la mesure à l'objectif poursuivi par le législateur ; le contrôle de la nécessité de la mesure (celle-ci ne devant pas excéder ce qu'exige la réalisation du but poursuivi) ; et le contrôle de la proportionnalité *stricto sensu*, visant à s'assurer que la mesure ne soit pas, par les charges qu'elle crée, sans commune mesure avec le résultat recherché⁴¹⁵.

297. Cette recherche d'équilibre est au cœur du raisonnement constitutionnel. Pourtant, le Conseil constitutionnel explicite peu la façon dont il effectue la mise en balance, contrairement

⁴¹³ P. MUZNY, *la technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme - Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, Aix-en Provence : PUAM, 2005, Tome 1, p. 90.

⁴¹⁴ V. GOESEL-LE BIHAN, *Contentieux constitutionnel*, Paris, France : Ellipses, 2010, p. 163.

⁴¹⁵ V. GOESEL LE-BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : figures récentes », *RFDC*, 2007/2, n°70, p. 269.

aux juges européens. La façon dont le Conseil constitutionnel réalise le contrôle de proportionnalité demeure floue, les commentateurs identifiant différentes « figures » de contrôle qui se complexifient au fil du temps⁴¹⁶. Les différentes étapes du contrôle de proportionnalité allemand ne sont pas systématiquement étudiées au Palais de Montpensier.

298. Les avocats généraux se distinguent sur ce plan du Conseil constitutionnel, prodiguant dans leurs avis QPC une motivation très détaillée, utile à la compréhension du raisonnement constitutionnel. En qualité de document préparatoire, l'avis se doit d'explicitier le raisonnement juridique conduisant à la solution préconisée, par souci de persuasion. En l'absence de finalité décisive de l'avis, la motivation devient son essence. Dès lors, les avis QPC révèlent le détail du raisonnement constitutionnel tenu par les magistrats du filtre, les difficultés rencontrées ainsi que les outils employés pour y répondre sont explicités. Les développements dédiés au contrôle de proportionnalité font également apparaître des apports des avocats généraux à la méthode constitutionnelle.

II. L'apport des avocats généraux au raisonnement constitutionnel

299. Parmi les avis QPC étudiés, certains se distinguent par leur apport au raisonnement constitutionnel. Non contraints à la concision, les avocats généraux détaillent la façon dont ils contrôlent le but poursuivi par le législateur, l'adéquation, la nécessité et la proportionnalité de la mesure contestée à celui-ci. Par le détail de leur raisonnement il arrive que les avocats généraux sortent de l'ambiguïté parfois cultivée par le Conseil constitutionnel sur son mode de contrôle. Ces apports, aujourd'hui réalisés individuellement par certains avocats généraux au gré des questions traitées, pourraient être pensés collectivement pour accroître la visibilité du Parquet général. Celui-ci pourrait initier une réflexion collective autour du motif d'intérêt général exigé pour justifier une atteinte aux droits et libertés constitutionnels (A), mais aussi sur l'apport d'une étape souvent absente du contrôle de Montpensier : le contrôle de l'adéquation et de la nécessité de la mesure à cet objectif (B). Enfin, le Parquet général pourrait

⁴¹⁶ V. GOESEL LE-BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : figures récentes », *art. cit.* Valérie Goesel Le Bihan distingue plusieurs figures du contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, du simple couple motif de droit / degré du contrôle de proportionnalité aux figures croisées pour lesquelles « un découpage s'effectue entre le motif exigé et le degré du contrôle exercé, le motif nécessaire étant choisi dans l'une des figures classiques et le degré de contrôle de proportionnalité exercé dans l'autre ».

contribuer à élaborer un standard constitutionnel de pondération et une répartition claire entre contrôle restreint et entier de proportionnalité (C).

A. Le contrôle de la légitimité du but poursuivi

300. La première étape du raisonnement constitutionnel réside dans la mise en lumière de l'objectif d'intérêt général poursuivi par le législateur. Les avocats généraux font régulièrement figurer dans leurs avis les débats parlementaires mettant en lumière les raisons de l'adoption du texte⁴¹⁷.

301. Les contours de la notion d'intérêt général sont difficiles à appréhender du fait de la prolifération de notions proches⁴¹⁸. Son sens varie en fonction du contentieux au sein duquel elle est appliquée ; droit national, droit de l'Union européenne ou droit européen des droits de l'homme⁴¹⁹.

302. Étalon du caractère proportionné des atteintes aux droits et libertés constitutionnellement garantis, la notion d'intérêt général ne figure pourtant pas dans le texte constitutionnel. Le sens de cette notion clef du raisonnement constitutionnel est donc entièrement jurisprudentiel mais le Conseil constitutionnel n'en précise pas les contours. Si le Conseil constitutionnel vérifie systématiquement l'existence d'un motif d'intérêt général justifiant la mesure contestée, il n'en apprécie pas toujours la légitimité. Cette timidité s'explique par la déférence du Conseil à l'égard du législateur. Ne souhaitant pas empiéter sur son office, les Sages semblent exclure de leur contrôle les raisons politiques des dispositions législatives portées devant eux. Dès lors, le Conseil constitutionnel semble le plus souvent déduire l'intérêt général de l'existence d'un objectif poursuivi par le législateur.

303. Ce cloisonnement du juridique et du politique peut néanmoins être interrogé. La notion même d'intérêt général relève d'une valeur sociale ou juridique, le caractère politique de

⁴¹⁷ A titre d'exemple : dans l'avis de l'avocate générale PENICHON, cass. com. QPC n°12-40.086 pour l'audience du 8 janvier 2013, n°528 ; l'intérêt général est développé sur deux pages.

⁴¹⁸ Intérêt collectif, intérêt commun, intérêt de tous, intérêt national, bien commun, utilité publique, ordre public

⁴¹⁹ D. SIMON, « L'intérêt général national vu par les droits européens », *Communication à la deuxième journée d'étude annuelle du CRDC, L'intérêt général, norme constitutionnelle, Conseil constitutionnel, 6 octobre 2006*. Disponible en ligne, www.conseil-constitutionnel.fr/bilan/annexes/20061006/interventions.html.

l'objectif poursuivi par le législateur ne peut donc être complètement exclu du contrôle du juge. Partant, le Conseil constitutionnel réalise parfois un contrôle de la légitimité de l'objectif poursuivi par le législateur⁴²⁰, exigeant ponctuellement que le motif d'intérêt général soit *suffisant*. À propos d'un dispositif fiscal destiné à faire des économies pour le budget de l'État, le Conseil constitutionnel considère que « la complexité nouvelle imposée aux contribuables ne trouve sa contrepartie dans aucun motif d'intérêt général véritable⁴²¹ ». Cette exigence supérieure de légitimité de l'objectif poursuivi existe également dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les lois de validation comprenant cinq conditions dont « la poursuite d'un but d'intérêt général suffisant⁴²² ».

304. À l'image de l'absolue liberté dont ils disposent dans l'exercice de leurs fonctions, les avocats généraux interprètent la notion d'intérêt général de façon hétérogène. À l'instar du Conseil constitutionnel, la plupart des avocats généraux refusent de se substituer au législateur dans l'appréciation du motif d'intérêt général :

« Le législateur a décidé qu'il était d'intérêt général d'assurer le traitement des copropriétés en difficulté dans l'objectif d'assurer à chacun un logement digne et salubre, de protéger les propriétaires en préservant leur patrimoine et d'éviter les troubles à l'ordre public nés d'une situation dégradée. [...] Le Conseil constitutionnel laisse au Parlement la liberté de définir ce qui relève de l'intérêt général⁴²³ ».

305. Si l'inverse est rare, certains avocats généraux apprécient parfois le motif d'intérêt général poursuivi par le législateur, qualifiant, par exemple, un motif d'intérêt général purement financier d'insuffisant⁴²⁴. En matière de lois de validations, l'avis d'un avocat général dépasse le standard fixé par le Conseil constitutionnel. Rappelant que la Cour européenne des droits de l'homme conditionne l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice à l'existence d'impérieux motifs d'intérêt général⁴²⁵, l'avocat général conclut :

⁴²⁰ G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris : LGDJ, 2004, p. 247.

⁴²¹ Cons. Const. 2005-530 DC du 29 décembre 2005.

⁴²² Cons. Const., 2013-366 QPC, 14 février 2014.

⁴²³ Conclusions de l'avocate générale Michèle SALVAT sous cass. civ.3, 5 octobre 2016, n°16-40.229, in : *Les grandes conclusions du Parquet général de la Cour de cassation, op. cit.*, 2017, p. 48.

⁴²⁴ Avis de l'avocat général LAUTRU, cass. civ.2, QPC n° 13-40.002 pour l'audience du 20 mars 2013, n°647.

⁴²⁵ CEDH, 28 octobre 1999, Zienlinski.

« Ainsi, l'exigence européenne impose l'existence d'impérieux motifs d'intérêt général lorsque la loi touche à l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire du litige et non pas seulement d'un but d'intérêt général suffisant. C'est ici le cas puisque l'effet recherché par l'article 6II est de neutraliser les demandes de remboursement contentieuses en cours introduites avant le 18 juin 2011⁴²⁶ [...]. Au regard de cette exigence, l'article 6II de la loi du 20 décembre 2011 peut-il être justifié par d'impérieux motifs d'intérêt général ? Hormis l'argument relatif à la politique culturelle qui relève à l'évidence de l'intérêt général, les autres objectifs de la loi assurent en réalité la protection d'intérêts privés. Peut-on alors considérer dans ces conditions que la neutralisation d'actions judiciaires en cours satisfait l'exigence d'impérieux motifs d'intérêt général ? Il appartiendra au Conseil constitutionnel de le dire ».

306. La construction jurisprudentielle du Conseil constitutionnel en matière de lois de validations s'est inspirée de la Cour européenne des droits de l'homme, précisément de l'arrêt Zielinski. Par cet avis, l'avocat général accentue l'inspiration européenne de la jurisprudence constitutionnelle en interprétant la notion constitutionnelle d'intérêt général au regard de la définition qu'en retient la Cour de Strasbourg.

307. Le degré d'appréciation du but d'intérêt général poursuivi par le législateur est à la fois essentiel et délicat à déterminer. Un contrôle trop précis déséquilibrerait les relations entre Conseil constitutionnel et Parlement au détriment du second quand un contrôle trop large nuirait à l'effet utile de la QPC. Le Conseil constitutionnel semble avoir adopté une approche au cas par cas, laissant la doctrine interrogative sur la cohérence globale de sa démarche⁴²⁷.

308. À l'instar de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, l'interprétation de la notion d'intérêt général est hétérogène. Le Parquet général pourrait initier une réflexion collective autour de cet enjeu, suggérer une règle générale en matière d'appréciation de la légitimité de l'objectif par le législateur et justifier les raisons conduisant à s'en éloigner lorsque les faits d'espèce l'imposent. Ces justifications enrichiraient le débat constitutionnel et augmenteraient la visibilité du Parquet général. Les avocats généraux relaièrent la doctrine constitutionnelle

⁴²⁶ Avis de l'avocat général PAGES, cass. civ. 1, QPC n°12-40.067 pour l'audience du 16 octobre 2012, n. 645.

⁴²⁷ G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit. p. 132.

du Parquet général dans leurs avis, ce qui n'exclut pas la possibilité pour un avocat général de s'en départir.

B. Le contrôle de l'adéquation et de la nécessité de la mesure litigieuse

309. Le contrôle de l'adéquation et de la nécessité ne sont pas réalisés systématiquement par le Conseil constitutionnel. Le contrôle de l'adéquation entre la mesure prise et l'objectif poursuivi est le plus souvent restreint, les Sages ne sanctionnant qu'une disproportion manifeste de la première au second⁴²⁸. Les contours de la notion constitutionnelle d'adéquation demeurent flous pour la doctrine qui souligne une équivoque sur sa signification ; parfois employée en direction de l'exigence constitutionnelle mise en œuvre, les garanties légales devant être aptes à les protéger, la notion d'adéquation s'applique parfois à l'exigence antagoniste éventuellement poursuivie, les règles plus restrictives éventuellement introduites par le législateur devant être aptes à les réaliser⁴²⁹.

310. Les contours constitutionnels de la notion de nécessité sont plus clairs. Le Conseil constitutionnel pratique un contrôle de la nécessité restreinte, limité à la vérification de la proportionnalité du champ d'application temporel et matériel de la mesure à l'objectif poursuivi, à l'exclusion de la recherche d'une mesure alternative moins restrictive du droit en cause. La nature de la mesure adoptée n'est pas contrôlée par le juge si tant est que la mesure permette *a priori* de réaliser l'objectif poursuivi.

311. À l'instar du Conseil constitutionnel, de nombreux avocats généraux n'apprécient pas l'adéquation et la nécessité de la mesure : « En ce qui concerne les moyens mis en œuvre par le législateur, le Conseil juge qu'il ne lui revient pas de rechercher si l'objectif que s'est assigné le législateur aurait pu être atteint par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif poursuivi (Cons. Cons. Dec. n° 2003-468 DC⁴³⁰) ». La question de la nécessité est laissée à l'appréciation souveraine du législateur : « Dès lors que le partage est l'objectif poursuivi, il faut admettre que les limites apportées à

⁴²⁸ V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : figures récentes », *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 2007, n° 70, Vol 2, p. 269.

⁴²⁹ *Ibid.*

⁴³⁰ Avis de l'avocate générale Michèle SALVAT sous cass. civ. 3, 5 octobre 2016, n°16-40.229 in : *Les grandes conclusions du Parquet général de la Cour de cassation*, *op. cit.*, p. 48.

l'exercice du droit de propriété sur la part indivise du bien sont proportionnées à cet objectif, s'il s'agit de favoriser la réalisation de ce partage⁴³¹ ».

312. À l'inverse, certains avocats généraux réalisent un contrôle poussé de l'adéquation et de la nécessité de la mesure, critères employés par la Cour constitutionnelle allemande. Après s'être appesantie sur l'adéquation de la mesure aux objectifs poursuivis⁴³², l'avocate générale Penichon s'interroge sur l'existence de mesures moins attentatoires à la liberté d'entreprendre - le contrôle de la nécessité - avant d'évaluer la proportionnalité *stricto sensu* de la mesure à l'objectif. Adéquation, nécessité, proportionnalité, le raisonnement de l'avocate générale est bien plus détaillé que ne l'exige le Conseil constitutionnel⁴³³. Le détail du raisonnement constitutionnel de l'avocate générale enrichit le débat et assoit la légitimité de la solution préconisée.

C. Le contrôle de proportionnalité *stricto sensu*

313. Les formules employées par le Conseil constitutionnel lors de l'étude de la proportionnalité de la mesure à l'objectif d'intérêt général semblent impliquer alternativement un contrôle restreint ou renforcé de l'appréciation du législateur sans qu'aucune clef de lecture ne se dégage de la jurisprudence de Montpensier⁴³⁴. Au sein de la jurisprudence du Conseil constitutionnel se côtoient des formulations variées, véritable « flou artistique⁴³⁵ » laissant la doctrine interrogative sur le type de contrôle exercé, pouvant être qualifié de « variable⁴³⁶ » : « Pendant longtemps, c'est l'importance du droit ou de la liberté mis en cause qui fournissait la clef de la jurisprudence. Toutefois, ces dernières années, sont apparus de nouveaux critères ; celui de la gravité de l'atteinte portée à la liberté et celui de la valeur constitutionnelle ou non constitutionnelle de l'objectif poursuivi⁴³⁷ ». Constatant une dissociation entre le niveau de contrôle exercé par le Conseil constitutionnel et le motif d'intérêt général exigé par lui, Valérie

⁴³¹ Avis de l'avocat général SARCELET, cass. civ. 1, QPC n° pour l'audience du 27 décembre 2014, n° 159.

⁴³² C'est à dire le lien causal entre la mesure prise et le ou les objectifs poursuivis.

⁴³³ Avis de l'avocate générale PENICHON, cass. com. QPC n°12-40.086 pour l'audience du 8 janvier 2013, n°528.

⁴³⁴ La disproportion manifeste semble requise en matière pénale, alors que d'autres libertés n'y semblent pas soumises, E. DUBOUT, « Quelle efficacité structurelle du procès constitutionnel ? », in : *La QPC, le procès et ses juges, l'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, Paris : Dalloz, 2013., p. 228.

⁴³⁵ E. DUBOUT, « Quelle efficacité structurelle du procès constitutionnel ? », *art. cit.*, p. 227.

⁴³⁶ V. GOESEL-LE BIHAN, *Contentieux constitutionnel*, Paris, France : Ellipses, 2010, p. 219.

⁴³⁷ *Ibid.*, p. 220.

Goesel Le-Bihan dresse un tableau de ces « nouvelles figures » de contrôle, intermédiaires ou croisées⁴³⁸, sans parvenir à en cerner la cohérence.

314. Certains avis QPC se distinguent par le détail du contrôle de proportionnalité, réduisant d'autant la marge d'appréciation traditionnellement attribuée par le Conseil constitutionnel ; Il arrive que l'avocat général apprécie la pondération réalisée par le législateur au point de proposer une solution plus pertinente :

« L'atteinte ainsi apportée aux libertés apparaît justifiée par des exigences d'intérêt général mais est-elle proportionnée à l'objectif poursuivi et conciliable avec les libertés d'expression et de développement personnel ?

« La mise en balance de ces impératifs d'intérêt général avec les libertés considérées peut s'établir comme suit : Qu'oppose-t-on aux libertés considérées ? [...] On constate que l'atteinte portée aux droits de l'artiste est en rapport avec l'objectif poursuivi par la loi et proportionnée à ce dernier : la cessation d'activité s'impose avec force même si la liberté de choix du travail est malmenée, point sur lequel nous reviendrons ultérieurement avec l'examen des garanties.

« Par ailleurs, la procédure a été entourée de diverses garanties permettant la conciliation des libertés avec les exigences de l'intérêt général et la proportionnalité de l'atteinte avec les impératifs d'une économie saine. En revanche, la discussion demeure ouverte sur les garanties en ce qu'elles sont susceptibles d'atténuer le caractère brutal de cette mesure selon qu'elle s'applique à une profession ou à une autre. L'appréciation portée par le tribunal vient tard dans le processus : la mesure est d'abord automatique, ce n'est que par la suite qu'il pourra y être dérogé pour une durée totale de six mois, dans l'intérêt public et des créanciers. Peut-être conviendrait-il d'inverser le processus en prévoyant que le tribunal apprécie *ab initio*, au regard notamment de l'intérêt de la personne, si l'arrêt d'activité doit être prononcé pour que le principe de proportionnalité soit mieux respecté. Ceci permettrait d'adapter la mesure, son contenu et sa durée à la diversité des professions en cause. Il y aurait ainsi une meilleure conciliation de

⁴³⁸ V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : figures récentes », *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 2007, n° 70, Vol 2, p. 269.

l'atteinte avec les libertés individuelles tout en respectant les impératifs d'intérêt général⁴³⁹ ».

315. Certains avocats généraux appliquent la même rigueur en matière de conciliation entre deux principes constitutionnels, à l'instar de cet avis QPC portant sur un article du code de l'action sociale et des familles faisant courir un délai de trente jours contre l'arrêt d'admission en qualité de pupille de l'État sans prévoir la publicité de cet arrêté :

« En cet état, si la nécessaire conciliation entre le principe du droit à un recours effectif et l'intérêt supérieur de l'enfant invite à exclure une publicité de la décision susceptible de recours, par voie d'affichage ou de publication, l'absence de notification de cette décision, au cercle limité de la famille de l'enfant et des personnes qui en assuraient la garde précédemment à son recueil par le service de l'aide sociale à l'enfance, peut être de nature à porter une atteinte substantielle au droit de ces personnes à un recours juridictionnel effectif⁴⁴⁰ ».

316. Dans ces avis, les avocats généraux effectuent un contrôle de la proportionnalité plus détaillé que ne le préconise Montpensier. Cet investissement enrichit les méthodes constitutionnelles en clarifiant le type de contrôle réalisé. Le contrôle restreint a toujours sa place en matière de QPC mais, face à l'imprécision du type de contrôle exercé par le Conseil constitutionnel, le Parquet général de la Cour de cassation pourrait contribuer à l'élaboration de standards constitutionnels de pondération en proposant des clefs de lecture claires de la répartition entre contrôle restreint et entier.

⁴³⁹ Avis de l'avocate générale PENICHON, cass. com., QPC n° 12-24.878 pour l'audience du 12 mars 2013, n°373.

⁴⁴⁰ Avis de l'avocat général SARCELET, cass. civ.1, QPC n° 11-27.071, 2010, n° 66.

317. La conciliation et la pondération des intérêts antagonistes est au cœur de la méthode constitutionnelle. Les méthodes employées par le Conseil constitutionnel demeurent floues et bénéficieraient d'une définition constitutionnelle de la notion d'intérêt général et de la définition de standards en matière de pondération. En qualité de « conseillers », les avocats généraux pourraient suggérer une doctrine constitutionnelle du contrôle de proportionnalité, contribuant ainsi à asseoir la légitimité du contentieux constitutionnel et la visibilité de leur institution.

CONCLUSION

318. Les avocats généraux enrichissent par leurs avis QPC les notions et méthodes du contentieux constitutionnel. Pour convaincre la Cour de cassation, les avocats généraux se doivent de justifier la solution qu'ils préconisent par un raisonnement explicite et détaillé. Dès lors, de longs développements sont dédiés aux contours des notions constitutionnelles employées et au raisonnement permettant d'apprécier le sérieux de la question. Ces explications révèlent leur maîtrise de la matière constitutionnelle. En précisant les contours des notions constitutionnelles nécessaires à l'appréciation de la question, les avocats généraux réalisent des exposés académiques dignes d'enseignants en droit constitutionnel. S'éloignant parfois de l'interprétation de Montpensier, certains avocats généraux suggèrent des évolutions jurisprudentielles dont l'objectif affirmé est de garantir le plein effet des droits et libertés constitutionnels. De plus, certains d'entre eux contribuent à la définition des notions conditionnant l'accès aux droits et libertés, faisant preuve de volontarisme dans la qualification constitutionnelle des mesures contestées.

319. La longueur des avis QPC révèle également des détails du raisonnement constitutionnel invisibles à la lecture des décisions des Sages. La rédaction des décisions du Conseil constitutionnel, enserrée dans des exigences de concision liées à leur autorité, laisse planer des ambiguïtés sur les modalités du contrôle exercé. Contrairement aux Sages, la fonction de conseil des avocats généraux les incite à détailler leur appréciation du sérieux de la question posée pour convaincre la formation de jugement du bien-fondé de la solution préconisée. Ces développements et précisions enrichissent les méthodes constitutionnelles. Le caractère concentré du contrôle de constitutionnalité entrave les juges du filtre dans leurs propositions d'interprétations autonomes des notions et méthodes constitutionnelles, contrairement aux avocats généraux dont la singularité de la position au sein du contentieux le permet. Leurs interprétations constitutionnelles autonomes sont auréolées de leur légitimité d'acteurs de la procédure, quand l'absence d'autorité attachée à leurs avis les protège des critiques.

320. Aujourd'hui préconisés à titre individuel par des avocats généraux investis dans le contentieux constitutionnel, ces apports pourraient être pensés collectivement par le Parquet

général. Le caractère collectif de la réflexion n'exclurait pas l'expression d'une opinion séparée par un avocat général ne partageant pas l'opinion majoritaire mais l'existence d'une opinion officielle, véritable doctrine constitutionnelle du Parquet général, accroîtrait la visibilité de l'institution.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

321. Les avis QPC rendent compte du bouleversement qu'a engendré la QPC dans l'office de l'avocat général. En effet, la procédure constitutionnelle a entraîné l'émergence d'un office constitutionnel et contribué à renouveler les modalités traditionnelles de son intervention.

322. Les avocats généraux rendent un avis sur l'opportunité du renvoi de la question au Conseil constitutionnel. Pour ce faire, ils doivent argumenter leur position afin de convaincre la formation de jugement. Dans l'exercice de cette fonction, les avocats généraux ont développé une facture qui leur est propre. Elle se caractérise par une liberté de ton, un style réquisitorial et une prééminence de l'argumentaire sur la présentation exhaustive de l'affaire. Combiné au caractère légitimant du contentieux de la QPC, le style réquisitorial des avis peut contribuer à façonner une image de défenseur des droits. Le détail du raisonnement présenté dans l'avis laisse apparaître la réalité de l'argumentation juridique à l'œuvre dans le filtrage des questions, notamment le poids de l'autorité de la chose filtrée par la Cour de cassation. Ces précédents pourraient être employés par le Parquet général dans une perspective institutionnelle. En effet, l'usage du précédent de filtrage est susceptible d'accroître leur visibilité.

323. De plus, les avis QPC regorgent de parenthèses doctrinales par lesquelles les avocats généraux s'éloignent du syllogisme pour présenter le contexte et les enjeux de la question posée. Cette similarité entre l'avis et la doctrine est amplifiée par la QPC. En effet, le contentieux constitutionnel conduit les avocats généraux à apprécier la pertinence d'une disposition ou de la jurisprudence qui s'y attache. Dès lors, la QPC contribue à renforcer l'image d'indépendance des avocats généraux par analogie avec les universitaires.

324. Enfin, avec la QPC les avocats généraux sont devenus des conseillers constitutionnels et cette nouvelle compétence renouvelle leur office. En qualité de « conseil » en QPC, les avocats généraux sont appelés à pratiquer les notions constitutionnelles. Parmi les avis QPC étudiés, certains se démarquent par leur apport à l'interprétation constitutionnelle. Ces apports sont facilités par la position institutionnelle des avocats généraux, propice aux suggestions d'évolution jurisprudentielle. En qualité d'acteurs du filtre, ils disposent d'une légitimité juridictionnelle à interpréter les notions qu'ils doivent appliquer. Ne jugeant pas, ils bénéficient

d'une grande liberté pour le faire et ce, en toute indépendance, dans la mesure où ils n'exercent pas l'action publique.

325. En tant qu'institution, le Parquet général pourrait bénéficier d'un investissement dans l'interprétation constitutionnelle. Tout d'abord, en proposant une doctrine constitutionnelle, le Parquet général soulignerait ses traits communs avec la doctrine et se distinguerait des autres institutions. En effet, L'autonomie des interprétations proposées met en exergue l'indépendance de l'institution à l'égard du Gouvernement, du siège de la Cour de cassation et du Palais de Montpensier. La remise en cause de la loi distingue le Parquet général du gouvernement, l'appréciation indépendante de la jurisprudence le différencie du siège et l'autonomie des interprétations suggérées l'autonomise du Conseil constitutionnel.

326. De plus, dans la mesure où de nombreuses interprétations constitutionnelles des avocats généraux visent à maximiser l'effet utile de la QPC, l'élaboration d'une doctrine constitutionnelle du Parquet général contribuerait à redéfinir son image autour d'une figure légitimante de garant des droits.

327. Cette opportunité est propre à la QPC, procédure attribuant aux juridictions en charge de la sélection des affaires à porter devant lui une autonomie bien plus importante que les contentieux européens. Dès lors, la QPC peut devenir une vitrine de l'office renouvelé du Parquet général.

DEUXIEME PARTIE.
LE ROLE DE L'AVOCAT GENERAL
RENOUVELE PAR LA QPC

328. L'office se définit comme la conjonction entre l'exercice concret des attributions afférentes à une fonction et le but de l'institution. Or, la finalité d'une institution est intimement liée à son utilité sociale, c'est par son utilité qu'une institution se définit et trouve sa légitimité. Aussi, c'est au regard de l'utilité du Parquet général pour les institutions qui l'entourent que se construit son office. L'utilité de l'avocat général est tributaire de son influence dans le paysage institutionnel et cette influence est modifiée par la QPC. Originellement conçu comme un élément du processus décisionnel de la Cour de cassation, l'avocat général a souffert de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme remettant en cause l'usage séculaire de travail conjoint entre siège et parquet au quai de l'Horloge. Dans ce contexte mouvementé, les spécificités procédurales de la QPC modifient leurs rapports et contribuent à accroître l'utilité de l'avocat général au sein de la Cour de cassation. Le potentiel de l'avis, révélé par la QPC, pourrait alors être appliqué en droit commun (Chapitre 1).

329. De plus, l'influence de l'avocat général à l'extérieur de la Cour de cassation s'est trouvée bouleversée par un contentieux multipliant les destinataires de l'avis. Les conclusions répondent alors à de nouveaux besoins créés par la nouvelle procédure. Pour le Conseil constitutionnel, le Gouvernement, les avocats, les éditeurs juridiques et les justiciables, l'avis QPC est un complément de la décision de filtrage. Les attentes de ces différents acteurs sont variées et en y répondant, l'avis de l'avocat général renouvelle son utilité sociale. La connaissance des différents usages des avis peut permettre aux avocats généraux d'adapter le contenu de leurs avis aux attentes de ses destinataires et, ce faisant, de gagner en légitimité (Chapitre 2).

330. Enfin, l'influence de l'avocat général est renouvelée par son rôle de « conseiller constitutionnel ». Chargé d'appliquer les critères du filtre, l'avocat général contribue à définir les contours du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* qui en dépend. L'interprétation des critères du filtre, non investie par le Conseil constitutionnel qui n'en a pas la compétence, et employée avec parcimonie par le siège de la Cour de cassation, constitue une opportunité pour le Parquet général d'accroître sa visibilité et sa légitimité (Chapitre 3).

CHAPITRE 1. LE ROLE DE L'AVOCAT GENERAL AU SEIN DE LA COUR DE CASSATION RENFORCE PAR LA QPC

331. Le projet de loi organique relatif à la question prioritaire de constitutionnalité prévoit l'intervention de l'avocat général : « Le premier président de la Cour de cassation est destinataire des transmissions à la Cour de cassation [...] [Il en] avise immédiatement le Procureur général⁴⁴¹ », mais n'envisage pas que l'avis sollicité soit transmis au Conseil constitutionnel : « La décision du Conseil d'État ou de la Cour de cassation de saisir le Conseil constitutionnel lui est transmise avec les mémoires ou les conclusions des parties⁴⁴² ». Aussi, l'avis de l'avocat général semble considéré comme un élément préparatoire de la décision de la Cour suprême, à la seule destination de celle-ci. La procédure constitutionnelle ne se distingue pas sur ce point de celle de droit commun. En QPC comme ailleurs, à la Cour de cassation l'avis est destiné à la juridiction et non à l'extérieur, si bien qu'ils ne sont pas publiés sur le site de la Cour de cassation, contrairement à l'usage en vigueur au Conseil d'État.

332. L'avis de l'avocat général a pour principale fonction l'aide à la décision pour les juges du quai de l'Horloge mais son utilité dans le processus décisionnel est inégale. Pour la chambre criminelle l'avis est évidemment utile quand d'autres chambres apparaissent plus réservées. L'intérêt de l'avis de l'avocat général pour la formation de jugement est tributaire d'un équilibre entre deux impératifs contradictoires :

« Son isolement associé à son indépendance et à son rôle d'interface, apparaît aussi nécessaire que ses connexions avec le processus décisionnel, donc avec les juges. Ici réside le cœur du paradoxe de la fonction de l'avocat général : résistance ou assistance, l'avocat général ne peut faire primer l'une sur l'autre mais bien, dans chaque affaire, tenter de maintenir une tension constante entre les deux⁴⁴³ ».

⁴⁴¹ Article 23-6 de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution

⁴⁴² Article 23-7 de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution

⁴⁴³ L. CLEMENT-WILZ, *La fonction de l'avocat général près la Cour de justice*, Bruxelles : Bruylant, 2011, p. 738.

333. La distinction entre l'avocat général et les autres acteurs en charge du dossier, notamment du conseiller-rapporteur, est essentielle à l'affirmation de sa spécificité et, partant, de son utilité. Si l'éloignement du Parquet général de la conférence et du délibéré a altéré le fonctionnement du processus décisionnel, le contentieux QPC offre un contexte favorable à la valorisation de l'intervention de l'avocat général, caractérisée par la singularité de son raisonnement, son regard transversal et sa proximité avec la société civile (Section 1). D'autre part, l'autonomie de l'avocat général vis-à-vis du conseiller-rapporteur est un élément clef de son influence dans le débat juridictionnel mais une séparation trop étanche entre le siège et le parquet de la Cour nuirait au processus décisionnel. Pour enrichir le débat et limiter l'aléa judiciaire, l'avis de l'avocat général doit interagir avec celui des juges. Là encore, la QPC s'avère propice au dialogue et au travail conjoint de l'avocat général et du conseiller-rapporteur (Section 2).

Section 1. La QPC facteur de distinction entre avocat général et conseiller-rapporteur

334. Pour être utile à la formation de jugement, l'avis QPC de l'avocat général doit se distinguer du rapport. À l'instar du rapporteur public, l'avocat général détaille, pour la formation de jugement, le contexte d'élaboration de la jurisprudence et ses contours, en souligne son éventuelle inadaptation à un contexte renouvelé. Mais contrairement au rapporteur public, les modalités d'intervention de l'avocat général ont perdu en utilité depuis que la Cour lui refuse l'accès à la conférence préparatoire et au délibéré. Privés de l'intime connaissance de la jurisprudence de la chambre, les avocats généraux ne sont plus à même d'apporter un contrepoint au débat, révélant ainsi les limites d'une organisation de l'instruction des dossiers par examens successifs (§1). La procédure d'examens simultanés des dossiers nécessaire au traitement des QPC permet aux avocats généraux de s'autonomiser du conseiller-rapporteur et, partant, de renforcer leur influence dans le processus décisionnel. Ce faisant, les avocats généraux se distinguent autant de la formation de jugement que de leurs homologues du Palais Royal (§2).

§1. Une distinction de la formation de jugement propre au Parquet général de la Cour de cassation

335. Pour être utile à la formation de jugement l'avocat général doit s'en distinguer. À l'instar de ses homologues de l'ordre administratif et européen, l'avocat général de la Cour de cassation exprime, seul et publiquement, les raisons de la jurisprudence de la chambre. Les modalités d'intervention des avocats généraux rendent ses développements plus dynamiques et vivants, autrement dit, plus clairs. Dans le contentieux QPC, la jurisprudence constante de la Cour de cassation est souvent remise en cause. Dès lors, les synthèses jurisprudentielles des avocats généraux mêlant explication du contexte d'élaboration et justifications de l'œuvre jurisprudentielle de la chambre, revêtent un grand intérêt (I). Si l'intervention de l'avocat général et le rapporteur public sont comparables par bien des aspects, ils se distinguent par la séparation institutionnelle entre le siège et le parquet de la Cour de cassation, doublée d'une séparation fonctionnelle depuis la réforme du quai de l'Horloge excluant l'avocat général de la conférence préparatoire et du délibéré (II). Ces spécificités altèrent le déroulement du processus décisionnel demeurant calqué sur celui du Palais Royal.

I. Des modalités de distinction communes aux avocats généraux et aux rapporteurs publics

336. De même que le rapporteur public près le Conseil d'État, l'avocat général se distingue de la formation de jugement par les modalités concrètes de son intervention, individuelle et publique (A), rendant possible la réalisation d'une mission essentielle au bon déroulement du processus décisionnel : l'exposé des raisons de la jurisprudence à la formation de jugement (B).

A. Un avis individuel et public

337. En QPC comme dans les litiges de droit commun, la combinaison du caractère individuel (1) et public (2) de la voix de l'avocat général est constitutive d'une identité qu'il partage avec ses homologues administratifs et européens. L'association de ces deux modalités d'exercice de la fonction participe de son utilité auprès de la juridiction en le distinguant du conseiller-rapporteur.

1. Une position individuelle

338. À la Cour de cassation comme au Conseil d'État ou à la Cour de Justice de l'Union Européenne, l'intervention de l'avocat général se caractérise par l'individualité de son travail, en opposition à la collégialité de la formation de jugement : « L'avocat général n'est jamais collégial, contrairement à la formation de jugement⁴⁴⁴ » ; « L'avocat général, solitaire, recherche en son for intérieur les éléments qui lui permettent d'exposer sa vision de l'affaire et du droit de l'Union. [...] Support de la pensée personnelle de son auteur, les conclusions fournissent aux juges une solution circonstanciée et justifiée pour trancher l'affaire⁴⁴⁵ ».

339. S'il est le reflet du Conseil d'État, l'expression individuelle de cette « opinion collective⁴⁴⁶ » est l'essence de la fonction du commissaire du gouvernement :

« Ainsi arrive-t-on à rejoindre le précepte formulé par Camus selon lequel 'comprendre le monde pour un homme, c'est le réduire à l'humain, le marquer de son sceau' [...] l'action contentieuse, vouée à la sécheresse par la plume souvent lapidaire du juge administratif, reprend vie sous celle du commissaire du gouvernement⁴⁴⁷ ».

340. Selon Nicolas Rainaud, la formulation vivante du litige - utilité première des conclusions -, est le fruit d'une « dimension humaine⁴⁴⁸ » propre à l'intervention du commissaire, à grand renfort de digressions intellectuelles, de références littéraires françaises et de sens de l'humour⁴⁴⁹.

341. Pour Lucien Charbonnier, ancien avocat général : « Il est clair, en effet, que, s'agissant d'accomplir un travail d'étude et d'analyse, de réflexion et de synthèse, ces opérations ne peuvent être l'œuvre d'un groupe. À ce stade, seul un travail personnel et solitaire peut être véritablement sérieux et approfondi⁴⁵⁰ ». Pourtant, l'utilité des avis des avocats généraux ne

⁴⁴⁴ Y. CHARPENEL, premier avocat général à la troisième chambre civile, entretien réalisé le 4 mai 2017.

⁴⁴⁵ L. CLÉMENT-WILZ, *La fonction de l'avocat général près la Cour de Justice*, op. cit., p. 530.

⁴⁴⁶ N. RAINAUD, *Le commissaire du gouvernement près le Conseil d'État*, op. cit., p. 74.

⁴⁴⁷ *Ibid.*, p. 4.

⁴⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁴⁹ *Ibid.*, p. 5.

⁴⁵⁰ L. CHARBONNIER « Ministère public et Cour suprême », *La semaine juridique*, I, 1991, p. 316.

peut se réduire à l'utile étape personnelle qu'elle insère dans le processus décisionnel⁴⁵¹, le conseiller-rapporteur rendant, lui aussi, un avis individuel sur le dossier, à l'instar du Conseil d'État où « trois examens individuels sont effectués par le rapporteur, le réviseur et le commissaire. La tâche [du commissaire] ne diffère pas, matériellement, de celle du rapporteur et du réviseur⁴⁵² ». Certains avocats généraux de la Cour de cassation parviennent à la même conclusion, affirmant la similarité de leur travail et de celui du rapporteur. Pour autant, la position de l'avocat général se distingue par son exclusion de la formation de jugement : « On sait, bien sûr, comment, puisant sa force dans ce travers, la haute juridiction a su manier, avec un art consommé, l'*imperatoria brevitatis* pour pouvoir adapter de manière souple et presque 'silencieuse' sa jurisprudence à l'esprit du temps⁴⁵³ ». La collégialité restreint la parole du conseiller-rapporteur, influencé par l'impératif de consensus qui s'impose à lui :

« Là où le Parquet général est libre de ses écrits, de ses paroles, de ses sources, le conseiller de la chambre est enserré dans les limites techniques et procédurales du moyen de cassation soulevé par l'auteur du pourvoi, dont il ne peut se dégager pour porter sa réflexion sur des questions qui lui paraîtraient plus générales ; il est de même soumis à l'exigeante loi de la collégialité⁴⁵⁴ ».

342. Ne jugeant pas, l'avocat général est libre de ses propos. Son individualité s'avère constitutive de sa spécificité et, partant, de son apport au processus décisionnel. S'ajoutant à l'individualité du travail réalisé, l'expression publique de l'avis de l'avocat général contribue à le distinguer du conseiller-rapporteur.

2. Une position publique

343. Jacques-Henri Stahl et Didier Chavaux affirment que la tâche du commissaire du gouvernement ne diffère pas matériellement de celle du rapporteur, mais ils reconnaissent néanmoins que « sa responsabilité [...] diffère, puisque la tâche spécifique qui lui échoit est de s'exprimer en public, notamment devant les parties. L'ultime examen individuel du dossier se

⁴⁵¹ R. LECOURT, *Discours prononcé lors de l'audience solennelle à l'occasion du départ de l'avocat général ROEMER, publication des Communautés Européennes*, 1973.

⁴⁵² D. CHAVALAUX, J.H. STAHL, "Le commissaire, le délibéré et l'équité du procès", *art. cit.*, p. 2116.

⁴⁵³ N. RAINAUD, *Le commissaire du gouvernement près le Conseil d'État*, *op. cit.*, p. 5-6.

⁴⁵⁴ J.L. NADAL, « La jurisprudence de la Cour de Strasbourg: une chance pour le Parquet général de la Cour de cassation », *art. cit.*

distingue ainsi des deux précédents par le fait qu'il ne demeure pas enfermé dans les débats internes de la juridiction mais débouche sur une prise de position publique. » Selon eux :

« Assumer publiquement sa position personnelle, sous le regard non seulement de ses pairs mais aussi des parties, de la doctrine et du public, est une lourde responsabilité. Le commissaire est, de ce fait, soumis à une plus grande pression que les autres membres de la juridiction. Cette position est moins confortable que celle des autres membres des formations d'instruction et de jugement, dont l'opinion personnelle est couverte par le secret du délibéré et n'est pas placée sous le regard du public. La position du commissaire lui interdit tout faux-fuyant⁴⁵⁵ ».

344. Certains avocats généraux soulignent les conséquences de l'expression publique sur la réalisation de leur travail : « on se dévoile complètement. Alors que les magistrats du siège sont derrière la décision, en collégialité, qu'on ne sait pas vraiment ce qu'ils pensent, nous on est obligés de le dire, publiquement. C'est très responsabilisant, c'est difficile, c'est pour ça qu'on se pose beaucoup de questions⁴⁵⁶ ».

345. Les effets attendus de la publicité des conclusions diffèrent d'une Cour suprême à l'autre. À la Cour de cassation, la publicité des conclusions est valorisée par la possibilité ainsi permise d'une dialectique contribuant à l'enrichissement des débats. Au Conseil d'État, la publicité est avant tout envisagée comme une garantie du procès équitable constituant « une puissante corde de rappel des obligations déontologiques des juges ». La publicité de son intervention obligerait le rapporteur public à prendre en compte l'ensemble de l'argumentation des parties, garantissant le procès équitable au cours d'un délibéré prenant pour base les conclusions. Au surplus, la publicité diminuerait fortement le risque qu'une solution erronée ou inéquitable soit adoptée, tant le rapporteur public refuserait d'assumer publiquement une telle solution⁴⁵⁷.

346. L'expression personnelle et publique de l'avocat général participe de la spécificité de son intervention et, par conséquent, de son utilité dans le processus décisionnel. Par la différence ainsi produite avec le conseiller-rapporteur, l'avocat général constitue un « autre » pour la

⁴⁵⁵ D. CHAVALUX, J.H. STAHL, "Le commissaire, le délibéré et l'équité du procès", *art. cit.*, p. 2116.

⁴⁵⁶ C. MARILLY, avocate générale référendaire à la première chambre civile, entretien réalisé le 15 janvier 2019.

⁴⁵⁷ D. CHAVALUX, J.H. STAHL, "Le commissaire, le délibéré et l'équité du procès", *art. cit.*, p. 2116.

formation de jugement, rendant possible la réalisation de sa mission de mémoire jurisprudentielle de la chambre.

B. Un avis exprimant la mémoire jurisprudentielle de la chambre

347. Selon nombre d'entre eux, le rôle de l'avocat général est d'expliquer la jurisprudence de la chambre, ses raisons et son évolution. À cette fonction, qui n'est pas propre au contentieux constitutionnel, s'ajoute une dimension particulière lors de la contestation d'une jurisprudence de la Cour de cassation en QPC. Les avocats généraux synthétisent pour la formation de jugement les raisons de la jurisprudence contestée. Selon Laurent Le Mesle, l'avocat général joue « un rôle essentiel dans la diffusion et la compréhension de la jurisprudence de la Cour régulatrice. Or la sécurité juridique ne naît pas seulement de la qualité et de la permanence des solutions jurisprudentielles, elle suppose aussi un bon niveau de connaissance et de compréhension de cette jurisprudence, notamment par les juridictions du fond⁴⁵⁸ ».

348. Si, à l'issue du travail de synthèse, l'avocat général considère que la jurisprudence devrait être remise en cause, il n'hésite pas à présenter son opinion à la formation de jugement. Toujours selon Laurent Le Mesle, l'intervention de l'avocat général comme mémoire jurisprudentielle est particulièrement utile « lorsqu'il y a lieu de préciser les contours d'une jurisprudence ancienne, voire de revenir sur une solution acquise » afin d'informer la formation de jugement⁴⁵⁹.

349. Ainsi, l'avocat général explique la jurisprudence de la chambre à destination de la formation de jugement et les juridictions du fond. À la manière de celles du rapporteur public, les conclusions des avocats généraux sont envisagées comme la mémoire de la jurisprudence de la chambre :

« Si l'avis est, comme on dit, conforme, ce travail offrira donc une sorte de lecture directe des éléments qui sous-tendent la solution adoptée par la chambre. Et en cas de

⁴⁵⁸ L. LE MESLE, « Contribution personnelle d'un membre du Parquet général à la réflexion engagée sur la réforme de la Cour de cassation », *art. cit.*, p. 5.

⁴⁵⁹ L. LE MESLE, « Contribution personnelle d'un membre du Parquet général à la réflexion engagée sur la réforme de la Cour de cassation », octobre 2014, disponible sur le site de la Cour de cassation, p. 3.

non-conformité, il autorisera une lecture *a contrario*, présentant certains aspects de l'opinion dissidente connue dans d'autres juridictions⁴⁶⁰ ».

350. Les pratiques de diffusion des avis témoignent de cette fonction de porte-parole de la formation de jugement parfois revendiquée. Certains avocats généraux proposent « volontiers⁴⁶¹ » leurs conclusions pour publication lorsqu'il est conforme, « pour éclairer la décision⁴⁶² » ; ajoutant qu'ils ne s'interdisent pas de publier un avis divergeant de la décision lorsque celui-ci représente une réflexion en cours de la chambre. Dans les deux cas les conclusions sont perçues par leurs auteurs comme un reflet de l'évolution jurisprudentielle de la chambre, à l'instar des conclusions du rapporteur public près le Conseil d'État, servant à informer les membres de la formation de jugement découvrant le dossier à l'audience, et les justiciables des contours de la jurisprudence. C'est en prenant exemple sur le Conseil d'État que la Cour de justice de l'Union européenne s'est dotée d'avocats généraux :

« L'espoir que l'avocat général aurait sur le plan du droit communautaire les mêmes effets bienfaisants que produisait le commissaire du gouvernement pour le droit administratif français et, d'autre part, l'importance des conclusions claires et structurées, présentant à la fois un effort d'analyse et de synthèse, pour assister et faciliter le travail des juges⁴⁶³ ».

351. Cet extrait résume le rôle de l'avocat général dans ces deux institutions : faciliter le travail des juges par une présentation claire et synthétique du droit. Au Conseil d'État où toutes les formations de jugement regroupent plusieurs sous-sections (sauf pour les cas, minoritaires, où la sous-section juge seule), il existe un déséquilibre entre les magistrats appartenant à la sous-section ayant instruit l'affaire et les autres. Pour ceux-là, le commissaire du gouvernement rappelle à l'audience l'état du droit et la position de la chambre. Nicolas Rainaud évoque une « fonction d'information des juges par le commissaire du gouvernement » et une « fonction pédagogique des conclusions⁴⁶⁴ ». Il est selon lui significatif de voir le rapporteur public

⁴⁶⁰ *Ibid.*

⁴⁶¹ C. COURCOL-BOUCHARD, Première avocate générale de la chambre sociale, entretien réalisé le 16 mai 2017.

⁴⁶² C. COURCOL-BOUCHARD, Première avocate générale de la chambre sociale, entretien réalisé le 16 mai 2017.

⁴⁶³ M. LAGRANGE, *Allocution prononcée à l'audience solennelle du 8 octobre 1964*, Publication de la Cour de justice, p. 2.

⁴⁶⁴ N. RAINAUD, *Le commissaire du gouvernement près le Conseil d'État*, Paris : LGDJ, 1996, p. 75.

s'adresser tout particulièrement aux membres de la ou des sections qui n'ont pas eu la charge de l'instruction. À cette attitude répond une attention soutenue des juges qui, découvrant l'affaire, prennent parfois des notes en écoutant les conclusions⁴⁶⁵. L'information des justiciables s'ajoute à l'information des juges. Véritable miroir de l'institution tourné vers l'extérieur, les conclusions permettent aux justiciables et à la doctrine de « comprendre les raisons de la jurisprudence et d'éventuellement la contester ou d'expliquer en quoi leur cas est différent⁴⁶⁶ ».

352. L'accomplissement de cette mission d'information implique une grande proximité de la parole du commissaire et de la volonté de la chambre. Considéré au Conseil d'État comme le « porte-parole⁴⁶⁷ », le « reflet⁴⁶⁸ » de la chambre à laquelle il appartient, le rapporteur public représente son institution. Ses conclusions sont décrites comme « l'expression d'une opinion collective⁴⁶⁹ », et ce, même lorsqu'il propose une solution nouvelle. Dans cette hypothèse, le commissaire du gouvernement cherche systématiquement l'appui de sa sous-section pour convaincre la formation de jugement. Au surplus, les créations ou revirements de jurisprudence se réalisent souvent à l'initiative de la sous-section et non du commissaire⁴⁷⁰, les conclusions devenant dès lors « traduction extériorisée d'un travail collégial⁴⁷¹ ». À l'instar du commissaire, l'avocat général près la Cour de Justice de l'Union européenne est envisagé dès l'origine comme le reflet de la formation de jugement. Selon Laure Clément-Wilz dans la thèse qu'elle leur consacre, l'utilité de leurs conclusions réside dans la publicité ainsi apportée aux sources du juge⁴⁷², aux difficultés rencontrées ainsi qu'aux regrets éprouvés par eux⁴⁷³. Vecteurs de transparence, les conclusions n'ont d'utilité qu'en ce qu'elles retranscrivent avec acuité la pensée de la formation de jugement.

353. S'il est le reflet de la juridiction, le rapporteur public se distingue du magistrat rapportant le dossier par son exclusion de la formation de jugement. Dès lors, l'expression compréhensible du droit ne peut reposer que sur une entité extérieure à ceux qui le prononce : le commissaire

⁴⁶⁵ *Ibid.*

⁴⁶⁶ D. CHAVALAUX, J-H. STAHL, "Le commissaire, le délibéré et l'équité du procès", *art. cit.*, p. 2116.

⁴⁶⁷ N. RAINAUD, *Le commissaire du gouvernement près le Conseil d'État*, *op. cit.*, p. 80.

⁴⁶⁸ *Ibid.*, p. 76.

⁴⁶⁹ *Ibid.* p. 77.

⁴⁷⁰ Mais ce cas de figure demeure relativement rare.

⁴⁷¹ *Ibid.*, p. 80.

⁴⁷² L. CLÉMENT-WILZ, *La fonction de l'avocat général près la Cour de Justice*, *op. cit.*, p. 74.

⁴⁷³ *Ibid.*, p. 71 et 73.

du gouvernement. Sa position de « simple conseiller » lui permet des formulations plus vivantes, « donnant vie au litige⁴⁷⁴ ». Insoumis à l'impératif de concision propre aux juges, il peut user d'une liberté de ton lui permettant de « capter l'attention des membres de la formation de jugement⁴⁷⁵ ». Il doit faire preuve d'esprit de synthèse, « qualité primordiale [...] car des excès d'analyse peuvent sinon troubler, du moins faire baisser l'attention des juges⁴⁷⁶ » ainsi que d'une grande clarté. Selon Nicolas Rainaud, l'information ainsi fournie par le commissaire du gouvernement se distingue de celle apportée par le rapporteur par son caractère synthétique qui « amène les juges qui l'écoutent à l'essentiel du point de droit en cause⁴⁷⁷ ».

354. À l'instar du rapporteur public, l'avocat général se distingue du conseiller-rapporteur par sa fonction de mémoire jurisprudentielle de la chambre. Ils explicitent le contexte d'élaboration de la jurisprudence et ses contours, et mettent en lumière l'éventuelle inadéquation de celle-ci à un contexte renouvelé. L'expression individuelle et publique de la mémoire jurisprudentielle en permet l'expression vivante et synthétique, participant de la spécificité du rôle de l'avocat général. Si ces caractéristiques sont communes aux institutions sœurs de l'avocat général, d'autres l'en distinguent et participent de la spécificité de son intervention.

II. Des modalités de distinction propres au Parquet général

355. Contrairement au rapporteur public près le Conseil d'État, l'avocat général est institutionnellement étranger à la formation de jugement. Cette spécificité peut contribuer à la distinction entre magistrats jugeants et non-jugeants nécessaire à l'utilité des seconds (A). La réforme de la Cour de cassation faisant suite à l'arrêt européen Reinhardt et Slimane Kaïd a accentué la distinction entre siège et parquet en excluant l'avocat général de la conférence préparatoire et du délibéré. Cette réforme a modifié l'équilibre fonctionnel du Parquet général de la Cour de cassation et altéré le déroulement du processus décisionnel organisé par examens successifs du dossier (B).

⁴⁷⁴ *Ibid.*, p. 4.

⁴⁷⁵ *Ibid.*, p. 75.

⁴⁷⁶ *Ibid.*

⁴⁷⁷ *Ibid.*, p. 76.

A. La distinction institutionnelle entre siège et parquet

356. L'avocat général se singularise du rapporteur public par la distinction institutionnelle d'avec le siège (1). Combinée à d'autres caractéristiques, cette spécificité est susceptible d'accentuer la distinction entre avocat général et rapporteur (2).

1. La contribution de la séparation institutionnelle à la réalisation de l'altérité

357. La Cour de cassation ne fait pas exception à la règle de dualité entre siège et parquet des juridictions judiciaires. Inspirée par cette séparation organique⁴⁷⁸, l'institution du commissaire du gouvernement s'en est pourtant éloignée. Désignés parmi les membres du Conseil d'État, les rapporteurs publics sont statutairement et fonctionnellement dans une situation identique à celle des autres membres du corps et de la juridiction⁴⁷⁹. L'arrêt Escalatine insiste sur cette particularité du rôle du commissaire : « il participe à la fonction de juger dévolue à la juridiction dont il est membre⁴⁸⁰ ». L'exercice de cette fonction est temporaire, son titulaire siègera à nouveau au sein de la formation de jugement à son issue.

358. La séparation organique entre le siège et le parquet au sein de la Cour de cassation participe de l'altérité du Parquet général vis-à-vis de la formation de jugement. Elle favorise la distinction des points de vue et rend possible la réalisation des consultations extérieures source d'enrichissement du débat⁴⁸¹. Selon Laurent Le Mesle, si leur formation commune exclut toute différence culturelle, elle existe néanmoins sur le plan institutionnel et favorise la différenciation des regards souhaitée par les juges⁴⁸².

359. Cette séparation institutionnelle permet une plus grande indépendance de l'avocat général à l'égard de la formation de jugement. Alors qu'au Conseil d'État, le rapporteur public est désigné par le président de la chambre, l'avocat général en est indépendant. Par conséquent,

⁴⁷⁸ T. SAUVEL, « Les origines des commissaires du gouvernement auprès du Conseil d'État statuant au contentieux », *RDP*, 1949, p. 5 : « considérant qu'au moment où les parties obtiennent les avantages de la publicité et de la discussion orale, il est convenable que l'Administration et l'ordre public trouvent des moyens de défense analogues à ceux qui leur sont assurés devant les tribunaux ordinaires ».

⁴⁷⁹ CE, 20 mars 1957, Hospices Perpignan.

⁴⁸⁰ CE, 29 juillet 1998, Escalatine.

⁴⁸¹ Voir *infra*.

⁴⁸² L. LE MESLE, premier avocat général de la chambre commerciale, entretien réalisé le 12 mai 2017.

les avocats généraux sont plus libres que les conseillers de la Cour de cassation de remettre en cause la jurisprudence de la chambre. Ils bénéficient d'une plus grande liberté par rapport à la jurisprudence de la chambre car ils n'en sont pas auteurs. Contrairement à l'avocat général, le conseiller-rapporteur s'insère dans une structure hiérarchisée composée du président de chambre et des doyens. Dès lors, tout changement de jurisprudence doit être pensé collégalement au sein du siège de la Cour. À l'inverse, les avocats généraux ne connaissent pas cet impératif de collégialité. Ils peuvent donc préconiser en toute liberté des revirements de jurisprudence. Si la séparation institutionnelle participe de la différenciation des regards nécessaire à l'utilité d'une institution de conseil, elle est insuffisante à sa réalisation.

