



La QPC vue du droit comparé
Le contrôle de constitutionnalité sur renvoi du juge ordinaire
en France, Espagne et Italie

Sous la direction de :

Laurence Gay, Chargée de recherches au CNRS, Institut Louis Favoreu-GERJC, Aix-Marseille Université

Pierre Bon, Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour, co-directeur de l'IE2IA

Thierry di Manno, Professeur à l'Université du Sud Toulon Var, Directeur du CDPC-Jean-Claude Escarras, Doyen de la Faculté de droit

CNRS Unité Mixte de Recherches 7318
Droit public comparé – Droit international et droit européen

Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice

Mars 2013

La QPC vue du droit comparé
Le contrôle de constitutionnalité sur renvoi du juge ordinaire
en France, Espagne et Italie

Sous la direction de :

Laurence Gay, *Chargée de recherches au CNRS, Institut Louis Favoreu-GERJC, Aix-Marseille Université*

Pierre Bon, *Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour, co-directeur de l'IE2IA*

Thierry di Manno, *Professeur à l'Université du Sud Toulon Var, directeur du CDPC-Jean-Claude Escarras, Doyen de la Faculté de droit*

CNRS Unité Mixte de Recherches 7318
Droit public comparé – Droit international et droit européen

Mars 2013

Le présent document constitue le rapport scientifique d'une recherche réalisée avec le soutien du GIP Mission de recherche Droit et Justice (convention n° 211.03.09.23). Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs. Toute reproduction, même partielle, est subordonnée à l'accord de la Mission.

REMERCIEMENTS

Nous tenons à remercier les personnes qui ont pris le temps de nous recevoir, de répondre à nos questions, de nous faire part de leur pratique des questions de constitutionnalité et de nous aider dans leurs recherches bibliographiques. Nos plus vifs remerciements s'adressent en particulier à :

- **PASCUAL SALA SANCHEZ**, président du Tribunal constitutionnel espagnol ;
- **PABLO PEREZ TREMPES ET MANUEL ARAGON REYES**, juges au Tribunal constitutionnel espagnol ;
- **RENATO BALDUZZI**, Professeur de droit constitutionnel et Ministre italien de la santé ;
- **SABINO CASSESE**, professeur et juge à la Cour constitutionnelle italienne ;
- **LAURA DEL TURCO**, directrice de la bibliothèque de la Cour constitutionnelle italienne ;
- **MARC GUILLAUME**, secrétaire général du Conseil constitutionnel ;
- **JEAN-FRANÇOIS DE MONTGOLFIER**, directeur du service juridique du Conseil constitutionnel ;
- **BERNARD STIRN**, Président de la section du contentieux du Conseil d'Etat ;
- **VALENTINE BÜCK** et **CLAUDE VICARD**, auditrices à la Cour de cassation et responsables du bureau de droit constitutionnel du Service de documentation, des études et du rapport ;
- **Maître DAVID LEVY**, responsable du Pôle juridique du Conseil national des barreaux.
- **GEORGES BERGOUGNOUS**, administrateur à l'Assemblée nationale et professeur associé à l'Université Paris 1 Panthéon - Sorbonne.

Nous remercions également **Marc Verdussen**, Professeur à l'Université catholique de Louvain, qui a assisté au séminaire d'étape ainsi qu'au colloque final de restitution et nous a éclairés sur l'expérience belge de question de constitutionnalité ; ainsi que les autres animateurs des autres tables rondes du colloque final : **Mathieu Disant**, Maître de conférences à l'Université Paris 1 ; **Xavier Magnon**, Professeur à l'Université de Toulouse 1 Capitole ; et **Xavier Volmerange**, Maître de conférences à l'Université de Rennes 1.

Nous remercions aussi chaleureusement **Mireille Verhaeghe**, de l'Institut Louis Favoreu - GERJC, pour son remarquable travail de mise en forme du présent rapport, ainsi que pour la patience et la bonne humeur avec lesquelles elle a, comme d'habitude, travaillé à nos côtés.

Merci enfin, pour leur précieuse contribution à l'établissement de la bibliographie ainsi que pour leur travail de relecture, aux doctorants contractuels de l'Institut Louis Favoreu – GERJC : **Audrey Bachert**, **Thibault Caffoz**, **Manon Ghevontian**, **Céline Gueydan**, **Claire Lagrave** et **Kelly Picard**.

LISTE DES AUTEURS :

Hubert Alcaraz, Maître de conférences à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour, IE2IA
Fernando Alvarez-Ossorio, Professeur à l'Université de Séville
Pierre Bon, Professeur à l'Université de Pau et des pays de l'Adour, co-directeur de l'IE2IA
Inès Ciolli, Assistante à l'Université La Sapienza de Rome
Thierry di Manno, Professeur à l'Université du Sud Toulon Var, Doyen de la Faculté de droit,
Directeur du CDPC - Jean-Claude Escarras
Marthe Fatin-Rouge Stéfanini, Directrice de recherches au CNRS, Directrice adjointe de
l'Institut Louis Favoreu-GERJC
Laurence Gay, Chargée de recherches au CNRS, Institut Louis Favoreu-GERJC
Marc Guerrini, Doctorant contractuel à l'Université d'Aix-Marseille, Institut Louis Favoreu-
GERJC
Fanny Jacquolot, Maître de conférences à l'Université Jean Monet Saint-Etienne,
CERCRID, membre associé du CDPC - Jean-Claude Escarras
Claire Lagrave, Doctorante contractuelle à l'Université d'Aix-Marseille, Institut Louis
Favoreu-GERJC
Olivier Lecucq, Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour, co-directeur de
l'IE2IA
Laura Montanari, Professeur à l'Université d'Udine
Jean-Jacques Pardini, Professeur à l'Université du Sud Toulon Var, directeur adjoint du
CDPC - Jean-Claude Escarras
Paolo Passaglia, Maître de conférences à l'Université de Pise
Xavier Philippe, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille, Directeur de l'Institut Louis
Favoreu - GERJC
Karine Roudier, Docteur en droit, CDPC - Jean-Claude Escarras
Thierry Santolini, Maître de conférences à l'Université du Sud Toulon Var, CDPC – Jean-
Claude Escarras
Caterina Severino, Maître de conférences à l'Université du Sud Toulon Var, CDPC – Jean-
Claude Escarras
Anne-Sophie Tabau, Maître de conférences à l'Université Paris 13, CERAP, membre associé
du CERIC
Ariane Vidal-Naquet, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille, Institut Louis Favoreu -
GERJC

SOMMAIRE

Introduction générale

Partie introductive – La question de constitutionnalité en Italie, en Espagne et en France.
Présentation des mécanismes nationaux

Chapitre 1 – Les critères du filtre

Chapitre 2 – Autorité et effets dans le temps de la décision du juge constitutionnel

Partie 1 – Le filtrage de la question de constitutionnalité et les rapports entre Cours constitutionnelles et juges ordinaires
Vers un contrôle de constitutionnalité en partie diffus ?

Chapitre 1 – Convergences et divergences des modalités de filtrage

Chapitre 2 – L'interprétation de la loi, objet du contrôle de constitutionnalité

Partie 2 – Le jugement de constitutionnalité et ses suites.
Vers un contrôle de constitutionnalité concret ?

Chapitre 1 – Techniques et caractéristiques du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*

Chapitre 2 – Les suites du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*

Partie 3 – Le contentieux de constitutionnalité et son environnement
L'articulation des contrôles

Chapitre 1 – L'articulation des contrôles

Chapitre 2 – L'évolution des questions de constitutionnalité en Italie et en Espagne :
quels enseignements pour la France

INTRODUCTION GENERALE

Laurence Gay

Chargée de recherches CNRS Institut Louis Favoreu-GERJC

Parmi les modifications apportées à notre norme fondamentale par la révision du 23 juillet 2008, celle qui a le plus retenu l'attention de la doctrine est l'introduction d'un article 61-1 selon lequel :

« Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. »

Trois ans après l'entrée en vigueur de la réforme, qui avait été fixée au 1^{er} mars 2010 par la loi organique du 19 décembre 2009¹ relative à l'application de cet article 61-1 nouveau, l'intérêt suscité ne se dément pas. Le caractère prioritaire conféré par la loi organique à la procédure comme la brièveté des délais impartis aux différents juges pour statuer ont largement contribué à ce succès. Plus généralement, la possibilité ouverte au justiciable, à l'occasion d'un litige, de contester la conformité aux droits et libertés constitutionnels d'une disposition de loi lui étant applicable a multiplié les cas de saisines du Conseil constitutionnel² et conduit les spécialistes des différentes disciplines juridiques à s'intéresser à la jurisprudence ainsi rendue. Au-delà des statistiques, la diffusion du « réflexe constitutionnel »³, incontestable au sein de la doctrine, réel pour le Conseil d'État et la Cour de cassation, plus difficilement mesurable chez les juridictions qui leur sont subordonnées, représente sans doute l'apport le plus notable de la réforme. Cette dernière était-il est vrai attendue ; plus qu'attendue, tardive, symbole en cela d'une spécificité française.

L'Hexagone s'est d'abord singularisé par le retard pris à concrétiser, sous une forme ou une autre, l'idée du « jurie constitutionnaire de Sièyès », dont il était rappelé en 2009 qu'il avait ouvert un débat constant au sein de notre pays et au fil de ses Républiques⁴. Or, même

¹ Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, *JORF* du 11 décembre 2009, p. 21379.

² Entre le 14 mai 1959, date de sa première décision DC et le 1^{er} mars 2010, date d'entrée en vigueur de la QPC, le Conseil constitutionnel avait rendu 604 décisions DC, statuant sur la conformité à la Constitution de lois ordinaires, organiques, de traités ou de règlements des assemblées. En trois ans, il rendu 255 décisions QPC portant sur 297 dossiers renvoyés (chiffres disponibles sur le site du Conseil constitutionnel, rubrique « A la une » : Mars 2013 : 3 ans de QPC - quelques chiffres).

³ X. Magnon, X. Bioy, W. Mastor, S. Mouton (dir.), *Le réflexe constitutionnel. Question sur la question prioritaire de constitutionnalité*, Bruylant, 2012, 228 p.

⁴ D. Rousseau, « La question préjudicielle de constitutionnalité : un big bang juridictionnel ? », *RD Pub.*, n° 3/2009, p. 631.

en 1958, « la création du Conseil constitutionnel ne doit guère au droit comparé », le professeur André Roux soulignant « qu'inscrire celui-ci dans le cadre du modèle européen de justice constitutionnelle relève d'une construction doctrinale *a posteriori* »⁵, s'appuyant sur des évolutions bien connues (en particulier la jurisprudence *Liberté d'association* et l'ouverture de la saisine de 1974). Toutefois, même cette mutation opérée, le Conseil « restait la seule Cour constitutionnelle européenne dont les compétences étaient aussi limitées, s'agissant en tout cas du contrôle de constitutionnalité des normes »⁶. Car la France s'est ensuite singularisée par le retard mis à réformer le contrôle de constitutionnalité de la loi préventif et abstrait, en raison de l'échec de deux précédents projets de question de constitutionnalité rejetés en 1990 puis en 1993⁷.

Enfin !... Mais trop tard ? C'est avec prudence, sous une forme interrogative, qu'est donc présentée, après la révision de 2008, la fin de l'« exception française »⁸ tenant à un contrôle de constitutionnalité de la loi exclusivement *a priori* et aux mains d'autorités politiques. En effet, la tardiveté de l'introduction de la question de constitutionnalité paraîtra, dans un premier temps, en hypothéquer l'utilité, compte tenu d'un contexte différent de celui de 1990/1993. Comme le relevait un Conseiller d'Etat, « en raison des évolutions que le système juridique a connues entre-temps, et notamment de celle qu'a constituée la montée en puissance du contrôle de conventionnalité, la réforme en cours n'a pas la même portée que celle qui avait été, à deux reprises, engagée puis abandonnée »⁹. L'on ne dira jamais trop le poids décisif du contrôle de conventionnalité dans la réforme de 2008/2009. L'existence d'un contrôle *a posteriori* de la loi, sur le fondement des conventions internationales, battait en brèche le principal argument en faveur du maintien du *statu quo* quant aux compétences du Conseil constitutionnel et tenant à la sécurité juridique liée à l'intangibilité de la loi promulguée. D'intangibilité de la loi promulguée, il n'y avait plus depuis plusieurs années en raison du contrôle de conventionnalité confié à tous les juges ordinaires, doté certes d'un simple effet *inter-partes* mais portant néanmoins les justiciables à « attacher plus de prix à la norme de droit international qu'à la Constitution elle-même »¹⁰. Déterminant quant à la justification de la réforme, le contrôle de la loi au regard des traités l'a aussi été quant à la physionomie de la question de constitutionnalité, devenue prioritaire pour assurer sa compétitivité. On sait que la loi spéciale du 12 juillet 2009 modifiant l'article 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle de Belgique venait d'instaurer un

⁵ A. Roux, « Le nouveau Conseil constitutionnel. Vers la fin de l'exception française ? », *JCP G*, n° 31-35/2008, p. 48.

⁶ *Id.*, p. 52.

⁷ V. sur le sujet, J. Benetti, « La genèse de la réforme. De 1990 à 2009 », *AJDA*, n° 2/2010, dossier La question prioritaire de constitutionnalité, p. 74 et s.

⁸ A. Roux, « Le nouveau Conseil constitutionnel. Vers la fin de l'exception française ? », préc. ; v. aussi G. Tusseau, « La fin d'une exception française », *Pouvoirs*, n° 137/2011, La QPC, p. 5 et s. ; O. Le Bot, « La garantie des droits fondamentaux : la QPC met-elle fin à l'exception française ? », in M. Fatin-Rouge Stéfanini (dir. de), *Existe-t-il une exception française en matière de droits fondamentaux ?*, Actes du colloque d'Aix-en-Provence des 17 et 18 novembre 2011, PUAM, 2013.

⁹ D. Chauvaux, « L'exception d'inconstitutionnalité, 1990-2009 : réflexions sur un retard », *RDPub.*, n° 3/2009, p. 566.

¹⁰ *Une V^e République plus démocratique*, Rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^e République, 2007, p. 88.

dispositif de ce type¹¹. Il y a là la principale inspiration puisée dans un droit étranger par le législateur organique français. L'examen des travaux de ce dernier montre en effet que la référence au droit comparé y est, comme souvent, demeurée discrète. Si l'alignement sur « la plupart des grandes démocraties occidentales »¹² est au passage souligné, ce sont plutôt des solutions nationales qui sont privilégiées quant aux modalités techniques de la QPC, solutions dont il ressort « l'extraordinaire continuité des trois projets de révision débattus au Parlement depuis 1990 »¹³. Seule la priorité de la question de constitutionnalité est donc véritablement novatrice, mais elle contribue à conférer à la procédure un certain particularisme.

Présentée comme une exception d'inconstitutionnalité par le Comité Balladur, le mécanisme issu de l'article 61-1 de la Constitution se distingue des exceptions de procédure en ce que le juge de l'action n'est pas juge, ici, de l'exception ; un renvoi au Conseil constitutionnel s'impose, par la médiation des Cours suprêmes. La question de constitutionnalité paraissait dès lors pouvoir être qualifiée de préjudicielle. Toutefois, cette catégorie renvoie aux cas dans lesquels il est indispensable au juge de surseoir à statuer et de renvoyer la question au juge compétent, faute de pouvoir trancher le litige par un autre moyen. Or, la question de constitutionnalité ne se coule pas tout à fait dans ce moule non plus, dès lors qu'elle est posée de façon prioritaire à l'examen de tout autre moyen, et notamment de ceux tirés de la violation de conventions internationales. En outre, il est d'autant moins certain que la réponse à la question soit indispensable au règlement du litige que le législateur organique a choisi de la faire porter sur une disposition simplement *applicable* au litige, formule substituée à celle de disposition *commandant l'issue* du litige contenue dans le projet du Gouvernement. Relevons d'ailleurs que la Cour de cassation a été saisie en 2011 d'un mémoire QPC présentant la particularité de ne pas viser une disposition de loi précise. Le justiciable sollicitait notamment la Cour pour que soit renvoyé au Conseil constitutionnel le point de savoir si « le principe constitutionnel de la personnalité des peines résultant des articles 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen impose que la personne ayant fait l'objet d'une sanction pécuniaire ayant le caractère d'une peine en supporte seule la charge finale ». La Haute juridiction civile rétorque cependant que la « question s'analyse non pas en une question prioritaire de constitutionnalité au sens des textes ci-dessus évoqués mais en une question préjudicielle, dans la mesure où il s'agirait d'interroger le Conseil constitutionnel sur le sens et la portée d'un principe constitutionnel qu'il a énoncé ou dégagé ; qu'il s'ensuit que, étrangère au dispositif de la question prioritaire de constitutionnalité, elle est (...) irrecevable »¹⁴.

En définitive, il a pu être conclu que « seule une analyse et une définition fonctionnalistes de la question prioritaire de constitutionnalité, non en termes de

¹¹ Rapport n° 1898 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 relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, par Jean-Luc Warsmann, 3 septembre 2009, pp. 54-59.

¹² Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi organique, relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, par H. Portelli, 29 septembre 2009, p. 14 (le rapporteur du Sénat clôt ainsi un tableau brossé à grands traits du contrôle de constitutionnalité aux Etats-Unis d'une part, et de celui existant en Italie, Espagne, Belgique et Allemagne, d'autre part : v. pp. 10/14).

¹³ J. Benetti, « La genèse de la réforme. De 1990 à 2009 », *op. cit.*, p. 76.

¹⁴ Cass. 1^{ère} civ., 27 septembre 2011, n° 11-13488.

catégorisation juridique formelle mais de finalité procédurale, soit opérante tant s'hybrident en elle diverses formes juridiques avec lesquelles elle ne peut être confondue »¹⁵. Dans cette optique, la QPC apparaît comme un « recours objectif et individuel en abrogation de la loi »¹⁶, « Elle confère au justiciable le droit, jusqu'alors inexistant, de demander l'abrogation de la loi »¹⁷. Quoi qu'il en soit de ces subtilités contentieuses, la procédure française possède de nombreux points communs avec celles qui existent dans d'autres pays européens : la possibilité de soutenir l'inconstitutionnalité d'une loi applicable à un litige, le renvoi de la question ainsi posée à un organe seul constitutionnellement habilité à annuler ou abroger la loi pour une telle raison. Elle réalise de ce fait « un arrimage complexe au modèle européen de justice constitutionnelle »¹⁸, la France rejoignant « le concert des Etats modernes, presque tous dotés d'un système de recours préjudiciel, dès lors qu'ils ont mis en place un organe *ad hoc* afin de prendre en charge le contentieux constitutionnel »¹⁹. Cette inscription dans ce que l'on peut considérer comme le droit commun européen est susceptible de rendre la comparaison particulièrement féconde. Pourtant, peu de travaux ont abordé la QPC dans une perspective comparative avec les procédures similaires existant dans d'autres pays. Il existe essentiellement des écrits présentant certains de ces exemples étrangers et tirant incidemment des conclusions comparatives avec la France²⁰. Toutefois, la mise en rapport systématique des textes et pratiques français sur la QPC avec les données étrangères manquait encore²¹. Tel était donc l'objet principal du présent rapport de recherche.

I - La démarche comparatiste de la recherche

Une pratique parfois ancienne du contrôle de constitutionnalité sur renvoi du juge ordinaire a conduit dans certains pays au développement de débats similaires à ceux naissant en France de la QPC. La question du droit vivant en constitue une illustration caractéristique. Pour la première fois dans une affaire du 6 octobre 2010, le Conseil constitutionnel a jugé « qu'en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition »²². On sait qu'il s'est inspiré en cela de la doctrine du droit vivant reconnue par Cour constitutionnelle italienne dans une décision de 1956 au

¹⁵ A. Borzeix, « La question prioritaire de constitutionnalité : exception de procédure ou question préjudicielle ? », *Gaz. Pal.*, n° 61/2010, p. 18.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ M. Guillaume, « La question prioritaire de constitutionnalité », p. 3 (consultable sur le site internet du Conseil constitutionnel).

¹⁸ D. Rousseau, « La question préjudicielle de constitutionnalité : un big bang juridictionnel ? », *op. cit.*, p. 4.

¹⁹ G. Tusseau, « La fin d'une exception française », *op. cit.*, p. 9

²⁰ V. not. le dossier sur « La question préjudicielle de constitutionnalité », *AIJC*, XXIII-2007 ; collectif, *Contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle. La saisine par les citoyens*, PUAM, 2009, 262 p. ; G. Zagrebelsky, « La doctrine du droit vivant et la question de constitutionnalité », *Constitutions. Revue de droit constitutionnel appliqué*, 2010/n°1, pp. 9-20 ; La QPC, *Pouvoirs*, n° 137/2011, pp. 5-191 ; le dossier dirigé par Marthe Fatin-Rouge Stéfanini, dans le cadre de la présente recherche, sur « Le rôle du juge constitutionnel dans le filtrage des questions de constitutionnalité : études comparées », *AIJC*, XXVII-2011 ; l'étude menée dans le cadre de la présente recherche par C. Severino, « Un an de droit vivant devant le Conseil constitutionnel », *Constitutions. Revue de droit constitutionnel appliqué*, 2012, n°1, pp. 44-50.

²¹ V. toutefois l'étude menée dans le cadre de la présente recherche par Thierry Santolini, « La question prioritaire de constitutionnalité au regard du droit comparé », *RFDC*, n° 93/2013, pp. 83-105.

²² Cons. const., 6 octobre 2010, n° 2010-39 QPC, *Mes Isabelle B. et Isabelle D.*, cons. n° 2.

demeurant citée dans le commentaire officiel²³. L'exemple étranger a ici permis d'éclairer le débat sur le statut à donner à la jurisprudence portant sur une disposition de loi dans le cadre d'un contrôle *a posteriori* de ladite disposition. Le Conseil constitutionnel a choisi de suivre le modèle italien. Soulignons que, du point de vue doctrinal qui est celui du présent rapport, la méthode comparative est développée dans une perspective quelque peu différente. Il ne s'agit pas tant de s'engager dans la recherche de solutions immédiatement transposables que de développer des outils analytiques pertinents pour évaluer la question prioritaire de constitutionnalité. Si l'on reprend le cas du droit vivant, indépendamment du droit positif en Italie sur le sujet, il est évident que les analyses auxquelles il donne lieu depuis plusieurs décennies maintenant fournissent un cadre de réflexion particulièrement précieux ; encore conviendra-t-il de connaître le contexte italien et ses éventuelles particularités afin de pouvoir pertinemment transposer ces analyses au cas français. Cet impératif de toute démarche comparative a conduit à centrer notre champ de recherche sur les exemples italien et espagnol.

En effet, ces deux pays connaissent un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* de la loi sur renvoi des juges ordinaires, fonctionnant de manière effective depuis de nombreuses années. Ils sont en outre au cœur des recherches menées depuis longtemps au sein de l'Unité mixte de recherche 7318. Le présent travail pouvait donc prendre appui sur cette expertise et correspondre aux exigences établies de la comparaison juridique qui sont notamment un accès direct aux sources et une connaissance suffisamment fine des ordres juridiques mis en perspective les uns par rapport aux autres. Il a donc été préféré un champ limité mais cohérent de comparaison, à la référence ponctuelle et nécessairement aléatoire à des systèmes juridiques dont les caractéristiques n'étaient pas bien connues et la langue non maîtrisée. Il est utile à ce stade de présenter les grandes lignes des systèmes italien et espagnol de question de constitutionnalité.

En Italie, le contrôle de constitutionnalité des lois et des actes ayant force de loi de l'Etat et des régions est prévu par l'alinéa 1^{er} de l'article 134 de la Constitution de 1947²⁴. Les textes d'application prévoient deux formes de ce contrôle : un contrôle abstrait par voie d'action ou procès de constitutionnalité par voie principale ; un contrôle concret sur renvoi du

²³ Commentaire de la décision n° 2010-39 QPC sur le site internet du Conseil constitutionnel, p. 6. La référence à la doctrine du droit vivant a logiquement été reprise et développée par la doctrine ; v., notamment, F. Boucard, « La question prioritaire de constitutionnalité et les Cours suprêmes. Une partie de billard à trois bandes ? », *JCP G*, n° 30-34, 26 juillet 2010, 804 ; B. Mathieu, « La question de l'interprétation de la loi au cœur de la QPC », *JCP G*, n° 44, 1^{er} novembre 2010, 1071 ; N. Maziau, « Brefs commentaires sur la doctrine italienne du droit vivant dans le cadre du contrôle incident de constitutionnalité. Retour sur l'expérience italienne et possibilités d'évolution en France », *Rec. D.*, 2011, p. 529 ; N. Molfessis, « La jurisprudence *supra-constitutionem* », *JCP G*, n° 42, 18 octobre 2010, p. 1955 et s. ; D. Rousseau, « L'art italien au Conseil constitutionnel : les décisions des 6 et 14 octobre 2010 », *Gaz. Pal.*, 21 octobre 2010, n° 294, p. 12.

²⁴ Article 134 de la Constitution italienne :

« La Cour constitutionnelle juge :

des questions relatives à la légitimité constitutionnelle des lois et des actes, ayant force de loi, de l'État et des Régions ;

des conflits d'attribution entre les pouvoirs de l'État, entre l'État et les Régions, et entre les Régions ;

des accusations portées, aux termes de la Constitution, contre le Président de la République. »

juge ordinaire, généralement appelé procès de constitutionnalité par voie incidente. C'est donc cette seconde procédure qui se rapproche de la QPC française avec laquelle elle peut utilement être comparée. Elle est décrite dans les termes suivants par l'article 1^{er} de la loi constitutionnelle n° 1 de 1948 :

« La question de constitutionnalité d'une loi ou d'un acte ayant force de loi de la République, relevée d'office ou soulevée par l'une des parties au cours d'un procès et non considérée par le juge comme manifestement infondée, est renvoyée à la Cour constitutionnelle afin qu'elle puisse la trancher »²⁵.

Cette saisine sur renvoi du juge ordinaire est le principal mode de saisine de la Cour constitutionnelle italienne. La procédure en est détaillée aux articles 23 et suivants de la loi n° 87 du 11 mars 1953²⁶. Sans trop entrer dans les détails, on signalera que la question peut être soulevée par les parties, par le Ministère public ou d'office par le juge²⁷. Son renvoi est subordonné à la double condition de la *rilevanza* de la question – le litige ne pouvant être tranché indépendamment de la résolution de cette question – et à sa *non manifesta infondatezza*²⁸. Le refus de renvoi doit être motivé et la question peut être à nouveau posée aux stades ultérieurs de l'instance²⁹. Quand la Cour constitutionnelle est saisie, les parties au procès *a quo* ont un délai de vingt jours pour se constituer parties dans le procès incident de constitutionnalité³⁰. Enfin, la déclaration d'inconstitutionnalité prononcée par la Cour a un effet *erga omnes*, les normes en cause ne pouvant plus recevoir application le jour suivant la publication de la décision³¹.

En Espagne, la Constitution de 1978 prévoit également un contrôle abstrait de la constitutionnalité des lois sur saisine d'autorités politiques et publiques, dénommé recours d'inconstitutionnalité, et un contrôle concret sur renvoi des juges ordinaires, dénommé question d'inconstitutionnalité. Cette dernière est plus particulièrement régie à l'article 163 :

« Lorsqu'un organe judiciaire considérera, au cours d'un procès, qu'une norme ayant force de loi, s'appliquant en la matière et dont dépend la validité de la sentence, pourrait être contraire à la Constitution, il saisira le Tribunal constitutionnel dans les conditions, sous la forme et avec les effets établis par la loi et qui ne seront en aucun cas suspensifs ». La question doit donc être pertinente, la norme contestée conditionnant la validité de la décision juridictionnelle, et fondée sur l'atteinte portée à un principe constitutionnel³². Ces deux conditions sont reprises par l'article 35 alinéa 1^{er} de la loi organique n° 2/1979 du 3 octobre

²⁵ « *La questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge della Repubblica, rilevata d'ufficio o sollevata da una delle parti nel corso di un giudizio e non ritenuta dal giudice manifestamente infondata, è rimessa alla Corte costituzionale per la sua decisione* ».

²⁶ Les dispositions pertinentes de cette loi sont reproduites en annexe au présent rapport.

²⁷ Alinéas 1^{er} et 5 de l'article 23 de la loi n° 87 de 1953.

²⁸ Alinéa 4 de l'article 23 de la loi n° 87 de 1953 ; v. *infra* la contribution du professeur Pardini « Les conditions de la *rilevanza* et de la *non manifesta infondatezza* de la question incidente de constitutionnalité en Italie » (partie préliminaire).

²⁹ Article 24 de la loi n° 87 de 1953.

³⁰ Article 25 alinéa 2 de la loi n° 87 de 1953. Sur la question, v. la contribution *infra* de T. Santolini, « Le contradictoire dans le procès constitutionnel incident en Italie » (partie 2).

³¹ Article 30 alinéa 3 de la loi n° 87 de 1953. V. *infra* la contribution de Karine Roudier, « Les effets des décisions de la Cour constitutionnelle italienne » (partie préliminaire).

³² V. *infra* la contribution du professeur Bon, « Les conditions de recevabilité de la question d'inconstitutionnalité en Espagne » (partie préliminaire).

1979 relative au Tribunal constitutionnel (LOTG)³³, article précisant que la question peut aussi être soulevée par les parties. Avant de prendre sa décision, le juge doit entendre les parties et le Ministère public après quoi il dispose de trois jours pour procéder ou non au renvoi³⁴. La loi organique sur le Tribunal constitutionnel prévoit une procédure d'examen préalable par ce dernier des conditions de recevabilité de la question³⁵ ; si celle-ci est déclarée recevable, les parties au procès *a quo* peuvent se constituer parties devant le juge constitutionnel, ce en vertu d'une révision de la loi organique de 2007 seulement³⁶. La déclaration d'inconstitutionnalité a un effet *erga omnes*, la norme étant annulée³⁷.

Cette présentation sommaire des systèmes italien et espagnol est complétée et, le cas échéant, nuancée par différentes contributions du rapport. Elle appelle cependant d'emblée un certain nombre de remarques terminologiques. Le terme juge ordinaire est emprunté au langage italien (*giudice comune*) dans lequel il désigne toute juridiction autre que la Cour constitutionnelle. Il est en cela indifférent à la question de la place hiérarchique du juge désigné et englobe donc les juridictions suprêmes des différents ordres juridictionnels - en France, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation. C'est bien dans cette acception qu'il faut comprendre l'emploi de ce terme dans l'intitulé général du rapport. Par ailleurs, l'usage fait en France de la notion de juge *a quo*, dont le pluriel est juges *a quibus*, appelle une rectification du point de vue du droit comparé. En effet, l'habitude semble avoir été prise dans notre pays de parler de juges *a quibus* par opposition aux deux Cours suprêmes, pour désigner les juridictions subordonnées à ces dernières. Or, le juge *a quo* est celui qui, saisi du litige principal, renvoie la question de constitutionnalité à la Cour constitutionnelle et sursoit en principe à statuer dans l'attente de sa réponse. En Espagne comme en Italie, les différentes Cours suprêmes peuvent donc être juges *a quibus*, quand elles procèdent au renvoi d'une question qui a été soulevée devant elles ou qu'elles soulèvent d'office. En toute logique, la Cour de cassation et le Conseil d'Etat français sont aussi juges *a quibus* dans la même hypothèse de renvoi au Conseil constitutionnel d'une QPC soulevée directement devant eux, y compris pour la première fois en cassation. Cette terminologie n'ayant pas cours en France, la désignation d'une Cour suprême française comme juge *a quo* a été évitée mais, s'agissant des développements relatifs à l'Italie et à l'Espagne, il faut garder à l'esprit que la notion englobe tout juge de renvoi, quel que soit son rang hiérarchique. Enfin, les dénominations nationales des mécanismes étudiés varient. En Espagne, il s'agit de la question d'inconstitutionnalité. En Italie, prédomine la formule de procès incident de constitutionnalité. Le point commun à ces procédures et à celle de la QPC française est que l'atteinte alléguée à la Constitution par une disposition de loi est soulevée à l'occasion d'une instance et fait l'objet, à certaines conditions, d'un renvoi à la Cour constitutionnelle. Le plus

³³ Les dispositions pertinentes de la LOTG sur la question d'inconstitutionnalité sont reproduites en annexe au présent rapport.

³⁴ Article 35 alinéa 2 de la LOTG.

³⁵ Article 37 alinéa 1^{er} LOTG. V. *infra* notre contribution, « 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 » (1^{ère} partie).

³⁶ Article 37 alinéa 2 LOTG. V. *infra* la contribution d'Hubert Alcaraz, « Les évolutions de la question d'inconstitutionnalité en Espagne » (3^{ème} partie).

³⁷ V. *infra* la contribution du professeur Lecuq, « Les effets des arrêts rendus en matière de question d'inconstitutionnalité en Espagne » (partie préliminaire).

souvent, le terme de « question de constitutionnalité » a donc été employé compte tenu de sa simplicité.

Le recours au droit comparé avait donc pour objet, dans le cadre de l'introduction de la QPC, d'aider à la recherche d'outils analytiques pertinents de la nouvelle procédure. Plus généralement, il s'agissait d'identifier d'éventuels invariants du contrôle *a posteriori* sur renvoi du juge ordinaire mais aussi, par contraste, les éventuelles spécificités nationales. Cela suppose de tenir compte des contextes propres à chaque pays. A ce titre, il convient de souligner une différence importante entre les deux modèles étrangers retenus eux-mêmes. Si, en Italie, le recours incident domine largement le contentieux constitutionnel, en Espagne, cette place est occupée par le recours individuel d'*amparo*. Toutefois, il semblait précisément utile d'étudier l'impact, sur le fonctionnement du contrôle *a posteriori*, de ses modalités d'agencement comme du contexte procédural plus général dans lequel il s'inscrit. Quant aux spécificités françaises ressortant d'une observation superficielle des textes, elles sont principalement de quatre types³⁸. En premier lieu, la QPC ne peut être soulevée d'office par le juge. En deuxième lieu, elle transite nécessairement par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation. En troisième lieu, seule peut être alléguée une atteinte aux droits et libertés constitutionnellement garantis. En quatrième lieu, la priorité d'examen de la question de constitutionnalité sur celui des moyens liés aux conventions internationales ne se retrouve ni dans les textes espagnols ni dans les textes italiens. Comme il a déjà été signalé, cette priorité a été inspirée par l'exemple belge, ce qui justifiait sur le sujet d'inclure cet exemple dans le champ de la comparaison. Ainsi, un élargissement ponctuel du périmètre de la recherche n'était-il pas exclu dès lors qu'un sujet le rendrait pertinent. Dans le même sens, les conditions de recevabilité des questions de constitutionnalité et les modalités ayant été facilement cernées dans une première étape, ont fait l'objet de deux études comparatives élargies à l'Autriche et/ou l'Allemagne³⁹, pays qui conduisaient au demeurant à nuancer la spécificité française tenant au passage obligatoire des QPC par les Cours suprêmes. Ces précisions amènent à aborder plus généralement le déroulement de la recherche⁴⁰.

³⁸ Un tableau comparatif portant sur les principales caractéristiques de la question de constitutionnalité dans les trois pays étudiés est reproduit en annexe au présent rapport de recherche.

³⁹ V. *infra* la contribution du professeur Bon, « Les conditions de recevabilité de la question préjudicielle de constitutionnalité en droit comparé » et notre contribution, « 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 » (1^{ère} partie).

⁴⁰ En Allemagne, la question de constitutionnalité devait dans un premier temps transiter par une Cour suprême. Ce système a été abandonné en 1956, tout juge pouvant dans un second temps saisir la Cour constitutionnelle fédérale. En Autriche, la question de constitutionnalité ne peut à l'heure actuelle être posée que par certaines juridictions. En Europe, d'autres exemples de saisines restreintes à certaines juridictions existent. On peut au moins relever en ce sens les exemples de la Moldavie, de la Biélorussie ainsi que celui de la Bulgarie. Sur la Moldavie et la Biélorussie, v. N. Danelciuc-Colodrovschi, *La justice constitutionnelle dans les pays de la CEI : évolutions et perspectives*, Fondation Varenne, coll. des thèses, 2012, pp. 328-330. Sur la Bulgarie, v. l'article 150 al. 2 de sa Constitution et E. Drumeva, « Présentation de la Cour constitutionnelle de Bulgarie », *Cah. Cons. const.*, n° 14/2003.

II - Le déroulement de la recherche

Rappelons d'abord que le projet présenté distinguait deux principales problématiques : celle des pratiques contentieuses de la question de constitutionnalité et celle de ses conséquences d'ordre substantiel, sur la protection des droits fondamentaux. A la demande de la Mission, la recherche s'est concentrée sur la première problématique, menée dans une perspective de comparaison systématique avec la question d'inconstitutionnalité en Espagne et le procès incident de constitutionnalité en Italie. Lors des réunions de lancement de la recherche, une méthode en deux étapes a été définie. Une première année devait être consacrée à un bilan des expériences nationales et, à partir de ce bilan, à l'identification des thématiques de comparaison pertinentes dont l'approfondissement interviendrait la seconde année. Le bilan pour chacun des pays devait s'articuler autour de quatre points :

- le rôle de filtre du juge *a quo* (en particulier, l'interprétation des critères de renvoi de la question à la Cour constitutionnelle) ;
- les méthodes du jugement de constitutionnalité *a posteriori* de la loi ;
- les effets de la décision du juge constitutionnel dans le cadre du contrôle *a posteriori* ;
- l'articulation du contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* avec le droit de l'Union européenne et celui de la Convention européenne des droits de l'homme.

Sur un plan pratique, la répartition des tâches par pays s'est effectuée naturellement en raison des spécialisations de chacune des composantes de l'Unité mixte de recherche 7318 impliquée dans son ensemble⁴¹. Le bilan français a donc été pris en charge par ceux des membres de l'équipe appartenant à l'Institut Louis Favoreu – GERJC d'Aix-en-Provence ; le bilan italien par les membres appartenant au CDPC-Jean-Claude Escarras de Toulon ; le bilan espagnol par les membres appartenant à l'IE2IA de Pau. Tous les membres de l'équipe devaient par ailleurs participer aux veilles jurisprudentielles régionales sur la QPC, portant sur la région PACA et sur la région Aquitaine. Pour les membres d'Aix-en-Provence, le bilan de la QPC au niveau national consistait en un suivi des décisions du Conseil constitutionnel et de celles des Cours suprêmes disponibles. En revanche, la démarche a été différente en ce qui concerne le bilan des expériences italienne et espagnole. En effet, une veille jurisprudentielle quasi-systématique à l'instar de celle conduite pour la France n'était pas possible, compte tenu du nombre de décisions rendues par les juges *a quibus* et les Cours constitutionnelles depuis l'entrée en vigueur des Constitutions de ces pays – respectivement 1948 et 1978. Il s'est donc plutôt agi de faire état des orientations de fond ressortant précisément de plusieurs décennies de fonctionnement du contrôle *a posteriori*, des théorisations doctrinales auxquelles elles ont donné lieu ainsi que des évolutions récentes les plus notables.

⁴¹ L'Unité mixte de recherches CNRS 7318 (Droit public comparé – droit international et droit européen) regroupe quatre composantes :

- l'Institut Louis Favoreu - Groupe d'études et de recherches sur la justice constitutionnelle (ILF-GERJC), Aix-Marseille Université ;
- le Centre d'études et de recherches internationales et communautaires (CERIC), Aix-Marseille Université ;
- le Centre de droit et politique comparés - Jean-Claude Escarras (CDPC), Université du Sud Toulon Var ;
- l'Institut d'études ibériques et ibéro-américaines - Droit et politique comparés (IE2IA), Université de Pau et des pays de l'Adour.

Au cours de la première année, des études de terrain au sein des Cours constitutionnelles étaient également prévues. Ainsi, Olivier Lecucq et Hubert Alcaraz, de l'IE2IA de Pau, se sont rendus au Tribunal constitutionnel espagnol à Madrid les 24 et 25 janvier 2012. Ils ont pu bénéficier de plusieurs entretiens avec des juges de ce Tribunal, y compris son Président. Ces rencontres ont utilement permis d'enrichir l'approche de l'expérience espagnole de la question d'inconstitutionnalité, qui retient beaucoup moins l'attention doctrinale que le recours d'*amparo*. Par ailleurs, Thierry di Manno et Caterina Severino, membres du CDPC – Jean-Claude Escarras de Toulon ont mené une étude au sein de la Cour constitutionnelle italienne à Rome du 27 février au 2 mars 2012. Ils se sont entretenus avec des juges, assistants de la Cour ainsi qu'avec des enseignants-chercheurs italiens. Les deux séjours ont aussi fourni l'occasion de recherches documentaires complémentaires à celles déjà menées en France⁴². Une étude similaire prévue à Paris pour la semaine du 20 au 24 février 2012 avait dû être annulée pour raisons de santé. Elle a finalement eu lieu les 6, 7 et 8 février 2013 et nous a permis de mener des entretiens avec les personnes suivantes :

- Marc Guillaume, secrétaire général du Conseil constitutionnel et Jean-François de Montgolfier, directeur du service juridique ;
- Bernard Stirn, Président de la section du contentieux du Conseil d'Etat ;
- Valentine Bück et Claude Vicard, auditrices à la Cour de cassation et responsables du bureau de droit constitutionnel du Service de documentation, des études et du rapport .
- Maître David Lévy, responsable du Pôle juridique du Conseil national des barreaux.
- M. Georges Bergougnous, administrateur à l'Assemblée nationale et professeur associé à l'Université Paris I Panthéon - Sorbonne.

Ces entretiens, menés en phase de finalisation de la recherche, ont permis de conforter les axes majeurs de celle-ci et de recueillir le sentiment de représentants des principaux acteurs de la QPC au terme de près de trois ans de mise en œuvre.

Par contre, le séjour initialement envisagé à Luxembourg, dans le cadre de l'étude menée sur l'articulation de la QPC et de la question préjudicielle belge avec le droit de l'Union européenne n'a pas pu avoir lieu. Malgré les contacts établis dans un premier temps, Anne-Sophie Tabau n'a pas obtenu d'entretiens avec les personnes sollicitées ; de même les contacts pris dans un second temps à Bruxelles n'ont pas non plus abouti.

Le séminaire d'étape prévu à un an a eu lieu le 17 février 2012 à Aix-en-Provence. Il a réuni les membres français de l'équipe de recherche, mais non les quatre membres étrangers⁴³. Il a consisté en un rendu des bilans nationaux effectués au cours de la première année de recherche, et en une discussion sur les orientations à retenir pour la seconde étape. Le programme de ce séminaire est rappelé en annexe au présent rapport. Ces échanges se sont naturellement poursuivis au-delà de cette seule journée, afin de cerner les thématiques qui feraient l'objet de contributions dans le rapport final. Dans la mesure du possible, ces

⁴² Pour plus de détails sur ces deux séjours, nous nous permettons de renvoyer au rapport intermédiaire remis à la Mission en mars 2012.

⁴³ Il s'agit du professeur Alvarez-Ossorio, de l'Université de Séville ; de Laura Montanari, professeur à l'Université d'Udine ; de Paolo Passaglia, Maître de conférences à l'Université de Pise et assistant à la Cour constitutionnelle italienne ; de Inès Ciolli, Assistante à l'Université La Sapienza de Rome.

contributions devaient ne pas être strictement nationales, mais porter directement sur une comparaison entre la situation française et celle existant sur le sujet en Espagne et/ou en Italie. Comme il a été précisé ci-dessus, le champ de la comparaison a parfois été élargi quand cela a paru pertinent. Inversement, des rapports nationaux ne pouvaient être évités sur des sujets très particuliers, comme par exemple l'exigence faite par la Cour constitutionnelle italienne au juge *a quo* de s'efforcer de délivrer une interprétation conforme de la loi à la Constitution. Cette jurisprudence conduit à ériger, sans fondement textuel, l'impossibilité d'une telle interprétation conforme en condition de recevabilité de la question incidente de constitutionnalité. De ce point de vue, elle ne présentait pas de point de comparaison suffisant avec les expériences française et espagnole sur le sujet. Son exposé et celui des débats auxquels elle donne lieu en Italie, fait par le professeur di Manno⁴⁴, n'en sont pas moins très éclairants à bien des égards : quant au bien-fondé de l'usage de la technique de l'interprétation conforme par le juge ordinaire ; quant à la répartition des tâches entre juge *a quo* et juge constitutionnel dans le contrôle incident de constitutionnalité ; quant à l'incidence de cette répartition sur le modèle même de justice constitutionnelle. Par ailleurs, les membres italiens et espagnol de l'équipe ont souhaité présenter des contributions portant uniquement sur leur expérience nationale.

Au cours des échanges sur les orientations du rapport final, peu après le séminaire d'étape, il est apparu difficile d'intégrer les données des études régionales sur la QPC dans ce rapport. Deux raisons principales l'expliquent. D'une part, ces études étaient lacunaires, compte tenu de la difficulté d'obtenir les dossiers QPC de certaines juridictions. C'est en particulier le cas pour les juridictions relevant des Cours d'appel. Ces juridictions sont nombreuses et leurs décisions ne sont pas centralisées par les Cours d'appel. Ces lacunes rendaient les études statistiquement peu fiables, difficulté relevée au cours de notre séminaire d'étape aussi bien en ce qui concerne la région PACA que la région Aquitaine. D'autre part, l'articulation de ces données avec la dimension comparative de la recherche était malaisée. En Espagne comme en Italie, le renvoi à la Cour constitutionnelle peut être le fait de n'importe quel juge, indépendamment de son rang hiérarchique. Il s'ensuit que la principale interrogation en France sur le premier filtre, qui est de savoir s'il se différencie réellement de celui des Cours suprêmes, y est tout simplement sans objet. En outre, les décisions de renvoi, qui prennent la forme dans les deux pays d'ordonnances, sont accessibles, souvent citées dans les décisions mêmes de la Cour constitutionnelle ; elles ne suscitent donc guère la curiosité doctrinale, qui se porte plutôt sur les exigences que la Cour constitutionnelle impose, à travers son contrôle de recevabilité desdites ordonnances, au juge de renvoi. C'est donc cette dimension pertinente de la comparaison qu'il a été décidé de mettre en avant. En revanche, dans un souci de cohérence du rapport final, mais aussi de complémentarité avec les autres recherches menées avec le soutien de la Mission, il a été décidé de mettre de côté les études régionales et de privilégier la dimension comparative de notre recherche, qui en constituait dès le départ la véritable spécificité et le véritable fondement. C'est pour cette raison que les séminaires de travail avec les acteurs locaux de la QPC, prévus dans le calendrier initial à mois + 16, n'ont pas été organisés, les crédits afférents n'étant donc pas consommés.

⁴⁴ V. *infra*, la contribution de T. di Manno, « L'impossibilité d'une interprétation conforme à la Constitution, condition de recevabilité de la question incidente de constitutionnalité en Italie » (partie 1).

Le présent rapport comporte en définitive une partie préliminaire suivie de trois autres parties. En effet, il a paru utile de présenter à l'attention du lecteur français, dans une partie préliminaire, les principales caractéristiques des mécanismes italien et espagnol de questions de constitutionnalité que sont les conditions de recevabilité de la question et les effets de la décision rendue par le juge constitutionnel. A cet exposé a été adjointe l'analyse résultant de la veille opérée sur les décisions QPC, de renvoi et de refus de renvoi, du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation.

La première partie porte pour sa part sur le filtrage de la question de constitutionnalité, lequel devait être envisagé dans une perspective dynamique, autour des relations qu'il conduit à nouer entre le juge *a quo* et le juge *ad quem*. On observe ainsi que le mécanisme du renvoi par le juge ordinaire aboutit à une certaine « diffusion » du contrôle de constitutionnalité dans tous les pays où il existe. Si la Cour constitutionnelle conserve le monopole d'abrogation ou d'annulation de la loi - parfois uniquement de la loi postérieure à l'entrée en vigueur de la Constitution - , il est impossible en revanche de considérer qu'elle possède encore l'exclusivité du contrôle de constitutionnalité de la loi. Comment dès lors caractériser le rôle respectif des différents juges parties prenantes à la procédure ? Jusqu'où peut aller la participation du juge ordinaire à la garantie du respect de la Constitution par le législateur ? Telles sont, en filigrane, les interrogations communes aux différentes contributions de la première partie.

Les thèmes des méthodes du jugement de constitutionnalité *a posteriori* et des effets des décisions ainsi rendues ont ensuite été regroupés dans la deuxième partie. Ils interrogent en effet identiquement le degré de « concrétisation » du contrôle de constitutionnalité. Malgré l'introduction de la QPC, la France se singularise encore par un haut degré d'abstraction de son contentieux constitutionnel. Les contributions de cette partie ouvrent la voie à une meilleure appréhension des différentes façons dont le contrôle *a posteriori* peut acquérir un caractère concret, tant dans son exercice même que dans ses incidences. La question des suites d'une décision censurant une disposition de loi ayant produit des effets de droit pendant parfois de longues années se révèle être une des plus délicates à résoudre. Elle a justifié une approche comparative de la modulation des effets dans le temps de telles décisions dans les trois pays étudiés, de même plus généralement qu'une étude de leurs effets vis-à-vis du juge ordinaire et du législateur portant sur la France et l'Italie. Le suivi systématique auquel s'est employée Marthe Fatin-Rouge Stéfanini a conduit à compléter ces contributions d'une étude de quelques suites de décisions QPC du Conseil constitutionnel qui montre la grande hétérogénéité des effets qui leur sont attachés.

La QPC, enfin, n'est pas arrivée en territoire vierge. Elle complète certes le contrôle *a priori* exercé depuis 1959 sur les lois déferées par certaines autorités politiques. Elle devait surtout s'articuler avec le contrôle de conventionnalité par rapport auquel le législateur organique l'a fait bénéficier d'une priorité dont elle tire son nom. La place qu'avait acquise, lors de son entrée en vigueur, le contrôle de conventionnalité de la loi exercé par les juges ordinaires constituait une singularité française. Cette singularité tend toutefois à s'estomper, comme le montre à sa façon l'Italie qui est en train de « découvrir » la CEDH désormais invocable devant la Cour constitutionnelle. L'analyse de cette articulation des contrôles nationaux avec le droit de la CEDH et celui de l'Union européenne, décisive dans les trois

pays étudiés, est conduite dans une troisième partie, laquelle est complétée d'un bilan sur l'évolution des questions de constitutionnalité italienne et espagnole : l'occasion d'observer les tendances à long terme et de s'interroger sur la façon, pour la QPC française, de transformer l'essai en succès durable.

— Partie introductive —

**La question de constitutionnalité en Italie,
en Espagne et en France.**

Présentation des mécanismes nationaux

CHAPITRE 1 – LES CRITERES DU FILTRE

SECTION 1 — LES CONDITIONS DE RECEVABILITE DE LA QUESTION D'INCONSTITUTIONNALITE EN ESPAGNE ⁴⁵

Pierre Bon

*Professeur à l'Université de Pau et des pays de l'Adour
Co-directeur de l'IE2IA*

Il y a à la fois des conditions de fond et des conditions de procédure.

I / Les conditions de fond

Du point de vue du fond, la question d'inconstitutionnalité ne peut être posée que si sont cumulativement remplies deux conditions qui lui sont propres (et auxquelles il convient d'ajouter évidemment les conditions communes à toutes les procédures de déclaration d'inconstitutionnalité, c'est-à-dire tant à la question d'inconstitutionnalité – procédure de contrôle concret des normes sur saisine du juge ordinaire – qu'au recours d'inconstitutionnalité – procédure de contrôle abstrait des normes sur saisine d'autorités principalement politiques).

- En premier lieu, il faut qu'elle vise une norme applicable au procès et de la validité de laquelle dépend l'issue de ce dernier. Il y a là deux exigences qui sont en étroite relation, ne serait-ce que parce qu'elles empêchent le juge ordinaire de s'interroger en termes abstraits sur la constitutionnalité d'une norme ayant force de loi, habilité qu'il n'est qu'à s'interroger à l'occasion d'un cas concret (arrêt 166/2007 du 4 juillet 2007). Toutefois, ces deux exigences n'en demeurent pas moins distinctes.

La première, que l'on trouve également dans le mécanisme français de la QPC, est une condition nécessaire qui doit être remplie pour que la seconde exigence soit satisfaite mais elle n'en est pas une condition suffisante : tel est par exemple le cas si, une fois reconnu qu'une norme n'est pas valide, il n'en découle pas qu'il convient de satisfaire la prétention du requérant compte tenu de la possibilité d'invoquer à sa place (grâce à une substitution de base légale) une autre norme qui, elle, est valide (arrêt 17/1981 du 1^{er} juin 1981).

La seconde, fréquemment qualifiée d'exigence de *relevancia* (un terme qui existe en espagnol, en portugais, en italien ou en anglais mais pas à proprement parler en français) et

⁴⁵ D'un point de vue terminologique, c'est l'expression « question d'inconstitutionnalité » qui est utilisée en Espagne de préférence à celle de « question de constitutionnalité ». Certes, la loi organique 6/2007 du 24 mai 2007 modifiant la loi organique 2/1979 du 3 octobre 1979 relative au Tribunal constitutionnel (LOTC) a utilisé cette dernière expression dans les articles qu'elle modifiait mais elle n'a pas procédé à un toilettage général de la LOTC qui continue à employer fréquemment l'expression « question d'inconstitutionnalité », expression privilégiée par la doctrine.

que l'on ne trouve plus dans le mécanisme de la QPC tel qu'il a été finalement dessiné, implique, pour citer des expressions utilisées par le Tribunal constitutionnel, une dépendance absolue, un lien de subordination, une relation directe et logique ou encore une interrelation nécessaire entre la validité de la norme et l'issue du procès. Elle fait de la question d'inconstitutionnalité espagnole une authentique question préjudicielle tandis que la QPC à la française, qui n'a pas à satisfaire à une telle exigence, n'est qu'une question préjudicielle imparfaite.

Dans son ordonnance de renvoi, le juge doit, en application de l'article 35-2 de la loi organique relative au Tribunal constitutionnel (LOTC), démontrer que ces exigences sont satisfaites. Il ne suffit pas qu'il affirme qu'elles le sont.

Toutefois, le contrôle qu'exerce le Tribunal constitutionnel sur ce point est exceptionnel. Il considère en effet que, en principe, la question de l'application de la norme au procès et le lien entre sa validité et l'issue de ce dernier relèvent de la seule appréciation du juge ordinaire de telle sorte que, normalement, il se borne à un contrôle formel : il vérifie que l'ordonnance de renvoi contient bien une démonstration sur ce point mais il n'en apprécie pas la pertinence. Il n'en va différemment que dans les cas, au demeurant exceptionnels, où le juge ordinaire s'est livré à une appréciation manifestement déraisonnable : par exemple, lorsqu'il est évident que la norme ayant force de loi n'est pas applicable au procès (arrêt 133/2004 du 22 juillet 2004), par exemple encore lorsque l'argumentation sur le lien entre la validité de la norme et l'issue du procès manque notablement de consistance (arrêt 141/2008 du 30 octobre 2008).

- En second lieu, il faut que le juge auteur de la question doute de la constitutionnalité de la norme. L'article 163 de la Constitution permettant au juge ordinaire de saisir le Tribunal constitutionnel lorsqu'il considère qu'une norme ayant force de loi « pourrait être contraire à la Constitution » et cette formule ayant été reprise littéralement par l'article 35-1 de la LOTC, le juge ordinaire n'a pas à être convaincu que la norme est inconstitutionnelle. Il suffit qu'il doute de sa constitutionnalité. Ce doute est son doute personnel. Selon une jurisprudence constante du Tribunal constitutionnel, il ne peut pas se limiter à reprendre à son compte les argumentations des parties ou du ministère public sans argumentation propre. Il ne peut pas non plus affirmer dans son ordonnance de renvoi qu'il doute sans exposer les raisons qui le conduisent à ce faire. Il doit développer son argumentation, une argumentation à laquelle le Tribunal constitutionnel répondra dans sa décision. Cette argumentation n'a pas à évoquer de façon exhaustive toutes les raisons qui le conduisent à douter de la constitutionnalité de la norme mais elle doit être quand même suffisamment développée, évoquant les arguments qui sont rationnellement suffisants pour que son doute de constitutionnalité puisse être considéré comme pertinent (voir par exemple l'arrêt 224/2006 du 6 juillet 2006).

Dans ces conditions, on peut trouver que la rédaction de l'article 35-2 de la LOTC n'est pas satisfaisante. Comme on l'a déjà indiqué, cet article impose au juge ordinaire de démontrer dans son ordonnance de renvoi que la norme contestée est applicable au procès et que de sa validité dépend l'issue de ce dernier. Il lui impose également de préciser la norme dont l'inconstitutionnalité est suspectée de même que la disposition constitutionnelle qui est supposée être violée. Mais, il ne lui impose pas *expressis verbis* d'argumenter sur sa possible inconstitutionnalité, c'est-à-dire de développer son doute de constitutionnalité. Or, la jurisprudence constitutionnelle exige qu'il le fasse sous peine de rejet de la question (voir l'arrêt précité 224/2006 du 6 juillet 2006). Dès lors, l'article 35-2 de la LOTC aurait dû le préciser explicitement d'autant plus qu'il a été réécrit en 2007.

Quoiqu'il en soit, il est très rare que les juges ordinaires soient muets ou peu disert sur leur doute de constitutionnalité. Le plus souvent, ils l'exposent avec force détails, suscitant ainsi un dialogue fructueux entre le juge ordinaire et le juge constitutionnel. Cela tranche avec le laconisme dont fait preuve en France le Conseil d'État ou la Cour de cassation lorsqu'il décide de saisir le Conseil constitutionnel au motif que la question d'inconstitutionnalité est sérieuse. Il n'argumente pas sur le caractère sérieux de la question, peut-être de peur de couper l'herbe sous les pieds du Conseil constitutionnel. On peut le regretter. En dépit de l'excellence de son secrétariat général, le Conseil constitutionnel n'est pas à ce point bien armé sur le terrain de la compétence juridique qu'il puisse se passer d'une première analyse de la pertinence de la question d'inconstitutionnalité telle qu'elle serait menée dans ses grandes lignes par l'arrêt de renvoi (même s'il est vraisemblable que le Conseil constitutionnel a connaissance des conclusions ou du rapport qui a été présenté devant le Conseil d'État ou la Cour de cassation).

II / Les conditions de procédure

La question ne peut être posée par le juge qu'à l'issue de la procédure et dans le délai qui lui est imparti pour rendre son arrêt.

Avant de prendre sa décision, il doit impérativement entendre les parties et le ministère public afin que ces derniers, dans un délai de dix jours, prennent position sur la pertinence de la question ou sur le fond de cette dernière. Pour le Tribunal constitutionnel, il ne s'agit pas là d'exigences purement formelles mais, au contraire, de la condition *sine qua non* d'un déroulement adéquat du procès constitutionnel permettant aux parties et au ministère public de participer au processus de formation de l'opinion du juge sur la pertinence de poser la question (voir par exemple l'ordonnance 145/1993 du 4 mai 1993), par exemple en confirmant ou au contraire en dissipant ses doutes sur l'inconstitutionnalité présumée de la disposition en cause.

Une fois les parties et le ministère public entendus, le juge a trois jours pour rendre sa décision qui prend la forme d'une ordonnance. Cette ordonnance est insusceptible de recours de quelque nature qu'il soit.

S'il décide de ne pas poser la question, le problème pourra être de nouveau abordé lors des instances ultérieures et tant que le procès ne se sera pas conclu par une sentence définitive.

S'il décide de poser la question, cela suspend évidemment le procès en cours devant lui dans l'attente de la décision du juge constitutionnel. En revanche et comme le précise expressément l'article 163 de la Constitution, cela ne suspend pas la norme suspectée d'inconstitutionnalité. Il en résulte que, si un autre juge, dans un autre procès, a à appliquer la même norme, il est tenu de le faire sauf s'il a lui-même des doutes sur sa constitutionnalité, auquel cas il peut saisir à son tour le Tribunal constitutionnel, ce qui a pour effet de suspendre le procès pendant devant lui. Dans ces conditions, il arrive qu'une même norme fasse l'objet de questions d'inconstitutionnalité successives. Si elles arrivent dans un laps de temps très proche, elles peuvent évidemment être jointes pour connexité. En revanche, si tel n'est pas le cas, la jonction pour connexité est inopportune car elle a pour conséquence de retarder l'examen de la première question. Aussi, depuis une ordonnance 489/85 du 11 juillet 1985, le Tribunal constitutionnel décide tout simplement de suspendre le processus d'examen de la nouvelle question jusqu'à ce qu'il ait statué sur la question antérieure ou sur les questions antérieures qui avaient fait l'objet d'une jonction.

SECTION 2 — LES CONDITIONS DE LA *RILEVANZA* ET DE LA *NON MANIFESTA INFONDATEZZA* DE LA QUESTION INCIDENTE DE CONSTITUTIONNALITE EN ITALIE

Jean-Jacques Pardini

*Professeur à l'Université du Sud Toulon Var,
Directeur adjoint du CDPC – Jean-Claude Escarras*

La logique du contrôle incident de constitutionnalité, tel qu'organisé en Italie, se fonde, notamment, sur des conditions de recevabilité classiques, mais d'appréhension néanmoins délicate. Lorsque, en effet, le juge *a quo* italien souhaite saisir la Cour constitutionnelle d'une question de constitutionnalité, il doit préalablement s'assurer que la question posée – soit par une partie au procès principal, soit par lui-même *ex officio* – satisfait à deux conditions cumulatives de recevabilité : sa *rilevanza* pour la résolution du litige porté devant lui et sa *non manifesta infondatezza*.

I / La condition de *rilevanza*

La condition de *rilevanza* (littéralement, le caractère déterminant de la question pour la résolution du litige) trouve son origine dans l'alinéa 2 de l'article 23 de la loi n° 87 du 11 mars 1953 relative aux dispositions sur la Constitution et sur le fonctionnement de la Cour constitutionnelle⁴⁶. Cet article précise qu'il est nécessaire, pour que le juge *a quo* saisisse la Cour constitutionnelle, que le litige porté devant le juge ordinaire ne puisse être tranché « *indépendamment de la résolution de la question de constitutionnalité* ». S'agissant du « concept » de *rilevanza*, la doctrine italienne considère qu'il est la « conséquence du caractère nécessairement concret de la question de constitutionnalité et qu'il dérive implicitement du fait que cette question doit être posée de façon incidente et, par conséquent, pouvoir être utile à la résolution du litige »⁴⁷. Ainsi entendu, « il en résulte qu'on peut définir comme "*rilevante*" une question ayant pour objet des dispositions ou des normes dont il [le juge *a quo*] aura nécessairement à faire application dans l'action principale, "soit qu'elles touchent au fond de celle-ci, soit qu'elles concernent la compétence du juge, les droits et devoirs des parties, les formes de la procédure, l'acquisition des preuves etc »⁴⁸.

On voit donc la nécessité d'un lien direct identifiable entre la question de constitutionnalité posée et l'instance portée devant la juridiction de renvoi. C'est dire que des questions abstraites, détachées du cas concret, ne peuvent prospérer en tant qu'elles ne répondent pas à la logique du caractère nécessairement préjudiciel de la question. C'est ce qu'énonce clairement la Cour constitutionnelle italienne dans sa décision n° 53 de 1982 lorsqu'elle considère que « (...) *le caractère préjudiciel nécessaire de la question de constitutionnalité au regard de la décision issue du procès a quo doit être compris en considérant qu'une telle décision est l'aboutissement d'un itinéraire logique dont chacune des étapes peut donner lieu à un incident de constitutionnalité, lorsque le juge met en doute la*

⁴⁶ Gazz. Uff. 14 mars 1953, n° 62.

⁴⁷ Gustavo Zagrebelsky, *Manuale di diritto pubblico*, sous la dir. de G. Amato et A. Barbera, Bologne, Il Mulino, 1984, p. 774.

⁴⁸ J.-Claude Escarras, « *Éléments de référence* », *Les Cahiers du CDPC*, vol. n° 1, 1987, p. 42.

constitutionnalité des dispositions normatives que, à tel ou tel moment, il est amené à appliquer pour la poursuite ou la résolution du jugement »⁴⁹.

II / La condition de non manifesta infondatezza

La condition tenant à la *non manifesta infondatezza* de la question renvoie, quant à elle, au caractère « sérieux » qu'une telle question doit présenter. Cette condition est exprimée, même, à l'article 23 alinéa 2 de la loi n° 87 de 1953 précitée. L'on observera, au passage, les circonvolutions langagières utilisées chez nos amis Italiens, la double négation de la formule – le caractère non manifestement infondé – étant quelque peu alambiqué.

Quoi qu'il en soit, l'objectif est clair : il s'agit d'éviter que le juge constitutionnel soit envahi par des questions de constitutionnalité qui n'en seraient pas, soit parce qu'elles seraient posées dans un but dilatoire, soit parce que leur caractère fantaisiste ou fallacieux ne ferait pas de doute⁵⁰. En ce sens, le rôle de « portier »⁵¹ du juge *a quo* est essentiel en ce que son appréciation plus ou moins restrictive du caractère non manifestement infondé de la question détermine l'accès au prétoire du juge constitutionnel. On comprend aussi que la condition ici exprimée laisse place à des zones grises aux nuances variées si l'on considère les gradations concevables entre une question sérieuse ou certainement fondée et une question totalement dépourvue de sérieux ou manifestement infondée. La raison appelle donc à un juste équilibre laissant place à un « filtre léger »⁵² que le système italien a fait sien après, néanmoins, des débuts difficiles du fait des réticences initiales des juridictions suprêmes⁵³. En sorte qu'il est établi, aujourd'hui, qu'il n'est pas nécessaire que la question apparaisse certainement fondée pour que le juge *a quo* la renvoie à la Cour constitutionnelle. Un doute raisonnable sur la constitutionnalité de la loi, une « connaissance sommaire »⁵⁴, suffit à atteindre l'équilibre plus haut évoqué⁵⁵.

⁴⁹ Cour const., *sent.* n° 53 du 12 février 1982, *Giur. cost.*, 1982, p. 564 et s (cons. en droit n° 2).

⁵⁰ Selon Alessandro Pizzorusso, « l'appréciation du caractère non manifestement infondé par le juge *a quo* consiste en la vérification de l'existence du *fumus boni juris* de la question afin d'éviter que l'incident de constitutionnalité soit instrumentalisé pour obtenir la suspension du procès sans motif valable et afin, également, d'empêcher que la Cour constitutionnelle soit contrainte à se prononcer sur des questions manifestement inconsistantes », in *Commentario della Costituzione, articolo 137*, a cura di G. Branca, Bologna, Zanichelli, Rome, Soc. Ed. Del Foro italiano, 1981, p. 259.

⁵¹ Selon l'expression de Piero Calamandrei, in « Corte costituzionale e autorità giudiziari », *Riv. Dir. proc.* 1956, p. 8.

⁵² Selon l'expression d'Augusto Cerri, *Corso di giustizia costituzionale*, Milan, Giuffrè, 4^{ème} éd., 2004, p. 180.

⁵³ Voir, sur ce point, Augusto Cerri, *ibid.*, p. 269.

⁵⁴ Selon l'expression d'Alessandro Pizzorusso, in « Commentario.. », *op. cit.* p. 259. On notera la similitude de la formule retenue dans l'exposé des motifs du projet de loi organique mettant en œuvre l'article 61-1 de la Constitution française qui indique, s'agissant de la condition relative au caractère sérieux de la question, que la juridiction « procédera à un examen sommaire ».

⁵⁵ Là encore, J.-Claude Escarras a parfaitement résumé la dialectique en cause en écrivant « aller au-delà lui [le juge *a quo*] est interdit puisque, dans un système concentré semblable à celui qui fonctionne en Italie, la Cour seule peut se prononcer sur le caractère, fondé ou non, d'un incident de constitutionnalité ; rester en deçà ferait peser sur lui la responsabilité d'un trop grand encombrement du rôle du juge constitutionnel par des questions dilatoires, fallacieuses ou, tout simplement fantaisistes, ou celle, pour reprendre l'expression du Président Favoreu, d'une "banalisation" de la justice constitutionnelle provoquée par la microconstitutionnalité des questions adressées à la Cour », in « Eléments de référence », *op. cit.*, p. 44.

SECTION 3 – L'EXERCICE DU FILTRE PAR LE CONSEIL D'ETAT

Marthe Fatin-Rouge Stéfanini

*Directrice de recherches au CNRS,
Directrice adjointe de l'Institut Louis Favoreu-GERJC*

Ce travail vise à dresser un bilan synthétique du fonctionnement du filtre exercé par le Conseil d'État entre la date de l'entrée en vigueur de la réforme, le 1^{er} mars 2010, et le 31 décembre 2012. L'étude porte sur certains éléments du filtre en particulier : la condition de l'applicabilité au litige, la question nouvelle, l'appréciation du caractère sérieux de la question posée.

Au 1^{er} mars 2013 (soit deux mois au-delà du champ de notre étude), dans le bilan dressé par le Conseil constitutionnel sur son site, il apparaît que sur les 1520 dossiers adressés par le Conseil d'État et la Cour de cassation au Conseil constitutionnel, 549 proviennent du Conseil d'État, soit 36,1 % des dossiers reçus par le Conseil constitutionnel. Parmi ces 549 dossiers figurent 137 décisions de renvoi (25 %) et 412 décisions de non renvoi (75 %) contre 177 décisions de renvoi et 791 décisions de non-renvoi en provenance de la Cour de cassation. Il en résulte donc qu'une demande de QPC sur quatre, qui satisfait aux conditions de recevabilité, ne fait pas l'objet d'un renvoi devant le Conseil constitutionnel. Notons également que sur les 68 décisions de censure rendues par le Conseil constitutionnel dans la période de notre étude (Mars 2010-Décembre 2012), trente-trois, c'est-à-dire à peu près la moitié, ont pour origine un renvoi du Conseil d'État (certaines décisions ont cependant à la fois fait l'objet d'un renvoi du Conseil d'État et d'un renvoi de la Cour de cassation, ce qui est le cas par exemple de la décision 135/140 QPC du 9 juin 2011, *Hospitalisation d'office*).

Les décisions de renvoi provenant du Conseil d'État se répartissent de la manière suivante sur les trois années étudiées : 2010 : 54 ; 2011 : 42 ; 2012 au 1^{er} mars 2013 : 41.

Jean-Marc Sauvé et Bernard Stirn notent un infléchissement du nombre de QPC posées. La diminution du nombre de renvoi depuis le second semestre 2012, ne peut être recherchée dans un durcissement du filtrage exercé par la juridiction administrative suprême. Si un resserrement du filtrage a bien eu lieu, en ce qui concerne en particulier l'appréciation de la question sérieuse, il s'est opéré dès septembre 2010⁵⁶.

Jean-Marc Sauvé et Bernard Stirn relèvent également que deux tiers des QPC posées le sont directement devant le Conseil d'État, ce qui est un point important à souligner eu égard au fait que la question de l'opportunité d'un double filtre a été soulevée. La diminution du nombre de QPC est due sans doute à une conjugaison de facteurs : entre autres, un essoufflement de l'effet de nouveauté de cette voie de recours, l'appropriation par les juges du filtre de la jurisprudence du Conseil constitutionnel pour éviter le renvoi, une désillusion des justiciables et de leurs avocats quant à l'efficacité de ce nouveau mécanisme au regard non

⁵⁶ C. Maugüé et J.-H. Stahl, *La question prioritaire de constitutionnalité*, Dalloz, 2^e éd., 2013, p. 68.

seulement de la réserve dont le Conseil constitutionnel fait preuve sur le fond mais également du nombre de décisions d'inconstitutionnalité dépourvues d'effet utile pour les requérants ⁵⁷.

Le contentieux de la constitutionnalité n'a jamais été étranger aux juridictions administratives ⁵⁸. En effet, le Conseil d'État est juge de la constitutionnalité des actes administratifs et dispose également du pouvoir de contrôler les lois de pays de Polynésie française considérées comme étant des actes administratifs ⁵⁹. Le juge constitutionnel est donc rôdé au contrôle de constitutionnalité et a développé, dans ce cadre, des techniques de contrôle et une interprétation des normes constitutionnelles, qui bien qu'étant autonomes sont souvent très proches de celles développées par le Conseil constitutionnel. Avec l'entrée en vigueur de la QPC, la difficulté rencontrée par le juge administratif, et le Conseil d'État en particulier, dans l'exercice de la compétence de juge du filtre est donc de ne pas empiéter sur l'office du Conseil constitutionnel. Le Conseil d'État doit donc se freiner pour ne pas exercer une compétence qu'il a la capacité de pratiquer même s'il n'en a pas l'habilitation constitutionnelle. Le Conseil d'État doit donc trouver le juste milieu entre ce qu'il convient de renvoyer au Conseil constitutionnel et ce qu'il convient de ne pas lui renvoyer ; entre un filtre trop souple, et peu utile, et une filtre trop strict peu favorable à l'unification des interprétations de la Constitution par le Conseil constitutionnel. En effet, l'exercice du filtre, qui ne doit être « ni (un) verrou, ni (une) passoire » ⁶⁰, confère un pouvoir important aux juridictions suprêmes en ce sens qu'elles sont en mesure d'apprécier souverainement les conditions de renvoi, les décisions de non renvoi ne pouvant faire l'objet d'un recours juridictionnel ni d'un examen par le Conseil constitutionnel. Or, si des conditions de renvoi sont énumérées, le degré de filtrage exercé n'est pas précisé par les textes relatifs à la question prioritaire de constitutionnalité. Il n'est pas indiqué dans quelle mesure la juridiction saisie d'une QPC peut elle-même procéder à un examen de la conformité de la disposition litigieuse à la Constitution pour éviter un renvoi qu'elle estime voué à l'échec.

L'étude réalisée sur le filtre exercé par le Conseil d'État abordera indistinctement le rôle du Conseil d'État en qualité de premier ou de second filtre. Dans les deux cas, les critères de renvoi qu'il aura à examiner sont identiques. Le Conseil d'État peut également être saisi d'une décision de non transmission rendue par une juridiction inférieure, il examinera à son tour si les conditions de recevabilité ont été correctement interprétées et appliquées par la juridiction du fond.

La compétence du Conseil d'État en matière de QPC s'inscrit dans le cadre déterminé à la fois par l'article 61-1 de la Constitution et par la loi organique modifiant l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel. L'article 61-1 de la Constitution dispose : « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il

⁵⁷ Voir l'étude sur les suites des déclarations d'inconstitutionnalité des décisions du Conseil constitutionnel ci-après.

⁵⁸ Voir notamment L. Favoreu, Th. Renoux, *Le contentieux constitutionnel des actes administratifs*, Sirey, 1992, 206 p. ; B. Genevois, « La Constitution et le juge administratif », in B. Mathieu (dir.), 1958-2008, *Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, 2008, p. 355 ; B. Mathieu et M. Verpeaux (dir.), *L'examen de la constitutionnalité de la loi par le Conseil d'Etat*, Dalloz, 2011, 137 p. ; B. Stirn, « Constitution et droit administratif », *Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 37-2012, pp. 7-19.

⁵⁹ Voir les articles 176 et 177 de la loi organique du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française.

⁶⁰ J.-M. Sauvé et B. Stirn, « Bilan de la question prioritaire de constitutionnalité », *précité*, p. 5.

est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé ». Il en découle que la QPC doit être soulevée à l'occasion d'une instance, qu'elle doit porter sur une disposition de nature législative et qu'il soit fait grief que cette disposition législative porte atteinte aux droits et libertés fondamentaux que la Constitution garantit.

Les conditions d'exercice de la QPC ont été précisées par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009. L'examen de la recevabilité va tenir tout d'abord à une condition de forme : le mémoire soulevant la QPC doit être distinct et motivé.

Ensuite, qu'ils soient saisis directement d'une demande de QPC ou qu'ils interviennent après transmission d'une QPC par une juridiction inférieure, Cour de cassation et Conseil d'État doivent procéder à l'examen de trois conditions cumulatives de renvoi :

- la disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ;
- elle ne doit pas avoir déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs ou le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement de circonstances ;
- la question doit être nouvelle ou présenter un caractère sérieux ;

La question de savoir si les griefs invoqués sont bien relatifs à une atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit sont examinés dans le cadre des conditions de renvoi ; la loi organique vient ainsi préciser la Constitution et les conditions générales prévues par la Constitution ne font pas l'objet d'un examen de recevabilité distinct de celui des conditions de renvoi.

Depuis l'adoption de l'article 61-1 de la Constitution, et que ce soit lors de l'élaboration de la loi organique ou dans la mise œuvre de la procédure de QPC, a été soulignée l'attitude de coopération du Conseil d'Etat. Cela s'est manifesté en amont et dès le départ, par l'admission du caractère prioritaire de la QPC par rapport au contrôle de conventionnalité⁶¹ ; cela s'est également manifesté en aval par l'attention portée par le Conseil d'État aux effets des déclarations d'inconstitutionnalité tels que définis par le Conseil constitutionnel dans le cadre des décisions QPC⁶². Le Conseil d'État s'aligne ainsi autant que faire se peut sur le Conseil constitutionnel⁶³. Il est présenté comme le « bon élève » pour sa contribution disciplinée à la réussite de la QPC, par comparaison avec la Cour de cassation⁶⁴. Ainsi

⁶¹ CE 14 mai 2010, *Rujovic*, req. 312305 (à propos d'une éventuelle contrariété d'une disposition législative au droit de l'Union européenne).

⁶² Voir en particulier, CE, Ass., 13 mai 2011, *M'Rida*, concl. Geaffray. Voir plus largement, X. Domino et A. Bretonneau, « Les suites de la QPC : histoire et géographie du dialogue des juges », *AJDA*, 2011, pp. 1136-1150.

⁶³ Conseil constitutionnel, décision n° 605 DC du 12 mai 2010, *Jeux d'argent et de hasard en ligne*, cons. 14 (pour la première question), et Conseil constitutionnel, 108 QPC et 110 QPC du 25 mars 2011, pour la seconde question (voir études sur ces questions infra).

⁶⁴ Voir notamment P. Yolka, « Question prioritaire de constitutionnalité : le bon, la brute et le truand », *JCP A*, n° 11, 14 mars 2011, act. 190. Cette image est cependant contestée, voir A. Roblot-Troizier, « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'Etat. Vers la mutation du Conseil d'État en un juge constitutionnel de la loi », *RFDA*, 2011, pp. 691-710 ; V. Saint-James, « Les décisions de la Cour de cassation et du Conseil d'État de ne pas transmettre une QPC : la place des cours souveraines en question ? », *RDP*, n° 3-2012, p. 636.

participe-t-il activement au bon fonctionnement de la réforme par une interprétation large de certaines conditions de renvoi susceptible de faire remonter au Conseil constitutionnel les questions qu'il estime nouvelles ou sérieuses. Ainsi en va-t-il de la notion de « disposition législative applicable au litige » (I). Toutefois, cette interprétation large doit tenir compte du cadre tracé par le législateur organique et le Conseil constitutionnel lui-même lorsqu'il a interprété la loi organique mettant en œuvre l'article 61-1 de la Constitution. Aussi ne faut-il pas s'étonner que parmi le critère alternatif de nouveauté ou de sérieux de la question posée, le Conseil d'État utilise de manière restreinte la notion de question nouvelle (II). Quant au critère relatif au caractère sérieux de la demande, il laisse au juge du filtre une ample marge d'appréciation. Les juridictions suprêmes se sont saisies de cette opportunité pour pratiquer ouvertement, et aux côtés du Conseil constitutionnel, un véritable contrôle de constitutionnalité. Cette fonction est pleinement assumée par le Conseil d'État qui la pratique de manière décomplexée (III).

I / Une interprétation large de la notion de disposition législative applicable au litige

La notion de disposition applicable au litige ou à la procédure ou constituant le fondement des poursuites pose deux questions : d'une part, s'agit-il bien d'une disposition législative ?

D'autre part, est-elle applicable au litige ou à la procédure ?

Sur le premier point, la marge d'appréciation de la haute juridiction administrative est faible. Il s'agit de définir ce qui peut être considéré comme législatif et ce qui ne l'est pas, seules les dispositions législatives pouvant faire l'objet d'une demande de QPC. Le Secrétaire général du Conseil constitutionnel, Marc Guillaume, dans son commentaire de la loi organique du 10 décembre 2009, indique que rentrent dans ce champ les ordonnances ratifiées et les lois de pays de Nouvelle-Calédonie. La question de savoir s'il s'agit d'une disposition véritablement législative permet d'écarter en particulier les dispositions constituant des actes réglementaires et qui peuvent faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité directement par la juridiction administrative en l'absence de loi écran. Ainsi en va-t-il de dispositions réglementaires d'un code⁶⁵ ou d'ordonnances non ratifiées⁶⁶ qui avaient été renvoyées au Conseil constitutionnel par la Cour de cassation. Sont également écartées les dispositions législatives non entrées en vigueur donc « insusceptible (s) d'avoir porté atteinte à un droit ou une liberté que la Constitution garantit »⁶⁷. Pour sa part, le Conseil d'État a également écarté les dispositions des lois de programmation qu'il juge dépourvues de portée normative⁶⁸ ainsi que les lois ayant pour seul objet de ratifier un traité international ou qui rappellent l'applicabilité d'une convention⁶⁹. En revanche, ont été incluses les interprétations jurisprudentielles consolidées d'une disposition législative c'est-à-dire les dispositions

⁶⁵ Voir CE, 11 mars 2011, req. 341658 et Conseil constitutionnel, 152 QPC du 22 juillet 2011 sur renvoi de la Cour de cassation.

⁶⁶ Voir CE, 17 octobre 2011, *Société Grande Brasserie Patrie Schutzengerger*, req. 351010 et Conseil constitutionnel, 219 QPC du 10 février 2012 sur renvoi de la Cour de cassation.

⁶⁷ 219 QPC, *précité*, cons. 5.

⁶⁸ CE, 18 juillet 2011, *Fédération nationale des chasseurs*, req. 340512.