2. L'insuffisance de la séparation institutionnelle pour la réalisation de l'altérité

360. La distinction institutionnelle n'entraîne pas nécessairement l'altérité. À la Cour de cassation, celle-ci ne produit plus les effets escomptés. De l'aveu des avocats généraux comme de celui des magistrats du siège, l'avis des premiers ne se distingue pas toujours de celui du conseiller-rapporteur, dans les litiges de droit commun comme en QPC. La comparaison avec leurs homologues administratifs et européens met en lumière une autre modalité nécessaire à la distinction de la voix de l'avocat général : le profil des magistrats recrutés.

361. Il ressort du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne que les avocats généraux sont recrutés parmi les « jurisconsultes possédant des compétences notoires⁴⁸³ ». Le recrutement de magistrats particulièrement qualifiés est lié au prestige de la fonction, au Conseil d'État comme à la Cour de Justice de l'Union européenne :

« La valeur des conclusions dérive du fait que les commissaires sont des juristes particulièrement qualifiés, qui après avoir étudié le dossier de l'affaire, en vérifiant la jurisprudence existante et tout texte et règle de droit applicable sont amenés à émettre une opinion particulièrement autorisée⁴⁸⁴ ».

⁴⁸³ Article 252 TFUE.

⁴⁸⁴ A. BARAV, "Le commissaire du gouvernement près le Conseil d'État français et l'avocat général près la Cour de justice des communautés européennes", *art. cit.*, p. 817.

362. À la Cour de cassation, la logique institutionnelle influence le recrutement des avocats généraux. Le Parquet général a longtemps été envisagé comme l'aboutissement d'une carrière au parquet. Dès lors, les avocats généraux étaient recrutés parmi les avocats généraux des cours d'appels. Ce profil pénaliste rend parfois difficile l'acclimatation au droit civil, social ou commercial nécessaire à l'accomplissement de la mission d'avocat général à la Cour de cassation. Le contentieux de la QPC souligne cette différence de profil. L'apprentissage de ce nouveau contentieux, aisé pour les magistrats rompus aux changements de fonction, peut s'avérer difficile pour des parquetiers de carrière. Néanmoins, des changements statutaires⁴⁸⁵ et des évolutions de la politique de recrutement modifient en profondeur la composition du Parquet général au bénéfice de magistrats plus jeunes et aux profils variés. Si la différence institutionnelle entre siège et parquet persiste à la Cour de cassation, elle se distingue néanmoins de plus en plus de celle prévalant dans les juridictions du fond, comme en témoigne l'évolution de la politique de recrutement.

363. Le Parquet général de la Cour de cassation se distingue de son homologue administratif par la distinction institutionnelle existant entre siège et parquet quai de l'Horloge. Cette particularité participe de l'altérité de l'avocat général. Elle entraîne l'utilité de l'avocat général dans le processus décisionnel, à condition d'être envisagée dans la spécificité qui est la sienne au sein de la Cour Suprême et non comme une émanation du parquet en général. Cette modalité d'exercice de la fonction d'avocat général propre à la Cour de cassation peut constituer un atout dans la redéfinition de son rôle auprès de la formation de jugement.

B. La séparation fonctionnelle entre siège et parquet à la Cour de cassation

364. Avant la réforme de la Cour de cassation en 2002 les avocats généraux étaient présents à la conférence préparatoire et au délibéré. Cette proximité à toutes les étapes du processus décisionnel permettait la réalisation de leur mission de « mémoire jurisprudentielle ». Dans cette logique, l'organisation de l'instruction des dossiers par examens successifs du conseiller-rapporteur et de l'avocat général permettait à ce dernier d'offrir un contrepoint au débat :

⁴⁸⁵ Une réforme de la Cour de cassation permettant aux référendaires d'intégrer plus facilement la Cour en tant que conseiller ou d'avocat général.

« Au vu de l'intégralité du dossier, donc des mémoires des deux parties, du travail préparatoire du rapporteur (rapport, note et projets d'arrêt), nous élaborions notre propre avis sur l'affaire. Cet avis pouvait être tout à fait conforme à celui du rapporteur, et c'était même fréquemment le cas puisque nous sommes des magistrats de même formation ; mais il pouvait s'agir aussi d'un avis différent, totalement opposé, ou plus nuancé sur tel ou tel point. Donc notre rôle consistait à contribuer à l'élaboration de la décision en examinant, avec un second regard, le travail effectué par le rapporteur, et en exprimant notre point de vue au moment de l'audience, en le nourrissant d'une argumentation soutenue⁴⁸⁶ ».

365. À l'instar de la Cour de cassation, le Conseil d'État procède par études successives de l'affaire. L'analyse du rapporteur est contre-examinée par un réviseur, généralement un doyen. À l'issue de la séance d'instruction - au cours de laquelle il prend connaissance du dossier et des deux précédents avis - le rapporteur public rédige ses conclusions. Ce dernier constitue « un nouvel échelon dans l'étude du dossier⁴⁸⁷ ». Le contre-examen est souvent considéré comme « la bonne méthode » d'instruction en Cour suprême⁴⁸⁸ :

« Cet autre regard est d'ailleurs, au sens propre, un deuxième regard puisque l'avis n'intervient qu'après le rapport et bénéficie donc de l'apport essentiel de celui-ci. C'est d'ailleurs le fait qu'il intervienne à l'extrême fin de l'instruction du pourvoi, au plus près de la décision, qui en fait le prix⁴⁸⁹ ».

366. La mise en ordre du dossier réalisée par le rapporteur décharge l'avocat général des difficultés techniques de l'affaire au profit des questions de principe⁴⁹⁰ : « il est d'autant plus fructueux que les intervenants qui se trouvent au bout de la chaîne bénéficient du travail de ceux qui les ont précédés, ce qui leur permet le cas échéant d'aller plus loin et de creuser les

⁴⁸⁶ P. LYON-CAEN, « Le Parquet général de la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, n° 4, 2003, p. 211.

⁴⁸⁷ Jurisclasseur, Rapporteur public, §34.

⁴⁸⁸ L. CHARBONNIER, « Ministère public et Cour suprême », *La semaine juridique édition générale*, n°43, 23 octobre 1991, p. 318 : « Concernant le traitement d'affaires difficiles - comme le sont en principe, ou devraient l'être, celles soumises à la Cour suprême - la prudence nous dit que la bonne méthode consiste à s'y mettre à plusieurs, mais non point plusieurs à la fois : à plusieurs successivement ».

⁴⁸⁹ L. LE MESLE, « Contribution personnelle d'un membre du Parquet général à la réflexion engagée sur la réforme de la Cour de cassation », octobre 2014, disponible sur le site de la Cour de cassation p. 3.

⁴⁹⁰ L. CLÉMENT-WILZ, *La fonction de l'avocat général près la Cour de Justice*, op. cit., p. 638.

solutions⁴⁹¹ ». L'apport du rapporteur public au processus décisionnel est matériellement favorisé par les conditions d'exercice de la fonction au Conseil d'État. Toutefois, la répartition des rôles entre magistrat jugeant et magistrat « conseiller » diffère entre les deux Cours suprêmes. Quai de l'Horloge, l'exhaustivité de l'étude du conseiller-rapporteur laisse peu de matière à approfondir à l'avocat général, contrairement au Palais Royal où la répartition se fait au profit du rapporteur public.

367. L'arrêt Slimane Kaïd⁴⁹² a modifié l'équilibre fonctionnel du Parquet général de la Cour de cassation. La Cour européenne des droits de l'homme a porté un coup d'arrêt à la proximité qui existait entre l'avocat général et la chambre à laquelle il est rattaché. Aujourd'hui éloigné de la conférence préparatoire et du délibéré, il n'a plus la parfaite connaissance de la jurisprudence qu'il avait jusqu'alors. Or, la connaissance de la jurisprudence est nécessaire à l'exercice de la mission de mémoire jurisprudentielle, comme l'expriment clairement Jacques-Henri Stahl et Didier Chavaux à propos du commissaire du gouvernement :

« Que perdrait-on si le commissaire devait quitter la salle d'audience après avoir prononcé ses conclusions ? Une chose, essentiellement. N'assistant pas aux débats, le commissaire n'aurait plus une connaissance de première main des arguments échangés et des raisons qui ont finalement emporté la conviction de la formation de jugement. Il lui serait alors sensiblement plus difficile d'accomplir sa principale mission, qui consiste à avoir de la jurisprudence une connaissance intime afin d'être en mesure de l'exposer et d'œuvrer à ce qu'elle soit appliquée conformément à son esprit ou bien, au besoin, à ce qu'elle soit amendée ou revue. Une telle connaissance s'acquiert au fil des délibérés : c'est en assistant en témoin muet à l'échange d'arguments qui a lieu entre les juges que le commissaire affine sa compréhension des questions qu'il a à traiter, découvre les aspects qui ont pu lui échapper et prend l'exacte mesure des solutions retenues⁴⁹³ ».

⁴⁹¹ L. CHARBONNIER, « Ministère public et Cour suprême », *art. cit.*, p. 316.

⁴⁹² CEDH 31 mars 1998, Reinhard et Slimane Kaïd c. France, Req. n° 23043/93 et 22921/93.

⁴⁹³ D. CHAVALUX et J.H. STAHL, « Le commissaire, le délibéré et l'équité du procès », *AJDA*, 2005, p. 2116.

368. Cette fonction de miroir s'est profondément modifiée après la réforme de la Cour de cassation faisant suite aux arrêts européens, comme l'exprime Jean-Louis Nadal, ancien Procureur général près la Cour de cassation, en 2005 :

« Quand il prenait la parole à l'audience, chacun savait que son avis avait le poids [...] de la parfaite connaissance de la jurisprudence de la chambre qu'il tirait de son assistance au délibéré. Ayant suivi l'élaboration de la décision depuis son début, il disposait de tous les éléments pour exercer une activité de 'réviseur'⁴⁹⁴ ».

369. Le regret formulé par Jean-Louis Nadal est largement partagé au sein du Parquet général de la Cour. Malgré cet obstacle, certains avocats généraux persistent à vouloir refléter la pensée de la formation de jugement : « On essaye de ressentir, de deviner ce que pense la chambre à partir des écrits de la chambre elle-même et des échanges avec nos collègues⁴⁹⁵ ». Il ressort des avis QPC que certains avocats généraux tentent d'imaginer les motivations des juges :

« Vous avez fait une application littérale de l'article 8V de la loi Aubry II [...]. La rédaction du texte pouvait sans doute prêter à confusion, s'agissant de ce qui devait être applicable à la date de publication de la loi, des stipulations des accords ou des articles du code du travail⁴⁹⁶ ».

370. En permettant la contestation d'une jurisprudence constante, la QPC met en lumière la fonction d'explication jurisprudentielle de l'avocat général, autant que ses limites. Il ressort de certains avis que l'avocat général recherche la logique de la jurisprudence de sa chambre, s'interrogeant sur la cohérence entre une solution établie et des arrêts récents. Ces interrogations témoignent de la distance entre la formation de jugement et l'avocat général, étrangers aux motivations des inclinations jurisprudentielles de la chambre à laquelle il est rattaché :

⁴⁹⁴ J.L. NADAL, « La jurisprudence de la Cour de Strasbourg: une chance pour le Parquet général de la Cour de cassation », *Dalloz*, 2005, p. 800.

⁴⁹⁵ C. COURCOL-BOUCHARD, Première avocate générale de la chambre sociale, entretien réalisé le 16 mai 2017.

⁴⁹⁶ Avis de l'avocate générale COURCOL-BOUCHARD, chambre sociale, QPC n° 13-25.938 pour l'audience du 26 mai 2014, n°342.

« [La jurisprudence contestée] ressort en l'espèce de l'arrêt de la chambre sociale du 8 avril 2010 qui a censuré une cour d'appel pour avoir considéré qu'une clause de non-concurrence est nulle compte tenu de la minoration de la contrepartie financière en cas de licenciement pour faute et que l'indemnité de non-concurrence perçue par le salarié qui a nécessairement subi un préjudice en respectant cette clause lui reste acquise à titre de dommages et intérêts : 'qu'en statuant ainsi alors que la clause de non-concurrence n'était pas nulle mais devait être réputée non écrite en ses seules dispositions minorant la contrepartie en cas de faute, la cour d'appel a violé le principe et le texte susvisé'.

« La règle ainsi posée a été confirmée par un arrêt de la chambre sociale du 25 janvier 2012 rendu dans un cas de minoration de la contrepartie financière en cas de démission. Les arrêts des 8 avril 2010 et 25 janvier 2012 s'intègrent dans la continuité de l'arrêt du 10 juillet 2002 qui a imposé, au visa du principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle, le principe d'une contrepartie financière à la clause de non-concurrence et ce, aux fins d'instaurer un équilibre entre les droits et libertés fondamentaux de l'entreprise et les droits et libertés fondamentaux des salariés.

« Les arrêts des 8 avril 2010 et 25 janvier 2012 se différencient cependant de l'arrêt du 10 juillet 2002 en ce que ce dernier dégage la règle selon laquelle en l'absence de contrepartie financière ou même en cas de contrepartie dérisoire équivalente à une absence de contrepartie, la clause de non-concurrence est nulle et le salarié peut reprendre sa liberté alors que les deux premiers dégagent une règle nouvelle instaurant la nullité partielle de ladite clause lorsqu'elle stipule une minoration de la contrepartie financière en cas de licenciement ou de démission.

« Alors que la contrepartie financière a pour objet de compenser la restriction de capacité professionnelle subie par le salarié par son engagement de non-concurrence après rupture du contrat, et ce, sans tenir compte des circonstances de la rupture du contrat de travail, comment justifier que lorsque la clause de non-concurrence n'a pas prévu de contrepartie ou une contrepartie dérisoire, le salarié puisse en demander la nullité totale et retrouver sa liberté alors que lorsque la clause de non-concurrence a prévu une minoration de la contrepartie en cas de licenciement ou de démission, le salarié ne puisse pas en demander la nullité totale mais seulement partielle et ne

retrouve pas sa liberté d'exercer une activité professionnelle? L'interprétation par la chambre sociale des articles 1134 et L1121-1 du code du travail telle que dégagée par les arrêts du 8 avril 2010 et 25 janvier 2012 méconnaît-elle le principe constitutionnel de la liberté d'entreprendre ou pour le moins les limitations qu'elle apporte à ce principe constitutionnel sont-elles justifiées par l'intérêt général et proportionnées au but poursuivi ? La question paraît sérieuse et mérite d'être transmise au Conseil constitutionnel⁴⁹⁷ ».

371. Cet avis illustre la difficulté des avocats généraux à remplir leur office de mémoire jurisprudentielle depuis les arrêts européens. La réforme de la Cour de cassation suivant l'arrêt Slimane Kaïd les a éloignés de la conférence préparatoire et du délibéré, contrairement au Conseil d'État où leur silencieuse présence est toujours permise. L'absence de l'avocat général au délibéré compromet la réalisation de la fonction de mémoire jurisprudentielle, d'autant plus visible en matière de QPC lorsque les requérants contestent précisément la jurisprudence de la Cour de cassation.

372. Mais l'exclusion de l'avocat général de la conférence préparatoire et du délibéré n'a pas fondamentalement remis en cause l'organisation de l'instruction des dossiers à la Cour de cassation. Dans les litiges de droit commun, l'instruction se fait toujours par examens successifs du dossier. Celui-ci est d'abord transmis au conseiller-rapporteur pour instruction à l'issue de laquelle son rapport - à l'exclusion de son avis et de ses projets d'arrêt - est rendu sur le bureau virtuel. Cet acte permet l'audience du dossier et donc la désignation de l'avocat général en charge de l'audience de ce jour. Celui-ci prend alors connaissance du dossier accompagné de la partie objective du rapport pour rédiger son avis. Le fonctionnement de cette instruction est altéré depuis la réforme de 2002 qui réduit considérablement la portée de son contre-examen, situation déplorée par les avocats généraux⁴⁹⁸ comme par les juges du siège de la Cour suprême qui la jugent insatisfaisante. Si ce mécanisme ne permet plus à

⁴⁹⁷ Avis de l'avocat général ALDIGÉ, chambre sociale, QPC n° 11-17.941 pour l'audience du 14 novembre 2012, n°95.

⁴⁹⁸ L. LE MESLE, « Contribution personnelle d'un membre du Parquet général à la réflexion engagée sur la réforme de la Cour de cassation », octobre 2014, disponible sur le site de la Cour de cassation ; J.L. Nadal, « La jurisprudence de la Cour de Strasbourg: une chance pour le Parquet général de la Cour de cassation », *art. cit.* ; P. LYON-CAEN, « Le Parquet général de la Cour de cassation », *art. cit.* ; L. Charbonnier, « Ministère public et Cour suprême » *art. cit.* ; mais aussi par les avocats généraux européens se trouvant dans une situation similaire L. CLEMENT-WILZ, *La fonction de l'avocat général près la Cour de Justice, op. cit.*

l'avocat général d'offrir un « contrepoint⁴⁹⁹ » aux arguments du magistrat conseiller, il l'empêche cependant de s'émanciper de ceux-ci : « Dans les pourvois normaux, les avocats généraux travaillent toujours après le dépôt du rapport. J'y suis personnellement défavorable car cela prive d'un double regard que j'appelle de mes vœux⁵⁰⁰ » ; « dans les délais de droit commun on constate que la note de l'avocat général part souvent du rapport⁵⁰¹ ».

373. Le caractère successif des études du dossier est remis en cause par les courts délais dans lesquels est enserrée la QPC. Dès la réception de la question, conseiller-rapporteur et avocat général sont simultanément saisis pour avis. Néanmoins, les magistrats du siège constatent la persistance de l'habitude du contre-examen conduisant de nombreux avocats généraux à attendre le dépôt du rapport pour étudier le dossier : « Même en QPC, je m'aperçois que les travaux de l'avocat général ne sont pas très différents de ceux du rapporteur. L'enrichissement de la réflexion par l'avocat général pourrait venir du choix d'un autre angle d'attaque que celui du conseiller-rapporteur⁵⁰² ».

374. Les magistrats du siège regrettent l'emprise du rapport sur l'avis de l'avocat général, le caractère successif des examens conduisant à un « cadrage » du dossier. Dans ce contexte, le « cadrage » désigne la façon dont un individu appréhende cognitivement une situation donnée et sélectionne les aspects qui lui apparaissent les plus importants pour sa compréhension⁵⁰³. Il en résulte que l'opinion que le sujet se fait d'une question ou d'une situation est tributaire de la manière dont ceux qui présentent l'information choisissent d'en cadrer les enjeux en mettant en lumière certains aspects de la réalité, aboutissant ainsi une définition particulière d'un problème⁵⁰⁴.

375. Au quai de l'Horloge, l'instruction par contre-examens successifs conduit nécessairement à un effet de cadrage du dossier par le conseiller-rapporteur. Sa présentation de

⁴⁹⁹ V. VIGNEAU, conseiller à la première chambre civile, entretien réalisé le 12 décembre 2018.

⁵⁰⁰ P. CHAUVIN, président de la troisième chambre civile de la Cour de cassation, entretien réalisé le 12 décembre 2018.

⁵⁰¹ V. VIGNEAU, entretien précité.

⁵⁰² P. CHAUVIN, entretien précité.

⁵⁰³ E. GOFFMAN, *Les cadres de l'expérience*, Paris : Minuit, 1991, p. 9-25 ; A. TVERSKY, D. KAHNEMAN, « The framing of decisions and the psychology of choice », *Science*, vol. 211-4481, 1981, p. 453.

⁵⁰⁴ A. TVERSKY, D. KAHNEMAN, « The framing of decisions and the psychology of choice » *art. cit.* : Lorsque les conséquences d'un problème sont formulées sous forme de gains, les individus expriment une attitude d'aversion au risque qui se manifeste par la préférence pour des solutions supposées certaines tandis que lorsque les conséquences sont formulées sous forme de pertes, les sujets ont tendance à choisir des solutions probabilistes.

l'affaire dans le rapport et son projet de jugement déterminent la ou les questions juridiques pertinentes et, partant, un cadre de référence pour la discussion⁵⁰⁵. Le Conseil d'État n'échappe pas à cette logique. Selon Ami Barav, des trois examens se succédant dans l'étude du dossier « le premier est sans doute le plus sérieux⁵⁰⁶ », le réviseur et le rapporteur public auront certes la charge d'en approfondir le contenu ou de le remettre en question, mais cette première analyse conditionne leur étude.

376. Le cadrage du dossier est aggravé par la plus grande spécialisation des conseillers rapporteurs sur le plan technique⁵⁰⁷, leur expertise renforçant leur influence sur les avocats généraux. De plus, la répétition au niveau collectif du cadrage formulé au niveau individuel accentue son effet. L'inverse se vérifiant également : l'effet de cadrage diminue quand un autre cadrage est présenté au niveau collectif⁵⁰⁸.

377. Si le « contre-cadrage » de l'avocat général et de la conférence tempère celui du conseiller-rapporteur, « il n'en reste pas moins que le rapporteur donne le 'la' et, ce faisant, exerce une influence cognitive considérable sur le traitement des dossiers⁵⁰⁹ ».

378. L'avocat général - mémoire jurisprudentielle de la juridiction - a fait ses preuves. Son utilité est incontestable au Conseil d'État et à la Cour de Justice de l'Union européenne mais la situation actuelle à la Cour de cassation en entrave la réalisation. Ne participant plus à la conférence préparatoire et au délibéré, l'avocat général n'est plus en mesure d'apporter un contrepoint au débat. En l'absence de connaissance intime de la jurisprudence de la chambre, l'organisation de l'instruction des dossiers par examens successifs incite les avocats généraux à se reposer sur le rapport pour construire leur avis, situation jugée insatisfaisante par le siège comme par le parquet. Dès lors, au regard des critiques formulées, la simultanéité des examens

⁵⁰⁵ M. COHEN, P. PASQUINO, *La motivation des décisions de justice, entre épistémologie sociale et théorie du droit : le cas des cours souveraines et des cours constitutionnelles: rapport final*, Paris, France : Mission de recherche Droit et justice, 2013, p. 86.

⁵⁰⁶ A. BARAV, « Le commissaire du gouvernement près le Conseil d'État français et l'avocat général près la Cour de justice des communautés européennes », *art. cit.*, p. 817.

⁵⁰⁷ Voir *supra*.

⁵⁰⁸ P. PEASE, M. BIESER, M. TUBBS, « Framing effects and choice shifts in group decision making », *Organizational Behavior and Human decision processes*, vol. 56, 1993, p. 149.

⁵⁰⁹ M. COHEN, P. PASQUINO, *La motivation des décisions de justice, entre épistémologie sociale et théorie du droit : le cas des cours souveraines et des cours constitutionnelles: rapport final, op. cit.*, p. 87.

produite par les délais QPC pourrait permettre de renouveler la fonction de l'avocat général auprès de la Cour de cassation.

§2. Une distinction de la formation de jugement favorisée par la QPC

379. La façon dont le Parquet général se distingue de la formation de jugement de la Cour de cassation est favorisée par la procédure QPC. Sur le plan procédural, les courts délais dans lesquels l'intervention du second filtre est enserrée conduisent à une instruction simultanée des dossiers par le conseiller-rapporteur et l'avocat général, diminuant d'autant l'influence du rapport sur l'avis. Partant, la QPC offre les conditions matérielles de l'indépendance réciproque des deux documents préparatoires souhaitée par le siège (I). La QPC valorise ainsi deux caractéristiques du Parquet général, le faible nombre de ses membres rendant impossible leur spécialisation, les avocats généraux cultivent un regard transversal qui trouve un écho dans la pluridisciplinarité du raisonnement constitutionnel ; la séparation institutionnelle du siège permet une grande proximité avec la société civile, objet du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* (II).

I. Une distinction favorisée par le délai de la QPC

380. La QPC favorise la distinction entre le siège et le parquet de la Cour de cassation. Les courts délais dans lesquels l'intervention du filtre est enserrée impose une réorganisation de la procédure d'instruction. Par conséquent, l'instruction simultanée du dossier par le conseiller-rapporteur et l'avocat général réduit l'influence du conseiller-rapporteur sur l'avocat général (B). Elle offre ainsi les conditions matérielles d'une double instruction à l'aveugle souhaitée par le siège de la Cour de cassation pour qui l'avis proposant un autre « angle d'attaque » de la question posée est plus utile qu'une seconde lecture des arguments du rapporteur (A).

A. Un raisonnement singulier attendu par le siège de la Cour de cassation

381. Dans son étude sur les avocats généraux près la Cour de justice de l'Union européenne, Laure Clément-Wilz affirme que « le double examen d'une affaire n'a de sens que si l'avocat général et le juge rapporteur examinent l'affaire avec un angle d'approche différent⁵¹⁰ ». Les juges de la Cour de cassation entendus au cours de cette étude confirment unanimement cette conclusion. Les juges du siège du quai de l'Horloge attendent de leurs avocats généraux un raisonnement distinct de celui du conseiller-rapporteur : « le double regard n'a pas de sens *en soi*, il a du sens dans la façon dont on va le mettre en œuvre, avec l'esprit du double regard : Je suis autre, je suis différent, je travaille différemment, je fais mes propres recherches, j'appréhende le sujet de façon différente⁵¹¹ ». « À mon sens l'intérêt de l'avocat général est d'apporter un regard différent, de prendre une direction différente de celle du rapporteur⁵¹² ».

382. Ces témoignages concordants distinguent les attentes du Palais Royal de celles du quai de l'Horloge. Si le rapporteur public est considéré comme le porte-parole du Conseil d'État⁵¹³, les juges de la Cour de cassation n'attendent pas des avocats généraux qu'ils les représentent. Le Conseil d'État fait prévaloir une fonction d'information des juges et des justiciables, la Cour de cassation une fonction d'assistance au processus décisionnel, permise par une plus grande distance entre l'opinion de l'avocat général et celle du conseiller-rapporteur. Les conseillers interrogés sur leur expérience de rapporteur évoquent l'utilité d'un avis d'avocat général sous-tendu par un raisonnement différent du leur :

« Ce que je recherche, là où ça va m'apporter, c'est lorsque le raisonnement va être fondamentalement différent, lorsque le point de départ n'a pas été le même par exemple. Si l'avocat général reprend la matière du rapport ou le raisonnement du conseiller-rapporteur il n'y a pas vraiment d'apport, même s'il n'aboutit pas à la même conclusion, alors que sur un même sujet, avec un même moyen en QPC on peut avoir des angles

⁵¹⁰ L. CLÉMENT-WILZ, *La fonction de l'avocat général près la Cour de Justice*, *op. cit.*, p. 632.

⁵¹¹ E. PICHON, conseillère à la chambre criminelle, entretien réalisé le 15 janvier 2019.

⁵¹² V. VIGNEAU, conseiller à la première chambre civile, entretien réalisé le 12 décembre 2018.

⁵¹³ N. RAINAUD, *Le commissaire du gouvernement près le Conseil d'État*, *op. cit.* ; Tout comme l'avocat général représente la Cour de Justice, inspiré en cela du rapporteur public Clément-Wilz, *La fonction de l'avocat général près la Cour de Justice*, *op. cit.*.

d'attaques très différents, vous ne l'avez pas abordé de cette façon-là et ça va ajouter un nouvel angle d'attaque⁵¹⁴ ».

383. Certains avocats généraux organisent leur travail de façon à s'éloigner du rapport, comme l'exprime Céline Marilly, avocate générale référendaire : « j'essaye de construire ma propre réflexion indépendamment de celle du conseiller-rapporteur, je fais beaucoup de recherches, je lis la doctrine, les travaux parlementaires, les rapports⁵¹⁵... ». Le contenu de ses avis reflète sa démarche, le raisonnement proposé se distinguant sensiblement du rapport. Si la comparaison entre le raisonnement du conseiller-rapporteur et de l'avocat général est rendue malaisée par la méconnaissance du véritable « avis » du premier - soumis au secret du délibéré - la partie « objective » du rapport laisse parfois transparaître le raisonnement tenu par le conseiller.

384. Son avis portant sur le champ d'application de l'article 427 illustre son positionnement. Cet article prévoit l'autorisation du juge des tutelles pour l'ouverture d'un compte bancaire pour un majeur protégé. La demande d'avis portait sur l'applicabilité de cette disposition générale aux majeurs sous curatelle, ce régime organisant un simple régime d'assistance dans lequel le majeur protégé n'est pas dépossédé de ses prérogatives. Le curateur ne pouvant se substituer à la personne en curatelle pour agir en son nom, cette dernière doit-elle demander au curateur l'aval du juge des tutelles pour ouvrir un compte bancaire ? La lecture comparée du rapport et de l'avis souligne l'indépendance réciproque de leur raisonnement. Selon le conseiller-rapporteur, la demande systématique au juge des tutelles pour toute demande d'ouverture de compte d'un majeur protégé semble correspondre à l'esprit de l'article 427 par lequel le législateur a vraisemblablement voulu instaurer une protection spécifique des comptes bancaires, mais « il serait paradoxal que la personne protégée ne puisse, avec la seule assistance du curateur, ouvrir un compte [...] mais qu'il puisse faire des actes de disposition qui engagent considérablement plus son patrimoine, comme, par exemple, la vente ou l'apport en société d'un immeuble ». Le conseiller-rapporteur précisant au surplus que l'article 12 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées « doit conduire à interpréter les textes de droit interne de façon à limiter à ce qui est strictement nécessaire à la protection des

⁵¹⁴ É. PICHON, conseillère à la chambre criminelle, entretien réalisé le 15 janvier 2019.

⁵¹⁵ C. MARILLY, avocate générale référendaire à la première chambre civile, entretien réalisé le 15 janvier 2019.

personnes handicapées les mesures restreignant l'exercice de leur capacité juridique⁵¹⁶ ». Pour sa part, l'avocate générale considère que :

« Si l'interprétation littérale du texte peut être soutenue, elle nous apparaît devoir être écartée au profit de l'interprétation plus conforme à la volonté du législateur de 2007, protecteur des personnes vulnérables, nécessairement influençables. Or [...] le législateur a souhaité accorder une protection particulière aux fonds du majeur protégé et préserver son identité bancaire favorable à son autonomie dans la société.

« Pour cela, le législateur a mis sur le même plan, dans les dispositions communes, la protection accordée au logement du majeur protégé sous curatelle, et celle reconnue à ses comptes bancaires. Or, il ne fait aucun doute que les actes envisagés à l'article 426 du code civil, relatif au logement du majeur protégé, nécessitent l'autorisation préalable du juge des tutelles, alors même que la curatelle n'est pas expressément visée par l'article, que la situation du curatelaire volontaire pour accomplir un de ces actes, assisté de son curateur, n'est pas non plus prévue, et que le décret du 22 décembre 2008 les classe également parmi les actes de disposition.

« D'autre part, si l'on devait s'en tenir à la lettre du texte et considérer que l'autorisation du juge n'est pas un préalable systématique en curatelle, l'article 427 serait alors un doublon inutile de l'article 469 qui interdit au curateur d'accomplir seul un acte de disposition, et des articles 474 et 496 du code civil qui prévoient l'autorisation systématique du juge des tutelles pour tous les actes de disposition accomplis par le tuteur et relatifs à la gestion du patrimoine de la personne vulnérable⁵¹⁷ ».

385. Vincent Vigneau, rapporteur du dossier, exprimait son étonnement et son intérêt à la lecture de l'avis qui fut un notable enrichissement du débat.

⁵¹⁶ Rapport du conseiller V. VIGNEAU relatif à la demande d'avis n° 18-70.012 pour l'audience du 4 décembre 2018.

⁵¹⁷ Avis de l'avocate générale référendaire C. MARILLY relatif à la demande d'avis n° 18-70.012.

386. Selon les magistrats du siège entendus, l'avis de l'avocat général s'apprécie au regard de sa distance de celui du rapporteur. Son utilité étant mesurée à cette aune, un raisonnement aux prémices distinctes de celles du rapporteur est valorisé.

B. Un raisonnement singulier favorisé par la procédure de la QPC

387. Contrainte par un délai de trois mois pour statuer sur la transmission ou la non-transmission des QPC, la Cour de cassation a dû adapter sa méthode d'instruction des dossiers. L'instruction par examens simultanés du conseiller-rapporteur et de l'avocat général ne pouvant matériellement se réaliser dans de bonnes conditions dans de si brefs délais, la Cour de cassation a organisé une saisine simultanée du conseiller-rapporteur et de l'avocat général dès la réception du dossier, pour études parallèles. Par conséquent, et contrairement aux dossiers de droit commun, l'avocat général ne dispose pas du rapport lorsqu'il prend connaissance du dossier et entame ses recherches.

388. Liée à la brièveté des délais, cette méthode d'instruction s'applique également aux procédures d'avis soumises aux mêmes délais que la QPC. Cette spécificité procédurale est propice à l'expérimentation du double examen simultané du dossier par le conseiller-rapporteur et l'avocat général.

389. Parfois suggéré dans le cadre des litiges de droit commun, les avocats généraux qualifient souvent l'étude en double aveugle d'irréalisable du fait de leur infériorité numérique :

« De plus, nous sommes vingt-deux avocats généraux, il y a actuellement quelque cent soixante-dix conseillers et conseillers référendaires et nous ne pouvons, quels que soient nos qualités et nos mérites, faire à vingt-deux ce que les magistrats du siège ont bien du mal à faire à cent soixante-dix. Donc, nous nous trouvons dans une situation impossible⁵¹⁸ ».

⁵¹⁸ P. LYON-CAEN, « Le Parquet général de la Cour de cassation », *art. cit.*, p. 211.

« L’avis n’intervient qu’après le rapport et bénéficie donc de l’apport essentiel de celui-ci. Sauf à augmenter de façon démesurée les effets du Parquet de la Cour, on envisage mal d’ailleurs qu’il puisse en aller autrement⁵¹⁹ ».

390. L’examen parallèle des affaires est souvent considéré comme une perte de temps, une déperdition d’énergie⁵²⁰ conduisant au double emploi, « un simple avis supplémentaire⁵²¹ ». Selon Dominique Commaret, ancienne avocate générale à la chambre criminelle : « Depuis Slimane Kaïd, l’avocat général travaille donc isolément, dupliquant de manière universitaire les recherches de son collègue. Il ne peut approfondir ou compléter des travaux dont il ignore la teneur⁵²² ». Il entraînerait au surplus une rupture d’égalité entre les justiciables :

« Cette situation nous conduit à examiner un nombre limité de dossiers, ce qui va à l’encontre de l’intérêt des justiciables et des textes du code de procédure pénale et du nouveau code de procédure civile qui prévoient que la Cour statue après que nous avons formulé notre avis⁵²³ ».

391. Pourtant, le double examen simultané des affaires est unanimement souhaité par les magistrats du siège entendus : « Si j’étais avocat général, je ne lirai pas le rapport avant d’émettre mon avis⁵²⁴ », « à mon sens l’intérêt serait que l’avocat général apporte un contre-regard. Lorsqu’il part d’une page blanche, c’est intéressant⁵²⁵ ».

392. Le contentieux de la constitutionnalité offre sur ce plan une opportunité en inversant la logique d’examen des dossiers. Si, en droit commun, les avocats généraux prennent connaissance du rapport avec le dossier, la saisine simultanée en QPC incite au double-aveugle. Certains avocats généraux reconnaissent la différence de travail induite par cette spécificité procédurale : « en QPC l’examen de l’avocat général se fait de façon totalement neutre, je n’ai

⁵¹⁹ L. LE MESLE, « Contribution personnelle d’un membre du Parquet général à la réflexion engagée sur la réforme de la Cour de cassation », octobre 2014, www.courdecassation.fr, p. 4.

⁵²⁰ P. LYON-CAEN, « Le Parquet général de la Cour de cassation », *art. cit.*

⁵²¹ J.L. NADAL, « La jurisprudence de la Cour de Strasbourg: une chance pour le Parquet général de la Cour de cassation », *art. cit.*

⁵²² D. COMMARET, « Le rôle de l’avocat général à la chambre criminelle », *Justice et cassation*, 2005, p. 132.

⁵²³ P. LYON-CAEN, « Le Parquet général de la Cour de cassation », *art. cit.*

⁵²⁴ É. PICHON, conseillère à la chambre criminelle, entretien réalisé le 15 janvier 2019.

⁵²⁵ V. VIGNEAU, conseiller à la première chambre civile, entretien réalisé le 12 décembre 2018.

en ma possession que la question posée par la juridiction du fond, je travaille en parallèle du conseiller-rapporteur⁵²⁶ ». D'autres s'y astreignent également dans les pourvois classiques :

« Dans chaque dossier, j'essaye de travailler sans regarder le rapport. Je lis l'arrêt, le mémoire ampliatif et le mémoire en défense, et je commence mes recherches. J'essaye toujours de travailler en double aveugle, même hors QPC. J'essaye de me détacher au maximum du rapport quel que soit le contexte⁵²⁷ ».

393. L'analyse simultanée des dossiers favorise la réalisation de l'altérité de type « autre raisonnement⁵²⁸ » souhaitée par les juges du siège du quai de l'Horloge. Les avis salués pour leur utilité ont d'ailleurs souvent été réalisés en double aveugle, comme dans la procédure d'avis relative aux examens osseux⁵²⁹. « Quand on intervient avant le rapport on ne subit aucune influence, notre regard est complètement neuf⁵³⁰ ». À l'instar des demandes d'avis, la QPC peut constituer pour le Parquet général un terrain d'expérimentation de l'instruction en double aveugle. Cette expérimentation permettrait de dresser un bilan sur les bénéfices des deux modalités d'examen.

394. Comme soulevé par de nombreux avocats généraux, le double aveugle est difficile à instaurer en dehors des dossiers QPC du fait de l'infériorité numérique du Parquet, de la moindre spécialisation qu'elle implique et de l'immédiate disponibilité du rapport. La double-instruction simultanée impose à l'avocat général un important travail de recherche documentaire et d'analyse, tout en sachant cette même étude accomplie par le conseiller-rapporteur. Bien que chronophage, l'instruction simultanée demeure néanmoins possible, comme en témoignent les avocats généraux qui s'y astreignent, à condition de ne pas conclure dans tous les dossiers.

395. L'initiation autonome des recherches évite l'effet de cadrage, mais la lecture ultérieure du rapport par l'avocat général enrichit le débat. L'avis sur les examens osseux précité témoigne du caractère fructueux de cette démarche. À l'issue d'un avis dont la teneur témoigne

⁵²⁶ Y. CHARPENEL, premier avocat général à la troisième chambre civile, entretien réalisé le 4 mai 2017.

⁵²⁷ C. MARILLY, avocate générale référendaire à la première chambre civile, entretien réalisé le 15 janvier 2019.

⁵²⁸ Voir *supra*.

⁵²⁹ Voir *supra*.

⁵³⁰ C. MARILLY, avocate générale référendaire à la première chambre civile, entretien réalisé le 15 janvier 2019.

d'une grande autonomie de raisonnement, l'avocate générale répond aux arguments avancés par le conseiller : « enfin, et dans la perspective de répondre aux arguments de l'absence d'autorisation recensés par le conseiller-rapporteur, nous ajouterons que... »⁵³¹.

396. La QPC offre des conditions matérielles propices à la réalisation d'une instruction en double aveugle du conseiller-rapporteur et de l'avocat général souhaitée par le siège de la Cour de cassation. En entamant seul ses recherches, l'avocat général évite l'effet de cadrage du rapport. L'avis résultant de cette instruction parallèle se distingue davantage du rapport, proposant parfois un raisonnement aux prémices bien différentes, utile à la formation de jugement dans son appréhension des enjeux du litige.

II. Une distinction valorisée par le contentieux de la QPC

397. Deux spécificités de l'intervention du Parquet général trouvent un écho positif dans la procédure constitutionnelle. L'infériorité numérique des avocats généraux vis-à-vis de leurs homologues du siège est souvent perçue par eux comme un handicap, souffrant de la comparaison avec les conseillers très spécialisés. Pourtant, la pluridisciplinarité induite par le nombre d'avocats généraux est un atout en matière de QPC, procédure tributaire de la capacité de la Cour de cassation à comparer le plus largement possible des situations diverses (A). La distinction institutionnelle entre le siège et le parquet de la Cour de cassation permet au second de consulter des organisations extérieures pour enrichir le débat juridictionnel. Cette proximité avec la société civile est valorisée dans un contentieux de garantie des droits et libertés des citoyens (B).

A. Un regard transversal valorisé en QPC

398. Le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* impose aux magistrats de la Cour de cassation d'adopter un raisonnement qui ne leur est pas familier. Cette adaptation au contentieux constitutionnel impose de prendre du recul vis-à-vis du droit privé afin d'appréhender le droit civil, pénal, social et commercial à l'aune de références constitutionnelles. Celles-ci se caractérisent par la transversalité des griefs formulés,

⁵³¹ Avis de l'avocate générale MARILLY, Avis n° 18-80.012 pour l'audience du 4 décembre 2018.

notamment l'atteinte au principe d'égalité qui implique une comparaison. La QPC est donc tributaire de la capacité des magistrats du filtre à adopter un regard transversal essentiel au raisonnement constitutionnel. À cette nécessité constitutionnelle fait écho une caractéristique institutionnelle du Parquet général ; Les avocats généraux sont moins nombreux que les juges du siège qu'ils ont pour mission de conseiller⁵³², entraînant une nécessaire pluridisciplinarité quand les juges de la chambre sont, eux, plus spécialisés. Le regard transversal produit par l'infériorité numérique des avocats généraux au sein de la Cour de cassation peut, dès lors, devenir un atout du point de vue du contentieux constitutionnel.

399. Passée sous silence dans la littérature relative à leurs homologues, cette spécificité institutionnelle est souvent perçue comme un handicap par les avocats généraux de la Cour de cassation dont l'apport au débat ne pourrait rivaliser avec la connaissance technique du conseiller-rapporteur :

« Pour un seul avocat général présent à l'audience, l'examen d'un pourvoi peut mobiliser un nombre important de magistrats du siège : 'seulement' trois en formation restreinte, mais au moins cinq en formation de section et jusqu'à plus de vingt ou trente en formation plénière de chambre. Ainsi, l'avocat général se trouvant face à cette collégialité pourrait être saisi non seulement d'un sentiment d'isolement mais surtout d'un doute quant à son utilité, et donc à sa légitimité. En effet, en quoi son avis serait-il plus important ou plus pertinent que celui de nombreux conseillers connaissant aussi bien que lui la loi et la jurisprudence et qui sont même parfois des spécialistes, voire des 'hyperspécialistes' de la question posée⁵³³ ? ».

400. Pour les avocats généraux issus d'une carrière au parquet, l'adaptation à un contentieux civil peut s'avérer délicate, sentiment accentué dans les contentieux techniques ou doctrinalement peu documentés rendant difficile l'apport d'éléments nouveaux. Pour y pallier, certains préconisent d'attribuer des contentieux spécifiques aux avocats généraux de leur chambre. Il ressort du bilan du groupe de travail relatif au rôle du Parquet général qu'une telle expérimentation a eu lieu à la troisième chambre civile :

⁵³² À la Cour de cassation le ratio est d'un avocat général pour trois ou quatre conseillers.

⁵³³ J.L. NADAL, « La jurisprudence de la Cour de Strasbourg: une chance pour le Parquet général de la Cour de cassation », *art. cit.*

« Les avocats généraux de la troisième chambre civile sont affectés, soit à la section dite de la construction, soit à celle des baux, depuis septembre 2015. Cette spécialisation relative donne toute satisfaction en offrant aux avocats généraux un domaine d'intervention moins large permettant un meilleur approfondissement des matières juridiques dont ils ont à connaître⁵³⁴ ».

401. Pourtant, certains avocats généraux revendiquent leur absence de spécialisation, la considérant comme un atout : « ça implique plus de recherches mais ça nous conduit à avoir un regard neuf sur les contentieux⁵³⁵ ».

402. Contrairement au contentieux civil dont la technicité fait prévaloir l'apport technique, la matière pénale se caractérise par sa transversalité. La procédure pénale⁵³⁶ implique une connaissance générale du contentieux nécessaire à la cohérence de la jurisprudence. La composition de la conférence préparatoire illustre cet impératif de généralité ; chargée d'examiner les dossiers de la section du contentieux⁵³⁷ qui siègera dix jours plus tard, et contrairement à d'autres chambres de la Cour de cassation où s'y réunissent le président, le doyen de la section concernée et le conseiller-rapporteur, la réunion préparatoire de la chambre criminelle rassemble le président et les doyens des quatre sections. C'est un « noyau stable, une représentation, une émanation de la chambre criminelle⁵³⁸ ». L'exclusion du conseiller-rapporteur, spécialiste du dossier, au profit des quatre doyens, témoigne de l'intérêt porté à la transversalité par la chambre. Dans cette optique, la pluridisciplinarité du Parquet général induite par son infériorité numérique participe de la généralité recherchée.

403. En conclusion, l'utilité du regard transversal dans le processus décisionnel n'est pas univoque. Avantageux dans certains contentieux où il permet d'apporter à la formation de

⁵³⁴ A. LABRÉGÈRE-DELORME, *Le rôle du Parquet général de la Cour de cassation: bilan de la mise en oeuvre des points d'accords actés au mois de mars 2015 dans le cadre du groupe de travail relatif au rôle du Parquet général*, décembre 2016, p. 11, www.courdecassation.fr.

⁵³⁵ C. MARILLY, avocate générale référendaire à la première chambre civile, entretien réalisé le 15 janvier 2019.

⁵³⁶ Commune aux quatre sections de la chambre : Droit du travail droit de la presse ; assises, application et exécution des peines ; intérêts civil, droit de l'environnement et droit de l'urbanisme ; droit économique et financier.

⁵³⁷ Ou des deux sous-sections qui siègeront dix jours plus tard, comme à la chambre criminelle.

⁵³⁸ É. PICHON, conseillère à la chambre criminelle, entretien réalisé le 15 janvier 2019.

jugement un regard général ou neuf sur la matière traitée, son intérêt dépend de la technicité de la matière concernée.

404. En matière constitutionnelle, la transversalité du regard de l'avocat général est un atout. Certains conseillers pouvant souligner l'utilité des audacieuses comparaisons proposées par les avocats généraux en matière constitutionnelle :

« Sur un même sujet, avec un même moyen en QPC, on peut avoir des angles d'attaque très différents [entre le conseiller-rapporteur et l'avocat général]. Si on vous fait le lien avec un autre sujet avec lequel vous n'auriez jamais fait le lien par exemple. En QPC c'est très important de comparer. Dans la jurisprudence du Conseil la comparaison intéressante n'est pas forcément avec le contentieux le plus proche, ça peut être quelque chose de très différent mais dont on peut s'inspirer. Et au sein même de la jurisprudence de la chambre, des comparaisons avec des domaines très différents et vous n'avez pas vu ça par exemple, vous ne l'avez pas abordé de cette façon-là et ça va ajouter un nouvel angle d'attaque⁵³⁹ ».

405. L'infériorité numérique du Parquet général au sein de la Cour de cassation induit son regard transversal, l'utilité d'un regard non spécialisé est tributaire du contentieux auquel il s'applique, et révèle tout son intérêt en matière constitutionnelle. Dès lors, la QPC offre aux avocats généraux une vitrine pour témoigner de la pertinence de leur point de vue, dans toute sa spécificité.

B. Une proximité avec la société civile valorisée en QPC

406. Les avocats généraux se démarquent du siège de la Cour de cassation par le contenu de leurs avis. À défaut d'être en mesure de rendre compte de façon fidèle des mécanismes jurisprudentiels du fait de leur absence à la conférence et au délibéré, les avocats généraux privilégient l'apport de considérations doctrinales ou de consultations extérieures pour être utile à la formation de jugement. Ces apports sont valorisés dans le contentieux des droits et libertés constitutionnelles.

⁵³⁹ É. PICHON, conseillère à la chambre criminelle, entretien réalisé le 15 janvier 2019.

407. Les considérations doctrinales des avocats généraux peuvent constituer un véritable apport au débat juridictionnel, comme en témoigne Pascal Chauvin - président de la deuxième chambre civile - à l'évocation de l'utilité des avis d'un ancien professeur de droit officiant en qualité d'avocat général auprès de sa chambre : « un avocat général de la chambre est un ancien professeur de droit : il apporte, sur les questions qui sont posées, une réflexion d'universitaire qui va au-delà d'un certain nombre de considérations d'ordre technique. C'est, pour la chambre, une incontestable source d'enrichissement⁵⁴⁰ ». La transversalité induite par la QPC est propice à la réflexion doctrinale⁵⁴¹. Ce faisant, cette caractéristique du travail de l'avocat général trouve un écho favorable au sein de cette procédure.

408. Le Parquet général affirme également la spécificité de son travail par l'apport de considérations extra-juridiques dans le débat. Institutionnellement distinct du siège, le Parquet général est en mesure de réaliser des consultations extérieures dont le résultat est versé au dossier pour éclairer la formation de jugement. Dans un contentieux ayant pour objet la garantie des droits et libertés du justiciable, la possibilité d'être en lien avec la société civile est un atout.

409. En qualité de Procureur général de la Cour de cassation de 2004 à 2011, Jean-Louis Nadal a été confronté aux conséquences de l'arrêt Slimane Kaïd et de la réforme de la Cour de cassation qui s'en est suivie, réforme qui ébranla les fondements de l'institution qu'il dirigeait alors. Selon lui, le renouveau du Parquet général devait passer par l'accentuation de sa spécificité. La capacité statutaire de ses membres à solliciter directement des « forces vives » de la société civile devait constituer pour lui le cœur de l'institution ainsi renouvelée, par l'apport à la formation de jugement d'informations utiles qu'elle ne pourrait se procurer autrement, que ce soit par la contextualisation des questions posées par la Cour, par la consultation d'organismes ou d'institutions ou par la réalisation d'études d'incidence des décisions de celle-ci. La théorie de la « fenêtre sur l'extérieur », selon l'expression de Jean-Louis Nadal, sera dès lors sans cesse rappelée tout au long de l'exercice de ses fonctions à la Cour de cassation :

⁵⁴⁰ P. CHAUVIN, président de la troisième chambre civile de la Cour de cassation, entretien réalisé le 12 décembre 2018.

⁵⁴¹ Cf. *supra*, chapitre 1, l'office doctrinal des avocats généraux en QPC.

« [Le Parquet général offre] l'apport d'une expertise juridique nourrie par des contacts avec les acteurs économiques et sociaux intéressés par la solution du procès sans y être parties⁵⁴² ».

« Par rapport aux conseillers d'une chambre, enfermés dans les moyens des pourvois, les avocats généraux ont non seulement la possibilité mais aussi le devoir d'apporter à la réflexion des éléments ne figurant pas dans le dossier, des éléments qu'ils peuvent se procurer auprès de spécialistes divers, d'associations, d'organismes professionnels, d'administrations ou d'autres institutions comme les autorités administratives indépendantes⁵⁴³ ».

« La décision de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du mois de novembre dernier [...] présentait un enjeu considérable [...] Je crois important de rappeler que cette décision a été prise après consultation officielle par le Parquet général des services administratifs et des organismes professionnels non parties à la procédure mais directement intéressés par sa solution, et dont les avis écrits ont été communiqués à la Cour. Ainsi le Parquet général a joué ce rôle capital, souvent évoqué, de "fenêtre ouverte" sur l'extérieur⁵⁴⁴ ».

410. Certains avocats généraux investissent largement cette redéfinition de leur rôle au sein de la juridiction, comme Laurent Le Mesle, premier avocat général à la chambre commerciale :

« [Il est nécessaire] que les avocats généraux se mettent à l'écoute de la société civile, de ses attentes et de ses grandes évolutions, puis qu'ils apportent cet air du dehors au sein de la Cour de cassation. Quoique les dossiers qui le justifient soient marginaux en nombre, la recherche de ces apports extérieurs est l'une des dimensions essentielles de la mission de ces magistrats qui en ont la liberté puisqu'ils ne participent pas au délibéré. Sans doute faudrait-il encore augmenter les cas où les avocats généraux nourrissent leurs avis de ce que leur ont appris leurs contacts avec les administrations,

⁵⁴² J.L. NADAL « La jurisprudence de la Cour de Strasbourg: une chance pour le Parquet général de la Cour de cassation » *art. cit.*, p. 801.

⁵⁴³ J.L. NADAL, « La Convention européenne et la Cour de cassation », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 60, n° 2, 2008, p. 343.

⁵⁴⁴ J.L. NADAL, *Discours prononcé lors de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation du 7 janvier 2005, disponible sur le site de la Cour.*

les Autorités Administratives Indépendantes, les corps intermédiaires ou ce qu'il est convenu d'appeler les « forces vives⁵⁴⁵ ».

411. Succédant à Jean-Louis Nadal, Jean-Claude Marin et François Molins perpétuent sa vision du Parquet général de la Cour de cassation :

« [La] loi nouvelle⁵⁴⁶ a entendu préciser que le Parquet général se devait d'éclairer la Cour 'sur la portée de la décision à intervenir', c'est-à-dire permettre, notamment par des consultations extérieures, d'évaluer l'impact d'une jurisprudence sur le monde qui nous entoure⁵⁴⁷.

« Le Parquet général doit donc avoir un rôle d'interface entre la cour et l'extérieur, la société civile. Il doit être pour reprendre l'expression de Jean-Louis Nadal, "une fenêtre sur l'extérieur". Il doit apporter une valeur ajoutée au juge en l'éclairant sur la portée de la décision à intervenir sur le plan économique, social, philosophique mais aussi sur le fonctionnement de la justice. Son regard et son approche doivent donc enrichir le travail de la Cour et lui apporter une valeur ajoutée. Il doit le cas échéant consulter à l'extérieur⁵⁴⁸ ».

« Nous voyons bien que, sauf à prendre le risque d'un profond décalage avec la réalité, l'interprétation du Droit ne peut se faire dans l'ignorance du contexte. La mission du Parquet général consistant à éclairer le juge et à lui apporter des éléments extérieurs est donc essentielle. J'avais indiqué ici même il y a deux mois comment le Parquet général devait mieux jouer son rôle auprès des chambres de la Cour. Il doit être ce regard extérieur, cette passerelle indispensable entre le juge et le citoyen afin que la règle de droit intègre pleinement les évolutions de notre société en mutation. Ouvert sur l'extérieur, le Parquet général doit contribuer à l'expression d'un droit vivant⁵⁴⁹ ».

⁵⁴⁵ L. LE MESLE, « Contribution personnelle d'un membre du Parquet général », *art. cit.*, p. 6.

⁵⁴⁶ La loi du 18 novembre 2016 définissant la mission du Parquet général de la Cour de cassation ainsi : (il) « rend des avis dans l'intérêt de la loi et du bien commun »

⁵⁴⁷ J.C. MARIN, *Discours de départ du Procureur général, 28 juin 2018*, disponible sur le site de la Cour de cassation.

⁵⁴⁸ F. MOLINS, *Allocution du Procureur général lors de son entrée en fonction près la Cour de cassation, le 16 novembre 2018*, disponible sur le site de la Cour de cassation.

⁵⁴⁹ F. MOLINS, *Allocution du Procureur général près la Cour de cassation, lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire du 14 janvier 2019*, disponible sur le site de la Cour de cassation.

412. Appelées de leurs vœux par les Procureurs généraux successifs, les consultations extérieures ne sont pourtant pas d'usage courant à la Cour de cassation, certains seulement investissant cette possibilité. Aujourd'hui désignés une fois le rapport rendu, les avocats généraux peuvent se trouver contraints à renoncer à exercer leur rôle de « fenêtre ouverte », faute de temps. Pour pallier cette difficulté, il est envisagé depuis 2015 de désigner en amont un avocat général dans les dossiers qui pourraient en bénéficier⁵⁵⁰. Au regard de cette problématique, les délais du contentieux QPC ne facilitent pas le recours à la consultation extérieure, même si elle demeure possible selon certains avocats généraux⁵⁵¹. Si tous les dossiers ne s'y prêtent pas, certains en bénéficieraient indéniablement et les magistrats du siège peuvent en regretter l'absence, comme dans une QPC portant sur la constitutionnalité de l'article 388 du code civil⁵⁵² prévoyant la possibilité de déterminer l'âge d'une personne à partir de tests osseux où le conseiller-rapporteur a exprimé le regret de ne pas trouver dans l'avis de l'avocat général de telles consultations. En effet, la question est particulièrement sensible ; critiqués de longue date notamment du fait de leur imprécision pouvant aller jusqu'à trois ans, ces tests sont régulièrement utilisés par les juges des enfants pour déterminer l'âge d'un mineur non accompagné.