⁶⁹ Voir sur ces deux points, CE, 14 mai 2010, *Rujovic*, *précité*.

législatives telles qu'interprétées de manière constante par la juridiction administrative ⁷⁰. Toutefois, alors même que l'interprétation jurisprudentielle en litige provient du Conseil d'État lui-même, cela ne donne pas lieu à un renvoi systématique vers le Conseil constitutionnel ⁷¹. Cette situation pose la question de l'impartialité de la juridiction du filtre qui se trouve à la fois juge (de la recevabilité de la demande de QPC) et partie (en qualité d'auteur de la jurisprudence consolidée).

Le Conseil d'État a également accepté de considérer comme étant des dispositions législatives, des dispositions issues d'un décret mais annexées à une loi de finances ⁷².

Sur le second point, celui de savoir s'il s'agit d'une disposition applicable au litige au sens des articles 23-2 et 23-5 de la loi organique, la marge d'appréciation du Conseil d'État est plus large. Le Conseil d'État a choisi d'en faire une interprétation souple, plus souple que celle opérée par la Cour de cassation ⁷³ dans l'esprit de la loi organique puisqu'il n'est pas exigé que la disposition litigieuse « commande l'issue du litige ou la validité de la procédure » mais qu'elle soit simplement « applicable » au litige.

Le Conseil d'État vérifie si les dispositions sont applicables au litige « au sens et pour l'application de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 » ⁷⁴ selon la formule retenue dans ses arrêts et qualifiée d'« autonome » par le Conseil constitutionnel ⁷⁵. L'interprétation de cette notion d'applicabilité au litige est, en effet, « propre à la procédure QPC » ⁷⁶ donc se distingue d'une appréciation par le juge administratif de l'applicabilité au litige d'une disposition en dehors de ce contentieux. Cela se justifie notamment par la brièveté des délais de renvoi de la QPC devant le Conseil constitutionnel. Dès lors, une disposition jugée applicable au litige au sens et pour l'application de l'article 23-5 de la loi organique pourra par la suite être jugée inapplicable au litige lorsqu'il s'agira pour le juge du fond de reprendre le procès en cours et traiter le cas concret qui lui est soumis ⁷⁷.

Le Conseil d'État accepte, par exemple, de renvoyer au Conseil constitutionnel des dispositions qui bien que non entrées en vigueur au moment des faits ont pu fonder une décision administrative ⁷⁸. Le renvoi peut également concerner des dispositions jugées indissociables de celle qui est à l'origine du litige et dont la constitutionnalité est contestée ⁷⁹.

Deux points méritent une attention particulière. Tout d'abord, le Conseil d'État accepte de renvoyer une disposition en tant qu'elle ne prévoit pas quelque chose, ou en tant qu'elle ne

⁷⁰ CE, 15 juillet 2010, *Compagnie agricole de la Crau*, req. 322419 ayant donné lieu à la 52 QPC du 14 octobre 2010. Le Conseil constitutionnel a précisé par la suite que seules les interprétations jurisprudentielles sur lesquelles les juridictions suprêmes de chaque ordre se sont prononcées peuvent faire l'objet d'une demande de QPC (Conseil constitutionnel, 120 QPC du 8 avril 2011).

⁷¹ CE, 12 septembre 2011, *Epoux Dion*, req. 347444

⁷² CE, 17 octobre 2011, *Consorts Boccara*, req. 351085.

⁷³ Voir site du Conseil constitutionnel, A la Une – octobre 2012.

⁷⁴ CE, 14 avril 2010, *Labane*, req. 336753, concl. A. Courrèges, *AJDA*, 2010, p. 1018.

⁷⁵ Voir A la Une – Octobre 2012, *précité*.

⁷⁶ Voir S.-J. Lieber, D. Botteghi et V. Daumas, « La question prioritaire de constitutionnalité vue du Conseil d'État », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2010, n° 29, p. 107.

⁷⁷ *Id.*

⁷⁸ CE, 18 mai 2010, *Commune de Dunkerque*, req. 306643.

⁷⁹ CE 28 mai 2010, *Balta et Opra*, req. 337840.

s'applique pas à la situation des requérants ⁸⁰. Il s'agit d'un grief d'« inconstitutionnalité en tant que ne pas » selon l'expression d'Anne Courrèges aussi qualifiée d'omission législative inconstitutionnelle ⁸¹. Seule l'omission législative partielle peut faire l'objet d'un renvoi puisqu'il est nécessaire de s'appuyer sur une disposition législative existante pour souligner la lacune du législateur.

Ensuite, la souplesse du critère de l'applicabilité au litige se révèle surtout lorsqu'il accepte de renvoyer une disposition qu'il considère comme « non dénuée de rapport avec les termes du litige » ⁸². L'applicabilité au litige est, dans ces quatre décisions, entendue très largement en permettant de renvoyer au Conseil constitutionnel des questions qu'il était particulièrement opportun de trancher. En effet, dans les quatre cas, il s'agissait de questions sensibles : la compatibilité d'une procédure permettant de refuser le droit d'asile avec l'article 66-1 de la Constitution énonçant que nul ne peut être condamné à la peine de mort (*Daoudi*), l'existence d'un droit fondamental à la protection des langues régionales (*Lang*), la procédure des parrainages en matière d'élections présidentielles (*Le Pen*), la non incrimination de pratiques traditionnelles locales face au principe d'égalité (Comité Anti-Corrída). Xavier Domino et Aurélie Bretonneau soulignent à cet égard que le Conseil d'État passe ainsi « de l'applicabilité à l'opportunité » ⁸³ et estiment que cette interprétation large du critère de l'applicabilité au litige peut « s'avérer pleinement justifiée dans la dynamique juridictionnelle propre au juge du filtre » ⁸⁴.

En revanche, le Conseil d'État considère que le lien avec le litige doit tout de même exister, la QPC ne pouvant être l'occasion de remettre en cause un ensemble de dispositions alors que certaines d'entre elles seulement ont un lien avec le litige ⁸⁵ ou encore ne pouvant saisir l'occasion d'un recours en rectification d'erreur matérielle ou en révision d'une décision du Conseil d'État pour contester la constitutionnalité de deux dispositions législatives dans le litige contre lequel ce type de recours est soulevé ⁸⁶. L'opportunité d'un lien avec le litige trouve ici ses limites comme l'illustre également, dans une affaire relative à la question de la contestation du principe des parrainages à l'élection présidentielle, la mise en cause du I de l'article 3 de la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel à l'occasion de la demande d'abrogation d'une recommandation du CSA rappelant la liste des candidats ⁸⁷.

La recherche de l'applicabilité au litige peut-elle conduire le juge administratif à vérifier l'existence d'un effet utile de la QPC soulevée pour le litige ? Le Conseil d'État a eu l'occasion de procéder à cet examen dans un arrêt du 8 octobre 2012, *Fondation des oeuvres*

⁸⁰ Voir notamment, CE 9 juillet 2010, *Gueranger*, req. 339261, Conseil d'Etat, 6 avril 2011, *Fédération nationale des associations tutélaires*, req. 345838, CE, 19 mars 2012, *Société Cryo-Save France*, req. 348764

⁸¹ Conclusions précitées sur CE, 14 avril 2010, *Labane*.

⁸² CE, 8 octobre 2010, *Daoudi*, req. 338505, CE 21 mars 2011, *Lang et autres*, req. 345193; CE, 2 février 2012, *Mme Le Pen*, req. 355137, CE, 20 juin 2012, *Association Comité Radicalement Anti-Corrída Europe* req. 357798.

⁸³ « QPC : Deux ans, déjà l'âge de raison ? », *AJDA*, 5 mars 2012, p. 427.

⁸⁴ *Id.*, p. 428.

⁸⁵ CE, 9 juillet 2010, req. 339081 dans lequel la constitutionnalité des articles 885 A à 885-Z du Code général des impôts était contestée alors que les instructions faisant l'objet d'un recours en excès de pouvoir à l'occasion duquel la QPC avait été soulevée ne se fondaient que sur trois de ces dispositions.

⁸⁶ CE, 4 octobre 2010, req. 328505.

⁸⁷ CE, 16 février 2012, *Bourson*, req. 356527.

*sociales de l'air*⁸⁸ en vérifiant l'effet utile du renvoi QPC pour le requérant. Il a estimé que cette QPC était soulevée dans la première phase de la procédure de gestion de fait devant la Cour des comptes et que, dans cette phase, il n'y avait pas lieu à application par la Cour des comptes de la disposition litigieuse. Il a donc conclu que cette disposition n'était pas applicable au litige⁸⁹. Il en ressort que le requérant devrait pouvoir soulever la QPC dans la seconde phase de la procédure de gestion de fait dans laquelle la disposition est directement applicable au litige. Toutefois, dans cet arrêt, le Conseil d'État s'est tout de même prononcé sur le caractère sérieux de la question posée pour en confirmer le non renvoi, ce qui devrait avoir un effet dissuasif pour le requérant de soulever ultérieurement cette QPC dans la phase où la disposition contestée serait applicable au litige.

L'appréciation de l'effet utile pour le requérant semble difficilement pouvoir aller plus loin que dans ce cas de figure où la disposition n'est pas applicable au litige. En effet, pourrait-il être concevable que le juge du filtre exige que la solution rendue ait une véritable incidence sur la solution du litige sans remettre en question l'esprit même de la réforme, et en particulier la volonté du législateur organique n'ayant pas souhaité que la disposition contestée « commande l'issue du litige » ? Il semblerait que nous puissions répondre par la négative. Ainsi, le juge administratif a-t-il opéré un renvoi en jugeant que le grief d'inconstitutionnalité opposé à la norme litigieuse présente un caractère sérieux en dépit du fait que dans le cas concret objet du litige cette inconstitutionnalité ne s'est pas révélée. Ainsi, le Conseil d'État a renvoyé au Conseil constitutionnel une QPC à l'encontre de l'article L. 134-2 du code de l'action sociale et des familles déterminant la composition de la Commission centrale d'aide sociale « nonobstant la circonstance, invoquée par le ministre des solidarités et de la cohésion sociale, que cette commission aurait statué sur l'appel formé devant elle par M. A dans une composition qui la mettrait, en l'espèce, à l'abri de toute critique au regard du principe d'impartialité » et bien que le Conseil d'État soit lui-même compétent en tant que juge de cassation pour vérifier le respect des principes d'indépendance et d'impartialité de cette commission⁹⁰.

La souplesse dont fait preuve le Conseil quant à la notion d'applicabilité au litige répond à la volonté des auteurs de la réforme. En ce qui concerne la question nouvelle, cette volonté a pu être précisée par le Conseil constitutionnel à l'occasion en particulier de l'adoption de la loi organique, encadrant en conséquence la capacité d'interprétation de la juridiction du filtre qui de ce fait, l'utilise peu.

⁸⁸ Req. 360838 cité par C. Maugüé et J.-H. Stahl, *La question prioritaire de constitutionnalité, précité*, p. 59.

⁸⁹ « toutefois, la question prioritaire de constitutionnalité est soulevée au cours de la première phase de la procédure de gestion de fait ; qu'alors même que cette procédure est une procédure unique, cette première phase constitue une instance autonome qui se conclut par une décision du juge des comptes visant uniquement à reconnaître l'existence d'obligations constitutives de gestion de fait et à assujettir le comptable de fait aux obligations qui incombent aux comptables publics, notamment l'obligation de rendre un compte ; que ce n'est que dans une phase ultérieure de la procédure, lors du jugement du compte, que la Cour des comptes sera amenée à se prononcer sur l'opportunité de sanctionner le comptable de fait et, éventuellement, à mettre en oeuvre le 4^{ème} alinéa du XI de l'article 60 de la loi du 23 février 1963 ; que, dans ces conditions, les dispositions contestées du 4^{ème} alinéa du XI ne sont pas applicables au litige ».

⁹⁰ CE, 19 mars 2012, *Commission centrale d'aide sociale*, req.352843.

II / Une utilisation restreinte de la notion de question nouvelle

Les questions nouvelles sont peu nombreuses comparées aux questions qualifiées de sérieuses. Elles semblent plus aisément identifiables. Dans la décision n° 595 DC du 3 décembre 2009, le Conseil constitutionnel a tracé le cadre de la notion de question nouvelle en indiquant d'une part, ce qui pouvait conduire les juges du filtre à qualifier une question de nouvelle et d'autre part, ce qui ne pouvait être considéré comme une question nouvelle ⁹¹.

Sur le second aspect, la définition en négatif de la question nouvelle, le Conseil constitutionnel a affirmé qu'une « question prioritaire de constitutionnalité ne peut être nouvelle (...) au seul motif que la disposition législative contestée n'a pas déjà été examinée par le Conseil constitutionnel ». Il a clairement entendu ne pas faire de la question nouvelle le pendant du critère relatif à la non déclaration de conformité, sans quoi toute disposition législative qui n'aurait pas déjà été déclarée conforme par le Conseil constitutionnel aurait pu faire l'objet d'une QPC.

Concernant le premier aspect, la définition en positif de la question nouvelle, le Conseil constitutionnel a indiqué que « 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 ; que, 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 ». Il en découle une double acception de la notion de question nouvelle pour les juges du filtre. La première est assez claire et circonscrite : elle suppose une « appréciation technique » ⁹² de ce critère par les juges du filtre qui seront confrontés à l'invocation pour la première fois d'une disposition constitutionnelle, à une interprétation inédite d'une disposition constitutionnelle, ou encore à l'allégation par les requérants d'un nouveau principe constitutionnel non encore dégagé par le Conseil constitutionnel. La seconde est bien moins claire et peut s'entendre de la façon suivante : peut-être considérée comme question nouvelle toute question sur laquelle les juges du filtre estiment qu'il est important que le Conseil constitutionnel se prononce. Il s'agit là d'une appréhension « subjective et large », selon Jean-Eric Gicquel, de la notion de question nouvelle, relevant plutôt d'une « approche politique » ⁹³. La question peut ne pas nécessairement être qualifiée de sérieuse au sens de la loi organique mais mérite d'être tranchée comme cela a été le cas en ce qui concerne la question du mariage entre personnes de même sexe.

Dans les deux cas, le renvoi au Conseil constitutionnel va renforcer son nouveau rôle d'interprète principal de la Constitution d'où l'enjeu d'une interprétation large de ce critère par les juridictions suprêmes facilitant le renvoi vers le Conseil constitutionnel pour assurer l'unité de l'interprétation de la Constitution. Le Conseil d'État a justement saisi l'importance de ce critère et n'a pas hésité à en faire une interprétation large. Pour l'instant, l'interprétation technique de la définition de la question nouvelle a primé. Ainsi le Conseil d'État a renvoyé au Conseil constitutionnel plusieurs dispositions qui n'avaient jamais donné lieu à application

⁹¹ Cons. 21.

⁹² J.-E. Gicquel, « La question nouvelle, condition de renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel », *Les Petites Affiches*, 8 décembre 2011, n° 244, p. 6.

⁹³ J.-E. Gicquel, *précité*.

par celui-ci tel que l'article 66-1 de la Constitution⁹⁴, l'article 75-1 de la Constitution⁹⁵, le dernier alinéa de l'article 4 de la Constitution inséré par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008⁹⁶. Dans le même ordre d'idée, il a renvoyé au Conseil constitutionnel des questions se référant à une atteinte à des dispositions constitutionnelles sur lesquelles une nouvelle interprétation était invoquée⁹⁷, ce qui peut permettre au juge constitutionnel de préciser la portée d'une disposition constitutionnelle⁹⁸ et donc éventuellement de dégager une nouvelle norme. Le Conseil d'État accepte également de renvoyer de nouveaux principes constitutionnels invoqués par les requérants, comme ce fut le cas du principe « en vertu duquel des corps de fonctionnaires ne pourraient être constitués et maintenus qu'en vue de pourvoir à l'exécution de missions de service public »⁹⁹.

Cependant, jusqu'à quel point le juge du filtre peut-il ouvrir les vannes et laisser passer de nouvelles demandes de consécration de principes constitutionnels non encore dégagés tout en exerçant sa fonction de filtrage ? Cette question s'est particulièrement posée lorsqu'il s'est agi pour les requérants de s'appuyer sur des violations de principes constitutionnels non encore consacrés par le Conseil constitutionnel. Un tel principe constitutionnel peut être dégagé soit de l'interprétation inédite d'une disposition constitutionnelle comme nous l'avons vu ci-dessus, soit de la combinaison de plusieurs dispositions constitutionnelles, soit encore des lois de la République dans la mesure où cela répond aux critères d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République. Le Conseil d'État en particulier s'est penché sur cette question à propos de l'invocation d'un PFRLR qui impliquerait que des règles de prescription soient prévues en matière disciplinaire¹⁰⁰. Pour éviter de renvoyer des demandes de reconnaissance de principes fantaisistes, le Conseil d'État est amené à procéder lui-même, mais de manière implicite, à la vérification de la pertinence de l'existence éventuelle d'un PFRLR selon les critères établis par le Conseil constitutionnel sans toutefois être trop rigoureux dans son examen afin de laisser au Conseil constitutionnel la possibilité de se prononcer. Ainsi a-t-on parlé de questions « sérieusement nouvelles »¹⁰¹. C'est ce juste équilibre que le Conseil d'État va s'efforcer de trouver et qui délimite la fonction du juge du filtre et celle du juge constitutionnel. Or, le Conseil d'État est assez familier du contrôle de constitutionnalité et il lui est arrivé de dégager lui-même des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République¹⁰². De ce fait, il doit pratiquer un *self-restraint* sur sa

⁹⁴ « Nul ne peut être condamné à la peine de mort », CE, 8 octobre 2010, *Daoudi*, précité.

⁹⁵ « Les langues régionales appartiennent au patrimoine de la France ». CE, 21 mars 2011, *Mme C. Lang*, précité.

⁹⁶ CE, 2 février 2012, *Mme Le Pen*, précité.

⁹⁷ CE, 17 décembre 2010, *Le Normand de Bretteville*, req. 343752 (pour l'article 16 de la DDHC de 1789) ; CE, 10 nov. 2010, *Fédération nationale CGT des personnels des organismes sociaux*, req. 340106 ; (al. 8 préambule de la Constitution de 1946 relatif au principe de participation des travailleurs).

⁹⁸ Voir à propos de l'article 7 de la Charte de l'environnement dans sa partie relative au droit à la participation du public: CE, 18 juillet 2011, *Association France Nature Environnement*.

⁹⁹ CE, 23 juillet 2012, *Syndicat de défense des fonctionnaires*, req. 356381. Voir également, CE, 7 novembre 2012, req. 361995 (à propos d'un principe « *non bis in idem* » à propos d'un cumul de poursuites devant des juridictions techniques de contrôle et devant des juridictions disciplinaires. Dans ces deux cas, le Conseil constitutionnel n'a pas confirmé l'existence du principe constitutionnel invoqué : voir 281 QPC du 12 octobre 2012, *Maintien de corps de fonctionnaires dans l'entreprise France Telecom* et 289 QPC du 17 janvier 2013, *Discipline des médecins*.

¹⁰⁰ CE, 21 septembre 2011, *Gourmelon*, req. 350385.

¹⁰¹ X. Domino et A. Bretonneau, précité, p. 430.

¹⁰² CE, ass., 3 juillet 1996, *Koné et bien avant*, CE, ass., 11 juin 1956, *Amicale des Annamites de Paris à propos de la liberté d'association*.

capacité de préjuger de la pertinence du renvoi bien qu'il ait souvent une idée assez précise de ce que pourrait décider le Conseil constitutionnel.

Le second cas de figure des questions nouvelles concerne les questions liées à des contentieux en série ¹⁰³ ou celles pour lesquelles il est opportun que le Conseil constitutionnel soit saisi pour offrir un point de vue constitutionnel sur une question débattue dans l'opinion publique. Le changement de circonstances peut favoriser la reconnaissance d'une question nouvelle même si la disposition a déjà été examinée ¹⁰⁴. Rentre dans cette catégorie les renvois opérés par le Conseil d'État suite à des demandes de QPC effectuées par plusieurs départements fondés sur une atteinte aux articles 72 et 72-2 de la Constitution ¹⁰⁵.

Le caractère nouveau a également été reconnu à la question relative aux parrainages soulevée par Marine Le Pen ¹⁰⁶ portant sur des dispositions qui avaient déjà été déclarées conforme à la Constitution mais à propos desquelles était invoqué un changement de circonstances lié « aux changements ayant affecté la vie politique et l'organisation institutionnelle du pays depuis cette date ». Tant le changement de circonstances que l'application inédite d'une disposition constitutionnelle (article 4 dernier alinéa de la Constitution de 1958) pouvaient permettre de considérer que la question était nouvelle.

S'il n'est pas nécessaire que la question nouvelle soit également une question sérieuse, ces conditions n'étant pas cumulatives ¹⁰⁷, le Conseil d'État en vérifiant la pertinence de la question posée peut être amené à déclarer que la question est à la fois nouvelle et sérieuse ¹⁰⁸. En pratique, peu de questions nouvelles débouchent sur une déclaration de constitutionnalité, ce qui peut expliquer que les questions qualifiées de nouvelles par le Conseil d'État et donnant lieu à renvoi soient moins nombreuses. Il se peut que les requérants et leurs conseils, ainsi que les juridictions elles-mêmes, aient compris que le Conseil constitutionnel se montre peu audacieux d'une manière générale, dans le cadre de la QPC et particulièrement réticent à dégager de nouveaux principes constitutionnels ou encore à admettre un changement de circonstances qui le conduiraient à faire évoluer une jurisprudence.

Les contours de la notion de question nouvelle sont donc assez bien définis dans la jurisprudence du Conseil d'État, il en va différemment de la notion de caractère sérieux.

¹⁰³ Par exemple, les contentieux relatifs aux pensions : CE, 23 avril 2010, *Cachard*, req. 327174 et CE, 2 juin 2010, *Association des pensionnés civils et militaires en Nouvelle-Calédonie*, req. 326444. Voir, J.-E. Gicquel, *précité*, note 35.

¹⁰⁴ CE, 20 avril 2011, *Département Seine Saint-Denis*, req. 346205 et 20 avril 2011, *Département de la Somme*, req. 346460

¹⁰⁵ *id.*

¹⁰⁶ CE, 2 février 2012, *Mme Le Pen*, req. 355137.

¹⁰⁷ « Considérant qu'il résulte des dispositions du même article 23-5 que le caractère nouveau de la question impose au Conseil d'État d'en transmettre l'examen au Conseil constitutionnel ; qu'ainsi les moyens par lesquels il est fait valoir en défense que la question serait par ailleurs dépourvue de sérieux sont sans incidence sur la nécessité du renvoi », CE, 8 octobre 2010, *Daoudi*, *précité*.

¹⁰⁸ CE, 10 nov. 2010, *Fédération nationale CGT des personnels des organismes sociaux*, req. n° 340106 ; CE, 20 avril 2011, *Département Seine Saint-Denis* et 20 avril 2011, *Département de la Somme*, CE, 18 juillet 2011, *Association France Nature Environnement*, *précités*.

III / L'examen du caractère sérieux : une participation assumée au contrôle de constitutionnalité

Dès l'entrée en vigueur de la QPC, le Conseil d'État n'a pas caché que la fonction de filtre qui lui avait été attribuée l'entraînait sur le terrain du contrôle de constitutionnalité, en particulier à travers l'examen du caractère sérieux de la demande. Ainsi, Yann Aguila affirmait-il « l'office du Conseil d'Etat, lorsqu'il apprécie le caractère sérieux de la QPC, n'est pas sans rappeler sa situation lorsqu'il doit apprécier la nécessité de renvoyer une question de droit communautaire à la Cour de justice de l'Union européenne. Et, de la même manière que le juge national est « le juge communautaire de droit commun » selon la formule de la Cour de justice dans l'arrêt *Simmenthal*, le Conseil d'Etat, comme la Cour de cassation, sont appelés à devenir des “juges constitutionnels de droit commun”. Dans leur rôle de filtrage, ils participent à l'exercice du contrôle de constitutionnalité de la loi »¹⁰⁹.

Le rôle de « juge constitutionnel négatif »¹¹⁰ est donc pleinement assumé et se manifeste lorsque le Conseil d'État va être amené à motiver ses décisions de non-renvoi fondées sur un examen du caractère sérieux de la demande. L'appréciation du caractère sérieux est, en effet, le critère majeur d'appréciation de la nécessité du renvoi par le Conseil d'État en ce sens que c'est à travers ce critère que, comme la Cour de cassation, il dispose de la marge de manœuvre la plus grande.

Après trois années de fonctionnement, le point qui a le plus concentré l'attention de la doctrine est de savoir comment la juridiction suprême apprécie ce caractère sérieux¹¹¹. A travers les études, réalisées par des observateurs extérieurs au Conseil d'Etat, qui ont été faites il s'est toujours agi de déterminer si le juge du filtre vient véritablement concurrencer le contrôle de constitutionnalité des lois exercé par le Conseil constitutionnel, voire de dénoncer cette concurrence. Ainsi, le risque de « captation du contentieux constitutionnel par le Conseil d'État » est-il évoqué¹¹².

Lors de leur audition par la Commission des lois de l'Assemblée nationale, le 21 novembre 2011, Jean-Marc Sauvé et Bernard Stirn rappellent que dans cet exercice le Conseil d'État se livre à un « contrôle de l'évidence »¹¹³, qui le conduira à considérer que la question est sérieuse lorsqu'elle est de nature à faire naître un « doute raisonnable »¹¹⁴.

¹⁰⁹ Yann Aguila, « Le traitement des premières questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'État », in X. Philippe, M. Stéfani (dir.), *Question prioritaire de constitutionnalité : premiers bilans*, Actes du colloque du 26 novembre 2011 organisé par l'institut Louis Favoreu et la Communauté du Pays d'Aix, *Cahiers de l'Institut Louis Favoreu n° 1*, PUAM, 2011, p. 27.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ Pour des études d'ensemble concernant le Conseil d'Etat, voir notamment S. Brameret, « La motivation des décisions d'irrecevabilité des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'État », *Les Petites Affiches*, 5 mai 2011, n° 89, pp. 18-21 ; A. Roblot-Troizier, *précité* ; V. Saint-James, *précité*, pp. 607-637 ; N. Zinamsgvarov, « Les effets secondaires de la question prioritaire de constitutionnalité », *RDP*, n° 6-2011, p. 1613.

¹¹² Voir S. Brameret, *précité*, p. 18.

¹¹³ A. Lallet et X. Domino, « An I ap. QPC », *AJDA*, 2011, p. 386. Voir également, L. Boré, « La question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil d'État et la Cour de cassation », in D. Rousseau (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, Lextenso, 2010, p. 111.

¹¹⁴ J.-M. Sauvé et B. Stirn, *précité*, p. 5.

Dès lors, à partir de quels indices le juge va-t-il apprécier ce doute raisonnable ? L'analyse des arrêts du Conseil d'État ne fait pas état de critères récurrents, sous forme par exemple de considérants de principe, qui permettraient de déterminer comment le Conseil d'État procède à cet examen. Dans le cadre de leur audition, Jean-Marc Sauvé et Bernard Stirn ne décrivent pas non plus une méthode d'appréciation précise du caractère sérieux de la question posée, seuls des exemples sont cités faisant état d'une appréciation allant bien au-delà du caractère « fantaisiste ou simplement dilatoire de la question posée »¹¹⁵. En effet, dès la première année de mise en œuvre de QPC, le juge administratif suprême est allé très loin en faisant de la notion de caractère sérieux une notion « plastique (qui) se prête à des interprétations évolutives, au fur et à mesure à la fois de l'acclimatation et de la banalisation de la procédure devant les juridictions administratives et judiciaires et des réponses apportées par le Conseil constitutionnel aux questions renvoyées »¹¹⁶.

En effet, pour apprécier le caractère sérieux de la question de constitutionnalité posée, le Conseil d'État ne va pas hésiter en particulier à se référer à la jurisprudence du Conseil constitutionnel et même à transposer le raisonnement du Conseil constitutionnel (A), à utiliser les techniques de contrôle du Conseil constitutionnel telles que le contrôle de proportionnalité, l'erreur manifeste d'appréciation, la conciliation des droits et libertés fondamentaux ou encore l'appréciation des objectifs du législateur (B), il va même jusqu'à interpréter la disposition législative de manière à éviter le renvoi (C).

A) La transposition de la jurisprudence du Conseil constitutionnel

Suite à l'adoption de la procédure de QPC, le Secrétaire général du Conseil constitutionnel, Marc Guillaume, plaidait pour de nouveaux équilibres entre juridictions suprêmes et juge constitutionnel quant à l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel¹¹⁷. Ce renouveau supposait une interprétation élargie de l'autorité de chose jugée par le Conseil constitutionnel au-delà de la loi examinée et l'application en particulier des « réserves par ricochet »¹¹⁸. Le Conseil d'État n'est pas resté insensible à ce discours et s'est engagé, dans le cadre de sa fonction de filtre, dans un « raisonnement par analogie »¹¹⁹ allant peut-être parfois plus loin que le rééquilibrage souhaité. En effet, non seulement le Conseil d'État va s'appuyer sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel pour déterminer si la question posée est sérieuse, ce qui implique une recherche du « précédent »¹²⁰, et à cet égard les tables des décisions du Conseil constitutionnel - en ligne sur le site du Conseil constitutionnel - sont d'une grande utilité, mais il ne va pas hésiter à transposer au cas qui lui est soumis le raisonnement suivi par le Conseil constitutionnel à l'occasion du contrôle d'une autre disposition¹²¹. Ainsi, à l'occasion d'une QPC soulevée à l'encontre du 7ème alinéa de l'article L. 4124-6 du code de la santé publique a-t-il relevé que cette disposition n'avait pas déjà fait

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ C. Maugué et J.-H. Stahl, *La question prioritaire de constitutionnalité, précité*, p. 68.

¹¹⁷ « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel : vers de nouveaux équilibres ? », *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 30-2011, pp. 49-75.

¹¹⁸ Voir également M. Guillaume, in B. Mathieu, M. Verpeaux (dir.), *L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2010, pp. 121-131.

¹¹⁹ Voir S.-J. Lieber, D. Botteghi et V. Daumas, « La question prioritaire de constitutionnalité vue du Conseil d'État », *précité*, p. 116.

¹²⁰ Voir, par exemple, CE, 18 juin 2010, *Société Canal +*, req. 338344.

¹²¹ Conseil d'État, 31 mai 2010, *Exbrayat*, req. 338727.

l'objet d'un contrôle de conformité à la Constitution, « que, toutefois, ainsi qu'il a été jugé par le Conseil constitutionnel, les incapacités édictées dans un but déontologique, qui ont pour objet de garantir la moralité des membres qui composent les organes d'un ordre professionnel, dont la mission est notamment de veiller au maintien des principes de moralité dans tous les actes de la profession, ne constituent pas une sanction ayant le caractère d'une punition ; que tel est le cas du 7ème alinéa de l'article L. 4124-6 du code de la santé publique »¹²².

Cette transposition du raisonnement du Conseil constitutionnel est particulièrement utilisée lorsqu'il s'agit d'examiner un grief fondé sur une atteinte au principe d'égalité. Ceci n'a rien de surprenant au regard de la pratique qu'a le Conseil d'État de ce contrôle et de la proximité des critères d'évaluation utilisés par le juge administratif et le juge constitutionnel. Ainsi, va-t-il apprécier une différence de situation susceptible de justifier une différence de traitement¹²³. Il va vérifier en particulier si la différence de traitement se fonde sur des critères objectifs et rationnels en rapport avec la finalité de la loi¹²⁴. Concernant l'allégation d'une rupture d'égalité devant les charges publiques, le Conseil d'État examine s'il est en présence d'une rupture d'égalité caractérisée¹²⁵.

La question des limites de ce « filtre analogique »¹²⁶ se pose. En effet, jusqu'à quel point le Conseil d'État peut-il se substituer au Conseil constitutionnel ? Pour Mattias Guyomar : « la frontière entre un filtrage efficace des QPC par le Conseil d'État et la Cour de cassation et une obstruction déloyale envers le Conseil constitutionnel doit être tracée, non au regard des pouvoirs d'interprétation de la disposition contestée que se reconnaît le juge de la QPC mais en fonction du caractère inédit ou non, dans sa jurisprudence et celle du Conseil constitutionnel, des constructions auxquelles il aboutit »¹²⁷. Il en ressort que le nombre de renvoi peut aisément se tarir au fur et à mesure que le Conseil constitutionnel précise sa jurisprudence et fournit ainsi matière à la juridiction suprême pour raisonner par analogie. Les renvois seraient alors limités aux questions véritablement nouvelles, ou en cas de forte suspicion voire de conviction d'inconstitutionnalité, ou en cas de difficulté pour le Conseil d'État à déterminer si la disposition est, ou non, constitutionnelle malgré l'emploi des techniques habituelles d'interprétation de la loi.

Le Conseil d'État recourt également, dans le cadre de son filtrage, à des techniques de contrôle calquées sur celles utilisées par le Conseil constitutionnel dans le cadre de son contrôle de constitutionnalité des lois.

¹²² CE, 2 mars 2011, req. 339595.

¹²³ CE, 1^{er} juillet 2011, req. 347322 à propos de l'article L. 111-3 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile dont il découle qu'un titre de séjour délivré à un étranger à Mayotte ne lui permet pas de séjourner en France métropolitaine.

¹²⁴ CE, 31 mai 2012, *FEBEA*, req. 358098.

¹²⁵ *idem*

¹²⁶ S.-J. Lieber, D. Botteghi et V. Daumas, « La question prioritaire de constitutionnalité vue du Conseil d'État », *précité*, p. 116.

¹²⁷ Cité par S.-J. Lieber, D. Botteghi et V. Daumas, *précité*, p. 115.

B) L'analogie des techniques de contrôle

L'analogie des techniques de contrôle va de pair avec le raisonnement par analogie s'appuyant sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Par exemple, le Conseil n'hésite pas à vérifier la proportionnalité de l'atteinte portée à une liberté par rapport à d'autres principes, droits ou objectifs de valeur constitutionnelle. Ainsi, dans un arrêt du 8 octobre 2010, *Groupement de fait Brigade Sud de Nice*¹²⁸, il avait à examiner la nécessité de renvoyer au Conseil constitutionnel une demande de QPC soulevée à l'encontre de l'article L 332-18 du code des sports, à l'occasion d'un recours en excès de pouvoir contre la décision du Premier ministre de dissoudre une association en application de cette disposition. Le Conseil d'État a rejeté cette demande de renvoi en constatant notamment : « qu'eu égard aux motifs susceptibles de conduire, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, au prononcé de la dissolution ou de la suspension d'activité de ces associations ou groupements de fait ainsi qu'aux conditions de mise en œuvre de ces mesures, les dispositions de l'article L. 332-18, qui permettent le prononcé de mesures qui présentent le caractère de mesure de police administrative, répondent à la nécessité de sauvegarder l'ordre public, compte tenu de la gravité des troubles qui lui sont portés par les membres de certains groupements et associations de soutien des associations sportives, et ne portent pas d'atteinte excessive au principe de la liberté d'association ».

De la même façon, il va vérifier l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation du législateur alléguée par les requérants¹²⁹.

Il examine également, par exemple, si le droit fondamental invoqué n'a pas été dénaturé¹³⁰.

Parmi ces techniques de contrôle se trouve celle de l'interprétation conforme du texte législatif pratiquée par le Conseil constitutionnel en particulier par le biais des réserves d'interprétation.

C) Le recours à l'interprétation conforme

Comme le raisonnement par analogie et le recours aux précédents, la technique de l'interprétation conforme a été dès la première année utilisée par le Conseil d'État dans le cadre de son examen du caractère sérieux de la question posée¹³¹. L'interprétation porte sur les dispositions législatives à l'encontre desquelles des griefs d'inconstitutionnalité sont soulevés par les requérants ou sur une jurisprudence constante du Conseil d'État interprétant ces dispositions législatives¹³². La technique de l'interprétation conforme est familière du Conseil d'État notamment dans le cadre de l'exercice de sa fonction de juge de droit commun du droit communautaire. L'interprétation conforme peut être l'occasion d'une interprétation

¹²⁸ Req. 340849.

¹²⁹ Par exemple, CE, 22 juin 2012, *Commune d'Evry*, req. 356688 ; CE, 19 septembre 2012, *Confédération Générale du Travail - Force Ouvrière, secteur emploi / formation professionnelle / UNEDIC*, req. 357814.

¹³⁰ CE, 22 juin 2012, *Commune d'Evry*, précité.

¹³¹ Voir S.-J. Lieber, D. Botteghi et V. Daumas, précité, p. 115.

¹³² CE, 14 avril 2010, *Union des familles en Europe*, req. 323830 ; CE, 25 juin 2010, *Mortagne*, req. 326363, rec. 217 ; CE, 16 juillet 2010, *SCI La Saulaie*, req. 334665, rec. 315.

neutralisante¹³³ ou « sur mesure »¹³⁴, voire d'un revirement de jurisprudence de la part de la juridiction administrative. Ainsi, dans une décision du 14 septembre 2011, le Conseil d'État était saisi d'une question mettant en cause la constitutionnalité de deux dispositions du Code rural (art. L. 123-3 et L. 123-4), dans leur version antérieure à la loi du 5 janvier 2006, que le Conseil d'État avait eu l'occasion d'interpréter (CE 23 juin 2004, Michel X.)¹³⁵. Dans cet arrêt de 2004, il avait exclu l'agriculture biologique du mécanisme permettant la réattribution à leurs propriétaires de terrains à utilisation spéciale. Les requérants estimaient que cette interprétation portait atteinte au droit de propriété ainsi qu'aux articles 2 et 6 de la Charte de l'environnement. Le Conseil d'État a lui-même procédé à l'examen de ces griefs pour les écarter en vérifiant notamment si l'atteinte au droit de propriété n'était pas excessive. Cependant, tout en rappelant sa jurisprudence de 2004, il y a porté quelques tempéraments en permettant par exemple une indemnisation par la Commission communale d'aménagement foncier.

Un problème plus délicat se pose lorsque le juge administratif ne se borne pas simplement à interpréter la disposition législative litigieuse ou sa propre jurisprudence mais va interpréter la norme constitutionnelle elle-même de façon autonome. En principe, cette interprétation devrait être minimale et ne pas aboutir à dégager un nouveau principe constitutionnel comme il a pu le faire auparavant¹³⁶ puisque la vocation du filtre est justement de renvoyer ce type de question nouvelle vers le Conseil constitutionnel (à la condition bien évidemment qu'un tel grief soit soulevé par les justiciables). Toutefois, cela n'écarte pas complètement le risque d'une transposition-transformation de la jurisprudence du Conseil constitutionnel ou encore celui de l'ajout à la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Dans les deux cas, il s'agit d'interpréter la jurisprudence du Conseil constitutionnel soit pour l'étendre à une situation sur laquelle il ne se serait pas prononcé, et donc affiner la jurisprudence constitutionnelle, soit pour dégager une interprétation propre et éventuellement neutralisante de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Concernant la capacité qu'a le Conseil d'État d'affiner la jurisprudence du Conseil constitutionnel, cette faculté n'est pas en soi critiquable dans la mesure où il ne fait qu'appliquer à un cas concret une disposition constitutionnelle, ou son interprétation par le juge constitutionnel. L'application suppose en effet un minimum d'interprétation. D'ailleurs, cette capacité est habituellement utilisée par le Conseil d'État et apparaît dans les décisions de non-renvoi lorsqu'il examine le caractère sérieux de la question posée. Toutefois, la difficulté est de situer le curseur entre l'interprétation minimale pour adapter la disposition constitutionnelle au cas concret et la création jurisprudentielle qui devrait supposer un renvoi devant le Conseil constitutionnel¹³⁷. Plus délicate encore est la question de l'interprétation autonome d'une disposition constitutionnelle, différente de celle du Conseil constitutionnel, pour opérer le filtrage et celle de la transformation d'une jurisprudence du Conseil constitutionnel. Concernant

¹³³ CE, 14 septembre 2011, *Pierre*, req. 348394.

¹³⁴ Voir A. Viala, « De la puissance à l'acte : la QPC et les nouveaux horizons de l'interprétation conforme », *RDP*, 2011, n° 4, p. 980 à propos de CE, 29 juin 2010, *Théron*, concl. Guyomar, *Gaz. Pal.* 27 mai 2010, p. 23, 11761.

¹³⁵ Req. n° 221115.

¹³⁶ CE, ass., 3 juillet 1996, *Koné*, précité. Voir en ce sens, X. Domino et A. Bretonneau, *précité*, p. 430.

¹³⁷ Voir à propos du principe de laïcité en matière électorale : CE, 23 décembre 2010, *AWSA France*, req. 337899. Le Conseil d'État n'aurait-il pas dû renvoyer cette question, inédite dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, au Conseil constitutionnel lui-même ?

l'interprétation autonome des critères d'examen de constitutionnalité utilisés par le Conseil constitutionnel, cette situation s'est déjà produite. Ainsi, dans la décision du 27 octobre 2010, *Section du Bourg de Menoire*¹³⁸, évalue-t-il de façon autonome la notion d'intérêt général en estimant que « l'organisation rationnelle de la gestion des biens » est susceptible de fonder une atteinte au droit de propriété.

La question de la transformation d'une jurisprudence du Conseil constitutionnel conduit à se demander si le Conseil d'État, dans le cadre du filtre, peut donner une nouvelle interprétation à la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui consisterait à affaiblir, voire neutraliser ou au contraire étendre une interprétation donnée par ce dernier. Dans le cadre de son contrôle des actes administratifs, cette situation s'est déjà produite dans la mesure où le juge administratif ne se sentait pas lié au-delà de l'autorité de chose jugée, interprétée de manière restrictive, d'une décision du Conseil constitutionnel. Ainsi, en matière de cession de terrain public pour un franc symbolique, dans l'affaire *Commune de Fougerolles*¹³⁹, le Conseil d'État a-t-il limité, afin de valider la cession opérée, la portée de la décision n° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, *Privatisations*, dans laquelle le Conseil constitutionnel avait décidé que « la Constitution s'oppose à ce que des biens ou des entreprises faisant partie du patrimoine public soient cédés à des personnes poursuivant des fins d'intérêt privé pour des prix inférieurs à leur valeur »¹⁴⁰. A l'inverse, le Conseil d'État a-t-il pu se montrer parfois plus exigeant que le Conseil constitutionnel¹⁴¹. Si cette interprétation-transformation de la jurisprudence du Conseil constitutionnel peut se concevoir dans le cadre du contrôle de la constitutionnalité des actes administratifs, il ne nous semble pas quelle puisse trouver matière à se développer dans le cadre de l'exercice du filtrage, le renvoi devant le Conseil constitutionnel permettant justement de régler une divergence d'interprétation.

Certes, on peut objecter qu'il ne s'agit pas d'un contrôle entraînant les mêmes effets que celui du Conseil constitutionnel. Il est vrai en effet, que le Conseil constitutionnel garde la compétence exclusive de déclarer une norme contraire à la Constitution avec effets *erga omnes*. Les décisions de non-renvoi des juridictions suprêmes du filtre qui auront écarté une question pour défaut de caractère sérieux après avoir pratiqué un examen de la conformité à la Constitution des dispositions litigieuses ont un effet relatif. Cependant, les juridictions du fond seront tentées de suivre l'interprétation donnée par la juridiction suprême lorsque la même question voire une question analogue se posera¹⁴². De plus, la juridiction suprême maîtrise souverainement le pouvoir de ne pas renvoyer et d'imposer son interprétation.

¹³⁸ Req. 342718 cité par V. Saint-James, *précité*, p. 623.

¹³⁹ CE, sect., 3 nov. 1997, *Communes de Fougerolles*, req. 169473.

¹⁴⁰ Le Conseil constitutionnel a réaffirmé cette jurisprudence par la suite dans la décision n° 2008-567 DC, cons. 25. Cependant, dans la décision 67/86 QPC du 17 décembre 2010, *AFPA – Transferts de biens publics*, le Conseil constitutionnel se rapproche de la jurisprudence du Conseil d'État en introduisant la notion de conditions et obligations particulières (cons. 5).

¹⁴¹ Par exemple, CE, Ass., 13 novembre 1998, *Commune de Saint-Louis et Département de la Réunion* (1) et *M. Le Déaut* (2), req. 187443 et 187581, en ce qui concerne l'application du principe constitutionnel d'égalité du suffrage, le Conseil d'État a précisé que les opérations de découpage électoral ne pouvaient « légalement augmenter les disparités d'ordre démographique existantes ».

¹⁴² Voir sur cette question, N. Jacquinet, « L'utilisation par les juges du fond des arrêts de non-renvoi d'une QPC », *AJDA*, n° 38 2012, pp. 2097-2102.

Le risque de « diffraction de l'interprétation constitutionnelle »¹⁴³ doit néanmoins être relativisé s'il l'on s'en tient au discours officiel du Conseil d'État concernant l'exercice de son pouvoir de filtrage¹⁴⁴.

Conclusion : On pourrait être tenté de saluer la façon dont le Conseil d'État exerce sa fonction de filtre des QPC. En effet, d'une part, il se montre plus coopératif que la Cour de cassation et s'inscrit véritablement dans un rapport dialogique avec le Conseil constitutionnel pour le succès de cette réforme. D'autre part, le fait qu'il se calque sur le raisonnement du Conseil constitutionnel, ou qu'il pratique une interprétation conforme pour juger qu'une question n'est pas sérieuse et éviter de renvoyer, peuvent être également perçus comme une forme de coopération au respect de la Constitution et à l'État de droit. Finalement, pour reprendre une expression utilisée par Thierry Di Manno à propos de la Cour constitutionnelle italienne, le respect de la Constitution « se fait à plusieurs mains ». Or, la participation importante des juridictions suprêmes françaises au contrôle de constitutionnalité, par le biais de l'examen du caractère sérieux, pourrait se comprendre si la question prioritaire de constitutionnalité se situait dans le contexte italien. Le recours à l'interprétation conforme de la part des juridictions ordinaires, souhaité par la Cour constitutionnelle elle-même en Italie, s'inscrit dans une volonté de désengorgement de la Cour constitutionnelle. Or, cet engorgement ne se produit pas en France. Il pourrait être avancé que cela est justement dû à l'efficacité du filtre exercé par les juridictions ordinaires. Cependant, la puissance de ce filtre peut empêcher également le Conseil constitutionnel de se prononcer sur l'interprétation de la Constitution et se montre susceptible de favoriser des interprétations qui ne reçoivent pas l'aval du Conseil constitutionnel. Il maintient, voire même renforce, les juridictions suprêmes de chaque ordre dans leur rôle de cours suprêmes mais au détriment d'une interprétation centralisée de la Constitution par le Conseil constitutionnel ; ce fonctionnement ne va donc pas dans le sens d'une unité d'interprétation de la Constitution. Or, la cohérence du système juridique ne gagnerait-il pas à renforcer le rôle du Conseil constitutionnel, plutôt que celui des juridictions suprêmes, comme interprète de la Constitution ? Peut-on se satisfaire de cette multiplicité d'interprètes au regard du principe de sécurité juridique ? Le fonctionnement du filtre met donc en évidence le caractère très consensuel, mais finalement paradoxal, de la réforme de 2008 : renforcer l'État de droit sans remettre en cause les équilibres institutionnels existants et en particulier, le poids et l'autorité des juridictions suprêmes. Il en ressort que l'efficacité du filtre, pour éviter un risque d'engorgement dont l'éventualité est aujourd'hui réduite à néant, prime la cohérence du système juridique. Le rôle du Conseil constitutionnel apparaît au final résiduel, même si important sur le fond, ce qui pourrait justifier une réforme pour inciter les juridictions du filtre à ne pas se substituer, même de manière uniquement négative, à la fonction d'interprète de la Constitution du Conseil constitutionnel. Cette réforme pourrait passer d'abord par une clarification de l'office des juridictions suprêmes dans leur fonction de filtre, et en particulier dans l'examen de la question sérieuse, afin que des limites au contrôle de constitutionnalité négatif puissent être identifiées. Elle pourrait s'accompagner, ensuite, par la possibilité ouverte aux juridictions de droit commun de

¹⁴³ M. Verdussen, « La Belgique », in *Le contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle en France : quelles pratiques ?*, PUAM, Aix-en-Provence, 2009, p. 113. Voir sur cette question également, N. Zinamsgvarov, précité.

¹⁴⁴ Jean-Marc Sauvé en appelle ainsi à la discipline juridictionnelle et au dialogue entre les juridictions : « L'examen de la constitutionnalité de la loi par le Conseil d'État », in B. Mathieu, précité, exposé en ligne sur le site du Conseil d'État, p. 11.

soulever d'office un moyen d'inconstitutionnalité de la loi afin de faciliter une interprétation centralisée de la Constitution par le juge constitutionnel. Cela pourrait inciter les juridictions de droit commun à repenser leur rapport à la Constitution, et leur pouvoir d'interprétation du texte constitutionnel, en tenant compte des « nouveaux équilibres institutionnels » consécutifs à la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008.

SECTION 4 – L’EXERCICE DU FILTRE PAR LA COUR DE CASSATION

Laurence Gay

Chargée de recherches au CNRS, Institut Louis Favoreu-GERJC

Le présent travail a pour matière première les arrêts QPC rendus par les diverses formations de la Cour de cassation, qu’ils concluent ou non au renvoi de la question posée au Conseil constitutionnel. S’y ajoutent quelques arrêts émanant des juridictions subordonnées, en nombre trop limité toutefois pour qu’ait été envisagé un véritable travail de synthèse les concernant ¹⁴⁵. S’agissant des décisions de la Cour suprême elle-même, le souci d’une lecture aussi exhaustive que possible a vite cédé le pas devant l’ampleur de la tâche, liée au succès de la réforme. Rappelons en effet que selon les dernières statistiques disponibles sur le site internet de la Cour de cassation, celle-ci a été saisie de 1414 QPC entre l’entrée en vigueur de la procédure le 1^{er} mars 2010 et le 31 décembre 2012. Ce chiffre se décompose en 539 QPC pour 2010, 490 pour 2011 et 385 pour 2012. Comme devant le Conseil d’État ¹⁴⁶, une décrue progressive des saisines peut donc être observée. La question demeure encore de savoir si cette décrue va se poursuivre et jusqu’où, ou si un rythme de croisière a d’ores et déjà été atteint. Le même tableau fait apparaître que la matière pénale voit sa très nette domination des débuts menacée par les QPC en matière civile : de 307 QPC pénales contre 232 civiles en 2010, on passe ainsi à 295 et 195 pour 2011 et enfin 197 et 188 en 2012. Pour cette dernière année, ce sont surtout les questions renvoyées par les juridictions du fond qui s’effondrent (78 au pénal contre 106 QPC renvoyées concernant la matière civile) alors que le droit pénal au sens large reste prépondérant dans les questions directement soulevées à l’occasion d’un pourvoi (119 au pénal contre 82 au civil). Dans le même sens, au cours de son audition par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l’administration générale de la République le 21 novembre 2012, le secrétaire général du Conseil constitutionnel s’est interrogé sur la raison de « la quasi-disparition, en 2012, des QPC renvoyées au Conseil constitutionnel et posées au pénal devant les juges *a quo* » ¹⁴⁷.

En dépit de cette évolution défavorable propre à la matière pénale, la Cour de cassation reste la plus grande pourvoyeuse de renvois au Conseil constitutionnel. Celui-ci vient en effet de rendre publics les chiffres de trois ans de QPC, de mars 2010 à mars 2013, selon lesquels 137 QPC ont été renvoyées par le Conseil d’État contre 177 pour la juridiction suprême judiciaire. Intéressantes aussi sont les statistiques sur les non-renvois, émanant du juge administratif suprême dans 412 cas, contre 791 pour la Cour de cassation ¹⁴⁸. S’agissant enfin des disciplines concernées, le Premier président de la Cour a fait état de la diversité des questions posées dans son audition du même jour devant la commission de l’AN. Hors

¹⁴⁵ Une source d’information précieuse sur le filtre des juges du fond a cependant été constituée par les chroniques de Luc Briand sur le sujet à la *Gazette du Palais*.

¹⁴⁶ V. *supra*, Marthe Fatin-Rouge Stéfanini, « Le filtre exercé par le Conseil d’État ».

¹⁴⁷ Audition de M. Guillaume, secrétaire général du Conseil constitutionnel, par la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l’administration générale de la République, 21 novembre 2012, JO Débats, AN, CR n° 16.

¹⁴⁸ Site internet du Conseil constitutionnel, rubrique « A la une » : *Mars 2013, 3 ans de QPC – quelques chiffres*.

domaine pénal, ce sont toutefois les relations de travail et la protection sociale qui ont suscité le plus de questions, puis les relations avec les personnes publiques, l'administration fiscale et douanière ou encore les autorités de contrôle et de régulation, le droit des personnes et de la famille, le droit de la nationalité, des étrangers ou encore le droit successoral et les hospitalisations sans consentement¹⁴⁹. Quant à la matière pénale, après une forte concentration de questions portant sur la procédure, le Premier président relevait une « tendance à présenter davantage de questions portant sur les incriminations, notamment sur le choix de pénaliser tel ou tel comportement ou critiquant le manque de précision d'une incrimination (...) »¹⁵⁰.

Le bilan quantitatif une fois dressé, aborder le filtre exercé par la Cour de cassation implique d'évoquer ce qui a été considéré comme une première phase de « résistance »¹⁵¹ de cette juridiction à la QPC. Cette résistance s'est d'abord traduite par le renvoi préjudiciel à la CJUE, le 16 avril 2010, portant sur la conformité au droit de l'Union des dispositions organiques relatives au caractère prioritaire de la nouvelle procédure. Ce point ne sera pas traité ici, dans la mesure où il déborde la question du filtre et est de toute façon abordé par d'autres contributions au présent rapport¹⁵². Le professeur Molfessis mentionne ensuite au titre des manifestations de résistance de la Cour le refus de renvoi de la loi Gayssot et des dispositions de loi entretemps modifiées¹⁵³. Enfin, la jurisprudence des premiers mois s'est caractérisée par une dissociation opérée entre l'interprétation d'une disposition de loi, insusceptible de QPC, et la disposition elle-même pouvant seule être contestée. Il est apparu ainsi que la juridiction suprême judiciaire souhaitait protéger son pouvoir final d'interprétation de la loi, le soustrayant au contrôle et aux interférences du Conseil constitutionnel. Plusieurs auteurs ont rappelé qu'elle défendait ainsi une prérogative conquise de haute lutte, avec l'abandon du référé législatif en 1837¹⁵⁴. La controverse suscitée est à la mesure des enjeux de la nouvelle procédure, dont il apparaît qu'elle implique un réaménagement considérable des rôles respectifs des différentes juridictions. Un bilan de trois ans de filtre doit donc faire état des principaux acquis de la jurisprudence de la Cour, en vertu desquels une question est ou n'est pas susceptible de renvoi au Conseil constitutionnel (I) ; il doit aussi conduire à s'interroger plus largement sur les enjeux à l'œuvre dans cette réforme, enjeux dont la réponse conditionne à la fois le bon fonctionnement de cette dernière comme le positionnement institutionnel de la Cour de cassation (II).

¹⁴⁹ Audition de V. Lamanda, Premier président de la Cour de cassation, JO débats, préc.

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ N. Molfessis, « La résistance immédiate de la Cour de cassation à la QPC », *Pouvoirs*, n° 137/2011, p. 83 et s.

¹⁵² V. en particulier pour la France, la contribution d'Anne-Sophie Tabau pour le droit de l'Union européenne et celle de Fanny Jacquolot pour la CEDH.

¹⁵³ N. Molfessis, « La résistance immédiate de la Cour de cassation à la QPC », *préc.*

¹⁵⁴ F. Boucard, « La question prioritaire de constitutionnalité et les cours suprêmes. Une partie de billard à trois bandes ? », *JCP G*, n° 30-34, 26 juillet 2010, p. 1494 ; P. Théry, « De la question prioritaire de constitutionnalité comme révélateur des mentalités : la Cour de cassation demeure et ne se rend pas... », *RTDCiv.*, 2010, p. 810.

I / Bilan d'ensemble sur l'appréciation des critères de recevabilité et de renvoi des QPC

Aux conditions de renvoi introduites dans l'ordonnance portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, s'ajoutent un certain nombre de conditions résultant notamment de l'article 61-1 de la Constitution qui conditionnent dès lors la recevabilité de la question posée.

A) Les conditions de recevabilité

Il ne paraît pas utile de revenir ici sur l'ensemble des conditions de recevabilité de la QPC, dont certaines ne suscitent pas véritablement de difficulté (l'on pense, par exemple, à l'exigence d'un écrit distinct et motivé). Deux de ces conditions retiendront en revanche l'attention en ce qu'elles sont directement liées au degré de filtrage que la Cour suprême entend exercer : il s'agit d'une part de l'interprétation de la notion de *disposition législative*, d'autre part de l'exigence que soit alléguée une atteinte à un *droit ou une liberté garanti par la Constitution*.

1° - La notion de disposition législative

Un rappel s'impose ici quant à la dissociation établie dans un premier temps par la Cour de cassation entre la disposition de loi et l'interprétation qu'elle en fait, seule la première pouvant faire l'objet d'une QPC. Cette dissociation date d'une série d'arrêts du 19 mai 2010. A propos, par exemple, de la motivation des arrêts d'assises, il est fait valoir « qu'aux termes de l'article 61-1 de la Constitution, la question dont peut être saisi le Conseil constitutionnel est seulement celle qui invoque l'atteinte portée par une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit ; que la question posée tend, en réalité, à contester non la constitutionnalité des dispositions qu'elle vise, mais l'interprétation qu'en a donnée la Cour de cassation au regard du caractère spécifique de la motivation des arrêts des cours d'assises statuant sur l'action publique ; que, comme telle, elle ne satisfait pas aux exigences du texte précité »¹⁵⁵. La formulation de cette position a pu connaître quelques variantes¹⁵⁶ ; elle gardait pour objet, dans tous les cas, de soustraire à l'appréciation du Conseil constitutionnel l'interprétation consolidée que la Cour donne, en tant que juridiction suprême de son ordre juridictionnel, du texte de loi. Nous reviendrons sur cet enjeu dans la seconde partie. Pour l'heure, on rappellera simplement qu'après une forme de « mise au point » de la part du Conseil constitutionnel¹⁵⁷, la Cour de cassation est revenue sur cette jurisprudence¹⁵⁸. En revanche, la QPC ne saurait porter sur une jurisprudence détachée de tout

¹⁵⁵ Cass. crim. 19 mai 2010, n° 09-82582, n° 09-87307, n° 83328.

¹⁵⁶ V. par exemple, Cass. crim. 19 mai 2010, n° 09-87651 : « Attendu que la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce qu'elle critique non pas l'article 598 du code de procédure pénale mais la « théorie de la peine justifiée » élaborée à partir de cette disposition législative » ; Cass. crim. 11 juin 2010, n° 09-87884 : « la question posée, sous le couvert de la prétendue imprécision des dispositions critiquées, tend en réalité à contester l'application qu'en fait la Cour de cassation ».

¹⁵⁷ Cons. const., 6 octobre 2010, n° 2010-39 QPC, Rec. p. 264, Cons. const., 14 octobre 2010, n° 2010-52 QPC, Rec. p. 283.

¹⁵⁸ Cass. 3^{ème} civ., 30 nov. 2010, n°10-16.828 ; Cass. crim., 19 janvier 2011, n° 10-85159 et 10-85305 ; Cass. 2^e civ., 10 mars 2011, n° 10-40.075. De même dans un premier temps, la cour de cassation refusait de renvoyer la QPC quand la disposition critiquée avait été entre-temps modifiée ou abrogée (Cass com, 11 juin 2010, n° 09-72478 à propos de la modification de l'article L 16 B du livre des procédures fiscales ; Cass Ass plén 25 juin 2010 n° 09-71801, à propos d'une disposition entre-temps abrogée). Le CC a remis en cause cette position qui privait la QPC d'effet utile pour des justiciables à qui la disposition était bel et bien appliquée :

support textuel ¹⁵⁹. A un requérant mettant en cause une « règle jurisprudentielle », un arrêt du 27 septembre 2011 rétorque ainsi qu'« il résulte tant des dispositions de l'article 61-1 de la Constitution et de l'article 23-5 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 ordre de juridiction ; que la première question prioritaire de constitutionnalité proposée par M. Y..., qu'il n'appartient pas à la Cour de cassation de modifier, ne vise aucune disposition législative et se borne à contester une règle jurisprudentielle sans préciser le texte législatif dont la portée serait, en application de cette règle, de nature à porter atteinte au principe constitutionnel (...); qu'il s'ensuit que cette question est irrecevable » ¹⁶⁰. Un auteur a pu remarquer cependant que les cas de ce type devraient rester rares « tant la Cour de cassation a pour habitude (...) d'amarrer ses constructions prétoriennes à un texte de loi » ¹⁶¹. Cette première péripétie dans l'interprétation des conditions de recevabilité dessine la nature de la norme objet de la QPC : il s'agit d'un texte de loi qui ne se présente plus à l'état brut comme auparavant dans le cadre du contrôle *a priori* mais est effectivement appliqué et auquel s'incorpore donc l'interprétation qui en précise le sens et la portée. C'est, au demeurant, l'un des avantages du contrôle *a posteriori* - et l'une des justifications de la réforme - que de viser un texte vivant et de permettre ainsi la mise en cause des inconstitutionnalités surgissant en pratique, laquelle pratique résulte notamment de l'interprétation jurisprudentielle.

Si le constituant de 2008 a entendu mettre fin à l'immunité constitutionnelle de la loi en vigueur, il n'a pas souhaité étendre l'office du Conseil à d'autres types de norme. Aussi, la condition tenant à une contestation portant sur une disposition de loi conduit-elle naturellement à déclarer irrecevables les questions qui, directement ou sous couvert d'une telle disposition législative, mettent en réalité en cause d'autres textes : règlement communautaire ¹⁶², circulaire ¹⁶³ ou encore, cas de loin le plus fréquent, règlement ¹⁶⁴. On

Cons. const., 18 octobre 2010, n° 2010-55 QPC, cons. n° 2 : « comme l'a jugé le Conseil constitutionnel dans sa décision du 12 mai 2010 susvisée, le constituant, en adoptant l'article 61-1 de la Constitution, a reconnu à tout justiciable le droit de voir examiner, à sa demande, le moyen tiré de ce qu'une disposition législative méconnaît les droits et libertés que la Constitution garantit ; que la modification ou l'abrogation ultérieure de la disposition contestée ne fait pas disparaître l'atteinte éventuelle à ces droits et libertés ; qu'elle n'ôte pas son effet utile à la procédure voulue par le constituant ; que, par suite, elle ne saurait faire obstacle, par elle-même, à la transmission de la question au Conseil constitutionnel au motif de l'absence de caractère sérieux de cette dernière ; »

¹⁵⁹ Notons que le Conseil constitutionnel a lui-même envisagé l'hypothèse dans une des fiches que cette institution met à disposition sur son site, celle de novembre 2010 intitulée « QPC et interprétation de la loi » ; on peut y lire en effet que « ces choix du Parlement interdisent qu'une QPC puisse être posée sur une jurisprudence qui ne se serait pas développée sur le fondement initial d'une *disposition législative*. Il en va par exemple ainsi, en droit administratif, de la théorie du fait du prince ».

¹⁶⁰ Cass. 1^{ère} civ., 27 septembre 2011, n° 11-13488 ; v. aussi Cass. 1^{ère} civ., 8 décembre 2011, n° 11-40070 ; Cass. Soc., 28 novembre 2012, n° 11-17941.

¹⁶¹ F. Chénédec, « QPC et interprétation jurisprudentielle : entre ralliement officiel et résistance ponctuelle de la Cour de cassation », *JCP G*, n° 45, 7 novembre 2011, 1197.

¹⁶² Cass. plén., 18 juin 2010, n° 09-72657, n° 09-72655.

¹⁶³ Cass. 2^{ème} civ., 7 juillet 2011, n° 11-40038, n° 11-40039, n° 11-40040 (s'agissant d'une QPC portant à la fois sur une disposition de loi et la circulaire la complétant ; la QPC reste bien sûr recevable dans la partie où elle conteste la disposition de loi).

notera avec intérêt un arrêt de la troisième chambre civile du 30 juin 2011 qui procède au renvoi au Conseil constitutionnel d'une question qui, pourtant, pouvait se voir opposer cette irrecevabilité pour critiquer, sous couvert de loi, un texte réglementaire¹⁶⁵. Le renvoi concerne en l'espèce l'article 544 du code civil, qui définit le droit de propriété comme celui de « jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ». Selon les requérants, ayant fait l'objet d'une procédure d'expulsion, cette disposition telle qu'interprétée de façon constante par la Cour de cassation, porte atteinte à la dignité, au droit de mener une vie familiale normale, et à l'objectif de valeur constitutionnelle d'un logement décent. Plus précisément, selon eux, c'est en raison du caractère absolu du droit de propriété affirmé par le code civil que la Cour de cassation considère l'occupation sans droit ni titre d'un immeuble appartenant à autrui comme constituant toujours un trouble manifestement illicite. Dès lors, le président du tribunal peut toujours prescrire en référé les mesures nécessaires pour faire cesser un tel trouble, selon l'article 809 alinéa 1^{er} du code de procédure pénale. Or cette disposition est de nature réglementaire. Autrement dit, la question s'employait à établir un lien avec l'article 544 *via* le caractère absolu du droit mais l'avocat général ne s'y trompait pas : il préconisait le non renvoi au motif que la QPC portait sur une disposition réglementaire. La solution contraire retenue par la Cour semble tenir à ce que la question était habilement formulée comme visant une disposition de loi telle qu'interprétée par elle ; autrement dit, après une phase de résistance, la juridiction suprême entend donner des gages de son concours au bon fonctionnement de la QPC¹⁶⁶.

La condition tenant à l'existence d'une disposition législative suscite une dernière difficulté quand le requérant critique la législation *en tant qu'elle ne prévoit pas quelque chose*. Dans une affaire jugée le 16 novembre 2010 par la première chambre civile, la question portait ainsi sur l'inexistence d'un pourvoi en cassation à l'encontre des décisions du Conseil supérieur de la magistrature siégeant en formation disciplinaire. La Cour refuse de la transmettre au motif que le requérant « conteste non pas la conformité à la Constitution d'une disposition législative mais celle d'une absence de disposition »¹⁶⁷. Or, cette affaire mettait la juridiction suprême aux prises avec une éventuelle omission législative, ce qui correspond à une véritable problématique en matière de droits fondamentaux. Dans cette optique, la solution retenue nous paraît excessivement formelle et il conviendra d'examiner plus avant cette question de l'omission inconstitutionnelle dans la seconde partie.

2° - La délimitation des droits et libertés garantis par la Constitution

A l'instar de la condition de renvoi tenant au caractère sérieux de la QPC, celle ayant trait à l'atteinte alléguée à un droit ou une liberté constitutionnellement garanti est susceptible de placer le juge du filtre dans une situation de « concurrence » par rapport au Conseil constitutionnel. La question de la délimitation de la catégorie se pose, soit que le requérant

¹⁶⁴ V. par ex. Cass. plén., 18 juin 2010, n° 09-72657, n° 0972830, n° 0972655, n° 09-72894 ; Cass. com., 30 novembre 2010, n° 10-17044 ; Cass. 2^{ème} civ., 12 octobre 2011, n° 11-14490.

¹⁶⁵ Cass. 3^{ème} civ., 30 juin 2011, n° 11-40017, n° 11-40018.

¹⁶⁶ La décision rendue par le Conseil constitutionnel confirme qu'en l'espèce, le renvoi ne s'imposait guère puisque, après avoir jugé sans surprise que l'article 544 du code civil ne porte par lui-même atteinte à aucun droit ou liberté garanti par la Constitution, il ajoute « qu'en tout état de cause, il ne lui appartient pas d'examiner la conformité de l'article 809 du code de procédure civile aux droits et libertés que la Constitution garantit » (Cons. Const., 30 septembre 2011, n° 2011-169 QPC, *Consorts M. et autres*).

¹⁶⁷ Cass. 1^{ère} civ., 16 novembre 2010, n° 10-60366.

invoque une norme dont la valeur constitutionnelle n'est pas établie, soit que le principe, bien que reconnu de caractère constitutionnel, ne présente pas avec évidence la nature d'un droit ou d'une liberté – hypothèse qu'illustrent de façon caractéristique les objectifs de valeur constitutionnelle. La Cour de cassation n'a pas, face à cette situation, adopté de position univoque.

On trouve tout d'abord des cas dans lesquels une pluralité de principes sont invoqués au soutien de la QPC ; la Cour de cassation juge cette dernière sérieuse sans prendre parti sur celui des principes invoqués faisant problème. L'arrêt précité du 30 juin 2011, procédant au renvoi de l'article 544 du code civil, illustre l'hypothèse : il était en effet allégué une violation, non seulement du principe de dignité et du droit à mener une vie familiale normale, mais aussi de l'objectif relatif au logement décent dont l'invocabilité au titre de la QPC n'est pas établie ¹⁶⁸. On peut ensuite citer un arrêt de l'Assemblée plénière du 8 juillet 2010 qui refuse au contraire de renvoyer la question, sans se prononcer non plus sur un éventuel « principe fondamental reconnu par les lois de la République *non bis in idem* ». En effet, relève la Cour suprême, « sous réserve du respect de l'exigence constitutionnelle de proportionnalité, laquelle implique qu'en tout état de cause, le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues, le principe selon lequel une même personne ne peut pas être punie deux fois pour le même fait ne reçoit pas application au cas de cumul entre sanctions pénales et sanctions administratives » ¹⁶⁹. Une dernière hypothèse est enfin celle où la Haute juridiction juge elle-même que le principe invoqué n'est pas constitutif d'un droit ou d'une liberté que la Constitution garantit et refuse ainsi de renvoyer la QPC. Il en a été ainsi, par exemple, à propos de l'unité territoriale de la France ¹⁷⁰; dans des arrêts particulièrement controversés du 20 mai 2011, l'Assemblée plénière a considéré qu'il n'existait pas de principe fondamental reconnu par les lois de la République de prescription de l'action publique ¹⁷¹.

De toute évidence, les cas dans lesquels le juge de renvoi élude la question de l'existence d'un droit ou d'une liberté constitutionnellement garanti ou la tranche lui-même négativement posent problème ; ils privent l'auteur de la QPC de la possibilité de voir le Conseil constitutionnel statuer et prendre une position éventuellement contraire. Quand le principe invoqué n'est pas encore reconnu au niveau constitutionnel, comme dans les affaires jugées le 20 mai 2011, il est renvoyé à un débat théorique beaucoup plus vaste concernant la capacité du juge ordinaire de consacrer ou non lui-même un tel principe de rang constitutionnel. Il est aujourd'hui admis qu'appliquer un texte implique de l'interpréter et que cette fonction d'interprétation peut elle-même impliquer, d'une façon ou d'une autre, création de norme – ce dont la Cour de cassation a fait un aveu flagrant par ses premiers arrêts sur la QPC qui dissociaient, on l'a vu, le texte de la jurisprudence à laquelle il donne lieu et n'acceptaient de renvoyer que le premier... Cette capacité de création, pour autant, peut-elle concerner une norme constitutionnelle s'agissant d'un juge non constitutionnel ? Pour

¹⁶⁸ Cass. 3^{ème} civ., 30 juin 2011, préc. : la Cour juge que « la question posée présente un caractère sérieux au regard des principes constitutionnels invoqués » ; v. aussi Cass. 2^{ème} civ., 1^{er} juin 2011, n° 11-40009 QPC : en l'espèce, la question est jugée sérieuse au regard du principe d'égalité, alors que la QPC invoquait l'atteinte à plusieurs principes constitutionnels, dont l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi.

¹⁶⁹ Cass. Ass. Plén., 8 juillet 2010, n° 10-10965 QPC.

¹⁷⁰ 2^{ème} civ., 12 octobre 2011, n° 11-40064.

¹⁷¹ Cass. Ass. Plén., 20 mai 2011, n° 11-90025 ; n° 11-90032 ; n° 11-90033 ; n° 11-90042.

certain, rien ne l'empêche car l'hypothèse est précisément inhérente au travail d'interprétation. Pour d'autres, seul le juge constitutionnel devrait pouvoir trancher une telle question, pour des raisons de sécurité juridique et de cohérence de l'ordre juridique¹⁷². Au demeurant, cette exigence de cohérence paraît renforcée s'agissant de la QPC qui a confié au seul Conseil constitutionnel la décision finale sur la violation alléguée d'un droit ou d'une liberté de rang constitutionnel. Le risque pris par une Cour suprême, ayant dénié l'appartenance d'un principe à cette dernière catégorie, d'être déjugée par le Conseil constitutionnel paraît singulièrement inopportun, en ce qu'il montrerait que ladite Cour a privé le justiciable d'une voie de protection de ses droits fondamentaux. Selon Mathieu Disant, « la QPC et son filtre soulignent combien l'ordre juridique ne peut se passer d'une hiérarchie des interprètes »¹⁷³ ; aussi, « si l'on n'était pas encore convaincu, avant la révision de 2008, de ce que la cohérence de notre système juridique n'admet pas une pluralité d'interprétation de la Constitution, on ne peut plus ignorer qu'il en va, désormais, du fonctionnement conséquent de la procédure en QPC »¹⁷⁴.

Dans les arrêts du 20 mai 2011, outre qu'elle écarte comme non sérieuses plusieurs questions au terme d'une motivation assez limitée, la Cour de cassation affirme donc qu'il n'existe pas de principe fondamental reconnu par les lois de la République de prescription de l'action publique. Or, la requête sollicitait de ce point de vue la consécration d'un droit à l'oubli qui ne paraît pas fantaisiste. Les commentateurs ne se sont pas fait faute non plus de rappeler qu'un avis du Conseil d'État de 1996¹⁷⁵ adoptait une position inverse, sous réserve de l'appréciation du Conseil constitutionnel. Aussi l'intervention de ce dernier pour arrêter une position de principe était-elle particulièrement souhaitable, d'où les critiques souvent vives dirigées contre ces arrêts¹⁷⁶. On signalera enfin que si les Cours suprêmes prennent l'habitude de délimiter la notion de droit et liberté garanti par la Constitution, cela peut constituer un encouragement pour les juridictions subordonnées à procéder de même. Dans sa chronique sur la QPC devant les juridictions judiciaires du fond, le magistrat Luc Briand cite ainsi une décision selon laquelle « si le principe de la séparation des pouvoirs dont les requérants se prévalent est posé par la Constitution, le dualisme judiciaire, lui, n'en constitue pas un principe. Le législateur peut donc librement décider de soumettre tel ou tel contentieux à l'un ou l'autre des ordres juridictionnels sans porter atteinte au principe de séparation des pouvoirs »¹⁷⁷. On le sait, cette argumentation – indépendamment de la question posée – est fautive au regard de la jurisprudence constitutionnelle¹⁷⁸. Or, le juge écarte le moyen sans

¹⁷² Ce débat avait déjà eu lieu à l'occasion notamment de la consécration d'un PFRLR par le Conseil d'État dans l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'État du 3 juillet 1996, *Moussa Koné*, v. le dossier sur cet arrêt à la *RFDA*, 1996, p. 870 et s.

¹⁷³ M. Disant, *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité. Cadre juridique. Pratiques jurisprudentielles*, Lamy, coll. Axe droit, 2011, p. 125.

¹⁷⁴ *Id.*, p. 126.

¹⁷⁵ CE, avis, 29 février 1996, n° 358597, in *Les grands avis du Conseil d'Etat*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2008, n° 28.

¹⁷⁶ V. not. D. Chagnollaud, « Un coup d'État juridique ? », *D.*, 2011, p. 1426 ; D. Rousseau, « La Cour a ses raisons, la raison les siennes », *Gaz. Pal.*, 31 mai 2011, n° 151, p. 7 ; *contra* N. Maziau, « Les bonnes raisons de la Cour de cassation », *D.*, 2011, p. 1775.

¹⁷⁷ Jur. Prox. Libourne, 12 octobre 2011, n° 202/2011, citée par L. Briand, « Le contentieux constitutionnel devant les juridictions judiciaires du fond : second semestre 2011 », *Gaz. Pal.*, 8 mars 2012, n° 68, p. 12.

¹⁷⁸ Cons. const., 23 janvier 1987, n° 86-224 DC, *Conseil de la concurrence*, Rec. p. 8, cons. n° 15 : « conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique,

même s'interroger sur la vraisemblance du principe invoqué devant lui. Ce cas d'une erreur même mis à part, on ajoutera enfin que l'invocation d'un principe dont le rang constitutionnel n'est pas encore établi ne pose pas seulement la question de la capacité du juge ordinaire à trancher ; elle met aussi en jeu l'interprétation du critère de nouveauté de la QPC. On est ainsi amené à aborder les conditions auxquelles la loi organique du 10 décembre 2009 subordonne le renvoi de l'affaire au Conseil constitutionnel.

B) Les conditions de renvoi de la QPC

Des trois conditions de renvoi prévues par la loi organique de décembre 2009, celle tenant au caractère sérieux de la QPC a polarisé l'attention : elle cristallise en effet la crainte que les Cours suprêmes ne se substituent au juge de la rue Montpensier dans l'appréciation de la constitutionnalité de la loi. Les deux premiers critères, portant sur l'applicabilité au litige ou à la procédure et sur l'absence de déclaration préalable de constitutionnalité sauf changement de circonstances, sont apparus par contraste plus techniques, voire « objectifs ». Leur mise en œuvre ne va pourtant pas sans susciter elle aussi un certain nombre d'interrogations.

1° - Une disposition applicable au litige ou à la procédure ou fondant les poursuites

On sait que cette condition a délibérément été rédigée de façon souple ; la disposition contestée doit être applicable au litige sans nécessairement en commander l'issue. De ce point de vue, la QPC se distancie d'une question préjudicielle proprement dite, comme des solutions plus généralement retenues en droit comparé, et en tout état de cause en Espagne et en Italie ¹⁷⁹. Cette relative souplesse de la condition ainsi posée explique un certain nombre de renvois opérés par la Cour de cassation. Celle-ci est en accord avec l'esprit de la loi organique quand elle transmet, par exemple, la question posée sur la composition du tribunal des affaires de sécurité sociale par un justiciable partie à un litige ressortissant de la compétence de cette juridiction. La deuxième chambre civile relève alors que « les dispositions contestées sont applicables au litige, lequel concerne une décision rendue par un tribunal des affaires de sécurité sociale, juridiction composée, notamment, par des assesseurs dont le mode de désignation est défini par les textes visés par la question » ¹⁸⁰.

Il arrive aussi qu'un requérant conteste le fait d'être indument exclu du bénéfice d'une prescription légale. La QPC invoque alors une atteinte à l'égalité résultant de l'impossibilité de se voir appliquer cette disposition. Inapplicable au fond, la disposition peut devenir applicable au sens de l'article 61-1 de la Constitution, dès lors qu'est critiquée son champ d'application insuffisant. On en trouve une illustration dans le contentieux sur la représentativité des syndicats généré par la loi du 20 août 2008. Dans un arrêt du 8 juillet 2010, par exemple, une organisation syndicale critique la disposition du code du travail qui dispense les seuls syndicats catégoriels de devoir franchir le seuil de 10 % des suffrages exprimés au premier tour des élections au comité d'entreprise dans tous les collèges. Syndicat intercatégoriel, l'organisation requérante n'a pu bénéficier de cette dispense et s'en est

par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle ».

¹⁷⁹ V. *supra* les rapports de Pierre Bon et de Jean-Jacques Pardini.

¹⁸⁰ Cass. 2^{ème} civ., 30 septembre 2010, n° 10-029.

trouvée désavantagée par rapport à un autre syndicat présent dans la même entreprise. Ici aussi, la disposition est jugée applicable au litige¹⁸¹. Fondé sur l'atteinte à l'égalité, ce contentieux rapproche de l'hypothèse de l'omission législative, ainsi renvoyée au Conseil constitutionnel en vertu d'une acception compréhensive de la notion d'applicabilité au litige. Pourtant, cette tendance ne paraît pas parfaitement univoque et d'autres arrêts resserrent le lien devant exister entre la disposition critiquée et le fond du litige, point sur lequel il sera donc revenu dans la seconde partie.

2° - L'absence de déclaration préalable de conformité à la Constitution, sauf changement de circonstances

On sait que cette condition du filtre a été justifiée par le nécessaire respect de la chose déjà jugée par le Conseil constitutionnel. Le contentieux constitutionnel français étant somme toute peu développé, notamment avant la QPC, l'existence d'une déclaration préalable de conformité n'est pas si fréquente ; il faut réserver ici l'hypothèse de contentieux en série tel que celui ayant concerné l'article L 16B du livre des procédures fiscales, déjà examiné par le Conseil constitutionnel¹⁸².

Si l'existence d'un précédent n'est pas fréquente, celle de changement de circonstances justifiant un renvoi en dépit d'un tel précédent l'est donc moins encore. Par exemple, la première décision de renvoi sur la garde à vue se contentait de relever que les dispositions critiquées n'avaient « pas déjà été déclarées, dans leur intégralité, conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel »¹⁸³. A l'inverse, la décision du Conseil constitutionnel s'appuiera sur des changements de circonstances à la fois de droit et de fait¹⁸⁴. En tenant compte des modifications de la législation d'ensemble comme de la pratique à laquelle elle donne lieu, allant jusqu'à citer des statistiques fournies par le Ministère, les Sages ouvraient pour la première fois la voie à une forme de concrétisation du contrôle *a posteriori* de la loi. Les justiciables et leurs conseils pourraient y voir une forme d'encouragement à développer une acception large des changements de circonstances de fait, catégorie par définition impossible à circonscrire *a priori*.

S'agissant du changement de circonstances de droit, la Cour de cassation a logiquement retenu qu'il pouvait résulter d'une modification de la disposition législative depuis son contrôle par le Conseil constitutionnel¹⁸⁵. En revanche, et contrairement à ce qu'elle avait jugé¹⁸⁶, la jurisprudence développée postérieurement à ce contrôle ne constitue un changement de circonstances que si elle émane des juridictions suprêmes¹⁸⁷. Quant au contexte constitutionnel, on rappellera l'hypothèse importante selon laquelle un changement peut résulter de la jurisprudence du Conseil constitutionnel elle-même. Elle est illustrée par un arrêt de renvoi de la Chambre criminelle du 1^{er} mars 2011 selon lequel si l'une des dispositions critiquées a déjà été déclarée conforme à la Constitution en 1981, il y a lieu de tenir compte des « décisions récentes du Conseil constitutionnel sur l'exercice des droits de la

¹⁸¹ Cass. ass. plén., 8 juillet 2010, n° 10-60189.