413. À l'instar de son incapacité à rendre compte de la jurisprudence de leur chambre, l'infériorité numérique se change, au contact du contentieux constitutionnel auquel ils sont associés, en atout pour le Parquet général, rompu au regard transversal valorisé dans un contentieux tributaire des comparaisons entre domaines variés. Les fréquents recours à la doctrine, mais surtout la proximité avec la société civile se révèle particulièrement bienvenus dans un contentieux basé sur les droits et libertés des justiciables.

⁵⁵⁰ Voir *Infra*.

⁵⁵¹ C. MARILLY, avocate générale référendaire à la première chambre civile, entretien réalisé le 15 janvier 2019.

⁵⁵² QPC n° 18-20.480 pour l'audience du 21 décembre 2018.

Section 2. La QPC facteur d'interaction entre l'avocat général et la formation de jugement

414. L'utilité des avis QPC des avocats généraux dépend des modalités de dialogue entre l'avocat général et la formation de jugement tout au long du processus décisionnel. En instaurant une instruction simultanée du dossier par le conseiller-rapporteur et l'avocat général, la QPC facilite le dialogue, les deux magistrats instructeurs pouvant utilement échanger sur les éléments à apporter pour enrichir le débat. La pertinence des modalités expérimentées en QPC se trouve confirmée par leur extension aux contentieux de droit commun dans lesquels la désignation anticipée de l'avocat général dans les dossiers sensibles a été facilitée. L'influence de l'avis QPC lors de la conférence préparatoire s'avère davantage liée à son degré d'autonomisation du rapport qu'à la présence de son auteur (§1). L'avocat général exprime oralement son avis lors de l'audience QPC, la pertinence de ses arguments est susceptible d'influencer le délibéré en son absence (§2).

§1. La dialectique dans la phase d'instruction du dossier QPC

415. Le processus décisionnel de la Cour de cassation tend à s'aligner sur les modalités en vigueur en QPC. Pour enrichir l'instruction des dossiers sensibles, la Cour de cassation a rendu possible la désignation anticipée des avocats généraux. Cette procédure permet aux deux magistrats instructeurs de mutualiser leurs informations et d'échanger de façon constructive sur les démarches utiles à l'instruction du dossier (I). Si les avocats généraux ne participent plus à la conférence préparatoire, leur opinion peut néanmoins influencer les débats qui s'y déroulent si celle-ci s'autonomise suffisamment du rapport. Favorisant l'indépendance de l'instruction réalisée par l'avocat général, la QPC participe également de la connexion entre siège et parquet lors de la conférence (II).

I. Un travail d'instruction conjoint favorisé par la QPC

416. L'intervention de l'avocat général de la Cour de cassation s'inscrit dans une logique de consultation connaissant un essor inédit depuis la fin du XXe siècle. L'intervention de l'avocat général au sein du processus décisionnel vise à réduire l'aléa judiciaire en instillant une dose

de contradictoire à tous les stades de l'examen du dossier (A). L'utilité de l'intervention de l'avocat général dépend néanmoins de ses modalités ; la Cour de cassation entreprend depuis 2015 des réformes visant à améliorer la dialectique entre siège et parquet dans le processus décisionnel, ces réformes rapprochent la procédure en vigueur dans les contentieux de droit commun de celle à l'œuvre en QPC (B).

A. Un travail conjoint entre siège et parquet limitant l'aléa judiciaire

417. Dénué de la mission de ministère public caractérisant le parquet des autres juridictions, le Parquet général de la Cour de cassation a pour unique fonction de conseiller le siège sur la bonne application du droit, s'inscrivant pleinement dans la logique de multiplication des acteurs pour améliorer de la qualité des décisions rendues. En matière de QPC, la demande d'avis au parquet sur l'opportunité du renvoi des questions figure dès le projet de loi organique déposé par le premier ministre sur le bureau de l'assemblée nationale⁵⁵³. Les articles 23-1 et 23-2 de la loi organique imposent la communication du dossier QPC au parquet de la Cour de cassation dès la réception de l'affaire afin qu'il puisse faire connaître son avis. Cette procédure n'a pas été discutée en commission ou en séance publique devant les chambres⁵⁵⁴. La participation du parquet au filtre de la QPC semblait aller de soi, une évidence au regard du fonctionnement usuel d'une juridiction où les décisions sont toujours prises après avis d'un membre du parquet, mais aussi, peut-être, un nouveau témoignage de la tendance générale à la consultation.

418. Le Parquet général de la Cour de cassation s'inscrit dans une logique de consultation en constante expansion. La consultation est une pratique ancienne remontant au droit romain⁵⁵⁵. Il y était inconcevable, au moins à certaines phases de son évolution, de juger sans avoir préalablement consulté. On ne songeait pas en ce temps que le droit puisse être clair et accessible à tout esprit rationnel, il se discutait autant que le fait. Au Moyen-Âge, les rachimbours puis les scabins, de simples hommes libres, assistent le juge en l'éclairant sur la coutume applicable au litige. A cette époque le juge est un magistrat professionnel mais la

⁵⁵³ Loi organique n° 1599 du 15 avril 2009 relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

⁵⁵⁴ Dossier législatif sur le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution précité, site de l'Assemblée nationale.

⁵⁵⁵ F. ZENATI, « La portée du développement des avis », *art. cit.*, p. 103.

multiplicité des coutumes en vigueur rend utile la présence de ces « conseillers » pour l'éclairer.

419. Depuis la fin du XXe siècle les procédures d'avis connaissent un essor inédit témoignant d'un besoin grandissant de consultation. Les droits incertains et difficiles à connaître (comme les droits non codifiés) ont toujours doté leurs juges de conseils. Le droit administratif, par exemple, fait appel à la consultation⁵⁵⁶. Le recours à des dispositifs visant à impliquer une pluralité d'acteurs s'intensifie dans la sphère de l'action publique et de la justice. Il ressort du colloque sur l'inflation des avis en droit⁵⁵⁷ qu'une synthèse de ce développement est impossible au regard de l'ampleur et de la diversité du phénomène :

« Face à l'extraordinaire foisonnement des avis, les différents rapporteurs ont tenté de s'organiser. Faisant appel aux ressources de l'esprit scientifique, ils ont distingué et sous-distingué dans un effort remarquable de classement. Mais elles ne se recoupent pas, de sorte que la matière reste un kaléidoscope⁵⁵⁸ ».

420. Certaines typologies distinguent les avis incitatifs à la prescription des avis intégrés dans le processus d'élaboration de la prescription ; d'autres les avis ayant pour objet la réglementation, le jugement ou l'interprétation. Pour sa part, Jacques Raynard distingue deux formes d'avis « naturel » ; l'avis-information (émis par un sachant) et l'avis-conseil sollicitant un « ami du décideur » sur l'opportunité d'une décision pour laquelle tous les éléments d'informations nécessaires sont connus⁵⁵⁹. Le recours aux experts, *amicus curiae* et autres « comités de sages⁵⁶⁰ » se sont multipliés depuis 20 ans⁵⁶¹ : L'inclusion d'une pluralité d'acteurs dans le processus décisionnel s'inscrit dans la théorie de la gouvernance démocratique. Cette théorie s'oppose à un modèle de décision centralisé revendiquant le monopole de l'intérêt général.

⁵⁵⁶ *Ibid.*, p. 109.

⁵⁵⁷ T. REVET, *L'inflation des avis en droit - Actes du colloque, 7 juin 1996, Montpellier*, Paris : Economica, 1998.

⁵⁵⁸ Ph. JESTAZ, « Rapport de synthèse », in : *L'inflation des avis en droit*, Paris : Economica, 1998, p. 113.

⁵⁵⁹ J. RAYNARD, « Domaines et thèmes des avis », in : *L'inflation des avis en droit*, Paris : Economica, 1998, p. 12.

⁵⁶⁰ Comité national d'éthique (1983), Commission de la nationalité (1987), Conseil national du Sida (1989), Haut Conseil à l'Intégration (1990).

⁵⁶¹ L. BLONDIAUX, Y. SINTOMER, « L'impératif délibératif », *Rue Descartes*, 2009/1, n° 63, 2009, p. 29.

421. À l'instar de la décision politique, la décision judiciaire multiplie les acteurs du processus décisionnel pour réduire l'aléa qui précède l'adoption définitive de l'arrêt⁵⁶². Selon Jean Du Jardin, ancien Procureur général de la Cour de cassation belge, l'essence de la fonction de l'avocat général est de diminuer l'incertitude prédécisionnelle :

« Si une des préoccupations majeures de ceux qui participent à la fonction de juger doit être la réduction de l'aléa judiciaire, parce qu'il est générateur d'insécurité juridique et d'un déficit de cette confiance que le citoyen doit légitimement pouvoir avoir en la loi et à la justice, c'est sur ce point que le rôle du Parquet de la Cour de cassation est plus particulièrement important⁵⁶³ ».

422. La fonction du Parquet général de la Cour de cassation - de Belgique comme de France - s'inscrit dans un mouvement de recours de plus en plus accru à la consultation. Cependant, il ne suffit pas que ces différents acteurs émettent un avis, le cœur de l'opération réside dans l'entrechoc des thèses. La supériorité de la délibération collective ainsi produite sur le système ou la décision est formée par simple agrégation de préférences non argumentées est philosophiquement établie⁵⁶⁴. Le raisonnement dialectique est le fondement de la délibération, théorie au cœur des enjeux de gouvernabilité selon laquelle cette modalité de dialogue serait porteuse d'une rationalité permettant une gestion publique plus efficace⁵⁶⁵. La confrontation des points de vue rendrait possible l'imagination de solutions nouvelles et éclairerait chacun sur les conséquences véritables de ses choix et de ses préférences « ce à quoi un individu ne saurait prétendre seul⁵⁶⁶ ».

423. Le droit et la gestion publique partagent avec la philosophie l'impuissance à parvenir à des solutions scientifiquement démontrées. En matière de philosophie comme en droit, la recherche de solution se fait à plusieurs dans une logique de dialogue. La vérité commune n'y est accessible que par le biais de la discussion. Le raisonnement ne peut être vertical comme il est attendu d'un discours de vérité, il correspond à une rencontre horizontale d'opinions

⁵⁶² G. CARLOS RODRIGUEZ IGLESIAS, « Le juge face à lui-même », *art. cit.*, p. 331.

⁵⁶³ J. DU JARDIN, « Le ministère public près la Cour de cassation, son impartialité au-delà ou en dépit des apparences », in : *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruxelles : Bruylant, 2004, p. 261.

⁵⁶⁴ *Ibid.*

⁵⁶⁵ J. CHEVALLIER, *La gouvernabilité*, Paris : PUF, 1996 ; L. Blondiaux, « La délibération, norme de l'action publique contemporaine ? », *Revue Projet*, 2001/4, n° 268, 2001, p. 81-90.

⁵⁶⁶ L. BLONDIAUX, Y. SINTOMER, « L'impératif délibératif », *art. cit.*, p. 32.

confrontées impliquant le caractère relatif et provisoire des vérités ainsi acquises. « Elles ne donneront jamais naissance à aucun système ni complet ni définitif. Leur sort est précaire, menacées d'être à nouveau mise en question, rediscutées collectivement⁵⁶⁷ ».

424. Le devoir du juge est de « s'abstraire d'une partie de lui-même et de ses contradictions⁵⁶⁸ » pour juger. Le mécanisme ainsi décrit fait appel à la *conscience* du juge, ce qui implique une distance. Étymologiquement, conscience signifie « science en commun⁵⁶⁹ ». Saint Thomas donne de la conscience une définition jugée complète par Jean-Marie Carbasse : « correcteur de l'esprit et le pédagogue de l'âme » c'est à dire « la voix de la raison » ; elle permet de reconnaître ce que l'on doit faire ou de juger ce qui a été fait, et de savoir ce qui a été fait a été bien fait ou mal fait⁵⁷⁰ ». La conscience impose donc une interaction entre un acteur et un correcteur pour aboutir à la raison. Aussi, la dialectique est au fondement du devoir du juge.

425. La procédure juridictionnelle contraint à la prudence⁵⁷¹. Elle formalise la distanciation et le dialogue - autrement dit la dialectique - éclairant la conscience du juge⁵⁷². La procédure instaure un certain nombre de « garde-fous⁵⁷³ », d'« auxiliaires de la conscience du juge⁵⁷⁴ » que sont la rhétorique de l'avocat, celle du juge, la logique, la dialectique et le syllogisme. Le conseiller Larocque résumait cette idée dans son ouvrage *Le symbole de la balance* :

« Assurément, la dialectique et le syllogisme sont indispensables à la rigueur du raisonnement. La dialectique judiciaire de nature aristotélicienne permet de réduire l'incertitude du jugement par un syllogisme traduit dans la motivation. Cette incertitude sera également tempérée par la prise en compte du doute⁵⁷⁵ ».

⁵⁶⁷ M. VILLEY, *Philosophie du droit - II. Les moyens du droit*, op. cit., p. 65.

⁵⁶⁸ J.M. COULON, « La conscience du juge aujourd'hui », in : *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, J.M. CARBASSE, L. DEPAMBOUR-TARRIDE (Dir.), Paris : PUF, Collection Droit et Justice, 1999.

⁵⁶⁹ *Cum scientia*.

⁵⁷⁰ J.M. CARBASSE, L. DEPAMBOUR- TARRIDE (Dir.), *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, 1re édition, Paris : PUF, Coll. Droit et justice, 1999, p. 7 Présentation.

⁵⁷¹ A. GARAPON, S. PERDRIOLLE, B. BERNABÉ, *La prudence et l'autorité, l'office du juge au XXIe siècle - Rapport de l'IHEJ*, mai 2013, p. 221.

⁵⁷² J.M. COULON, « La conscience du juge aujourd'hui », *art. cit.*, p. 333.

⁵⁷³ *Ibid.*, p. 336.

⁵⁷⁴ F. DREYFUSS-NEITTER, « La conscience du juge dans le droit des personnes et de la famille », in : *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris : PUF, Collection Droit et justice, 1999, p. 319.

⁵⁷⁵ M. LAROCQUE, *Le symbole de la balance : essai de décomposition du processus judiciaire et d'approche du concept de justice*, Paris : la Pensée universelle, 1991, p. 376.

426. Dans cette optique, l'avis de l'avocat général est un auxiliaire de la conscience du juge en ce qu'il invite le juge à « s'abstraire de lui-même ». S'il n'exprime qu'une opinion, l'avocat général se distingue de la doctrine par la prise en compte procédurale de son avis qui en fait un véritable outil de dialectique.

427. La vérité judiciaire, relative et provisoire, ne peut qu'être le fruit d'un dialogue argumenté entre plusieurs acteurs, l'entrechoc des opinions permettant le processus décisionnel. La procédure judiciaire en vigueur à la Cour de cassation formalise la dialectique notamment par la consultation du Parquet général pouvant faire office d'auxiliaire de la conscience du juge.

B. Un travail conjoint entre siège et parquet favorisé par la QPC

428. La majorité des propositions réalisées par le groupe de travail de la Cour de cassation sur le rôle du Parquet général en 2015⁵⁷⁶ visent à améliorer la communication entre le siège et le parquet pendant la phase d'instruction précédant la conférence préparatoire.

429. Le rapport fait état d'une volonté de partager les informations à disposition du siège et du parquet pour favoriser les échanges lors de l'instruction des dossiers. Le siège et le parquet de la troisième chambre civile, de la chambre sociale et de la chambre commerciale ont souhaité que le dossier documentaire établi par le service de la documentation de la Cour⁵⁷⁷ à la demande du conseiller-rapporteur soit systématiquement transmis à l'avocat général (une fois-celui-ci désigné) afin d'optimiser l'instruction de l'affaire. La mutualisation des informations recueillies par le service de documentation permettrait de multiplier les échanges entre le conseiller-rapporteur et l'avocat général, vecteur d'enrichissement du débat.

430. La Cour a également souhaité favoriser la remontée d'information du parquet vers le siège⁵⁷⁸ en détectant des séries ou des questions récurrentes⁵⁷⁹, en appelant l'attention du

⁵⁷⁶ A. LABRÉGÈRE-DELORME, *Le rôle du Parquet général de la Cour de cassation: bilan de la mise en œuvre des points d'accords actés au mois de mars 2015 dans le cadre du groupe de travail relatif au rôle du Parquet général*, disponible sur le site de la Cour de cassation, décembre 2016, p. 11.

⁵⁷⁷ Le SDER : Service de la Documentation, des Études et du Rapport.

⁵⁷⁸ La chambre à laquelle il est rattaché ou le Service de la documentation, des études et du rapport.

⁵⁷⁹ A. LABRÉGÈRE-DELORME, *Le rôle du Parquet général de la Cour de cassation: bilan de la mise en œuvre des points d'accords actés au mois de mars 2015 dans le cadre du groupe de travail relatif au rôle du Parquet*

président de la chambre ou du doyen sur l'intérêt particulier d'une question au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, dans le cas où une juridiction du fond attend une position de la Cour de cassation, pour les informer sur la réception par la doctrine des arrêts publiés ou pour constituer des dossiers donnant une vision globale des difficultés suscitées par certaines questions de droit⁵⁸⁰. Ces signalements du premier avocat général ont permis la tenue d'audiences thématiques à la troisième chambre civile, un rapporteur et un avocat général unique ayant été désignés pour tous les dossiers concernés. Ce dialogue instauré à la troisième chambre civile était jugé satisfaisant lors du bilan réalisé en décembre 2016 : « L'intérêt est d'assurer à tous une meilleure lisibilité des enjeux et la mise en cohérence de décisions permettant de fixer une jurisprudence⁵⁸¹ ». La chambre commerciale envisageait également la mise en place d'audiences thématiques⁵⁸².

431. Dans le prolongement de l'objectif de dialogue entre siège et parquet tout au long de l'instruction, le groupe de travail a mis en place une procédure de signalement des dossiers sensibles permettant la désignation anticipée d'un avocat général. La désignation anticipée de l'avocat général n'est pas sans rappeler la procédure de la QPC dont les délais imposent la désignation anticipée. Outre l'utilité de cette modalité d'instruction pour empêcher une trop grande influence du conseiller-rapporteur sur le travail de l'avocat général, la désignation précoce de l'avocat général « favorise un dialogue participatif autour des apports souhaitables en vue d'une préparation optimale du dossier⁵⁸³ ».

432. Lorsqu'ils ont lieu, les échanges entre le conseiller-rapporteur et l'avocat général enrichissent le processus d'instruction du dossier. À la chambre sociale, la première avocate générale Catherine Courcol-Bouchard s'est déjà saisie en amont de plusieurs dossiers signalés comme sensibles, dont l'affaire « Take Eat Easy⁵⁸⁴ » - relative au statut des livreurs à vélo d'une plateforme de mise en contact des clients et des restaurants - ainsi que dans l'affaire « Micropole⁵⁸⁵ » - relative à la discrimination au travail du fait du port du voile. Selon le président de la chambre de l'époque, cette saisine en amont a conduit l'avocat général et le

général, disponible sur le site de la Cour de cassation, décembre 2016, p. 11. p. 3 pour le SDER, p. 19 pour la chambre.

⁵⁸⁰ *Ibid.*, p. 12.

⁵⁸¹ *Ibid.*, p. 9.

⁵⁸² *Ibid.*, p. 12.

⁵⁸³ *Ibid.*, p. 3 et 9.

⁵⁸⁴ Pourvoi n° 17-20.079.

⁵⁸⁵ Pourvoi n° 13-19.855.

conseiller-rapporteur enrichir leur travail de leurs échanges, approfondissant ainsi ensemble l'analyse du dossier. Dans l'affaire « Take Eat Easy » le rapport et l'avis ont d'ailleurs fait l'objet d'une publication sur le site de la Cour de cassation en complément de la décision. La désignation simultanée du conseiller-rapporteur et de l'avocat général facilite la communication, rapprochant les pourvois classiques avec la saisine anticipée des dossiers QPC, même si la brièveté des délais de la QPC diminue l'amplitude des résultats constatés.

433. Appliquée aux contentieux de droit commun, la procédure de saisine simultanée existant en QPC offre un plus large délai pour réaliser les recherches utiles, organiser des consultations extérieures ou procéder à des études d'impact⁵⁸⁶. La première chambre civile en témoigne :

« Le dossier a ainsi été signalé d'emblée par le rapporteur au premier avocat général, qui en l'occurrence a pris en charge son traitement ainsi que les consultations externes utiles. Cela a permis d'initier très utilement au Parquet général le traitement du dossier en amont⁵⁸⁷ ».

434. Néanmoins, la désignation anticipée n'est pas devenue systématique en dehors de la procédure constitutionnelle. Il ressort du rapport du groupe de travail et des échanges avec les avocats généraux que le premier avocat général se saisit des dossiers signalés lorsqu'il le souhaite mais qu'en l'absence d'auto-saisine, le tableau dressé par le Service de la documentation est simplement « répercut[é] aux avocats généraux de la chambre pour observation, avis et/ou prise en charge⁵⁸⁸ ». En l'absence d'une attribution formelle du dossier à un référent, la portée de la diffusion du tableau est réduite à une simple information.

435. Depuis que l'objectif d'amélioration du dialogue entre le siège et le parquet pendant l'instruction a été fixé en 2015, la Cour de cassation a mis en place des conditions favorables à la désignation anticipée de l'avocat général. Déjà pratiquée dans le cadre de la QPC, l'instruction simultanée du dossier par l'avocat général et le conseiller-rapporteur peut enrichir le processus décisionnel si le dialogue s'instaure entre siège et parquet. Ainsi, l'instruction

⁵⁸⁶ A. LABRÉGÈRE-DELORME, *Le rôle du Parquet général de la Cour de cassation: bilan de la mise en oeuvre des points d'accords actés au mois de mars 2015 dans le cadre du groupe de travail relatif au rôle du Parquet général*, disponible sur le site de la Cour de cassation, décembre 2016, p. 3.

⁵⁸⁷ *Ibid.*, p. 4.

⁵⁸⁸ *Ibid.*, p. 3.

parallèle ne doit pas être hermétique mais collaborative. Appliquée en dehors de la QPC où les délais d'instruction sont très restreints, les modalités d'interventions de l'avocat général en QPC révèlent des riches potentialités.

II. Un travail conjoint possible en l'absence de l'avocat général à la conférence

436. En QPC comme dans les litiges de droit commun, l'absence de l'avocat général à la conférence préparatoire est regrettée par le parquet du quai de l'Horloge. La conférence préparatoire est une séance d'instruction des dossiers issue de la pratique de la Cour de cassation, elle n'est prévue par aucun texte. Son origine remonte au XIX^e siècle. Lorsqu'à l'issue de l'audience, il ressortait des premières explications échangées entre le conseiller-rapporteur et l'avocat général qu'une discussion approfondie était nécessaire, « la cour se rend[ait] alors immédiatement en chambre du conseil⁵⁸⁹ ». Il s'agissait donc d'une ponctuelle instance de délibération collective post-audience. À partir de 1903, la conférence change de visage : une fois l'affaire examinée par le rapporteur, le président et l'avocat général, et dans l'hypothèse ou un désaccord les séparait, une conférence était réunie pour tenter de parvenir à une unité de vue, et ce, avant l'audience⁵⁹⁰. D'origine intermittente, la conférence s'est progressivement institutionnalisée en organe permanent examinant quelques semaines avant l'audience les projets d'arrêts pour donner une première orientation aux pourvois⁵⁹¹. Les participants y passent en revue et débattent les difficultés du dossier avant de renvoyer le projet au conseiller qui en a la charge pour approfondissement des recherches ou établissement d'éventuels nouveaux projets d'arrêt⁵⁹². Ainsi, la conférence assure que le rapporteur sera en mesure de soumettre à la formation de jugement tous les éléments nécessaires au délibéré⁵⁹³.

437. Les pratiques de la conférence sont variables au quai de l'Horloge, s'apparentant dans certaines à une « antichambre du délibéré⁵⁹⁴ », dans d'autres à une séance d'instruction. À la troisième chambre civile, la conférence se tient en présence du président, du doyen de la section

⁵⁸⁹ J.C. MARIN, « Le rôle de l'avocat général », *Justice et cassation*, 2014, p. 234.

⁵⁹⁰ *Ibid.*, p. 232.

⁵⁹¹ D. BOCCON-GIBOD, « Ce qui pourrait changer à la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 1107.

⁵⁹² Jurisclasseur, procédure pénale, fascicule 20, n°31.

⁵⁹³ G. CANIVET, « Le mécanisme de décision de la Cour de cassation, pour une ethnographie à écrire d'une autre fabrique du droit », in : *Le dialogue des juges: Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*, Paris : Dalloz, 2009, p. 155.

⁵⁹⁴ Selon la formule de Didier Boccon-Gibod.

concernée et du conseiller-rapporteur. Si le dossier est ensuite jugé en formation restreinte, la composition de la formation de jugement sera alors strictement identique. Dans cette hypothèse, la conférence tient de l'antichambre du délibéré. Ailleurs⁵⁹⁵, le conseiller-rapporteur n'assiste pas à cette réunion préparatoire réservée au président, aux doyens (soit uniquement le doyen de la section concernée comme à la chambre sociale, ou aux doyens de toutes les sections comme à la chambre criminelle) et éventuellement au conseiller référendaire le plus ancien⁵⁹⁶. Dans ce cas de figure, les participants à la conférence ne siègeront pas tous lors du délibéré, particulièrement à la chambre criminelle où, sauf assemblée plénière, un seul des doyens participera à la prise de décision finale quand tous étaient présents lors de la réunion préparatoire. La composition fixe de la conférence de la chambre criminelle, comprenant le président et les doyens des quatre sous-sections, permet la cohérence de la jurisprudence. Entre instance de délibération, pré-délibéré et contrôle de l'unité de la jurisprudence, le rôle de la conférence préparatoire est pluriel.

438. Avant l'arrêt Reinhardt et Slimane Kaïd, les avocats généraux étaient présents à cette réunion préparatoire. La réforme de la Cour de cassation ayant suivi l'arrêt de la Cour européenne les en a exclus, ce que nombre d'entre eux déplorent.

439. Il y a dans le regret de la présence à la conférence la nostalgie d'une connaissance intime de la jurisprudence de la chambre. Les avocats généraux savaient « ce qui faisait basculer la chambre d'un côté ou d'un autre⁵⁹⁷ ». Cela leur permettait, à la façon du rapporteur public au Conseil d'État, d'être le reflet de la pensée de la chambre vers l'extérieur. Pierre Lyon-Caen souligne par exemple le rôle d'interface entre leurs collègues du siège et les avocats à la Cour de cassation. Les avocats au Conseil se tournaient vers le parquet pour savoir quelles étaient les affaires controversées dans lesquelles des observations orales à l'audience seraient utiles. « De plus, nous étions présents à la réunion préparatoire à l'audience (la 'conférence') de sorte que nous étions en mesure, sans trahir aucun secret, de leur indiquer si notre point de vue semblait assez largement partagé, ou au contraire très controversé⁵⁹⁸ ». Comme l'indique Jean-Louis Nadal, avant la réforme l'avis de l'avocat général avait « Le poids de la confrontation

⁵⁹⁵ À la première et la deuxième chambre civile, dans la chambre sociale et à la chambre criminelle.

⁵⁹⁶ À la chambre sociale.

⁵⁹⁷ V. VIGNEAU, conseiller à la première chambre civile, entretien réalisé le 12 décembre 2018.

⁵⁹⁸ P. LYON-CAËN, « Le Parquet général de la Cour de cassation », *art. cit.* p. 211.

des points de vue du juge rapporteur, du réviseur et des autres membres de la sous-section⁵⁹⁹ ». Autrement dit, l'utilité de l'avocat général était celui de son reflet des débats internes à la formation de jugement. Dans cette logique, Jean-Louis Nadal regrette le tournant des années 2000 depuis lequel « la voix de l'avocat général de la Cour de cassation n'a plus que la valeur d'un avis supplémentaire⁶⁰⁰ ».

440. Certains regrets se fondent davantage sur la plus grande participation à la dialectique décisionnelle que permettrait la présence à la conférence : « [l'avocat général] pouvait discuter le contenu des projets d'arrêts avec le président et le doyen, suggérer le cas échéant des modifications, voire argumenter en faveur de la rédaction de projets en sens contraire⁶⁰¹ », « si l'avocat général était présent, il pourrait influencer à ce stade⁶⁰² », « La communication du projet d'arrêt à l'avocat général (comme d'ailleurs sa participation à la conférence) serait assurément un progrès dont la Cour, et la justice dans son ensemble, tireraient avantage, notamment par l'enrichissement du débat contradictoire qu'elle favoriserait. Une telle évolution rendrait plus 'utile' l'avis de l'avocat général et serait de nature à renforcer sa qualité⁶⁰³ ». Autrement dit, la présence physique de l'avocat général à cette réunion préparatoire favorisait la confrontation des points de vue. Leur présence leur permettait de réagir au débat ayant lieu, et d'offrir un contrepoint.

441. Ces deux séries d'arguments en faveur de la présence des avocats généraux reflètent deux logiques de contribution de l'avocat général à la formation de jugement : D'un côté l'avocat général fusionné à la chambre, dont il reflète les débats en direction de l'extérieur, et de l'autre l'avocat général distinct de la chambre, donnant un avis permettant le processus décisionnel des juges.

442. Dans la logique de l'avocat général - reflet de la chambre, la présence à la conférence est utile. Que celle-ci soit composée à la manière d'une antichambre du délibéré où de façon à permettre aux magistrats les plus éminents de la chambre de fixer les orientations de la

⁵⁹⁹ J.L. NADAL, « La jurisprudence de la Cour de Strasbourg: une chance pour le Parquet général de la Cour de cassation », *art. cit.*

⁶⁰⁰ *Ibid.*

⁶⁰¹ *Ibid.*

⁶⁰² Y. CHARPENEL, premier avocat général à la troisième chambre civile, entretien réalisé le 4 mai 2017.

⁶⁰³ L. LE MESLE, « Contribution personnelle d'un membre du Parquet général à la réflexion engagée sur la réforme de la Cour de cassation », octobre 2014, disponible sur le site de la Cour de cassation.

jurisprudence, de précieuses informations pourraient être révélées par ce biais. C'est dans cette optique que le rapporteur public près le Conseil d'État assiste à la séance d'instruction au cours de laquelle il découvre le dossier, silencieux. Il ne s'agit donc pas pour lui de participer à l'entrechoc des thèses - du moins à ce stade - mais de prendre connaissance des enjeux de l'affaire afin de pouvoir offrir un contrepoint et de restituer au public les débats internes à la juridiction.

443. L'utilité de la présence de l'avocat général à cette réunion préparatoire est moins évidente dans une logique d'avocat général - élément de dialectique. Selon Bernard Manin, si la présence d'arguments contraires s'opposant explicitement les uns aux autres favorise la délibération « il est relativement indifférent que ces arguments soient d'abord introduits parmi les délibérants sans dialogue⁶⁰⁴ ». L'élément essentiel étant, selon lui, que des arguments opposés aient été entendus et pris en compte par l'organe délibérant, ce qui peut même être entravé par la présence physique des contradicteurs « des analyses répétées montrent depuis longtemps que nombre d'individus hésitent à exprimer des opinions contradictoires avec celles de leurs interlocuteurs et pairs dans des relations de face à face⁶⁰⁵ ».

444. À la Cour de cassation, le plus souvent, l'auteur du projet d'arrêt débattu est absent de la conférence. Une conseillère à la chambre criminelle affirme néanmoins : « Mais qu'il se rassure, la conférence a pour mission non de verrouiller le débat, mais de confronter les points de vue. La différence est essentielle même si le rapporteur éprouve parfois des difficultés à la percevoir⁶⁰⁶ ». Pourtant, le poids du rapport et de l'avis émis par le rapporteur est incontestable. Dès lors il n'apparaît pas que ce soit la présence physique à la conférence qui conditionne l'influence des acteurs au sein du processus décisionnel, mais bien la qualité du point de vue exprimé. En cela, l'influence de l'avis de l'avocat général lors de la Conférence dépend de ses qualités intrinsèques. Autrement dit, l'influence de l'avis est le résultat de la distinction entre siège et parquet décrite plus haut. Plus l'avis de l'avocat général sera distinct dans ses prémices du travail du rapporteur, plus il sera pris en compte lors des débats préparatoires. Les modalités de distinction, favorisées par la procédure de la QPC, favorisent alors également la connexion entre siège et parquet.

⁶⁰⁴ B. MANIN, « Délibération et discussion », *art. cit.*, p. 190.

⁶⁰⁵ *Ibid.*

⁶⁰⁶ R. KOERING-JOUIN, « Petit abécédaire de la chambre criminelle de la Cour de cassation », in : *Mélanges en l'honneur de Dominique Schmidt*, Paris : Joly, 2005, p. 238.

445. L'expression d'opinions tranchées permet la délibération, elle est selon Bernard Manin le critère essentiel de celle-ci, contrairement à la discussion qui ne l'implique pas nécessairement. Il existe une différence importante entre le positionnement du conseiller-rapporteur et de l'avocat général, tous deux appelés à donner un avis sur l'issue à donner à l'affaire avant le délibéré, et les membres de la formation de jugement qui doivent prendre le temps de la réflexion et se refuser à trancher avant le délibéré. Dès lors, il n'apparaît pas illogique qu'à l'instar du conseiller-rapporteur dans certaines chambres, l'avocat général n'assiste pas à cette réunion délibérative ne comprenant que des magistrats n'ayant pas arrêté leur avis. Avis tranchés d'un côté, discussion ouverte de l'autre. L'entrechoc des thèses n'est pas entravé par l'absence de l'avocat général dont l'opinion peut tout de même influencer les débats par la qualité de son contenu.

446. Le retour d'information au parquet à l'issue de la conférence (appelé retour de conférence) est rare à la Cour de cassation. Il pourrait pourtant enrichir le processus décisionnel dans trois hypothèses.

447. Sans rien révéler de l'éventuel secret du délibéré que peut revêtir cette séance d'instruction préalable, lorsqu'il ressort des débats qu'un dossier mérite un complément d'instruction, l'avocat général pourrait être sollicité pour complément de recherches au même titre que le rapporteur. La charge de travail supplémentaire pourrait ainsi être utilement répartie entre siège et parquet et la discussion s'en trouverait enrichie.

448. À l'exclusion de la chambre criminelle où le parquet conclut dans tous les dossiers, il est d'usage dans les autres chambres de la Cour de rendre un avis étayé dans les seuls dossiers comportant une difficulté. Le tri des affaires pertinentes se fait au regard de la formation de jugement préconisée par le rapporteur au regard de ce critère, l'avocat général portant son attention sur les dossiers destinés à une formation de section ou à la formation plénière. Néanmoins, il arrive qu'une difficulté apparaisse lors de la Conférence, conduisant à réorienter un dossier initialement destiné à une formation restreinte. Dans cette hypothèse, l'information de l'avocat général serait utile afin qu'il étudie le dossier et fasse connaître son avis. Enfin,

selon Jean-Yves Frouin qui avait institué cette pratique à la chambre sociale, certains dossiers orientés en formation restreinte revêtent un intérêt rendant utile un avis supplémentaire⁶⁰⁷.

449. Une fois l'avis reçu, rien n'empêcherait la tenue d'une seconde séance d'instruction si la nécessité s'en faisait sentir, comme il est d'usage au Conseil d'État. En effet, le rapporteur public découvre le dossier lors de la réunion préparatoire, s'il est en désaccord avec la formation de jugement à l'issue de son étude du dossier, une nouvelle réunion a lieu⁶⁰⁸. Sans systématiser le recours à une double conférence, l'avis suggéré par le siège à l'issue d'une première délibération collective permettrait d'enrichir le débat en préparation du délibéré.

450. En conclusion, l'instruction des dossiers est doublement tributaire de la QPC. Avant la conférence préparatoire, les réformes mises en place par la Cour de cassation pour améliorer le dialogue entre siège et parquet afin d'enrichir l'instruction rapprochent la procédure de droit commun de celle de la QPC. Lors de la conférence préparatoire, l'influence de l'avocat général s'exerce - indépendamment de sa présence - en proportion de l'intérêt de son avis. En favorisant l'autonomisation de l'avocat général vis-à-vis du conseiller-rapporteur, la QPC induit également une plus grande influence du premier lors de la conférence préparatoire.

§2. La dialectique dans la phase de jugement de la QPC

451. L'intervention orale de l'avocat général lors de l'audience QPC peut constituer une nouvelle étape d'interaction enrichissant le processus décisionnel (I). S'agissant du délibéré, sa présence n'est pas déterminante pour la dialectique décisionnelle, l'avis de l'avocat général pouvant influencer les débats en son absence (II).

I. L'influence de l'avocat général lors de l'audience QPC

452. En QPC comme dans les contentieux de droit commun, l'avocat général exprime son avis lors de l'audience. Dans certaines circonstances, l'expression orale de l'avis de l'avocat général lors de l'audience peut être un outil de dialectique. La plupart du temps, les avocats généraux

⁶⁰⁸ D. CHAUAUX, « De la contradiction entre juges, réflexions sur le délibéré », *art. cit.*, p. 177.

lisent ou résument à l'audience leur avis écrit mais l'éloquence de la « plaidoirie » de certains, faisant ressortir les arguments essentiels de leur position, peut attirer l'attention de la formation de jugement⁶⁰⁹. Néanmoins, en l'absence d'éléments nouveaux, l'intérêt dialectique de l'intervention orale de l'avocat général est souvent faible. En revanche, dans l'hypothèse d'un dialogue entre la conférence préparatoire et l'audience, l'avocat général peut apporter de nouvelles données dans le débat. La pratique est courante à la chambre criminelle où les avocats généraux retravaillent fréquemment leurs conclusions entre la conférence et l'audience, aiguisant l'attention des juges à leur intervention⁶¹⁰.

453. Selon Jacques-Henri Stahl et Didier Chavaux, la publicité des conclusions du rapporteur public est essentielle au fonctionnement du Conseil d'État : « [le rapporteur public] sait que c'est dans le miroir, fidèle ou déformant, de ses conclusions que l'on cherchera, immédiatement ou des années plus tard, à cerner les ressorts de la décision prise par la formation de jugement⁶¹¹ ». L'expression publique est indispensable à la réalisation de la fonction première du rapporteur public : refléter les débats de la juridiction vers l'extérieur. Il n'est pas certain que cette logique puisse s'appliquer au Parquet général de la Cour de cassation au regard de l'indétermination de la fonction attendue de lui.

454. À la Cour de cassation, l'éloquence de la « plaidoirie » réalisée à l'audience QPC et l'apport d'éléments supplémentaires pour enrichir le délibéré peuvent faire de l'audience le lieu d'une nouvelle interaction des opinions.

II. L'influence de l'avocat général lors du délibéré de la QPC

455. En QPC comme dans les litiges de droit commun, l'avocat général est exclu du délibéré. Néanmoins, son absence ne diminue pas nécessairement son utilité dans la dialectique décisionnelle. Certes, la présence du rapporteur public au délibéré du Conseil d'État l'habilite à s'en faire le miroir, mais son caractère muet ne lui permet pas de participer à la dialectique. Sa présence est donc, sur ce plan, indifférente.

⁶⁰⁹ E. PICHON, conseillère à la chambre criminelle, entretien réalisé le 15 janvier 2019.

⁶¹⁰ E. PICHON, entretien précité.

⁶¹¹ D. CHAVALAUX, J.H. STAHL, « Le commissaire, le délibéré et l'équité du procès », *art. cit.*, p. 2116.

456. Il ressort des entretiens réalisés que, lors du délibéré, la formation de jugement inclut dans le débat les arguments de l'avocat général lorsqu'ils se distinguent de ceux du conseiller-rapporteur. À la chambre criminelle, il est même d'usage pour le rapporteur, après avoir présenté le dossier et la solution proposée devant ses collègues, de rappeler les arguments de l'avocat général et d'y répondre⁶¹². Aussi, à l'image de la conférence préparatoire, c'est davantage par la qualité de son argumentation que par sa présence physique que l'avocat général influe sur la discussion, les arguments se distinguant le plus de l'avis du rapporteur faisant l'objet d'une attention plus approfondie de la part des juges.

457. Ces témoignages corroborent les propos de Bernard Manin selon lequel « la délibération collective peut être favorisée par des discours tenus devant un auditoire ne discutant pas avec les orateurs⁶¹³ ». Relatant les travaux de Cass Sunstein, Bernard Manin souligne l'effet de « polarisation » pouvant entraver la délibération au sein d'une discussion de groupe. Il ressort de ces travaux que la tendance préexistante des opinions au sein d'un groupe délibérant se trouve renforcée après la discussion. Un groupe dans lequel l'opinion médiane se trouve, avant la discussion, modérément favorable à une mesure quelconque aura une opinion médiane fortement favorable à celle-ci après en avoir discuté. À cela s'ajoute selon lui le biais de confirmation entraînant une absence de prise en compte par le groupe des opinions contredisant leur opinion première. Enfin selon lui, la diversité des points de vue n'implique pas nécessairement leur opposition⁶¹⁴. À l'inverse, il remarque qu'une opinion exprimée hors discussion peut produire davantage de délibération qu'une opinion émise à l'intérieur de ce cadre. Dès lors, c'est bien l'intérêt de l'opinion de l'avocat général qui détermine sa prise en compte lors du délibéré, même en son absence.

458. De plus, l'absence de l'avocat général au délibéré peut se justifier sur le plan dialectique. Ayant exprimé une opinion arrêtée publiquement, la posture de l'avocat général se distingue de celles des juges. Le propre du délibéré est d'être un échange au cours duquel chaque participant s'ouvre aux arguments des autres et accepte de laisser sa position ouverte jusqu'au moment du vote⁶¹⁵. La participation d'un magistrat à la position arrêtée à un tel échange ne

⁶¹² É. PICHON, entretien précité.

⁶¹³ B. MANIN, « Délibération et discussion », *Revue suisse de Science politique*, vol. 10, n°4, 2004, p. 180.

⁶¹⁴ *Ibid.*, p. 186.

⁶¹⁵ D. CHAVALAUX, J.H. STAHL, « Le commissaire, le délibéré et l'équité du procès », *art. cit.*, p. 2116.

relève donc pas de l'évidence. Par conséquent, l'absence au délibéré n'entrave pas la réalisation de la fonction d'avocat général - outil de dialectique décisionnelle.

459. Les avocats généraux restent parfois interrogatifs face à une décision de leur chambre qu'ils ne comprennent pas⁶¹⁶, sentiment aggravé en matière de QPC qui requiert un travail important et délicat de détermination du caractère sérieux. La faible motivation de la décision de renvoi ou de non renvoi⁶¹⁷ peut laisser l'avocat général perplexe. Cette incompréhension des raisons du choix nuit certainement à la coopération entre siège et parquet et peut être palliée par un enrichissement de la motivation des décisions - et plus particulièrement en matière de QPC - complété ou remplacé par un dialogue informel entre le siège et le parquet à l'issue du délibéré.

⁶¹⁶ C. MARILLY, avocate générale référendaire à la première chambre civile, entretien réalisé le 15 janvier 2019.

⁶¹⁷ Les décisions QPC sont souvent moins motivées que les pourvois classiques.

CONCLUSION

460. Pour être utile au processus décisionnel de la Cour de cassation, l'avocat général doit trouver la juste distance avec le siège. L'avis QPC doit être suffisamment distinct du rapport pour apporter un « autre regard », mais suffisamment connecté à la formation de jugement pour impacter et enrichir le débat. À différents égards, la QPC contribue à réinventer un équilibre rompu par l'exclusion des avocats généraux de la conférence préparatoire et du délibéré. Privés d'une connaissance intime de la jurisprudence de la chambre, les avocats généraux ne sont plus en mesure d'offrir un contrepoint aux arguments soulevés par le conseiller-rapporteur ; l'efficacité de l'instruction des dossiers par examens successifs s'en trouve altérée. Du fait de la brièveté de ses délais, la QPC offre une particularité procédurale utile en imposant l'examen simultané du dossier par le conseiller-rapporteur et l'avocat général. Ce faisant, il permet au second de s'autonomiser du premier et d'influencer davantage la formation de jugement. La QPC valorise d'autres spécificités du Parquet général de la Cour de cassation ; leur pluridisciplinarité devient un atout au contact d'un contentieux tributaire des comparaisons et de la prise de hauteur, tout comme la proximité avec la société civile, rendue possible par la séparation institutionnelle, qui fait sens dans un contentieux de garantie des droits.

461. Néanmoins, l'utilité de l'avis QPC est tributaire de la qualité de ses interactions avec la formation de jugement. L'avocat général introduit une dose de contradictoire au sein du dialogue des juges⁶¹⁸, réduisant l'aléa judiciaire. À la Cour de cassation, la procédure d'instruction des dossiers sensibles s'aligne progressivement sur celle de la QPC, favorable au dialogue et au travail conjoint des deux magistrats instructeurs. La procédure d'instruction par examens simultanés révèle l'étendue de ses avantages en améliorant ainsi le processus décisionnel. La qualité du raisonnement proposé par l'avocat général et son autonomie vis-à-vis du rapport paraissent être des facteurs déterminants de l'influence de l'avis à la conférence et au délibéré, indépendamment de la présence de leur auteur. Dès lors, l'autonomisation favorisée par la QPC s'avère être un ingrédient clef de l'utilité de l'avis dans le processus décisionnel.

⁶¹⁸ Entretien avec un conseiller d'État réalisé par Mathilde Cohen ; M. COHEN et P. PASQUINO, *La motivation des décisions de justice, entre épistémologie sociale et théorie du droit : le cas des cours souveraines et des cours constitutionnelles: rapport final*, art. cit., p. 89.

CHAPITRE 2. LE ROLE DE L'AVOCAT GENERAL A L'EXTERIEUR DE LA COUR DE CASSATION RENOUVELE PAR LA QPC

462. Une fois la QPC filtrée par la Cour de cassation, l'avis de l'avocat général devient un complément éclairant la lecture de l'arrêt. Deux axes d'étude ont permis d'évaluer l'utilité post-décisionnelle des avis QPC. Premièrement, la rencontre avec les destinataires – directs ou indirects – des arrêts de filtrage a mis en exergue un large panel d'utilisations des conclusions, illustrant la richesse de leur contenu. Deuxième axe de recherche, l'étude des modes de diffusion de l'avis par la Cour de cassation fut instructive sur les destinataires visés par ce complément et la variété des objectifs poursuivis par sa mise à disposition. À travers ce panorama de l'utilisation de l'avis de l'avocat général par les destinataires de l'arrêt de filtrage se dessinent les contours d'un complément protéiforme aux multiples potentialités. Les requérants et les praticiens ont recours à l'avis de l'avocat général pour éclairer les motifs parfois laconiques de l'arrêt QPC tandis que le Conseil constitutionnel et le gouvernement l'utilisent pour appréhender rapidement les enjeux constitutionnels du dossier (Section 1). L'avis contribue également à légitimer la Cour de cassation aux yeux des français par la clarté de son raisonnement et de son style, vecteurs de transparence des décisions et, partant, de confiance des citoyens (Section 2).

Section 1. L'apport de l'avis à la compréhension de l'arrêt QPC

463. L'utilité de l'avis de l'avocat général varie selon les destinataires de l'arrêt QPC. Pour les praticiens et les parties, l'avis améliore la compréhension des motivations de la Cour de cassation. Les requérants recherchent dans les conclusions des réponses à leurs arguments, les avocats et les magistrats un éclairage sur la pratique jurisprudentielle de la Cour en matière de QPC afin d'évaluer les chances de transmission d'une question similaire. Ce complément demeure néanmoins partiel du fait du décalage entre l'opinion de l'avocat général et celle de la formation de jugement (§1). Une fois le filtre franchi, l'avis est transmis au Conseil constitutionnel en complément de l'arrêt. Au regard des brefs délais d'instruction, l'avis est un instrument précieux. L'argumentation de l'avocat général sur les moyens soulevés par le requérant permet au Gouvernement et au Conseil constitutionnel d'appréhender rapidement les

termes du débat. Inconvénient au stade du filtre, le décalage entre l'avis et l'arrêt devient devant les juges de Montpellier indifférent, lorsqu'il n'enrichit pas encore davantage le débat constitutionnel (§2).

§1. Un complément partiel devant les juges du filtre

464. En argumentant la solution préconisée, l'avocat général produit une motivation. Son avis complète utilement l'arrêt QPC par l'étayage du contexte matériel et juridique. Pour les requérants avides de comprendre une décision les concernant au premier chef, comme pour les praticiens souhaitant appliquer une solution jurisprudentielle à une QPC similaire, ces éclairages sont précieux (I). Néanmoins, l'avis de l'avocat général ne reflète pas l'opinion de la formation de jugement. Ce décalage entre l'arrêt et l'avis diminue la valeur explicative de la pensée de la Cour mais peut s'avérer utile pour éclairer les requérants sur la pertinence de leurs arguments (II).

I. Un utile complément de l'arrêt QPC de la Cour de cassation

465. L'avis QPC de l'avocat général se rapproche matériellement d'une motivation par son style et son contenu (A). Loin d'être théorique, le parallèle entre avis et motivation trouve un écho dans l'utilisation des avis QPC par les lecteurs de la décision. En effet, les parties et les praticiens y ont régulièrement recours pour éclairer le sens de l'arrêt de la Cour de cassation (B).

A. L'avis : une motivation extérieure à l'arrêt

466. Ne pouvant se prononcer par voie d'autorité du fait de sa fonction de « conseiller », l'avocat général doit justifier sa position, donc la motiver. Si l'avis n'en devient pas pour autant *la* motivation de l'arrêt QPC, il contient cependant *une* motivation (1). Néanmoins, l'avis QPC peut représenter une partie de *la* motivation de l'arrêt par son éclairage du contexte matériel et juridique de la QPC soumise à la Cour (2).

1. L'expression d'une motivation

467. Selon Pascale Deumier, la motivation idéale devrait révéler l'ensemble des raisons ayant entraîné la décision : « Idéalement, la Cour de cassation devrait présenter la décision pour ce qu'elle est : une proposition de droit élaborée pour les circonstances de la cause au moyen d'une interprétation⁶¹⁹ ». Dans cette optique, la motivation devrait expliciter la lignée jurisprudentielle dans laquelle la décision s'inscrit ou dont elle se détache. Si des critiques doctrinales existent, la décision devrait les discuter. Les débats parlementaires, les considérations politiques, économiques ou sociales ayant orienté le choix de la formation de jugement devraient également être révélés tant elles revêtent une utilité particulière dans le cadre d'un contentieux reposant sur l'évaluation de l'intention du législateur. Si la jurisprudence d'autres juridictions suprêmes a contribué à orienter le raisonnement de la Cour, la référence devrait également figurer dans la motivation⁶²⁰.

468. Le contenu idéal de la motivation des décisions de la Cour de cassation n'est pas sans rappeler la teneur des avis des avocats généraux. L'analyse de ces documents préparatoires a révélé de fréquentes citations doctrinales, des références aux précédents de filtrage soulignant l'inscription de la décision dans une lignée jurisprudentielle, des comparaisons avec la jurisprudence européenne et des considérations extra-juridiques⁶²¹. La correspondance des avis des avocats généraux aux canons de motivation s'explique par la fonction dévolue à l'avocat général de la Cour de cassation. Dépourvu de pouvoir décisionnel, l'avocat général doit préconiser une solution au litige, en matière de QPC, le renvoi ou non de la question au Conseil constitutionnel. Ne pouvant se prononcer par voie d'autorité du fait de sa fonction de conseil, l'avocat général n'a d'autre alternative que de justifier la pertinence de sa préconisation par des arguments. En explicitant les raisons ayant déterminé son choix, l'avis de l'avocat général *est* l'essence de la motivation telle que définie par Pascale Deumier.

469. La comparaison entre l'avis et la motivation des décisions de justice est corroborée par l'exemple anglais. Jusqu'à récemment, la Cour suprême du Royaume-Uni ne faisait que

⁶¹⁹ P. DEUMIER, « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », *Archives de philosophie du droit*, n°50, 2006, p. 59.

⁶²⁰ *Ibidem.*, p. 49 ; P. DEUMIER, « Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? Raisons, identification, réalisation », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 2022.

⁶²¹ Voir *supra*.

recommander une solution aux membres du Parlement⁶²², cette fonction de « conseil » de la juridiction constitutionnelle anglaise rapproche matériellement les juges des avocats généraux.

470. La comparaison avec les juridictions suprêmes anglaises et américaines souligne le lien entre avis et motivation détaillée. Les juridictions de *common law* sont réputées pour la transparence de leur motivation⁶²³. Elle est le fruit d'un processus décisionnel favorisant l'expression d'un avis. En effet, dans les juridictions de suprêmes anglaises et américaines, les juges expriment chacun leur position à l'issue de l'audience avant de voter sur la solution à apporter au litige. L'un des juges partageant l'opinion majoritaire est alors désigné pour rédiger un projet de jugement. La possible expression des autres juges par le biais des opinions séparées décharge le rédacteur du poids du consensus, évitant ainsi les formulations allusives nécessaires au compromis. Ainsi, la motivation détaillée des décisions est le produit d'un processus de production des arrêts reposant sur l'expression d'une opinion.

471. L'organisation du Tribunal constitutionnel fédéral allemand corrobore ce constat. Contrairement aux juridictions suprêmes anglaises et américaines où l'instruction est réalisée par l'ensemble des juges, l'instruction des dossiers repose en Allemagne sur le juge rapporteur⁶²⁴. Cette organisation est typique des juridictions de type *ex ante*⁶²⁵. Dans ce type de juridictions, la décision est prise avant le délibéré. Contrairement aux juridictions *ex post*, la collégialité prédomine, le juge rapporteur se doit de rédiger une décision représentant la voix univoque de l'institution dans son ensemble, non son opinion⁶²⁶. Pourtant, l'office du juge rapporteur allemand se singularise par la grande liberté qui lui est attribuée dans l'expression de son opinion. Celui-ci « défend son projet [de décision] lors du délibéré, utilisant certaines tactiques d'argumentation afin d'influencer la direction de ses délibérés⁶²⁷ », « Ce sont les

⁶²² P. DEUMIER, « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », *art. cit.*, p. 42.

⁶²³ « Il n'existe pas aux États-Unis de débat sur la motivation » : E. ZOLLER, « La motivation des décisions de la Cour suprême des États-Unis », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. 28, n° 28-2012, 2013, p. 48.

⁶²⁴ D. CAPITANT, « La motivation des décisions de la Cour constitutionnelle allemande », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. 28, n° 28-2012, 2013 ; R. WEBER, « Cour constitutionnelle allemande », in : *L'élaboration des décisions des cours constitutionnelles et européennes*, Mission de recherche droit et justice, 2017, www.gip-recherche-justice.fr, p. 74.

⁶²⁵ M. COHEN, P. PASQUINO, *La motivation des décisions de justice, entre épistémologie sociale et théorie du droit : le cas des cours souveraines et des cours constitutionnelles: rapport final*, Mission de recherche Droit et justice, 2013, www.gip-recherche-justice.fr.

⁶²⁶ M. COHEN, P. PASQUINO, *La motivation des décisions de justice, op.cit.*, p. 41 et s.

⁶²⁷ R. WEBER, « Cour constitutionnelle allemande », *art. cit.*, p. 77.

tactiques argumentatives et discursives du juge rapporteur qui conduisent à une solution⁶²⁸ ». Les décisions ainsi obtenues sont saluées pour leur force argumentative et pédagogique⁶²⁹. La qualité des décisions allemandes est le produit du processus décisionnel de Karlsruhe. Représentant l'opinion du juge rédacteur, les décisions du Tribunal constitutionnel fédéral arborent des motivations détaillées et transparentes. Cette pratique rapproche le juge rapporteur allemand d'un avocat général défendant son opinion auprès de la chambre de la Cour de cassation auprès de laquelle il officie.

472. En justifiant les raisons, juridiques, extra-juridiques, doctrinales et précédentielles de la solution qu'il préconise à la formation de jugement, l'avocat général produit matériellement une motivation pouvant utilement compléter la décision de la Cour de cassation.

2. Un complément de la motivation

473. L'avis QPC de l'avocat général peut apparaître comme un complément de l'arrêt de filtrage de la Cour de cassation. En effet, l'avis contient des éléments essentiels à la compréhension de la décision tels que le détail des faits d'espèce, l'objet du litige et les moyens soulevés par les parties.

474. La présence de ces éléments clefs dans un document périphérique à la décision n'est pas inédit. La plupart des Cours suprêmes européennes intègrent dans leurs décisions le contexte juridique et factuel nécessaire à leur compréhension, à l'instar des décisions constitutionnelles allemandes, belges, autrichiennes, espagnoles et italiennes⁶³⁰. En revanche, d'autres les relaient au sein d'un document accessoire tel que les conclusions du commissaire du gouvernement. Le Conseil d'État pratique cette répartition de motivation avec succès depuis sa création. Nicolas

⁶²⁸ *Ibid.*, p. 78.

⁶²⁹ E. FRANÇOIS, « La cour constitutionnelle fédérale et la culture juridique allemande », *Le débat*, vol. 1, n° 168, 2012, p. 88.

⁶³⁰ D. CAPITANT, « La motivation des décisions de la Cour constitutionnelle allemande », *art. cit.* ; P. NIHOUL, « La motivation des décisions de la Cour constitutionnelle belge », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. 28, n° 28-2012, 2013 ; Marc VERDUSSEN, « Cour constitutionnelle belge », in *L'élaboration des décisions des cours constitutionnelles et européennes*, Mission de recherche droit et justice, 2017, www.gip-recherche-justice.fr ; J. GIUDICELLI, « La motivation des décisions de la Cour constitutionnelle italienne: fondements, fonctions et débats », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. 28, n° 28-2012, 2013 ; M. PEREZ-MONEO, W. MASTOR, « La motivation des décisions du Tribunal constitutionnel espagnol », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. 28, n° 28-2012, 2013.

Rainaud soulignait à ce propos que « le commentateur serait bien souvent, sans son aide⁶³¹, réduit à formuler des conjectures non seulement sur le cadre juridique d'ensemble mais aussi sur les circonstances de l'espèce. Aussi est-il usuel de lire dans les chroniques de jurisprudence les remerciements de l'auteur au commissaire qui lui a transmis ses conclusions sur l'arrêt⁶³²». Au Conseil d'État, les conclusions du rapporteur public ont toujours été envisagées comme des compléments des arrêts. À l'inverse, l'absence de rapporteur public auprès de la Cour européenne des droits de l'homme l'a conduite à intégrer davantage d'éléments dans la décision⁶³³. Aussi, la motivation des décisions peut être répartie entre la décision-même et certains documents préparatoires.

475. Entre la décision et ses documents périphériques semble s'opérer un jeu de vases communicants. Les données essentielles à la compréhension de l'arrêt peuvent figurer alternativement dans l'un ou l'autre document. L'utilité de ces éléments dans la décision est prouvée par la permanence de leur publicité, quel qu'en soit le support. Le cas des États-Unis est sur ce point éclairant. Juridiquement, la Cour suprême américaine n'est soumise à aucune obligation de motivation. Dans les faits, les juges ont toujours donné, à l'oral, le détail de leur raisonnement. Rapidement, les avocats voulurent garder une trace de ces opinions et désignèrent l'un d'entre eux pour consigner par écrit le raisonnement des juges. Ces écrits furent rassemblés dans des recueils d'arrêts, les *law reports*, destinés à la profession. Au XVIII^e siècle, les rapports se font plus précis dans leur contenu, distinguant la présentation des faits, les arguments des parties et les justifications de la décision⁶³⁴. Progressivement, les juges se mirent à relire les rapports faits de leurs opinions afin d'en garantir l'authenticité. Vers 1804, les juges commencèrent à rendre leurs opinions par écrit, intégrant de fait ces éléments au sein de leurs jugements. Aux États-Unis, la nécessité pratique a conduit les avocats à créer un document périphérique dont le contenu rejoindra finalement la décision. Cet exemple témoigne de la nécessaire justification des décisions et de la variabilité de son support.

476. Le cas de la Cour de justice de l'Union européenne illustre également le jeu des vases communicants entre décision et documents périphériques observé dans l'exemple américain.

⁶³¹ Du commissaire du gouvernement.

⁶³² N. RAINAUD, *Le commissaire du gouvernement près le Conseil d'État*, Paris : LGDJ, 1996, p. 4.

⁶³³ J-P. COSTA, « Le style de la Cour européenne des droits de l'homme », *Justice et cassation*, 2013, p. 247.

⁶³⁴ E. ZOLLER, « La motivation des décisions de la Cour suprême des États-Unis », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. 28, n° 28-2012, 2013.

Depuis 1994, le rapport d'audience comprenant les circonstances factuelles et juridiques de l'affaire n'est plus publié⁶³⁵, même s'il continue à être réalisé en interne pour le bon déroulé du processus décisionnel. L'absence de publicité de ces éléments se révèle rapidement problématique si bien que les avocats généraux y pallièrent en intégrant son contenu au sein de leurs conclusions. Nécessité faisant loi, l'absence d'éléments essentiels dans la décision entraîne une publication de documents périphériques les comportant⁶³⁶.

477. La Cour de cassation s'inscrit dans la continuité de ce schéma. L'avis de l'avocat général complète la décision du quai de l'Horloge en rendant visible le contexte matériel et juridique du litige. La répartition horizontale du contenu de la motivation entre décision et avis rend possible la conciliation des impératifs contradictoires que sont l'information du lecteur et *l'imperatoria brevisitas*.

478. Rendant accessible des éléments essentiels à la compréhension de la décision, l'avis complète la motivation sans nuire à sa lisibilité. Les décisions aux motivations très détaillées (qualifiées de « vertes prairies » par certains auteurs en comparaison à la motivation de la Cour de cassation⁶³⁷) sont régulièrement critiquées pour leur longueur excessive dans laquelle se noie la *ratio decidendi*⁶³⁸. Cet inconvénient est régulièrement souligné à l'égard de la CEDH et de la CJUE : « à la page 50 je m'y perds⁶³⁹ ». Ce spectre de la décision-fleuve transparaît sous la plume de Pascale Deumier au cours de son étude de la composition idéale de la motivation de la Cour de cassation : « Néanmoins, parce que ces considérations dépassent le texte interprété et les circonstances de la cause, la question de leur révélation est délicate⁶⁴⁰ », « officialiser une telle démarche comporte le risque d'engendrer la confusion entre les

⁶³⁵ Supprimé une première fois, le rapport d'audience avait été réintroduit à la demande des praticiens et des gouvernements nationaux ; L. CLÉMENT-WILZ, *La fonction de l'avocat général près la Cour de justice*, Bruxelles : Bruylant, 2011, p. 692.

⁶³⁶ E. ZOLLER, « La motivation des décisions de la Cour suprême des États-Unis », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. 28, n° 28-2012, 2013 ; mais aussi l'exemple des *law reports* américains, voir *supra*.

⁶³⁷ H. MUIR WATT, « La motivation des arrêts de la Cour de cassation et l'élaboration de la norme », *art. cit.* p. 55.

⁶³⁸ C. SCHONBERGER, « Le style des décisions de la Cour de justice de l'Union européenne: mi attendu - mi dissertation », *Droit et société*, 2015/3, n° 91, 2015, p. 505 ; J-P. COSTA, « Le style de la Cour européenne des droits de l'homme », *Justice et cassation*, 2013, p. 247 ; J-C. BONICHOT, « Le style des arrêts de la CJUE », *Justice et cassation*, 2013, p. 253 ; L. COUTRON, « Style des arrêts de la Cour de justice et normativité de la jurisprudence communautaire », *RTD Civ.*, 2009, p. 643 ; A. DUFFY, « La motivation des décisions de la Cour suprême du Royaume-Uni », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. 28, n° 28-2012, 2013.

⁶³⁹ L. BORE, « Le point de vue du praticien », in : *Comment rédiger une décision de justice au XXIe siècle ?* Fanny MALHIERE (Dir.), Paris : Dalloz, 2018, p. 93.

⁶⁴⁰ P. DEUMIER, « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », *art. cit.* p. 65.

arguments développés dans des interprétations extérieures et ceux qui ont déterminé la Cour⁶⁴¹ ». Le doyen Carbonnier considère pour sa part qu'il n'est pas opportun de révéler au sein de la décision des motivations réelles mais attestant du jugement en équité véritablement à l'œuvre⁶⁴².

479. Face à la nécessité d'explicitier ses motivations, la Cour de cassation peut : « ne rien dire, le dire ou le dire hors du texte officiel, dans un document à seule valeur informative⁶⁴³ ». La répartition des informations entre décision et documents périphériques, « documents à valeur informative » selon Pascale Deumier, peut utilement compléter la décision sans en entraver la lisibilité.

480. À la Cour de cassation, le processus décisionnel pourrait être aménagé pour maximiser la capacité de l'avocat général à compléter l'arrêt. Le partage des informations entre siège et parquet, par la communication régulière sur les difficultés soulevées par le litige, permettrait à l'avocat général de rendre compte de ces éléments au sein de son avis, déchargeant d'autant la Cour. Les développements revêtus de l'autorité de la chose filtrée trouveraient leur place au sein du document *princeps* quand les compléments utiles pourraient être largement étayés dans l'avis.

B. L'avis : un complément pour les lecteurs de l'arrêt

481. Entre contentieux objectif et contentieux subjectif, la décision de filtrage de la Cour de cassation s'adresse à la fois aux parties souhaitant comprendre les raisons de la décision (1), et aux praticiens cherchant à saisir les subtilités de la pratique jurisprudentielle de la Haute Cour en matière de QPC (2).

⁶⁴¹ *Ibid.*

⁶⁴² J. CARBONNIER, *Introduction au droit*, 1^{ère} ed., Paris : PUF, 2004, p. 24.

⁶⁴³ P. DEUMIER, « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », *art. cit.*

1. Un complément nécessaire à la compréhension de la décision par les parties

482. Premier intéressé par le filtrage de la question prioritaire de constitutionnalité, le requérant peut rester interrogatif face à une motivation laconique de la Cour de cassation. Le plus souvent, les avocats généraux synthétisent dans leurs avis les arguments soulevés dans le mémoire QPC avant d’y répondre, à l’instar de cet avis de l’avocat général Dominique Sarcelet retranscrit ici largement :

« Les observations transmises pour M. X soutiennent que la liberté de mariage ’n’est pas protégée si, en aval, les droits inhérents à cette union ne sont pas protégés et si les modalités de dissolution la vident de sa substance’. Elles font reproches aux dispositions litigieuses de priver le contentieux du divorce d’une appréciation subjective portant sur la séparation subjective portant sur la séparation de deux êtres humains, en lui substituant une constatation objective qui ne peut pas être contestée par l’époux défendeur.

Ces dispositions permettraient, ainsi, à l’époux qui a manqué à ses devoirs conjugaux de s’en prévaloir en justice pour obtenir automatiquement le divorce, ce qui caractériserait une forme de répudiation, ce que les travaux parlementaires n’ont pas manqué de souligner. Les débats parlementaires ont effectivement montré quelques réticences à admettre la nouvelle procédure de divorce pour altération définitive du lien conjugal, et l’inquiétude de Monsieur Michel Vaxs, citant Engels, visait plus particulièrement les femmes ‘premières victimes du divorce’. [...] A suivre les motivations des parlementaires ayant exprimé leurs réserves à l’égard de cette procédure, elle porterait atteinte à une nécessaire ‘solidarité familiale’, qui ne doit pas être confondue avec le droit de mener une vie familiale normale⁶⁴⁴ ».

483. Quand l’arrêt de la Cour de cassation motive son refus de transmission par : « Et attendu, d’autre part, que la question posée ne présente pas un caractère sérieux dès lors, d’abord, que le prononcé du divorce après constatation de l’altération définitive du lien conjugal ne contrevient pas au droit de mener une vie familiale normale, ensuite, qu’étant accordée à chacun des époux,

⁶⁴⁴ Avis de l’avocat général SARCELET, QPC n° 12-40.027, première chambre civile, 2012, n° 149.

cette possibilité de demander le divorce n'est pas contraire au principe d'égalité⁶⁴⁵ », l'avocat général détaille davantage sa réponse aux arguments du requérant :

« La jurisprudence évoquée ne permet pas davantage de soutenir qu'il y aurait une dissolution automatique du lien conjugal, alors que faisant application des dispositions de la loi de 2004, vous avez retenu, dans la continuité de la jurisprudence antérieure, qu'il revient aux juges du fond d'apprécier souverainement l'existence d'une séparation de deux alors lors de l'assignation en divorce [...] Au regard des devoirs et droits respectifs des époux, l'article 215 du code civil énonce que ceux-ci s'obligent mutuellement à une communauté de vie. L'altération du lien conjugal fonde sur la cessation de la communauté de vie, qu'elle soit le fait d'un seul des époux ou qu'elle soit acquise de leur mutuelle convenance, ne peut donc pas porter atteinte au droit à mener une vie familiale normale. L'égalité devant la loi est de plus préservée par les dispositions de l'article 246 du code civil qui offre au conjoint la possibilité de solliciter concurremment le divorce pour faute, le juge étant alors appelé à examiner en premier lieu cette demande. Quand au caractère sérieux de la question sur le fondement d'une atteinte au principe d'égalité devant la loi, il concernerait l'égalité entre les époux et résulterait non pas des dispositions litigieuses mais de l'appréciation portée sur les effets des divorces inégalitaires, contraires à l'ordre public international. Un tel raisonnement suppose que le divorce pour altération définitive du lien conjugal puisse être assimilé à une répudiation, ce qui n'est pas le cas. Il ne peut pas, non plus, être soutenu que l'égalité entre époux serait rompue par l'initiative prise par l'un d'eux de faire cesser la communauté de vie, sauf à permettre l'indissolubilité du mariage. Au demeurant, les conséquences subies par l'époux du fait de la dissolution du mariage dans cette hypothèse peuvent donner lieu au paiement de dommages et intérêts dans les conditions prévues par l'article 266 du code civil. La communauté de vie ne saurait être confondue avec le devoir de secours et l'égalité des époux devant la prestation compensatoire, destinée à compenser la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives des époux, ne peut en rien constituer une sanction à l'égard de l'époux, défendeur au divorce demandé sur le fondement des articles 237 et 238. Enfin, le lien conjugal ne pouvant exister que de l'accord des époux, l'interruption

⁶⁴⁵ Cass. civ 1, pourvoi n° 12-40.027, 6 juin 2012.

du délai de deux ans au terme duquel l'altération définitive peut en être constatée ne peut procéder que de ce même accord des époux. Il n'y a, là encore, aucune rupture d'égalité entre les époux qui puisse justifier du caractère sérieux de cette question prioritaire de constitutionnalité⁶⁴⁶ ».

484. En comparaison, le rapport relatif à cette QPC est bien plus objectif : « Monsieur [X] considère que ces dispositions contreviennent aux principes constitutionnels de droit de mener une vie familiale normale et à celui d'égalité devant la loi⁶⁴⁷ ». Après avoir rappelé succinctement le moyen soulevé, le conseiller-rapporteur concentre ses développements sur les normes constitutionnelles et la jurisprudence relative à ces deux principes. Si des contre-exemples existent⁶⁴⁸, la subjectivité de l'avis le prédispose davantage à une réponse aux arguments formulés que le rapport.

485. Selon les avocats au conseil entendus au cours de cette étude, les réponses des avocats généraux à leurs arguments sont très attendues par les parties. Cette attente fait écho au « droit de comprendre⁶⁴⁹ ». « Grâce aux motifs, celui qui a perdu un procès sait comment et pourquoi⁶⁵⁰ », la motivation permet de convaincre le justiciable que « même s'il n'a pas eu gain de cause, la position adoptée par le juge est juste⁶⁵¹ ». La fonction pédagogique de la motivation est essentielle, « un discours ne peut être efficace que s'il est adapté à l'auditoire qu'il s'agit de persuader ou de convaincre⁶⁵² ». Selon Tony Sauvel : « Nous ne demandons pas seulement au juge de mettre fin à nos différends, nous demandons de nous expliquer, de nous faire comprendre, nous voudrions non pas être seulement jugés, mais si possible persuadés, ce qui est bien autre chose⁶⁵³ ». Dans le prolongement de cette utilité rationnelle pour le justiciable, l'étayage de la motivation permet au requérant d'apprécier les chances d'un éventuel recours et de l'exercer⁶⁵⁴.

⁶⁴⁶ Avis de l'avocat général SARCELET, QPC n° 12-40.027, première chambre civile, 2012. N° 149.

⁶⁴⁷ Rapport relatif à la QPC n° 12-40.027.

⁶⁴⁸ Certains avis ne rappellent que succinctement les arguments des parties quand certains rapports se distinguent par leur étayage.

⁶⁴⁹ H. OBERDORFF, « L'émergence d'un droit de comprendre », *EDCE*, n° 43, 1992, p. 217.

⁶⁵⁰ T. SAUVEL, « Histoire du jugement motivé », *RDP*, 1955, p. 5.

⁶⁵¹ M. BENICHO, « La formation de l'avocat et la qualité des décisions de justice », in : *La qualité des décisions de justice*, *op. cit.* p. 112.

⁶⁵² C. PERELMAN, *Logique juridique : nouvelle rhétorique*, Paris : Dalloz, 1999, p. 107.

⁶⁵³ T. SAUVEL, « Histoire du jugement motivé », *RDP*, 1955, p. 15.

⁶⁵⁴ F. ZENATI-CASTAING, « La motivation des décisions de justice », *Recueil Dalloz*, 2007, p. 1553.

486. En apportant des réponses aux arguments soulevés par les requérants, l'avis de l'avocat général assure une fonction majeure de la motivation des décisions de justice, sa fonction pédagogique⁶⁵⁵. Les parties trouvent dans ce document périphérique des éclaircissements sur les raisons de la décision de la Cour de cassation. Par les réponses qu'il apporte aux arguments, l'avocat général offre aux requérants une représentation de la façon dont ils ont été débattus devant la Cour, à l'image des conclusions du rapporteur public qui « représentent, mettent en scène, le travail d'analyse effectué par plusieurs de ses collègues⁶⁵⁶ ».

487. Ainsi, les conclusions des avocats généraux apportent au requérant ayant soulevé une question prioritaire de constitutionnalité des réponses à ses arguments, l'éclairant sur la façon dont la Cour a pu les appréhender et contribuer à remplir l'office pédagogique de la motivation des décisions de justice. Au-delà de la réponse apportée au litige d'espèce, l'arrêt QPC de la Cour de cassation revêt une portée jurisprudentielle. Les avocats ou les magistrats confrontés à une QPC rappelant un cas déjà soumis à la Haute Cour ont recours aux avis des avocats généraux pour éclairer les précédents de filtrage.

2. Un complément nécessaire à l'application du précédent de filtrage

488. Les décisions de filtrage des QPC sont essentielles aux avocats et aux magistrats de l'ordre judiciaire confrontés à une QPC portant sur une question similaire. Si la question posée par les requérants a déjà été soumise à la Cour de cassation à l'occasion d'un précédent litige, les praticiens ont recours aux documents préparatoires de l'arrêt pour éclairer la décision et apprécier les chances de renvoi de la nouvelle question au Conseil constitutionnel.

489. Lorsqu'ils ne sont pas partie à l'audience, les avocats n'ont accès ni au rapport du conseiller-rapporteur ni à l'avis de l'avocat général. Pourtant, nombre d'entre eux sollicitent la communication de ces deux documents auprès du Parquet général ou du service de la documentation, des études et du rapport. D'autres contactent directement leur confrère partie à

⁶⁵⁵ P. TEXIER, « Jalons pour une histoire de la motivation des sentences », in : *La motivation, actes du colloque de Limoges, 1998*, Paris : LGDJ, 2000, p. 5 ; N. FRICERO, « La qualité des décisions de justice au sens de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme », in : *La qualité des décisions de justice - Études réunies par Pascal MBONGO*, Strasbourg : Éditions du Conseil de l'Europe, 2007, p. 67 ; H. COLOMBET, A. GOUTTEFANGEAS, « La qualité des décisions de justice. Quels critères ? », *Droit et société*, 2013/1, n° 83, 2013, p. 155.

⁶⁵⁶ I. DA SILVA, « Les conclusions, fragments d'un discours contentieux », in : *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*, Paris : Dalloz, 2009, p. 359.

l'affaire pour transmission⁶⁵⁷. Certains privilégient l'avis au rapport dans leur recherche de la reconstitution du mémoire initial, jugeant le rapport trop théorique, ils privilégient les conclusions du magistrat « conseiller »⁶⁵⁸. Le recours à ces documents est à leurs yeux essentiel à la compréhension des décisions QPC de la Cour de cassation car ils leur permettent d'apprécier l'opportunité de la transposition d'un précédent. En effet, les documents périphériques complètent utilement la décision de la Cour. Non soumis à l'impératif de concision des arrêts, le juge rapporteur et l'avocat général étayent les faits du litige et les arguments soulevés par les requérants. Cet étayage dépend de la pratique de chacun. Le souci d'exhaustivité conduit souvent le juge rapporteur à retranscrire les arguments soulevés dans une partie dédiée⁶⁵⁹, mais il n'est pas rare de le voir s'en tenir à une approche objective de contrôle de norme à norme⁶⁶⁰, dépouillant son rapport des arguments du requérant au profit des normes et jurisprudences applicables. Les avis connaissent sur ce point une équivalente diversité. Organisés parfois comme une réponse claire aux arguments retranscrits⁶⁶¹, répondant ailleurs à des questions dont la formulation échappe au lecteur⁶⁶².

490. La publication d'avis d'avocats généraux dans des revues juridiques atteste de cette utilité. Envisagés par les éditeurs juridiques comme des notes de jurisprudence, les avis ne sont publiés qu'à l'attention des praticiens pour éclairer la décision rendue⁶⁶³. Du point de vue des éditeurs juridiques, l'avis de l'avocat général complète la décision de la Cour en rendant intelligible les enjeux de la question, la ligne jurisprudentielle de la Cour et le cadre juridique :

« Cette idée d'une littérature forte reflète l'opposition fondamentale entre le droit presque désincarné que les juristes s'efforcent d'approcher en dégagant les considérants essentiels d'une décision et le droit « situé » et compréhensible exprimé par les conclusions⁶⁶⁴ ».

⁶⁵⁷ P. SPINOSI, avocat au Conseil, entretien réalisé le 12 octobre 2018 ; L. BORÉ, avocat au Conseil, entretien réalisé le 03 décembre 2018.

⁶⁵⁸ P. SPINOSI, entretien précité.

⁶⁵⁹ Exemple : Rapport relatif à la QPC n° 09-86.425 du 7 mai 2010 : une partie est dédiée au résumé du mémoire.

⁶⁶⁰ Exemple : Rapport relatif à la QPC n° 18-40.031 du 25 octobre 2018 ; rapport relatif à la QPC n° 18-40.019 du 11 juillet 2018 : au rappel des faits succède l'analyse des textes applicables et des critères de renvoi.

⁶⁶¹ Exemple : Avis de l'avocate générale C. NICOLETIS, QPC n° 18-40.031, audience du 25 octobre 2018.

⁶⁶² Avis de l'avocate générale MORACCHINI, QPC n° 18-84.726 pour l'audience du 24 octobre 2018.

⁶⁶³ Entretien avec le rédacteur en chef du recueil Dalloz, 29 octobre 2018.

⁶⁶⁴ N. RAINAUD, *Le commissaire du gouvernement près le Conseil d'État*, Paris : LGDJ, 1996, p. 5.

491. La proximité institutionnelle entre l'avocat général et le siège donne à l'avis une « valeur explicative de la pensée de la Cour » supérieure à celle d'un article de doctrine. Ce constat, formulé à l'égard des avocats généraux de la Cour de justice de l'Union européenne, est aisément transposable à la Cour de cassation :

« Contrairement aux commentateurs, les avocats généraux sont présents quotidiennement à la Cour de justice de l'Union européenne. Dès lors, même s'ils ne participent pas au délibéré et, par conséquent, ne peuvent que supposer le traitement judiciaire de leurs arguments, ils font néanmoins partie du même 'espace jurisprudentiel' que les juges : ils travaillent tous à la même cour. Quiconque ayant passé du temps à la Cour sait quelle différence cela produit. En définitive, voilà en quoi un avis d'avocat général diffère d'un article de doctrine en termes de valeur explicative de la pensée de la Cour. C'est également la raison pour laquelle la communauté académique attache une grande valeur à ces avis⁶⁶⁵ ».

492. Les avocats généraux ont conscience de l'intérêt explicatif de leurs conclusions pour les praticiens, ils proposent leurs avis à la publication quand ceux-ci leurs paraissent éclairants et doivent donner leur accord lorsque la communication d'un de leurs avis est demandé. Dès lors, l'avis QPC de l'avocat général ne s'adresse pas uniquement à la formation de jugement mais également, de manière incidente, aux praticiens. L'utilité secondaire de leurs conclusions rétroagit forcément sur leur contenu qui s'apparente autant à un document préparatoire qu'à un complément de la décision rendue. Le Parquet général de la Cour de cassation a d'ailleurs pris l'initiative d'un renforcement des liens unissant ses membres aux éditeurs juridiques par la signature d'une convention permettant un accès plus large et régulier de ceux-ci aux avis⁶⁶⁶.

493. Confrontés à une QPC dont la Cour de cassation a déjà été saisie, les magistrats des juridictions du fond sont également tributaires des documents périphériques pour éclairer la

⁶⁶⁵ T. CAPETA, « The advocate general : bringing clarity to CJEU Decisions? a Case Study of Mangold and Mucudeveci », *Cambridge Yearbook of legal studies*, n° 14, 2012, p. 584 : "Unlike academic commentators, advocate generals are present at the CJEU on a daily basis. Thus, even if they do not participate in the deliberations and, therefore, can only guess as to the judicial treatment of their arguments, they are still part of the same jurisprudential space as the judges : they all work in the same court. Anyone who has spent some time in the Court knows the difference that this makes. Thus, ultimately, this is why an advocate general's opinion differs from an academic article in terms of its explanatory value of the mind of the Court. This is also why the academic community highly values the advocate general opinions».

⁶⁶⁶ Convention entre le Parquet général de la Cour de cassation et les éditeurs juridiques, 28 mars 2018.

décision et apprécier les chances de succès du recours en constitutionnalité qu'ils ont à traiter. Contrairement aux avocats, l'avis et le rapport leur sont directement accessibles sur l'intranet de l'ordre judiciaire : Jurinet.

494. Ayant pour objectif d'harmoniser les pratiques des magistrats au regard des précédents diffusés, la plateforme en permet la recherche⁶⁶⁷ et la bonne application, garantissant ainsi la cohérence de la jurisprudence. Sur Jurinet, les arrêts sont diffusés accompagnés de l'avis de l'avocat général et du rapport. Cette présentation semble impliquer que la connaissance de la jurisprudence de la Cour peut utilement être complétée par ces documents périphériques. L'existence même de cette plateforme et la mise à disposition des documents périphériques témoigne d'une conscience de l'institution de l'utilité de ce complément pour la compréhension des décisions de la Cour de cassation par leurs collègues. La présence de l'avis et du rapport sur Jurinet prouve que ces deux documents dépassent leur fonction initiale de documents préparatoires pour devenir, une fois la décision rendue, des compléments.

495. L'interface de Jurinet corrobore la conclusion selon laquelle l'avis et le rapport sont perçus par la Cour de cassation comme des compléments. Le moteur de recherche de Jurinet ne permet qu'une recherche par numéro de pourvoi, la page de résultat comprenant l'arrêt auquel sont accolés les deux documents périphériques. À l'inverse, l'interface d'Ariane, homologue administratif de Jurinet, permet la recherche indépendante des arrêts du Conseil d'État et des conclusions des rapporteurs publics. Contrairement aux avis des avocats généraux, les conclusions sont considérées en elle-même et non comme des compléments. Il s'agit sur Ariane de deux « fonds » différents⁶⁶⁸, quand Jurinet conçoit l'avis comme un accessoire de l'arrêt qu'il complète.

496. Pour les avocats comme pour les magistrats, les avis des avocats généraux sont nécessaires à l'appréciation de l'opportunité d'une question similaire. Régulièrement sollicités par les avocats, ils sont systématiquement rendus disponibles par la Cour de cassation pour les

⁶⁶⁷ « C'est un outil de recherche pour les magistrats, raison pour laquelle elles contiennent des bases de données non-anonymisées et sont dotées de fonctionnalités de recherche avancées » R. GUERLOT, « La diffusion de la jurisprudence par la Cour de cassation et le développement de l'open data », *La semaine juridique édition générale*, Supplément au n°9, 27 février 2017.

⁶⁶⁸ Notion de « deux fonds différents » issue de : L. DUTHEILLET DE LAMOTHE, P-Y. MARTINIE, « La diffusion de la jurisprudence administrative », *La semaine juridique édition générale*, Supplément au n°9, 27 février 2017.

magistrats de l'ordre judiciaire. Ce faisant, la Cour reconnaît les avis des avocats généraux comme des compléments de ses décisions.

497. Les avis des avocats généraux complètent donc les décisions de la Cour de cassation sur le plan subjectif lorsqu'ils éclairent les parties sur la pertinence de leurs arguments. Ils complètent également l'arrêt en rendant visible des éléments de la pratique jurisprudentielle du quai de l'Horloge en matière de QPC.

II. Un complément partiel de l'arrêt QPC de la Cour de cassation

498. Le processus décisionnel de la Cour de cassation sépare nettement l'avocat général de la formation de jugement. Face à l'impossible assimilation des deux opinions, l'avis de l'avocat général ne peut être qu'un complément imparfait de la motivation de l'arrêt (A). Néanmoins, le décalage entre l'avis et l'arrêt peut s'avérer utile lorsqu'il donne au requérant la satisfaction de l'avoir convaincu, lorsqu'il l'oriente vers des motifs susceptibles de prospérer ou qu'il exprime sa réserve face à une non-transmission inévitable (B).

A. Une utilité limitée procédant du décalage entre l'avis et l'arrêt

499. Sur de nombreux plans l'avis QPC de l'avocat général s'apparente à une motivation de l'arrêt de la Cour de cassation, mais il ne peut s'y substituer car l'avis de l'avocat général n'est pas l'avis de la Cour.

500. À la Cour de cassation comme au Conseil d'État, les membres de la formation de jugement parviennent à un relatif consensus avant le jour où l'affaire est mise en délibéré. Le projet de décision est arrêté avant le délibéré au cours d'un long processus d'instruction jalonné de réunions préparatoires et de « toutes sortes de compromis qui peuvent aboutir à obscurcir la motivation publiquement annoncée dans l'arrêt⁶⁶⁹ ».

501. La situation à la Cour de cassation diffère néanmoins de celle du Conseil d'État où les conclusions du rapporteur public reflètent les motivations de l'arrêt. Au Palais Royal, les

⁶⁶⁹ M. COHEN, P. PASQUINO, *La motivation des décisions de justice, entre épistémologie sociale et théorie du droit : le cas des cours souveraines et des cours constitutionnelles: rapport final*, op.cit, p. 46.

conclusions, très majoritairement suivies⁶⁷⁰, explicitent ce que l'*imperatoria brevitatis* impose de taire dans la décision. Le rapporteur public tient dans le processus décisionnel du Conseil d'État une place de choix, son analyse est déterminante lors du délibéré.

502. À la Cour de cassation, le processus décisionnel repose davantage sur le conseiller-rapporteur que sur l'avocat général. Une fois la Cour de cassation saisie d'une QPC, le dossier est attribué à la chambre compétente dont le président désigne un rapporteur⁶⁷¹. Celui-ci travaille seul, avec l'aide éventuelle de service de la documentation. Il étudie le dossier et établit un rapport comprenant un énoncé des faits, une description de la procédure, une analyse des moyens de droit, un exposé des références jurisprudentielles et doctrinales utiles et une « présentation critique et objective des diverses solutions possibles⁶⁷² ». Le rapport est communiqué au parquet et aux parties.

503. Le rapporteur y ajoute une « note » dans laquelle il donne son avis sur la solution à apporter au litige. Couverte par le secret du délibéré, la note est réservée aux membres de la formation de jugement. Le rapporteur dresse enfin un ou des projets d'arrêts reprenant les diverses solutions possibles. Ces projets restent confidentiels.

504. Désigné par le premier avocat général de la chambre concerné dès la transmission de la QPC à la Cour de cassation, l'avocat général émet un avis sur la question. La brièveté des délais conduit certains avocats généraux à initier leurs recherches en parallèle du rapporteur quand d'autres préfèrent travailler sur la base de celui-ci.

505. Le doyen de la chambre ou de la section vérifie alors le dossier et s'assure de la cohérence de la solution proposée avec le corpus jurisprudentiel avant de fixer la date de l'audience. Quelques jours avant celle-ci, le dossier est examiné par le président et le doyen réunis en une « conférence » qui a pour objet de vérifier l'opportunité de l'orientation proposée par le rapporteur, la qualité de l'examen du dossier et la suffisance des projets préparés. Fruit de la pratique, la composition de la conférence préparatoire varie selon les chambres, le conseiller-

⁶⁷⁰ J-M. HUON DE KERMADEC, « Réflexions sur les conclusions contraires des commissaires du gouvernement près le Conseil d'État », *RDP*, 1997/4, 1997, p. 1069.

⁶⁷¹ Processus décisionnel décrit par G. CANIVET, « Le mécanisme de décision de la Cour de cassation, pour une ethnographie à écrire d'une autre fabrique du droit », in : *Le dialogue des juges: Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*, Paris : Dalloz, 2009, p. 149.

⁶⁷² *Ibid.*, p. 155.

rapporteur n'y participe pas toujours. Indépendamment de sa présence à la conférence, son rapport est l'élément essentiel de la discussion. L'avis de l'avocat général est pris en compte à ce stade, mais le siège de la Cour de cassation constate souvent que l'avis est largement inspiré du rapport.

506. À l'issue de la conférence, le dossier est retourné au rapporteur accompagné des observations ou recommandations afin de recherches complémentaires éventuelles ou d'établissement de nouveaux projets d'arrêts. « En un mot, il s'agit de s'assurer que le rapporteur sera en mesure de soumettre à la formation de jugement tous les éléments nécessaires au délibéré⁶⁷³ ».

507. Le conseiller-rapporteur participe au délibéré, contrairement à l'avocat général. Le rapport et la note du juge rapporteur sont « le support de la discussion sur la motivation de la décision⁶⁷⁴ », ils constituent le canevas à partir duquel les membres de la formation de jugement se prononcent. C'est selon cette approche du dossier que les questions seront envisagées, contrairement au Conseil d'État qui travaille principalement à partir des conclusions du rapporteur public. Dès lors, à la Cour de cassation, la véritable motivation de l'arrêt se trouve dans l'avis du conseiller-rapporteur qui, revêtu du secret du délibéré, restera inaccessible.

508. L'avis de l'avocat général est certes l'opinion d'un membre de la Cour de cassation, mais elle ne représente pas celle de la formation de jugement. La Cour de cassation sépare bien davantage l'avocat général du siège que son homologue administratif. Bien avant qu'il ne soit tenu à distance de la conférence préparatoire et du délibéré, l'instruction reposait déjà en priorité sur le travail du conseiller-rapporteur. L'avis ne peut donc compléter que partiellement l'arrêt de la Cour de cassation.

509. Le décalage entre l'avis de l'avocat général et l'arrêt est rendu visible par leurs fréquentes divergences. Sur la période étudiée, 67 % questions renvoyées par la première chambre civile l'ont été sur avis contraire, 46% à la deuxième et troisième chambre civile, 34% pour la chambre commerciale, 39% pour la chambre criminelle et 38% à la chambre sociale. Néanmoins, le processus décisionnel de la Cour de cassation décrit ci-dessus ne permet pas

⁶⁷³ *Ibid.*

⁶⁷⁴ *Ibid.*

d'affirmer que les avis rendus sur avis conforme le « suivent ». La solution retenue peut avoir été préconisée par l'avocat général sans que son argumentaire ait convaincu la formation de jugement. Les arguments du conseiller-rapporteur peuvent différer de ceux de l'avocat général tout en aboutissant au même résultat.

510. Au regard de ces éléments, l'avis de l'avocat général apparaît comme un complément partiel de l'arrêt. En ce sens, selon certains praticiens⁶⁷⁵, le rapport est plus utile que l'avis. Si les conclusions écrites et prononcées à l'audience influent, le rapport demeure le canevas de l'écriture de la décision. Néanmoins, à défaut d'accès à la seconde partie du rapport, l'avis reste le document public se rapprochant le plus d'une motivation.

511. Les avocats généraux ont conscience de cette limite et transmettent leurs conclusions aux éditeurs juridiques avant l'audience. Ceux-ci sont alors en mesure de prendre contact avec un auteur afin de commenter la décision à sa parution. Selon les éditeurs juridiques, l'avis ne raconte « que le début de l'histoire⁶⁷⁶ ». Dès lors, pour tenter de cerner le raisonnement de la Cour, l'éditeur a recours à un second complément de l'arrêt, la note de jurisprudence. Le commentaire doctrinal revêt deux avantages, il est postérieur à l'arrêt et peut élargir le point de vue sur la décision rendue. En effet, l'avocat général est limité par l'objet du litige alors qu'un commentateur pourra le dépasser pour évoquer des considérations plus larges soulevées par la question.

512. Au regard de l'influence aléatoire de l'avis sur le processus décisionnel de la Cour de cassation conditionné davantage par le rapport, l'avis de l'avocat général ne peut représenter la pensée de la formation de jugement. Pour cette raison, le complément apporté par ce document préparatoire demeure partiel.

⁶⁷⁵ P. SPINOSI, avocat au Conseil, entretien réalisé le 12 octobre 2018.

⁶⁷⁶ Entretien avec la rédactrice en chef de la Gazette du Palais, 24 octobre 2018.

B. Une utilité possible procédant du décalage entre l’avis et l’arrêt

513. Dans certaines circonstances, le décalage entre l’avis et l’arrêt peut utilement éclairer le requérant et son conseil sur les raisons de la non-transmission de sa question. Lorsque le justiciable a formé une requête irrecevable en fondant son action sur un terrain inadéquat, l’avis peut lui indiquer les voies d’une satisfaction partielle en soulignant le potentiel de la question. Ce constat, formulé par Isabelle Da Silva à propos du rapporteur public⁶⁷⁷, peut aisément être transposé au quai de l’Horloge. De nombreux avocats généraux déplorent dans leurs avis l’angle sous lequel une QPC intéressante a été abordée : « la situation est non dénuée d’intérêt, et appellera sans doute, dans le cadre d’une autre saisine, sinon la censure constitutionnelle, du moins une évolution de la jurisprudence de la chambre⁶⁷⁸ ». D’autres utilisent la distance qui les séparent de la formation de jugement pour exprimer sans détours des regrets sur les moyens soulevés dans le mémoire QPC :

« Ainsi, au regard de l’esprit de la loi ALUR qui vise à sécuriser les contrats de construction, la disposition attaquée pourrait justifier un examen à travers le prisme du principe d’égalité, mais à l’évidence pas par le biais d’une contestation d’une décision du juge des astreintes⁶⁷⁹ ».

514. Par l’expression d’une opinion distincte de celle de la formation de jugement, l’avocat général peut orienter les futurs requérants et les avocats vers des motifs d’inconstitutionnalité susceptibles de prospérer.

515. De plus, si l’avis de transmission n’a pas été suivi, il procure aux parties la satisfaction morale d’avoir convaincu au moins un membre de la juridiction s’étant prononcé publiquement⁶⁸⁰. Au-delà de ce cas de figure, certains avocats généraux affirment explicitement leur désaccord avec une décision de non-renvoi inéluctable. Par exemple, dans

⁶⁷⁷ I. DA SILVA, « Les conclusions, fragments d’un discours contentieux », in : *Le dialogue des juges, Mélanges en l’honneur du Président Bruno Genevois*, Paris : Dalloz, 2009, p. 359.

⁶⁷⁸ Avis de l’avocat général LE MESLE, chambre commerciale, QPC n° 13-40.034, pour l’audience du 2 septembre 2013, n° 240.

⁶⁷⁹ Avis de l’avocat général CHARPENEL, troisième chambre civile, QPC n° 16-21.262, pour l’audience du 31 janvier 2017 : seul ce second moyen était soulevé par les requérants.

⁶⁸⁰ À l’instar des conclusions contraires du rapporteur public : I. DA SILVA, « Les conclusions, fragments d’un discours contentieux », *art. cit.*

une QPC par laquelle les requérants contestaient la différence de traitement existant entre les souscripteurs de contrats d'assurance-vie ayant souscrit antérieurement ou postérieurement à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi (différence non-justifiée - selon eux - par l'objet et le but poursuivi par la loi nouvelle), l'avocat général exprime sa réserve face à une non-transmission inévitable :

« À cet égard on peut se demander si le principe selon lequel le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789 commandait la survie de la loi ancienne ? L'affirmation de la survie de la loi ancienne pour les contrats conclus antérieurement au premier jour du troisième mois suivant la publication de la loi, est-elle constitutive d'une atteinte au principe d'égalité devant la loi ? La différence de traitement qui en résulte est-elle fondée sur des critères objectifs et rationnels, en fonction du but que le législateur s'était fixé ? La réponse est délicate et la question pourrait paraître suffisamment sérieuse pour justifier son renvoi au Conseil constitutionnel. Néanmoins, dans plusieurs décisions du 6 septembre 2018 la deuxième chambre a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel la même question formulée de manière identique⁶⁸¹ ».

516. Dans cet exemple, la distance entre l'avocat général et la formation de jugement est utile au requérant qui trouve dans l'avis une satisfaction partielle. Ce faisant, l'avis contribue à la fonction pédagogique des décisions de justice.

517. En conclusion, l'opinion exprimée par l'avocat général dans l'avis et l'opinion de la formation de jugement ne se recourent pas. Ce décalage diminue la valeur explicative de l'avis qui ne peut être considéré comme un véritable substitut de la motivation de l'arrêt à l'image des conclusions du rapporteur public. Néanmoins, cette divergence d'opinion peut utilement éclairer la décision en apportant au requérant la satisfaction d'avoir convaincu un membre de la Cour.

⁶⁸¹ Avis de l'avocat général GRIGNON DUMOULIN, deuxième chambre civile, QPC n° 18-15.612, pour l'audience du 17 octobre 2018.

518. Si, au niveau du filtre, l'utilité de l'avis est limitée par son inadéquation à la pensée de la Cour, celle-ci reste entière au stade du procès devant le Conseil constitutionnel. La divergence d'opinion entre l'avocat général et la formation de jugement devenant même une source d'enrichissement du débat constitutionnel.

§2. Un complément suffisant après la transmission de la question au Conseil constitutionnel

519. L'avis de l'avocat général est le seul document du dossier QPC transmis à Montpellier comprenant un raisonnement constitutionnel détaillé sur plusieurs pages. Il permet au Gouvernement et au Conseil constitutionnel de cerner rapidement les termes du débat pour initier rapidement leurs recherches et ébaucher des pistes de solution dans un délai d'instruction très restreint (I). Pour instruire le dossier constitutionnel, la divergence entre l'opinion de l'avocat général et celle de la Cour de cassation est une véritable ressource permettant de confronter des analyses contradictoires et d'enrichir le débat (II).

I. L'utilité du raisonnement de constitutionnalité proposé dans l'avis pour éclairer le débat constitutionnel

520. Saisi par la Cour de cassation d'une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel dispose d'un délai de trois mois pour la juger. Le gouvernement, invité à adresser ses observations (A), et le Conseil (B) découvrent alors le dossier, composé des mémoires, de l'arrêt de renvoi, du rapport et de l'avis. Au regard des courts délais d'instruction, l'avis de l'avocat général leur permet de cerner rapidement les enjeux constitutionnels de la question.

A. L'utilité de l'avis QPC pour le Gouvernement

521. Au regard du court délai d'instruction du dossier, l'avis de l'avocat général est utile au Gouvernement pour cerner rapidement les enjeux de constitutionnalité soulevés par la QPC.

522. Contrairement aux QPC déposées devant le Conseil d'État, le Gouvernement intervient rarement aux audiences QPC de la Cour de cassation, il n'est appelé à produire des observations que lorsque l'administration est partie au litige. Dans la majorité des cas, le gouvernement n'intervient qu'une fois le Conseil constitutionnel saisi. S'il n'est pas partie défenderesse, il est néanmoins invité à présenter ses observations sur la constitutionnalité de la loi devant le Conseil Constitutionnel⁶⁸². La loi organique du 10 décembre 2009 prévoit que celui-ci « avise immédiatement le Président de la République, le Premier ministre et les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat⁶⁸³ » de la QPC dont il est saisi. « Ceux-ci peuvent adresser au Conseil constitutionnel leurs observations sur la question prioritaire de constitutionnalité qui lui est soumise⁶⁸⁴ ». Le Premier ministre intervient systématiquement par le biais du secrétariat général du gouvernement devant le Conseil constitutionnel.

523. Au regard du délai de trois mois dans lequel le Conseil constitutionnel est tenu de rendre sa décision, les parties et le gouvernement ne disposent que de trois semaines pour produire leurs premières observations⁶⁸⁵. Face à ce court délai la position du gouvernement se distingue de celle des avocats. Les seconds étayent des arguments déjà développés devant la Cour de cassation, le premier découvre l'affaire. Le dossier transmis au gouvernement comprend les documents préparatoires de l'arrêt de transmission, l'avis de l'avocat général et le rapport du conseiller amputé de son avis, couvert par le secret du délibéré. La transmission de ces documents au Conseil constitutionnel et au Gouvernement prouve qu'ils ne sont pas uniquement des documents préparatoires de l'arrêt mais aussi des compléments de l'arrêt rendu.

⁶⁸² T-X. GIRARDOT, X. POTTIER, « Le gouvernement dans la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité », *Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2016/1, p. 17.

⁶⁸³ Article 23-8 de l'ordonnance du 7 novembre 1958.

⁶⁸⁴ *Ibidem*.

⁶⁸⁵ T-X. GIRARDOT, X. POTTIER, « Le gouvernement dans la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité », *art. cit.*, délai auquel s'ajoute une semaine pour produire un éventuel mémoire en réplique.

524. Le chargé de mission QPC du secrétariat général du gouvernement rationalise le court délai dont il dispose pour instruire le dossier. Le service de documentation du secrétariat général élabore un dossier documentaire permettant d'éclairer la question. En cela, le rapport de la Cour de cassation ne leur est pas essentiel. Les ministères intéressés sont alors sollicités, ils transmettent des éléments à partir desquels le chargé de mission pourra préparer ses observations au Conseil constitutionnel. Le secrétariat général du gouvernement étudie le dossier en parallèle du ministère concerné, la lecture de l'avis de l'avocat général leur est très utile pour cerner rapidement les problématiques constitutionnelles et orienter leur travail. Selon le responsable QPC du secrétariat général du Gouvernement. En effet, l'avis comprend une analyse des arguments de constitutionnalité soulevés dans les mémoires. Lorsque la motivation de l'arrêt de transmission est laconique, l'analyse proposée par l'avocat général dans son avis se révèle précieuse pour appréhender les enjeux de la question et permet d'initier rapidement les recherches sur les points litigieux.

525. À l'instar du gouvernement, le Conseil constitutionnel découvre le dossier lors de sa saisine par la Cour de cassation, le court délai d'instruction dont il dispose rend utile le recours aux documents préparatoires pour appréhender rapidement les enjeux de constitutionnalité.

B. L'utilité de l'avis QPC pour le Conseil constitutionnel

526. Le Conseil constitutionnel dispose d'un délai de trois mois entre sa saisine et la publication de sa décision ; délai amputé du mois dédié au contradictoire, bien que ce temps soit mis à profit pour ébaucher une synthèse du dossier. En cela, la lecture de la partie « objective » du rapport du conseiller-rapporteur transmise au Conseil constitutionnel n'est pas déterminante, le dossier documentaire étant établi en interne.

527. Le court délai laissé à l'instruction de l'affaire rend utile « tout document permettant de comprendre le plus rapidement possible les termes du débat⁶⁸⁶ ». Selon le secrétaire général du Conseil constitutionnel, au sein du dossier transmis par la Cour de cassation, l'avis est le seul document comportant ce qui leur est le plus utile⁶⁸⁷ : un raisonnement de constitutionnalité. Le raisonnement constitutionnel est l'office des juges de Montpensier, mais les courts délais

⁶⁸⁶ J. MAÏA, Secrétaire général du Conseil constitutionnel, entretien réalisé le 19 octobre 2018.

⁶⁸⁷ J. MAÏA, *entretien précité*.

d'instruction en rendent l'exercice malaisé. Dans ces conditions, la lecture de l'avis offre au secrétariat général du Conseil constitutionnel des pistes d'analyses. Face aux arrêts de renvoi de la Cour de cassation parfois laconiques et en l'absence de l'avis du rapporteur, seules les conclusions de l'avocat général contiennent des éléments de compréhension des termes du débat de constitutionnalité. Si l'avis ne constitue pas la trame du travail du Conseil constitutionnel, il offre néanmoins un point d'entrée dans le dossier permettant de gagner un temps précieux.

528. Le secrétaire général du Conseil constitutionnel regrette que l'avis de l'avocat général soit moins fourni que celui du rapporteur public⁶⁸⁸. S'il n'est pas sans savoir que cette différence est due à un incomparable volume de contentieux à traiter, le regret exprimé témoigne de l'utilité de l'avis de l'avocat général dans l'étude du dossier par le Conseil constitutionnel.

529. Le Gouvernement et le Conseil constitutionnel disposent de délais très courts pour instruire la QPC. L'avis de l'avocat général revêt dans ce contexte une grande utilité pour cerner rapidement les enjeux de la question et initier le travail d'analyse constitutionnelle.

530. Une fois le filtre franchi, le raisonnement constitutionnel proposé par l'avocat général dans son avis est utilisé par le Gouvernement et le Conseil constitutionnel pour instruire le dossier. Dans cette optique, la divergence d'opinion entre l'avis et l'arrêt devient un atout.

II. L'utilité de la divergence entre l'arrêt et l'avis pour éclairer le débat constitutionnel

531. Les divergences entre avis et arrêt sont fréquentes au quai de l'Horloge⁶⁸⁹, mais la portée de ce décalage est amoindrie une fois la QPC transmise au Conseil constitutionnel. Après avoir endossé le rôle de juge constitutionnel de droit commun en appréciant souverainement le sérieux de la question, la Cour de cassation redevient simple filtre une fois la question

⁶⁸⁸ J. MAÏA, *entretien précité*.

⁶⁸⁹ Sur la période étudiée, 67 % questions renvoyées par la première chambre civile l'ont été sur avis contraire, 46% à la deuxième et troisième chambre civile, 34% pour la chambre commerciale, 39% pour la chambre criminelle et 38% à la chambre criminelle

renvoyée, ses motivations n'engagent en rien le Conseil constitutionnel. Dès lors, devant les juges de Montpensier, le raisonnement de la Cour de cassation n'a pas plus de valeur que celui de l'avocat général.

532. Pour le Gouvernement comme pour le Conseil constitutionnel découvrant l'affaire, un raisonnement argumenté est très utile à l'appréhension rapide des enjeux de constitutionnalité. L'avis de l'avocat général remplit cette fonction indépendamment de sa corrélation à la pensée de la Cour de cassation. En l'absence de l'avis du rapporteur, les conclusions seules permettent la compréhension des termes du débat de constitutionnalité. Dans cette perspective, la différence entre l'avis du magistrat conseiller et celui de la formation de jugement importe peu.

533. De plus, la divergence d'opinion entre l'avocat général et la formation de jugement devient un atout une fois le filtre franchi. Pour le Gouvernement défendant dans la majorité des cas la constitutionnalité de la disposition contestée, la transmission d'une QPC avec avis contraire de l'avocat général offre un argumentaire utile à l'élaboration d'une ligne de défense. Véritable ressource pour le gouvernement souhaitant défendre la constitutionnalité de la loi, l'argumentaire de l'avis contraire peut servir de base au travail du secrétariat général du gouvernement, la ligne de défense adoptée par lui pouvant se rapprocher de celle de l'avocat général.

534. Pour le Conseil constitutionnel l'avis contraire est aussi une ressource, la différence de points de vue permettant de discerner la problématique constitutionnelle à traiter. Selon Nicolas Rainaud, auteur d'une thèse sur le commissaire du gouvernement près le Conseil d'État : « dire que les conclusions sont suivies, c'est à notre sens dire que le rapport entre les conclusions et l'arrêt conforme permet de dégager une certitude sur l'état de la jurisprudence administrative⁶⁹⁰». *A contrario*, les conclusions contraires témoignent d'une incertitude sur l'état du droit. Appliquée au contentieux de la QPC, l'affirmation de Nicolas Rainaud connaît un écho particulier. La notion de certitude et d'incertitude peut être rapprochée de la notion de sérieux conduisant au renvoi. Les conclusions contraires témoignent d'une incertitude sur l'état du droit et, partant, du sérieux de la question. Pour cette raison, la présence d'un avis contraire

⁶⁹⁰ N. RAINAUD, *Le commissaire du gouvernement près le Conseil d'État*, Paris : LGDJ, 1996, p. 153.

est particulièrement stimulant pour le Conseil constitutionnel dans l'appréhension des enjeux de la question à traiter.

535. L'avis permet également à la doctrine de commenter les décisions du Conseil constitutionnel. Les conclusions sont parfois employées pour corroborer la décision rendue par les Sages. Dans un commentaire d'une décision du Conseil, Régis Fraisse précise que la question avait été transmise par la Cour malgré l'avis contraire du Parquet général. Cette précision semble souligner l'absence de sérieux de la question et donc conforter la décision de constitutionnalité⁶⁹¹. À l'inverse, les conclusions peuvent être citées pour contester la pertinence de la décision de Montpensier. Dans une partie de son commentaire intitulée « le caractère imprécis du critère de la jeunesse étonnamment écarté », Thierry Lamarche s'appuie sur l'avis pour illustrer la pertinence de cet argument pourtant rejeté par le Conseil constitutionnel : « En revanche, en l'absence de définition, quelle frontière d'âge retenir à partir de laquelle on cesse d'être jeune au sens de la loi ? Ainsi que le relevait l'avocat général auprès de la Cour de cassation, même d'âge mûr, un étudiant, surtout s'il est chômeur de longue durée, peut fort bien être amené à conclure un contrat à durée déterminée pendant les vacances universitaires⁶⁹² ». L'avis fait alors office d'opinion séparée et son décalage avec la pensée de la Cour de cassation enrichit le débat constitutionnel en facilitant l'instruction du dossier par le gouvernement et le Conseil et en offrant à la doctrine un argumentaire à comparer à celle des Sages.

536. En conclusion, l'avis de l'avocat général est utile pour éclairer la motivation de l'arrêt QPC. La ressemblance entre avis d'avocat général et motivation est flagrante et les praticiens comme les parties ont recours à ce document préparatoire pour éclairer l'arrêt de la Cour de cassation. Si le décalage entre l'opinion de l'avocat général et celle de la Cour diminue la valeur accordée à ce complément, il devient un atout une fois la question transmise au Conseil constitutionnel. En effet, à ce stade, l'opinion de la Cour n'est plus souveraine et sa valeur équivaut à celle de l'avocat général. Le raisonnement constitutionnel figurant dans l'avis est utile au Gouvernement et au Conseil constitutionnel devant instruire le dossier dans des délais restreints et la divergence entre les deux opinions enrichit le débat constitutionnel.

⁶⁹¹ R. FRAISSE, « Loi de validation: pour un dialogue des juges renouvelé ? », *Revue juridique de l'économie publique*, n° 723, octobre 2014.

⁶⁹² T. LAMARCHE, « L'étudiant employé pendant ses vacances n'est pas un salarié comme les autres », *La semaine juridique sociale*, n° 30, 29 juillet 2014.