¹⁸² V. par exemple, Cass. com., 8 septembre 2010, n° 10-11860 et 10-11861.

¹⁸³ Cass. crim., 31 mai 2010, n° 05-87745 et a.

¹⁸⁴ Cons. const., 30 juillet 2010, n° 2010-14/22 QPC, *Garde à vue*, cons. n° 14 à 18, *Rec.* p. 179.

¹⁸⁵ Cass. 1^{ère} civ., 23 mai 2012, n° 11-26535.

¹⁸⁶ Cass. 1^{ère} civ., 9 février 2011, n° 10-40059.

¹⁸⁷ Cons. const., 8 avril 2011, n° 2011-120 QPC, *Recours devant la Cour nationale du droit d'asile*.

défense au cours de la phase procédurale précédant le procès »¹⁸⁸. A sa suite, le Conseil se réfère lui-même à sa décision sur la garde à vue de juillet 2010, l'assimilant à un changement de circonstances de droit justifiant le réexamen de certaines des dispositions déferées qui avaient été examinées dans une espèce de 1981¹⁸⁹. Cette position permet logiquement aux justiciables de bénéficier d'une évolution de la jurisprudence constitutionnelle plus protectrice, sous réserve que la question soit par ailleurs jugée sérieuse ou nouvelle. On sait en effet que l'appréciation de cette ultime condition est bien souvent déterminante dans la décision de renvoyer ou non la QPC.

3° - Une question nouvelle ou sérieuse

a) Nouveauté de la question

La nouveauté est, on le sait, un critère de renvoi propre aux Cours suprêmes, qu'elles utilisent peu. Dans sa décision sur la loi organique du 10 décembre 2009, le Conseil constitutionnel a distingué deux hypothèses de nouveauté de la question : celle de l'invocation d'une norme constitutionnelle dont il n'aurait pas encore eu l'occasion de faire application, qui oblige les Cours suprêmes à renvoyer d'une part ; les autres hypothèses de nouveauté à la libre appréciation de ces Cours d'autre part¹⁹⁰. Ce second cas ouvre un espace de liberté au Conseil d'État et à la Cour de cassation, qui peuvent ainsi décider de renvoyer une question dont le caractère sérieux ne leur paraîtrait pas évident.

En général, la Cour de cassation écarte le critère de nouveauté par un attendu type selon lequel « ne portant pas sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'aurait pas eu l'occasion de faire application, la question n'est pas nouvelle ». Cette formule écarte implicitement la seconde hypothèse de nouveauté de la question envisagée par le juge constitutionnel. La Cour ne l'ignore pas pour autant puisqu'elle y a eu recours à deux reprises, dont une, il est vrai, de façon assez stratégique s'agissant de la motivation des arrêts d'assises. Ayant, comme on l'a déjà signalé, estimé dans un premier temps la question non sérieuse, la Cour trouve un moyen de ne pas se déjuger en affirmant que « la question fréquemment invoquée devant la Cour de cassation (...) présente un caractère nouveau au sens que le Conseil constitutionnel donne à ce critère alternatif de saisine »¹⁹¹. Plus originale est sans doute l'appréhension de la nouveauté dans la décision de renvoi portant sur l'interdiction faite à deux personnes de même sexe de se marier. La première chambre civile affirme en effet que « les questions posées font aujourd'hui l'objet d'un large débat dans la société, en raison, notamment, de l'évolution des mœurs et de la reconnaissance du mariage entre personnes de même sexe dans les législations de plusieurs

¹⁸⁸ Cass. crim., 1^{er} mars 2011, n° 10-90125.

¹⁸⁹ Cons. const., 6 mai 2011, n° 2011-125 QPC du 6 mai 2011, *Déferrement devant le procureur de la République*, cons. n° 11.

¹⁹⁰ « 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 ; que 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 » : Cons. Const., 3 décembre 2009, n° 2009-595 DC, cons. n° 21, *Rec.* p. 206.

¹⁹¹ Cass. crim., 19 janvier 2011, n° 10-85159 QPC.

pays étrangers »¹⁹² ; cette référence expresse à la législation comparée, révélatrice de la tendance à la circulation des solutions juridiques, est suffisamment rare pour être soulignée.

Quant à la nouveauté tenant à l'absence d'application préalable de la disposition constitutionnelle invoquée, elle a trouvé une illustration avec l'article 1^{er} de la Charte de l'environnement¹⁹³. Apparemment simple, cette hypothèse suscite en réalité des difficultés quand la QPC est fondée sur un principe dont la valeur constitutionnelle n'est pas - encore - reconnue. Le cas s'est présenté avec l'invocation du principe de prescription de l'action publique dans les affaires déjà citées jugées par l'Assemblée plénière le 20 mai 2011. L'allégation d'atteinte à un principe dont le caractère constitutionnel n'est pas tranché implique-t-elle nécessairement la nouveauté de la question et oblige-t-elle à renvoyer ? A cet argument, l'avocat général a objecté que « cela serait susceptible de permettre une saisine systématique du Conseil constitutionnel de questions parfois fantaisistes, issues de plaideurs animés d'intentions dilatoires »¹⁹⁴. Toutefois, comme on l'a relevé précédemment, si le juge du filtre conclut lui-même à l'absence de valeur constitutionnelle du principe, il se fait interprète de la Constitution et prive le justiciable de l'éventualité d'une position plus protectrice du Conseil constitutionnel. L'on en revient alors à l'idée que ce juge n'est habilité à écarter le principe invoqué que s'il n'a de toute évidence aucune chance de recevoir la qualification de droit ou liberté garanti par la Constitution... Encore que le critère de l'évidence n'a parfois lui-même rien d'évident... Raison pour laquelle le renvoi paraît préférable au moindre doute, d'autant que les justiciables n'ont pas, à ce jour, exploité la notion de nouveauté de la question pour essayer d'obtenir le renvoi en grand nombre de questions peu fondées par ailleurs, démentant ainsi la crainte exprimée par l'avocat général de la Cour de cassation.

b) Caractère sérieux de la question

Les QPC nouvelles étant rares, celles qui sont renvoyées au Conseil constitutionnel le sont en général sur le fondement de leur caractère sérieux. Cette condition oblige à une forme d'appréciation au moins liminaire de la constitutionnalité de la loi. Pour considérer comme au moins vraisemblable que la disposition critiquée porte atteinte au principe constitutionnel invoqué, encore faut-il s'interroger sur le contenu de l'une et l'autre et les confronter. Autant dire que l'expression de filtre employée pour décrire le rôle du juge ordinaire dans le mécanisme de la QPC et reprise ici n'est en rien antinomique de l'exercice d'un contrôle de la loi par rapport à la Constitution. Au demeurant, un consensus nous semble se dessiner parmi les principaux acteurs de la QPC selon lequel les Cours suprêmes en particulier ont acquis un rôle de « juge constitutionnel négatif »¹⁹⁵. Cette notion appelle sans doute des réflexions critiques, qui n'ont pas lieu d'être ici. Notre question est plutôt de savoir comment caractériser ce contrôle du caractère sérieux de la QPC par la Cour de cassation.

¹⁹² Cass. 1^{ère} civ., 16 novembre 2010, n° 10-40042 QPC ; v. J. Roux, « La QPC sur le mariage homosexuel : une question plus nouvelle que sérieuse ? », *D.*, 2011, p. 209.

¹⁹³ Cass. 3^{ème} civ., 27 janvier 2011, n° 10-40056.

¹⁹⁴ F. Cordier, cité par B. Mathieu, « La prescription de l'action publique ne constitue pas un principe constitutionnel », *JCP G*, n° 24, 13 juin 2011, 670.

¹⁹⁵ Ceci ressort notamment des auditions réalisées à la Commission des lois de l'Assemblée nationale à la fin de l'année 2012.

Un membre de la juridiction elle-même évoque, à propos de la première chambre, une « méthode probabiliste, variable en intensité (...) ». Selon ce magistrat, « la question est sérieuse dès l'instant où, dépassant une zone de trop grande incertitude, il devient probable qu'elle puisse entrer en conflit avec la norme constitutionnelle invoquée »¹⁹⁶. Ces propos paraissent largement transposables à la pratique de l'ensemble des formations de jugement, quelles que soient par ailleurs certaines différences de sensibilité. Il serait par définition hasardeux de prétendre trouver des critères susceptibles de permettre de prédire la conclusion de la juridiction suprême quant au sérieux ou non de la question. Toutefois, la lecture d'un grand nombre d'arrêts conduit à identifier certains paramètres dont va dépendre l'« intensité variable » du contrôle exercé. Ces paramètres sont selon nous au nombre de trois au moins.

Les deux premiers sont aussi les plus évidents en ce qu'ils tiennent à la teneur de la norme de référence. L'appréciation du caractère sérieux de la question dépend d'abord du droit ou liberté invoqué et de la jurisprudence constitutionnelle à laquelle il donne lieu. Plus cette jurisprudence est connue et stable, plus la Cour est encline à l'appliquer et donc à s'avancer sur le terrain de l'appréciation de constitutionnalité. L'exemple le plus évident concerne les atteintes alléguées à l'égalité. La Cour n'hésite pas à faire application du considérant de principe utilisé par le Conseil constitutionnel en la matière et à conclure au non renvoi s'il lui apparaît que la différence de traitement est justifiée¹⁹⁷. Or, derrière cette mécanique bien huilée, se cache une importante latitude du juge pour apprécier la pertinence de la différence de traitement avec le but poursuivi par la loi. Un deuxième paramètre proche est ensuite l'existence d'une jurisprudence européenne sur la liberté ou le droit équivalent à celui, constitutionnel, dont la violation est alléguée. Deux précisions s'imposent ici d'emblée. D'une part, les deux types de moyens, inconstitutionnalité et inconvictionnalité, ont soigneusement été distingués par le législateur organique ; après l'entrée en vigueur de la réforme, il est arrivé que des QPC soient maladroitement fondées sur la violation exclusive d'un droit conventionnel, amenant à leur rejet par la Cour. Nous visons donc ici l'hypothèse où le droit conventionnel n'est invoqué qu'à l'appui du moyen d'inconstitutionnalité. D'autre part, la proximité matérielle de deux droits n'impliquent pas nécessairement équivalence d'interprétation. Aussi l'appréciation de la QPC peut-elle amener la Cour à se distancier d'une position préalablement adoptée sur le terrain de la conventionnalité¹⁹⁸. Cela étant posé, les justiciables ont naturellement tendance à faire le pari d'une complémentarité et à invoquer éventuellement une jurisprudence internationale favorable pour faire peser la balance du côté du sérieux de la question. Cette tendance se vérifie dans les conclusions des avocats généraux quand nous avons pu y avoir accès. Et l'on peut penser que tout aussi logiquement l'argument pèse effectivement pour la Cour, même si à l'inverse du premier paramètre, celui-ci n'a pas de manifestation visible dans la motivation des arrêts.

L'autre paramètre susceptible de faire varier l'intensité du contrôle concerne enfin plutôt la norme critiquée. Certains arrêts ne la considèrent pas isolément mais la relient à d'autres dispositions connexes et à la jurisprudence s'y rapportant. Le caractère sérieux est

¹⁹⁶ P. Chevalier, « La pratique du filtrage des QPC dans le domaine du droit des personnes, de la famille et de la nationalité », *Constitutions*, 2013, p. 588.

¹⁹⁷ V. par exemple, Cass. 2^{ème} civ., 14 février 2013, n° 12-40097 ; V ; aussi les nombreux exemples cités par J.-B. Perrier, « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par la Cour de cassation », *RFDA*, n° 4/2011, spéc. pp. 719-720.

¹⁹⁸ V. par exemple Cass. 1^{ère} civ., 23 février 2011, n° 09-72826 : écarte l'atteinte alléguée à la CEDH par l'article 311-25 du code civil ; Cass. 1^{ère} civ., 26 juillet 2011, n° 11-11436 : estime sérieuse la question posée s'agissant de l'atteinte au principe constitutionnel d'égalité devant la loi par le même article.

alors appréhendé dans ce contexte d'ensemble. Les questions portant sur la procédure sont un des terrains d'élection de cette technique. Au requérant qui allègue la violation d'un droit, comme celui à un recours juridictionnel effectif ou les droits de la défense, par une disposition donnée, il est opposé que le droit positif apporte par ailleurs les garanties nécessaires. Par exemple, saisie d'une question relative à l'article 114 du code de procédure pénale quant aux conditions d'accès des parties au dossier, la Cour note que la décision du juge d'instruction de restreindre cet accès doit obéir à des raisons limitativement énumérées et qu'elle est susceptible de recours. Par ailleurs, lorsque la juridiction du fond est saisie, la communication de l'entier dossier est garantie. Autre exemple, à une critique portant sur l'article 665 du code de procédure pénale, en ce qu'il réserve au procureur général le pouvoir de solliciter le dépaysement d'une affaire, la chambre criminelle répond « que la différence de traitement établie par ce texte entre le procureur général qui a seul le pouvoir de saisir la Cour de cassation d'une demande de renvoi, et les autres parties, se justifie en ce que l'appréciation de l'opportunité de cette saisine, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, ne peut relever que des attributions du ministère public ». La chambre en profite pour préciser sa jurisprudence, affirmant qu'il est possible de s'opposer au dépaysement dès lors que la demande faite par le procureur général est « notifiée à chacune des parties qui sont informées du droit de déposer un mémoire au greffe, dans le délai de huit jours de la notification, le respect de ces principes garantissant l'existence d'une procédure juste et équitable et l'équilibre des droits des parties »¹⁹⁹. Comme l'illustre cet exemple, la prise en compte des garanties présentes par ailleurs conduit à un examen assez circonstancié du sérieux de la question, cette prise en compte risquant le plus souvent d'être défavorable au renvoi. Toutefois, des hypothèses inverses se présentent, dans lesquelles la Cour procède au renvoi d'une question sans tenir compte de garanties que le Conseil constitutionnel met au contraire en avant pour conclure à la constitutionnalité du texte déféré. Les décisions relatives aux restrictions à la liberté du mariage des personnes placées sous curatelle le démontrent²⁰⁰.

En définitive, il paraît singulièrement difficile de porter une appréciation globale sur le degré du filtre. Celui-ci ne répond à pas à une tendance univoque, tant sont variables les facteurs à prendre en compte d'une espèce à l'autre. Cela ne doit bien sûr pas conduire à exclure toute appréciation critique de chacune des solutions retenues, et d'autant moins quand, de ces solutions, dépend le fonctionnement d'ensemble de la QPC. Car certaines affaires suscitent, à travers la situation d'un justiciable donné, des enjeux plus globaux qu'il faut maintenant essayer d'éclairer.

¹⁹⁹ Cass. crim., 15 juin 2011, n° 11-83.703 ; v. aussi Cass. crim., 11 octobre 2011, n° 11-82.011 ; Cass., 1^{ère} civ., 29 février 2012, n° 11-40101 ; Cass. 1^{ère} civ., 23 mai 2012, n° 12-40025.

²⁰⁰ Cass. 1^{ère} civ., 12 avril 2012, n° 11-25158, renvoyant l'article 460 du code civil selon lequel le mariage d'une personne placée en curatelle n'est permis qu'avec l'autorisation du curateur ou, à défaut, celle du juge. Le Conseil constitutionnel rappelle la finalité de la curatelle et relève que « le refus du curateur peut être suppléé par l'autorisation du juge des tutelles dont la décision prononcée après un débat contradictoire doit être motivée en fonction de l'aptitude de l'intéressé à consentir au mariage ; que cette décision judiciaire est susceptible de recours ; que la personne en curatelle jouit des garanties nécessaires à l'exercice effectif de ces recours » ; compte tenu de l'importance du mariage et de ses conséquences, il conclut à l'absence de limitation disproportionnée à la liberté du mariage : Cons. const., 29 juin 2012, n° 2012-260 QPC, *Mariage d'une personne en curatelle*.

II -/ Réflexions sur les enjeux liés à l'exercice du filtre

Après un bilan d'ensemble de la jurisprudence de la Cour, nous souhaitons revenir ici sur certaines de ses orientations les plus notables. Les remarques qui suivent ne feront qu'ouvrir le débat sur les enjeux liés à l'exercice du filtre, c'est-à-dire au rôle nouveau conféré par la réforme de 2008/2010 au juge ordinaire et aux Cours suprêmes en particulier dans le contentieux constitutionnel. Le plus général de ces enjeux est celui de la concurrence accrue entre Cours suprêmes et Conseil constitutionnel dans le travail d'interprétation des normes en cause dans la QPC, loi et Constitution. Un autre enjeu plus technique et moins débattu mérite pourtant aussi de s'y arrêter quelque peu : il tient au degré d'ouverture, plus ou moins élevé, que la Cour de cassation peut conférer à la QPC à travers l'interprétation des critères de renvoi.

A) Le degré d'ouverture de la QPC : intérêt personnel à la question et omission législative

Cette question du degré d'ouverture de la QPC impose de revenir sur la première des conditions de renvoi tenant à l'applicabilité de la disposition contestée au litige ou à la procédure. Il faut rappeler que le projet de loi organique déposé à l'Assemblée nationale comportait une formule plus stricte : « La disposition contestée *commande* l'issue du litige ou la validité de la procédure, ou constitue le fondement des poursuites »²⁰¹. L'amendement ayant modifié dans un sens plus souple cet article de la loi organique a été adopté par la commission de l'Assemblée à l'unanimité²⁰². Le compte-rendu des débats de la commission montre qu'elle a eu pour souci de trouver une rédaction ne laissant pas au juge une trop large faculté d'interprétation, susceptible de favoriser les refus de transmission²⁰³. Il a donc volontairement été conféré une physionomie ouverte à la QPC, l'éloignant au demeurant d'une question préjudicielle classique. La jurisprudence a tendanciellement tiré les conséquences de cette volonté et certaines décisions de la Cour de cassation citées dans notre première partie l'illustrent²⁰⁴. Il existe toutefois des arrêts en sens contraire dont il convient d'interroger la portée et le devenir. Ces arrêts concernent d'une part l'exigence d'un intérêt du requérant à la QPC, d'autre part la possibilité de renvoyer au Conseil constitutionnel une question portant sur une omission législative.

1° - L'exigence d'un intérêt personnel du requérant à la QPC ?

Comme le résume Mathieu Disant, « la loi organique requiert un simple lien d'applicabilité entre la QPC et l'instance ou la procédure à l'occasion de laquelle elle est soulevée, et ce en dehors de tout caractère déterminant de son issue. (...) En principe, le critère ne subordonne même pas la possibilité de renvoyer la question au Conseil

²⁰¹ Projet de loi organique n° 1599 relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution déposé à l'Assemblée nationale le 8 avril 2009 (nous soulignons).

²⁰² Rapport de Jean-Luc Warsmann, 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 relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, 3 septembre 2009, n° 1898, p. 62.

²⁰³ *Id.*, p. 61.

²⁰⁴ *V. supra* I, B, 1.

constitutionnel à la condition que la réponse soit *nécessaire*, ni même nécessairement *utile* à la solution du litige »²⁰⁵. Or, certains arrêts de la Cour de cassation prennent le contrepied de cette affirmation. Dans une affaire jugée le 11 juillet 2012, par exemple, était contestée une disposition du code pénal n'imposant pas de motiver la décision spéciale de porter la période de sûreté jusqu'aux deux tiers de la peine (contre la moitié habituellement) pour les infractions spécialement prévues par la loi. La Chambre criminelle relève alors que la Cour d'appel avait, en dehors de toute obligation légale, motivé une telle décision concernant le requérant. Et de conclure que la disposition n'est pas applicable au litige, « une déclaration d'inconstitutionnalité, à la supposer encourue, serait dépourvue d'incidence sur la solution du pourvoi »²⁰⁶. On voit qu'il est ici développé une conception stricte de l'applicabilité dès lors que la situation du justiciable était bien régie par l'article en cause, peu important alors qu'en pratique il ne lui en ait pas été fait application. Dans son audition par la commission des lois de l'Assemblée nationale de novembre 2012, le secrétaire général du Conseil constitutionnel se demande donc « si le critère invoqué ne dissimule pas une volonté de vérifier un intérêt personnel à soulever une QPC, voire d'identifier celle-ci à une exception d'inconstitutionnalité classique, ce qui, dans les deux cas, ne correspond pas aux intentions du législateur »²⁰⁷. D'autres arrêts vont dans le même sens.

Une telle position avait déjà été adoptée dans un arrêt du 14 septembre 2010 par la première chambre civile. Les requérants critiquaient une disposition du code de l'action sociale et des familles interdisant les libéralités de la part de personnes hébergées dans certains établissements uniquement en faveur des personnes physiques propriétaires, administrateurs ou employés desdits établissements. Autrement dit, ils estiment que le législateur aurait dû étendre cette incapacité aux personnes morales. La Cour objecte « que les intéressés poursuivant la nullité d'une libéralité consentie à une personne morale, l'inconstitutionnalité alléguée de la disposition contestée, inapplicable à ce litige, serait dépourvue d'incidence sur sa solution »²⁰⁸. Sans trop multiplier les exemples²⁰⁹, on citera enfin un arrêt selon lequel le requérant est « sans intérêt »²¹⁰ à contester le 1^{er} alinéa de l'article 59 de la loi du 29 juillet 1881 qui réduit le délai du pourvoi en cassation à trois jours en matière de presse contre cinq jours dans les conditions du droit commun. Cette absence d'intérêt du requérant à la QPC tient à ce qu'il a précisément formé un pourvoi dans le délai prescrit. La conclusion de la Cour sur l'absence d'applicabilité de la disposition contestée est critiquable : cette disposition non seulement lui est applicable mais elle a effectivement trouvé application dans le cas d'espèce. C'est plutôt l'absence supposée d'intérêt à une éventuelle abrogation qui dicte la solution de la Cour. On voit que cette dernière rapproche en effet la QPC d'une question préjudicielle classique dont la réponse est déterminante pour l'issue du litige. Il

²⁰⁵ M. Disant, *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité. Cadre juridique. Pratiques jurisprudentielles*, op. cit., p. 190.

²⁰⁶ Cass. crim., 11 juillet 2012, n° 11-88430.

²⁰⁷ Audition de Marc Guillaume, secrétaire général du Conseil constitutionnel, par la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, 21 novembre 2012, CR n° 16.

²⁰⁸ Cass. 1^{ère} civ., 14 septembre 2010, n° 10-13616.

²⁰⁹ V. encore dans le même sens : Cass. 1^{ère} civ., 6 juillet 2011, n° 11-10393 ; Cass. 1^{ère} civ., 26 juillet 2011, n° 11-40042.

²¹⁰ Cass. crim., 9 mai 2012, n° 12-81242.

semble que cette orientation s'inspire de la notion d'effet utile développée par le Conseil constitutionnel lui-même ²¹¹.

Le juge de la rue Montpensier s'est référé à « l'effet utile de la question prioritaire de constitutionnalité pour le justiciable qui l'a posée » dès sa décision du 3 décembre 2009 portant sur la loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution. Il relevait alors que préserver cet effet utile était le but des articles imposant en principe au juge le sursis à statuer dans l'attente de la décision du Conseil constitutionnel en cas de transmission de la QPC²¹². Il s'agit donc pour le justiciable à l'origine du renvoi de pouvoir bénéficier d'une éventuelle abrogation de la disposition contestée. La notion inspire logiquement les principes selon lesquels le Conseil module dans le temps les effets de ses décisions d'inconstitutionnalité. Peut-elle servir à éclairer d'autres aspects de la procédure de QPC ? Si l'on ne saurait *a priori* l'exclure, il serait selon nous abusif de l'utiliser pour interpréter les conditions de renvoi des questions dans un sens plus restrictif que ne le prévoit la lettre de la loi organique. En substituant l'expression « applicable au litige » à celle de « commande l'issue du litige », le législateur a dénoué le lien, existant dans une question préjudicielle, entre solution du litige au fond et solution de la décision sur la constitutionnalité de la loi. La notion d'effet utile ne saurait donc conduire à réintroduire ce lien de façon subreptice en conditionnant l'acceptation qui est donnée à la condition d'applicabilité. La tendance qui se dessine dans les arrêts cités de la Cour de cassation doit donc être désapprouvée, même si elle ne reflète pas l'orientation générale de sa jurisprudence. Cette tendance conduit au demeurant à refuser le renvoi de questions portant parfois sur des omissions législatives, ce qui appelle des remarques spécifiques.

2° - Le refus de renvoyer des QPC portant sur une omission législative

La notion d'omission législative inconstitutionnelle est peu connue des constitutionnalistes français ²¹³. Elle a en revanche fait l'objet de réflexions approfondies dans d'autres pays européens, notamment l'Espagne et l'Italie dont les systèmes sont par ailleurs étudiés dans ce rapport ²¹⁴. Si la place manque ici pour faire état de cette doctrine avec précision, on soulignera qu'elle établit l'éventualité de violations des droits fondamentaux par omission de textes. L'hypothèse se vérifie dans les jurisprudences des Cours constitutionnelles qui tendent à imposer une exigence d'effectivité de ces droits, se traduisant

²¹¹ En ce sens, audition de J.-C. Marin, procureur général près la Cour de cassation, Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, 19 décembre 2012, CR n° 29 : « Si quelques décisions (...) ont pu laisser croire que l'appréciation de cette condition était liée à la vérification d'un intérêt à agir de l'auteur de la question, il s'agissait avant tout dans ces affaires de donner tout son sens à la notion d'effet utile dégagée par le Conseil constitutionnel et de constater l'absence évidente de lien entre une éventuelle censure de la décision et la solution du litige pour se refuser à transmettre une QPC ».

²¹² Cons. const., n° 2009-595 DC, préc., cons. n° 17.

²¹³ V. toutefois, C. Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif : une analyse comparative en droit français, belge et allemand*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2006, 537 p. ; D. Fallon, *L'abstention de la puissance publique et la garantie des droits fondamentaux*, thèse soutenue à l'Université de Toulouse I Capitole le 16 novembre 2012, sous la direction de X. Bioy.

²¹⁴ V. not. C. Mortati, « Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore », *Foro it.*, 1970, vol. XCIII, col. 153 et s. ; L. Aguiar de Luque, « El tribunal constitucional y la función legislativa : el control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión », *Revista de derecho político*, n° 24/1987, p. 11 et s. ; I. Villaverde, « La inconstitucionalidad por omisión de los silencios legislativos », *Anuario de derecho constitucional y parlamentario*, 1996, n° 8, p. 117 et s.

par des obligations positives d'aménagement de leur régime et de protection contre les atteintes susceptibles de leur être portées. Il est aussi distingué entre omission totale et omission partielle. La première, se caractérisant par toute absence de texte, ne saurait par définition donner prise au contrôle juridictionnel. La seconde au contraire désigne l'hypothèse d'une loi ne prévoyant pas ou ne prévoyant qu'insuffisamment telle ou telle garantie d'un droit ; il est dès lors possible au juge de déclarer inconstitutionnelle cette insuffisance du texte, c'est-à-dire l'omission législative partielle, selon des dispositifs variables.

Cette trop brève présentation évoque immédiatement la première QPC renvoyée au Conseil constitutionnel par le Conseil d'État sur la cristallisation des pensions. On se souvient que, relevant d'une loi qui ne décristallisait leur pension que partiellement, les requérants réclamaient de pouvoir bénéficier de la décristallisation totale prévue par une autre loi pour d'autres types de pension. Il s'agissait donc bien de la critique d'une omission législative partielle que la rapporteure publique a qualifiée d'inconstitutionnalité « en tant que ne pas »²¹⁵. Et l'on voit aussi le lien avec la condition tenant à l'applicabilité au litige : la loi de décristallisation totale n'est pas applicable au fond aux requérants mais elle le devient « au sens et pour l'application de l'article 61-1 » dès lors qu'ils critiquent précisément leur exclusion de ses prescriptions. Comme dans cet exemple, l'atteinte alléguée à l'égalité représente la porte d'entrée classique de l'omission législative dans le contentieux constitutionnel. Elle peut être accompagnée du grief d'incompétence négative, parfois aussi invoqué isolément. Ce contentieux vise donc le champ d'application insuffisant de la loi - ce que Mathieu Disant appelle aussi une disposition d'exclusion²¹⁶. Dans de plus rares cas, un droit fondamental est invoqué isolément, sans être combiné au principe d'égalité : sa violation résulte de l'omission de garanties nécessaires par la loi. On en trouve des illustrations en matière de droits procéduraux. Par exemple, un arrêt de la Cour de cassation du 6 juin 2012 estime sérieuse une question portant sur une disposition du code de l'action sociale et des familles qui, « en fixant le point de départ du délai de recours contre l'arrêté d'admission d'un enfant en qualité de pupille de l'État à la date d'adoption de cet arrêté, (...) a pour effet, en l'absence de notification ou de publication de celui-ci, de priver les personnes ayant qualité à agir de la possibilité de former leur recours en temps utile »²¹⁷. Or, le Conseil constitutionnel juge que « si le législateur a pu choisir de donner qualité pour agir à des personnes dont la liste n'est pas limitativement établie et qui ne sauraient, par conséquent, recevoir toutes individuellement la notification de l'arrêté en cause, il ne pouvait, sans priver de garanties légales le droit d'exercer un recours juridictionnel effectif, s'abstenir de définir les cas et conditions dans lesquels celles des personnes qui présentent un lien plus étroit avec l'enfant sont effectivement mises à même d'exercer ce recours »²¹⁸. Cette déclaration d'inconstitutionnalité illustre aussi les difficultés d'une sanction juridictionnelle de l'omission ; en effet, relève le Conseil, « l'abrogation immédiate des dispositions critiquées aurait pour effet de supprimer le droit de contester l'arrêté d'admission en qualité de pupille de

²¹⁵ A. Courrèges, « Question prioritaire de constitutionnalité posée sur la décristallisation des pensions de retraite », *AJDA*, 2010, p. 1018.

²¹⁶ M. Disant, *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité. Cadre juridique. Pratiques jurisprudentielles*, *op. cit.*, p. 195.

²¹⁷ Cass. 1^{ère} civ., 6 juin 2012, n° 11-27071.

²¹⁸ Cons. const., 27 juillet 2012, n° 2012-268 QPC, *Recours contre l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État*, cons. n° 9,

l'État et aurait des conséquences manifestement excessives »²¹⁹, si bien que l'effet de l'abrogation est reporté au 1^{er} janvier 2014.

Si cet exemple montre que la Cour de cassation renvoie des questions reposant sur le moyen de l'omission législative, il apparaît une nouvelle fois que cette tendance n'est pas univoque. L'interprétation parfois restrictive de la notion d'applicabilité au litige joue ici en défaveur du renvoi de telles questions. On peut reprendre à cet égard l'arrêt précité du 14 septembre 2010 à propos de l'interdiction de recevoir des libéralités en défaveur des seules personnes physiques propriétaires, administrateurs ou employés de certains établissements médicaux²²⁰. C'est bien une omission qui est ici en cause, celle à étendre cette interdiction aux personnes morales. On a vu que selon la Cour, « les intéressés poursuivant la nullité d'une libéralité consentie à une personne morale, l'inconstitutionnalité alléguée de la disposition contestée, inapplicable à ce litige, serait dépourvue d'incidence sur sa solution »²²¹. On peut se demander si la Haute juridiction tient compte de ce que l'article en cause, critiqué dans la rédaction qui lui est donnée par une ordonnance de 2000, a été modifié précisément pour étendre l'interdiction aux personnes morales²²². Mais ce serait oublier que le Conseil constitutionnel peut remettre en cause les effets passés d'une disposition inconstitutionnelle dans ses décisions QPC, en vertu de l'article 62 de la Constitution, moyen de préserver l'effet utile de la question pour le requérant. En tout état de cause, cela confirmerait que la position de la Cour est plus guidée par une exigence implicite d'intérêt personnel à l'abrogation, non prévue par la loi organique, que par l'inapplicabilité de la disposition.

D'autres espèces refusent aussi le renvoi d'une question fondée sur une omission, dans des circonstances similaires. A une critique portant sur la carence du législateur à étendre l'indignité successorale à la personne déclarée irresponsable pénalement, il est opposé que « l'inconstitutionnalité alléguée des dispositions contestées, inapplicables à ce litige, serait dépourvue d'incidence sur sa solution »²²³. A un justiciable qui s'est vu notifié le motif de son interpellation, il est par conséquent impossible de contester l'absence d'obligation légale d'une telle notification²²⁴ ... Dans l'optique d'une protection optimale des droits fondamentaux, on peut souhaiter que cette tendance jurisprudentielle soit délaissée au profit des solutions plus compréhensives – et au demeurant plus nombreuses – concernant aussi bien la notion d'applicabilité au litige que le renvoi des omissions. Si ces deux aspects concernent donc le bon fonctionnement de la QPC, celle-ci soulève des enjeux plus vastes encore s'agissant du rôle et du positionnement institutionnel des juridictions impliquées. C'est ce qu'a montré avec éclat la jurisprudence de la Cour refusant le renvoi de sa jurisprudence au Conseil constitutionnel.

²¹⁹ *Id.*, cons. n° 11.

²²⁰ Cass. 1^{ère} civ., 14 septembre 2010, n° 10-13616, v. *supra* 1^o.

²²¹ Cass. 1^{ère} civ., 14 septembre 2010, n° 10-13616.

²²² Article 28, III de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, *JO* du 7 mars 2007, p. 4325.

²²³ Cass. 1^{ère} civ., 6 juillet 2011, n° 11-10393, préc.

²²⁴ Cass. 1^{ère} civ., 26 juillet 2011, n° 11-40042, préc.

B) Du refus de renvoi de la jurisprudence aux nouvelles stratégies de filtrage

Il est inutile de revenir en détail ici sur les arrêts, déjà évoqués en première partie, ayant dans un premier temps dissocié la disposition de loi objet de la QPC et la jurisprudence à laquelle elle donnait lieu de la part de la Cour de cassation, pour refuser le renvoi de cette seconde. La juridiction traduisait ici sa crainte de se voir concurrencée dans son rôle de Cour suprême par le Conseil constitutionnel, crainte au demeurant exprimée dès avant l'entrée en vigueur de la réforme par ses plus éminents représentants²²⁵. Cette volonté de préserver l'exclusivité de son pouvoir d'interprétation de la loi aboutissait à consacrer une forme de jurisprudence *supra-constitutionem* selon l'expression du professeur Molfessis²²⁶. Ce dernier notait que, « sans doute la jurisprudence n'est-elle pas formellement déclarée supérieure à la Constitution ; il reste que, dans le temps même où elle est considérée comme détachée de la loi, elle se trouve dotée du privilège d'être soustraite aux normes constitutionnelles »²²⁷. Ce résultat pouvait difficilement être accepté. A cela s'ajoutait l'absence de fondement théorique et pratique à la dissociation opérée entre la loi et son interprétation. Ainsi, le professeur Pascale Deumier, relevant la grande diversité des théories de l'interprétation, n'en rappelait pas moins que « aucune ne semble nier le lien existentiel par lequel, une fois énoncée, l'interprétation s'incorpore au texte – à moins que ce ne soit le texte qui se réduise à son interprétation »²²⁸. Sur le plan pratique, le contrôle *a posteriori* était contredit dans son principe même qui est de sortir « d'une logique purement abstraite pour connaître la loi vivante, non la loi parlementaire mais la loi juridictionnelle, celle qui produit des effets concrets sur les justiciables »²²⁹. Cette position a rapidement été abandonnée par la Cour de cassation, qui n'en reste pas moins soucieuse de défendre son pouvoir d'interprétation de la loi, développant à cet égard de nouvelles stratégies de filtrage. Ces stratégies consistent ni plus ni moins à s'appropriier pleinement le nouveau rôle qui lui est conféré par la réforme, contrastant avec ce qui a été considéré comme son rejet initial de la QPC. Cette appropriation passe par un retour aux refus de renvoi fondés sur l'absence de caractère sérieux ou sur une interprétation de la loi visant à la mettre à l'abri du doute de constitutionnalité.

²²⁵ V. V. Lamanda, « Cour de cassation et contrôle de constitutionnalité », *LPA*, n° 126, 25 juin 2009, p. 3 : « En outre, le Conseil constitutionnel ne pourrait-il pas être tenté de contrôler le travail du Conseil d'État et de la Cour de cassation, en s'érigeant en Cour suprême agissant sur des juridictions partiellement subordonnées ? ».

²²⁶ N. Molfessis, « La jurisprudence *supra-constitutionem* », *JCP G*, n° 42, 18 octobre 2010, p. 1959. V. aussi D. de Béchillon, « L'interprétation de la Cour de cassation ne peut pas être complètement tenue à l'écart du contrôle de constitutionnalité des lois », *JCP G*, n° 24, 14 juin 2010, 676 : « Chacun comprend sans la moindre peine que la Cour de cassation veuille conserver sur les lois la latitude d'interprétation qui est traditionnellement la sienne. Il n'y a rien là d'illégitime. Mais on ne saurait admettre (...) que cette liberté emporte licence absolue – et incontrôlée par principe – de donner de la loi une interprétation contraire aux droits et libertés que la Constitution garantit ».

²²⁷ N. Molfessis, « La jurisprudence *supra-constitutionem* », *préc.*, p. 1959.

²²⁸ P. Deumier, « QPC : la question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du contrôle de l'interprétation de la loi) », *RTDciv*, 2010 p 508 ; v. aussi P. Thery, « De la QPC comme révélateur des mentalités : la Cour de cassation demeure et ne se rend pas... », *RTDciv.*, 2010, p. 810 : « L'idée que l'interprétation ne se dissocie pas du texte est une constante du monde des juristes, dans la théorie du droit comme dans sa pratique » ; D. de Béchillon, « L'interprétation de la Cour de cassation ne peut pas être complètement tenue à l'écart du contrôle de constitutionnalité des lois », *préc.* : « Toute la théorie juridique moderne rejoint l'expérience quotidienne pour enseigner que l'on ne peut jamais lire un texte juridique indépendamment de l'interprétation dont il fait l'objet de la part des Cours suprêmes ».

²²⁹ D. Rousseau, « L'art italien au Conseil constitutionnel : les décisions des 6 et 14 octobre 2010 », *Gaz. Pal.*, 21 octobre 2010, n° 294, p. 12.

1° - Motivation sur l'absence de caractère sérieux des QPC

La première réaction a donc été, comme le préconisait au demeurant le professeur Deumier, « d'abandonner le terrain glissant de la position de principe, théorique, générale et absolue, pour revenir sur le terrain bien plus ferme du filtrage, en ramenant la discussion à l'appréciation du caractère sérieux de l'inconstitutionnalité de la disposition telle qu'interprétée »²³⁰. Les arrêts du 20 mai 2011 précités, rendus par l'Assemblée plénière, en représentent la meilleure illustration. Les deux questions posées portaient en effet sur de pures constructions jurisprudentielles, ne s'adossant que formellement aux articles 7 et 8 du code de procédure pénale, qui déterminent les délais de prescription en matière respectivement de crimes et de délits, et à l'article 203 du même code donnant la définition des infractions connexes²³¹. On sait que la Haute juridiction, soucieuse que ces règles prétoriques ne soient pas remises en cause, s'est placée sur le terrain de l'absence de sérieux des questions posées. Certes, le refus de renvoi n'en a pas moins été vivement contesté. Il reste qu'une telle critique porte sur l'opportunité d'une solution donnée, contrairement à celle visant la position de principe consistant à mettre la jurisprudence à l'abri du contrôle du Conseil constitutionnel. La vivacité de certains commentaires s'explique par le contexte d'ensemble des arrêts rendus. Il faut souhaiter que, la procédure de QPC s'acclimatant, l'exercice doctrinal d'appréciation du bien-fondé des motivations retenues redevienne plus serein.

En effet, quoi qu'on ait eu tendance à distinguer dans un premier temps l'exercice de filtrage d'une part de l'appréciation de constitutionnalité de la loi d'autre part, l'on ne voit pas comment l'un pourrait aller sans l'autre. La condition de sérieux de la question porte bien sur le fond : l'existence d'un doute sur la conformité de la disposition de loi à la Constitution qui oblige à une première confrontation de l'une et de l'autre. L'on ne saurait affirmer dès lors que « jusqu'à ces arrêts du 20 mai 2011, il semblait acquis que le travail juridictionnel se répartissait entre une compétence d'interprétation des lois réservée à la Cour de cassation et au Conseil d'État et une compétence de contrôle de la constitutionnalité de ces interprétations réservée au Conseil constitutionnel »²³². En réalité, le Conseil constitutionnel a toujours pris une certaine part à l'interprétation de la loi *via* la technique des réserves d'interprétation²³³. Encore cette part était-elle discrète tant qu'elle était mise en œuvre dans le cadre d'un contrôle *a priori*, s'agissant d'une loi n'ayant par définition pas encore fait l'objet d'applications juridictionnelles. Symétriquement, évaluer le bien-fondé au moins potentiel d'une allégation d'atteinte par la loi à un droit ou liberté constitutionnel fait appel au mécanisme intellectuel qui est bien celui à l'œuvre dans le contrôle de constitutionnalité ; tout

²³⁰ P. Deumier, « QPC : la question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du contrôle de l'interprétation de la loi) », *préc.*

²³¹ Ces deux constructions consistent, l'une à retarder le point de départ de la prescription de l'abus de confiance et de l'abus de biens sociaux au jour de leur apparition dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique, l'autre à étendre les effets interruptifs du délai de prescription à l'égard d'une infraction à toutes les infractions qui lui sont connexes au sens de l'article 203.

²³² D. Rousseau, « La Cour a ses raisons, la raison les siennes ! », *op. cit.*, p. 151.

²³³ V. T. di Manno, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions interprétatives en France et en Italie*, Paris, Economica-PUAM, coll. Droit public positif, 1997, 617 p. ; A. Viala, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1999, 318 p.

au plus peut-il exister une différence de degré. C'est pourquoi l'activité de filtrage des Cours suprêmes tend à être décrite désormais comme celle d'un « juge constitutionnel négatif »²³⁴.

Au demeurant, l'autorité relative de chose jugée qui s'attache à un refus de renvoi laisse ouverte la possibilité de nouvelles QPC quand ledit refus paraît contestable. La question de la motivation des arrêts d'assises en a été la première illustration²³⁵. Autre exemple, après avoir refusé de renvoyer l'article L 2324-2 du code du travail²³⁶, la Cour de cassation en a saisi le Conseil le 18 novembre 2011²³⁷. Ce dernier a jugé que l'exigence faite aux organisations syndicales d'avoir une pluralité d'élus au sein du Comité d'entreprise pour pouvoir y désigner un représentant syndical ne porte atteinte ni au principe d'égalité ni à la liberté syndicale²³⁸. A l'inverse, il est vrai que la Cour peut aussi persister dans un refus, comme celui concernant l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 réprimant la contestation des crimes contre l'humanité. Le premier arrêt du 7 mai 2010²³⁹ avait été de ceux amenant à conclure à la résistance de la Cour suprême à la QPC. Elle a pourtant réaffirmé récemment que la question posée à son encontre ne présentait pas de caractère sérieux. Alors même que le requérant n'invoquait pas cette fois la liberté d'expression, l'arrêt prend soin de souligner que l'atteinte portée à cette dernière « par une telle incrimination apparaît nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif poursuivi par le législateur : la lutte contre le racisme et l'antisémitisme ainsi que la protection de l'ordre public »²⁴⁰. Il y a là la volonté de mieux étayer la motivation de ce refus, lequel n'en a pas moins été considéré comme « laissant un goût d'inachevé »²⁴¹. Plus conforme sans doute aux intérêts du justiciable est la seconde grande orientation jurisprudentielle. Elle consiste pour la Cour suprême, ayant cette fois identifié un doute sur la constitutionnalité de la disposition, à répondre à ce doute sans en passer par le Conseil constitutionnel.

2° - Utilisation du pouvoir d'interprétation de la loi

Si la Cour a, dans l'exemple précédent, essayé de mieux motiver l'absence de caractère sérieux de la question, elle peut aussi parvenir à cette conclusion en faisant évoluer son interprétation de la loi. Elle recourt pour cela à la technique de l'interprétation conforme, comme l'arrêt précité du 15 juin 2011 sur l'article 665 du code de procédure pénale confiant au seul procureur le pouvoir de solliciter le dépaysement d'une affaire l'illustre²⁴². La chambre criminelle en profite en effet pour assujettir la procédure de dessaisissement au

²³⁴ N. Maziau, « Les bonnes raisons de la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 1775.

²³⁵ V. *supra* ; I, A, 1°.

²³⁶ Cass. QPC, 18 juin 2010, n° 10-14749.

²³⁷ Cass. soc., 18 novembre 2011, n° 11-40066.

²³⁸ Cons. const., 3 février 2012, n° 2011-216 QPC, *Désignation du représentant syndical au comité d'entreprise*.

²³⁹ Cass. crim., 7 mai 2010, n° 09-80774.

²⁴⁰ Cass. crim., 5 décembre 2012, n° 12-86382.

²⁴¹ A. Lepage, « Le Conseil constitutionnel ne connaîtra toujours pas du délit de contestation de crime contre l'humanité », *Communication commerce électronique*, n° 2, février 2013, comm. 17.

²⁴² Cass. crim., 15 juin 2011, n° 11-83703, *supra*, I, B, 3°, c. Cet arrêt fait suite à un refus de renvoi de la formation spéciale de la Cour de cassation selon lequel « il appartient à la Chambre criminelle, conformément à l'article préliminaire du code de procédure pénale, de veiller, lors de l'examen de la requête, au respect du principe de la contradiction » : Cass. QPC, 8 juillet 2010, n° 10-90048.

principe du contradictoire, ce qui lui permet de rejeter l'atteinte au droit à une procédure juste et équitable. Elle affirme en effet que la requête doit être notifiée à chacune des parties qui sont informées du droit de déposer un mémoire au greffe dans le délai de huit jours. Le législateur a ensuite complété l'article 665 d'un alinéa reprenant cette solution, lui donnant ainsi son onction²⁴³. Autre exemple, un arrêt du 3 mai 2011 affirme pour la première fois que la décision du procureur de la République d'immobiliser un navire pollueur peut faire l'objet d'un recours devant le tribunal correctionnel dans les conditions prévues aux articles 41-4 et 478 du code de procédure pénale²⁴⁴. Le professeur et conseiller à la Cour de cassation Nicolas Maziau relève qu'il « ne s'agit pas d'une décision interprétative du texte lui-même mais de la création d'une voie de droit destinée à combler un vide juridique préjudiciable aux droits fondamentaux de la personne poursuivie »²⁴⁵.

En effet, l'essentiel tient à ce que la juridiction suprême entend faire usage de son pouvoir d'interprétation au sens général, du texte critiqué comme de la réglementation dans laquelle il s'insère, pour établir la conformité à la Constitution. Les exemples d'arrêts précisant, complétant, corrigeant l'interprétation de la loi, se multiplient donc. Dans un arrêt du 21 février 2012, il est fait valoir « qu'il n'existe pas, en l'état, d'interprétation jurisprudentielle constante des dispositions législatives contestées interdisant, après clôture de la liquidation judiciaire, l'action de créanciers tendant à engager la responsabilité civile professionnelle de l'ancien liquidateur du fait de ses fautes personnelles »²⁴⁶. Un autre exemple fait suite à la décision du Conseil du 4 mai 2012 abrogeant l'article 222-33 du code pénal compte tenu de ce que les éléments constitutifs du délit de harcèlement sexuel y étaient insuffisamment définis²⁴⁷. Un justiciable a de même mis en cause l'article L 1153-1 du code du travail relatif à la qualification du harcèlement sexuel. Or, cette question a pu être rejetée car les dispositions de cet article « telles qu'interprétées à la lumière de l'article 2§1 d) de la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail, et appliquées par les juridictions judiciaires en matière civile, répondent aux objectifs de clarté et d'intelligibilité de la loi et ne méconnaissent aucun des principes constitutionnels invoqués »²⁴⁸.

Le point d'achèvement de cette orientation consiste, non plus à compléter une interprétation de la disposition contestée, mais à la modifier purement et simplement pour la rendre conforme aux exigences constitutionnelles. Ce pas a été franchi pour la première fois dans un arrêt de la Chambre criminelle du 5 octobre 2011 relatif à l'article 716-4 du code de procédure pénale qui prévoit les mesures privatives de liberté ouvrant droit à déduction sur la durée de la peine. La Chambre avait antérieurement refusé d'y inclure l'incarcération subie à l'étranger à titre provisoire à raison de faits ultérieurement jugés par une juridiction nationale saisie sur dénonciation officielle. La question posée portait sur la conformité de cette

²⁴³ Article 66 de la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, *JORF* n° 289 du 14 décembre 2011, p. 21105.

²⁴⁴ Cass. crim., 3 mai 2011, n° 11-90012.

²⁴⁵ 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 », *D.*, 2011, p. 2811.

²⁴⁶ Cass. com., 21 février 2012, n° 11-23097.

²⁴⁷ Cons. const., 4 mai 2012, n° 2012-240 QPC, *Définition du délit de harcèlement sexuel*.

²⁴⁸ Cass. soc., 11 octobre 2012, n° 12-40059.

exclusion aux articles 1^{er}, 7, 8 DDHC 1789 et 66 de la Constitution. La Cour suprême revient alors purement et simplement sur sa jurisprudence pour estimer que « l'article 716-4 du code de procédure pénale n'exclut pas de son domaine d'application la détention provisoire subie à l'étranger pour des faits jugés en France, mais prévoit au contraire, en termes généraux, que quand il y a eu détention provisoire à quelque stade que ce soit de la procédure, cette détention est intégralement déduite de la durée de la peine prononcée, ce qui inclut l'hypothèse visée par la question »²⁴⁹. Citant d'autres exemples de revirements, le conseiller Maziau relève qu'à la différence du Conseil constitutionnel, « la Cour de cassation ne disposant pas du dernier mot ne peut que modifier sa jurisprudence, à droit constitutionnel « constant », sans avoir la possibilité de certifier la constitutionnalité de la disposition législative critiquée : la loi est simplement validée puisque la Cour ne trouve pas de motifs sérieux, fondés sur un doute manifeste pour justifier un renvoi de sa jurisprudence »²⁵⁰. Cette remarque atteste le rôle d'interprète final de la Constitution revenant au juge de la rue Montpensier, seul à même de certifier la constitutionnalité de la loi. Cela étant, elle montre l'ampleur de l'espace laissé au juge de renvoi pour apprécier l'existence d'un doute sur cette constitutionnalité. Cette technique du revirement aux fins d'interprétation conforme l'amène en effet à faire le bilan des exigences constitutionnelles, telles que précisées par le Conseil ; à apprécier ce que en quoi la disposition critiquée, dans son application constante, peut leur être contraire ; à choisir enfin une nouvelle interprétation de celle-ci réputée plus conforme à ces exigences. Où l'on voit avec évidence que le filtre est bien une confrontation entre deux normes et que cette confrontation implique de les interpréter l'une et l'autre.

Si des doutes existaient au départ à cet égard, les trois ans de filtre exercé par la Cour de cassation ont permis de mettre à jour la simultanéité de ces deux types d'interprétation, celle de loi et celle de la Constitution. Ni l'une ni l'autre ne sont l'apanage soit des Cours suprêmes, soit du Conseil constitutionnel. L'entrée en vigueur de la réforme avait vu s'exprimer la crainte, notamment de la part de ses promoteurs, que le filtre ne se fasse bouchon et que le juge ordinaire n'empiète sur la compétence dévolue au juge de la rue Montpensier. La querelle sur la jurisprudence comme objet du contrôle exercé par ce dernier a montré qu'il gagnait pour sa part des possibilités démultipliées d'interagir avec le rôle d'interprétation de la loi revenant historiquement au Conseil d'État et à la Cour de cassation. Cette dernière semble s'être désormais appropriée sa nouvelle fonction, revendiquée comme étant celle de juge constitutionnel négatif. Il reste donc à savoir si un point d'équilibre durable a ainsi été trouvé ouvrant la voie à un fonctionnement satisfaisant de la procédure de QPC et à son utile contribution à la protection des droits individuels.

²⁴⁹ Cass. crim., 5 octobre 2011, n° 11-90087.

²⁵⁰ N. Maziau, « Le revirement de jurisprudence dans la procédure de QPC. Comment la Cour de cassation, dans son interprétation de la loi, s'inspire du Conseil constitutionnel dans son rôle d'interprète de la Constitution... », *D.*, 19 juillet 2012, n° 28, p. 1837.

CHAPITRE 2 – AUTORITE ET EFFETS DANS LE TEMPS DE LA DECISION DU JUGE CONSTITUTIONNEL

SECTION 1 - LES EFFETS DES ARRETS RENDUS EN MATIERE DE QUESTION D'INCONSTITUTIONNALITE EN ESPAGNE

Olivier Lecucq

*Professeur à l'Université de Pau et des pays de l'Adour
Co-directeur de l'IE2IA*

Il faut d'abord rappeler que le Professeur Bon a déjà abordé ce thème dans deux contributions somme toute assez récentes²⁵¹. La Constitution espagnole et surtout la loi organique relative au Tribunal constitutionnel envisagent avec une certaine précision le problème des effets des arrêts rendus par la Haute juridiction. Sur le plan comparatif, les caractéristiques des effets des arrêts en matière de question préjudicielle sont assez proches, pour ne pas dire semblables, dans les trois pays étudiés (Italie, France, Espagne). Il importe donc de tirer comme premier enseignement que les grandes règles qui irriguent la matière convergent très largement et qu'en définitive la même grille de lecture s'adapte, à peu près dans toutes ses colonnes, aux trois systèmes constitutionnels.

En Espagne, ce qui est frappant avant toute chose, c'est *un certain décalage qui existe, sur de nombreux aspects, entre les principes et prescription textuels, d'un côté, et le droit concrètement appliqué, d'un autre côté*. La doctrine du Tribunal constitutionnel a ainsi fait son œuvre et les préceptes textuels ont connu des aménagements qui pèsent assez considérablement sur la définition concrète que le Tribunal donne à la portée de ses propres jugements. Aussi, sous l'effet d'une œuvre prétorienne, le principe établi textuellement tend dans la réalité jurisprudentielle à devenir quasiment une exception.

I / Le cadre textuel régissant les effets des décisions du TC

Les effets des arrêts du TC sont l'objet des *articles 161 et 164 de la Constitution et des articles 38 à 40 de la LOTC*. En ce qui concerne le contrôle des lois, leurs caractéristiques s'expliquent par la nature du contrôle auquel donne lieu en particulier la question d'inconstitutionnalité, à savoir *un contrôle abstrait*, dit de norme à norme dont la finalité consiste à servir « ce que l'on appelle la "dépuración" de l'ordonnement juridique »²⁵². Selon l'article 164 de la Constitution, « *Ceux (de ces jugements) qui déclarent inconstitutionnelle une loi ou une norme ayant force de loi et tous ceux qui ne se limitent pas à l'estimation subjective d'un droit s'appliquent à tous dans tous leurs effets* ». La LOTC

²⁵¹ « La modulation des effets dans le temps d'une annulation contentieuse. Le cas de l'Espagne », *RFDA* 2004, p. 690.

²⁵² P. Cruz Villalon, « L'Espagne », in *Contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle*, PUAM, 2009, p. 130.

confirme évidemment cet effet *erga omnes* et l'autorité absolue de la chose jugée qui est ainsi attachée au contrôle de nature objective ²⁵³, tout en précisant, pour ce qui est de la question d'inconstitutionnalité, que les juges ordinaires auteurs de la question et les parties en cause seront liés par l'arrêt du TC dès qu'ils en auront connaissance, respectivement par communication immédiate et par notification ²⁵⁴. Quant aux effets des jugements proprement dits, il faut se référer aux articles 39 et 40 de la LOTC qui mettent en œuvre l'article 161.1 a) de la Constitution. La prescription la plus décisive tient au *couplage qui, sauf exception, est opéré entre déclaration d'inconstitutionnalité et nullité de la loi* (art. 39.1 LOTC).

A) Le principe du couplage déclaration d'inconstitutionnalité / nullité

En associant la déclaration d'inconstitutionnalité à celle de la nullité de la loi, la LOTC est fidèle aux conséquences radicales que l'on prête théoriquement au contrôle abstrait. L'inconstitutionnalité implique d'expulser la loi viciée de l'ordre juridique et la nullité remplit cet office de manière on ne peut plus orthodoxe puisqu'elle signifie que l'expulsion de l'ordre juridique produit ses effets dès l'origine même de la loi. Les termes de la LOTC plaident même en faveur d'un lien indéfectible, automatique, entre l'inconstitutionnalité d'une loi et sa nullité qui en serait donc la conséquence logique ²⁵⁵. Les premières décisions du TC en la matière confirment du reste ce point de vue, le juge n'hésitant pas à affirmer, avec une certaine emphase, que la déclaration d'inconstitutionnalité de la loi l'affecte *ex origine*, l'effet *ex tunc* de la déclaration étant par la même l'effet de droit commun ²⁵⁶. Le régime général ainsi appliqué aux effets des décisions du CC connaît toutefois une exception indiquée dans la LOTC.

B) L'exception posée par la LOTC ou la limite formelle à l'automaticité du lien inconstitutionnalité/nullité

La LOTC prévoit en effet une exception de taille au principe de l'effet *ex tunc*. Au titre de son *article 40.1*, la déclaration d'inconstitutionnalité ne pourra pas avoir d'effet rétroactif à l'encontre des décisions de justice définitives qui auront fait application de la loi déclarée inconstitutionnelle. L'exception exprime ici l'exigence classique que la chose définitivement jugée ne soit pas remise en cause, et il n'est pas étonnant que cette limite soit présente dans chacun des systèmes étudiés.

On notera cependant que la LOTC réserve *une exception à l'exception* en imposant l'effet *ex tunc* en matière de justice répressive (pénale ou administrative) à partir du moment où l'annulation de la norme considérée permettra « une réduction de la peine ou de la sanction ou une exclusion, une exemption ou une limitation de la responsabilité » ²⁵⁷. On remarquera d'ailleurs que, finalement, en tout cas s'agissant de la question d'inconstitutionnalité, cette

²⁵³ Art. 38.1.

²⁵⁴ Art. 38.3. Sur l'effet *erga omnes*, l'on renverra le lecteur vers : *Comentarios a ley organica del Tribunal constitucional*, Dir. J. J. Gonzalez Rivas, La Ley, 2010, pp. 428-431.

²⁵⁵ Et l'on remarquera qu'aux termes de l'article 39.1 de la LOTC toujours, l'effet radical des déclarations d'inconstitutionnalité affecte non seulement les préceptes législatifs contestés mais également ceux qui sont touchés par connexion ou conséquence.

²⁵⁶ V. en part. STC 14/81/4 et STC 60/86/1.

²⁵⁷ Art. 40.1.

exception à l'exception représente l'hypothèse la plus fréquente où l'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité prononcée sera accompagné d'une réelle nullité.

La lecture de la LOTC laisserait penser en définitive que, hormis le cas du respect dû à la chose jugée qui devient irréversible, le couple inconstitutionnalité / nullité a toute latitude pour s'épanouir. En réalité, il n'en est rien car, selon les mots de l'actuel secrétaire général du TC, Javier Jimenez Campo, ces « *déclarations si implacables ne se sont jamais matérialisées dans la définition concrète que, le plus souvent, le Tribunal confère à la portée de ses jugements* »²⁵⁸. Au point d'ailleurs que M. Jimenez Campo a pu en appeler à une révision de la LOTC afin de mettre plus en accord la réalité jurisprudentielle avec les textes²⁵⁹.

II / La fragilisation du lien inconstitutionnalité / nullité sous l'effet de la doctrine du TC

Deux raisons essentiellement, qui sont du reste liées l'une à l'autre, expliquent un certain décalage entre le cadre textuel et la définition concrète observée en jurisprudence²⁶⁰.

La première raison tient à ce que, dans certaines hypothèses, la nullité n'est pas techniquement possible : déclaration d'inconstitutionnalité portant sur une omission législative ou réserves d'interprétation. La seconde raison tient à l'extension assez considérable des limites au couplage déclaration d'inconstitutionnalité / nullité que le TC a introduite, bien au-delà de ce que prévoit la LOTC. Le lien formellement indéfectible entre l'inconstitutionnalité de la norme et sa nullité a été effectivement rompu par le TC bien au-delà de la limite tenant au respect des décisions passées en force de chose jugée. Dans la lignée d'une pratique fort répandue, il a même admis dans une certaine mesure de procéder à la modulation des effets de ses décisions.

A) *L'extension des limites à la rétroactivité des déclarations d'inconstitutionnalité*

Le découplage entre inconstitutionnalité et nullité non prévu formellement par la LOTC s'est opéré à partir de l'arrêt du TC du 20 février 1989²⁶¹ portant sur une loi qui, au nom de « l'unité familiale », instituait un système d'imposition conjointe aux couples mariés²⁶². Bien que ce système fut déclaré inconstitutionnel en raison de la rupture d'égalité qu'il introduisait en ne prévoyant pas la situation particulière des contribuables qu'il défavorisait par rapport au système de l'imposition séparée²⁶³, le TC n'en prononça pas en effet la nullité. En limitant l'effet rétroactif de la déclaration d'inconstitutionnalité, le TC évite ainsi de remettre en cause des millions de liquidations fiscales, ce qui aurait bloqué l'administration fiscale sans rétablir pour autant l'égalité entre contribuables.

²⁵⁸ « La declaración de inconstitucionalidad de la ley », in *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, dir. F. Rubio Llorente et J. Jimenez Campo, McGraw-Hill, 1998, p. 122.

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 124.

²⁶⁰ La première de toute étant sans doute à trouver dans la volonté du juge d'affirmer dans les premières années de son activité la force de la Constitution.

²⁶¹ Question d'inconstitutionnalité déclenchée à l'occasion d'un recours d'amparo.

²⁶² STC 45/1989. V. *AJJC* V-1989, p. 467 (et les références citées), et P. Bon, *op. cit.*, p. 692.

²⁶³ Dans la mesure où la déclaration d'imposition commune était imposée aux couples mariés dans l'année, quelle que soit la date de leur mariage, certains profitaient d'un avantage financier alors que d'autres y perdaient au contraire.

Plus généralement, le principe se trouve dès lors établi que, selon les termes du TC, « parmi les situations consolidées qui ne sauraient être susceptibles de révision en conséquence de la nullité (déclarée) figurent non seulement celles résultant de jugements passés en force de chose jugée (art. 40.1 LOTC), mais aussi en application du principe de sécurité juridique (art. 9.3 CE), celles établies par des décisions administratives définitives ». La brèche ainsi ouverte n'a cessé depuis lors de s'élargir. Ainsi, outre la matière fiscale qui, on le voit, est un secteur particulièrement rétif à la rétroactivité des déclarations d'inconstitutionnalité, les secteurs de l'urbanisme et de l'environnement ont par exemple conduit à maintes reprises le juge constitutionnel à fermer la voie de l'effet *ex tunc*.

La liberté prise par le TC pour ajouter une limite à celle qui est posée par la LOTC se manifeste du reste de manière générale à travers l'affirmation, toujours dans cet arrêt de 1989, que, en matière de nullité, la LOTC aurait laissé au Tribunal « la tâche de préciser sa portée au cas par cas dans la mesure où le concept de nullité n'a pas le même contenu dans les différents secteurs de "l'ordre juridique" ».

B) La modulation des effets des décisions du TC

La tâche que se reconnaît le TC de préciser la portée d'une déclaration d'inconstitutionnalité va le conduire à admettre non seulement l'effet *ex nunc* de ses décisions, à savoir que la suppression de la loi vaudra pour le procès à l'occasion duquel la question a été posée et, plus généralement, pour les instances en cours, mais également leur effet *pro futuro*.

L'arrêt fondateur en la matière, rendu le 1^{er} octobre 1998 ²⁶⁴, est bien connu. Le TC était en l'espèce saisi d'une loi de l'Etat qui érigeait deux marais en réserve naturelle et précisait leur périmètre. Il déclare cette loi inconstitutionnelle au motif que la répartition des compétences entre l'Etat et les communautés autonomes réservait à ces dernières le soin de fixer les périmètres en question. Il se garde bien cependant d'en déduire la nullité des préceptes incriminés afin de ne pas priver de protection les marais en cause tant que la Communauté autonome concernée n'a pas pris les mesures nécessaires. Cette solution trouve sa justification dans le fait que l'annulation de la loi pourtant inconstitutionnelle aurait provoqué un vide juridique non conforme à la Constitution en ce qu'il portait atteinte au droit de chacun de jouir d'un environnement propre à l'épanouissement de sa personne reconnu par l'article 45-1 de la Constitution.

Depuis, le TC a souvent eu l'occasion de différer dans le temps l'effet de ses décisions en laissant au législateur le soin de prévoir les mesures de nature à résorber l'inconstitutionnalité dénoncée. Il pratique par conséquent ce qu'il est convenu d'appeler les arrêts « appellatifs », l'annulation de la loi étant suspendue à l'intervention du législateur commandée par le juge. On remarquera que cette faculté prend en Espagne une tournure particulière dans la mesure où, semble-t-il, le TC n'a jamais indiqué de délai précis, par exemple X mois, dans lequel le législateur doit intervenir. Comme l'ont confirmé récemment les juges du TC interrogés dans le cadre d'un séminaire de travail organisé au Tribunal avec les membres de l'IE2IA sur le thème de la question d'inconstitutionnalité, l'absence de détermination d'un délai précis à l'endroit du législateur trouve son explication dans les délais extrêmement longs, plusieurs années, que prend le TC pour statuer sur les questions d'inconstitutionnalité.

²⁶⁴ STC 195/1998. V. *AJJC* XIV-1998, p. 726.

En somme, on le voit, les effets des décisions du TC, de manière générale et en matière de question d'inconstitutionnalité, procèdent pour une partie de l'application des textes afférents, la Constitution et surtout la LOTC, qui, comme le suggère le TC, correspondent à un cadre minimum, et pour une autre partie, très importante, de la doctrine du TC qui s'autorise beaucoup de largesse précisément avec les textes. Partant, plusieurs auteurs n'ont pas hésité à mettre ainsi en doute la logique issue du lien formellement indéfectible entre inconstitutionnalité et nullité, pour considérer que le juge avait introduit une sorte de renversement de perspective en prévoyant un nombre très important de dérogations au principe initial de manière à mettre à l'abri les situations qui, malgré la déclaration d'inconstitutionnalité, doivent demeurer irréversibles ou encore éviter que la suppression immédiate de la loi emporte plus d'inconvénients que d'avantages.

L'on remarquera cependant que toute cette construction trouve sa raison d'être dans le respect d'autres intérêts constitutionnels qu'il appartient au juge de protéger. A chaque fois que le TC semble se départir excessivement des exigences processuelles fixées par la Constitution ou la LOTC, il mobilise en réalité d'autres exigences constitutionnelles, le principe de sécurité juridique, tel ou tel droit fondamental, ou encore un intérêt général supérieur d'ordre économique ou financier. Bref, la tâche qu'il se reconnaît de maîtriser au cas par cas les effets de ses décisions se justifie par la recherche d'un équilibre entre des intérêts constitutionnels contradictoires, autrement dit par la réalisation d'une conciliation entre des exigences constitutionnelles qui ne peuvent être complètement satisfaites en même temps pour des circonstances données, soit des problématiques bien connues de la théorie des droits fondamentaux.

En outre, et c'est là tout l'apport d'une analyse comparatiste, le TC n'a rien inventé qui ne se retrouve peu ou prou dans les autres systèmes constitutionnels. La convergence est ici notable.

SECTION 2 - LES EFFETS DES DECISIONS DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE ITALIENNE

Karine Roudier

Docteur en Droit

CDPC Jean-Claude Escarras, UMR 7318

Les effets des décisions de la Cour constitutionnelle italienne rendues dans le cadre du contrôle incident des lois et des actes ayant force de loi se développent dans une double dimension.

D'une part, les décisions de la Cour constitutionnelle italienne produisent des effets « dans l'espace » qui varient de manière classique en fonction du type de dispositif. Ainsi les déclarations d'inconstitutionnalité d'une loi bénéficient, en vertu de l'article 136, alinéa 1^{er}, de la Constitution italienne, d'une autorité absolue de chose jugée. Leurs effets sont donc *erga omnes*. À l'inverse, et contrairement à la situation française, l'autorité des décisions qui rejettent les questions préjudicielles de constitutionnalité se limite aux parties aux procès incidents, leurs effets sont *inter partes*.

D'autre part, les décisions de la Cour constitutionnelle italienne produisent des effets « dans le temps » qui sont organisés sur la base de la combinaison des articles 136, alinéa 1^{er} de la Constitution italienne²⁶⁵ et 3, alinéa 3, de la loi n° 87 de 1953²⁶⁶. Les décisions d'inconstitutionnalité ont ainsi un effet abrogatif tout en concédant une rétroactivité « procédurale ».

La Cour constitutionnelle a très vite cherché à se soustraire de ce cadre strictement défini et notamment de la rigidité que représentait le choix binaire entre recevabilité ou rejet des questions préjudicielles et conséquences des décisions d'inconstitutionnalité. Elle a ainsi élaboré une typologie très sophistiquée de modèles de décisions qui lui ont permis de moduler les effets de ses décisions à la fois dans l'espace et dans le temps. La multiplication des modèles de décisions n'a en aucun cas remis en cause les effets « naturels » des décisions de recevabilité et de rejet. En revanche, cela a permis à la Cour de nuancer ces effets et ainsi, d'impulser un véritable dialogue avec le législateur et les juges ordinaires. La réussite de la démarche confirme le rôle central de la Cour dans le système constitutionnel italien.

Force est donc de constater, comme le souligne Paolo Passaglia, que si « l'idée kelsenienne d'un juge constitutionnel comme "législateur négatif", qui se limite à déclarer l'inconstitutionnalité des lois ou des dispositions législatives contraires à la Constitution, est bien présente dans les textes qui régissent la Cour constitutionnelle dans la partie où ils réglementent les formes de la déclaration d'inconstitutionnalité et celles du rejet des questions préjudicielles soulevées [...] la jurisprudence constitutionnelle a, toutefois, ajouté à ces choix

²⁶⁵ Article 136, alinéa 1^{er} de la Constitution italienne : « La norme de rang législatif déclarée contraire à la Constitution "cesse de produire des effets dès le lendemain de la publication de la décision" rendue par la Cour constitutionnelle ».

²⁶⁶ Article 3, al. 3 de la loi n° 87 de 1953 : « les normes déclarées inconstitutionnelles *ne peuvent plus être appliquées* dès le lendemain de la publication de la décision ».

un certain nombre d'options ultérieures »²⁶⁷. La typologie des décisions sur le fond [*di merito*] que la Cour constitutionnelle italienne peut rendre, ressort en conséquence complexe et variée et influence les effets des décisions qui se voient donc modulés dans les deux sens ci-dessus exposés : dans l'espace (I) et dans le temps (II).

I / La précision des effets des décisions de la Cour constitutionnelle « dans l'espace »

La Constitution italienne prévoit exclusivement la déclaration d'inconstitutionnalité, ses effets et les modalités de publication et de notification de la décision²⁶⁸. Elle a ainsi ouvert à la Cour constitutionnelle un vaste champ d'alternatives, entre la recevabilité et le rejet de la question, sur la base desquelles, en l'absence de motifs préjudiciels permettant d'adopter une décision purement processuelle, la Cour constitutionnelle apprécie l'existence ou l'absence de contrariété entre la norme législative déférée et le paramètre constitutionnel, dont la méconnaissance est prétendue.

Dans le second cas (absence de contrariété), la Cour constitutionnelle rend un arrêt ou une ordonnance de rejet dans lequel elle prononce la question non fondée ou « manifestement » infondée selon la difficulté, plus ou moins grande de la question. Dans le premier cas (existence d'une contrariété), la Cour rend un arrêt de recevabilité et se dirige sur la voie de l'inconstitutionnalité. Les effets de ces deux types de décisions sont très différents : ils sont respectivement *inter partes* (A) ou, à l'inverse, *erga omnes* (B).

A) Les effets *inter partes* des décisions de rejet

*** Principe**

Par une décision de rejet, la Cour exclut l'existence d'une inconstitutionnalité dans les limites de la question qui a été soulevée par le juge *a quo*. Cela signifie que la décision de rejet *n'équivaut pas* à un brevet de constitutionnalité de la disposition législative déférée. Elle se limite seulement à résoudre la question spécifique d'inconstitutionnalité dans les termes avec lesquels elle a été présentée à la Cour. L'effet de cette décision de rejet est limité au procès *a quo*.

Dans cette hypothèse, la décision de rejet interdit au juge qui a soulevé la question préjudicielle déclarée infondée de reposer la *même* question dans le cadre du *même* procès incident. En revanche, une décision de rejet n'exclut en aucun cas que d'autres juges – ou le même juge mais dans le cadre d'un *nouveau* procès – présentent à la Cour la même question préjudicielle car la Cour pourrait finalement l'accueillir²⁶⁹.

*** Variété des décisions de rejet**

Les décisions de rejet qui font suite à un examen sur le fond de l'affaire par la Cour constitutionnelle italienne peuvent revêtir deux formes. Les décisions de rejet se limitent parfois à constater l'absence d'antinomies entre normes législatives et normes

²⁶⁷ P. Passaglia, *Le Juge constitutionnel et le Législateur. L'expérience italienne*, Sarrebrück, Editions universitaires européennes, 2011, p. 91.

²⁶⁸ Cf. Article 136 de la Constitution italienne et article 30 de la loi n° 87 de 1953.

²⁶⁹ Cf. la question relative à une disposition du code pénal qui prévoyait seulement l'adultère de la femme en tant que délit et non celui du mari (art. 559 du code pénal). La question a été une première fois rejetée car déclarée non fondée (*Cour const.* n° 64 de 1961) et par la suite admise (*Cour const.* n° 126 de 1968).

constitutionnelles. Elles subordonnent d'autres fois l'absence de vices de constitutionnalité à l'adoption d'une certaine interprétation de la disposition législative contestée.

* Les décisions de rejet « interprétatives »

Ces dernières décisions dites « interprétatives »²⁷⁰ de rejet constituent la première catégorie de décisions créées par la Cour pour se soustraire à la rigidité que représente le choix entre admission et rejet de la question préjudicielle. En effet, la Cour a eu conscience du risque que pouvait représenter un usage trop radical des décisions de recevabilité, qui aurait pu créer des vides et des lacunes dans l'ordre juridique face auxquels le législateur serait, peut-être, resté inerte et créer des situations d'inconstitutionnalité encore plus graves. Ainsi, la Cour a toujours veillé à ne pas prononcer des décisions ayant pour effet de faire disparaître la norme censurée du système juridique dès lors que l'interprétation de la disposition législative déférée pouvait lui permettre de déduire une compatibilité significative, de cette disposition avec la Constitution²⁷¹.

* Effets des décisions de rejet « interprétatives »

Les décisions de rejet dites « interprétatives » ont des effets *inter partes* qui vont cependant au-delà du simple rejet. Elles limitent en effet (ou, pour être plus exact, cherchent à limiter)²⁷² les interprétations de la disposition, et donc, en premier lieu, les pouvoirs interprétatifs des juges. Les arrêts interprétatifs de rejet ont une valeur simplement persuasive et non contraignante, exception faite pour le juge *a quo*. La Cour constitutionnelle italienne invite les juges ordinaires à abandonner les interprétations constitutionnellement incompatibles en faveur de celles conformes aux valeurs constitutionnelles.

* En ce qui concerne les rapports avec le législateur, « les décisions de rejet sont parfois enrichies d'invitations ou d'avertissements ou même de menaces que la Cour adresse au législateur pour qu'il réforme une norme qui n'a pas été déclarée inconstitutionnelle, mais qui pourrait l'être la prochaine fois. La Cour essaie donc d'établir une *sorte de dialogue constructif avec le législateur*, afin de faire évoluer l'ordre juridique tout en évitant les conséquences, parfois difficiles à maîtriser, d'une déclaration d'inconstitutionnalité. Par exemple, s'il s'agit d'une disposition qui confère un bénéfice à certains sujets et la Cour constate que le bénéfice est insuffisant, la déclaration d'inconstitutionnalité aurait l'effet d'éliminer le bénéfice pour tous, et donc d'éloigner le droit positif des exigences constitutionnelles : c'est donc le Parlement qui doit intervenir. L'impact de ces invitations / avertissements / menaces est, malheureusement, plutôt réduit, car les motifs des décisions de

²⁷⁰ Avec les arrêts interprétatifs de rejet, la Cour reconnaît à la disposition examinée un sens conforme à la Constitution, différent de celui que le juge *a quo* avait extrait de la même disposition. La question est donc déclarée non fondée, dans le sens et dans les limites de sa motivation : il est attribué ainsi un sens à la disposition déférée – différent de celui présenté par le juge *a quo* que la Cour aurait jugé, plus ou moins explicitement, inconstitutionnel – alternatif et conforme à la Constitution, qui sera indiqué dans la motivation de l'arrêt.

²⁷¹ Les décisions interprétatives de rejet naissent avec l'activité de la Cour : cf. *Cour const.* n° 8 de 1956. Elles se fondent sur le monopole reconnu à la Cour de pouvoir non seulement interpréter la Constitution mais aussi de pouvoir interpréter de manière autonome les dispositions législatives soumises à son examen sans être liée par la lecture proposée par le juge *a quo* (cf. la distinction entre disposition et la norme sur laquelle la doctrine italienne a largement débattue, par exemple *Cour const.* n° 84 de 1996).
Voir *Cour const.* n° 46 de 2010 sur les articles 80 et 131 du d.P.R. n° 1124 de 1965.

²⁷² P. Passaglia, *Le Juge constitutionnel et le Législateur. L'expérience italienne*, Sarrebrück, Editions universitaires européennes, 2011, p. 91.

la Cour sont dépourvus de force obligatoire »²⁷³. En effet, l'autorité de la chose jugée est limitée aux dispositifs et ne touche donc pas les motifs des décisions. L'étendue de la chose jugée ne posera en revanche aucune difficulté dès lors que la Cour constitutionnelle rend une décision de recevabilité.

B) Les effets erga omnes des décisions de recevabilité

*** Principe**

La Cour rend un arrêt de recevabilité lorsqu'elle reconnaît l'inconstitutionnalité de la disposition législative faisant l'objet de la question préjudicielle. Cette décision a une *portée générale* au sens de l'article 136 de la Constitution italienne et de l'article 30, troisième alinéa, de la loi n° 87 de 1953.

La déclaration d'inconstitutionnalité a donc une valeur *erga omnes* et elle oblige tous les juges – y compris le juge *a quo* – à ne plus faire application de la disposition déclarée inconstitutionnelle.

*** Variété des décisions de recevabilité**

Les décisions d'inconstitutionnalité peuvent être « interprétatives », « manipulatives »²⁷⁴ ou encore « additives de principe ». Ces nuances introduites par la Cour lui permettent d'exercer sa mission et de déclarer, si nécessaire, l'inconstitutionnalité d'une disposition *sans pour autant créer un vide juridique ou rompre le principe de continuité du droit*. Ainsi, les effets des décisions de recevabilité sont plus soutenus à l'égard du législateur (qui doit agir en fonction de la décision de la Cour) et du juge ordinaire (qui se sert de la décision pour lire le droit en vigueur).

*** Décisions interprétatives de recevabilité ou d'inconstitutionnalité**

À l'instar des décisions interprétatives de rejet, la Cour constitutionnelle rend *une décision interprétative d'inconstitutionnalité* (ou décisions interprétatives de recevabilité) lorsqu'elle se trouve en présence de dispositions susceptibles de recevoir diverses interprétations dont seulement une ou quelques unes sont compatibles à la Constitution. Par cette catégorie de décision, la Cour déclare l'inconstitutionnalité, non pas d'une disposition mais d'une interprétation qu'on lui donne : la disposition reste donc en vigueur mais la déclaration de la Cour interdit qu'on lui donne une certaine interprétation.

La Cour constitutionnelle en a fait une utilisation abondante au cours de la première décennie de son activité afin de réagir au non respect de la part des juges (et surtout de la Cour de cassation) des décisions interprétatives de rejet²⁷⁵. Le développement de la théorie du

²⁷³ *Ibidem* p. 92 L'adoption des arrêts interprétatifs de rejet a connu une restructuration à partir des années quatre-vingt, lorsque le Juge des lois, soucieux d'éviter toute tension avec le pouvoir interprétatif – concurrent – des juges communs (et particulièrement de la Cour de cassation, titulaire du pouvoir de donner l'interprétation exacte et uniforme des normes subordonnées à la Constitution [*potere nomofilachia*]), a limité sa propre autonomie d'interprétation en acceptant de juger la disposition dans le sens normatif qu'elle recouvre dans la réalité juridique (c'est-à-dire la doctrine du droit vivant), soit dans l'interprétation objectivement consolidée par voie jurisprudentielle.

²⁷⁴ Nous renvoyons ici à T. Di Manno, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions « interprétatives » en France et en Italie*, Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 1997.

²⁷⁵ Cf. la technique de la *doppia pronuncia*.

droit vivant a incité la Cour constitutionnelle a abandonné cette catégorie de décisions ²⁷⁶ au privilège de décisions d'inconstitutionnalité « simple » totale ou partielle.

* Décisions « manipulatives »

Si les décisions interprétatives prennent leur source dans la possibilité de déduire d'un texte différentes significations concurrentes, une autre catégorie de *décisions dites « manipulatives »* [*manipulative*] se fonde sur la possibilité d'extraire de la disposition plusieurs fragments sur lesquels la Cour constitutionnelle peut « agir » pour transformer le sens normatif de la disposition, en le réduisant (décision ablatives), en l'étoffant (décisions additives ²⁷⁷) ou en en substituant une partie (décision substitutive ²⁷⁸).

Les décisions « manipulatives » présentent l'avantage d'assurer la conformité entre la loi et la Constitution sans qu'aucune intervention ultérieure ne soit nécessaire et sans que les conséquences négatives d'une décision d'inconstitutionnalité « simple » puissent se produire.