Section 2. L'apport de l'avis à la légitimité de la Cour de cassation

537. La légitimité de la Cour de cassation dépend de l'acceptation de ses arrêts par les citoyens. La mise à disposition du public de l'ensemble des décisions, prévue par la loi pour une République numérique, s'inscrit dans une aspiration démocratique à la transparence. La Cour de cassation devance les exigences légales d'ouverture des données juridictionnelles en proposant la diffusion systématique des travaux préparatoires en complément des arrêts, reconnaissant par ce geste que la diffusion des avis des avocats généraux conditionne la réalisation de l'objectif démocratique de transparence de l'institution (§1). Les conclusions rendent également plus accessibles les arrêts QPC aux requérants qui en sont les premiers destinataires et aux citoyens au nom desquels la justice est rendue. L'étayage de la motivation des avis des avocats généraux donne aux requérants le sentiment que leurs arguments ont été entendus et contribue à justifier la décision aux yeux des citoyens. De plus, le style clair et accessible des avocats généraux facilite la compréhension par les non-juristes des arrêts de la Cour. Par leur motivation et leur style, les avocats généraux participent à la légitimité des arrêts et, par conséquent, de la Cour de cassation (§2).

§1. La nécessaire ouverture des données juridictionnelles élargie aux avis

538. La commission sur la réforme de la Cour de cassation a anticipé l'ouverture légale des données juridictionnelles en proposant notamment d'en élargir l'application aux avis des avocats généraux. Ce faisant, la Cour de cassation reconnaît que l'accessibilité de ses arrêts dépend du complément apporté par ce document préparatoire (I). Vecteur de la confiance des citoyens en la justice, la transparence des données juridictionnelles poursuit un objectif démocratique. En contribuant à la transparence des arrêts de la Cour de cassation, la diffusion des avis renforce donc la légitimité de l'Institution (II).

I. La diffusion systématique des avis renforçant la transparence de la Cour de cassation

539. S'inscrivant dans un vaste mouvement de transparence des décisions publiques, les articles 20 et 21 de la loi pour une République numérique⁶⁹³ posent un principe d'accessibilité de l'ensemble des décisions de justice⁶⁹⁴. En application de l'article 21 de la loi, tous les jugements des juridictions judiciaires doivent être mis à disposition du public à titre gratuit. Si une sélection de décisions est aujourd'hui publiée sur Légifrance, l'application de la loi conduira à un important changement d'échelle puisqu'il s'agira, pour les juridictions, de rendre accessible l'intégralité des décisions rendues. Si le principe de l'*open data* des décisions de justice a été voté, il n'est pas encore mis en œuvre en pratique, le décret d'application étant encore en discussion.

540. Loin des résistances de certaines administrations à dévoiler leurs données⁶⁹⁵, la Cour de cassation devance les exigences légales. La commission sur la réforme de la Cour de cassation propose dans son rapport d'avril 2017 d'anticiper la diffusion des arrêts en *open data*. Parmi les différents volets envisagés au titre de l'amélioration de la diffusion des arrêts, la commission propose d'élargir la publication des travaux préparatoires⁶⁹⁶, dont les avis des avocats généraux, sur leur site internet. Relatant la permanence de cette requête en provenance d'une partie de la doctrine et des avocats au conseil, la commission reconnaît par cette proposition le complément apporté par les documents préparatoires à la lecture de l'avis : « il s'agit en effet de documents très riches, souvent de nature à éclairer la décision⁶⁹⁷ ».

541. En inscrivant le mouvement d'élargissement de la diffusion des avis des avocats généraux dans l'application de la loi pour une République numérique, la Cour de cassation témoigne de l'utilité de l'avis de l'avocat général pour compléter la décision, et, partant, de la

⁶⁹³ Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

⁶⁹⁴ L'article 21 concernant les juridictions judiciaires : « Sans préjudice des dispositions particulières qui régissent l'accès aux décisions de justice et leur publicité, les décisions rendues par les juridictions judiciaires sont mises à la disposition du public à titre gratuit dans le respect de la vie privée des personnes concernées. »

⁶⁹⁵ S. GOËTA, C. MABI, « L'*open data* peut-il (encore) servir les citoyens ? », *art. cit.*

⁶⁹⁶ Rapport de la commission sur la réforme de la Cour de cassation, avril 2017, proposition n°40 : publier sur le site internet de la Cour de cassation, dans un premier temps pour les seuls arrêts issus du circuit approfondi, le rapport du conseiller et l'avis de l'avocat général. *disponible sur internet* : www.courdecassation.fr

⁶⁹⁷ Rapport de la commission sur la réforme de la Cour de cassation, avril 2017, *disponible en ligne*, www.courdecassation.fr

nécessité de les rendre accessibles au public. Autrement dit, la transparence de la Cour de cassation ne pourrait se réaliser par la diffusion des arrêts seuls, le rapport du conseiller-rapporteur et l'avis de l'avocat général en conditionnent la réalisation. Pour être véritablement accessibles au public, les décisions de la Cour de cassation doivent être accompagnées des documents périphériques - dont l'avis de l'avocat général - qui en assure la compréhension. Partant, la diffusion de l'avis est un aspect essentiel de la réalisation du projet de transparence des décisions de justice.

II. La diffusion systématique des avis renforçant la légitimité de la Cour de cassation

542. L'impératif de transparence auquel la diffusion des avis des avocats généraux participe est une ramification du mouvement dit de « gouvernement ouvert⁶⁹⁸ » qui s'est diffusé à partir des années 70 depuis les États-Unis⁶⁹⁹. Le mouvement prend sa source dans l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen selon lequel la société est en droit de demander compte à tout agent public de son administration. L'ouverture des données publiques⁷⁰⁰ relève donc d'une aspiration démocratique à la transparence⁷⁰¹. Ce mouvement s'est accéléré depuis les années 2000 sous l'impulsion d'une volonté de participation des citoyens à l'administration et à la gestion quotidienne de leurs territoires⁷⁰².

543. L'avènement de la loi Lemaire en 2016 s'inscrit en partie dans ce contexte mais l'intention du Gouvernement était éloignée du thème du gouvernement ouvert. Ajoutées à la loi par un amendement gouvernemental tardif (après la première lecture par l'assemblée nationale), ces dispositions font figure d'accessoires à une loi fondée sur le développement de la croissance par le numérique. Dans cette logique, l'ouverture au public des décisions juridictionnelles permettrait aux acteurs économiques d'en tirer profit. Les travaux

⁶⁹⁸ « Open government » en anglais, parfois traduit par démocratie ouverte.

⁶⁹⁹ R. BADOUARD, « Open Government, open data: l'empowerment citoyen en question », in : *Ouvrir, partager, réutiliser - regards critiques sur les données numériques*. Sous la direction de Clément MABI, Jean-Christophe PLANTIN, Laurence MONNOYER-SMITH, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2017, disponible en ligne.

⁷⁰⁰ Dit « Open Data ».

⁷⁰¹ S. CHIGNARD, *Open data : comprendre l'ouverture des données publiques*, Limoges : éditions Fyp, 2012.

⁷⁰² C. MABI, J-C. PLANTIN, L. MONNOYER-SMITH, *Ouvrir, partager, réutiliser - Regards critiques sur les données numériques*, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2017, Introduction.

préparatoires de ces articles ne font pas référence à l'enjeu démocratique de l'article 15 de la Déclaration des droits.

544. Pourtant, lors de la réception de ces articles par les juridictions, la logique démocratique supplante la logique mercantile. Mandatée par la garde des Sceaux pour préconiser un cadre législatif d'application, la commission présidée par Loïc Cadiet en témoigne. Outre son président, professeur d'université, la commission est composée de représentants du Conseil d'État, de la Cour de cassation, du Conseil national des barreaux, de la CNIL, de représentants de cours administratives d'appel et de tribunaux administratifs, de cours d'appel et de tribunaux de grande instance. La phrase d'accroche du rapport place le travail de la commission sur l'application de l'*open data* des décisions de justice sous le signe de la démocratie :

« Les jugements et arrêts des cours et tribunaux, que ces tribunaux soient composés d'un juge ou de plusieurs, ne sont la propriété ni du siège duquel ils émanent, ni des plaideurs qui les provoquent. Ils appartiennent au pays tout entier ; leur publicité est à la fois une garantie pour les justiciables et un moyen d'enseignement pour tous les citoyens⁷⁰³ ».

545. Les développements consacrés aux finalités et enjeux de l'ouverture des données juridictionnelles sont principalement axés sur l'idée d'une meilleure connaissance de la justice par les citoyens :

« La mise à disposition du public des décisions de justice doit permettre au citoyen de mieux connaître la justice et de favoriser l'accès au droit. Bien qu'elle ne soit pas nécessaire à l'effectivité du principe de publicité de la justice, cette mise à disposition peut être conçue comme le corollaire, à l'ère numérique, de ce principe inscrit de longue date dans la tradition juridique française et affirmée par l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales. L'ouverture des décisions de justice doit contribuer au renforcement de la confiance des citoyens en leur justice⁷⁰⁴ ».

⁷⁰³ A-C. RENOUARD, conseiller à la Cour de cassation, cité dans le rapport L. CADIET, *L'open data des décisions de justice - Mission d'étude et de préfiguration sur l'ouverture au public des décisions de justice. Rapport remis à Madame la garde des Sceaux, novembre 2017*, p.16.

⁷⁰⁴ *Ibid.*, p. 23.

546. Contrairement aux travaux préparatoires de la loi sur la République numérique, l'article 15 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen est cité à huit reprises dans le rapport de la commission chargée de son application.

547. Le changement de sens de ces articles sur l'*open data* des décisions de justice témoigne du caractère endogène de la réflexion sur la légitimité des décisions de justice, provenant des juridictions elles-mêmes. S'inscrivant dans le courant du mouvement global d'ouverture des données publiques, la Cour de cassation souhaite rendre disponible ses arrêts au peuple français *au nom duquel* elle juge⁷⁰⁵, accompagnés des avis des avocats généraux. En effet, parmi les membres de la commission, la Cour de cassation se distingue par son engagement dans la transparence, allant jusqu'à se prononcer en faveur de la non-anonymisation du nom des magistrats dans les décisions ainsi rendues publiques⁷⁰⁶.

548. Si l'impératif de transparence est intériorisé par les juridictions, il demeure néanmoins un geste symbolique. Le flot d'informations est susceptible d'altérer la lisibilité de la jurisprudence, difficulté soulignée par le rapport de la commission dirigée par Loïc Cadet :

« Concernant le vecteur de cet *open data*, il n'est pas certain que le site Légifrance soit le plus adapté. Le but de Légifrance n'est pas de multiplier les données, mais de donner au citoyen un outil de diffusion du droit au service de la démocratie et de la transparence. Or il n'est pas évident que toutes ces données de justice constituent de la jurisprudence : beaucoup deviennent rapidement obsolète ; de nombreuses ne sont que des décisions d'espèce, etc. Face à une multiplication des données, l'utilisateur pourrait avoir d'importantes difficultés à retrouver le droit en vigueur dans la masse⁷⁰⁷ ».

549. L'utilité pratique de la diffusion exhaustive des décisions de justice pour « encapaciter⁷⁰⁸ » les citoyens est interrogée par Samuel Goëta et Clément Mabi ; le titre de

⁷⁰⁵ Pour reprendre les propos de Bertrand Louvel, B. LOUVEL, *Discours prononcé lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire*, 13 janvier 2017.

⁷⁰⁶ Question polémique entre les membres de la commission.

⁷⁰⁷ L. CADIET, *L'open data des décisions de justice - Mission d'étude et de préfiguration sur l'ouverture au public des décisions de justice. Rapport remis à Madame la garde des Sceaux, novembre 2017*, p. 93.

⁷⁰⁸ Traduction française de la notion d'*empowerment*.

leur article en atteste : « l'*open data* peut-il (encore) servir les citoyens⁷⁰⁹ ? ». Selon eux, pour que l'*open data* puisse servir les citoyens, encore faut-il « former les citoyens aux données⁷¹⁰ ». Si pour les auteurs « il ne s'agit pas de tomber dans une posture naïve qui considérerait que nous sommes tous susceptibles de devenir journalistes de données, loin de là », les retombées concrètes de l'*open data* sur la démocratisation des institutions publiques demeurent floues. Si l'utilité effective pour le citoyen des données rendues accessibles reste à déterminer, leur mise à disposition par les instances décisionnelles demeure néanmoins fondamentale d'un point de vue démocratique : « La justice ne doit pas seulement être rendue, il doit être visible qu'elle est rendue⁷¹¹ ». Autrement dit : la démocratie comprend le sentiment de démocratie, et la transparence de l'action de la Cour de cassation y participe. Dès lors, l'élargissement de la transparence des décisions de la Cour aux avis des avocats généraux concoure à l'impératif démocratique. Les documents préparatoires contribuent à « renforcer la confiance des citoyens en leur justice », selon les termes du rapport.

§2. La nécessaire accessibilité des décisions de la Cour de cassation favorisée par l'avis

550. L'avis de l'avocat général s'organise le plus souvent autour d'une réponse aux arguments des requérants quand l'arrêt QPC privilégie le contrôle objectif de norme à norme. Pourtant, l'adhésion des requérants à la décision qui les concerne est essentielle à la légitimité du contrôle de constitutionnalité dont la Cour de cassation est juge de droit commun (I). Clef de voûte de la légitimité des juridictions, l'accessibilité de la motivation des décisions de justice est renforcée par la liberté de ton qui caractérise les avis des avocats généraux, compléments des arrêts QPC (II).

⁷⁰⁹ S. GOËTA, C. MABI, « L'*open data* peut-il (encore) servir les citoyens ? », *Mouvements*, 2014/3, p. 81.

⁷¹⁰ *Ibid.* Cet objectif est atteignable par le développement de dispositifs types « infolabs », espaces hybrides où techniciens et citoyens interagissent pour apprendre à utiliser les données, ou par la mobilisation des espaces publics numériques (EPN) pour réaliser cette « éducation aux données ». Le second consiste à exploiter les données disponibles en *open data* dans les programmes scolaires pour illustrer par des cas réels des problèmes rencontrés en classe.

⁷¹¹ Selon la théorie des apparences de la Convention européenne des droits de l'homme : « Justice must not only be done; it must also be seen to be done » - Arrêt *Delcourt c. Belgique* n° 2689/65, 17 janvier 1970.

I. La légitimité de l'arrêt QPC renforcée par l'apport pédagogique de l'avis

551. Outre trancher le litige, la motivation des décisions de justice a une portée pédagogique. L'une des fonctions majeures de la décision est d'en assurer la compréhension par les parties⁷¹² comme l'exprime Chaïm Perelman : « Un discours ne peut être efficace que s'il est adapté à l'auditoire qu'il s'agit de persuader ou de convaincre⁷¹³ ». Tony Sauvel en concrétise l'application à la décision de justice : « Nous ne demandons pas seulement au juge de mettre fin à nos différends, nous demandons de nous expliquer, de nous faire comprendre, nous voudrions non pas être seulement jugés, mais si possible persuadés, ce qui est bien autre chose⁷¹⁴ ».

552. Cet impératif répond dans un premier temps au « droit de comprendre⁷¹⁵ ». La motivation permet de convaincre le justiciable que, « même s'il n'a pas eu gain de cause, la position adoptée par le juge est juste⁷¹⁶. « Grâce aux motifs, celui qui a perdu un procès sait comment et pourquoi⁷¹⁷ ».

553. Si la motivation des arrêts de la Cour de cassation permet au justiciable de comprendre la décision qui le concerne⁷¹⁸, cet aspect rationnel de la motivation n'épuise pas son utilité à l'égard des destinataires directs de l'arrêt. « La motivation doit porter sur chaque chef du dispositif. Elle doit s'appliquer à tous les moyens invoqués. Rien n'est pire que de voir le client revenir, après avoir lu le jugement et constater que le magistrat n'a pas répondu à certains moyens auxquels il tenait⁷¹⁹ » ; « Il apparaît comme essentiel sur le plan pratique que le juge réponde aux prétentions des parties⁷²⁰ ». Jean-Marc Sauvé soulignait d'ailleurs que la longueur

⁷¹² P. TEXIER, « Jalons pour une histoire de la motivation des sentences », in : *La motivation, actes du colloque de Limoges, 1998*, Paris : LGDJ, 2000, p. 5 ; N. FRICERO, « La qualité des décisions de justice au sens de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme », in : *La qualité des décisions de justice - Études réunies par Pascal MBONGO*, Strasbourg : Éditions du Conseil de l'Europe, 2007, p. 60 ; H. COLOMBET, A. GOUTTEFANGEAS, « La qualité des décisions de justice. Quels critères ? », *Droit et société*, 2013/1, n° 83, 2013, p. 155.

⁷¹³ C. PERELMAN, *Logique juridique : nouvelle rhétorique*, Paris, France : Dalloz, 1999, p. 107.

⁷¹⁴ T. SAUVEL, « Histoire du jugement motivé », *RDP*, 1955, p. 15.

⁷¹⁵ H. OBERDORFF, « L'émergence d'un droit de comprendre », *EDCE*, n° 43, 1992, p. 217.

⁷¹⁶ M. BÉNICHOU, « La formation de l'avocat et la qualité des décisions de justice », in : *La qualité des décisions de justice, op. cit.*, p. 112.

⁷¹⁷ S T. SAUVEL, « Histoire du jugement motivé », *RDP*, 1955, p. 5.

⁷¹⁸ Voir *supra*.

⁷¹⁹ M. BÉNICHOU, « La formation de l'avocat et la qualité des décisions de justice », in : *La qualité des décisions de justice, art. cit.* p. 119.

⁷²⁰ P. TEXIER, « Jalons pour une histoire de la motivation des sentences », in : *La motivation, actes du colloque*

des arrêts européens⁷²¹ permet « en tout cas⁷²² » de donner aux parties la satisfaction de voir leurs moyens et leurs arguments analysés et traités de manière approfondie⁷²³. Les auteurs s'accordent sur la satisfaction du justiciable constatant que leurs prétentions ont été entendues⁷²⁴.

554. Bien que la QPC soit un « contentieux objectif » de conformité d'une norme à une autre, l'élément humain n'est pas à négliger. Dans un contexte de concurrence des contentieux de la protection des droits fondamentaux, l'attractivité du contentieux constitutionnel *a posteriori* est étroitement tributaire de l'adhésion des justiciables. Dès lors, la réception des décisions QPC par les requérants doit être soignée. Si les requérants ne se sentent pas entendus dans leurs requêtes par les juges constitutionnels de droit commun que sont les juges du filtre, les recours européens pourraient être employés comme une forme d'appel de la décision QPC. Dans une perspective pédagogique, la motivation de la décision de non-transmission contribue à asseoir la légitimité du contentieux constitutionnel de la garantie des droits.

555. L'avis de l'avocat général s'organise fréquemment autour d'une réponse aux arguments des parties quand les arrêts de la Cour de cassation favorisent souvent le contrôle objectif de norme à norme. Si le rapport expose les jurisprudences utiles à la formation de jugement pour répondre aux arguments soulevés, son objectivité l'empêche de subvenir au besoin du requérant de voir ses arguments entendus et discutés. Au sein des documents préparatoires, l'avis se singularise par cet apport pédagogique renforçant la légitimité de la Cour de cassation en son rôle de juge constitutionnel de droit commun.

II. La légitimité de l'arrêt QPC renforcée par le style accessible de l'avis

556. Les avis des avocats généraux complètent les arrêts QPC par de longs développements écrits dans un style direct et accessible. Leur fonction de « conseillers » de la formation de jugement les incite à développer largement leur argumentation dans un style simple et direct

de Limoges, 1998, Paris : LGDJ, 2000, p. 15.

⁷²¹ Arrêts rendus par le Tribunal de première instance des communautés européennes.

⁷²² Il répond en cela aux critiques portant sur la longueur jugée parfois excessive par le juriste français de ces décisions.

⁷²³ J-M. SAUVÉ, *Les critères de la qualité de la Justice - Célébration des vingt ans du Tribunal de première instance des Communautés européennes*, Luxembourg, le 25 septembre 2009.

⁷²⁴ M. BÉNICHOU, « La formation de l'avocat et la qualité des décisions de justice », *art. cit.*

pour convaincre. Déchargés du poids de la collégialité et du consensus, les avocats généraux s'expriment en leurs nom propres, libres d'exprimer sans détour leur opinion.

557. La liberté de ton distingue les avis des avocats généraux des rapports à la formulation plus impersonnelle. Si le style varie en fonction de l'avocat général, la liberté de la plume et l'accessibilité du style rédactionnel sont caractéristiques des avis.

558. La qualité d'une décision de justice s'évaluant à l'aune de l'accessibilité de sa motivation, cette spécificité des avis contribue à renforcer la légitimité des arrêts QPC qu'ils complètent. Dans l'introduction de son ouvrage « Comment rédiger une décision de justice au XXI^e siècle ? » Fanny Malhière évoque le changement de paradigme dans l'appréhension de la motivation, « lié à la place et à l'office du juge dans notre société démocratique⁷²⁵ ». Ce changement s'explique selon elle en premier lieu par un élargissement de l'auditoire du juge composé des citoyens informés par les médias. Ce constat est corroboré par Aurélia Schahmanèche à propos de la motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme dont la légitimité découlerait du fait qu'elle soit compréhensible « par n'importe quel citoyen européen⁷²⁶ ».

559. L'association de la motivation des décisions de justice à la question démocratique résulte d'une mutation de la notion de légitimité aujourd'hui fondée sur l'acceptation sociale. A la logique légale rationnelle de légitimité s'est substituée une logique d'adhésion du plus grand nombre⁷²⁷. Selon Chaïm Perelman, l'efficacité du discours dépend davantage de la réussite de l'adhésion d'un auditoire que de sa vérité⁷²⁸. Autrefois envisagée comme une question théorique de recherche du fondement du pouvoir, la légitimité est devenue un enjeu pratique : la légitimation de l'action des gouvernants aux yeux des gouvernés.

560. La motivation des décisions de justice est devenue un outil de légitimation des juridictions⁷²⁹. La qualité des décisions de justice s'évalue à l'aune des justifications qu'elle

⁷²⁵ F. MALHIÈRE (Dir.), *Comment rédiger une décision de justice au XXI^e siècle ?* : Paris : Dalloz, 2018, p. 4.

⁷²⁶ A. SCHAHMANECHE, *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris : A. Pedone, 2014, p. 206.

⁷²⁷ J. HABERMAS, *Raison et légitimité : problèmes de légitimation dans le capitalisme avancé*, Paris : Payot, 2012.

⁷²⁸ C. PERELMAN, *Logique juridique : nouvelle rhétorique*, Paris : Dalloz, 1999, p. 107.

⁷²⁹ B. FRYDMAN, « L'évolution des critères et des modes de contrôle de qualité des décisions de justice », in : *La qualité des décisions de justice - Études réunies par P. MBONGO*, Strasbourg : Éditions du Conseil de

offre à la société⁷³⁰. Dès lors, l'accessibilité de la motivation des décisions de justice poursuit un objectif démocratique et la légitimité de la juridiction en est tributaire. Lors de l'audience solennelle de la rentrée 2017, Bertrand Louvel, premier Président de la Cour de cassation, s'inscrit dans cette logique d'adhésion des citoyens à la décision :

« Les juges rendent la justice au nom du peuple français, et ils doivent rendre des comptes au peuple français du mandat qu'ils reçoivent de la Constitution que s'est donnée le peuple français. La Cour de cassation s'est loyalement engagée dans la démarche de la Cour européenne dont elle devient un partenaire actif par ses groupes de travail et les arrêts auxquels cette réflexion conduit, traduisant peu à peu une conception renouvelée du légalisme traditionnel. Grâce à des motivations enrichies et aux études pluridisciplinaires qui souvent les précèdent, les arrêts de la Cour tendent à devenir plus accessibles et intelligibles aux citoyens au nom desquels ils sont rendus⁷³¹ ».

561. En apportant à l'arrêt QPC un complément de motivation accessible et clair, l'avis de l'avocat général participe à la réalisation de l'objectif institutionnel exprimé par Bertrand Louvel et, partant, de la légitimité de la Cour de cassation.

562. Écrit en style direct, l'avis se distingue de la décision et du rapport par sa liberté de ton qui le rend plus accessible au lecteur. Cette particularité des conclusions fait écho au projet d'abandon du style indirect par la Cour de cassation⁷³² s'inscrivant dans la logique d'approbation des décisions⁷³³. Selon un sondage auprès des français sur la perception de la justice⁷³⁴, 90% des citoyens souhaitent que le langage judiciaire soit simplifié. L'ensemble de la littérature relative à la qualité de la motivation des décisions de justice fustige la phrase

l'Europe, 2007, p. 18.

⁷³⁰ H. COLOMBET, A. GOUTTEFANGEAS, « La qualité des décisions de justice. Quels critères ? », *Droit et société*, 2013/1, n° 83, 2013, p. 155.

⁷³¹ B. LOUVEL, *Discours prononcé lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire*, 13 janvier 2017.

⁷³² Rapport de la Commission sur la réforme de la Cour de cassation, avril 2017, proposition n°29. *disponible en ligne*, www.courdecassation.fr

⁷³³ P. MBONGO, *La qualité des décisions de justice*, Strasbourg, France : Éditions du Conseil de l'Europe, 2007, 187 ; J-M. SAUVE, *Les critères de la qualité de la Justice - Célébration des vingt ans du Tribunal de première instance des Communautés européennes*, Luxembourg, le 25 septembre 2009 ; H. COLOMBET, A. GOUTTEFANGEAS, « La qualité des décisions de justice. Quels critères ? », *Droit et société*, 2013/1, n° 83, 2013, p. 155.

⁷³⁴ La tenue même de ce sondage s'inscrit dans la perspective de légitimation de l'action par la perception des citoyens.

unique et le style indirect comme autant d'obstacles à la compréhension par les non-juristes de la décision⁷³⁵. Par conséquent, le complément apporté par l'avis de l'avocat général contribue à la réalisation de l'objectif d'accessibilité des décisions de la Cour de cassation.

563. Outre le style rédactionnel, la motivation des décisions de justice doit être étayée pour entraîner l'adhésion des citoyens. A l'instar de la simplification de la rédaction, le projet de réforme de la Cour de cassation préconise un enrichissement de la motivation⁷³⁶. Sur ce plan également, le complément apporté par l'avis contribue à la légitimité de la Cour de cassation. En tant que document préparatoire, l'avis détaille largement le raisonnement juridique dont découle la solution préconisée. Ce faisant, les conclusions des avocats généraux contribuent à légitimer la Cour de cassation.

564. Par l'étayage de sa motivation et son style accessible, l'avis de l'avocat général renforce la légitimité de l'arrêt QPC qu'il complète. Tributaire de la qualité de sa motivation, la Cour de cassation bénéficie de la contribution des avocats généraux qui participent à définir l'image d'une institution démocratique.

⁷³⁵ H. COLOMBET, A. GOUTTEFANGEAS, « La qualité des décisions de justice. Quels critères ? », *art. cit.*; G. CARCASSONNE, « L'intelligibilité des décisions du Conseil constitutionnel », in : *La qualité des décisions de justice* - Études réunies par P. MBONGO, Strasbourg : Conseil de l'Europe, 2007, disponible en ligne.

⁷³⁶ Rapport de la Commission sur la réforme de la Cour de cassation, avril 2017, proposition n°33. *disponible en ligne*, www.courdecassation.fr

CONCLUSION

565. Une fois l'arrêt QPC rendu par la Cour de cassation, les avis des avocats généraux deviennent un complément éclairant la motivation des arrêts de la Cour. Pour le requérant impacté en premier chef par la non-transmission de la QPC, l'avis de l'avocat général apporte des éléments de réponse aux griefs soulevés. Pour les praticiens sachant la recevabilité de la QPC conditionnée par les précédents de filtrage, la compréhension des circonstances des questions déjà soumises à la Cour de cassation est essentielle, tout comme la motivation retenue. Les magistrats et les avocats ont recours aux avis des avocats généraux pour éclairer les arrêts et orienter leur pratique. Si ce complément est essentiel, il reste néanmoins insuffisant en raison du décalage existant entre l'opinion de l'avocat général et celle de la formation de jugement.

566. Une fois le filtre de la Cour de cassation franchi, la question est transmise au Conseil constitutionnel accompagnée des documents préparatoires de l'arrêt, preuve de leur complémentarité. Le Gouvernement et les juges de Montpellier disposent d'un court délai pour instruire le dossier. Dans cette configuration, l'argumentation constitutionnelle de l'avocat général permet un précieux gain de temps dans l'appréhension des termes du débat. À ce stade du procès constitutionnel, le décalage entre l'opinion de l'avocat général et celle de la Cour de cassation cesse d'être un défaut, l'opinion constitutionnelle de la Cour n'étant plus souveraine. Au contraire, la confrontation d'argumentations opposées permise par les conclusions contraires enrichit le débat constitutionnel et facilite l'instruction du dossier.

567. Nécessaire à la réalisation de l'objectif démocratique de transparence, le complément apporté par les avocats généraux aux arrêts QPC contribue également à légitimer la Cour de cassation. La transparence des décisions renforce la confiance des citoyens en la justice. Dès lors, le projet d'élargissement de l'*open data* des décisions de justice aux documents préparatoires prouve que l'avis est un complément essentiel à la transparence de la Cour de cassation. La diffusion systématique des avis pour éclairer les arrêts de la Cour contribue donc à la réalisation de cet objectif démocratique et renforce d'autant la légitimité de l'institution. Plus détaillé que l'arrêt, l'avis apporte des justifications nécessaires à la légitimité des décisions de justice. Leur style clair et accessible contribue à l'accessibilité des arrêts de la Cour de cassation auprès du peuple français au nom duquel ils sont rendus. Ce faisant, l'avis apporte aux arrêts et à la Cour de cassation une légitimité.

CHAPITRE 3. LE ROLE DE L'AVOCAT GENERAL DANS L'INTERPRETATION DES CRITERES DU FILTRE DE LA QPC

568. À l'heure où l'existence du Parquet général est contestée par certains, le filtrage des QPC peut devenir un outil de leur affirmation institutionnelle. En effet, la QPC se distingue des recours analogues en Europe par l'autonomie attribuée aux juridictions en charge du renvoi des questions de constitutionnalité. Ailleurs, la juridiction constitutionnelle exerce le deuxième niveau de filtrage, à l'instar de la Cour de justice de l'Union européenne qui se réserve la sélection finale des questions. En France, les Cours suprêmes élaborent les contours du contentieux constitutionnel *a posteriori* par application souveraine des conditions de renvoi. Dès lors, Conseil d'État et Cour de cassation sont les interprètes authentiques des notions constitutionnelles de disposition législative ; applicabilité au litige ; changement de circonstances ; nouveau et sérieux ; dont l'interprétation conditionne la physionomie du contentieux de la QPC (Section 1). Le Parquet général pourrait proposer une réflexion sur l'interprétation *constitutionnelle* des notions relatives au filtrage des QPC. Aujourd'hui laissée à la libre interprétation de chaque avocat général, l'élaboration d'une doctrine constitutionnelle du Parquet général accroîtrait la légitimité de l'institution (Section 2).

Section 1. L'interprétation des critères de renvoi de la QPC : un outil de politique constitutionnelle

569. D'un point de vue constitutionnel, l'interprétation des critères de filtrage est déterminante. Elle conditionne la saisine du Conseil constitutionnel et contribue à façonner la physionomie du contentieux de la QPC. En effet, la procédure constitutionnelle oscille depuis sa création entre deux finalités : apurement de l'ordre juridique et garantie des droits. Dès lors, l'exercice du filtrage peut devenir l'outil d'une politique constitutionnelle (§1). Favorisant un contrôle objectif de constitutionnalité, les juges de Montpensier s'éloignent de l'interprétation des critères de recevabilité laissant la Cour de cassation appréhender la recevabilité des questions sous l'angle de l'intérêt à agir. Dans ce contexte, le Parquet général pourrait investir le champ de l'interprétation constitutionnelle des critères de renvoi des QPC (§2).

§1. Le filtrage de la QPC : un outil de politique constitutionnelle aux mains des Cours suprêmes

570. Le mécanisme de la QPC établi par le constituant de 2008 attribue aux Cours suprêmes un rôle prépondérant dans la détermination de son champ d'application. Inédite en Europe, une telle liberté accordée aux juridictions chargées du renvoi des questions est une opportunité pour le Conseil d'État et la Cour de cassation (I). Fruit d'un compromis dilatoire entre contentieux objectif et subjectif, la QPC se définit progressivement par la pratique. En élaborant une politique jurisprudentielle de la recevabilité des questions prioritaires de constitutionnalité, les juges du filtre peuvent influencer de façon fondamentale le sens d'un contentieux constitutionnel en cours de construction (II).

I. La QPC : une procédure dépendante du filtre

571. La procédure de la QPC se distingue des contentieux analogues existant en Europe et du contentieux du droit de l'Union par l'autonomie laissée aux juges chargés de la transmission des questions. Cette spécificité fait du contentieux constitutionnel français une opportunité pour les magistrats de la Cour de cassation qui héritent d'une importante compétence : la souveraine délimitation du champ d'application du contentieux constitutionnel *a posteriori*.

572. Soulevées à l'occasion d'un litige, les questions prioritaires de constitutionnalité sont filtrées par les juges du fond et par les Cours suprêmes, pour ne transmettre au Conseil constitutionnel que les questions applicables au litige, inédites et sérieuses. Le nom de « filtre » qui caractérise, pour les constitutionnalistes, la fonction du Conseil d'État et de la Cour de cassation au sein de la procédure QPC, suggère un rôle passif. « Corps poreux ou dispositif à travers lequel on fait passer un fluide pour retenir des corps et des substances solides qu'il contient⁷³⁷ », le filtre n'est pas sujet de l'action mais outil entre les mains d'un acteur, un objet inerte, un tamis. Le choix du terme⁷³⁸ révèle la conception initiale de la QPC, basée sur un contrôle concentré. Dans cette conception, les juridictions judiciaires participent au mécanisme

⁷³⁷ Définition « filtre » : *Trésor de la Langue Française*.

⁷³⁸ À noter que le terme est propre à la France, il n'en existe pas d'équivalent dans les pays d'Europe pratiquant le contrôle de constitutionnalité similaire de type préjudiciel.

sans pour autant concurrencer le monopole du Conseil constitutionnel, le sujet de l'action⁷³⁹ est le requérant. Les juridictions sont présentées comme des corps inertes « filtrant les solides ». L'image du filtre présuppose qu'existent objectivement des « liquides constitutionnels » traversant le filtre, et des « solides constitutionnels » retenus par lui. Pourtant, départager les solides des liquides constitutionnels n'a rien d'une activité objective.

573. Loin du corps inerte suggéré par le terme de « filtre », les juridictions suprêmes sont des acteurs déterminants de la procédure. En effet, le tri des questions prioritaires de constitutionnalité est un exercice subjectif exercé souverainement par les Cours suprêmes et dont dépend la compétence du Conseil constitutionnel car seules les questions renvoyées par les Cours suprêmes entreront dans le giron de Montpensier, les autres échappant à son contrôle. Le champ d'application de la procédure est déterminé par la Cour de cassation et le Conseil d'État, le Conseil constitutionnel ne disposant d'aucun moyen d'attirer à lui des questions évincées. En attribuant aux Cours suprêmes le souverain exercice du filtre des QPC, le constituant renforce considérablement leur autorité.

574. Le double filtrage des questions constitutionnelles est relativement inédit en Europe⁷⁴⁰. Outre la Moldavie et la Biélorussie⁷⁴¹, les pays européens ont opté pour un renvoi direct à la juridiction constitutionnelle des questions incidentes. Les juridictions constitutionnelles européennes filtrent donc elles-mêmes les questions. Ce mécanisme attribue le juge constitutionnel la maîtrise des contours de sa compétence, ce que ne permet pas le système français où la fonction de filtre est exclusivement attribuée aux juges ordinaires⁷⁴². Le Conseil constitutionnel français ne se prononce pas sur l'appréciation faite par les juges de la pertinence constitutionnelle de la question.

575. Les Cours suprêmes françaises disposent en QPC d'une marge d'appréciation bien plus large que dans le cadre du contentieux européen. Prévu à l'article 267 du TFUE, le renvoi préjudiciel fonctionne, à l'instar de la QPC, comme un incident de procédure concernant

⁷³⁹ Celui qui fait passer le fluide à travers le filtre, selon la définition.

⁷⁴⁰ L. GAY (Dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité : approche de droit comparé*, Bruxelles : Bruylant, 2014.

⁷⁴¹ L. GAY, « Le double filtrage des QPC : une spécificité française en question ? Modalités et incidences de la sélection des questions de constitutionnalité en France, Allemagne, Italie et Espagne », in *La question prioritaire de constitutionnalité, approche de droit comparé*, Bruxelles : Bruylant, 2014, p. 52.

⁷⁴² *Ibid.*, p. 59.

l'interprétation ou la validité d'une disposition du droit de l'Union. Comme la QPC, la question préjudicielle garantit la conformité de la loi à une norme qui lui est supérieure et assure une interprétation authentique de celle-ci par l'organe dédié. Mais, contrairement à la QPC qui dépend entièrement des cours suprêmes pour saisir le Conseil constitutionnel⁷⁴³, la question préjudicielle est transmise à la Cour de Justice de l'Union européenne par le juge *a quo*, sans médiation. Les juridictions nationales dont les décisions sont insusceptibles de recours en droit interne sont tenues de renvoyer la question préjudicielle posée devant elles. Les autres en ont simplement la faculté. La souplesse laissée aux juges du fond est compensée par l'impératif de renvoi par les juridictions suprêmes, vecteur d'harmonisation des interprétations. Une fois la question renvoyée par le juge national, la Cour de justice réalise le second filtrage. Ainsi, la Cour prend part à la sélection des affaires portées devant elle.

576. L'obligation de renvoi des questions préjudicielles pour les juridictions suprêmes connaît une exception en cas de précédent. Exception parfois largement utilisée lorsque, par exemple, une juridiction nationale considère que l'interprétation résultant d'une procédure de manquement pendante devant la Cour peut dispenser de renvoi⁷⁴⁴, ou lorsqu'elle interprète très largement de précédentes questions préjudicielles⁷⁴⁵. Si la marge de manœuvre dont disposent les juridictions de filtrage est bien plus étroite dans le cadre du renvoi préjudiciel qu'en QPC, les juridictions parviennent néanmoins à la maximiser. Très tôt le Conseil d'État a assoupli l'obligation de renvoi auquel il était assujéti :

« Il ne fait aucun doute, tout d'abord, conformément à la nature même du mécanisme des questions préjudicielles, et afin d'écartier les demandes de renvoi purement dilatoires, que le juge national conserve la faculté d'apprécier la pertinence de la demande de renvoi et donc de refuser celui-ci dans tous les cas où l'issue du litige dont il est saisi ne dépend pas d'une règle de droit de l'Union⁷⁴⁶ ».

⁷⁴³ G. TOULEMONDE, I. THUMEREL, D. GALATI, « Les juridictions suprêmes renforcées dans leur office de cour suprême », in *La QPC, le procès et ses juges. L'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, Dalloz, Paris, 2013, p. 283.

⁷⁴⁴ Cass Crim., 1 octobre 1979, Rossi di Montaléra, 78-93.500.

⁷⁴⁵ CE, 27 janvier 1967, Syndicat National des importateurs de produits laitiers ; CE, 27 juillet 1979, Syndicat National des fabricants de spiritueux.

⁷⁴⁶ CE, 5 novembre 1971, Comptoir agricole du pays bas normand ; CE, 22 décembre 1978, Cohn Bendit.

577. Les deux Cours suprêmes françaises appliquent la théorie de l'acte clair⁷⁴⁷ au contentieux européen⁷⁴⁸. Certains auteurs précisent néanmoins que cet assouplissement de l'obligation n'est acceptable qu'à la condition que le juge national « exagère plus qu'il ne restreint sa déférence pour la Cour de Justice⁷⁴⁹ », réserve corroborée par la Cour de Justice de l'Union⁷⁵⁰. Malgré ces précautions, certaines applications de la théorie de l'acte clair par le Conseil d'État dispensant de renvoi à la Cour de Justice ont pu être contestées⁷⁵¹. La faible marge d'appréciation laissée aux juridictions nationales s'en trouve élargie.

578. *A contrario*, la liberté de renvoi octroyée par les textes aux juridictions dont les décisions sont susceptibles de recours est relative. Elle existe dans le cadre du renvoi en interprétation mais est restreinte dans le cadre de l'appréciation de la validité⁷⁵². La méconnaissance par une juridiction de son obligation de renvoi autorise le déclenchement de la procédure de manquement. La Cour de justice s'assure ainsi du renvoi des questions importantes.

579. Il ressort de cette comparaison entre question prioritaire et renvoi préjudiciel que le contentieux européen est bien moins dépendant du Conseil d'État et de la Cour de cassation que ne l'est le contentieux constitutionnel. En droit européen, l'office des Cours suprêmes n'est pas souverain, leur pouvoir discrétionnaire est limité par l'obligation partielle de renvoi. Les tempéraments à cette obligation sont loués par la doctrine pour la souplesse qu'ils introduisent dans le mécanisme. De plus, la marge d'appréciation des juridictions nationales demeure limitée, le système de filtrage européen permettant à la Cour de justice de contrôler l'opération réalisée par les juridictions nationale par le biais du recours en manquement. Contrairement au

⁷⁴⁷ Théorie selon laquelle le juge devant qui est soulevée une exception préjudicielle n'est tenu de renvoyer à la juridiction compétente pour la trancher que s'il existe une « difficulté réelle » d'interprétation ou de validité, s'il existe un doute sérieux sur le sens ou la validité de la disposition concernée. Si la validité est évidente, le juge peut l'appliquer immédiatement. Voir E. LAFFERIERE, *Traité de la juridiction administrative*, 2e Ed. 1896, p. 498.

⁷⁴⁸ CE, 19 juin 1964, Shell-Berre ; Cass. crim., 29 juin 1966, 64-93.745.

⁷⁴⁹ G. ISAAC, M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, Paris : Sirey, 2012, p. 648 : « Elle n'est acceptable, cependant, que si le juge national tient compte, dans son maniement, de la nature propre du droit de l'Union, qui lui est moins familier que le droit national et qui est rédigé en 23 langues faisant également foi, ainsi que de l'objet spécifique de la procédure qui vise moins à sauvegarder la compétence d'une autre juridiction qu'à garantir l'application uniforme: une prudence toute particulière s'impose ici; dans un esprit de respect et de confiance réciproque, le juge national doit exagérer plutôt que restreindre sa déférence pour la Cour de justice du droit communautaire ».

⁷⁵⁰ CJCE, 6 octobre 1982, CILFIT, aff. 283/82.

⁷⁵¹ Ex : CE 12 octobre 1979, Syndicat national des importateurs de vêtements ; CE, 28 juillet 2000, Société Schering-Plough Europe : le Conseil d'État affirme la clarté de dispositions au sens cependant incertain et dont les commissaires du gouvernement sollicitaient l'interprétation par la Cour.

⁷⁵² CJCE, 22 octobre 1987, Fotofrost, aff 314/85.

contentieux constitutionnel français, le véritable maître de l'applicabilité du droit de l'Union européenne reste la Cour de Justice de l'Union européenne.

580. La procédure de la QPC attribue un rôle majeur aux Cours suprêmes en leur attribuant le monopole du second filtrage. Les questions constitutionnelles et préjudicielles sont ailleurs renvoyées à la juridiction de jugement par tout juge sans médiation, limitant les risques de blocage liés au monopole de renvoi.

581. La latitude offerte aux Cours suprêmes pour apprécier l'opportunité du renvoi est bien plus large en QPC dans le cadre du renvoi préjudiciel. La conclusion est en revanche plus mitigée s'agissant du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* en Europe. Si certains États attribuent aux juges du filtre une large marge d'appréciation⁷⁵³, d'autres appliquent une conception bien plus étroite du sérieux⁷⁵⁴.

582. Les Cours suprêmes sont seules maîtresses de la compétence du Conseil constitutionnel qui, contrairement à ses homologues européens, ne prend pas part à la sélection des questions portées devant lui. Le champ d'application du contentieux de constitutionnalité français dépend donc de l'appréciation souveraine des Cours suprêmes.

II. La QPC : une procédure déterminée par sa pratique

583. Interrogés sur leur rôle au sein la procédure de la QPC, la plupart des avocats généraux minimisent la part de subjectivité intervenant dans le filtrage des questions. Les critères posés par la loi organique n'appelleraient de leur part qu'une application objective, moins périlleuse que le travail exigé par un litige de droit commun. Pourtant, l'application des critères de filtrage est subjective, raison pour laquelle des nombreuses juridictions constitutionnelles et la Cour de justice de l'Union européenne se réservent la fonction ici dévolue aux Cours suprêmes. La sélection des questions préjudicielles par la Cour de justice de l'Union européenne relève

⁷⁵³ Comme l'Allemagne, l'Autriche, l'Espagne ou l'Italie : P. BON, « Les conditions de recevabilité de la question préjudicielle en droit comparé », in *La question prioritaire de constitutionnalité : approche de droit comparé*, op. cit., p. 31 et s.

⁷⁵⁴ Par exemple l'Allemagne, P. BON, « Les conditions de recevabilité de la question préjudicielle en droit comparé », art. cit. p. 31.

davantage de choix téléologiques que de règles préétablies⁷⁵⁵. Les critères sont appréciés simplement en fonction de l'objectif d'intégration européenne visé par la Cour de justice ; des considérations d'ordre pédagogique ont pu, par exemple, conduire la Cour à abaisser ses exigences de recevabilité des questions renvoyées émanant d'un nouvel État membre⁷⁵⁶. L'exercice du filtrage par la Cour de Justice témoigne du lien consubstantiel entre la recevabilité et le fond, les conditions de recevabilité étant interprétées au regard de l'objectif de l'institution, à savoir la réalisation du projet européen par une intégration toujours plus poussée. En comparaison, le mécanisme français de questions de constitutionnalité brouille le jeu institutionnel en attribuant à des institutions aux objectifs différents les deux pendants connexes d'un même contentieux.

584. Les conditions de recevabilité de la QPC conditionnent les contours du contentieux mais le Conseil constitutionnel se trouve privé de la possibilité d'évaluer la recevabilité des questions au regard de ses objectifs. Le jeu du double filtrage offre donc à la Cour de cassation et au Conseil d'État l'opportunité de contribuer à définir le contentieux constitutionnel, procédure aux finalités contradictoires.

585. La question de constitutionnalité française détonne dans le paysage européen par son ambivalence entre objectivité et subjectivité⁷⁵⁷. Par certains égards la QPC s'apparente à une procédure subjective de protection des droits et libertés des justiciables. En effet, la question doit prendre racine dans un litige et contester l'atteinte à un droit ou à une liberté constitutionnellement garantie.

586. Cependant, d'autres éléments de la procédure témoignent de la prééminence d'une finalité objective d'apurement de l'ordre juridique de dispositions législatives inconstitutionnelles. Seul le mémoire en QPC, distinct du litige du fond, est transmis au Conseil constitutionnel. La loi prévoit d'ailleurs le défaut d'impact sur la QPC du désistement du plaideur dans l'affaire d'où est né le contentieux⁷⁵⁸. De plus, le deuxième critère de filtrage

⁷⁵⁵ F. MARTUCCI, *Droit de l'Union européenne*, Paris : Dalloz, 2017.

⁷⁵⁶ G. ISAAC, M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 657.

⁷⁵⁷ E. DUBOUT, « Quelle efficacité structurelle du procès constitutionnel ? », in *La QPC, le procès et ses juges, l'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, Paris : Dalloz, 2013, p. 211.

⁷⁵⁸ Le Conseil d'État a d'ailleurs déjà considéré comme recevable une question transmise par la cour administrative d'appel alors même que le préfet l'avait informée de son intention de se désister de l'appel interjeté. La Cour administrative d'appel avait transmis la question avant de prendre acte du désistement.

interdit de renvoyer une QPC déjà tranchée par le Conseil constitutionnel. Si, en principe, l'autorité de la chose jugée ne vaut qu'entre parties identiques, elle s'applique en droit constitutionnel à des parties différentes interrogeant la constitutionnalité d'une même disposition⁷⁵⁹, ce qui témoigne d'une prévalence de la norme sur le requérant. L'exception du changement de circonstances ne tempère le principe que de façon marginale, d'autant qu'il est interprété strictement par le Conseil constitutionnel. Ce deuxième critère de filtrage n'existe pas dans les autres pays européens pratiquant la question de constitutionnalité, une même question pouvant être renvoyée plusieurs fois pour censurer des inconstitutionnalités qui surgiraient en pratique⁷⁶⁰.

587. Le Conseil constitutionnel tranche une question de droit dépouillée des faits d'espèce, comme l'exprimait le président Martens à propos de la Cour constitutionnelle de Belgique : « le litige au fond a été le révélateur d'une suspicion d'inconstitutionnalité de la loi et ce que le juge *a quo* renvoie au juge *ad quem* c'est une question de droit pur : le second n'a pas à mettre les mains dans le cambouis des faits, il se meut dans la sphère non salissante des concepts⁷⁶¹ ».

588. Cette situation est paradoxale, la finalité objective du contentieux⁷⁶² est contradictoire avec la limitation de celui-ci aux atteintes aux droits et libertés, quand la finalité subjective poursuivie par le constituant⁷⁶³ contredit l'interdiction de principe de prise en compte des faits d'espèce dans le contrôle. Pourtant, la considération des faits d'espèce n'entraverait pas l'objectif abstrait d'apurement de l'ordre juridique.

589. La QPC est encore aujourd'hui tributaire de son ambivalence originelle. La question de la recevabilité des questions conditionnant l'action du Conseil constitutionnel, le filtrage ne peut faire l'économie d'une vision de ce que *doit être* le contentieux constitutionnel *a posteriori* ; il doit être investi et pensé au regard de sa finalité dans la mesure où il est un outil de politique constitutionnelle. Par la pratique du filtrage, les juridictions administratives et

⁷⁵⁹ E. DUBOUT, « Quelle efficacité structurelle du procès constitutionnel ? », in *La QPC, le procès et ses juges, l'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, op. cit., p. 215.

⁷⁶⁰ L. GAY, « Le double filtrage des QPC : une spécificité française en question? Modalités et incidences de la sélection des questions de constitutionnalité en France, Allemagne, Italie et Espagne », art. cit., p. 51.

⁷⁶¹ P. MARTENS, Président de Cour constitutionnelle de Belgique, cité par L. GAY, « Redéfinir le contrôle concret de constitutionnalité. Plaidoyer pour une concrétisation accrue des décisions QPC », in *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée?*, Paris : Institut universitaire Varenne, 2015, p. 122.

⁷⁶² Débarrasser l'ordre juridique des dispositions législatives inconstitutionnelles.

⁷⁶³ Ouvrir une voie de droit aux justiciables pour protéger leurs droits et libertés.

judiciaires peuvent orienter la procédure constitutionnelle vers l'objectivité ou la subjectivité, vers l'abstrait ou le concret⁷⁶⁴. Au regard de l'ambivalence des objectifs de la QPC, nul ne peut soutenir que l'application des critères de filtrage puisse être objective. L'interprétation de ces critères doit être investie pour faire de la QPC une voie de droit utile.

590. Les arrêts QPC et leurs travaux préparatoires regorgent de la formule « au sens de la loi organique » : L'applicabilité au litige, le changement de circonstance, la disposition législative, les droits et libertés constitutionnellement garantis « au sens de » la loi organique. Si l'expression permet sûrement aux juges de marquer la distinction entre le sens que peut revêtir une notion dans les contentieux de droit commun et le sens qu'elle revêt dans et pour cette procédure, l'ambivalence des objectifs de la loi organique impose de reconnaître que ce sens est absent du texte et qu'il convient de le construire par la pratique. À défaut de réponse claire fournie par les énoncés, le sens des notions permettant de construire la physionomie du contentieux constitutionnel reste à élaborer. Le filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité offre à ceux qui en ont la charge l'opportunité de définir une politique jurisprudentielle de la QPC.

§2. Le filtrage de la QPC : un outil de politique constitutionnelle à investir

591. Pour des raisons différentes, le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation investissent peu l'interprétation des critères de recevabilité des QPC, pourtant déterminant d'un point de vue constitutionnel. Ce terrain laissé vacant par les acteurs pressentis (I) est une opportunité pour le Parquet général pour gagner en visibilité et en légitimité sur le plan institutionnel en contribuant à élaborer la physionomie du contentieux constitutionnel par une politique de filtrage ambitieuse (II).

⁷⁶⁴ Les deux couples de notions ne se recoupant pas. Si un contrôle subjectif est forcément concret, l'inverse ne se vérifie pas.

I. L'interprétation constitutionnelle des critères de filtrage : un terrain laissé vacant par les acteurs pressentis

592. Organisée constitutionnellement, l'exclusion du Conseil constitutionnel du filtrage des QPC est accentuée par sa jurisprudence. Dès l'introduction de la mesure, les juges de la rue de Montpensier ont affirmé la compétence exclusive des Cours suprêmes en matière d'appréciation de l'applicabilité au litige. Les faits d'espèce et le lien qu'ils peuvent entretenir avec la question posée⁷⁶⁵ ne sont donc pas pris en compte par le Conseil constitutionnel lors de son contrôle.

593. À l'instar du critère de l'applicabilité au litige, l'interprétation restrictive de la notion de « changement de circonstances » par le Conseil constitutionnel l'éloigne encore davantage des enjeux de constitutionnalité apparaissant dans la pratique. Les faits d'espèce sont insusceptibles de constituer un changement de circonstances⁷⁶⁶, les éléments de portée générale bien peu. Le rejet des considérations factuelles par Montpensier est contesté par une partie de la doctrine⁷⁶⁷ qui appelle à une plus grande considération des faits du litige et des éléments concrets généraux dans l'appréciation de la constitutionnalité des dispositions législatives.

594. En désinvestissant l'applicabilité au litige et en interprétant strictement la notion de changement de circonstances, le Conseil constitutionnel s'éloigne d'enjeux majeurs de la construction de son contentieux. Ces enjeux peuvent être investis par les juges du filtre, mais la pratique du filtrage par la Cour de cassation témoigne de son investissement relatif dans l'interprétation constitutionnelle des critères de renvoi. Envisageant la QPC principalement comme un moyen du pourvoi en vue de la résolution du litige⁷⁶⁸, les enjeux d'apurement de l'ordre juridique paraissent secondaires.

⁷⁶⁵ Site du Conseil constitutionnel, *A la Une*, Octobre 2012 : « Cette orientation se justifie par l'office du juge constitutionnel. Le Conseil constitutionnel n'est pas juge du litige mais seulement de la conformité de la disposition législative à la Constitution. Il n'a donc pas à se prononcer sur l'applicabilité de la disposition renvoyée à un litige dont il ne connaît pas ».

⁷⁶⁶ Commentaire sous la décision 2009-595 DC du 3 décembre 2009, les cahiers du Conseil constitutionnel, n°28, www.conseil-constitutionnel.fr.

⁷⁶⁷ L. GAY, « Redéfinir le contrôle concret de constitutionnalité. Plaidoyer pour une concrétisation accrue des décisions QPC », *art. cit.*, p. 119 et s.

⁷⁶⁸ A. ROBLOT-TROIZIER, « La QPC, le Conseil d'État et la Cour de cassation », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°40, 1 juin 2013, www.conseil-constitutionnel.fr.

595. À l'instar du Conseil constitutionnel, la Cour de cassation désinvestit l'interprétation des critères du filtre, semblant s'appliquer objectivement à la lecture des arrêts QPC. Si la Cour étaye davantage le caractère sérieux de la question, notamment dans les décisions de non-renvoi, l'application des autres critères est le plus souvent traitée par formulation-type : « attendu que la disposition contestée est applicable à la procédure en cours et qu'elle n'a pas été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel » ; « attendu que la disposition contestée a été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif de la décision X du Conseil constitutionnel ; qu'aucun changement de circonstances de droit ou de fait n'est intervenu depuis qui, affectant la portée de la disposition critiquée, en justifierait le réexamen ». Impression d'évidence ou manière d'éluder la justification de décisions prises par opportunité⁷⁶⁹, la doctrine avance des raisons diverses à la standardisation des réponses concernant l'application des deux premières conditions de renvoi.

596. Quant au sérieux de la question, si la brièveté de sa motivation peut s'expliquer par une volonté de ne pas empiéter sur l'office du Conseil constitutionnel, cette position n'est pas partagée par les autres pays européens où la motivation du sérieux de la question renvoyée est souvent exigée par la Cour constitutionnelle elle-même⁷⁷⁰. En effet, l'autolimitation des Cours suprêmes françaises en matière d'appréciation des critères de filtrage prive le Conseil d'une première analyse de la question et, partant, d'un dialogue entre juges⁷⁷¹.

597. Procédure à fort potentiel démocratique du fait de la garantie des droits qu'elle affiche, la QPC dépend des conditions de recevabilité des questions pour réaliser son potentiel. L'interprétation des critères de filtrage conditionne la physionomie et la philosophie du contentieux constitutionnel *a posteriori*. Pourtant, le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation investissent peu l'enjeu de l'interprétation téléologique des critères de filtrage. Dès lors, les avocats généraux pourraient s'en saisir.

⁷⁶⁹ A. ROBLLOT-TROIZIER, « La QPC, le Conseil d'État et la Cour de cassation », *art. cit.*

⁷⁷⁰ En Italie et en Espagne notamment, cf. P. BON, « Les conditions de recevabilité de la question préjudicielle en droit comparé », in *La question prioritaire de constitutionnalité : approche de droit comparé*, Bruxelles : Bruylant, 2014, p. 42.

⁷⁷¹ *Ibidem*.

II. L'interprétation constitutionnelle des critères de filtrage : un terrain pouvant être investi par le Parquet général

598. Le Parquet général pourrait être l'acteur de l'interprétation constitutionnelle des critères de transmission des QPC. Le format de l'avis paraît propice au développement et à l'enrichissement des notions relatives au filtrage par sa longueur et sa motivation. La liberté de ton qui caractérise l'office de l'avocat général favoriserait les tentatives d'élaboration théorique. Au sein de la Cour de cassation, le rôle de « fenêtre sur l'extérieur » dévolu au parquet⁷⁷² lui permettrait d'apporter le regard concret dont la QPC pourrait bénéficier et qui est étranger à la culture de la Cour de cassation et du Conseil constitutionnel, tous deux interprètes du droit et non du fait.

599. La co-élaboration des contours de la QPC par les acteurs du filtre et le Conseil constitutionnel est prévue constitutionnellement. Dans la mesure où le filtre est laissé à la compétence exclusive des Cours suprêmes, elles sont les interprètes légitimes des critères de transmission, à l'instar des avocats généraux dont l'intervention pour avis est prévue par la loi organique. Dès lors, leurs interprétations des critères de transmission sont voulues par le constituant et donc légitimes. Au regard de l'ambivalence des textes instituant la procédure QPC, seule la pratique est en mesure d'en déterminer le sens et la philosophie. Laissée vacante par ses acteurs pressentis, l'interprétation des critères de filtrage délimitant le contentieux constitutionnel *a posteriori* pourrait être investie par le Parquet général de la Cour de cassation.

600. Conscients de leur légitimité à se prononcer en matière constitutionnelle, les avocats généraux pourraient devenir des acteurs majeurs de la QPC. S'il est expressément interdit aux juges du siège de soulever une question prioritaire de constitutionnalité⁷⁷³, le parquet - partie à l'instance - en a la possibilité. Certains auteurs⁷⁷⁴ considèrent d'ailleurs que cette faculté lui reste ouverte en qualité de partie jointe. Selon l'article 424 du code de procédure civile : « le ministère public est partie jointe lorsqu'il intervient pour faire connaître son avis sur

⁷⁷² Par leur capacité à réaliser des consultations extérieures notamment, et par leur approche transversale et pluridisciplinaire des questions abordées.

⁷⁷³ Articles 23-1 et 23-5 de l'ordonnance n°58-1067 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, créés par la loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009.

⁷⁷⁴ G. DRAGO, « Le relevé d'office de la question prioritaire de constitutionnalité par les juges », in *La QPC: une révolution inachevée?*, Paris : Institut universitaire Varenne, 2016.

l'application de la loi dans une affaire dont il a communication ». En dehors des cas où la loi prévoit l'intervention du ministère public, celui-ci « peut agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci⁷⁷⁵ ». L'inconstitutionnalité d'une disposition législative pourrait être envisagée comme une atteinte à l'ordre public.

601. Guillaume Drago rapproche l'article 424 du code de procédure civile de l'article 23-1 en matière de QPC : « devant une juridiction relevant de la Cour de cassation, lorsque le ministère public n'est pas partie à l'instance, l'affaire lui est communiquée dès que le moyen est soulevé afin qu'il puisse faire connaître son avis⁷⁷⁶ ». Si, à l'image de l'intervention du parquet comme partie jointe dans les litiges de droit commun, son intervention en QPC se fonde sur sa compétence en matière de défense de l'ordre public, le parquet pourrait se déclarer compétent pour relever d'office une QPC. Marc Guillaume, secrétaire général du Conseil constitutionnel lors de l'instauration de la QPC, et Jean-Luc Warsmann, rapporteur à l'Assemblée nationale de la loi organique portant application de l'article 61-1 de la Constitution, laissaient cette possibilité ouverte :

« Si la loi organique est claire sur le fait que le juge ne pourra pas d'office soulever une QPC, une incertitude demeure quant à la faculté du ministère public à le faire. Les débats parlementaires ont unanimement souligné que le ministère public sera compétent pour soulever une QPC s'il est partie principale à l'instance. En revanche, le Gouvernement a semblé limiter cette faculté à cette hypothèse, alors que Monsieur Lamanda, premier président de la Cour de cassation, a souligné lors de son audition devant la Commission des lois de l'Assemblée nationale, que 'le ministère public, qui a toujours faculté, s'il n'est déjà partie principale, à intervenir dans toute instance en qualité de partie jointe, aura la possibilité de soulever une question de constitutionnalité⁷⁷⁷ ».

« Lorsque le ministère public est partie jointe, soit en raison de la matière de l'affaire, soit de sa propre initiative, soit à celle du juge du siège, il est chargé d'intervenir 'pour faire connaître son avis sur l'application de la loi' (article 424 du code de procédure

⁷⁷⁵ Article 423 du code de procédure civile.

⁷⁷⁶ Article 23-1 de l'ordonnance n°58-1067, *précité*.

⁷⁷⁷ M. GUILLAUME, Cahiers du Conseil constitutionnel, n°29, octobre 2010, Dossier « la question prioritaire de constitutionnalité », p. 32.

civile). Dans la mesure où l'inconstitutionnalité éventuelle d'une disposition législative est susceptible de poser la question de l'application de cette disposition, il ne serait pas infondé que le ministère public puisse, en qualité de partie jointe, invoquer un tel moyen⁷⁷⁸ ».

602. Il ressort de ces développements que la QPC est une opportunité pour le Parquet général. En qualité de partie jointe, les avocats généraux pourraient soulever d'office une question de constitutionnalité devant la Cour de cassation. L'investissement du Parquet général de la Cour de cassation dans le contentieux constitutionnel pourrait aboutir à une véritable politique jurisprudentielle en matière de filtrage des questions contribuant à dessiner la physionomie de la QPC.

603. Du fait de la longueur des avis et de la motivation qu'ils contiennent, les avocats généraux participent à la définition des critères de renvoi des QPC. Néanmoins, le Parquet général de la Cour de cassation pourrait tirer profit d'un investissement plus substantiel dans la procédure constitutionnelle. À la manière d'un parquet des juridictions du fond, le Parquet général pourrait établir, sous la direction du Procureur général, une ambitieuse politique *constitutionnelle* du filtrage. Autrement dit, l'interprétation des critères de renvoi pourrait faire l'objet d'une interprétation uniforme au sein du Parquet général de la Cour de cassation et au regard des enjeux constitutionnels qu'ils soulèvent⁷⁷⁹. Ce faisant, le Parquet général gagnerait en visibilité et en légitimité sur le plan institutionnel.

⁷⁷⁸ J-L. WARSMANN, *Rapport au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, n° 1898, 3 septembre 2009.

⁷⁷⁹ Apurement de l'ordre juridique, garantie des droits, contrôle abstrait, contrôle concret, etc.

Section 2. L'apport du Parquet général à l'interprétation des critères de renvoi de la QPC

604. L'investissement des avocats généraux dans l'interprétation constitutionnelle des critères de filtrage est inégal. Certaines notions sont peu développées dans les avis analysés pour cette étude, d'autres interprétées largement par les uns et strictement par les autres. Cette variété est le produit de la grande liberté dont jouissent les avocats généraux dans l'exercice de leur fonction. Après avoir dressé une typologie de la façon dont les avocats généraux interprètent les notions relatives au filtrage des QPC, il s'agira de suggérer le potentiel légitimant d'un investissement du Parquet général dans leur interprétation. En initiant une réflexion collective au sein du Parquet général sur l'interprétation *constitutionnelle* des conditions de recevabilité, le Parquet général se distinguerait du siège de la Cour. Sa fonction de « conseiller » le libérant de l'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel, le Parquet général est en mesure de proposer d'audacieuses interprétations *constitutionnelles* et *autonomes* des critères du filtrage. Autrement dit, la détermination des normes de contrôle (§1) et l'interprétation des trois conditions de renvoi (§2) offrent aux avocats généraux l'opportunité d'élaborer une véritable doctrine constitutionnelle du Parquet général, vecteur de visibilité dans le paysage institutionnel.

§1. La détermination des normes du contrôle : un potentiel à exploiter par les avocats généraux

605. La QPC permet de contester la conformité d'une « disposition législative » aux « droits et libertés que la Constitution garantit ». Réservée aux juges du filtre, l'interprétation de ces deux notions conditionne le champ d'application de la procédure. Si la Cour de cassation est réticente à inclure sa jurisprudence dans la notion de disposition législative, la distance entre le siège et le Parquet de la Cour de cassation pourrait être employée par le second pour proposer une définition *constitutionnelle* de la notion, lui permettant de se distinguer et de gagner en légitimité (I). S'agissant des normes de référence du contrôle, rares sont les normes constitutionnelles ne pouvant être interprétées comme des droits ou libertés. Le Parquet général de la Cour de cassation pourrait proposer d'audacieuses interprétations augmentant l'effet utile de la QPC (II).

I. L'interprétation de la notion de « disposition législative » par les avocats généraux

606. Sur le plan constitutionnel, l'interprétation de la notion de « disposition législative » détermine le champ d'application de la question prioritaire de constitutionnalité. Si la loi organique prévoit la transmission au Conseil constitutionnel des seules dispositions législatives, les juges de Montpensier interprètent largement la notion afin de préserver l'effet utile du contentieux constitutionnel *a posteriori* : « tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition⁷⁸⁰ ».

607. Chargé de donner son avis sur l'opportunité du renvoi d'une question portant sur une jurisprudence constante de la Cour de cassation, le Parquet général se trouve dans une position délicate au regard de sa chambre. Le siège du quai de l'Horloge a manifesté de naturelles réticences à transmettre sa jurisprudence au Conseil constitutionnel, réticences dans lesquelles s'inscrivent de nombreux avocats généraux :

« N'est pas recevable la QPC mettant en cause la constitutionnalité d'une interprétation jurisprudentielle qui ne trouve pas sa source dans la disposition contestée. [...] Dans le prolongement de cette décision [du Conseil constitutionnel], notre Cour rappelle, avec constance, que s'il a été décidé que tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à une disposition législative, sous la réserve que cette jurisprudence ait été soumise à la Cour suprême compétente, il résulte tant des dispositions de l'article 61-1 de la Constitution et de l'article 23-5, alinéa 3 de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée que des décisions du Conseil constitutionnel, que la contestation doit concerner la portée que donne à une disposition législative précise l'interprétation qu'en fait la juridiction suprême de l'un ou l'autre ordre⁷⁸¹ ».

⁷⁸⁰ Cons. const. 2010-52 QPC du 14 octobre 2010.

⁷⁸¹ Avis de l'avocat général CHEVALIER, première chambre civile, QPC n° 13-15.578 pour l'audience du 22 octobre 2013.

« Bien entendu la jurisprudence n'est pas tenue à l'écart de la QPC, mais dans ce cas, le Conseil constitutionnel doit juger uniquement de la disposition telle d'interprétée. Or nous nous trouvons dans un cas où la jurisprudence ne prend pas directement appui sur le texte législatif invoqué, [...] Dans ces conditions la jurisprudence en cause ne répond pas aux exigences constitutionnelles du 23 juillet 2008 pour être transmise⁷⁸² ».

608. Si la jurisprudence ne prend pas « directement » appui sur la disposition législative, l'ajout de cet adverbe laisse supposer qu'elle n'y est pas totalement étrangère, ce qui rend discutable le refus de transmission. La référence des avocats généraux à la Constitution et à l'ordonnance qui en fixe l'application apporte à l'interprétation de l'avocat général une illusion d'impartialité, laissant à penser qu'il ne fait qu'appliquer les exigences constitutionnelles en véritable bouche de la loi.

609. La volonté de protection de la jurisprudence de la Cour de cassation se manifeste également dans les avis des avocats généraux par des formules minimisant l'apport jurisprudentiel de la Cour : « Ce disant, la chambre sociale a fait application des dispositions législatives du code du travail en mettant objectivement en place par sa jurisprudence une forme de sanction de la violation de ces dispositions qui n'avait pas été spécialement organisée par le législateur⁷⁸³ ». Les développements ultérieurs de l'avocat général semblent invalider la nature « objective » de la jurisprudence de la chambre et révèlent le jeu de pouvoir institutionnel derrière l'interprétation restrictive de la notion : « La question telle que posée constitue donc une contestation de la jurisprudence établie de la chambre sociale et pourrait conduire, si cette démarche était encouragée, à une forme de contrôle de constitutionnalité des décisions de la Cour de cassation. La chambre sociale a déjà écarté cet écueil⁷⁸⁴ ».

610. Il ressort des avis QPC analysés pour cette étude que la protection de la Cour de cassation dans le jeu institutionnel prévaut dans l'interprétation, par les avocats généraux, de la notion de « disposition législative ». La notion n'est donc pas interprétée en cohérence avec la finalité de la QPC. D'un point de vue constitutionnel, l'exclusion des jurisprudences matériellement normatives du champ d'application du contrôle de constitutionnalité diminue l'effet utile de la

⁷⁸² Avis de l'avocat général LEGOUX, chambre sociale, QPC n° 12-40.024 pour l'audience du 5 juin 2012, n° 75.

⁷⁸³ Avis de l'avocat général BEAU, chambre sociale, QPC n° 14-40.030 pour l'audience du 10 juillet 2014, n° 26.

⁷⁸⁴ *Ibidem*.

voie de droit. Cette limite paraît cependant, dans certains avis, conforter l'irrecevabilité de la question posée :

« Aussi, la déclaration d'une éventuelle non-conformité de ce texte à la Constitution serait sans effet sur la demande du requérant puisque, quand bien même il serait déclaré non conforme, il laisserait subsister la jurisprudence mise en cause qui ne relève pas de manière directe de son interprétation. Son succès éventuel ne serait donc pas susceptible d'apporter une solution au litige⁷⁸⁵ ».

611. Aujourd'hui, chaque avocat général interprète à sa façon la notion de disposition législative, la tendance générale au sein des avis étudiés est à l'interprétation restrictive, par égard envers la jurisprudence de la Cour de cassation. L'interprétation de la notion s'inscrit donc dans une logique institutionnelle favorable à la Cour de cassation. Si cette solidarité institutionnelle est compréhensible, une autre perspective est envisageable. Le Parquet général de la Cour de cassation pourrait mettre à profit sa forme de *parquet*, à l'image des parquets des juridictions du fond, pour élaborer une interprétation constitutionnelle de la notion de disposition législative qui serait portée par les avocats généraux de chaque chambre. En favorisant une logique constitutionnelle, le Parquet général se distinguerait du siège et gagnerait en légitimité aux yeux des constitutionnalistes. Loin de préconiser une opposition entre siège et parquet au sein de la Cour de cassation, l'apport d'une vision constitutionnelle enrichirait le débat entre les magistrats du quai de l'Horloge et contribuerait à distinguer l'avocat général du conseiller-rapporteur.

II. L'interprétation de la notion de « droits et libertés constitutionnellement garantis » par les avocats généraux

612. Sur son site internet, le Conseil constitutionnel recense de façon exhaustive les normes constitutionnelles non invocables en QPC dont on peut déduire une présomption (réfragable) d'invocabilité des autres normes constitutionnelles.

⁷⁸⁵ Avis de l'avocat général LEGOUX, QPC 12-40.024, *précité*.

613. La détermination des normes de références du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* détermine le champ d'application du contentieux. Aussi, l'interprétation réalisée au stade du filtrage des questions de ce qui constitue un droit ou une liberté constitutionnellement garantie est primordiale. Pour autant, et malgré l'enjeu de cette détermination, cet aspect est rarement motivé dans les décisions de filtrage. Il est généralement traité sur le mode de l'affirmation, comme semble l'impliquer son statut affiché de condition de recevabilité formelle, bien qu'il s'agisse en réalité d'une véritable question de fond.

614. Les avis QPC analysés pour cette étude s'attardent peu sur la qualification de droit ou liberté constitutionnelle. Pourtant, selon Alex Chauvet, aucune justification de la non-invocabilité des articles n'est parfaitement convaincante⁷⁸⁶. Les documents préparatoires des arrêts et les commentaires des décisions du Conseil constitutionnel ne permettent pas de déceler une cohérence globale, les raisons invoquées étant, selon lui, partielles et aléatoires. D'une part, se référer à la volonté du constituant de 1958 d'instituer un droit ou une liberté paraît anachronique dans le cadre d'un contentieux datant de 2008. De plus, la volonté du constituant de 2008 n'est pas toujours claire. S'il est communément admis qu'une disposition instaure un droit subjectif dans la mesure où sont identifiables un objet, un titulaire et une entité d'opposabilité, de nombreuses normes constitutionnelles ne rentrant pas dans cette définition sont pourtant invocables en QPC. Le refus d'invocabilité des objectifs à valeur constitutionnelle au motif qu'ils ne s'adresseraient qu'au législateur est également contestable. Après avoir rejeté l'invocabilité de l'objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice, le Conseil constitutionnel rattache matériellement le contenu de cet objectif à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen pour justifier son invocabilité :

« La désorganisation de la justice peut évidemment conduire à ce qu'il soit porté atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit. Le bon fonctionnement de la justice est une garantie de l'État de droit et de la protection des libertés. Pour le justiciable, la mauvaise administration de la justice doit cependant être appréhendée non comme une méconnaissance d'un objectif de valeur constitutionnelle mais comme une violation du droit au recours juridictionnel effectif, des droits de la défense ou du droit à une

⁷⁸⁶ A. CHAUVET, « La qualification juridique des "droits et libertés que la Constitution garantit" - Étude des arguments pour refuser l'invocabilité de normes en contentieux QPC », *RFDC*, 2017, vol. 3, p. 583.

procédure équitable, tous ces droits étant garantis par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen⁷⁸⁷ ».

615. Cet exemple témoigne de la perméabilité de la frontière entre une norme s'adressant au législateur et une norme instaurant un droit subjectif.

616. Certains rapporteurs publics devant le Conseil d'État ont théorisé deux autres motifs de non invocabilité des normes constitutionnelles : les normes consacrant un droit « indirect » et les normes à faible valeur normative. Selon plusieurs rapporteurs publics, certaines normes consacraient des droits aux individus de façon indirecte ce qui leur dénierait leur invocabilité. S'agissant du second motif, un rapporteur public a considéré que le principe de subsidiarité constituait un principe constitutionnel et non un simple objectif à valeur constitutionnelle. Néanmoins, au regard de sa faible valeur normative, il ne lui est pas paru invocable. Alex Chauvet critique ces motifs de non invocabilité, les jugeant, à l'instar des précédentes, insuffisantes à justifier la non-invocabilité définitive de ces dispositions.

617. Il ressort de ces développements que le panel des normes constitutionnelles invocables en QPC pourrait être considérablement élargi par une interprétation souple de la notion de droits et libertés constitutionnellement garantis. À l'instar des rapporteurs publics du Conseil d'État, les avocats généraux pourraient contribuer à définir le champ d'application de la QPC en interprétant cette notion dans une perspective constitutionnelle. La longueur des avis est propice aux justifications doctrinales de ce type et ces contributions enrichiraient le débat constitutionnel.

⁷⁸⁷ Exemple cité par A. CHAUVET, « La qualification juridique des “droits et libertés que la Constitution garantit” - Étude des arguments pour refuser l'invocabilité de normes en contentieux QPC », *art. cit.*

§2. La définition constitutionnelle des critères de filtrage : une opportunité pour les avocats généraux

618. Pour être transmise au Conseil constitutionnel, la question posée doit réunir plusieurs conditions : l'applicabilité au litige de la disposition législative contestée (I), l'absence de déclaration préalable de conformité par le Conseil constitutionnel (II) et le caractère nouveau (III) ou sérieux (IV) de la question. L'interprétation de ces critères ne peut être objective, chacun étant tributaire des ambiguïtés d'une procédure en équilibre entre contentieux objectif d'apurement de l'ordre juridique et contentieux subjectif de garantie des droits. Les avocats généraux interprètent les conditions de renvoi de façon très hétérogène, marque de l'absolue liberté dont ils disposent dans l'exercice de leur fonction. Il s'agit, pour chaque condition de renvoi, de dresser une typologie des interprétations proposées individuellement par les avocats généraux et d'ouvrir des perspectives de définitions constitutionnelles de ces notions par le Parquet général, en tant qu'institution centralisée.

I. L'interprétation de la notion d'« applicabilité au litige » par les avocats généraux

619. Les avocats généraux exercent leur fonction de « conseillers » du quai de l'Horloge en toute indépendance à l'égard du garde des Sceaux comme du Procureur général. En conséquence, les avis se caractérisent par leur hétérogénéité, aucune hiérarchie ne pouvant imposer de consigne d'harmonisation. En QPC, la liberté des avocats généraux transparaît dans la variété des interprétations des critères de renvoi des questions au Conseil constitutionnel. La notion d'« applicabilité au litige » n'y fait pas exception, certains avocats généraux l'interprètent strictement quand d'autres adoptent une interprétation souple de ce critère de recevabilité.

620. L'indétermination de l'interprétation de la notion d'« applicabilité au litige » est spécifique à la QPC française qui exclut le Conseil constitutionnel de l'exercice du filtre. Si l'applicabilité au litige est un critère commun à toutes les questions de constitutionnalité de

type préjudiciel en Europe⁷⁸⁸, seule la France⁷⁸⁹ laisse ce critère à la libre interprétation des juges du filtre. Ailleurs en Europe, la juridiction constitutionnelle se voit attribuer le second niveau de filtrage, garantie de sa souveraine appréciation de la recevabilité des questions. Le positionnement inédit de la France octroie aux Cours suprêmes le pouvoir de déterminer du champ d'application du contentieux constitutionnel *a posteriori*.

621. Dès la première QPC, le Conseil constitutionnel précisait que ce critère de transmission relevait de la seule appréciation des juridictions de renvoi⁷⁹⁰. Cette position de principe est explicitée sur le site de l'institution : « cette orientation se justifie par l'office du juge constitutionnel. Le Conseil constitutionnel n'est pas juge du litige mais seulement de la conformité de la disposition législative à la Constitution. Il n'a donc pas à se prononcer sur l'applicabilité de la disposition renvoyée à un litige dont il ne connaît pas⁷⁹¹ ». Pour définir la notion de disposition applicable au litige, le Conseil constitutionnel renvoie directement aux interprétations élaborées par les Cours suprêmes.

622. Ce choix le conduit à attribuer entièrement aux juges du filtre la compétence de déterminer sa compétence. Autrement dit, le Conseil constitutionnel remet son champ d'action entre les mains des juridictions de filtrage. Contrairement à la Cour de justice de l'Union européenne interprétant les règles de recevabilité des questions préjudicielles au regard de sa politique jurisprudentielle, le Conseil constitutionnel n'a pas la possibilité de faire évoluer cette condition de renvoi en fonction de ses objectifs. Les Cours suprêmes interprètent seules la notion d'applicabilité au litige et, dès lors, décident seules du champ d'application de la QPC.

623. La notion fait l'objet d'interprétations variées au sein des États européens pratiquant la question de constitutionnalité de type préjudiciel. En Italie, en Espagne, en Allemagne et au Portugal, le critère de l'applicabilité implique que la norme objet de la question soit d'application obligatoire dans le procès *a quo*. À l'inverse, la Constitution autrichienne n'exige pas que la loi contestée en détermine l'issue⁷⁹².

⁷⁸⁸ L. GAY, « Introduction », in *La question prioritaire de constitutionnalité : approche de droit comparé*, Bruxelles : Bruylant, 2014, p. 11.

⁷⁸⁹ Avec la Biélorussie et la Moldavie.

⁷⁹⁰ Cons. Const., 2010-1 QPC, 28 mai 2010.

⁷⁹¹ Site du Conseil constitutionnel, *A la Une*, Octobre 2012, « la notion de disposition applicable au litige ».

⁷⁹² P. BON, « Les conditions de recevabilité de la question préjudicielle en droit comparé », in *La question prioritaire de constitutionnalité : approche de droit comparé, op. cit.*, p. 44-45.

624. En France, le projet de loi organique déposé par le gouvernement prévoyait que « la disposition contestée commande l'issue du litige ou la validité de la procédure ou constitue le fondement des poursuites ». Cette exigence s'est trouvée assouplie par la Commission des lois de l'Assemblée nationale dont provient la formulation définitive : « disposition applicable au litige ou à la procédure ou constitue le fondement des poursuites ».

625. L'ambiguïté de la formulation retenue laisse aux juridictions du filtre une large marge d'appréciation. Le Conseil d'État interprète souplesment l'applicabilité au litige, considérant le critère rempli lorsque la disposition contestée est « non dénuée de rapport avec les termes du litige ». Au stade de l'examen de cette première condition, le Conseil d'État refuse de préjuger de l'interprétation qui doit être faite de la disposition législative contestée. Face à plusieurs interprétations possibles dont l'une implique l'inapplicabilité de la disposition au litige, le Palais Royal ne tranche pas et renvoie la question. Il accepte également de renvoyer une disposition non applicable au litige lorsque cette inapplicabilité est justement contestée par le requérant au nom du principe d'égalité⁷⁹³. Suivant cette logique constitutionnelle, le Conseil d'État a déjà renvoyé une QPC portant sur deux dispositions législatives indissociables dont une seulement était applicable au litige⁷⁹⁴.

626. La Cour de cassation⁷⁹⁵ opte pour une conception subjective de l'applicabilité, ne percevant pas la QPC comme un moyen de purger l'ordre juridique de dispositions législatives contraires aux droits et libertés constitutionnels mais plutôt comme un moyen de droit parmi d'autres pour résoudre le litige. À titre d'exemple, la chambre criminelle a pu juger que des dispositions s'appliquant à la procédure, puisqu'elles en définissaient les conditions d'exercice ou d'application, n'y étaient pourtant pas applicables faute d'affecter subjectivement la situation de l'auteur de la question, ce qu'exprime la formule « intérêt à contester la constitutionnalité de la loi⁷⁹⁶ ». La Cour de cassation ajoute ainsi un critère fondé sur l'incidence sur le litige, signe d'une vision subjective de la question de constitutionnalité fondée sur la pesée des intérêts des parties.

⁷⁹³ CE, 14 avril 2010, Labane, n° 336753.

⁷⁹⁴ CE, 28 mai 2010, Balta et Opra, n° 337840.

⁷⁹⁵ Notamment la chambre criminelle.

⁷⁹⁶ Cass. crim., 25 juin 2013, n°13-84149 et 13-84355.

627. Au sein du Parquet général de la Cour de cassation, plusieurs interprétations de l'applicabilité au litige coexistent. Certains avocats généraux adoptent la vision subjective d'incidence sur le litige : « l'applicabilité au litige suppose que l'inconstitutionnalité de la disposition contestée ait une incidence sur la solution du litige⁷⁹⁷ » ; « en toute hypothèse, et même en admettant, par impossible, que les dispositions contestées soient applicables, le sort pouvant leur être réservé serait de toute façon sans incidence sur l'issue du litige⁷⁹⁸ », « le demandeur est sans intérêt à [...] contester [la constitutionnalité de cette disposition⁷⁹⁹] ». L'alignement sur l'interprétation restrictive de la Cour de cassation transparaît ouvertement dans certains avis :

« La question [prioritaire de constitutionnalité] pose la question du régime de liquidation des astreintes ce qui peut faire douter qu'elle soit 'de nature à influencer le résultat du litige' lequel en l'espèce porte sur la régularité de la construction, au regard de la nature des zones constructibles. Les conditions de recevabilité posées par la loi en la matière : 'la disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites' pourraient être remplies dès lors que l'interprétation du régime des astreintes découle nécessairement de la nature de l'obligation à l'origine du litige. Il n'en reste pas moins que votre jurisprudence se montre ici plus restrictive⁸⁰⁰ ».

628. De façon plus étonnante, certains avocats généraux attribuent l'interprétation restrictive retenue à la Constitution ou au Conseil Constitutionnel :

« Dès lors, seule une question prioritaire de constitutionnalité attaquant une disposition ou une procédure déterminée applicable à un litige, sera susceptible de présenter un effet utile pour le justiciable et de caractériser l'intérêt à agir du demandeur. Le conseil constitutionnel évoque cette notion 'd'effet utile' au considérant 17 de la décision du 3 décembre 2009⁸⁰¹ ».

⁷⁹⁷ Avis de l'avocat général SARCELET, première chambre civile, QPC n° 12-14.359 pour l'audience du 20 février 2012, n°147.

⁷⁹⁸ Avis de l'avocat général MELLOOTTEE, première chambre civile, QPC n° 12-12.356 pour l'audience du 3 juillet 2012, n° 101.

⁷⁹⁹ Avis de l'avocat général CABY, chambre criminelle, QPC n° 13-84149 et 13-84355 pour l'audience du 20 juin 2013, n°244.

⁸⁰⁰ Avis de l'avocat général CHARPENEL, 16-21.262, 3e chambre civile, Audience du 31 janvier 2017.

⁸⁰¹ Avis de l'avocat général BONNET, chambre criminelle, QPC n° 11-88.430 pour l'audience du 11 février 2012, 278

« Mais la finalité de la QPC n'est pas théorique. Soulevée à l'occasion d'un procès en cours elle a pour objectif de faire échec à l'application d'une disposition de la loi jugée inconstitutionnelle ; aussi faut-il que celui qui pose la question y trouve son intérêt. S'il ne résulte d'une éventuelle déclaration de non-conformité aucune incidence sur la solution du litige, alors il faut bien admettre que la disposition contestée n'est pas applicable au litige au sens de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 en son premier alinéa⁸⁰² ».

« La disposition n'est pas applicable au litige au sens de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 à défaut d'incidence sur celui-ci⁸⁰³ ».

629. Pourtant, l'assimilation du critère constitutionnel d'applicabilité à la notion d'incidence sur le litige n'est pas cohérente avec le caractère objectif du contentieux constitutionnel. Dans une optique d'apurement de l'ordre juridique des normes inconstitutionnelles, le critère de l'applicabilité au litige devrait être interprété largement. Certains avocats généraux s'inscrivent dans cette logique en validant la première condition de renvoi bien que la disposition législative soit simplement « susceptible d'être appliquée⁸⁰⁴ », en affirmant que « l'applicabilité au litige de l'article, même si elle peut paraître résiduelle, ne peut être écartée⁸⁰⁵ », ou en considérant la condition remplie tout en reconnaissant qu'en réalité, « il n'y a pas de litige⁸⁰⁶ ».

630. Aujourd'hui, un équilibre est à trouver entre la vision objective du critère qui est celle du Conseil constitutionnel et la vision purement subjective retenue par la Cour de cassation. Dès lors, au regard des enjeux soulevés par l'interprétation de la notion, une réflexion pourrait être

n°537.

⁸⁰² Avis de l'avocat général PAGES, première chambre civile, QPC n° 13-40.013 pour l'audience du 13 juin 2013, n° 293.

⁸⁰³ Avis de l'avocat général LAVIGNE, deuxième chambre civile, QPC n° 14-24.941 pour l'audience du 1er avril 2015, n°651.

⁸⁰⁴ Avis de l'avocate générale PETIT, 1ère chambre civile, QPC n° 12-40.068 pour l'audience du 6 novembre 2012, n°15.

⁸⁰⁵ Avis de l'avocat général CAILLAU, première chambre civile, QPC n° 15-40.035 pour l'audience du 24 novembre 2015, n° 59.

⁸⁰⁶ Avis de l'avocat général DE LA GATINAIS, première chambre civile, QPC n° 15-16.696 pour l'audience du 15 décembre 2015, n° 189. En l'espèce, le requérant avait utilisé un référé afin d'obtenir la réalisation d'un test de paternité sur l'enfant de sa compagne, mais afin de prendre une décision sur la reconnaissance de celui-ci, sans perspective de procès. L'avocat général reconnaît qu'il n'y a pas véritablement de litige mais n'en déduit pas l'irrecevabilité de la question. Il est suivi par la Cour qui jugera la disposition applicable.

initiée au sein du Parquet général pour proposer une interprétation constitutionnelle de l'applicabilité au litige.

II. L'interprétation de la notion de « changement de circonstances » par les avocats généraux

631. Le second critère de filtrage des QPC est un critère du précédent⁸⁰⁷. Le Conseil constitutionnel ne peut être saisi d'une QPC portant sur une disposition législative déjà déclarée conforme à la Constitution, sauf changement de circonstances. L'interdiction de renvoi des dispositions déjà jugées constitutionnelles témoigne du caractère abstrait de la procédure.

632. Ce critère du précédent interroge le sens constitutionnel de l'autorité de la chose jugée. Normalement, l'autorité de la chose jugée n'est valable qu'*inter partes*, en matière constitutionnelle, l'autorité de la chose jugée ne s'attache pas aux parties mais à la disposition législative. L'autorité attachée au précédent en QPC corrobore le caractère abstrait de la voie de droit, envisagée comme un contrôle de norme à norme.

633. Une fois la norme contrôlée, le Conseil constitutionnel lui octroie donc un brevet de constitutionnalité ne pouvant être remis en cause qu'en cas de changement de circonstances. Pourtant, des inconstitutionnalités peuvent naître de la pratique et il est illusoire d'imaginer que le Conseil constitutionnel soit en mesure d'éviter les atteintes potentielles qu'une disposition législative pourrait entraîner à l'égard des droits fondamentaux une fois pour toutes⁸⁰⁸. D'ailleurs, ce critère n'existe pas dans les États européens disposant d'une voie de droit similaire⁸⁰⁹, ainsi une même disposition peut ailleurs faire l'objet de plusieurs renvois à la Cour constitutionnelle pour contrôler l'émergence d'éventuelles inconstitutionnalités nées dans la pratique.

⁸⁰⁷ La disposition législative en cause ne doit pas avoir déjà été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel, à la fois dans les motifs et le dispositif d'une de ses décisions.

⁸⁰⁸ E. DUBOUT, « Quelle efficacité structurelle du procès constitutionnel ? », in *La QPC, le procès et ses juges, l'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, Paris : Dalloz, 2013, p. 229.

⁸⁰⁹ L. GAY (Dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité : approche de droit comparé*, Bruxelles : Bruylant, 2014.

634. Le changement de circonstances n'est qu'une exception *a minima* au principe d'autorité de la chose jugée⁸¹⁰. Cette exception inciterait le législateur à adapter le droit aux mouvements du contexte social sur la base de critères objectifs et d'élever le niveau de contrôle juridictionnel de respect des droits et libertés⁸¹¹.

635. Parmi les avis QPC analysés pour cette étude, la notion de changement de circonstances est peu développée. Pourtant, au regard des enjeux soulevés, une interprétation constitutionnelle du changement de circonstances serait utile. Dans un contexte de concurrence des procédures de garantie des droits, la légitimité de la QPC dépend de son utilité. L'approche objective du Conseil constitutionnel pourrait désintéresser les requérants de cette voie de droit au profit de recours européens permettant de contester des atteintes nées de la pratique⁸¹². Dans cette optique, la notion de changement de circonstances pourrait devenir un outil permettant de réintroduire dans le champ d'application de la QPC des questions révélées concrètement. Le Parquet général pourrait se saisir de cet enjeu et proposer une interprétation constitutionnelle de la notion. Il enrichirait ainsi le contentieux constitutionnel tout en gagnant en légitimité.

636. Contrairement aux notions de « disposition législative », « applicabilité au litige » ou « sérieux », le Conseil constitutionnel interprète le « changement de circonstances », lorsqu'il est saisi d'un dossier par le biais de cette exception. Dès lors, l'interprétation faite par Montpensier s'impose naturellement aux Cours suprêmes⁸¹³. Cependant, l'autorité interprétative du Conseil constitutionnel s'impose moins au parquet qu'au siège de la Cour, les avocats généraux n'intervenant qu'en qualité de « conseils ». Dès lors, les avocats généraux sont libres de proposer, en toute indépendance, une interprétation autonome de la notion de « changement de circonstances ».

637. Le Conseil constitutionnel interprète strictement cette limite du critère du précédent, semblant circonscrire le changement de circonstances de droit aux revirements de sa propre

⁸¹⁰ L. GAY, « Redéfinir le contrôle concret de constitutionnalité. Plaidoyer pour une concrétisation accrue des décisions QPC », *art. cit.*, p. 119.

⁸¹¹ C. AGUILON, « Portée potentielle et portée effective de l'interprétation jurisprudentielle de la notion de changement de circonstances », *RFDC*, 2017, vol. 3, p. 351.

⁸¹² L. GAY, « Redéfinir le contrôle concret de constitutionnalité. Plaidoyer pour une concrétisation accrue des décisions QPC », in *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?* Paris : Institut universitaire Varenne, 2015, p. 119 et s.

⁸¹³ L. GAY, « Le double filtrage des QPC : une spécificité française en question? Modalités et incidences de la sélection des questions de constitutionnalité en France, Allemagne, Italie et Espagne », *art. cit.*, p. 61.

jurisprudence. Il en exclut la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁸¹⁴ et celle des Cours suprêmes⁸¹⁵. L'approche abstraite et objective qu'adopte le Conseil constitutionnel du contentieux *a posteriori* le conduit à exclure les faits d'espèce du changement de circonstances de fait. Pour être pris en considération, lesdits faits doivent être de portée générale. Le Conseil constitutionnel est restrictif sur l'interprétation de la notion. Il a pu rejeter l'approche suggérée par le Conseil d'État qui proposait d'y inclure les changements ayant affecté la vie politique et l'organisation institutionnelle du pays⁸¹⁶.

638. La Cour de cassation s'éloigne peu de cette interprétation des juges de Montpensier. À l'instar de son homologue de l'ordre administratif, le quai de l'Horloge considère qu'une évolution de sa propre jurisprudence⁸¹⁷ ou de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁸¹⁸ peut constituer un changement de circonstances de droit.

639. Le Parquet général pourrait proposer sa propre définition constitutionnelle du changement de circonstances. Il est légitimement habilité à interpréter les critères du filtre tout en étant détaché de l'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel du fait de sa fonction de « conseiller » indépendant. Cette position est une opportunité pour le Parquet de la Cour et pour le contentieux constitutionnel. Pour l'institution, une doctrine constitutionnelle des avocats généraux augmenterait leur visibilité dans le paysage institutionnel. Pour le contentieux constitutionnel, une appréciation plus « concrète » du changement de circonstances intégrant davantage de faits généraux et de faits d'espèce rendrait la voie de droit plus efficace dans la garantie des droits.

⁸¹⁴ Du moins, rarement.

⁸¹⁵ C. AGUILON, « Portée potentielle et portée effective de l'interprétation jurisprudentielle de la notion de changement de circonstances », *art. cit.*, p. 351 : pour les Cours suprêmes la qualification de changement de circonstances de droit dépend du caractère définitif de la décision. Or, si le droit européen interprète largement la notion de jurisprudence à caractère définitif, à savoir toute décision qui tranche le fond, la transposition de la conception européenne en droit constitutionnel français est entravée par la logique abstraite de la QPC.

⁸¹⁶ CE, 2 février 2012, 355137.

⁸¹⁷ Cass. soc., 12 mars 2014, n° 13-23.174.

⁸¹⁸ Cass. crim., 20 août 2014, n° 14-80.394 ; Cass. crim., 17 dec 2014, 14-90.043 et Cass. crim., 28 janvier 2015, 14-90.049.

III. L'interprétation de la notion de « nouveau » par les avocats généraux

640. Le Conseil constitutionnel a défini le critère de nouveauté à l'occasion du contrôle de la loi organique du 10 décembre 2009 portant application de l'article 61-1 de la Constitution. Son interprétation s'articule autour d'une alternative :

« Le législateur organique a entendu, par l'ajout de ce critère, imposer que le Conseil constitutionnel soit saisi de l'interprétation de toute disposition constitutionnelle dont il n'a pas encore eu l'occasion de faire application ; dans les autres cas, il a entendu permettre au Conseil d'État et à la Cour de cassation d'apprécier l'intérêt de saisir le Conseil constitutionnel en fonction de ce critère alternatif ».

641. L'interprétation de la notion de nouveau est donc partagée dans le temps entre le Conseil constitutionnel et les Cours suprêmes. Définie dès 2009 par le Conseil constitutionnel, l'application est depuis laissée à l'entière discrétion des juges du filtre.

642. L'appréciation par les Cours suprêmes de la première acception est hétérogène. La Cour de cassation s'est montrée réticente à reconnaître la validité du moyen obligeant à l'interprétation d'un principe auquel le Conseil constitutionnel n'aurait pas encore recouru⁸¹⁹, contrairement au Conseil d'État⁸²⁰.

643. Le Conseil constitutionnel ne donne pas d'interprétation précise de la seconde acception du caractère « nouveau » de la question posée⁸²¹, se contentant de faire état d'« autres cas » où les juridictions suprêmes pourraient « apprécier l'intérêt de saisir le Conseil constitutionnel ». Cette approche laisse une large marge d'appréciation aux Cours suprêmes qui, de fait, ont développé leur propre interprétation. Le Conseil d'État privilégie une approche technique, n'employant cette seconde acception qu'en présence de questions sérieuses. La Cour de

⁸¹⁹ « Attendu que la prescription de l'action publique ne revêt pas le caractère d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République et ne procède pas des articles 7 et 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, ni d'aucune disposition, règle ou principe de valeur constitutionnelle » : Cass. ass. plén., 20 mai 2011, n° 11-90025, 11-90032, 11-90033 et 11-90042 ; B. MATHIEU, « La prescription de l'action publique ne constitue pas un principe constitutionnel », *JCP G*, 2011, n° 24, p. 670.

⁸²⁰ CE, 21 sept. 2011, M. Gourmelon, n° 350385.

⁸²¹ J-E. GICQUEL, « La question nouvelle, condition de renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel - Un critère technique au service de politiques jurisprudentielles », *Les Petites Affiches*, n° 244, 8 décembre 2011, p. 6.

cassation utilise le caractère nouveau comme variable d'ajustement permettant de renvoyer des questions à fort impact politique comme le mariage des personnes de même sexe, ou des interprétations de lois comme la motivation des arrêts d'assise. Peu utilisée par les Cours suprêmes, la notion reste donc « insaisissable⁸²² ».

644. Les avocats généraux contribuent à donner du sens à cette notion à travers leurs avis. La plupart perçoivent la première acception de la notion comme objective, déduisant de la décision de 2009 l'obligation de transmission des questions par lesquelles le requérant invoque une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'a jamais fait application. Pourtant, celle-ci ne relève pas de l'évidence. Certains avocats généraux rejettent l'argumentation du requérant se fondant sur un texte déjà interprété par le Conseil « en ce qu'elle reposerait sur un fondement différent⁸²³ ». L'argumentaire du requérant n'est pas retranscrit dans l'avis de l'avocat général. À l'inverse, certains jugent le critère rempli si la norme constitutionnelle invoquée a déjà fait l'objet d'une interprétation mais que le requérant invoque un nouveau principe qui s'en dégagerait. Selon l'avocat général, la question est nouvelle « au sens où l'entend le Conseil constitutionnel⁸²⁴ », il ne sera pas suivi dans cette interprétation par la formation de jugement.

645. La seconde acception du caractère nouveau de la question est souvent éludée par les avocats généraux⁸²⁵. On retrouve néanmoins dans certains avis des ébauches de définition :

« Le critère de nouveauté représentant un moyen d'examen de recevabilité complémentaire offert aux juridictions suprêmes pour déterminer s'il est ou non opportun de transmettre une question dont le caractère sérieux ne serait pas manifeste. Ainsi par exemple, d'une question qui se poserait à l'occasion de nombreux litiges ou posant de forts enjeux d'opinion publique⁸²⁶ ».

⁸²² D. ROUSSEAU, P-Y. GADHOUN, J. BONNET, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 2015 », *RDP*, n° 1, 1er janvier 2016, p. 305.

⁸²³ Avis de l'avocat général CHARPENEL, troisième chambre civile, QPC n° 13-16.078 pour l'audience du 3 décembre 2013.

⁸²⁴ Avis de l'avocat général LE MESLE, deuxième chambre civile, QPC n°12-40.022 pour l'audience du 22 mai 2012, n°13. La liberté de travailler était invoquée par le requérant.

⁸²⁵ À titre d'exemple : Avis de l'avocat général SARCELET, première chambre civile, QPC n° 14-40.007 pour l'audience du 1er avril 2014, n° 25.

⁸²⁶ Exemple : Avis de l'avocat général LEGOUX, première chambre civile, QPC n° 11-26.056 pour l'audience du 22 mai 2012, n° 638.

« Dans le cas présent, les normes constitutionnelles en cause font partie des textes et principes dont le Conseil fait une application courante, de sorte que le seul fait que la disposition légale visée par la question prioritaire n'ait pas déjà été examinée au regard de sa constitutionnalité peut paraître ici insuffisant à caractériser sa nouveauté. Dès lors, et au regard de ce troisième critère, sa transmission ne s'impose pas. On est toutefois en droit de se demander si la confrontation des principes nés de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen avec la règle posée par l'article 141-1 du code de l'organisation judiciaire qui n'a pas été examinée à ce jour, ne constitue pas une circonstance nouvelle pouvant justifier que la conformité de ce texte à la Constitution soit déferée au contrôle du Conseil⁸²⁷ ».

646. Néanmoins, les avocats généraux semblent réticents à l'appliquer, comme en témoigne cet avis :

« En dehors de ce cas contraignant, la Cour de cassation ou le Conseil d'État apprécient l'opportunité de transmettre au Conseil constitutionnel une question dont le caractère sérieux n'est pas manifeste mais qui, en raison de l'évolution de la société ou des mentalités, fait émerger des interrogations qui ne se posaient pas jusqu'alors⁸²⁸ ».

647. Si l'avocat général cite la double définition, il ne fait application que de la première, concluant son analyse par cette formule : « le Conseil constitutionnel veille à ne pas substituer sa propre appréciation à celle du législateur, d'où il s'ensuit que la question n'est pas nouvelle ». Si les deux aspects de la notion semblent connus de l'avocat général, son application au cas d'espèce évince totalement la seconde partie de la définition du Conseil constitutionnel et l'évocation de la réserve de Montpensier face aux questions de société témoigne d'une grande réticence à l'appliquer.

648. Le Parquet général de la Cour de cassation pourrait utiliser plus souplement la dimension « politique » de la nouveauté pour suggérer le renvoi des questions qui paraissent pertinentes

⁸²⁷ Avis de l'avocat général LEGOUX, première chambre civile, QPC n° 11-26.056 pour l'audience du 22 mai 2012, n° 638.

⁸²⁸ Avis de l'avocat général PAGES, première chambre civile, QPC n° 12-40.021 pour l'audience du 22 mai 2012, n° 643.

et permettre au Conseil constitutionnel d'affiner sa jurisprudence. Celui-ci validerait certainement cette interprétation, l'inverse n'étant pas dans son intérêt. Il avait ainsi cautionné, par son silence⁸²⁹, une interprétation audacieuse du « nouveau » réalisée par le Conseil d'État à propos d'une disposition constitutionnelle déjà appliquée mais déployant ses effets dans une dimension inhabituelle⁸³⁰.

IV. L'interprétation de la notion de « sérieux » par les avocats généraux

649. À l'instar de la notion de disposition législative et de celle d'applicabilité au litige, les juges du filtre apprécient souverainement le sérieux de la question posée. Constitutionnellement attribuée aux juges du filtre, l'évaluation du sérieux de la question échappe au Conseil constitutionnel qui se retrouve dépourvu de moyens de contester l'appréciation des Cours suprêmes. La brièveté de la motivation du sérieux des questions renvoyées⁸³¹ s'explique en partie par une déférence envers le Conseil constitutionnel, interprète authentique de la constitutionnalité de la loi. Si la succincte motivation des arrêts de renvoi marque la différence de nature entre le juge du filtre et le juge constitutionnel, elle prive celui-ci d'une première analyse de la pertinence de la question. Certains auteurs ont pu le déplorer tout en précisant que ce manque était pallié par les conclusions des donneurs d'avis : « Il est vraisemblable que le Conseil constitutionnel ait connaissance des analyses du ur u devant le Conseil d'État et du rapporteur et de l'avocat général devant la Cour de cassation, même si la règle ne le prévoit pas⁸³² ». Aussi, la brièveté de la motivation des décisions de renvoi laisse le champ libre aux avocats généraux pour entamer le dialogue autour de la pertinence des questions posées entre juges ordinaires et juges constitutionnels, dialogue qui existe ailleurs en Europe⁸³³.

⁸²⁹ Cons. Const., 2011-139 QPC, 24 juin 2011, Association pour le droit à l'initiative économique ; Cons. Const., 2010-102 QPC, 11 février 2011, Pierre L.

⁸³⁰ CE, 17 déc. 2010, n° 343752 ; CE, 10 nov. 2010, n° 340106, Fédération nationale CGT des personnels des organismes sociaux ; CE, 20 avr. 2011, n° 346205, Département Seine-Saint-Denis ; CE, 20 avr. 2011, n° 346460, Département Somme.

⁸³¹ La motivation des décisions de non-renvoi est souvent plus étayée que celle des décisions de renvoi, notamment au Conseil d'État. A. ROBLOT-TROIZIER, « Les disparités de filtrage des QPC entre le Conseil d'État et la Cour de cassation », in *La QPC : une révolution inachevée?*, Paris : Institut universitaire de Varennes, 2016, p. 67.

⁸³² P. BON, « Les conditions de recevabilité de la question préjudicielle en droit comparé », in *La question prioritaire de constitutionnalité : approche de droit comparé*, *op. cit.*, p. 42-43.

⁸³³ L. GAY, « Le double filtrage des QPC : une spécificité française en question ? Modalités et incidences de la sélection des questions de constitutionnalité en France, Allemagne, Italie et Espagne », *art. cit.*, p. 51.

650. Le seuil de sérieux requis pour la transmission d'une question est très variable. En Allemagne, la saisine de la Cour constitutionnelle est conditionnée à la certitude du juge ordinaire de l'inconstitutionnalité de la loi, quand le seul doute suffit à justifier le renvoi de la question constitutionnelle autrichienne et que la Constitution italienne prévoit la transmission de toute question « non manifestement infondée⁸³⁴ ».

651. Depuis l'entrée en vigueur de la QPC, les juges du filtre élaborent progressivement leur seuil de « sensibilité constitutionnelle ». Le Conseil d'État a augmenté son exigence de sérieux des questions de constitutionnalité en 2012⁸³⁵. Plus stricte que le Conseil d'État, la Cour de cassation n'a pourtant pas élaboré de théorie constitutionnelle du sérieux, critère qu'elle emploie davantage comme un moyen de régulation des questions posées devant elle que comme un instrument de constitutionnalité, évitant la transmission des questions qu'elle préfère voir sortir du giron du Conseil constitutionnel comme celles relatives à la constitutionnalité de sa propre jurisprudence. Cette réticence s'explique par l'inconfortable position de la Cour de cassation confrontée à une question relative à la constitutionnalité de sa jurisprudence⁸³⁶. Par conséquent, la Cour modifie parfois sa jurisprudence pour éviter une transmission⁸³⁷. Cette politique institutionnelle de la Cour de cassation la freine dans l'élaboration d'une véritable théorie constitutionnelle du sérieux.

652. L'enjeu de l'interprétation de la notion de sérieux est de fixer un niveau de doute au-delà duquel la question doit être renvoyée au Conseil constitutionnel. Un seuil de « sensibilité constitutionnelle » que les avocats généraux expriment par leur interrogation sur le caractère « suffisamment sérieux » d'une question : « Les contestations soulevées par la requérante ne m'apparaissent pas suffisamment sérieuses pour justifier la transmission de la question au Conseil constitutionnel⁸³⁸ », ou encore :

⁸³⁴ P. BON, « Les conditions de recevabilité de la question préjudicielle en droit comparé », in *La question prioritaire de constitutionnalité : approche de droit comparé*, op. cit., p. 31 et s.

⁸³⁵ M. FATIN-ROUGE STEFANINI, *Le filtrage opéré par le Conseil d'État [Rapport de recherche]*, Université Aix-Marseille, 2013, disponible en ligne, halshs-00934233.

⁸³⁶ À la fois juge et partie : M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « L'appréciation, par les cours suprêmes, du caractère sérieux de la question de constitutionnalité », in *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée*, Paris : Institut universitaire Varenne, p. 39.

⁸³⁷ Cette interprétation conforme de la jurisprudence suprême aura elle-même peu de chances de faire l'objet d'une QPC, le filtrage souverain de la Cour empêchera son renvoi.

⁸³⁸ Avis de l'avocat général DOMINGO, première chambre civile, QPC n° 11-25.205 pour l'audience du 11 avril 2012, n° 637.

« Peut-on affirmer que la seule éventualité qu'un majeur sous curatelle puisse subir personnellement l'influence supposée néfaste de son futur conjoint - en dépit des protections assurées par le jeu combiné des articles 470 et 1399 du code civil - justifie qu'un tiers, fût-il contrôlé par un juge, dont les décisions sont elles-mêmes susceptibles de recours, puisse bloquer l'exercice d'une liberté reconnue de valeur constitutionnelle alors qu'une telle situation n'implique pas directement l'ordre public et qu'il est douteux qu'un dispositif de cette nature, attentatoire au principe en cause, puisse trouver sa raison d'être ultime dans un but d'intérêt général. À tout le moins, même si l'on refuse d'envisager la problématique sous un angle aussi radical, on ne peut que s'interroger sur la disproportion possible entre l'utilité des moyens légaux mis en œuvre et la gravité de l'atteinte portée à une liberté personnelle aussi fondamentale. En raison de telles hésitations, j'estime que la question est suffisamment sérieuse pour justifier son renvoi⁸³⁹ ».

653. À défaut de théorie constitutionnelle du sérieux, l'appréciation par les avocats généraux est très hétérogène. Certains se montrent très rigoureux, d'autres plus souples. Par exemple, la chambre sociale s'est prononcée en 2011 sur une question portant sur la constitutionnalité du délai entre l'entrée en vigueur d'une loi et les prochaines élections professionnelles. L'avocat général suggérait de ne pas renvoyer la question, reprochant au requérant son argumentation : « il y aurait une sorte de 'variabilité' de la constitutionnalité de l'article contesté dans le temps : inconstitutionnel avant les premières élections professionnelles, conforme à la Constitution ensuite⁸⁴⁰ ». Pourtant, une inconstitutionnalité, même limitée dans le temps, mériterait sûrement d'être examinée par le Conseil constitutionnel. À l'inverse, certains avocats généraux adoptent un seuil de sensibilité constitutionnelle très inférieur : « l'hésitation n'est pas interdite⁸⁴¹ », « il y a un doute constitutionnel⁸⁴² ».

654. L'analyse détaillée du caractère sérieux de la question s'apparente dans certains avis à de véritables contrôles de constitutionnalité. À titre d'exemple, alors qu'une organisation

⁸³⁹ Avis de l'avocat général DOMINGO, première chambre civile, QPC n° 11-25.158 pour l'audience du 11 avril 2012, n°606.

⁸⁴⁰ Avis de l'avocat général WEISSMANN, chambre sociale, QPC n° 11-40.066 pour l'audience du 11 novembre 2011, n°69.

⁸⁴¹ Avis de l'avocat général LE MESLE, chambre commerciale, QPC n°13-40.008 pour l'audience du 23 avril 2013, n°155.