Pour autant, les décisions additives et substitutives n'ont pas manqué de soulever des questions quant à l'étendue de la compétence de la Cour constitutionnelle à agir sur le texte de loi. Afin d'éviter un usage abusif des décisions « manipulatives », il a rapidement été souligné que la Cour, n'étant pas un législateur, ne pouvait pas adopter la logique de celui-ci et se trouvait donc dans l'impossibilité de « créer » des normes tout en pouvant les déduire. Autrement dit, la Cour n'est pas « libre » comme l'est le législateur, de produire des dispositions, du moment qu'elle peut manipuler les dispositions existantes seulement dans la mesure où la manipulation est le fruit d'une déduction rigoureuse de contenus normatifs immédiatement imposés par la Constitution. Par conséquent, son pouvoir normatif n'est jamais un pouvoir de création libre, mais plutôt un strict pouvoir de reproduction en forme de disposition des exigences constitutionnelles.

Ce pouvoir peut être utilisé uniquement dans la mesure où la déduction des contenus se traduit par une composition « à rimes obligées » selon l'expression de V. Crisafulli. Cela signifie que si pour remédier aux défauts d'une disposition, la solution n'est pas obligée (plusieurs « rimes » sont possibles), la Cour doit s'arrêter et laisser la place au seul pouvoir qui dispose d'une marge d'appréciation en la matière, c'est-à-dire au pouvoir législatif ²⁷⁹. Or, si le législateur ne se conforme pas aux indications de la Cour, le problème demeure irrésolu, du moins jusqu'à une éventuelle décision déclarant l'inconstitutionnalité. C'est pour cette raison que la Cour a parfois recouru à une nouvelle technique, celle des décisions additives de principe.

* Les décisions additives de principe

Dans le but de dépasser l'impossibilité de rendre une décision additive lorsque plusieurs solutions s'offrent pour résoudre le vice d'inconstitutionnalité de la disposition déférée, la Cour a fait usage, dès lors que cela était possible, des décisions additives de principe qui ajoutent à la disposition censurée un principe – plutôt qu'une disposition – qui est le dénominateur commun des solutions éventuelles et auxquelles les juges sont habilités à faire

²⁷⁶ Voir cependant une résurgence récente : *Cour const.* n° 78 de 2007 et 395 de 2008.

²⁷⁷ *Cour const.* n° 190 de 1970, n° 68 de 1978 en matière de référendum, plus récemment n° 317 et 333 de 2009.

²⁷⁸ *Cour const.* n° 15 de 1969, n° 168 de 2005.

²⁷⁹ Ainsi, lorsqu'il existe une pluralité de solutions permettant de déclarer la norme constitutionnelle, et non pas une solution unique qui s'imposerait d'elle-même, la Cour décline sa propre compétence en affirmant qu'il appartient au législateur d'opérer un tel choix discrétionnaire et déclare la question irrecevable.

référence immédiatement, jusqu'à ce que le législateur intervienne et opère le choix discrétionnaire, afin de concrétiser, ainsi, le principe ²⁸⁰.

En d'autres termes et pour reprendre l'expression de V. Crisafulli, lorsque les « rimes » ne sont pas « obligées », la déclaration d'inconstitutionnalité s'associe, non à l'addition d'une disposition (ce qui serait impossible), mais à l'addition de contenus génériques dérivant d'un ou plusieurs principes, dont la mise en œuvre revient, en définitive, au législateur et, provisoirement, aux juges, appelés à appliquer le(s) principe(s) aux cas concrets, dans l'attente d'une réponse du législateur ayant une portée générale.

Avec cette catégorie de décision, la Cour constitutionnelle instaure un dialogue non seulement avec le législateur qui est appelé à colmater les défauts de la disposition législative mais aussi avec les juges sur lesquels reposent, dans l'attente de l'intervention législative, le devoir d'appliquer le principe énoncé dans la décision d'inconstitutionnalité.

Les effets des décisions de la Cour constitutionnelle visent ainsi fréquemment le législateur d'abord, les juges ordinaires ensuite. La Cour ne se borne pas à un rôle de censeur mais participe activement à la production législative demandant constamment une collaboration active du législateur. Plus la collaboration fait défaut, plus l'initiative de la Cour augmente. Les techniques de décision deviennent plus riches et plus complexes parce que les techniques simples n'arrivent pas à obtenir les résultats requis en terme de conformité de la législation à la Constitution. Dans le développement de ces techniques, la Cour constitutionnelle cherche de l'aide parmi les juges ordinaires afin qu'ils deviennent ses alliés dans l'interprétation constitutionnelle des dispositions sur le court terme, dans l'attente d'une réaction sur le plan législatif. Pour parfaire l'effet de ces décisions, la Cour constitutionnelle en est aussi venue à les moduler dans le temps de sorte que la cohérence de l'ordre juridique et la sécurité juridique soient améliorées.

II / La modulation des effets des décisions de la Cour constitutionnelle « dans le temps » ²⁸¹

Les effets dans le temps des décisions de la Cour constitutionnelle sont organisés par l'article 136, alinéa 1^{er} de la Constitution italienne et l'article 3, alinéa 3 de la loi n° 87 de 1953.

* *Articulation des deux normes* : « L'effet de la décision de la Cour constitutionnelle se présente donc pour le futur comme un effet substantiel analogue à l'abrogation ; pour le passé comme un effet processuel qui se répercute naturellement sur les situations substantielles en cours » ²⁸².

* Principe des deux normes : effets automatiques = Pas de modulation par la Cour.

²⁸⁰ cf. notamment *Cour const.* n° 385 de 2005 et 77 de 2007.

²⁸¹ Nous renvoyons sur la question de la modulation des effets dans le temps des décisions de la Cour constitutionnelle à la présentation complète et détaillée du professeur T. Di Manno, « La modulation des effets dans le temps des décisions de la Cour constitutionnelle italienne », *RFDA*, n° 4-2004, pp. 700-711 et à R. Pinardi, *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità*, Milan Giuffrè, 1993.

²⁸² G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologne, Il Mulino, 1988, p. 266.

Les effets des décisions d'inconstitutionnalité de la Cour constitutionnelle sont intégralement prévus par le droit et se produisent d'une manière absolument automatique.

* Assouplissement du principe – Modulation par la Cour

Cette modulation automatique imposée par les textes a pu s'avérer trop rigide et largement insuffisante pour amortir l'impact d'une déclaration d'inconstitutionnalité sur l'ordre juridique. La Cour constitutionnelle a rapidement eu conscience que ces décisions de recevabilité pouvaient produire des effets qui dépassaient très largement la simple déclaration d'inconstitutionnalité de la disposition déférée en ayant un impact considérable et plus général à l'intérieur de l'ordre juridique (par la création de situation de plus grande inconstitutionnalité, incidence sur l'exercice de l'activité juridictionnelle, conséquences économiques et sociales notamment). Or, le juge constitutionnel ne peut occulter le contexte économique et social dans lequel il prend place comme il ne peut ignorer le bouleversement normatif et la rupture dans l'ordre juridique que peut engendrer une déclaration d'inconstitutionnalité.

Pour concilier le principe de constitutionnalité et celui de « continuité » de l'ordre juridique, la Cour constitutionnelle a donc voulu, au milieu des années 80', sortir de ce carcan pour moduler elle-même les effets dans le temps de ses décisions d'inconstitutionnalité et ce, afin de faire « face à l'inertie endémique du législateur italien qui n'a jamais su répondre efficacement aux conséquences automatiques des déclarations d'inconstitutionnalité ». La Cour s'est « reconnue le pouvoir de « manipuler » les effets dans le temps de ces décisions comme elle s'était déjà octroyée, pour les mêmes raisons, celui de “manipuler” le contenu normatif des lois soumises à son contrôle ». La Cour constitutionnelle a ainsi développé des techniques juridictionnelles ²⁸³ pour dépasser les effets des articles 136 de la Constitution et 30 de la loi de 1953 et ainsi, moduler les effets des ses décisions dans le passé (A) mais aussi dans le futur (B).

A) La modulation des effets des décisions dans le passé

* Objectif de la modulation

L'application « automatique » de l'article 30 de la loi n° 87 de 1953 implique qu'une loi déclarée inconstitutionnelle ne doit plus s'appliquer à l'ensemble des situations en cours. La Cour constitutionnelle veut parfois contenir cette rétroactivité procédurale pour les procès en cours. Elle opte alors pour une modulation des effets de sa déclaration d'inconstitutionnalité dans le passé.

Pour ce faire, elle considère que la disposition déférée ne présentait pas de vices de constitutionnalité lorsqu'elle est entrée en vigueur mais que l'inconstitutionnalité s'est constituée à un moment postérieur à cette prise d'effet. Cette modulation est destinée à favoriser une transition entre l'ancien et le nouveau régime qui soit la plus respectueuse possible des situations subjectives déjà constituées ²⁸⁴.

²⁸³ Corte costituzionale, *Effetti temporali delle sentenze della Corte anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milan, Giuffrè, 1988 (actes du séminaire organisé par la Cour constitutionnelle italienne).

²⁸⁴ G. Zagrebelsky, « Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle pronunce d'incostituzionalità : possibilità e limiti », in Corte costituzionale, *Effetti temporali delle sentenze della Corte anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milan, Giuffrè, 1988 (actes du séminaire organisé par la Cour constitutionnelle italienne), p. 197.

Dans cette hypothèse, la Cour constitutionnelle reconnaît qu'il y a vice d'inconstitutionnalité et rend donc des arrêts de recevabilité qui ont des effets *erga omnes*.

* Forme des décisions incorporant la modulation

Les arrêts de recevabilité modulant les effets de l'inconstitutionnalité dans le passé peuvent prendre la forme de décision d'inconstitutionnalité survenue ou d'inconstitutionnalité différée.

* Les décisions d'inconstitutionnalité survenue

La Cour constitutionnelle fixe « le point de départ des effets “rétroactifs” de la déclaration d'inconstitutionnalité non pas à compter de l'entrée en vigueur de la loi, mais à partir de la survenance du vice de constitutionnalité »²⁸⁵.

La loi ne présentait donc aucun vice d'inconstitutionnalité *ab initio*. Elle est devenue inconstitutionnelle à la suite d'évènements – normatifs ou non – dont la vérification conditionne l'inconstitutionnalité.

La dérogation à la règle générale de la rétroactivité des décisions de recevabilité consiste ici dans le fait que la disposition cesse de s'appliquer non pas du jour où elle est entrée en vigueur mais du moment où elle est devenue inconstitutionnelle.

Cette évolution peut découler d'un changement du paramètre de constitutionnalité²⁸⁶ ou d'un changement dans les circonstances de droit ou de fait. Dans cette dernière hypothèse, la Cour constitutionnelle utilise une formule explicite puisqu'elle déclare la loi contraire à la Constitution « à partir du moment où ... »²⁸⁷.

Comme le souligne Th. Di Manno, cette modulation des effets des décisions confère un large pouvoir discrétionnaire au juge constitutionnel qui devient en quelque sorte le « maître du temps ». La Cour constitutionnelle essaie donc de s'appuyer sur des éléments de faits objectifs afin de démontrer la survenance de l'inconstitutionnalité et évite de donner une date précise à laquelle la loi aurait « basculé » dans une « autre » période de vie²⁸⁸.

* Les décisions d'inconstitutionnalité différée

La Cour constitutionnelle est ici confrontée à un conflit de valeurs entre celles que la déclaration d'inconstitutionnalité garantit et celles qui seraient affectées par cette même déclaration. Elle parvient alors à assurer une forme de conciliation de ces valeurs en différant la prise d'effet de l'inconstitutionnalité en indiquant la date à partir de laquelle la disposition doit être considérée inconstitutionnelle²⁸⁹.

Avec ces décisions, la Cour « parvient à réduire, voire à annihiler les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité sur les situations en cours, de manière à éviter que la “rétroactivité” habituelle de cette déclaration n'aboutisse à méconnaître d'autres exigences constitutionnelles ». Pour cela, la Cour « reconnaît l'inconstitutionnalité de la loi mais ne fait

²⁸⁵ T. Di Manno, « La modulation des effets dans le temps des décisions de la Cour constitutionnelle italienne », *RFDA*, n° 4-2004, p. 702.

²⁸⁶ Hypothèse de la législation issue de la période fasciste restée en vigueur après la nouvelle Constitution, la Cour a daté l'inconstitutionnalité à compter de l'entrée en vigueur de la Constitution, cf. *Cour const.* n° 1 de 1956, J. Tremcau, « La caducité des lois incompatibles avec la Constitution », *AJJC*, VI-1990, *Economica-PUAM*, 1992, p. 230 et s.

²⁸⁷ Pour un changement dans les circonstances de droit, *Cour const.* n° 8 de 1976, 448 de 1991, 416 de 1992 ; pour un changement dans les circonstances de fait, *Cour const.* n° 202 de 1976, 519 de 1995.

²⁸⁸ T. Di Manno, « La modulation des effets dans le temps ... », *op. cit.*, p. 705.

²⁸⁹ *Cour const.* n° 501 de 1988 (pensions des magistrats admis à faire valoir leur droit à la retraite), 50 de 1989

pas coïncider les effets rétroactifs de cette déclaration avec le moment où le vice d'inconstitutionnalité est apparu. Au contraire, malgré la survenance de l'inconstitutionnalité de la loi à un moment déterminé [...], la Cour préfère différer dans le temps c'est-à-dire à un autre moment, les effets rétroactifs de sa déclaration d'inconstitutionnalité »²⁹⁰.

La dérogation à la règle de la rétroactivité est ici plus importante que dans le cadre de l'emploi des déclarations d'inconstitutionnalité survenue non seulement parce que la Cour constitutionnelle se concède une marge d'appréciation plus grande pour choisir le moment à partir duquel l'inconstitutionnalité apparaît mais aussi parce qu'une telle décision peut inciter à considérer que la disposition déclarée inconstitutionnelle est encore applicable au procès *quo* ou au procès en cours.

À ce titre, la Cour constitutionnelle prend le risque de ne pas être suivie par les juges ordinaires qui pourraient se limiter à une interprétation automatique de la déclaration d'inconstitutionnalité de la disposition par la juridiction constitutionnelle et refuser toute modulation temporelle de la décision.

B) La modulation des effets des décisions dans le futur

Cette modulation pour le futur a exigé une subtilité de la part de la Cour constitutionnelle afin qu'elle ne se heurte automatiquement à l'article 136 de la Constitution italienne. En effet, cette disposition déclenche des effets abrogatifs dès lors que l'inconstitutionnalité de la loi est déclarée. Si la Cour veut retarder les effets abrogatifs, elle est contrainte de mettre de côté les arrêts de recevabilité qui constatent l'inconstitutionnalité de la loi pour privilégier les arrêts de rejets.

La Cour constitutionnelle ne rend cependant pas des décisions de rejet pur et simple. Selon l'expression de G. Zagrebelsky, ces décisions présentent la forme de décisions de « rejet précaires » dans la mesure où le brevet de constitutionnalité de la loi n'est délivré qu'à titre provisoire et sous réserve d'une intervention prochaine du législateur²⁹¹.

Elle évite ainsi de créer des vides juridiques trop préjudiciables à la « continuité » de l'ordre juridique et s'adresse principalement au seul législateur en sollicitant sur un ton plus ou moins menaçant son intervention afin de mettre la loi en meilleure harmonie avec la Constitution²⁹². La Cour constitutionnelle trouve ici un équilibre à sa technique : « l'absolution provisoire de la loi prononcée par la Cour [...] est donc contrebalancée par un appel au législateur. Cet appel au législateur tient lieu, en quelque sorte, d'épée de Damoclès, dans la mesure où la Cour laisse entendre, plus ou moins ouvertement, que si cet appel n'est pas entendu, alors la censure de la loi sera inévitable à l'occasion de son prochain examen »²⁹³.

Deux catégories de décisions se distinguent selon le degré de menace d'invalidation : les décisions directives et les décisions d'inconstitutionnalité reconnue mais non déclarée.

²⁹⁰ T. Di Manno, « La modulation des effets dans le temps », *op. cit.*, p. 705.

²⁹¹ G. Zagrebelsky, « Il controllo ... », *op. cit.*, p. 207.

²⁹² En ce sens, les décisions « manipulatives » *pro futuro* se distinguent des décisions « manipulatives » dans le passé.

²⁹³ T. Di Manno, « La modulation des effets dans le temps », *op. cit.*, p. 706.

* Les décisions directives

Avec ce premier degré de menace, la Cour alerte simplement le législateur sur le risque d'inconstitutionnalité qu'encourent les lois soumises à son examen. Cela peut-être assimilé à un signal d'alarme constitutionnel qui signifie que la loi est "encore" conforme à la Constitution mais le respect plein et entier du principe de constitutionnalité exige une intervention du législateur plus ou moins rapide.

Ces décisions directives vont du simple souhait formulé au législateur ²⁹⁴ - que l'on peut assimiler à un encouragement pour engager une réforme de la législation dans un domaine précis - auquel le législateur peut rester sourd, à des décisions de constitutionnalité provisoire.

Avec ces dernières décisions, la Cour constitutionnelle reconnaît que la loi déférée est pour l'instant conforme à la Constitution exclusivement en raison du fait que la matière faisant l'objet de la loi revêt un caractère temporaire. La Cour avertit donc le législateur que si une telle matière venait à devenir définitive ou ne faisait pas l'objet de modifications substantielles, elle serait obligatoirement déclarée inconstitutionnelle à l'avenir.

Les décisions de constitutionnalité provisoire rejettent la question préjudicielle de constitutionnalité comme étant non fondée pour des raisons extraordinaires et exceptionnelles. Le caractère contingent et provisoire de la loi rejaillit sur sa constitutionnalité qui devient elle aussi provisoire ²⁹⁵.

Il est important de souligner ici que les décisions de constitutionnalité provisoire gardent une cohérence formelle : en reconnaissant que la loi est encore conforme à la Constitution, la Cour ne se contredit pas dans le dispositif de rejet qu'elle retient et dans lequel elle tire les conséquences exactes de la motivation. Cette cohérence formelle entre la motivation et le dispositif est en revanche perdue dans les décisions d'inconstitutionnalité reconnue mais non déclarée ²⁹⁶.

* Les décisions d'inconstitutionnalité reconnue mais non déclarée

La Cour constitutionnelle reconnaît ouvertement le contraste entre la disposition déférée et les principes constitutionnels au travers de formules qui ne laissent place à aucun doute quant à l'existence d'une situation d'inconstitutionnalité. La doctrine a alors qualifié ces arrêts de décisions d'inconstitutionnalité reconnue mais non déclarée puisque la Cour rend ici une décision de rejet afin de respecter la discrétionnalité du législateur.

Ces décisions sont donc porteuses d'une « contradiction intrinsèque ». La Cour dans les motifs reconnaît explicitement l'inconstitutionnalité de la loi mais rend un dispositif de rejet afin de faire barrage aux effets abrogatifs de l'article 136 de la Constitution. La Cour constitutionnelle est consciente de l'inconstitutionnalité de la loi mais elle préfère la « sauver » pour le moment selon sa propre expression en raison de l'atteinte trop grave au principe de « continuité » de l'ordre juridique que son invalidation provoquerait. La seule contrepartie que la Cour a pu trouver à ce type de décisions est d'insérer une forme d'ultimatum à l'encontre du législateur, mais sans date butoir ²⁹⁷.

²⁹⁴ *Cour const.* n° 114 de 1964.

²⁹⁵ *Cour const.* n° 310 de 2003 et particulièrement l'arrêt n° 15 de 1982.

²⁹⁶ Th. Di Manno, « La modulation des effets dans le temps », *op. cit.*, p. 708

²⁹⁷ cf. *Ibidem* p. 708-710 ; *Cour const.* n° 212 de 1986, 230 de 1987, 125 de 1992, 526 de 2000.

En principe, l'intervention du législateur devrait être assurée lorsque la Cour rend des décisions qui « sauvent » provisoirement la disposition contestée tout en déclarant son inconstitutionnalité (sorte d'incompatibilité tirée du modèle allemand) : dans ce cas, le législateur se voit en effet contraint d'intervenir pour éviter que la déclaration d'inconstitutionnalité survienne et produise ses effets ordinaires, susceptibles d'entraîner des troubles majeurs dans l'ordre juridique. L'emploi du verbe au conditionnel est la conséquence de l'observation de la pratique, qui a vu à maintes occasions le législateur ne pas se conformer à ce genre de décisions. Le suivi de ces décisions prouve que le législateur ne se hâte pas à agir comme la Cour le lui demande. Cette inertie a pris de telles proportions que la Cour constitutionnelle a cherché un nouveau moyen pour éviter le développement de véritables dénis de justice qu'avouait ce type de décision. Ainsi, dans les années 80, elle a mis en place des arrêts d'inconstitutionnalité additifs de principe (cf. *supra*). Ils ne permettent pas de lutter contre les effets abrogatifs de l'article 136 de la Constitution mais ils permettent à la Cour de ne pas laisser de vides juridiques et de ne pas encourir le reproche de n'avoir pas censuré une loi pourtant ouvertement inconstitutionnelle.

L'ensemble de ces décisions permet à la Cour constitutionnelle italienne d'adresser des invitations ou de véritables appels au législateur. Elles semblent assimilables à une fonction dialectique de recommandation et de stimulation à l'encontre du Parlement et du Gouvernement, ou bien de détermination des choix législatifs que ces derniers sont appelés à adopter.

Si, globalement, les décisions de la Cour constitutionnelle sont suivies par les juges de droit commun, le législateur agit toujours avec une forme de résistance si bien qu'au-delà du pur effet des décisions de la Cour constitutionnelle, il semble intéressant de s'attacher à l'examen de l'exécution de ces décisions et notamment, les motifs de refus d'exécution.

A N N E X E

Effets dans l'espace				
Décisions de rejet		Décisions de recevabilité		
<p>Décisions de rejet "simple"</p> <p>Absence d'antinomie entre la loi et la Constitution</p>	<p>Décisions interprétatives de rejet</p> <p>= pas de vice d'inconstitutionnalité si une certaine interprétation est donnée à la loi</p>	<p>Décisions interprétatives de recevabilité</p>	<p>Décisions manipulatives</p> <ul style="list-style-type: none"> - ablatives - additives - substitutives <p>uniquement dans la mesure où la déduction des contenus se traduit par une composition « à rimes obligées »</p>	<p>Additives de principe</p> <p>Lorsque les « rimes » ne sont pas obligées : addition de contenus génériques dérivant d'un ou plusieurs principes</p>
Effet <i>inter partes</i>		Effet <i>erga omnes</i>		
	<p>Vis-à-vis du juge ordinaire</p> <p>Effets plus poussés car limitent le pouvoir interprétatif des juges ordinaires</p> <p>Mais valeur persuasive et non contraignante</p>	<p>la Cour déclare l'inconstitutionnalité d'une interprétation de la disposition législative Cette interprétation s'impose au juge et au législateur</p>	<p>La « manipulation » de la Cour constitutionnelle s'impose au juge et au législateur</p>	<p>La mise en œuvre de cette interprétation de la Cour constitutionnelle revient, en définitive, au législateur et, provisoirement, aux juges, appelés à appliquer le(s) principe(s) aux cas concrets, dans l'attente d'une réponse du législateur ayant une portée générale</p>
<p>Dialogue avec le législateur :</p> <ul style="list-style-type: none"> * invitation/ avertissement/menaces pour une réforme de la norme qui n'a pas été déclarée cette fois-ci inconstitutionnelle * impact réduit car les motifs des décisions n'ont pas de force obligatoire 				

Effets dans le temps				
Principe : pour le futur et rétroactivité procédurale				
Modulation dans le passé		Modulation dans le futur		
Arrêts de recevabilité = <i>effet erga omnes</i>		Arrêts de rejet = <i>effet inter partes</i>		
<p>Décisions d'inconstitutionnalité survenues</p>	<p>Décisions d'inconstitutionnalité différée</p>	<p>Décisions directives</p>		<p>Décisions d'inconstitutionnalité reconnue mais non déclarée</p>
		<p>Souhaits de réforme législative</p>	<p>Décisions de constitutionnalité provisoire</p>	

– Partie 1 –

**Le filtrage de la question de constitutionnalité et les rapports
entre Cours constitutionnelles et juges ordinaires**

Vers un contrôle de constitutionnalité en partie diffus ?

INTRODUCTION PARTIE 1

La procédure de question de constitutionnalité sur renvoi du juge ordinaire fait pleinement participer ce dernier au système de justice constitutionnelle : c'est une innovation décisive en France où les juges se sont vus interdire de tous temps le contrôle de constitutionnalité de la loi et où celui exercé *a priori* par le Conseil constitutionnel les exclut presque totalement, si ce n'est pour appliquer l'autorité de chose jugée dans les rares occasions où les conditions en sont réunies. C'est pourquoi il convenait de procéder à un examen comparatif des conditions de renvoi des questions de constitutionnalité et de la façon dont les juridictions ordinaires s'acquittent de cette tâche dans les différents pays.

En filigrane à cet examen transparaît la question du degré de diffusion ou de déconcentration du contrôle de constitutionnalité qu'induit le mécanisme de renvoi préjudiciel. En effet, en France, le souci a été manifesté par les auteurs de la réforme que ce contrôle demeure l'apanage du juge constitutionnel ; des hésitations ont existé au sein de la doctrine même sur la façon de qualifier le travail de filtre, en particulier celui portant sur l'appréciation du caractère sérieux – ou non dépourvu de sérieux – de la question posée. Néanmoins, pour que ce filtre joue son rôle, il doit bien consister en une première confrontation entre la norme objet du contrôle et la norme paramètre du contrôle. Dès lors, se pose plutôt la question de savoir si une clé de répartition des compétences entre juge du filtre et juge constitutionnel peut être trouvée. Les contributions qui suivent montrent la difficulté de la réponse à y apporter dans tous les pays étudiés.

CHAPITRE 1 – CONVERGENCES ET DIVERGENCES DES MODALITES DE FILTRAGE

SECTION 1 – LES CONDITIONS DE RECEVABILITE DE LA QUESTION PREJUDICIELLE DE CONSTITUTIONNALITE EN DROIT COMPARE

Pierre Bon

*Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour
Directeur de l'Institut d'études ibériques et ibérico-américaines
- Droit et politique comparés (CNRS, UMR 7318)*

Autriche, 1929. C'est dans ce pays et cette année-là que, pour la première fois en Europe, apparaît le mécanisme de la question préjudicielle de constitutionnalité. En effet, lorsque la Constitution autrichienne de 1920 avait institué la Haute cour constitutionnelle d'Autriche²⁹⁸, elle avait mis en place un contrôle abstrait des lois sur saisine d'autorités politiques mais elle n'avait pas institué un contrôle concret sur saisine du juge ordinaire. C. Eisenmann n'avait pas tardé à le déplorer, considérant qu'il ne fallait pas que la mission de garantir le respect par les lois de la Constitution soit exclusivement entre les mains d'organes politiques car ces derniers risquaient de « s'inspirer, pour décider s'ils attaqueront ou non une loi, de considérations extra juridiques d'opportunité, ou même faire de leur décision l'enjeu d'un marchandage politique »²⁹⁹. De son côté, H. Kelsen, dans son article visionnaire sur la justice constitutionnelle, avait proposé d'ouvrir la saisine aux Cours suprêmes voire à tous les tribunaux³⁰⁰. Ils ont été entendus puisque, lors de la révision constitutionnelle de 1929, il a été permis aux tribunaux suprêmes de l'ordre judiciaire et administratif, c'est-à-dire à la Cour suprême de justice et à la Cour administrative, de poser une question préjudicielle de constitutionnalité à la Haute cour constitutionnelle, droit de saisine élargi en 1975 à tout tribunal appelé à statuer en deuxième instance puis, par la suite, aux chambres indépendantes du contentieux administratif, à la Cour d'asile et à l'Office fédéral des marchés publics.

Ce mécanisme de la question préjudicielle de constitutionnalité, indispensable complément à la saisine par des autorités politiques, s'est généralisé puisque, aujourd'hui, la plupart des cours constitutionnelles peuvent également être saisies par le juge ordinaire : si

²⁹⁸ Précédée de quelques mois, il ne faut pas l'oublier, par la Cour constitutionnelle de Tchécoslovaquie. Voir P. Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, 1987, p. 262 et ss.

²⁹⁹ C. Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute cour constitutionnelle d'Autriche*, 1928, réédition Economica/PUAM, 1986, p. 189.

³⁰⁰ H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) », *RDP* 1928, p. 246.

l'on s'en tient aux principaux pays d'Europe de l'ouest, c'est le cas en Italie depuis 1947 avec la question incidente de constitutionnalité, en Allemagne depuis 1949 avec le contrôle concret des normes, en Espagne depuis 1978 avec la question d'inconstitutionnalité, en Belgique depuis 1989 avec la question préjudicielle et en France depuis 2008 avec la question prioritaire de constitutionnalité.

Certes, il y a entre ces différents pays un certain nombre de différences. Par exemple, on sait que la question prioritaire de constitutionnalité française présente trois grandes particularités ³⁰¹.

En premier lieu, alors que, ailleurs ou partout ailleurs, une question préjudicielle de constitutionnalité peut être posée à propos de n'importe quel grief d'inconstitutionnalité, il n'en va pas de même en France ³⁰² : la question d'inconstitutionnalité ne peut être posée que lorsque « il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution reconnaît » ³⁰³. C'est dire qu'il peut y avoir un contrôle *a posteriori* de la loi et que la théorie de la loi écran ne joue plus lorsque sont en cause les droits et libertés constitutionnels (ce qui est le plus important pour le justiciable). C'est dire *a contrario* qu'il ne peut y avoir de contrôle *a posteriori* et que la théorie de la loi écran joue toujours lorsque les droits et libertés constitutionnels ne sont pas en cause (ce qui est quand même non négligeable).

En second lieu, alors que, ailleurs ou partout ailleurs, une question préjudicielle de constitutionnalité peut être posée directement au juge constitutionnel par n'importe quel juge ordinaire, quelle que soit sa place dans la hiérarchie des cours et tribunaux, il n'en va pas de même en France ³⁰⁴ : seul le Conseil d'État ou la Cour de cassation peuvent saisir le Conseil constitutionnel. En d'autres termes, lorsque, devant un juge inférieur, se pose une question de constitutionnalité et que celle-ci lui semble pertinente, il devra surseoir à statuer, saisir directement de la question le juge suprême de l'ordre juridictionnel dont il relève et ce n'est que si ce dernier considère à son tour qu'effectivement un problème se pose qu'il saisira le Conseil constitutionnel.

En troisième lieu, alors que, ailleurs ou partout ailleurs, la question d'inconstitutionnalité peut être posée par le juge soit à l'initiative des parties soit d'office, il n'en va pas de même en France : elle ne peut pas être posée d'office par le juge ordinaire ; elle doit être soulevée devant lui par l'une des parties au procès dont il est saisi. En d'autres termes, elle n'est pas un instrument entre les mains du juge (même si ce dernier joue un rôle

³⁰¹ Pour plus de détails sur ces particularités, voir P. Bon, « La question préjudicielle de constitutionnalité en France : solution ou problème ? », *Le contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle en France : quelles pratiques ?*, PUAM, 2009, p. 228.

³⁰² Et en Belgique puisque la question préjudicielle ne peut être posée qu'au cas de violation possible des articles 8 à 32 (« des Belges et de leurs droits »), 170 et 172 (« des finances »), 191 (droits des étrangers) de la Constitution et des règles de répartition des compétences entre l'Etat, les Communautés et les régions qu'elle contient.

³⁰³ Article 61-1 nouveau de la Constitution.

³⁰⁴ Et en Autriche puisque, comme on l'a déjà indiqué, une question de constitutionnalité ne peut être posée que par la Cour suprême de justice et la Cour administrative et, depuis 1975, par tout tribunal appelé à statuer en seconde instance auxquels se sont ajoutés par la suite les chambres indépendantes du contentieux administratif, la Cour d'asile et l'Office fédéral des marchés publics. A noter que, en Allemagne, la version initiale de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale n'ouvrait la saisine qu'aux tribunaux fédéraux supérieurs (dans le cas des lois fédérales de même qu'aux tribunaux de *Land* de rang le plus élevé dans le cas d'une loi de *Land*). Mais, la première chambre civile de la Cour de justice fédérale en ayant profité pour s'attribuer un rôle de chambre constitutionnelle, cette restriction a été supprimée en 1956.

considérable dans la suite de la procédure). Elle est exclusivement un instrument entre les mains des parties. Il y a là sans nul doute une *capitis diminutio* du rôle de juge ordinaire qui serait difficilement concevable ailleurs.

En dépit de ces particularités, la question prioritaire de constitutionnalité française fait globalement partie de la famille des questions préjudicielles de constitutionnalité, une famille déjà constituée, pour s'en tenir aux exemples précédemment évoqués, de la question incidente de constitutionnalité italienne, du contrôle concret des normes allemand, de la question d'inconstitutionnalité espagnole et de la question préjudicielle belge. Dans la mesure où, dans chacun de ces pays, on a affaire à un système concentré de contrôle de la constitutionnalité des lois, lorsqu'un problème relatif à la constitutionnalité d'une loi se pose devant le juge ordinaire, ce dernier ne peut le résoudre lui-même par le biais d'une exception d'inconstitutionnalité. Puisque ce problème échappe à sa compétence, il doit le soumettre au juge constitutionnel par le biais d'une question préjudicielle de constitutionnalité. On sait en effet la différence qu'il y a, en droit procédural, entre la technique de l'exception et la technique de la question : on a affaire à une exception lorsque le problème qu'elle pose peut être résolu par le juge devant lequel elle est soulevée de telle sorte que s'applique alors le principe selon lequel le juge de l'action est le juge de l'exception ; il y a en revanche matière à question lorsque son objet échappe à la compétence du juge devant lequel elle est posée.

En conséquence, le juge ordinaire devant lequel se pose un problème de conformité d'une loi à la constitution devra, dans un système de justice constitutionnelle concentré, le transmettre au juge constitutionnel par le biais d'une question préjudicielle de constitutionnalité si les deux conditions suivantes sont remplies : il faut d'abord que se pose effectivement une question de constitutionnalité ; il faut ensuite que cette question soit préjudicielle. Ce sont ces deux conditions que l'on voudrait étudier dans une perspective de droit comparé, conditions qui, finalement, sont la reprise pure et simple, au niveau constitutionnel, des conditions des questions préjudicielles qui existent en France depuis au moins la moitié du XIX^e siècle lorsque se pose devant le juge administratif (ou judiciaire) une question qui échappe à sa compétence pour relever de celle du juge judiciaire (ou administratif)³⁰⁵, conditions dont, par la suite, s'est inspiré le droit communautaire lorsqu'il a mis en place le renvoi préjudiciel devant ce qui est aujourd'hui la Cour de justice de l'Union européenne.

I / Une question de constitutionnalité

S'agissant des questions « traditionnelles », si l'on entend par là les questions qui peuvent se poser au sein de la justice ordinaire lorsqu'elle est organisée de manière dualiste et qu'est soulevée devant le juge administratif (ou judiciaire) une question qui échappe à sa compétence pour relever de celle de l'autre ordre de juridiction, elles peuvent avoir les objets les plus divers³⁰⁶ : elles peuvent porter sur l'interprétation d'un acte juridique (le juge administratif renvoyant par exemple au juge judiciaire l'interprétation d'un contrat de vente), sur l'appréciation de sa validité (le juge administratif renvoyant par exemple au juge judiciaire l'appréciation de la validité d'accords passés en application du Code du travail), sur

³⁰⁵ A leur propos, le président Odent (R. Odent, *Contentieux administratif*, Les cours de droit, fasc. I, p. 146) écrit en effet que, « pour qu'il y ait question préjudicielle, il faut qu'il y ait une question et que cette question préjuge en tout ou partie le jugement au fond ».

³⁰⁶ B. Seiller, V^o Questions préjudicielles, *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, n^o 42 et ss.

une qualification juridique (le juge administratif renvoyant par exemple au juge judiciaire la question de savoir si un salarié a la qualité de salarié protégé), voire sur une question de fait (le juge administratif renvoyant par exemple au juge judiciaire la question de savoir qui a construit un baraquement).

En revanche, s'agissant des « nouvelles » questions préjudicielles, c'est-à-dire des questions préjudicielles de constitutionnalité qui sont apparues en Europe à partir de 1929, leur objet est plus réduit puisqu'il porte exclusivement sur un problème de constitutionnalité : le juge ordinaire ne pourra saisir le juge constitutionnel que s'il a le sentiment qu'une loi est inconstitutionnelle, sentiment qu'il devra expliciter dans son ordonnance de renvoi.

Mais, sur l'un et l'autre de ces deux points, on peut constater un certain nombre de nuances selon la cour constitutionnelle considérée : s'agissant du sentiment d'inconstitutionnalité éprouvé par le juge ordinaire, on lui demandera ici d'être certain que la loi est inconstitutionnelle alors que, ailleurs, il suffira qu'il éprouve des doutes plus ou moins sérieux ; s'agissant maintenant de l'explication de l'inconstitutionnalité, on lui imposera ici de développer une argumentation détaillée alors que, ailleurs, une extrême concision sera de règle.

A) Le sentiment d'inconstitutionnalité : de la certitude au doute plus ou moins sérieux

C'est en Allemagne que le juge ordinaire ne peut saisir la Cour constitutionnelle que s'il est certain que la loi est inconstitutionnelle. L'article 100, premier alinéa, de la Loi fondamentale subordonne en effet la saisine du juge constitutionnel à la condition que le juge ordinaire « estime » que la loi est inconstitutionnelle. Comme le relève par exemple J.-C. Béguin³⁰⁷, « les juges du fond doivent être convaincus de l'inconstitutionnalité. Ils doivent donc, non seulement fixer eux-mêmes le sens des textes qu'ils ont à appliquer, mais également se prononcer sur la validité de ces textes – ce qui implique une interprétation de la Loi fondamentale ».

En Autriche, en revanche, l'article 89, alinéa 2, de la Constitution fédérale précisant que, « si la Cour suprême ou une juridiction d'appel doute de la constitutionnalité d'une loi qu'elle doit appliquer, elle introduira une demande d'abrogation auprès de la Cour constitutionnelle »³⁰⁸, « le seul doute oblige, la certitude n'est pas nécessaire »³⁰⁹. Exiger que le juge ordinaire soit certain de l'inconstitutionnalité de la loi, comme c'est le cas en Allemagne, peut en effet être considéré comme guère compatible avec un système de contrôle concentré de la constitutionnalité des lois puisque c'est admettre que le juge ordinaire se livre à un contrôle entier de constitutionnalité (même si seul le juge constitutionnel peut déclarer la loi inconstitutionnelle). En revanche, se contenter d'un doute semble plus respectueux de la prévalence du juge constitutionnel. Toutefois, il ne faut pas se cacher que le juge ordinaire se livre à une sorte de pré-jugement de constitutionnalité, il est vrai en termes moins catégoriques et plus hypothétiques. Au surplus, tout dépend en réalité de l'intensité du doute.

³⁰⁷ J.-C. Béguin, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République fédérale allemande*, Economica, p. 1982.

³⁰⁸ Disposition applicable, *mutatis mutandis*, à la Cour administrative sur le fondement de l'article 135, alinéa 4.

³⁰⁹ O. Pfersmann, « Le contrôle concret en Autriche », *Le contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle en France : quelles pratiques ?*, précit., p. 103.

C'est ainsi que la Cour suprême autrichienne semble avoir eu tendance à ne saisir la Cour constitutionnelle que lorsque le doute était tel qu'elle était en réalité quasi certaine que la loi était inconstitutionnelle, ce qui explique que le nombre des saisines de sa part ait été très peu élevé³¹⁰. On a alors espéré que les juridictions d'appel, qui se sont vu reconnaître le droit de saisir la Cour constitutionnelle en 1975, aient une attitude moins restrictive mais les données statistiques ne semblent pas aller dans ce sens³¹¹. En tout état de cause, le doute éprouvé par le juge ordinaire, quelle qu'en soit l'intensité, doit être son propre doute : certes, le doute peut lui être instillé par les parties mais il ne saisira le juge constitutionnel que s'il le partage effectivement.

De la même manière, en Espagne, un doute suffit puisque l'article 163 de la Constitution permet au juge ordinaire de saisir le Tribunal constitutionnel lorsqu'il considère qu'une norme ayant force de loi « pourrait être contraire à la Constitution », formule qui a été reprise littéralement par l'article 35-1 de la loi organique relative au Tribunal constitutionnel. De la même manière aussi, ce doute est le doute personnel du juge. Selon une jurisprudence constante du Tribunal constitutionnel, ce dernier ne saurait se limiter à reprendre à son compte les argumentations des parties ou celles du ministère public sans développer une argumentation propre.