⁸⁴² Avis de l'avocat général BAILLY, troisième chambre civile, QPC n° 14-40.020 pour l'audience du 3 juin 2014, n°387.

syndicale contestait le partage d'un même local entre plusieurs organisations comme étant attentatoire à la liberté syndicale au motif qu'une organisation seule ne peut en disposer totalement à sa guise et qu'elle est tenue de composer sans cesse avec l'employeur et les autres organisations utilisatrices et à restreindre ses activités, l'avocat général répond : « la prise en compte réaliste des contraintes économiques ne restreint en rien l'exercice des activités syndicales qui peuvent, même dans un local commun, se dérouler en toute liberté au prix d'une concertation minimale et de bonne volonté⁸⁴³ ». Dans l'appréciation du sérieux de la question, la logique constitutionnelle frise parfois le contrôle de constitutionnalité. Dans cette logique, il arrive que les avocats généraux intériorisent l'autocensure du Conseil constitutionnel en matière de questions de société pour justifier une non-transmission :

« Le Conseil constitutionnel n'exerce cependant qu'un contrôle restreint sur les choix du législateur dans le domaine des questions de société, encore plus dans celui du droit de la famille. Il a été souligné que le Conseil exerce un contrôle restreint sur les choix du législateur en ce qui concerne les questions de société, qui peut s'illustrer par une formulation traditionnelle que l'on relève dans nombre de décisions dont par exemple celle citée supra du 27 juillet 2012 relative aux pupilles de l'État 'Considérant [...] que le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement ; qu'il ne lui appartient pas de substituer son appréciation à celle du législateur sur la conciliation qu'il y a lieu d'opérer, dans l'intérêt de l'enfant remis au service de l'aide sociale à l'enfance dans les conditions précitées, entre les droits des personnes qui entendent se prévaloir d'une relation antérieure avec lui et l'objectif de favoriser son adoption' ; C'est une ligne de partage qu'il convient de maintenir. J'estime en conséquence que le caractère sérieux de la question posée ne peut être retenu⁸⁴⁴ ».

655. D'autres avocats généraux donnent au critère du sérieux une définition constitutionnelle sans pour autant empiéter sur l'office de Montpensier. Ainsi, de nombreux avis témoignent de la volonté de ne pas outrepasser leur rôle de filtre. Certains refusent, par exemple, d'appliquer une décision de constitutionnalité à un cas similaire posé devant la Cour car « le Conseil

⁸⁴³ Avis de l'avocat général LALANDE, chambre sociale, QPC n° 14-40.008 pour l'audience du 10 avril 2014, n°55.

⁸⁴⁴ Avis de l'avocat général JEAN, première chambre civile, QPC n° 12-26.153 pour l'audience du 14 mai 2013, n°11.

constitutionnel peut légitimement vouloir affiner sa jurisprudence⁸⁴⁵ ». D'autres soulignent l'existence possible d'un intérêt général justifiant l'atteinte contestée, refusant d'en tirer une quelconque conclusion sur sa constitutionnalité : « c'est au Conseil constitutionnel de trancher⁸⁴⁶ ». Cette logique semble également prévaloir lorsque l'avocat général considère : « qu'il serait délicat de ne pas transmettre la question qui porte sur l'accessibilité d'une loi résultant à la fois d'une absence de traduction officielle et d'un manque de clarté. C'est au Conseil constitutionnel de décider si les deux griefs doivent être combinés ou traités séparément⁸⁴⁷ ».

656. L'interprétation constitutionnelle du sérieux fixant le seuil de renvoi au simple doute compense le monopole dont disposent les juridictions suprêmes en matière de détermination des contours de la procédure. La notion de sérieux est interprétée par certains avocats généraux au regard du caractère concentré du contrôle de constitutionnalité ayant prévalu à son instauration :

« Si l'on considère que, pour apprécier le caractère sérieux d'une QPC, il faut se mettre à la place du juge constitutionnel et essayer d'anticiper ce que pourrait être sa décision s'il était saisi, vous pourriez être tentés de ne pas renvoyer celle-ci. Mon avis est différent. Il me semble que le caractère sérieux de la question résulte en réalité de la pertinence des arguments susceptibles d'être invoqués à l'appui des thèses en présence. Or si, comme je le pense, c'est du sérieux du débat dont elle s'inspire que dépend le sérieux d'une QPC, celle-ci l'est indiscutablement, ce qui revient à dire que je suis d'avis de la renvoyer⁸⁴⁸ ».

657. Cet avis témoigne de la volonté de permettre au Conseil constitutionnel de déterminer les contours de sa compétence. L'interprétation de la notion de sérieux est *constitutionnelle* dans la mesure où elle est déterminée en fonction des objectifs propres au contentieux de la

⁸⁴⁵ Avis de l'avocate générale PENICHON, chambre commerciale, QPC n°13-40.060 pour l'audience du 17 décembre 2013, n°321.

⁸⁴⁶ Avis de l'avocat général WEISSMANN, chambre sociale, QPC n° 10-40.050 pour l'audience du 30 novembre 2010, n°359.

⁸⁴⁷ Avis de l'avocat général RICHARD DE LA TOUR, chambre sociale, QPC n° 13-40.028 pour l'audience du 2 juillet 2013, n° 83. La question ne sera pas renvoyée par la chambre.

⁸⁴⁸ Avis de l'avocat général LE MESLE, deuxième chambre civile, QPC n° 12-40.022 pour l'audience du 22 mai 2012, n° 13.

constitutionnalité, au détriment des objectifs propres à la Cour de cassation, mais elle n'empiète pas sur l'office du Conseil.

658. Au-delà du seuil de sensibilité constitutionnelle, la prise en compte des arguments concrets dans l'appréciation du sérieux de la question ne semble pas envisagée par le Conseil constitutionnel, la Cour de cassation ou les avocats généraux. La pratique de la QPC prévalant aujourd'hui conduit à ne prendre en considération que les éléments abstraits, rejetant les faits d'espèce de l'analyse du sérieux. Comme la question du rejet d'une inconstitutionnalité limitée dans le temps précédemment évoquée, l'hypothèse d'un cas d'espèce non représentatif du cas général mais révélant une situation particulière de « micro-constitutionnalité⁸⁴⁹ » pourrait être considérée comme sérieuse. Une telle approche modifierait substantiellement la physionomie du contentieux, apportant aux juges constitutionnels une légitimité supérieure en tant que garants des droits individuels.

659. Le Parquet général de la Cour de cassation pourrait investir la problématique de la définition constitutionnelle du sérieux au regard des deux objectifs que sont la répartition des compétences entre les juridictions du filtre et le Conseil constitutionnel, et la construction d'un contentieux constitutionnel en équilibre entre objectivité et subjectivité. Une réflexion pourrait être initiée au sein du Parquet général et étayée dans les avis rédigés par les avocats généraux de chaque chambre, le format de l'avis étant propice aux développements plus théoriques. Par ce biais pourrait se construire une véritable doctrine constitutionnelle du Parquet général.

⁸⁴⁹ L. GAY, « Redéfinir le contrôle concret de constitutionnalité. Plaidoyer pour une concrétisation accrue des décisions QPC », *art. cit.*, p. 145.

CONCLUSION

660. Les contours du contentieux constitutionnel dépendent des questions renvoyées au Conseil et cette typologie est le fruit de l'application des critères du filtre. Dans une logique de protection de la suprématie de la Cour de cassation, certaines conditions de recevabilité de la QPC, comme « disposition législative » ou « applicabilité au litige », sont susceptibles d'être interprétées strictement. Cependant, l'inverse n'est pas aussi univoque. Du fait de son ambivalence originelle, la logique constitutionnelle semble insaisissable et soulève de nombreux dilemmes dans l'interprétation des conditions de renvoi. Entre objectivité et subjectivité du contentieux, contrôle abstrait et contrôle concret, les finalités de la QPC s'avèrent difficiles à cerner. Pourtant, l'effet utile du contentieux dépend de la cohérence de l'interprétation des conditions de recevabilité avec ses finalités. Par conséquent, l'ambivalence de l'office des juges du filtre s'ajoute à l'ambiguïté des finalités de la QPC. Officiellement conçu comme un exercice objectif, la Cour de cassation pratique le filtrage avec réserve, n'interprétant pas les conditions de renvoi dans une optique de maximisation de l'effet utile du contentieux.

661. Dans le paysage institutionnel, le filtrage des QPC pourrait bénéficier au Parquet général. Si le siège de la Cour de cassation peut voir dans le contentieux constitutionnel un danger pour sa suprématie, notamment lorsque la constitutionnalité d'une jurisprudence constante est en jeu, les enjeux institutionnels du Parquet général sont tout autres. Aujourd'hui contesté jusque dans son essence, à l'heure où certains préconisent de le fondre au sein du siège de la Cour de cassation, le Parquet général doit redéfinir sa fonction pour en assurer la survie. Dans cette configuration, la QPC peut devenir un contentieux-outil permettant au Parquet de la Cour de se démarquer du siège du quai de l'Horloge et de montrer son utilité institutionnelle.

662. Une réflexion collective pourrait être initiée au sein du Parquet général sur l'interprétation constitutionnelle des critères de filtrage. Sans limiter la liberté des avocats généraux, ces interprétations permettraient de construire une doctrine constitutionnelle du Parquet général. En maximisant l'effet utile de la QPC - contentieux de la garantie des droits - l'institution gagnerait en légitimité. Les avocats généraux sont des acteurs du filtre, cette qualité leur donne une légitimité à les interpréter, d'autant plus que le siège de la Cour n'étaye pas d'interprétation concurrente. S'agissant des critères d'interprétation partagée entre les Cours suprêmes et le Conseil constitutionnel, la fonction de « conseil » des avocats généraux leur permet de se détacher de l'interprétation de Montpensier pour suggérer des interprétations constitutionnelles autonomes, voire novatrices. Dès lors, l'exercice du filtre par les avocats généraux peut devenir un moyen de gagner en visibilité et en légitimité dans le paysage institutionnel.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

663. En modifiant le rôle de l'avocat général dans le paysage institutionnel, la QPC a bouleversé son office. La procédure constitutionnelle accroît l'influence du Parquet général et sa visibilité à l'extérieur de la Cour de cassation, tout en renouvelant son utilité auprès de son interlocuteur historique, la Cour de cassation.

664. Pour le siège de la Cour de cassation, l'utilité de l'avis de l'avocat général pourrait être consolidée par la QPC. Avant 2000, le processus d'instruction des dossiers permettait aux avocats généraux d'apporter un contrepoint aux débats, mais l'arrêt Slimane Kaïd a porté un coup d'arrêt à ce fonctionnement et laisse les avocats généraux incertains de leur utilité dans le processus décisionnel.

665. Les spécificités procédurales de la QPC sont néanmoins susceptibles de renforcer l'utilité de l'avis. La brièveté des délais dans lesquels la procédure est enserrée impose une instruction simultanée des dossiers par l'avocat général et le conseiller-rapporteur, limitant l'effet de cadrage du second sur le premier. De plus, la pluridisciplinarité du Parquet général est valorisée par la QPC, tributaire des comparaisons entre contentieux.

666. La QPC étend également l'horizon d'influence de l'avocat général à l'extérieur de la Cour de cassation en lui octroyant de nouveaux interlocuteurs. Une fois le filtre franchi, l'avis de l'avocat général est utile aux destinataires de l'arrêt de la Cour de cassation. Pour les magistrats, les avocats et les justiciables cherchant à comprendre la politique de filtrage de la Haute Cour, l'avis est un complément utile mais insuffisant dans la mesure où il ne reflète pas l'opinion de la formation de jugement. Son utilité est néanmoins attestée par les fréquentes publications d'avis dans les revues juridiques à destination des praticiens.

667. Pour les acteurs concernés par la constitutionnalité de l'affaire l'utilité de l'avis est certaine. Qu'il soit contraire ou conforme à la décision de la Cour suprême, l'avis permet au Conseil constitutionnel et au Gouvernement d'appréhender les enjeux de la question de constitutionnalité. Enfin, en complétant la motivation de l'arrêt de la Cour, l'avis QPC participe

à l'impératif démocratique de justification des décisions. Ce faisant, il contribue à légitimer la Cour de cassation.

668. Au regard de ces éléments, il apparaît que l'interprétation des critères de filtrage est une opportunité pour le Parquet général. Alors que le contentieux constitutionnel *a posteriori* dépend de l'application des conditions de renvoi, leur interprétation est un terrain laissé vacant par les acteurs pressentis. Aussi, la QPC peut devenir un outil de positionnement institutionnel pour le Parquet général. Sous l'égide du Procureur général, le Parquet de la Cour pourrait concevoir une politique de filtrage qui serait explicitée et étayée par les avocats généraux devant chacune des chambres. En contribuant à dessiner les contours d'une procédure, le Parquet général gagnerait en légitimité.

CONCLUSION GENERALE

669. Au terme de cette étude, il est raisonnablement possible de poser que les avis des avocats généraux dans le contentieux QPC n'ont pas les mêmes caractéristiques que ceux rendus dans le contentieux ordinaire. Dans le contentieux ordinaire, les avis sont rendus dans l'intérêt de la loi, dans le contentieux QPC, ils sont rendus dans l'intérêt de la Constitution. Cette spécificité des avis conduit logiquement à redéfinir le rôle des avocats généraux non seulement au sein de la Cour de cassation, mais aussi dans le paysage juridictionnel français avec le Conseil constitutionnel.

670. En intervenant au stade du filtre de la QPC l'avocat général a acquis une nouvelle fonction, celle de préconiser la transmission ou la non-transmission des questions au Conseil constitutionnel. À l'instar du siège du quai de l'Horloge, la particularité de cette fonction a bouleversé l'office du parquet de la Cour. Parallèlement aux juges du second filtre devenant juges constitutionnels de droit commun, les avocats généraux se sont mués en conseillers constitutionnels, véritables interprètes de la Constitution.

671. L'apport constitutionnel des avocats généraux est visible dans leurs avis QPC. Leur interprétation des critères de filtrage, tout d'abord, enrichit le contentieux constitutionnel. En interprétant les conditions de renvoi, les avocats généraux contribuent à dessiner les contours du contentieux constitutionnel *a posteriori*. Les avocats généraux sont en mesure de contribuer à la définition de la QPC car la nouvelle voie de droit dépend étroitement de son filtre, procéduralement et substantiellement. Formellement, le Conseil constitutionnel ne se prononce que sur saisine des Cours suprêmes, celles-ci détiennent donc la compétence de la compétence des juges de Montpensier. L'influence des magistrats du second filtre s'exerce également sur la nature du contentieux. La QPC oscille, depuis sa mise en place, entre une finalité subjective : la garantie des droits, et une finalité objective : l'apurement de l'ordre juridique. À l'image de la procédure, les critères du filtre sont ambivalents et peuvent être interprétés au regard des deux finalités. Aussi, leur interprétation revêt une importance fondamentale d'un point de vue constitutionnel. Le Conseil constitutionnel ne participant pas à la sélection des questions, l'interprétation des critères relève exclusivement du filtre mais ses juges interprètent les critères

avec parcimonie, de peur d'outrepasser leur rôle. Ne subissant pas cette contrainte, les avocats généraux disposent d'une plus grande liberté d'interprétation des conditions de renvoi.

672. De plus, les avocats généraux investissent les notions constitutionnelles qu'ils ont à appliquer pour évaluer le sérieux de la question. Ils détaillent les enjeux de l'interprétation des termes et peuvent suggérer des interprétations constitutionnelles inédites, parfois autonomes de celles du Conseil constitutionnel. Il arrive que les avocats généraux interprètent les droits et libertés constitutionnellement garantis et les notions qui en conditionnent l'accès dans un sens qui maximise l'effet utile du contentieux, ou qu'ils suggèrent la constitutionnalisation de nouveaux droits et libertés. Ces apports enrichissent le débat constitutionnel.

673. Les avocats généraux utilisent et adaptent également la méthode constitutionnelle. La longueur des avis QPC offre au lecteur un détail de raisonnement qui n'a pas d'égal dans les décisions de la Cour de cassation ou du Conseil constitutionnel. Il arrive que les avocats généraux dépassent les exigences de Montpensier en matière de contrôle de proportionnalité, le rendant plus précis.

674. Les apports constitutionnels des avocats généraux sont permis par leur position au sein de la Cour de cassation. En qualité d'acteurs du procès constitutionnel, ils doivent interpréter les notions qu'ils appliquent. Intervenant au stade du second filtre de la QPC, leurs interprétations revêtent une officialité propre à la Cour suprême au sein de laquelle ils officient. Mais leur fonction de simple « conseillers » de la Cour, non jugeant, les soustrait en partie de l'autorité interprétative du Conseil constitutionnel. Maintenus à l'abri des soupçons d'empiètement sur l'office du juge constitutionnel par l'absence d'autorité des avis, les avocats généraux bénéficient d'une certaine liberté pour suggérer des interprétations constitutionnelles.

675. En matière de QPC comme en droit commun, l'office de l'avocat général se distingue de celui du juge de la Cour de cassation. Sa qualité de magistrat non-jugeant lui offre une liberté de ton dont ne dispose pas le siège dans l'exercice du filtre. L'office constitutionnel de l'avocat général se distingue donc de celui du siège de la Cour.

676. La nouvelle fonction d'interprète constitutionnel des avocats généraux s'accompagne d'un élargissement de leur horizon d'utilité. Avec la QPC, les acteurs du procès constitutionnel

deviennent de nouveaux interlocuteurs des avocats généraux. Une fois la question transmise au Conseil constitutionnel, l'avis s'autonomise de l'arrêt de renvoi pour devenir un outil d'instruction de l'affaire. Pour ces nouveaux acteurs, le décalage entre l'opinion de l'avocat général et celle de la formation de jugement n'est plus un inconvénient, il est d'ailleurs parfois considéré comme un atout. Le renouvellement des interlocuteurs du Parquet général modifie la finalité de son action. Être utile à la Cour de cassation n'est plus le seul horizon de l'institution.

677. Si la QPC octroie au Parquet général une nouvelle mission d'interprète constitutionnel, elle modifie également son office traditionnel de conseil de la Cour de cassation à la fois dans son rapport historique au siège de la Haute Cour et dans son rapport à la loi.

678. Depuis l'origine, le Parquet général éclaire le siège sur la bonne application de la loi. Le Parquet général est né et a évolué avec la Cour de cassation vers un office d'interprétation. Par conséquent, le processus décisionnel de la Haute cour s'est construit autour d'une dialectique entre siège et parquet. Les avocats généraux assistaient à toutes les étapes du traitement de l'affaire, conférence préparatoire et délibéré compris, apportant ainsi un contrepoint au débat, de sorte que siège et parquet de la Cour œuvraient ensemble vers la recherche de la meilleure solution au litige.

679. Ce fonctionnement s'est trouvé compromis par l'arrêt Slimane Kaïd de la Cour européenne des droits de l'homme. Au nom de la théorie des apparences, la Cour de Strasbourg imposa une distance entre le Parquet général et le siège de la Cour. Exclu de la conférence préparatoire et du délibéré, l'avocat général a perdu la connaissance intime de la jurisprudence de la chambre auprès de laquelle il officiait et qui lui permettait d'offrir un contrepoint aux débats. L'utilité du parquet pour le siège de la Cour s'en est trouvée amoindrie et, avec elle, la légitimité de l'institution.

680. Dix ans plus tard, les rapports entre siège et parquet de la Cour se trouvent à nouveau modifiés par la procédure constitutionnelle. Moins nombreux que les conseillers de leur chambre, les avocats généraux se doivent d'être pluridisciplinaires. Cette caractéristique est un atout en matière de QPC, contentieux tributaire des comparaisons entre différents contentieux. À travers cette compétence utile au filtrage, la QPC valorise une spécificité du Parquet général.

681. Les modalités procédurales de la QPC modifient également les rapports entre siège et parquet de la Cour. En serrée dans de brefs délais, la QPC impose une étude simultanée des dossiers par le conseiller-rapporteur et l'avocat général, quand l'usage à la Cour de cassation est à l'étude successive par l'un puis par l'autre. En imposant une instruction en double aveugle, la QPC permet à l'avocat général d'offrir à la formation de jugement un authentique double regard sur l'affaire. La différence d'approche du dossier par le conseiller-rapporteur et par l'avocat général enrichit le débat et améliore la qualité du processus décisionnel. La QPC contribue donc à renouveler le rôle de l'avocat général auprès du siège de la Cour de cassation et, partant, sa mission.

682. À l'instar de son office de conseil du siège de la Cour de cassation, le rapport de l'avocat général à la loi, second pilier de son identité, est modifié par la QPC. L'office de l'avocat général s'est construit autour du respect de la loi et il demeure aujourd'hui le fondement de sa mission, comme en témoigne l'article 432-1 du code de l'organisation judiciaire selon lequel le Parquet général rend des avis dans l'intérêt de la loi. En incluant le Parquet général dans le contrôle de constitutionnalité des lois, la QPC bouleverse la culture de l'institution. Chargé d'interroger la pertinence de la loi dont il devait précédemment veiller au respect, le Parquet général subit une révolution culturelle égale à celle du siège de la Cour de cassation.

683. Les conséquences de ce bouleversement se distinguent néanmoins au siège et au parquet de la Cour. Pour le Parquet général, la remise en cause de la loi met en exergue une caractéristique légitimante de leur office, son caractère doctrinal. La liberté dont disposent les avocats généraux dans l'exercice de leur office les conduit à s'éloigner parfois de la stricte application syllogistique au profit d'utiles développements sur le contexte juridique ou extra-juridique de l'affaire. Les avis sont nourris de doctrine, mais font également œuvre doctrinale lorsqu'ils synthétisent la jurisprudence de la chambre pour en déduire des lignes directrices. Le caractère doctrinal des avis des avocats généraux est accru par la procédure de la QPC. En permettant aux avocats généraux d'interroger la pertinence de la loi, la QPC accentue la ressemblance entre l'avocat général et l'universitaire. La liberté de ton qui caractérise les avocats généraux, combinée à l'objet de la QPC, les conduit à exprimer, si le besoin s'en fait sentir, l'absence de logique d'un dispositif législatif par des formulations franches et directes.

684. Les changements de l'office de l'avocat général induits par la QPC modifient l'identité et la position institutionnelle du Parquet général de la Cour de cassation. Selon l'article 432-1 du code de l'organisation judiciaire, l'avocat général rend des avis dans l'intérêt de la loi et du bien commun. Les deux objectifs étaient auparavant confondus, comme si l'un impliquait l'autre. Avec la procédure constitutionnelle, la défense du bien commun s'autonomise de l'intérêt de la loi pour adopter une connotation constitutionnelle, et l'identité du Parquet général s'éloigne de la loi au profit du bien commun. Conjuguée à la procédure constitutionnelle de garantie des droits et libertés, le style persuasif qui caractérise l'office de l'avocat général dessine l'image d'un défenseur des droits et libertés, image accentuée par la pratique de certains avocats généraux interprétant les notions constitutionnelles dans un sens qui en maximise l'effet utile en QPC. L'image de défenseur des droits est étayée par la figure d'indépendance qu'apporte la ressemblance entre l'avis et l'article doctrinal.

685. Sur le plan institutionnel, l'utilité sociale du Parquet général est renouvelée par la QPC. L'avocat général devient, avec la procédure constitutionnelle, un véritable double regard pour le siège de la Cour, retrouvant ainsi un équilibre institutionnel bouleversé par la Cour européenne des droits de l'homme. L'utilité de l'avis pour les autres acteurs du procès constitutionnel élargit l'horizon de l'utilité sociale de l'avocat général et contribue à renouveler son identité en tant qu'institution autonome du siège de la Cour de cassation, existant indépendamment de lui auprès des interlocuteurs constitutionnels.

686. Le Parquet général pourrait tirer profit de ces changements en utilisant la QPC comme un outil d'affirmation institutionnelle. En premier lieu, la QPC permettrait d'expérimenter à une large échelle l'examen simultané des dossiers à la Cour de cassation. Une étude comparée des deux modes d'organisation du processus décisionnel, en QPC et hors QPC, permettrait au siège et au parquet de la Cour d'aboutir à des conclusions tangibles sur les profits respectifs de chaque méthode. Si le double aveugle s'avère plus utile au siège, sa pratique pourrait être étendue au contentieux de droit commun.

687. Plus généralement, le Parquet général pourrait tirer profit de la spécificité de sa position au sein de la Cour de cassation. Le mécanisme de la QPC attribue aux magistrats du filtre la qualité de magistrats constitutionnels de droit commun. L'office constitutionnel de l'avocat général se distingue de celui du siège de la Cour. D'un côté, sa place au sein de la plus haute

cour de l'ordre judiciaire offre une certaine autorité à ses interprétations constitutionnelles, de l'autre, sa qualité de magistrat non-jugeant le soustrait au risque d'empiètement sur l'office de Montpensier. Le Parquet général de la Cour pourrait tirer profit de cette avantageuse position pour devenir un acteur essentiel de l'interprétation constitutionnelle.

688. Pour gagner la visibilité de son rôle d'acteur constitutionnel, le Parquet général bénéficierait d'une centralisation de la réflexion constitutionnelle de ses membres. À ce jour, les apports constitutionnels des avocats généraux sont individuels. Certains prennent l'initiative d'une interprétation constitutionnelle autonome de Montpensier, d'autres dépassent ses exigences de précision en matière de contrôle de proportionnalité. L'élaboration d'une véritable doctrine constitutionnelle du Parquet général, pensée en son sein et relayée par ses membres aux chambres de la Cour, accroîtrait la visibilité de l'institution à l'extérieur du quai de l'Horloge. La doctrine pourrait alors la commenter, les autres juridictions pourraient s'y référer. L'existence d'une telle doctrine ne contraindrait pas les avocats généraux à la défendre auprès de leur chambre, chacun restant libre de suggérer la solution et l'interprétation qui lui paraît la plus juste. Néanmoins, la liberté de chacun ne semble pas incompatible avec l'existence d'une opinion majoritaire. Cette doctrine constitutionnelle du Parquet général pourrait être coordonnée par le Procureur général. Ainsi centralisée, elle gagnerait en lisibilité et en efficacité vis-à-vis des autres acteurs institutionnels.

689. Au sein du Parquet général, une réflexion centralisée permettrait d'approfondir les enjeux constitutionnels de l'interprétation de chaque notion. Les droits et libertés constitutionnels, les notions qui en déterminent l'applicabilité et les critères du filtre pourraient être interprétés dans une perspective constitutionnelle. Le format de l'avis étant propice aux justifications, les avocats généraux pourraient expliciter leur choix au regard de l'effet attendu sur la procédure constitutionnelle, maximisation de l'effet utile d'une notion, amélioration de la logique de la jurisprudence constitutionnelle, concrétisation du contentieux, ou au contraire, objectivisation de celui-ci. L'interprétation des critères du filtre détermine la physionomie du contentieux QPC, en investissant ce terrain dans une perspective constitutionnelle, le Parquet général gagnerait en légitimité et en visibilité auprès des acteurs constitutionnels.

690. Le recours au précédent de filtrage dans les avis est également susceptible d'accroître la visibilité du Parquet général. Les conclusions ont révélé un recours régulier à l'autorité de la

chose filtrée par la Cour de cassation. Lorsque la QPC d'espèce a déjà été traitée quai de l'Horloge, les avocats généraux sont sensibles au sens de sa décision. Certains attribuent au précédent de filtrage une autorité les dispensant de l'étude de la présente question, d'autres s'y réfèrent sans autorité. La référence à ce précédent pourrait être envisagée dans une perspective d'affirmation institutionnelle. Le choix de l'octroi d'une autorité absolue au précédent de filtrage rapprocherait le parquet du siège de la Cour par la réaffirmation de la souveraineté de celle-ci, dans une perspective d'affirmation institutionnelle de la Cour dans son ensemble. À l'inverse, la référence sans autorité au précédent de filtrage distinguerait le parquet du siège de la Cour, leur laissant la possibilité de discuter l'applicabilité au cas d'espèce et la pertinence de la solution précédemment retenue en toute indépendance. Enfin, le Parquet général pourrait envisager de se référer à ses propres précédents. Il établirait ainsi un corpus de préconisations constitutionnelles indépendant de celui du siège, vecteur d'autonomisation de son institution.

691. Au terme de ces développements, il apparaît que la QPC peut être employée comme un outil d'affirmation institutionnelle pour le Parquet général. Lors de la mise en place de la nouvelle procédure, le parquet de la Cour s'est d'ailleurs démarqué de son siège en devenant l'interlocuteur privilégié du Conseil constitutionnel au quai de l'Horloge. Cette dynamique pourrait être approfondie. Le Parquet général pourrait proposer une doctrine constitutionnelle, c'est à dire une interprétation cohérente des notions et méthodes de la QPC établie dans une perspective constitutionnelle. Cette réflexion serait plus lisible par les autres institutions en étant centralisée. Le Parquet général gagnerait ainsi en visibilité et en légitimité.

692. Finalement, alors que le contentieux européen avait mis en danger l'institution du Parquet général de la Cour de cassation, le contentieux QPC a ouvert aux avocats généraux la voie d'un renouvellement de leur rôle et de leur légitimité dans le paysage juridictionnel français.

BIBLIOGRAPHIE

Dictionnaires

D. ALLAND, S. RIALS, « Dictionnaire de la culture juridique », Paris : PUF – Lamy, coll. Quadrige, 2003.

P. BONTE, M. IZARD, « Dictionnaire de l'ethnologie et de l'anthropologie », Paris : PUF, 2010.

L. CADIET, « Dictionnaire de la Justice », Paris : PUF, 2004.

G. CORNU, « Vocabulaire juridique », Paris : PUF, 2018, 12^e ed.

O. DUHAMEL, Y. MENY, « Dictionnaire constitutionnel », Paris : PUF, 1992.

P. GUIHO, « Dictionnaire juridique », Lyon : L'Hermès, 1996.

S. GUINCHARD, « Lexique des termes juridiques », Paris : Dalloz, 2012, 20^e ed.

A. LALANDE, « Vocabulaire technique et critique de la philosophie », Paris : PUF, 2016.

P. RAYNAUD, S. RIALS, « Dictionnaire de philosophie politique », Paris : PUF, 1998, 2^e ed.

A. REY, « Dictionnaire historique de la langue française », Le Robert, 2012, 4^e ed.

Trésor de la langue française informatisé, www.atilf.fr/tlfi

Ouvrages généraux

P. ARDANT, B. MATHIEU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris : LGDJ – Lextenso, coll. Manuels, 2018, 30^e ed.

J-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Paris : Armand Colin, 2018, 18^e ed.

P. AVRIL, J. GICQUEL, *Le Conseil constitutionnel*, Paris : Montchrestien, coll. Clefs politiques, 2011, 6^e ed.

J-L BERGEL, *Méthodologie juridique*, Paris : PUF, coll. Thémis – Droit privé, 2016, 2^e ed.

X. BIOY, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Paris : Montchrestien, 2012.

E. BONIS-GARÇON, V. PELTIER, *Droit de la peine*, Paris : Lexis Nexis, 2015.

R. CABRILLAC, M-A. FRISON-ROCHE, T. REVET, *Libertés et droits fondamentaux*, Paris : Dalloz, 2018.

J-M. CARBASSE, *Manuel d'introduction historique au droit*, Paris : PUF, 2017, 7^e ed.

J. CARBONNIER, *Droit civil. Introduction*, Paris : PUF, 2004.

J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris : PUF, 2004.

G. CARCASSONNE, *La Constitution*, Paris : Point, 2017.

A. CASTALDO, Y. MAUSEN, *Introduction historique au droit*, Paris : Dalloz, 2013.

D. CHAGNOLLAUD, *Droit constitutionnel contemporain, Tome 1, Théorie générale, régimes étrangers, histoire*, Paris : Dalloz, coll. Cours Dalloz, série droit public, 2017, 9^e ed.

D. CHAGONNAUD, *Droit constitutionnel contemporain, Tome 2, La Constitution de la Ve République*, Paris : Dalloz, coll. Cours Dalloz, série droit public, 2017, 8^e ed.

G. CUNIBERTI, *Grands systèmes de droit contemporain : introduction au droit comparé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2015.

R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, M. GORÉ, *Les grands systèmes de droit contemporain*, Paris : Dalloz, 2016.

G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, Paris : PUF, 2011.

L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, *Droit constitutionnel*, Paris : Dalloz, 2012.

M. FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris : Dalloz, 1996.

M. FROMONT, *Justice constitutionnelle comparée*, Paris : Dalloz, 2013.

P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris : Dalloz, 2013.

H. GAUDEMAR, D. MONGOIN, *Les grandes conclusions de la jurisprudence administrative. Volume 1, 1831-1940*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2015.

V. GOESEL-LE BIHAN, *Contentieux constitutionnel*, Paris : Ellipses, 2016.

F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel*, Paris : Lextenso, 2018, 39^e ed.

F. HAMON, C. WIENER, *La justice constitutionnelle en France et à l'étranger*, Paris : LGDJ, 2011.

P. JAN, *Le procès constitutionnel*, Paris : LGDJ, 2010.

R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporain : approche comparative*, Paris : Lexis Nexis, 2016.

P. PACTET, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 2015, 34^e ed.

D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris : Montchrestien, 2013.

D. ROUSSEAU, A. VIALA, *Droit constitutionnel*, Paris : Montchrestien, 2004

R. SALOMON, *Les grandes conclusions du Parquet général de la Cour de cassation*, Paris : Éditions Panthéon-Assas, 2017.

F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'Homme*, Paris : PUF, 2016.

M. TROPER, D. CHAGNOLLAUD, *Traité international de droit constitutionnel. Tome 1, Théorie de la Constitution*, Paris : Dalloz, 2012.

M. TROPER, D. CHAGNOLLAUD, *Traité international de droit constitutionnel. Tome 2. Distribution des pouvoirs*, Paris : Dalloz, 2012.

M. TROPER, D. CHAGNOLLAUD, *Traité international de droit constitutionnel. Tome 3. Suprémie de la Constitution*, Paris : Dalloz, 2012.

E. ZOLLER, *Droit constitutionnel*, Paris : PUF, 1999.

Ouvrages spécialisés

C. ALONSO, A. DURANTHON, J. SCHMITZ (Dir.), *La pensée du doyen Hauriou à l'épreuve du temps : quel(s) héritage(s)?*, Aix-en-Provence, PUAM, 2015.

P. ANCEL, M-C. RIVIER (Dir.), *Les divergences de jurisprudence*, Saint-Etienne, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2003.

B. ANGIBAUD, *Le parquet*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 1999.

E. ANGIOLINI, A. BACQUET, R. BADINTER (Dir.), *Quel avenir pour le ministère public ? Actes de la conférence tenue le 12 octobre 2007 au Sénat*, Paris : Dalloz, 2008.

J. ARLETTAZ, J. BONNET (Dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et libertés fondamentaux - Du juge des droits au juge du droit ? - Actes du colloque du 12 décembre 2014*, Paris : A. Pédone, 2015.

ASSOCIATION DES MAGISTRATS DE LA COUR DE CASSATION, *Le Tribunal et la Cour de cassation, 1790-1990 : volume jubilaire*, Paris : Litec, 1990.

ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *La motivation : actes du colloque de Limoges, 1998*, Paris : LGDJ, 2000.

J-B. AUBY, J-M. AUBY, J-J. BIENVENU (Dir.), *L'Unité du droit : Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris : Economica, 1996.

R. BADINTER, S. BREYER (Dir.), *Les entretiens de Provence – Le juge dans la société contemporaine*, Paris : Fayard – Publications de la Sorbonne, 2003.

A. BARAK, *Judicial discretion*, New Haven : Yale University Press, 1989.

B. BARRAUD, *La jurisprudence et la doctrine*, Paris : L'Harmattan, 2017.

F-N BAVOUX, *De la Cour de cassation et du ministère public, avec quelques considérations générales, par un magistrat*, Paris : Antoine, 1814.

F. BÉRENGER, *La motivation des arrêts de la Cour de cassation : de l'utilisation d'un savoir à l'exercice d'un pouvoir*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003.

J. BONNET, *Le juge ordinaire français et le contrôle de constitutionnalité des lois - analyse critique d'un refus*, Paris : Dalloz, 2009.

J. BONNET, P-Y. GAHDOUN, *La question prioritaire de constitutionnalité*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 2014.

J. BONNET, P-Y. GAHDOUN (Dir.), *La QPC : une révolution inachevée ?*, Paris : Institut universitaire Varenne, 2016.

S.G. BREYER, *La Cour suprême, l'Amérique et son histoire*, Paris : O. Jacob, 2011.

J-M. CARBASSE (Dir.), *Histoire du Parquet*, Paris : PUF, 2000.

J-M. CARBASSE, L. DEPAMBOUR-TARRIDE (Dir.), *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris : PUF, 1999.

G. CARCASSONNE, O. DUHAMEL, A. DUFFY-MEUNIER, *QPC : La question prioritaire de constitutionnalité*, Paris : Dalloz, 2015, 2^e ed.

E. CARTIER (Dir.), *La QPC, le procès et ses juges : l'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, Paris : Dalloz, 2013.

E. CARTIER (Dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité : étude sur le réagencement du procès et de l'architecture juridictionnelle française*. Lille : Publications Université Lille 2, 2012.

E. CARTIER, L. GAY, A. VIALA (Dir.), *La QPC, vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Paris : Institut universitaire Varenne, 2015.

O. CAYLA, M-F. RENOUX-ZAGAMÉ (Dir.), *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, Paris : LGDJ, 2002.

CENTRE D'ETUDES ET DE RECHERCHES COMPARATIVES CONSTITUTIONNELLES ET POLITIQUES (CERCOP MONTPELLIER), *Nature de l'office du juge de première instance et d'appel dans l'appréciation du sérieux d'une QPC, filtrage ou contrôle de constitutionnalité ?*, Mission de recherche Droit et justice, 2012.

CENTRE UNIVERSITAIRE DE RECHERCHES ADMINISTRATIVES ET POLITIQUES DE PICARDIE (CURAPP), *L'institution*, Paris : PUF, 1981.

Y. CHARTIER, *La Cour de cassation*, Paris : Dalloz, 2001, 2^e ed.

J. CHEVALLIER, *La gouvernabilité*, Paris : PUF, 1996.

S. CHIGNARD, *Open data : comprendre l'ouverture des données publiques*, Limoges : Fyd, 2012.

L. CLÉMENT-WILZ, *La fonction de l'avocat général près la Cour de justice*, Bruxelles : Bruylant, 2011.

M. COHEN, P. PASQUINO, *La motivation des décisions de justice, entre épistémologie sociale et théorie du droit: le cas des cours souveraines et des cours constitutionnelles : rapport final*, Mission de recherche droit et justice, 2013.

G. CORNU, *Linguistique juridique*, Paris : Montchrestien, 2005.

COUR DE CASSATION, *Bicentenaire de la Cour de cassation*, Paris : La documentation française, 1991.

C. COURTIN, *La QPC et la matière pénale*, Bruxelles : Bruylant, 2013.

M. DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, Paris : LGDJ, 1994.

P. DEUMIER (Dir.), *Le raisonnement juridique : recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, Paris : Dalloz, 2013.

M. DISANT, *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, Paris : LGDJ, 2010.

G. DRAGO, *L'exécution des décisions du Conseil constitutionnel : l'effectivité du contrôle de constitutionnalité des lois*, Paris : Economica, 1991.

N. DROUIN, A. FAUTRÉ-ROBIN (Dir.), *Le non-renvoi des QPC : unité ou diversité de pratiques de la Cour de cassation et du Conseil d'État : actes du colloque, 26 et 27 septembre 2017, organisé par le Centre Michel de l'Hospital et le CREDESPO*, Bayonne : Institut Universitaire Varenne, 2018.

O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire : contribution à l'étude des transformations de la fonction juridictionnelle dans les États membres de l'Union européenne*, Lille, ANRT, 2000.

M. EUDES, *La pratique judiciaire interne de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris : A. PEDONE, 2005.

J-C. FARCY, *Histoire de la justice en France de 1789 à nos jours*, Paris : La découverte, 2015.

J. FAVARD, *Au cœur de Paris, un palais pour la Justice*, Paris : Gallimard, 1995.

B. FRYDMAN, *Le sens des lois : histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruxelles, Bruylant, 2011.

B. FRYDMAN, M. MEYER, *Chaim Perelman (1912-2012): de la nouvelle rhétorique à la logique juridique*, Paris : PUF, 2012.

Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, Paris : LGDJ, 2014.

L. GAY, P. BON, T. DI MANO, *La QPC vue du droit comparé : le contrôle de constitutionnalité sur renvoi du juge ordinaire en France, Espagne et Italie*, Mission de recherche droit et justice, 2013.

L. GAY (Dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité : approche de droit comparé*, Bruxelles : Bruylant, 2014.

E. GOFFMAN, *Les cadres de l'expérience*, Paris : Minuit, 1991.

S. GOLTZBERG, *Chaim Perelman - L'argumentation juridique*, Paris : Michalon, 2013.

C. GREWE, O. JOUANJAN, E. MAULIN, P. WACHSMANN (Dir.), *La notion de "justice constitutionnelle" - Actes du colloque organisé par l'Institut de recherches Carré de Malberg, Strasbourg, 16 et 17 janvier 2004*, Paris : Dalloz, 2005.

C-J GUILLERMET, *La motivation des décisions de justice : la vertu pédagogique de la justice*, Paris : Dalloz, 2006.

J. HABERMAS, *L'éthique de la discussion et la question de la vérité*, Paris : Grasset, 2003.

J. HABERMAS, *Raison et légitimité : problèmes de légitimation dans le capitalisme avancé*, Paris : Payot, 2012.

P. JESTAZ, C. JAMIN, *La doctrine*, Paris : Dalloz, 2004.

E. KASTANAS, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles : Bruylant, 1996.

J. KRYNEN, *L'idéologie de la magistrature ancienne*, Paris : Gallimard, 2009.

J. KRYNEN, *L'emprise contemporaine des juges*, Paris : Gallimard, 2012.

J. KRYNEN, J. RAIBAUT (Dir.), *La légitimité des juges - Actes du colloque des 29-30 octobre 2003, Université Toulouse I*, Toulouse : Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2004.

M. LAROCQUE, *Le symbole de la balance : essai de décomposition du processus judiciaire et d'approche du concept de justice*, Paris : La Pensée universelle, 1991.

V. LARRIBAU-TERNEYRE (Dir.), *Deux ans de question prioritaire de constitutionnalité en matière civile - Actes du colloque du 20 janvier 2012*, Pau : Presses de l'Université de Pau et des pays de l'Adour, 2014.

B. LATOUR, *La fabrique du droit : une ethnographie du Conseil d'État*, Paris : La Découverte, 2004.

L. LE MESLE, F-J PANSIER, *Le Procureur de la République*, Paris : PUF, coll. Que sais-je?, 1998.

C. MABI, J-C. PLANTIN, L. MONNOYER-SMITH (Dir.), *Ouvrir, partager, réutiliser – Regards critiques sur les données numériques*, Paris : Editions de la Maison des sciences de l'homme, 2017.

X. MAGNON, X. BIOY, W. MASTOR, S. MOUTON (Dir.), *Le réflexe constitutionnel. Question sur la question prioritaire de constitutionnalité*, Bruxelles : Bruylant, 2013.

F. MALHIÈRE, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation): contribution à l'étude des représentations de la justice*, Paris : Dalloz, 2013.

F. MALHIÈRE (Dir.), *L'élaboration des décisions des cours constitutionnelles et européennes*, Mission de recherche droit et justice, 2017.

F. MALHIÈRE (Dir.), *Comment rédiger une décision de justice au XXI^e siècle ? - Actes du colloque organisé à l'Université de Dijon le 16 juin 2017*, Paris : Dalloz, 2018.

J. MASSOT, T. GIRARDOT, *Le Conseil d'État*, Paris : La documentation française, coll. Les Études de la documentation française, 1999.

W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, Aix-en-Provence : PUAM, 2005.

B. MATHIEU, M. VERPEAUX (Dir.), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Paris : Economica, 1998.

B. MATHIEU, M. VERPEAUX (Dir.), *L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, Paris : Dalloz, 2010.

B. MATHIEU, M. VERPEAUX (Dir.), *Le statut constitutionnel du parquet*, Paris : Dalloz, 2012.

E. MATHIAS, *Les procureurs du droit : de l'impartialité du ministère public en France et en Allemagne*, Paris : CNRS, 1999.

C. MAUGÜÉ, J-H. STAHL, *La question prioritaire de constitutionnalité*, Paris : Dalloz, 2013.

P. MBONGO (Dir.), *La qualité des décisions de justice*, Strasbourg : Éditions du Conseil de l'Europe, 2007.

F. MELIN-SOUCRAMANIEN (Dir.), *L'interprétation constitutionnelle - Actes de la table ronde de l'Association internationale de droit constitutionnel, Bordeaux, 15 et 16 octobre 2004 organisée par le Centre d'études et de recherches comparatives sur les constitutions, les libertés et l'État*, Paris : Dalloz, 2005.

G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris : LGDJ, 2004.

V. MIKALEF-TOUDIC, *Le ministère public, partie principale dans le procès civil*, Aix-en-Provence, PUAM, 2006.

P. MILBURN, K. KOSTULSKI, D. SALAS, *Les procureurs : entre vocation judiciaire et fonctions politiques*, Paris : PUF, 2010.

C. MINCKE, *Efficacité, efficacité et légitimité démocratique du ministère public : quand l'arbre cache la forêt*, Leuven : Presses universitaires de Louvain, 2002.

N. MOLFESSIS (Dir.), *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Paris : Economica, 2004.

F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles : Facultés universitaires Saint Louis, 2010.

C. PERELMAN, *Le raisonnement juridique*, Paris : PUF, 1965.

C. PERELMAN, *Le champ de l'argumentation*, Bruxelles : Presses universitaires de Bruxelles, 1970.

C. PERELMAN, *La motivation des décisions de justice, essai de synthèse*, Bruxelles : Bruylant, 1978.

C. PERELMAN, *Logique juridique : nouvelle rhétorique*, Paris : Dalloz, 1999.

C. PERELMAN, *L'empire rhétorique : rhétorique et argumentation*, Paris : J. Vrin, 2009.

C. PERELMAN, *Rhétoriques*, Bruxelles : Éditions de l'Université de Bruxelles, 2012.

C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation : la nouvelle rhétorique*, Bruxelles : Éditions de l'université de Bruxelles, 2008.

I. PINGEL, F. SUDRE (Dir.), *Le ministère public et les exigences du procès équitable : actes du colloque du 15 novembre 2002*. Bruxelles : Némésis Bruylant, 2003.

Y. POIRMEUR, A. BERNARD (Dir.), *La doctrine juridique*, Paris : PUF, 1993.

N. RAINAUD, *Le commissaire du gouvernement près le Conseil d'État*, Paris : LGDJ, 1996.

M-L. RASSAT, *Le ministère public entre son passé et son avenir*, Paris : LGDJ, 1967.

T. REVET (Dir.), *L'inflation des avis en droit. Actes du colloque du 7 juin 1996, Montpellier*, Paris : Economica, 1998.

C. RICHAUD, *Le précédent dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris : Institut universitaire Varenne, 2016.

P. RICOEUR, *Le juste*, Paris : Esprit, 1995.

P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique : impartialité, réflexivité, proximité*, Paris : Seuil, 2008.

M. ROUSSELET, *Histoire de la magistrature française, des origines à nos jours*, Paris : Plon, 1957.

F. SAINT-BONNET, Y. SASSIER, *Histoire des institutions avant 1789*, Paris : LGDJ, 2015.

S. SALLES, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris : LGDJ, 2016.

A. SCHAHMANECHE, *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris : A. Pédone, 2014.

D. SCHNAPPER, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, Paris : Gallimard, 2010.

C-É. SÉNAC, *L'office du juge constitutionnel : étude du contrôle de constitutionnalité par les juridictions françaises*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2015.

C. STATAMIS, *Argumenter en droit. Une théorie critique de l'argumentation juridique*, Publisud, 1995.

F. SUDRE et al., *Les concepts autonomes dans la Convention européenne des droits de l'homme*, Université Montpellier 1, Cahiers de l'IDEDH, 1997.

A. TARBÉ DES SABLONS, *Cour de cassation. Lois et règlements à l'usage de la Cour de cassation*, Paris : Roret, 1840.

S. TOUZÉ (Dir.), *La Cour européenne des droits de l'homme et la doctrine. Actes du colloque du 10 et 11 mai 2012*, Paris : Pédone, 2013.

M. VILLEY, *Philosophie du droit – I. Définitions et fins du droit*, Paris : Dalloz, 1986.

M. VILLEY, *Philosophie du droit II. Les moyens du droit*, Paris : Dalloz, 1986.

L. VOGEL (Dir.), *Cours suprêmes : comment le filtrage des recours révèle le pouvoir des juges*, Paris : Éditions Panthéon-Assas, 2005.

J. VOLFF, *Le ministère public*, Paris : PUF, 1998.

J-F. WEBER, *La Cour de cassation*, Paris : La documentation française, coll. *Les études de la documentation française*, 2010.

E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris : Dalloz, 2010.

Articles et contributions

C. AGUILON, « portée potentielle et portée effective de l'interprétation jurisprudentielle de la notion de changement de circonstances », *RFDC*, 2017, n°3, p. 351.

M. AMILHAT, « L'existence méconnue d'une règle du précédent en droit administratif français - Réflexions sur les mécanismes de création du droit par le juge », *Petites affiches*, 22 janvier 2014, n° 16, p. 4.

S. ANANE, « L'audition libre : conformité sous réserve... encore ! », *RFDC*, janvier 2013, n°93, p. 214.

J-P. ANCEL, « La rédaction de la décision de justice en France », *RIDC*, 1998, n°50-3, p. 841.

J. ANTIPPAS, « Pour une mention par la Cour de cassation des précédents issus du droit public », *Recueil Dalloz*, 2017, p. 1428.

A. ANTOINE, « Cour suprême du Royaume-Uni », in : *L'élaboration des décisions des cours constitutionnelles et européennes*, 2017, p. 227, rapport de recherche disponible sur www.gip-recherche-justice.fr

O. BACHELET, « Admission, sous réserve, de l'audition libre dans l'enquête préliminaire », *Lettre Actualités Droits-Libertés du CREDOF*, 11 juillet 2012.

A. BACQUET, « La réflexion sur l'éthique et la déontologie des magistrats du parquet », in : *Quel avenir pour le ministère public ?*, Paris : Dalloz, 2008, p. 55-67.

R. BADOUARD, « Open Government, open data : l'empowerment citoyen en question », in : *Ouvrir, partager, réutiliser - regards critiques sur les données numériques*. C. MABI, J-C. PLANTIN, L. MONNOYER-SMITH (Dir.), Paris : Éditions de la Maison des sciences de l'Homme, 2017.

D. BARANGER, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle », *jus politicum*, n°7, www.juspoliticum.com

A. BARAV, « Le commissaire du gouvernement près le Conseil d'État français et l'avocat général près la Cour de justice des Communautés européennes », *RIDC*, 1974, n°26-4, p. 809-826.

A. BARAV, « La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire », in : *L'Europe et le droit – Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris : Dalloz, 1991, p. 1-20.

J-J BARBIERI, « Autour de la Cour de cassation », in : *La légitimité des juges – Actes du colloque des 29 et 30 octobre 2003*, Toulouse : Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2004, p. 67-84.

C. BARLOGIS, « Le procureur et le difficile choix des formations d'enquête », *AJ Pénal*, Décembre 2016, n°12, p. 570-573.

A. BASSET, « Question prioritaire de constitutionnalité et risque de conflits d'interprétation », *Droit et société*, 2012, n°2012/3, p. 713.

O. BEAUD, « Doctrine », in : *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : PUF, 2003.

J. BEAUME, « Le parquet : après trois décennies, la nécessité d'un nouvel équilibre », in : *Quel avenir pour le ministère public ?*, Paris : Dalloz, p. 2008, p. 155-169.

P. BELLET, « Servitudes et libertés du juge : les articles 4 et 5 du code civil français », in : *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Bruxelles : Nemesis, 1988, p. 145-158.

N. BELLOUBET, « La motivation des décisions du Conseil constitutionnel : justifier et réformer », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2017, 2017/2, n° 55-56, p. 5-21.

J. BENETTI, « Les incidences de la QPC sur le travail législatif. D'une logique de prévention à une logique de correction des inconstitutionnalités », *Constitutions*, 2011, n°1, p. 42.

M. BÉNICHOU, « La formation de l'avocat et la qualité des décisions de justice », in : *La qualité des décisions de justice : Études réunies par Pascal Mbongo*, Strasbourg : Éditions du Conseil de l'Europe, 2007, p. 112-121.

P. BLACHÈRE, « Le Parlement et la QPC », *RFDC*, 2018, 2018/4, n°116, p. 933-949.

L. BLONDIAUX, « La délibération, norme de l'action publique contemporaine ? », *Revue Projet*, 2001, n°268, p. 81-90.

L. BLONDIAUX, Y. SINTOMER, « L'impératif délibératif », *Rue Descartes*, 2009, 2009/1, n° 63, p. 28-38.

D. BOCCON-GIBOD, « Ce qui pourrait changer à la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 1107.

D. BOCCON-GIBOD, « Le rôle du Parquet général de la Cour de cassation », *Les Cahiers de la Justice*, 2015, 2015/3, p. 451-563.

P. BON, « La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009 », *RFDA*, 2009, p. 1107.

P. BON, « Les conditions de recevabilité de la question préjudicielle en droit comparé », in : *La question prioritaire de constitutionnalité : approche de droit comparé*, Bruxelles : Bruylant, 2014, p. 31-49.

R. BONHOMME, S. BECQUE-ICKOWICZ, S. CABRILLAC, « Le coup de grâce constitutionnel à la "présomption mucienne" », *Bulletin Joly – Entreprises en difficulté*, 01 mars 2012, n° 2, p. 120.

J-C. BONICHOT, « Le style des arrêts de la CJUE », *Justice et cassation*, 2013, p. 253-261.

J. BONNET, « Les contrôles a priori et a posteriori », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 1 juin 2013, n° 40, p. 105.

L. BORÉ, « Le point de vue d'un praticien », in : *Comment rédiger une décision de justice au XXIe siècle ?* F. MALHIÈRE (Dir.), Paris : Dalloz, 2018, p. 93-98.

A. BOTTON, « Bilan de trois années de QPC - "droit pénal, procédure pénale et liberté individuelle" », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, n° 40, p. 83.

A. BOTTON, « Le renforcement du rôle du Procureur de la République », *AJ Pénal*, Décembre 2016, n° 12, p. 562-565.

A. BOTTON, B. DE LAMY, « La QPC, révélateur des limites du droit constitutionnel ? lectures contrariées et contradictoires, 1 », *Recueil Dalloz*, 2012, p. 2030.

C. BOUGLÉ, « Au cœur 'des traditions mystérieuses' de la Cour de cassation" », *Recueil Dalloz*, 2006, p. 1991.

P. BOURDIEU, « La force du droit - Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1986, n° 64, p. 3-19.

X. BRAUD, « L'apport du juge administratif dans la détermination du régime juridique des avis consultatifs », in : *Études offertes au professeur René Hostiou*, Paris : Litec, 2008, p. 55-68.

J-D. BREDIN, « Remarques sur la doctrine », in : *Mélanges Pierre Hébraud*, Paris : Dalloz, 1981, p. 111.

L. BRIAND, « Quel rôle pour le procureur de la République dans le contentieux constitutionnel ? », *Gazette du Palais*, 13 décembre 2011, n° 347, p. 8.

L. BRIAND, « Le principe du contradictoire et l'avis du ministère public sur les QPC », *Gazette du Palais*, 20-21 juin 2014, n° 171-172, p. 12-13.

L. BRIAND, A. BONNET, « Le contentieux constitutionnel devant les juridictions judiciaires du fond : 1er semestre 2013 », *Gazette du Palais*, 5 septembre 2013, n° 248, p. 6.

V. BRUCK, M. LARCHÉ, « La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2013, n°28, p. 65-93.

P. BRUNET, « Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle », in : *La notion de justice constitutionnelle*, Paris : Dalloz, 2005, p. 115-135.

J-F. BURGELIN, « Les petits et grands secrets du délibéré », *Recueil Dalloz*, 2001, n° 34, p. 2755-2758.

J-F. BURGELIN, « La paille et la poutre », *Recueil Dalloz*, 2004, p. 1249.

L. CADIET, « La loi "J21" et la Cour de cassation : la réforme avant la réforme ? », *Procédures*, février 2017, p. 2.

L. CADIET, « Statut du Parquet : le retour. Mais lequel ? », *Procédures*, 2017, p. 8-9.

J-P. CAMBY, « Les impositions de toutes natures, une catégorie sans critère ? », *AJDA*, 1991, p. 339.

G. CANIVET, « La motivation brève en question », in : *Le juge de cassation à l'aube du XXI^e siècle, Actes du premier Congrès de l'Association des Hautes Juridictions de Cassation des pays ayant en partage l'usage du français*, AHJUCAF, 2004.

G. CANIVET, « Le mécanisme de décision de la Cour de cassation, pour une ethnographie à écrire d'une autre fabrique du droit », in : *Le dialogue des juges : Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*, Paris : Dalloz, 2009, p. 149-166.

G. CANIVET, J. BETOULLE, « Magistrat », *Répertoire de procédure civile Dalloz*, mars 2005, n° 445.

T. CAPETA, « The advocate general : bringing clarity to CJEU Decisions? a Case Study of Mangold and Mucudeveci », *Cambridge Yearbook of legal studies*, 2012, n° 14, p. 563-586.

D. CAPITANT, «La motivation des décisions de la Cour constitutionnelle allemande », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2013, vol. 28, p. 17-20.

G. CARCASSONNE, « L'intelligibilité des décisions du Conseil constitutionnel », in : *La qualité des décisions de justice – Études réunies par Pascal Mbongo*, Strasbourg : Conseil de l'Europe, 2007.

G. CARCASSONNE, « Le Parlement et la QPC », *Pouvoirs*, 2011, vol. 2011/2, n° 137, p. 73-81.

G. CARLOS RODRIGUEZ, « Le juge face à lui-même », in : *Les entretiens de Provence - le juge dans la société contemporaine*, Paris : Fayard – Publications de la Sorbonne, 2003, p. 329-379.

P. CASSIA, E. SAULNIER-CASSIA, « Imbroglio autour de la question prioritaire de constitutionnalité », *Recueil Dalloz*, 2010, p. 1234.

O. CAYLA, « Les deux figures du juge », *Le débat*, 1993, vol. 1993/2, n° 74, p. 149.

D. CHAMUSSY, « Le Parlement et la QPC », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2015, n°47, p. 63.

L. CHARBONNIER, « Ministère public et Cour suprême », *JCP G*, 23 octobre 1991, n° 43, p. 316-320.

M. CHARITE, « Les commentaires autorisés des décisions du Conseil constitutionnel », *RDP*, 2015, n° 2, p. 451.

Y. CHARPENEL, D. ROUSSEAU, D. SOULEZ-LARIVIERE, « Le statut du parquet », *Constitutions*, 2011, p. 295.

Y. CHARTIER, « De l'an II à l'an 2000. Remarques sur la rédaction des arrêts civils de la Cour de cassation », in : *Mélanges en l'honneur de Pierre Draï*, Paris : Dalloz, 2000.

D. CHARVET, « Une ou deux magistratures ? », *Recueil Dalloz*, 2007, p. 459.

A. CHAUVET, « La qualification juridique des 'droits et libertés que la Constitution garantit' - Étude des arguments pour refuser l'invocabilité de normes en contentieux QPC », *RFDC*, 2017/3, p. 583.

D. CHAVALAUX, « De la contradiction entre juges, réflexions sur le délibéré », in : *Juger l'administration, administrer la Justice, Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Paris : Dalloz, 2007, p. 179-184.

D. CHAVALAUX, J-H. STAHL, « Le commissaire, le délibéré et l'équité du procès », *AJDA*, 2005, p. 2116.

F. CHÉNEDÉ, « Contre-Révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *Recueil Dalloz*, 2016, p. 796.

J. CHEVALLIER, « Les interprètes du droit », in : *La doctrine juridique*, Paris : PUF, 1993, p. 259-280.

S. CLEMENT, « Le parquet européen : un projet en phase d'aboutissement ? », *AJ pénal*, 2016, n°12, p. 577-578.

D. COHEN, « Le juge, gardien des libertés ? », *Pouvoirs*, 2009/3, p. 113-125.

G. COHEN-JONATHAN, « L'arrêt Kress de la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de cassation française : quelques observations », *Gazette du Palais*, 4-5 octobre 2002, p.8.

H. COLOMBET, A. GOUTTEFANGEAS, « La qualité des décisions de justice. Quels critères ? », *Droit et société*, 2013/1, n° 83, p. 155-176.

D. COMMARET, « Le rôle de l'avocat général à la chambre criminelle », *Justice et cassation*, 2005, p. 127-135.

D. COMMARET, « Présentation générale », in : *Quel avenir pour le ministère public ?*, Paris : Dalloz, 2008, p. 17-21.

G. CORNU, « Aperçu de la pensée juridique contemporaine », *Annales de l'Université de Poitiers*, 1960, n° 1, p. 15.

J-P. COSTA, « Le style de la Cour européenne des droits de l'homme », *Justice et cassation*, 2013, p. 247-252.

F-L. COSTE, « L'éthique du ministère public », *AJ pénal*, 2007, p. 425.

J-M. COULON, « La conscience du juge aujourd'hui », in : *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris : PUF, 1999, p. 331-340.

L. COUTRON, « Style des arrêts de la Cour de justice et normativité de la jurisprudence communautaire », *RTD Eur.*, 2009, p. 643.

H. CROZE, « La question prioritaire de constitutionnalité : aspects procéduraux », *JCP G*, 1 mars 2010, n°9-10, p. 490-502.

G. CUILHEUR, « L'impact de l'arrêt Koné sur la hiérarchie des normes », *Petites affiches*, 27 décembre 1996, n°156, p. 12.

I. DA SILVA, « Les conclusions, fragments d'un discours contentieux », in : *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*, Paris : Dalloz, 2009, p. 359-375.

A. DARSONVILLE, « Droit pénal : les peines accessoires et les peines complémentaires obligatoires », *Constitutions*, 2011, n°4, p. 531, 537.

D. DE BÉCHILLON, « Cinq cours suprêmes ? apologie (mesurée) du désordre », *Pouvoirs*, 2011/2, n° 137, p. 33-45.

R. DE GOUTTES, « La situation à la Cour de cassation », in : *Le ministère public et les exigences du procès équitable, F. SUDRE (Dir.)*, Bruxelles : Bruylant, 2003, p. 63-80.

B. DE LAMY, « Mesures ayant le caractère d'une punition, mesure préventive et peine perdue », *RSC*, 2013, n°2, p. 433-436.

P. DE MONTALIVET, « QPC et "dialogue des juges" », *RFDC*, 2018/4, n°116, p. 919-932.

J-F. DE MONTGOLFIER, « L'apport de la jurisprudence du Conseil constitutionnel au critère de la peine », *Droit pénal : le temps des réformes*, Paris : Litec, 2011.

M. DEGUERGUE, « Le commissaire du gouvernement et la doctrine », *Droits*, 1994, n°20, p. 125-132.

C. DELATTRE, « Les avis du ministère public », *Revue des procédures collectives*, 2014, n° 5, p. 22.

F. DELPÉRÉE, « La Constitution et son interprétation », in : *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles : Publications de Facultés universitaires Saint-Louis, 1978.

F. DELPÉRÉE, « La vie de la Constitution », in : *Annales de Droit de Louvain*, 1980, p. 123-133.

F. DELPÉRIÉE, « l'interprétation de la Constitution ou la leçon de musique », in : *L'interprétation constitutionnelle*, F. MELIN-SOUCRAMANIEN (Dir.), Paris : Dalloz, 2005.

R. DENOIX DE SAINT MARC, « De l'arrêt Koné à la QPC », *AJDA*, 2014, p. 107.

F. DESCORPS DECLERE, « Les motivations exogènes des décisions de la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, 2007, n° 40, p. 2822-2828.

E. DESMONS, « La rhétorique des commissaires du gouvernement près le Conseil d'État », *Droits*, 2002/2, n° 36, p. 39-56.

P. DEUMIER, « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », *Archives de philosophie du droit*, 2006, n°50, p. 49-76.

P. DEUMIER, « Les "motifs des motifs" des arrêts de la Cour de cassation », in : *Principes de justice – Mélanges en l'honneur de Jean-François Burgelin*, Paris : Dalloz, 2008.

P. DEUMIER, « Sources du droit interne », *RTD Civ.*, 2010, p. 505.

P. DEUMIER, « Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? Raisons, identification, réalisation », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 2022.

P. DEUMIER, « QPC et jeux d'interprétations », *RTD Civ.*, 2018, p. 615.

J-P. DINTILHAC, « La vérité de la chose jugée », Rapport annuel de la Cour de cassation, 2004.

M. DISANT, « L'utilisation par le Conseil d'État des décisions du Conseil constitutionnel. Figures, contraintes et enjeux autour de l'hypothèse de l'"appropriation" du contrôle de constitutionnalité de la loi », in : *L'examen de la constitutionnalité de la loi par le Conseil d'État*, Paris : Dalloz, 2011.

O. DORD, « La QPC et le Parlement : une bienveillance réciproque », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 1 janvier 2013, n° 38, p. 23.

G. DRAGO, « La Cour de cassation, juge constitutionnel », *RDP*, p. 2011, p. 1438.

G. DRAGO, « Le relevé d'office de la question prioritaire de constitutionnalité par les juges », in : *La QPC : Une révolution inachevée ?*, Paris : institut universitaire Varenne, 2016.

F. DREIFUSS-NETTER, « La conscience du juge dans le droit des personnes et de la famille », in : *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris : PUF, 1999, p. 313-330.

E. DREYER, « La main invisible de la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, 2016, p. 2473.

J. DU JARDIN, « Le ministère public près la Cour de cassation, son impartialité au-delà ou en dépit des apparences », in : *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruxelles : Bruylant, 2004, p. 261-281.

E. DUBOUT, « Quelle efficacité structurelle du procès constitutionnel ? », in : *La QPC, l'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, Paris : Dalloz, 2013, p. 208-238.

A. DUFFY, « La motivation des décisions de la Cour suprême du Royaume-Uni », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2013, n° 28, p. 61-64.

A. DUFFY, « La réforme de la motivation des décisions du Conseil constitutionnel à l'épreuve des modèles étrangers : l'exemple du Royaume-Uni », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2017/2, n°55-56, p. 45-55.

H. DUMONT, « Les spécificités de l'interprétation constitutionnelle au seuil du XXI^e siècle », in : *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*. Paris : Dalloz, 2007, p. 477-500.

L. DUTHEILLET DE LAMOTTE, « Regard sur les modes de rédaction des décisions de justice à l'étranger », in : *Comment rédiger une décision de justice au XXI^e siècle ?* F. MALHIÈRE (Dir.), Paris : Dalloz, 2018, p. 107.

L. DUTHEILLET DE LAMOTTE, P-Y. MARTINIE, « La diffusion de la jurisprudence administrative », *JCP G*, 21 février 2017, supplément au n° 9, p. 64-67.

M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « L'appréciation, par les cours suprêmes, du caractère sérieux de la question de constitutionnalité », in : *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?* Paris : Institut universitaire Varenne, 2015, p. 29-42.

M. FATIN-ROUGE STEFANINI, N. JACQUINOT, X. MAGNON, A. ROBLLOT-TROIZIER, « Question sur la question : la QPC façonnée par ses acteurs : quelle(s) tendance(s) ? », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, janvier 2013, n°38.

M. FATIN-ROUGE STEFANINI, *Le filtrage opéré par le Conseil d'État*, Université Aix-Marseille, 2013.

L. FAVOREU, « Justice constitutionnelle », in : *Dictionnaire constitutionnel*, Paris : PUF, 1992.

L. FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit », in : *Mélanges en hommage à Roland Drago : l'Unité du droit*, Paris : Economica, 1996, p. 25.

F. FERRAND, « La Cour de cassation dans la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle - À propos de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 », *JCP G*, 2016, p. 1407.

T. FOSSIER, « Comprendre le refus de transmission de questions prioritaires de constitutionnalité par la Chambre criminelle de la Cour de cassation », *Constitutions*, 2012, p. 94.

E-M. FRANCK, « L'élaboration des décisions de la Cour de cassation ou la partie immergée de l'iceberg », *Recueil Dalloz Sirey*, 1983, p. 119.

E. FRANÇOIS, « La cour constitutionnelle fédérale et la culture juridique allemande », *Le débat*, 2012, n° 168, p. 81-90.

F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, « De la scène au balcon. D'où vient la science du droit ? », in : *Normes juridiques et régulation sociale*, F. CHAZEL, J. COMMAILLE (Dir.), Paris : LGDJ, 1991, p. 67.

N. FRICERO, « La qualité des décisions de justice au sens de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme », in : *La qualité des décisions de justice – Études réunies par Pascal Mbongo*, Strasbourg : Éditions du Conseil de l'Europe, 2007, p. 60-77.

B. FRYDMAN, « L'évolution des critères et des modes de contrôle de qualité des décisions de justice », in : *La qualité des décisions de justice – Études réunies par Pascal Mbongo*, Strasbourg : Éditions du Conseil de l'Europe, 2007, p. 18-29.

W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Le caractère 'autonome' des termes et la 'marge d'appréciation' des gouvernements dans l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme ? », in : *Mélanges G.J. Wiarda, protection des droits de l'homme, la dimension européenne*, Berlan, Heymann, 1988, p. 201-220.

A. GARAPON, « Entre procédure et vertu, la prudence », in : *Le for intérieur*, Paris : PUF, 1995, p. 214-225.

P-Y. GAUTIER, « Contre le visa des précédents dans les décisions de justice », *Recueil Dalloz*, 2017, p. 752.

L. GAY, « Introduction », in : *La question prioritaire de constitutionnalité : approche de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

L. GAY, « Le double filtrage des QPC : une spécificité française en question ? Modalités et incidences de la sélection des questions de constitutionnalité en France, Allemagne, Italie et

Espagne », in : *La question prioritaire de droit comparé : approche de droit comparé*, Bruxelles : Bruylant, 2014, p. 51.

L. GAY, « Redéfinir le contrôle concret de constitutionnalité. Plaidoyer pour une concrétisation accrue des décisions QPC », in : *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Paris : Institut universitaire Varenne, 2015, p. 119-148.

T-X. GIRARDOT, X. POTTIER, “Le gouvernement dans la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité”, *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2016/1, n°5, p. 17-28.

J. GIUDICELLI, « La motivation des décisions de la Cour constitutionnelle italienne : fondements, fonctions et débats », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2013, n°28, p. 53-60.

V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : figures récentes », *RFDC*, 2007, n°70, p. 269.

V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques ? », *jus politicum*, n° 7, www.juspoliticum.com

S. GOETA, C. MABI, « L'open data peut-il (encore) servir les citoyens ? », *Mouvements*, 2014/3, n°79, p. 81-91.

C. GOYARD, J-B. AUBY, J-M AUBY, J-J. BIENVENU, “Unité du droit et justice constitutionnelle”, in : *L'unité du droit – Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris : Economica, 1996,

R. GUERLOT, « La diffusion de la jurisprudence par la Cour de cassation et le développement de l'open data », *JCP G*, 21 février 2017, supplément au n°9, p. 68-71.

M. HAURIUO, « La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté., Cahiers de la nouvelle journée n°23.*

L. HELMLINGER, E. KOLBERT, P. GONOD, «Évolutions et expérimentations au sein de la juridiction administrative», in : *Comment rédiger une décision de justice au XXIe siècle ?*, F. MALHIÈRE (Dir.), Paris : Dalloz, 2018, p. 39-64.

J-M. HUON DE KERMADEC, « Réflexions sur les conclusions contraires des commissaires du gouvernement près le Conseil d'État », *RDP*, 1997/4, p. 1069-1100.

C. JAUFFRET-SPINOSI, « L'élaboration de la décision de justice. Présentation », in : *Juges et jugements : l'Europe plurielle*, Paris : Société de Législation comparée, 1998, p. 9-19.

P. JESTAZ, « Rapport de synthèse », in : *L'inflation des avis en droit*, Paris : Economica, 1998.

R. KOERING-JOUIN, « Petit abécédaire de la chambre criminelle de la Cour de cassation », in : *Mélanges en l'honneur de Dominique Schmidt*, Paris : Joly, 2005, p. 327-336.

A. LACABARATS, M-L. MATHIEU, « Réflexions et évolutions au sein de la Cour de cassation », in : *Comment rédiger une décision de justice au XXIe siècle ?*, F. MALHIÈRE (Dir.), Paris : Dalloz, 2018, p. 65-80.

L. LE MESLE, « Le parquet et l'accès au juge de cassation », in : *L'accès au juge de cassation : colloque du 15 juin 2015*, Paris : Société de législation comparée, 2015, p. 310.

S-J. LIEBER, D. BOTTEGHI, «Le juge administratif, juge constitutionnel de droit commun ?», *AJDA*, 2010, p. 1355.

L. LUCCHESI, « L'open data et la jurisprudence », *JCP G*, 27 février 2017, supplément au n°9, p. 18-20.

P. LYON-CAEN, « Le Parquet général de la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, 2003, n°4, p. 211-215.

C. MADELAINE, A. SCHAHMANECHE, « La Cour européenne des droits de l'homme », in : *L'élaboration des Cours constitutionnelles et européennes*, www.gip-recherche-justice.fr, 2017, p. 280-317.

N. MAESTRACCI, « Le nouveau mode de rédaction des décisions du Conseil constitutionnel », in : *Comment rédiger une décision de justice au XXI^e siècle ?*, F. MALHIERE (Dir.), Paris : Dalloz, 2018, p. 15-38.

P. MALAURIE, « Rapport français », in : *Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges*, travaux de l'association Henri Capitant, Economica, 1980.

P. MALAURIE, « La Cour de cassation, son parquet général et la Cour européenne des droits de l'homme (histoire et enjeux d'une crise) », *Petites affiches*, 7 mars 2003, n° 48, p. 3-5.

J-C. MARIN, « Le rôle de l'avocat général », *Justice et cassation*, 2014, p. 229-236.

W. MASTOR, « Essai sur la motivation des décisions de justice. Pour une lecture simplifiée des décisions des Cours constitutionnelles », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2000, vol. 15-1999, p. 35-63.

B. MATHIEU, M. VERPEAUX, « La reconnaissance et l'utilisation des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République par le juge : la contribution de l'arrêt Koné du Conseil d'État à l'analyse de la hiérarchie des normes en matière de droits fondamentaux », *Recueil Dalloz*, 1997, n°27, p. 219.

C. MAUGÜÉ, « Rapporteur public », *Jurisclasseur administratif*, fascicule 1031, n°62 et suivants.

N. MAZIAU, « Brefs commentaires sur la doctrine du droit vivant dans le cadre du contrôle incident de constitutionnalité », *Recueil Dalloz*, 2011, p. 529.

N. MAZIAU, « Les "bonnes raisons" de la Cour de cassation (à propos des arrêts de l'assemblée plénière rendus le 20 mai 2011 en matière de question prioritaire de constitutionnalité) », *Recueil Dalloz*, p. 2011, p. 1775.

N. MAZIAU, « Nouveaux développements dans la mise en oeuvre de la question prioritaire de constitutionnalité : le filtre au service des évolutions jurisprudentielles de la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, 2011, p. 2811.

N. MAZIAU, « L'appréhension de la Constitution par la Cour de cassation 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 », *RFDC*, 2015, vol. 2, n° 102, p. 453-481.

B. MERCADAL, « La légitimité du juge », *RIDC*, 2002, p. 277-291.

E. MILLARD, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société*, 1995, n°30-31, p. 381-412.

N. MOLFESSIS, « La résistance immédiate de la Cour de cassation à la QPC », *Pouvoirs*, 2011, vol.2, n°137, p. 83-99.

H. MUIR WATT, « La motivation des arrêts de la Cour de cassation et l'élaboration de la norme », in : *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Paris : Economica, 2004, p. 53-66.

J-L. NADAL, « La jurisprudence de la Cour de Strasbourg : une chance pour le parquet général de la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, 2005, n° 12, p. 800-802.

J-L. NADAL, « Introduction », *Petites affiches*, 25 juin 2009, n°126, p. 5.

H. NALLET, « Quel ministère public dans la République ? Réflexions sur les rapports entre le parquet et le pouvoir politique », in : *Quel avenir pour le ministère public ?*, Paris : Dalloz, 2008, p. 67-75.

P. NIHOUL, « La motivation des décisions de la Cour constitutionnelle belge », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2013, n° 28, p. 27-32.

H. OBERDORFF, « L'émergence d'un droit de comprendre », *EDCE*, 1992, n°43, p. 217.

J-J. PARDINI, « L'opération de qualification des faits dans le contrôle de constitutionnalité des lois », in : *Renouveau du droit constitutionnel, mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris : Dalloz, 2007, p. 335-359.

M. PEREZ-MONEO, W. MASTOR, « La motivation des décisions du Tribunal constitutionnel espagnol », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2013, n° 28, p. 33-43.

J-B. PERRIER, « L'avocat face à la question prioritaire de constitutionnalité : enjeux d'une pratique professionnelle », *AJ Pénal*, 2010, p. 122.

J-B. PERRIER, « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par la Cour de cassation », *RFDA*, 2011, p. 711.

E. PICARD, « Science du droit et doctrine juridique », in : *L'Unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris : LGDJ, 1989, p. 12.

E. PIWNICA, « Le rôle des avocats dans le traitement de la question préjudicielle de constitutionnalité », *Petites affiches*, 25 juin 2009, n° 126, p. 32.

Y. POIRMEUR, A. BERNARD, « Doctrine juridique et production normative », in : *La doctrine juridique*, Paris : PUF, 1993, p. 127-180.

J. RAYNARD, « Domaines et thèmes des avis », in : *L'inflation des avis en droit, actes du colloque du 7 juin 1996 – Montpellier*, Economica, 1998, p. 11-32.

T. RENOUX, « L'apport constitutionnel à la réflexion sur l'évolution du ministère public », in : *Quel avenir pour le ministère public ?*, Paris : Dalloz, 2008, p. 21-33.

T. REVET, « Rapport introductif », in : *L'inflation des avis en droit, actes du colloque du 7 juin 1996 – Montpellier*, Economica, 1998, p. 3-10.

C. ROBACZEWSKI, « La place singulière mais ambiguë du ministère public », in : *La QPC, le procès et ses juges*, Paris : Dalloz, 2013, p. 62-70.

C. ROBACZEWSKI, « Le rôle ambigu du parquet », in : *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Paris : Institut universitaire Varenne, 2015, p. 80.

A. ROBLOT-TROIZIER, « La question prioritaire de constitutionnalité devant les juridictions ordinaires : entre méfiance et prudence », *AJDA*, 2010, p. 80.

A. ROBLOT-TROIZIER, « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'État. Vers la mutation du Conseil d'État en juge constitutionnel de la loi », *RFDA*, 2011, p. 691.

A. ROBLOT-TROIZIER, « La QPC, le Conseil d'État et la Cour de cassation », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, n°40, p. 56.

A. ROBLOT-TROIZIER, « Les disparités de filtrage des QPC entre le Conseil d'État et la Cour de cassation », in : *La QPC : une révolution inachevée ?*, Paris : Institut universitaire Varenne, 2016, p. 67-87.

D. ROUSSEAU, « La question prioritaire de constitutionnalité : un big-bang juridictionnel ? », *RDP*, 2009, n°3, p. 631.

D. ROUSSEAU, P-Y. GAHDOUN, J. BONNET, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 2010 », *RDP*, janvier 2011, vol. 1, p. 255.

D. ROUSSEAU, P-Y. GAHDOUN, J. BONNET, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 2011 », *RDP*, janvier 2012, vol. 1, 217.

D. ROUSSEAU, P-Y. GAHDOUN, J. BONNET, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 2012 », *RDP*, janvier 2013, vol. 1, 197

D. ROUSSEAU, P-Y. GAHDOUN, J. BONNET, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 2013 », *RDP*, janvier 2014, vol. 1, p. 207.

D. ROUSSEAU, P-Y. GAHDOUN, J. BONNET, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 2015 », *RDP*, janvier 2016, vol. 1, 305.

D. ROUSSEAU, P-Y. GAHDOUN, J. BONNET, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 2016 », *RDP*, janvier 2017, vol. 1, 175.

D. ROUSSEAU, P-Y. GAHDOUN, J. BONNET, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 2017 », *RDP*, janvier 2018, vol. 1, p. 285.

E. RUBI-CAVAGNA, « Les arguments d'opportunité », in : *Le raisonnement juridique – recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, P. DEUMIER (Dir.), Paris : Dalloz, 2013, p. 217.

W. SABETE, « De l'insuffisante argumentation des décisions du Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2011, p. 885.

J. SAINTE ROSE, « Le Parquet général de la Cour de cassation "réformé" par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : mythe ou réalité ? », *Recueil Dalloz*, 2003, p. 1443.

D. SALAS, « Le juge aujourd'hui », *Droits*, 2011, vol. 2, n°34, p. 61-72.

T. SAUVEL, « Histoire du jugement motivé », *RDP*, 1955, p. 5-53.

C. SCHONBERGER, « Mi attendu, mi dissertation - le style des décisions de la Cour de justice de l'Union européenne », *Droit et société*, 2015, vol. 3, n°91, p. 505.

D. SIMON, « L'usage des concepts élastiques dans la jurisprudence nationale : impressionnisme ou réalisme ? », in : *Mélanges L.J. Constantinesco*, 1983, p. 707-719.

D. SIMON, A. RIGAUX, « La priorité de la QPC : harmonie(s) et dissonance(s) des monologues juridictionnels croisés », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2010, n°29.

J-H. STAHL, N. MAZIAU, « Groupe de travail commun au Conseil d'État et à la Cour de cassation sur la question prioritaire de constitutionnalité », *RFDC*, 2019, vol. 1, n°117, p. 3-28.

F. SUDRE, « Le recours aux 'notions autonomes' », in : *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles : Bruylant, 1998, p. 352.

P. TEXIER, « Jalons pour une histoire de la motivation des sentences », in : *La motivation, actes du colloque de Limoges, 1998*, Paris : LGDJ, 2000, p. 5.

J-L. THIREAU, « La doctrine civiliste avant le code civil », in : *La doctrine juridique*, Paris : PUF, 1993, p. 13-52.

A. TOUFFAIT, A. TUNC, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation », *RTD Civ.*, 1974, p. 485.

G. TOULEMONDE, I. THUMEREL, D. GALATI, « Les juridictions suprêmes renforcées dans leur office de cour suprême », in : *La QPC, le procès et ses juges, l'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, Paris : Dalloz, 2013, p. 282-306.

D. TRICOT, « L'élaboration d'un arrêt de la Cour de cassation », *JCP G*, 2004, n°6, p. 108.

M. TROPER, « la liberté d'interprétation du juge constitutionnel », in : *Interprétation et droit, P. AMSELEK (Dir.)*, Bruxelles : Bruylant, 1995.

M. TROPER, « L'interprétation constitutionnelle », in : *L'interprétation constitutionnelle, F. MELIN-SOUCRAMANIEN (Dir.)*, Paris : Dalloz, 2005.

P. TURK, V. DURAND, « Les enseignements à tirer des tableaux de jurisprudences croisées sur la réception de la QPC et sa pratique par les acteurs du procès », in : *La QPC, le procès et ses juges, l'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, Paris : Dalloz, 2013, p. 27-52.

P. TURK, V. DURAND, « Regards croisés sur l'appréciation des caractères sérieux et nouveau par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation », in : *La QPC, le procès et ses juges, l'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, Paris : Dalloz, 2013, p. 375-492.

A. VAN WELKENHUYZEN, « Autorité et raison dans l'argumentation juridique », in : *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Bruxelles : Némésis, 1988, p. 9-19.

M. VERDUSSEN, « Cour constitutionnelle belge », in : *L'élaboration des décisions des cours constitutionnelles et européennes*, Mission de recherche droit et justice, 2017, p. 60-85.

M. VERPEAUX, « La question préjudicielle de constitutionnalité et le projet de loi organique », *AJDA*, 2009, n°27, p. 1474-1480.

A. VIALA, « L'indifférence de la nature du contrôle de constitutionnalité au contexte de la saisine », in : *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Paris : Institut universitaire Varenne, 2015, p. 105-117.

J-F. WEBER, « Le style de la Cour de cassation », *Justice et cassation*, 2013, p. 287-295.

R. WEBER, « Cour constitutionnelle allemande », in : *L'élaboration des décisions des cours constitutionnelles et européennes*, Mission de recherche droit et justice, 2017, p. 60-85.

F. ZENATI, « La portée du développement des avis », in : *L'inflation des avis en droit – actes du colloque du 7 juin 1996, Montpellier*, Paris : Economica, 1998, p. 102-112.

F. ZENATI, « La nature de la Cour de cassation », bulletin d'information de la Cour de cassation n°757, 15 avril 2003.

F. ZENATI, « La motivation des décisions de justice », *Recueil Dalloz*, 2007, p. 1553.

F. ZENATI, « La signification, en droit, de la motivation », in : *La motivation en droit public*, S. CAUDAL (Dir.), Paris : Dalloz, 2013, p. 25.

E. ZOLLER, « La motivation des décisions de la Cour suprême des Etats-Unis », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2013, n° 28, p. 45-48.

Rapports

Rapport au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, n° 1898. 3 septembre 2009.

Rapport du groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative, avril 2012.

La prudence et l'autorité, l'office du juge au XXI^e siècle. Rapport de l'IHEJ, mai 2013.

Le rôle du Parquet général de la Cour de cassation : bilan de la mise en œuvre des points d'accords actés au mois de mars 2015 dans le cadre du groupe de travail relatif au rôle du parquet général, décembre 2016, www.courdecassation.fr

L'open data des décisions de justice – Mission d'étude et de préfiguration sur l'ouverture au public des décisions de justice. Rapport remis à Madame la garde des Sceaux, novembre 2017.

Discours, auditions et communications

O. BEAUD, *Les libertés universitaires – communication présentée devant l'Académie des sciences morales et politiques*, 9 novembre 2009. www.canalacademie.com

P. BÉZIO, *Discours du Procureur général près la Cour de cassation prononcé à l'occasion du bicentenaire de la Cour de cassation*, 1991. *Bicentenaire de la Cour de cassation*, La documentation française.

M. EZRATTY, *Discours prononcé lors de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation*, 6 janvier 1988. www.courdecassation.fr

M. LAGRANGE, *Discours prononcé lors de l'audience solennelle du 8 octobre 1964*, publication de la Cour de justice.

R. LECOURT, *Discours prononcé lors de l'audience solennelle à l'occasion du départ de l'avocat général Roemer*, 1973, publication des Communautés européennes.

B. LOUVEL, *L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle ou des libertés individuelles ? - Discours prononcé à l'occasion de la rencontre annuelle des premiers présidents de cour d'appel et de la Cour de cassation*, 2 février 2016, www.courdecassation.fr

B. LOUVEL, *Discours prononcé lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire*, 13 janvier 2017, www.courdecassation.fr

J-C. MARIN, *Audition du Procureur général près la Cour de cassation devant l'Assemblée nationale*, *Compte rendu n° 29*, 19 décembre 2012, www.assemblee-nationale.fr

J-C. MARIN, *Réflexions sur le statut du magistrat du parquet. Communication à l'occasion du colloque « Le statut du magistrat », organisé 18 septembre 2015 en partenariat avec l'Université Panthéon-Assas et l'association française pour l'histoire de la justice.*

J-C. MARIN, *Discours du Procureur général près la Cour de cassation à l'occasion du colloque « les grandes conclusions du parquet général de 1790 à nos jours », 14 juin 2017*, www.courdecassation.fr

J-C. MARIN, *Discours de départ du Procureur général près la Cour de cassation, 28 juin 2018*, www.courdecassation.fr

F. MOLINS, *Discours du Procureur général lors de son entrée en fonction à la Cour de cassation, 16 novembre 2018*, www.courdecassation.fr

F. MOLINS, *Discours du Procureur général près la Cour de cassation lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire, 15 janvier 2019*, www.courdecassation.fr

J-L. NADAL, *Discours du Procureur général près la Cour de cassation lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire, 7 janvier 2005*, www.courdecassation.fr

D. ROUSSEAU, *Audition devant la commission des lois de l'Assemblée nationale, 4 décembre 2012, compte-rendu n°23*, www.assemblee-nationale.fr

J-M SAUVÉ, *Les critères de la qualité de la Justice – Discours prononcé lors de la célébration des vingt ans du Tribunal de première instance des Communautés européennes, 25 septembre 2009*, www.curia.europa.eu

D. SIMON, *L'intérêt général national vu par les droits européens – Contribution au colloque « L'intérêt général, norme constitutionnel », organisé le 6 octobre 2006 au Conseil constitutionnel*. www.conseil-constitutionnel.fr

B. STIRN, *Audition devant la Commission des lois de l'Assemblée nationale, 21 novembre 2012, compte-rendu n°16*, www.assemblee-nationale.fr

INDEX THEMATIQUE

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe

A

Action publique – *V. parquet des juridictions du fond*

Allemagne – 296, 297, 312, 471, 474

Applicabilité au litige (de la disposition contestée) – 568, 590, 592 et s., 618 et s.

Arrêt QPC

- De la Cour de cassation – 70, 187, 462 et s., 498 et s., 537 et s.,
- Projet d'arrêt de la Cour de cassation – 18, 25, 77, 372, 436, 440, 444, 500, 503

Argumentation – 73, 74, 81 et s., 113, 120, 121, 123, 134, 322, 456, 471, 556, 566

Article 432-1 du code de l'organisation judiciaire – 4, 23, 27, 30, 34, 41, 682, 684

Audience – 79, 379, 430, 436, 452 et s.

Autorité de chose filtrée

- Définition – 93 et s.
- Utilisation par les avocats généraux – 109 et s.

Autorité de chose jugée

- Droit commun – 97
- Droit constitutionnel – 98 et s.

Autorité de chose interprétée – 100, 604, 639

Autorité des décisions

- Du Conseil constitutionnel – 100, 604, 636, 639
- De la Cour de cassation – 91 et s., 109 et s.

C

Caractère sérieux (de la QPC) – 37, 111, 124, 127 et s., 138 et s., 180 et s., 649 et s.

Changement de circonstances – 105, 112, 586, 593, 594, 631 et s.

Citoyens – 232, 537, 538, 542, 545, 549, 558, 560, 562, 563, 567

Commentaires aux Cahiers du Conseil constitutionnel – 212, 240

Conférence – 18, 19, 25, 333, 334, 335, 355, 364, 367, 402, 436 et s.

Conseil constitutionnel – 99, 103, 105, 112, 131, 132, 217, 231 et s., 243 et s., 297, 302 et s., 309 et s., 526 et s., 534, 586 et s., 592 et s., 612 et s., 621 et s., 637, 640 et s.

Conseil d'État

- Procédure – 25, 41, 47, 331, 338, 341, 345, 351, 365, 371, 382, 474, 500, 501, 576, 625, 643, 651
- Rapporteur public (commissaire du gouvernement) – 218, 334, 339, 343, 345, 351, 352, 353, 354, 355, 357, 359, 366, 382, 439, 442, 474, 501
- Conclusions – 154, 174, 184, 192, 340, 345, 453, 474, 486, 495 et s., 534

Conseiller-rapporteur – 81, 123, 333 et s., 429, 431, 432, 435, 436, 455, 502, 507, 508

Conséquentialisme - 166

Considérant de principe – 235, 249

Consultations extérieures – 30, 358, 406, 408, 412, 433

Contexte (de la disposition législative contestée)

- Juridique – 135, 158, 161, 164, 464 et s.
- Extra-juridique – 70, 74, 83, 163, 464 et s.

Contrôle de constitutionnalité

- Concentré – 71, 75, 264, 572, 656
- Abstrait – 588, 589, 631, 632, 637, 658, 660
- Concret – 106, 589, 598, 660
- Objectif – 105 et s., 550, 554, 555, 569, 618, 629, 660
- Subjectif – 101, 107, 481, 570, 618

Cour de Justice de l'Union européenne

- Institution – 48
- Décisions – 476
- Avocats généraux – 90, 117, 174, 338, 350, 352, 361, 378, 381, 491
- Procédure – 575, 577 et s., 583, 622

Cour européenne des droits de l'homme – 48, 167, 244, 252, 253, 258, 259, 273, 275, 282, 295, 305, 306, 430, 558

Cours suprêmes – 1, 45, 49, 69, 71, 72, 92, 102, 231, 232, 264, 366, 474, 568, 570 et s., 583, 596, 599, 620, 621, 622, 636, 641, 642, 643, 671

D

Délais (de la QPC) – 373, 379, 380, 387, 388, 412, 431, 432, 435, 460, 463, 504, 520, 527, 529, 536, 665, 681

Délibéré – 18, 23, 24, 25, 333, 455 et s., 471

Disposition législative (contestée en QPC) – 37, 71, 92, 100, 102, 105, 127 et s., 180 et s., 590, 605, 606 et s.

Divergence (entre avis de l’avocat général et arrêt QPC) – 463, 464, 499 et s., 513 et s., 531 et s.

Doctrine

- Juridique – 84 et s., 116, 117, 125 et s., 535

- Constitutionnelle – 239, 240, 241, 246, 284, 308

Double regard – 681, 685

Droits de la défense – 132, 257 et s.

Droits et libertés (constitutionnellement garantis) – 80, 104, 105, 107, 179, 228 et s., 294, 295, 302, 590, 612 et s., 672

E

Effet utile (de la QPC) – 244, 246, 274, 284, 307, 326, 606, 610, 660, 672, 684, 689

Enseignant-chercheur – *V. Universitaire*

États-Unis – 470, 471, 475, 476, 542

Études d’impact – 30, 433

F

Fenêtre sur l'extérieur – 409, 412, 598

Filtrage (des QPC)

- Nature – 70 et s.

- Critères – *V. applicabilité au litige, précédent, changement de circonstances, nouveau et sérieux*

G

Garde des Sceaux – 22, 23, 199, 205, 208, 222, 544, 619

Gouvernement – 521 et s., 667

I

Indépendance (des avocats généraux) – 22, 23, 24, 64, 208, 209, 210, 213, 219, 221, 222, 224, 323, 324, 325, 359, 619, 684, 690

Intention du législateur – 83, 125, 127, 128, 137, 139, 140, 141, 143, 145, 155, 158, 182, 195, 215, 467

Intérêt général – 37, 49, 139, 158, 287, 288, 294, 296, 300 et s., 420, 655

Interprétation

- De la loi – 15, 16, 17, 18, 22, 38, 116, 127, 145, 153, 205
- Des notions constitutionnelles – 100, 113, 228, 229, 232, 243 et s., 256, 284, 308
- Des critères du filtre – 568 et s.
- Autonome, 244, 252, 255, 256, 260, 257, 274, 276 et s., 280 et s., 319, 604, 636
- Conforme - 107
- Finaliste (téléologique) – 272, 277, 280, 282

J

Juge

- Ordinaire – 37, 71, 574, 649, 650
- Constitutionnel de droit commun – 37, 67, 92, 102, 108, 124, 531, 554, 555, 670, 687
- Du filtre – 67, 71, 102, 319, 554, 570, 581, 594, 605, 620, 622, 641, 649, 651, 660

Jurisconsulte – 126, 185, 187, 222, 361

Jurisprudence

- De la Cour de cassation
- Du Conseil constitutionnel

Justiciables – 37, 49, 66, 104, 106, 107, 329, 350, 351, 382, 485, 513, 552, 553, 554, 585, 666

M

Méthodes constitutionnelles – 100, 104, 130, 133, 146, 169, 183, 236, 226, 285, 286, 289, 292, 293, 316, 319, 484, 605, 612, 616, 617

N

Normes constitutionnelles – 37, 134, 136, 644

Notions

- Autonomes – 251, 273, 282

- Constitutionnelles – 233, 236, 239, 249, 251, 260, 281, 284, 306, 309

O

Ouverture des données juridictionnelles – 537, 539, 540, 542, 544, 545, 547, 567

Opinion séparée – 227, 535

P

Parlement – 36, 71, 141, 307, 469

Parquets des juridictions du fond – 12, 13, 20, 22, 36, 80, 107 et s., 199 et s., 224, 417, 600, 611

Précédent – 67, 91 et s., 468, 488, 489, 565, 631, 632, 637, 690

Procureur général – 3, 4, 5, 6, 7, 22, 26, 42, 201, 205, 208, 331, 368, 409, 603, 619, 668, 688

Professeur (d'Université) – *V. Universitaire*

Proportionnalité (contrôle de) – 294, 295, 296, 297, 298, 313 et s.

Publication (des avis) – 126, 186, 188, 191, 249, 350, 432, 476, 490, 492, 540, 666

Q

Qualification (constitutionnelle) – 228, 265, 266, 271, 272, 274, 275, 276, 277, 278, 280, 283

Question nouvelle – 81, 640 et s.

Question préjudicielle – 48, 575, 576, 579, 580, 581, 583, 622

R

Recueil

- Grands avis des avocats généraux – 126, 187, 188
- Grandes conclusions des rapporteurs publics – 187

Réserve d'interprétation – 38, 99, 105, 107, 140, 259, 285, 290, 291, 292

Royaume-Uni – 469, 470, 471

S

Sanction ayant le caractère de punition – 217, 245, 246, 251, 270, 275, 276 et s.

Slimane Kaïd (arrêt CEDH) – 28, 355, 367, 371, 409, 438, 664, 679

Société civile – 26, 333, 379, 397, 406 et s.

Syllogisme – 70, 73, 228, 229, 323, 425

T

Transparence – 352, 462, 470, 537, 538, 539, 541, 542, 547, 548, 549,

U

Universitaire – 64, 127, 147, 154, 155, 156, 172, 177, 178, 179, 183, 184, 185, 186, 198, 203, 208, 209, 210, 211, 212, 218, 219, 223, 224, 236, 318, 323

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	15
I. Objet de l'étude	19
A. La spécificité de l'office de l'avocat général à la Cour de cassation	19
1. Une institution assimilée à tort au parquet des juridictions du fond.....	19
2. Une institution redéfinissant son office	24
B. La spécificité de l'intervention de l'avocat général en QPC	26
1. L'inévitable influence de la QPC sur l'office de l'avocat général.....	27
2. La QPC comme outil de positionnement institutionnel.....	31
II. Méthode de l'étude	32
III. Hypothèse et plan	34
PREMIERE PARTIE. L'AVIS DE L'AVOCAT GENERAL RENOUVELE PAR LA QPC.....	37
CHAPITRE 1. L'APPORT JURIDICTIONNEL DE L'AVIS RENOUVELE PAR LA QPC	39
<i>Section 1. La défense d'une opinion constitutionnelle.....</i>	<i>39</i>
§1. L'avocat général révélateur de la logique du filtrage	40
I. La nature ambiguë du filtrage	40
II. L'avis révélateur de la malléabilité du filtrage	42
§2. L'avocat général défenseur d'une position.....	43
I. Le style réquisitorial de l'avis	43
II. Le choix de l'argumentation par l'avocat général	47
<i>Section 2. La prise en compte de l'autorité de la chose filtrée.....</i>	<i>52</i>
§1. L'autorité de la chose filtrée : une notion révélée par les avis.....	52
I. La notion d'autorité de la chose filtrée.....	52
A. L'utilisation du précédent de filtrage révélée par les avis.....	53
B. La circonscription de la notion d'autorité de la chose filtrée	54
II. L'autorité de la chose filtrée au cœur des ambiguïtés de la QPC	57
A. L'autorité de la chose filtrée et l'ambiguïté de la place du filtre dans la QPC	57
B. L'autorité de la chose filtrée et le caractère hybride de la QPC - entre objectivité et subjectivité	58
§2. L'autorité de la chose filtrée, une notion utilisée par les avocats généraux	60
I. La déférence envers l'autorité de la chose filtrée.....	60
II. La référence à l'autorité de la chose filtrée.....	65
<i>Conclusion</i>	<i>68</i>
CHAPITRE 2. L'APPORT DOCTRINAL DE L'AVIS RENOUVELE PAR LA QPC	69
<i>Section 1. L'apport doctrinal par la détermination du sens de la disposition législative contestée</i>	<i>70</i>
§1. Une recherche doctrinale du sens de la disposition contestée	70
I. La contribution des avocats généraux à la recherche du sens du texte	70
A. Un office doctrinal de recherche du sens de la loi inhérent à la QPC.....	71
B. Un office doctrinal de recherche du sens de la loi réalisé par les avocats généraux	75

II. La contribution des avocats généraux à l'élaboration de la jurisprudence attachée au texte	80
§2. Une représentation doctrinale de la disposition contestée	83
I. Une représentation du droit par sa contextualisation	84
II. Une représentation du droit aux formes académiques	89
<i>Section 2. L'apport doctrinal par l'appréciation de la disposition législative contestée</i>	93
§1. Une exigence constitutionnelle de caractère doctrinal.....	93
I. Une appréciation doctrinale de la loi par les avocats généraux	93
II. Une appréciation renouvelée par la QPC.....	98
§2. Un office doctrinal contribuant à la spécificité du Parquet général.....	99
I. Un office doctrinal distinguant le Parquet général des autres parquets	100
A. De l'organe du gouvernement à l'organe de la loi	100
B. De l'organe de la loi à l'organe du droit.....	103
II. Un office doctrinal distinguant le Parquet général des juges de la Cour de cassation.....	105
<i>Conclusion</i>	110
CHAPITRE 3. L'APPORT CONSTITUTIONNEL DE L'AVIS CREE PAR LA QPC	111
<i>Section 1. L'investissement des avocats généraux dans l'interprétation des notions constitutionnelles</i> ..	112
§1. La présentation des principes constitutionnels par les avocats généraux	112
I. L'explication des notions constitutionnelles par les avocats généraux.....	113
A. Des explications témoignant de la diffusion de la culture constitutionnelle au sein du Parquet général.	113
B. Des explications s'apparentant à des cours de droit constitutionnel	116
II. Les apports des avocats généraux aux notions constitutionnelles	121
A. Les interprétations autonomes de principes constitutionnels	121
1. L'interprétation des notions relatives à la répression par les avocats généraux	121
2. L'interprétation de la notion de <i>ne bis in idem</i> par les avocats généraux	126
3. La notion de droits de la défense	128
B. Les propositions de consécration de nouveaux principes constitutionnels par les avocats généraux	131
§2. La qualification constitutionnelle des dispositions législatives contestées par les avocats généraux	132
I. L'assimilation de la qualification constitutionnelle à la nature juridique des mesures par les avocats généraux	133
II. La qualification finaliste des notions par les avocats généraux	135
A. L'interprétation autonome de la notion de sanction ayant le caractère de punition par les avocats généraux	137
B. L'interprétation autonome de la notion de charge publique par les avocats généraux.....	138
<i>Section 2. L'investissement des avocats généraux dans le raisonnement constitutionnel</i>	141
§1. L'utilisation par les avocats généraux du raisonnement constitutionnel	141
§2. La contribution des avocats généraux au raisonnement constitutionnel.....	144
I. L'avis de l'avocat général révélateur du raisonnement constitutionnel.....	145
II. L'apport des avocats généraux au raisonnement constitutionnel	146
A. Le contrôle de la légitimité du but poursuivi	147
B. Le contrôle de l'adéquation et de la nécessité de la mesure litigieuse	150
C. Le contrôle de proportionnalité <i>stricto sensu</i>	151
<i>Conclusion</i>	155
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE.....	157

DEUXIEME PARTIE. LE ROLE DE L'AVOCAT GENERAL RENOUVELE PAR LA QPC 159

CHAPITRE 1. LE ROLE DE L'AVOCAT GENERAL AU SEIN DE LA COUR DE CASSATION RENFORCE PAR LA QPC 161

Section 1. La QPC facteur de distinction entre avocat général et conseiller-rapporteur 162

§1. Une distinction de la formation de jugement propre au Parquet général de la Cour de cassation..... 163

I. Des modalités de distinction communes aux avocats généraux et aux rapporteurs publics 163

A. Un avis individuel et public..... 163

1. Une position individuelle..... 164

2. Une position publique 165

B. Un avis exprimant la mémoire jurisprudentielle de la chambre..... 167

II. Des modalités de distinction propres au Parquet général 170

A. La distinction institutionnelle entre siège et parquet..... 171

1. La contribution de la séparation institutionnelle à la réalisation de l'altérité 171

2. L'insuffisance de la séparation institutionnelle pour la réalisation de l'altérité 172

B. La séparation fonctionnelle entre siège et parquet à la Cour de cassation 173

§2. Une distinction de la formation de jugement favorisée par la QPC 181

I. Une distinction favorisée par le délai de la QPC 181

A. Un raisonnement singulier attendu par le siège de la Cour de cassation 182

B. Un raisonnement singulier favorisé par la procédure de la QPC 185

II. Une distinction valorisée par le contentieux de la QPC 188

A. Un regard transversal valorisé en QPC 188

B. Une proximité avec la société civile valorisée en QPC..... 191

Section 2. La QPC facteur d'interaction entre l'avocat général et la formation de jugement..... 196

§1. La dialectique dans la phase d'instruction du dossier QPC 196

I. Un travail d'instruction conjoint favorisé par la QPC..... 196

A. Un travail conjoint entre siège et parquet limitant l'aléa judiciaire 197

B. Un travail conjoint entre siège et parquet favorisé par la QPC 201

II. Un travail conjoint possible en l'absence de l'avocat général à la conférence..... 204

§2. La dialectique dans la phase de jugement de la QPC 209

I. L'influence de l'avocat général lors de l'audience QPC..... 209

II. L'influence de l'avocat général lors du délibéré de la QPC 210

Conclusion 213

CHAPITRE 2. LE ROLE DE L'AVOCAT GENERAL A L'EXTERIEUR DE LA COUR DE CASSATION RENOUVELE PAR LA QPC 215

Section 1. L'apport de l'avis à la compréhension de l'arrêt QPC..... 215

§1. Un complément partiel devant les juges du filtre 216

I. Un utile complément de l'arrêt QPC de la Cour de cassation..... 216

A. L'avis : une motivation extérieure à l'arrêt..... 216

1. L'expression d'une motivation 217

2. Un complément de la motivation..... 219

B. L'avis : un complément pour les lecteurs de l'arrêt 222

1. Un complément nécessaire à la compréhension de la décision par les parties 223

2. Un complément nécessaire à l'application du précédent de filtrage..... 226

II. Un complément partiel de l'arrêt QPC de la Cour de cassation 230

A. Une utilité limitée procédant du décalage entre l'avis et l'arrêt.....	230
B. Une utilité possible procédant du décalage entre l'avis et l'arrêt.....	234
§2. Un complément suffisant après la transmission de la question au Conseil constitutionnel.....	236
I. L'utilité du raisonnement de constitutionnalité proposé dans l'avis pour éclairer le débat constitutionnel ...	236
A. L'utilité de l'avis QPC pour le Gouvernement	237
B. L'utilité de l'avis QPC pour le Conseil constitutionnel	238
II. L'utilité de la divergence entre l'arrêt et l'avis pour éclairer le débat constitutionnel.....	239
<i>Section 2. L'apport de l'avis à la légitimité de la Cour de cassation</i>	<i>242</i>
§1. La nécessaire ouverture des données juridictionnelles élargie aux avis	242
I. La diffusion systématique des avis renforçant la transparence de la Cour de cassation.....	243
II. La diffusion systématique des avis renforçant la légitimité de la Cour de cassation	244
§2. La nécessaire accessibilité des décisions de la Cour de cassation favorisée par l'avis	247
I. La légitimité de l'arrêt QPC renforcée par l'apport pédagogique de l'avis.....	248
II. La légitimité de l'arrêt QPC renforcée par le style accessible de l'avis.....	249
<i>Conclusion</i>	<i>253</i>
CHAPITRE 3. LE ROLE DE L'AVOCAT GENERAL DANS L'INTERPRETATION DES CRITERES DU FILTRE DE LA QPC	
.....	255
<i>Section 1. L'interprétation des critères de renvoi de la QPC : un outil de politique constitutionnelle</i>	<i>255</i>
§1. Le filtrage de la QPC : un outil de politique constitutionnelle aux mains des Cours suprêmes.....	256
I. La QPC : une procédure dépendante du filtre	256
II. La QPC : une procédure déterminée par sa pratique	260
§2. Le filtrage de la QPC : un outil de politique constitutionnelle à investir	263
I. L'interprétation constitutionnelle des critères de filtrage : un terrain laissé vacant par les acteurs pressentis	264
II. L'interprétation constitutionnelle des critères de filtrage : un terrain pouvant être investi par le Parquet général	266
<i>Section 2. L'apport du Parquet général à l'interprétation des critères de renvoi de la QPC.....</i>	<i>269</i>
§1. La détermination des normes du contrôle : un potentiel à exploiter par les avocats généraux.....	269
I. L'interprétation de la notion de « disposition législative » par les avocats généraux.....	270
II. L'interprétation de la notion de « droits et libertés constitutionnellement garantis » par les avocats généraux	272
§2. La définition constitutionnelle des critères de filtrage : une opportunité pour les avocats généraux.....	275
I. L'interprétation de la notion d'« applicabilité au litige » par les avocats généraux	275
II. L'interprétation de la notion de « changement de circonstances » par les avocats généraux.....	280
III. L'interprétation de la notion de « nouveau » par les avocats généraux	283
IV. L'interprétation de la notion de « sérieux » par les avocats généraux	286
<i>Conclusion</i>	<i>292</i>
CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE	295
CONCLUSION GENERALE.....	297
BIBLIOGRAPHIE	305
INDEX THEMATIQUE	345
TABLE DES MATIERES.....	355

L'office de l'avocat général de la Cour de cassation dans la procédure de la QPC

RESUME

Depuis leur exclusion du délibéré de la Cour de cassation, les avocats généraux du quai de l'Horloge cherchent à réinventer leur identité. Partant du constat que leur rôle dans la procédure de la QPC n'avait pas été discuté lors des débats ayant précédé sa mise en œuvre, la présente thèse interroge les présupposés qui sous-tendent cette évidence. En effet, le Parquet général de la Cour de cassation se distingue fondamentalement des parquets des autres juridictions judiciaires, et son intervention en QPC ne peut être assimilée à sa fonction dans les autres contentieux.

À l'image de la Cour de cassation dans son ensemble, l'office de l'avocat général a été profondément renouvelé par la procédure de la QPC. Son office traditionnel, caractérisé par un apport juridictionnel et doctrinal, est modifié par la spécificité du contentieux constitutionnel, qui crée, en sus, une nouvelle fonction de conseiller constitutionnel.

De plus, la QPC a modifié la place du Parquet général dans le paysage institutionnel. Les délais de la QPC modifient l'organisation matérielle du processus décisionnel de la Cour de cassation, ce qui offre aux avocats généraux l'opportunité de renouveler leur utilité auprès du siège. Avec la QPC, les avis des avocats généraux atteignent désormais de nouveaux acteurs, ce qui élargit l'horizon de leur utilité. Dès lors, il apparaît que la procédure de la QPC est une opportunité pour le Parquet général de gagner en visibilité et en légitimité auprès des autres juridictions.

MOTS-CLEFS

Cour de cassation – Question prioritaire de constitutionnalité – QPC – Avocat général – Avocats généraux – Avis – Avis de l'avocat général – Conclusions – Parquet – Parquet général – Parquet général de la Cour de cassation – Contentieux constitutionnel – Contrôle de constitutionnalité – Filtre – Filtre de la QPC – Autorité de la chose filtrée.

The role of the Court of cassation's advocate general in the QPC

SUMMARY

Since their exclusion from the Court of cassation's decision-making reunions, the Court of cassation's advocates generals seek to reinvent their identity. After noticing that their role on the QPC hadn't been discussed during the debates preceding its instauration, this work tends to question the suppositions that underlie that evidence. Indeed, the advocates generals of the Court of cassation are nothing like the prosecutors of the other jurisdictions, and their intervention in QPC can't be assimilated to their role in other disputes.

Like the judges of the Court of cassation, the role of the advocates generals has been deeply renewed by the QPC. Their traditional role, defined by a jurisdictional and doctrinal contribution, has been modified by the specificity of the constitutional litigation, which also creates a new function of constitutional adviser.

In addition, the QPC changed the place of the advocate general in the institutional landscape. The delays of the QPC modify the organization of the Court of cassation's decision-making process, which offers to the advocates generals the opportunity to renew their usefulness with the judges. With the QPC, the opinions of the advocates generals now reach a new audience, which broadens the horizon of their usefulness. Therefore, it appears that the procedure of the QPC is an opportunity for the advocates generals to gain visibility and legitimacy from other jurisdictions.

KEYWORDS

Court of cassation – The Priority Preliminary Ruling on the Issue of Constitutionality – QPC – Advocate general – Opinion – Advocate general's opinion – Prosecution – Court of cassation's prosecutors – Constitutional litigation – Constitutional control – Filter – Filter of the QPC – Filtering decision's authority.