La formulation italienne est partiellement différente. Sur le fondement de l'article premier de la loi constitutionnelle n° 1 du 9 février 1948 dont les dispositions ont été reprises sur ce point par l'article 23 de la loi n° 87 du 11 mars 1953 sur la Constitution et le fonctionnement de la Cour constitutionnelle, il faut que la question de constitutionnalité soit « non manifestement infondée ». Comme le précise J.-C. Escarras³¹², « contrairement à ce que peut laisser penser la double négation que contient la formule..., la *non manifesta infondatezza* d'une question n'implique pas que celle-ci doive être fondée pour être recevable devant la haute instance ». Elle signifie simplement que « le juge *a quo*, avant de la renvoyer à la Cour, doit examiner si la question soulevée a un minimum de fondement, si le doute sur sa légitimité a quelque raison d'être... ; il ne doit pas être convaincu que la norme attaquée est inconstitutionnelle mais doit, plus modestement, contrôler s'il existe des raisons, mêmes minimales, de douter de sa constitutionnalité »³¹³. En d'autres termes, « le jugement sur la *manifesta infondatezza* » est l'exemple typique d'un examen délibératoire au moyen duquel on ne tend pas à établir de façon exhaustive si les vices de constitutionnalité invoqués ont une substance mais simplement s'ils présentent un *fumus boni iuris* qui justifie le renvoi à la Cour constitutionnelle... Il en résulte qu'une question de constitutionnalité ne peut être déclarée manifestement infondée que lorsque l'inconsistance des arguments qui la soutiennent apparaît *ictu oculi*, quand peu de mots suffisent à la démontrer, alors que, à l'inverse, serait contradictoire une procédure qui, pour démontrer la *manifesta infondatezza* de la question, utiliserait une argumentation complexe³¹⁴. En un mot, si, en Autriche et en Espagne, il suffit que le juge *a quo* éprouve un doute, sans autre qualificatif, les textes indiquent en Italie que ce doute ne doit pas être manifestement infondé, ce qui peut être considéré comme une exigence moindre réduisant le rôle de filtre confié au juge *a quo*. Cela explique, du moins en partie, la

³¹⁰ S. Peyrou-Pistouley, *La Cour constitutionnelle et le contrôle de la constitutionnalité des lois en Autriche*, Economica, p. 265.

³¹¹ *Ibid.*

³¹² J.-C. Escarras, « Eléments de référence », *La justice constitutionnelle en Italie*, Cahiers du CDPC, 1987, p. 44.

³¹³ G.U. Rescigno, *Corso di diritto pubblico*, 2^{ème} éd., 1984, p. 481, cité par J.-C. Escarras, art. cit., p. 44.

³¹⁴ A. Pizzorusso, *Lezioni di diritto costituzionale*, 1978, p. 396, cité par J.-C. Escarras, art. cit., pp. 44-45.

multiplication des questions de constitutionnalité posées par lui à la Cour constitutionnelle à telle enseigne que cette dernière était, dans les années 1980, au bord de la paralysie. Aussi a-t-elle été conduite à exercer un contrôle sensiblement plus serré que par le passé sur la manière dont les juges *a quibus* apprécient la *non manifesta infondatezza*³¹⁵ avant, à partir de 1996, de dégager de façon prétorienne une nouvelle condition de recevabilité des questions de constitutionnalité pour en limiter le nombre, l'impossibilité d'une interprétation conforme de la loi à la Constitution³¹⁶.

C'est dans ce contexte que se situe le système français de la question prioritaire de constitutionnalité. Comme on le sait, l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, dans sa rédaction issue de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, ne pose pas exactement les mêmes règles selon que la question est soulevée devant les juridictions relevant du Conseil d'État ou de la Cour de cassation ou devant l'une ou l'autre des deux juridictions suprêmes.

Dans la première hypothèse, l'article 23-2, 3°, de l'ordonnance dispose que la juridiction devra transmettre la question à la juridiction suprême dont elle relève si « elle n'est pas dépourvue de caractère sérieux ».

Dans la seconde hypothèse, l'article 23-4 indique que le Conseil d'État ou la Cour de cassation devront renvoyer la question au Conseil constitutionnel si elle « est nouvelle ou présente un caractère sérieux ».

S'agissant du caractère sérieux de la question, la formulation n'est donc pas la même dans les deux hypothèses : dans la première hypothèse, il suffit que la question ne soit pas dépourvue de caractère sérieux ; dans la seconde hypothèse, il faut qu'elle présente un caractère sérieux. Comme cela a été souvent relevé³¹⁷, au niveau des juges du fond, l'analyse du sérieux se limite à écarter les questions fantaisistes ou à but dilatoire, ce qui revient à dire que sont seules laissées de côté les questions privées de tout caractère sérieux. Au niveau des juridictions suprêmes, l'analyse du caractère sérieux consiste à vérifier au contraire, comme l'écrivait Laferrière³¹⁸ à propos des questions préjudicielles « traditionnelles », qu'il y a bien « une difficulté réelle... de nature à faire naître un doute dans un esprit éclairé ». En d'autres termes, le filtre est sensiblement plus resserré au niveau des juridictions suprêmes qu'il ne l'est au niveau des juges du fond, ce qui explique que beaucoup de questions transmises par les juges du premier ou du second degré à la juridiction suprême dont ils relèvent ne soient pas renvoyées par cette dernière au Conseil constitutionnel. On peut alors être tenté de

³¹⁵ J.-C. Escarras, art. cit. p. 45 auquel on se rapportera pour plus de détails sur les techniques utilisées.

³¹⁶ Voir sur ce point le rapport de T. Di Manno. Certes, partout, le juge a l'obligation de tenter de dégager une interprétation de la loi conforme à la Constitution, compte tenu de la présomption de constitutionnalité qui pèse sur les lois, et ce n'est que s'il n'y arrive pas qu'il doit saisir la Cour constitutionnelle. Mais, semble-t-il, ce n'est qu'en Italie que cette obligation a été érigée, à partir de 1996, en condition de recevabilité de la question en ce sens que, si elle est méconnue, c'est-à-dire si la Cour constitutionnelle estime qu'il y a une interprétation possible de la loi qui la rend conforme à la Constitution, elle déclare la question irrecevable et renvoie au juge *a quo* le soin de dégager cette interprétation. Ailleurs (et en Italie avant 1996), cela n'empêche pas la Cour constitutionnelle d'entrer dans l'examen au fond de la question et de rendre une décision interprétative de rejet dans laquelle elle dégage elle-même l'interprétation de la loi conforme à la Constitution qui s'impose ensuite au juge *a quo*.

³¹⁷ Voir par exemple C. Maugué et J.-H. Stahl, *La question prioritaire de constitutionnalité*, Dalloz, 2^e éd., 2013, p. 68

³¹⁸ Cité Par R. Odent, *op. cit.*, p. 146.

considérer que, au niveau des juridictions du fond, on a un filtre léger, c'est-à-dire un filtre « à l'italienne », tandis que, au niveau du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, on a un filtre plus resserré que ce qui se passe en Autriche ou en Espagne puisqu'il ne suffit pas qu'il y ait un doute mais qu'il faut que ce doute soit sérieux. Ainsi, dans l'intensité du sentiment d'inconstitutionnalité que doit éprouver le juge *a quo* pour saisir le juge constitutionnel, il y aurait la gradation suivante : doute non manifestement infondé (Italie ou France s'agissant des juges du fond), doute sans autre qualificatif (Autriche, Espagne), doute sérieux (France s'agissant des juridictions suprêmes), certitude (Allemagne). Cela dit, il ne faut pas se cacher que cette gradation est sans doute simplificatrice tant il est facile de passer de l'un à l'autre de ces différents degrés qu'il est dès lors difficile de caractériser de manière systématique.

Quant au caractère nouveau de la question, qui ne se prête guère à une analyse de droit comparé dans la mesure où cette notion n'existe *in terminis* que dans le système français de la question prioritaire de constitutionnalité (et encore au seul niveau du Conseil d'État et de la Cour de cassation), on se contentera de rappeler la manière dont le Conseil constitutionnel l'a défini³¹⁹. Pour lui, la question est nouvelle dans deux hypothèses. En premier lieu, « 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 ». En d'autres termes, si est en cause dans la question une disposition constitutionnelle que le juge constitutionnel n'a pas encore eu l'occasion d'appliquer, ce qui, en pratique, correspond principalement à des dispositions constitutionnelles nouvelles, il devra être obligatoirement saisi de la question. Cette exigence peut sembler curieuse du point de vue du droit comparé : elle fait en effet du juge constitutionnel l'interprète unique de ces dispositions constitutionnelles, réduisant à néant le pouvoir d'interprétation du juge ordinaire alors que, ailleurs, le juge ordinaire n'est jamais privé d'un tel pouvoir et que le juge constitutionnel n'est qu'un interprète suprême. En second lieu, poursuit le Conseil constitutionnel, dans les autres cas, le législateur organique « 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 ». Cela veut dire que, alors même que la question ne présente pas de façon évidente un caractère sérieux ou alors même qu'elle est dépourvue de tout caractère sérieux, il sera loisible au juge suprême de saisir le juge constitutionnel s'il estime que cela présente un intérêt, par exemple parce qu'il s'agit d'une question qui se pose dans de nombreuses instances de telle sorte qu'il est opportun que le Conseil constitutionnel la tranche lui-même en amont avec l'autorité qui s'attache à ses décisions³²⁰. En tout état de cause, conclut le Conseil sur ce point, « une question prioritaire de constitutionnalité ne peut être nouvelle au sens de ces dispositions au seul motif que la disposition législative contestée n'a pas déjà été examinée par le Conseil constitutionnel ».

B) L'explication de l'inconstitutionnalité : de l'argumentation détaillée à une extrême concision

Si le juge ordinaire a le sentiment qu'il y a un problème d'inconstitutionnalité, il va alors saisir le juge constitutionnel par le biais de ce qui est souvent qualifié d'ordonnance de

³¹⁹ Décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, considérant 21.

³²⁰ C. Maugué et J.-H. Staht, *op. cit.*, p. 65 auquel on se reportera pour d'autres exemples de questions nouvelles de ce second type.

renvoi, ordonnance qui est évidemment prise dans le respect du principe du contradictoire. Se pose alors la question du degré de motivation de ces ordonnances de renvoi (comme, d'ailleurs, des ordonnances de non renvoi) et, en particulier, du plus ou moins grand luxe de détails avec lesquels le juge expose les raisons qui le conduisent à être certain ou à douter (selon l'ordre juridique considéré) que la loi est inconstitutionnelle (ou, au contraire, constitutionnelle) étant entendu, on l'a déjà souligné, que l'ordonnance doit exposer sa propre position et non point se borner à reprendre celle qui a été développée par l'une ou l'autre des parties.

D'une manière générale, l'ordonnance contient à ce propos une argumentation détaillée, argumentation détaillée qui est même souvent imposée par les textes sous peine d'irrecevabilité. Ainsi, en Autriche, les doutes du juge « ne doivent pas rester dans le domaine de l'intuition intellectuellement non cristallisée, il doit clarifier [les raisons pour lesquelles] il trouve la loi douteuse »³²¹. D'ailleurs, la saisine doit respecter les règles posées, en matière de contrôle de la constitutionnalité des lois, par l'article 62 de la loi fédérale sur la Cour constitutionnelle de 1953 aux termes duquel « la requête doit exposer en détail les arguments militant en faveur de l'inconstitutionnalité de la loi ». En Italie, la Cour constitutionnelle exige que l'ordonnance de renvoi soit suffisamment motivée de façon à lui permettre de se forger une opinion sur la valeur véritable de la *fondatezza* de la question posée³²² et il n'est pas rare que, en pratique, les ordonnances de renvoi soient très détaillées sur ce point. Il en va de même en Espagne. Certes, la loi organique relative au Tribunal constitutionnel se borne à imposer au juge *a quo* de préciser la norme constitutionnelle qui est suspectée être violée. Mais la jurisprudence constitutionnelle est plus exigeante puisqu'elle lui impose, sous peine d'irrecevabilité, de développer son doute de constitutionnalité, c'est-à-dire d'argumenter sur la possible inconstitutionnalité de la disposition législative contestée³²³. Cette argumentation n'a pas à évoquer de façon exhaustive toutes les raisons qui le conduisent à douter de la constitutionnalité de la norme mais elle doit être suffisamment développée, évoquant les arguments qui sont rationnellement suffisants pour que son doute puisse être considéré comme pertinent. En pratique d'ailleurs, il est très rare que les juges ordinaires soient peu disert sur le doute de constitutionnalité. Le plus souvent, ils l'exposent avec force détails dans des ordonnances de renvoi faisant plusieurs pages, suscitant ainsi un dialogue fructueux entre le juge *a quo* et le juge constitutionnel.

Cette attitude, qui est le principe en Europe, tranche singulièrement avec ce qui se passe en France qui, de ce fait, constitue bien une exception. Comme nous l'avons relevé dès les premières questions prioritaires de constitutionnalité³²⁴ et cette constatation n'a pas été par la suite remise en cause, la pratique française est celle d'une extrême concision, tout particulièrement au niveau des questions renvoyées au Conseil constitutionnel par le Conseil d'État ou par la Cour de cassation. Quelques nuances doivent toutefois être introduites.

En ce qui concerne le Conseil d'État, s'il considère que la question n'est pas sérieuse (voire nouvelle) et se refuse en conséquence à la renvoyer au Conseil constitutionnel, il développe quelque peu les raisons qui justifient sa position. En revanche, lorsqu'il estime que la question est sérieuse (voire nouvelle) et qu'il convient donc de la renvoyer, il n'explicite pas les raisons qui le conduisent à cette conclusion. Il se borne généralement à affirmer de

³²¹ H. Haller, *Die prüfung von gesetzen*, 1979, p. 155, cité par S. Peyrou-Pistouley, *op. cit.*, p. 285.

³²² J.-C. Escarras, art. cit., p. 46.

³²³ Voir par exemple l'arrêt 224/2006 du 6 juillet 2006.

³²⁴ P. Bon, « Premières questions, premières précisions », *RFDA* 2010, pp. 690-691.

façon lapidaire que le moyen tiré de ce que la disposition législative attaquée porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution (ou à tel droit ou liberté garanti par la Constitution) soulève une question présentant un caractère sérieux sans apporter aucune autre précision.

En ce qui concerne la Cour de cassation, il ne semble pas qu'il soit possible de faire systématiquement une distinction entre la motivation des décisions de renvoi et la motivation des décisions de non renvoi. Dans l'un des cas comme dans l'autre, la Cour explicite toujours en quelques mots (voire en quelques lignes) sa position mais cette explicitation est toujours minimale.

Ce refus des deux hautes juridictions d'expliquer de façon un tant soit peu détaillée pourquoi elles considèrent que la question de constitutionnalité est sérieuse s'explique vraisemblablement par leur souci de ne pas « couper l'herbe sous les pieds » du Conseil constitutionnel, de respecter son champ de compétences. On peut toutefois trouver cette justification bien peu convaincante, notamment au regard du droit comparé où une telle réserve n'est pas de mise et entraînerait d'ailleurs, on l'a déjà indiqué, l'irrecevabilité de la question. Au surplus, la pratique française de l'extrême concision des décisions de renvoi a l'inconvénient de priver le Conseil constitutionnel d'une première analyse de la pertinence de la question telle qu'elle est développée à l'étranger dans l'arrêt de renvoi qui est toujours longuement motivé. Certes, il est vraisemblable que le Conseil constitutionnel a connaissance des analyses du rapporteur public devant le Conseil d'État ou du rapporteur et de l'avocat général devant la Cour de cassation même si la règle de droit ne le prévoit pas³²⁵. Mais cette analyse n'engage que le rapporteur et non la formation de jugement. Dès lors, on peut regretter que les décisions de renvoi ne soient pas plus longuement motivées, amorçant comme à l'étranger un dialogue fructueux avec le juge constitutionnel.

II / Une question préjudicielle

Pour qu'une question préjudicielle de constitutionnalité puisse être posée, il ne suffit pas que se pose une question de constitutionnalité. Il faut que cette question soit préjudicielle. L'étude de cette seconde condition implique d'abord que l'on précise ce que l'on entend par « préjudiciel » avant de voir qui contrôle le respect de cette exigence.

A) La notion de « préjudiciel »

Dans le cadre des questions préjudicielles « traditionnelles » si l'on entend toujours par là les questions qui peuvent se poser au sein de la justice ordinaire lorsqu'elle est organisée de manière dualiste et qu'est soulevée devant le juge administratif (ou judiciaire) une question qui échappe à sa compétence pour relever de celle de l'autre ordre de juridiction, il faut que la réponse à la question « soit nécessaire au jugement du fond, que le sort du litige en dépende, qu'elle le préjuge. Cette seconde condition se justifie d'elle-même : un juge n'aurait de toute évidence aucune raison de surseoir à statuer jusqu'à la solution d'une

³²⁵ L'article 23-7 de l'ordonnance de 1958 dans sa rédaction issue de la loi organique de 2009 dispose seulement que « la décision motivée 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 parties ».

question préjudicielle si la réponse à cette question n'avait aucune influence sur sa propre décision »³²⁶.

Il en va sensiblement de même des questions préjudicielles de constitutionnalité même si les exigences sont plus ou moins strictes selon la juridiction constitutionnelle considérée.

En Autriche, jusqu'à la révision constitutionnelle de 1975, le droit de saisir la Cour constitutionnelle d'une question de constitutionnalité d'une loi donnée était subordonnée par l'article 140 de la Constitution à la condition que cette loi constitue « la condition préalable de l'arrêt du tribunal requérant ». Cette formule a disparu du texte actuel de l'article 140. Ne demeure plus que l'exigence posée par l'article 89, alinéa 2, selon laquelle la question doit concerner une loi que la juridiction qui la pose « doit appliquer ».

En Italie, l'article 1 de la loi constitutionnelle n° 1 du 9 février 1948 indique que la question ne peut être posée « qu'au cours d'un procès » tandis que l'article 23, alinéa 2, de la loi précitée n° 87 du 11 mars 1953 précise que le litige ne doit pas pouvoir être tranché « indépendamment de la résolution de la question de légitimité constitutionnelle ». C'est ce que l'on appelle la condition de *rilevanza*, un terme qui existe également en espagnol (*relevante*), en portugais (*relevante*) ou en anglais (*relevant*) mais pas à proprement parler en français. Comme l'indique J.-C. Escarras³²⁷, une question sera considérée comme *rilevante* si la norme qui en est l'objet est d'application obligatoire dans le procès *a quo*, si ce dernier ne peut être réglé de façon indépendante de la question de constitutionnalité, si la décision de la Cour constitutionnelle est appelée à jouer un rôle sur la façon dont il sera statué sur son sort.

En Allemagne, aux termes de l'article 100, premier alinéa, de la Loi fondamentale, le juge ne peut renvoyer à la Cour constitutionnelle une loi qu'il estime inconstitutionnelle que lorsque la validité de cette loi conditionne sa décision. En d'autres termes, « la disposition contestée doit être déterminante pour la solution de l'instance »³²⁸ en cours devant lui. Il en résulte qu'il ne peut pas saisir la Cour constitutionnelle tant que l'état d'avancement de la procédure ne lui permet pas d'apprécier effectivement ce caractère déterminant. « Il s'agit par là d'éviter que le juge du fond ne cherche à faire l'économie de certaines phases de la procédure, mesures d'instruction, administration de la preuve... et ne saisisse le juge constitutionnel en quelque sorte abstraitement sans avoir établi, en fonction des données de l'espèce, l'incidence concrète de l'irrégularité de la norme dans le règlement de l'instance pendante »³²⁹.

En Espagne, l'article 35, paragraphe 1, de la loi organique relative au Tribunal constitutionnel impose que la question concerne une norme ayant rang de loi « applicable à l'affaire et de la validité de laquelle dépend l'arrêt ». Il y a là deux exigences qui sont en étroite relation, ne serait-ce parce qu'elles empêchent le juge ordinaire de s'interroger en termes abstraits sur la constitutionnalité d'une norme ayant force de loi, autorisé qu'il est à ne se poser une telle question qu'à l'occasion d'un cas concret³³⁰. La première exigence est une condition nécessaire qui doit être remplie pour que la seconde exigence soit satisfaite mais elle n'en est pas une condition suffisante : tel est par exemple le cas si, alors qu'il est effectivement possible de douter de la constitutionnalité d'une norme applicable au procès, il est possible d'invoquer à sa place, grâce à une substitution de base légale, une autre norme

³²⁶ R. Odent, *op. cit.*, p. 148.

³²⁷ J.-C. Escarras, *art. cit.*, pp. 42-43.

³²⁸ J.-C. Béguin, *op. cit.*, p. 100.

³²⁹ *Ibid.*

³³⁰ Arrêt 166/2007 du 4 juillet 2007.

qui, elle, ne suscite aucun doute de constitutionnalité³³¹. La seconde exigence, fréquemment qualifiée d'exigence de *relevancia*, implique, pour citer des expressions utilisées par le Tribunal constitutionnel, une dépendance absolue, un lien de subordination, une relation directe et logique ou encore une interrelation nécessaire entre la validité de la norme et l'issue du procès.

De la diversité de ces formules, on peut dégager, sans trop simplifier les choses, deux grandes options. Il y a d'abord celle selon laquelle il ne suffit pas que la loi contestée soit applicable au cas *sub judice* mais où il faut, de plus, que le problème de sa constitutionnalité conditionne l'issue du procès pendant devant le juge *a quo*. Cette option, qui est par exemple celle qui a été retenue en Espagne, correspond à une authentique question de constitutionnalité. Il y a ensuite l'option dans laquelle il suffit que la loi contestée soit applicable au litige sans qu'il soit exigé que, en plus, le problème de sa constitutionnalité en détermine l'issue. Cette option, qui est par exemple celle qui a été retenue en Autriche après la réforme de 1975, ne débouche que sur ce que l'on pourrait appeler une question préjudicielle imparfaite.

Ces deux options permettent de mieux situer la question prioritaire de constitutionnalité française.

Dans le projet de loi organique déposé par le gouvernement, il était exigé que « la disposition contestée commande l'issue du litige ou la validité de la procédure ou constitue le fondement des poursuites ». On avait donc affaire à une authentique question préjudicielle.

C'est la commission des lois de l'Assemblée nationale qui a assoupli cette exigence en proposant qu'il soit simplement exigé que « la disposition est applicable au litige ou à la procédure ou constitue le fondement des poursuites », proposition finalement reprise dans la loi organique et qui figure par conséquent à l'article 23-2 de l'ordonnance de 1958 auquel renvoie l'article 23-5. Il en résulte que, même si la question prioritaire de constitutionnalité fait partie de la famille des questions préjudicielles, elle n'en constitue qu'une forme imparfaite.

Au surplus, cette condition selon laquelle la disposition contestée doit être applicable au litige a fait l'objet d'une interprétation particulièrement souple de la part du Conseil d'État³³². Ainsi, en soulignant que, lorsqu'il prend position, au moment où il statue sur une question prioritaire de constitutionnalité, sur la seule question de l'applicabilité au litige de la disposition législative suspectée d'inconstitutionnalité « au sens et pour l'application de l'ordonnance du 7 novembre 1958 », la haute juridiction administrative se réserve le droit de la juger inapplicable au litige lorsqu'elle règlera l'affaire au fond. Surtout, il lui arrive parfois de transmettre la question dès lors que la disposition législative qu'elle vise est « non dénuée de rapport avec les termes du litige »³³³, ce qui traduit une conception bien souple de la notion d'applicabilité. En revanche, « à la différence du Conseil d'Etat, la Cour de cassation ne dissocie pas le critère de l'applicabilité au litige, pour l'examen d'une question prioritaire de constitutionnalité, de la question de savoir si la disposition est au nombre de celles en

³³¹ Arrêt 17/1981 du 1^{er} juin 1981.

³³² Voir par exemple C. Maugué et J.-H. Stahl, *op. cit.*, pp. 58-59. Voir également, sur le site internet du Conseil constitutionnel, la « Une » du mois d'octobre 2012 intitulée « ●PC : la notion de "disposition applicable au litige" ».

³³³ CE 8 octobre 2010, *Daoudi*, req. n° 338505, *Lebon*, p. 371 ; CE 21 mars 2011, *Lany et autres*, req. n° 345193 ; CE 2 février 2012, *Mme Le Pen*, req. n° 355137 ; CE 20 juin 2012, *Association Comité radicalement anti-corrída Europe*, req. n° 357798.

considération desquelles le litige doit être tranché. Il en résulte un contrôle renforcé du lien entre la disposition contestée et le litige qui conduit à un examen de la pertinence juridique de l'argumentation par laquelle le requérant entend démontrer ce lien »³³⁴. En dépit de ces nuances, la notion de « préjudiciel » est bien entendue en France de façon peu exigeante de telle sorte que la question prioritaire de constitutionnalité n'est effectivement qu'une question préjudicielle imparfaite.

B) Le contrôle du « préjudiciel »

Le juge *a quo* doit expliquer, dans son ordonnance de renvoi, en quoi la question de la constitutionnalité de la norme législative en cause présente un caractère préjudiciel au sens qui a été précisé au point précédent. A ce niveau, on retrouve la même spécificité française que celle qui a déjà été évoquée à propos de l'explicitation de l'inconstitutionnalité relevée ou suspectée : alors que, à l'étranger, le juge *a quo* se livre généralement à une démonstration relativement détaillée du caractère préjudiciel de la question, en France, il se limite à affirmer, sans autres détails, que la disposition dont la constitutionnalité est questionnée est applicable (ou non applicable) au litige voire, comme on vient de le voir, qu'elle n'est pas dénuée de rapport (ou qu'elle est dénuée de rapport) avec les termes du litige. Tel n'est pas toutefois le point sur lequel on voudrait insister.

Ce qui est plus intéressant en effet, c'est la question de savoir si le juge constitutionnel, lorsqu'il est saisi, vérifie que la question est bien préjudicielle.

D'une manière générale, les cours constitutionnelles se refusent à exercer un tel contrôle sauf dans les cas où l'absence de caractère préjudiciel est manifeste.

En Autriche, la Cour constitutionnelle ne se livre en la matière qu'à un contrôle minimum. Il est en effet de jurisprudence constante qu'une question ne peut être rejetée pour absence de caractère préjudiciel que lorsqu'il est manifestement inexact ou manifestement indéfendable que la loi attaquée est applicable au cas de l'espèce. Les arrêts de la Cour sont toutefois motivés de façon très variable : tantôt la Cour constitutionnelle juge bon d'assortir son analyse d'un luxe de détails, tantôt elle se borne à affirmer que la disposition législative ne présente pas un caractère préjudiciel³³⁵.

En Italie, la Cour constitutionnelle avait estimé, dans une première phase de sa jurisprudence, qu'elle ne pouvait pas contrôler les appréciations du juge *a quo* sur le caractère préjudiciel de la question. « Mais, par la suite, elle a changé d'avis bien qu'elle ait adopté des solutions qui oscillaient entre des cas de réexamen complet de l'appréciation du caractère pertinent (*rilevante*) de la question de constitutionnalité pour s'assurer de la recevabilité de cette dernière, des cas où elle affirme que la question est irrecevable si l'ordonnance ne motive pas (ou ne motive pas "de manière suffisante") l'existence du caractère pertinent de la question et des cas où elle exclut tout réexamen »³³⁶.

³³⁴ « Une » précitée du mois d'octobre 2012.

³³⁵ S. Peyrou-Pistouley, *op. cit.*, p. 295.

³³⁶ A. Pizzorusso, « La Cour constitutionnelle italienne », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 6, 1999, p. 22.

En Allemagne, le juge constitutionnel n'exerce sur le caractère préjudiciel de la question posée qu'un contrôle minimum. Selon une jurisprudence constante, il s'en remet à l'appréciation du juge du fond sauf si celle-ci est manifestement infondée³³⁷.

En Espagne, le contrôle qu'exerce le Tribunal constitutionnel sur le caractère préjudiciel de la question est exceptionnel. Il considère en effet que, en principe, la question de l'application de la norme au procès et le lien entre sa validité et l'issue de ce dernier relèvent de la seule appréciation du juge ordinaire de telle sorte que, normalement, il se borne à un contrôle formel : il vérifie que l'ordonnance de renvoi contient bien une démonstration sur ce point mais il n'en apprécie pas la pertinence. Il n'en va différemment que dans les cas, au demeurant rares, où le juge ordinaire s'est livré à une appréciation manifestement déraisonnable : par exemple, lorsqu'il est évident que la norme ayant force de loi n'est pas applicable au procès³³⁸, par exemple encore lorsque l'argumentation sur le lien entre la validité de la norme et l'issue du procès manque notablement de consistance³³⁹.

C'est dans ce contexte qu'il convient d'apprécier la position du juge constitutionnel français.

Comme à l'étranger, il a affirmé, dès sa première décision en matière de question prioritaire de constitutionnalité³⁴⁰, « qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, de remettre en cause la décision par laquelle le Conseil d'État ou la Cour de cassation a jugé... qu'une disposition était ou non applicable au litige ou à la procédure ou constituait le fondement des poursuites ». Comme il est indiqué sur son site internet³⁴¹, « cette orientation se justifie par l'office du juge constitutionnel. Le juge 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 qu'il ne connaît pas ». On rappellera en effet à ce propos que, si l'article 23-7 de l'ordonnance portant loi organique dispose que « la décision motivée du Conseil d'État ou de la Cour de cassation de saisir le Conseil constitutionnel lui est transmise avec les mémoires et les conclusions des parties », ces derniers ne concernent que l'incident relatif à la question prioritaire de constitutionnalité qui s'est greffé sur le procès principal et qui doit faire l'objet d'écrits distincts et non le procès principal dont le dossier ne lui est pas transmis.

Le Conseil constitutionnel a néanmoins apporté un tempérament à cette ligne de conduite, non pas dans l'hypothèse où, comme par exemple en Autriche, en Allemagne ou en Espagne, la disposition contestée est manifestement inapplicable au litige, mais lorsque le grief qui est formulé à son encontre n'est pas susceptible de la concerner dans son intégralité mais simplement dans l'un de ses passages³⁴². Dans une telle hypothèse, il peut réduire la portée de la question à ce seul passage afin que la décision qu'il rend et qui a effet *erga omnes* ne porte que sur lui et ne préjuge pas de celle qu'il pourrait rendre plus tard sur d'autres. Par exemple, la Cour de cassation lui avait déféré l'article 207 du Code de procédure pénale car elle considérait que le pouvoir qu'il donne à la chambre de l'instruction de se réserver le contentieux de la détention provisoire pouvait être inconstitutionnel. Or, ce pouvoir ne résulte que du premier alinéa de l'article 207 qui en contient quatre. Le Conseil constitutionnel a

³³⁷ J.-C. Béguin, *op. cit.*, p. 101.

³³⁸ Arrêt 133/2004 du 22 juillet 2004.

³³⁹ Arrêt 141/2008 du 30 octobre 2008.

³⁴⁰ Décision n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010, *Consorts L.* [Cristallisation des pensions], considérant 6.

³⁴¹ Voir la « Une » précitée du mois d'octobre 2012.

³⁴² *Ibid.*

donc limité sa décision à ce premier alinéa ³⁴³. Présentée comme constante ³⁴⁴, cette attitude ne l'est toutefois pas ³⁴⁵.

Quoi qu'il en soit, l'étude des conditions de recevabilité des questions préjudicielles de constitutionnalité à laquelle on vient de se livrer dans une perspective de droit comparé montre bien qu'il y a sans conteste un modèle européen du contrôle concret des normes au sens que cette expression a en droit constitutionnel allemand et, plus généralement, dans la théorie de la justice constitutionnelle. Mais elle montre qu'il y a tout de même aussi quelques spécificités nationales dont les moindres ne se trouvent pas en France.

³⁴³ Décision n° 2010-81 du 17 décembre 2010, *M. Boubakar B.* [Détention provisoire : réserve de compétence de la chambre de l'instruction].

³⁴⁴ Voir la « Une » précitée.

³⁴⁵ Voir par exemple la décision n° 2011-129 QPC du 13 mai 2011, *Syndicat des fonctionnaires du Sénat* [Actes internes des assemblées parlementaires]. Le Conseil constitutionnel avait été saisi de l'article 8 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires en ce qu'il ne permet pas à la juridiction administrative de connaître de recours directs contre les dispositions statutaires relatives aux agents des assemblées parlementaires mais simplement des litiges d'ordre individuel les concernant. Rejetant le grief, il a déclaré l'intégralité des dispositions de l'article 8 constitutionnelles alors qu'elles font échec au droit au juge en ce qui concerne un certain nombre d'autres types de litiges qui ne concernent pas les agents des assemblées parlementaires. Il aurait donc été beaucoup plus logique que la décision de constitutionnalité se limite aux dispositions relatives aux agents des assemblées parlementaires. Voir sur ce point notre commentaire de cette décision à la *RFDC* 2012, n° 89, p. 127.

SECTION 2 – LE DOUBLE FILTRAGE DES QPC : UNE SPECIFICITE FRANÇAISE EN QUESTION ? MODALITES ET INCIDENCES DE LA SELECTION DES QUESTIONS DE CONSTITUTIONNALITE EN FRANCE, ALLEMAGNE, ITALIE ET ESPAGNE

par Laurence Gay

Chargée de recherches CNRS Institut Louis Favoreu-GERJC

Auditionné à l'Assemblée nationale, le secrétaire général du Conseil constitutionnel déclarait récemment qu'il fallait « se féliciter de ce double filtre qui permet d'éviter que les juridictions subordonnées n'utilisent le renvoi direct de QPC au Conseil constitutionnel pour contester les jurisprudences des cours suprêmes. L'ordre juridictionnel français conserve ainsi sa cohérence. Ce mécanisme permet également au Conseil constitutionnel de n'être saisi que des questions sérieuses : il est en ce sens préférable à celui qui existe en Allemagne, en Italie ou en Espagne, où des milliers de dossiers arrivent devant la Cour constitutionnelle, qui souvent les rejette »³⁴⁶. La dernière remarque appelle une précision : les milliers de dossiers qui parviennent aux juges constitutionnels allemand et espagnol ne concernent pas des questions de constitutionnalité renvoyées par les juges ordinaires mais sont issus de saisines par l'individu pour la protection de ses fondamentaux (recours individuel allemand et *amparo* espagnol). Seule la Cour italienne connaît un problème d'engorgement de son rôle en raison des questions posées par les juges *a quibus*, le procès incident de constitutionnalité étant le principal moyen de la saisir. L'évocation de ces exemples étrangers permet en revanche de préciser la notion de filtrage : nous l'employons pour désigner les procédures par lesquelles un juge procède à un tri de certains recours préalablement à leur examen au fond. Néanmoins, les critères du tri peuvent comporter une appréciation liminaire du fond si bien que l'on ne saurait opposer de façon étanche le filtrage des questions de constitutionnalité et l'examen de ces questions de constitutionnalité (c'est-à-dire le contrôle de constitutionnalité lui-même). De même, et l'on y reviendra, le tri peut relever du juge chargé du fond si bien qu'en droit comparé, on ne peut non plus considérer le filtrage comme une fonction revenant exclusivement au juge ordinaire.

Ces précisions faites, reste le principal constat incidemment dressé par le secrétaire général du Conseil constitutionnel : le système qui impose aux juridictions subordonnées au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation de leur renvoyer une QPC non dépourvue selon elles de caractère sérieux est spécifique à la France. Ces juridictions sont donc bien empêchées d'utiliser la nouvelle procédure pour contester la jurisprudence des Cours suprêmes, ces dernières étant la seule voie d'accès au juge constitutionnel. Si contestation de cette jurisprudence par la QPC il doit y avoir, c'est donc avec l'assentiment de la Cour suprême qui en est l'auteur. C'est dire la position privilégiée qui est celle en France des Hautes juridictions judiciaire et administrative, voulue par le constituant de 2008. On sait en effet que selon l'article 61-1 alors inséré dans la Constitution, le Conseil ne peut être saisi de l'atteinte alléguée aux droits et libertés que la Constitution garantit que sur renvoi du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation. La principale justification avancée était de canaliser le flux des

³⁴⁶ Audition de Marc Guillaume, secrétaire général du Conseil constitutionnel, par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, séance du 21 novembre 2012, CR n° 16.

recours. En réalité, on sait que ce sont plutôt le poids historique des deux Cours suprêmes et leur volonté de participer de façon privilégiée au nouveau mécanisme qui expliquent ce choix. Toutefois, à peine ce dernier avait-il été gravé dans la Constitution, que le législateur organique s'inquiétait de ses effets potentiels, la crainte s'étant exprimée d'un filtre devenant bouchon.

A titre de comparaison, l'exemple allemand a souvent été mobilisé. En effet, dans une première rédaction, la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale avait prévu qu'en matière de contrôle concret des normes, « les tribunaux fédéraux supérieurs requièrent directement la décision de la Cour constitutionnelle fédérale ; les autres tribunaux fédéraux la requièrent par l'intermédiaire d'un tribunal fédéral supérieur ». Or, la première chambre civile de la Cour de justice fédérale ne se contentait pas de transmettre l'ordonnance de renvoi des tribunaux inférieurs, ce qui était apparemment le sens du texte, mais prenait position à son propos³⁴⁷. Il n'y avait donc pas bouchon, contrairement à ce que l'on dit souvent, mais une situation délicate pour la Cour constitutionnelle, appelée « à statuer sur les différends de nature constitutionnelle opposant un tribunal et l'instance hiérarchiquement supérieure »³⁴⁸. Le système a été abandonné en 1956 au profit d'un renvoi direct par tout tribunal.

En France, si certains projets de réforme ont eu cours dans les tout premiers mois de fonctionnement de la QPC, le double filtre ne semble plus mis en cause dans son principe même. Les *satisfecits* qui lui ont été adressés au cours des auditions à l'Assemblée nationale par ses principaux acteurs l'illustrent. Cette évolution apparemment favorable ne devait pas empêcher de soumettre à la question ce qui apparaît bien comme une spécificité française, du moins par rapport aux pays européens les plus proches³⁴⁹, et sur lesquels portait notre recherche : l'Espagne et l'Italie, champ élargi en l'occurrence à l'Allemagne puisqu'elle est souvent citée en exemple sur ce sujet. Précisons que le propos n'était pas d'éprouver la réalité de la distinction entre premier et second filtres, en tant que l'un et l'autre s'exercent au vu d'un critère distinct en ce qui concerne le sérieux de la question posée. Un tel travail impliquerait d'avoir accès à un échantillon suffisamment représentatif de décisions du premier filtre, ce qui est matériellement difficile et justifierait en soi un rapport de recherche propre. Le but était bien plus de s'interroger sur la portée exacte de cette spécificité, ce que pouvait seule permettre une approche comparative, précisément privilégiée dans le cadre de la présente recherche. Cette interrogation était d'autant plus nécessaire que, sous des abords techniques, le filtre d'une question de constitutionnalité détermine largement sa physionomie. Le procès incident apparaît à cet égard comme un mécanisme faisant appel à la collaboration entre juge constitutionnel et juge ordinaire, autour de l'objectif commun de la protection des droits fondamentaux. Mais le filtre cantonne-t-il nécessairement le juge ordinaire au rôle de « passeur » des questions importantes appelées à être tranchées par le juge constitutionnel ? On le voit, le sujet suscite des interrogations déterminantes quant au positionnement respectif

³⁴⁷ J.-C. Béguin, *Le contrôle de constitutionnalité des lois en République fédérale d'Allemagne*, Paris, Economica, 1982, p. 98.

³⁴⁸ *Ibidem*.

³⁴⁹ Des systèmes comparables existent en revanche dans des pays qui ne se situaient pas dans le champ de la recherche ; on citera notamment la question préjudicielle existant en République de Moldavie, où le renvoi est réservé à la Cour suprême et en Biélorussie, où la saisine est cette fois limitée à la Cour suprême et au Haut tribunal d'arbitrage ; v. N. Danelciuc-Colodrovski, *La justice constitutionnelle dans les pays de la CEI : évolutions et perspectives*, Fondation Varenne, coll. des thèses, 2012, pp. 328-330.

des différentes juridictions dans un système juridique de plus en plus axé sur la protection des droits fondamentaux.

De prime abord, le double filtrage des QPC donne une impression de « fermeture » du mécanisme français³⁵⁰ : ayant à passer l'épreuve de deux examens successifs par des juges de renvoi, les requêtes auraient statistiquement moins de chances d'atteindre le prétoire du Conseil constitutionnel. En réalité il faut nuancer cet aspect de la spécificité française qui réside dans le nombre de filtres, comme on le verra dans un premier temps ; cette spécificité reste bien réelle en revanche en raison du rôle conféré aux deux Cours suprêmes dans le mécanisme de la QPC, ce qui sera démontré dans un second temps.

I / Une spécificité à nuancer quant au nombre de filtres

En réalité, la spécificité tenant au nombre de filtres doit être nuancée pour deux raisons. Une nuance résulte comme on sait des exceptions apportées au principe par le droit français, à travers en particulier la possibilité offerte au justiciable de poser la QPC pour la première fois devant les Cours suprêmes (B). Mais le particularisme français s'atténue aussi considérablement si l'on prend en compte le rôle joué dans les autres pays par les Cours constitutionnelles elles-mêmes dans le système de filtrage des questions de constitutionnalité, qui aboutit bien, peu ou prou, à un second contrôle des conditions de recevabilité de celles-ci (A).

A) Le rôle des Cours constitutionnelles dans l'exercice du filtre des questions de constitutionnalité

Dans le cadre de la présente recherche, Marthe Fatin-Rouge Stéfanini a dirigé un dossier sur le rôle du juge constitutionnel dans le filtrage, publié à l'*Annuaire international de justice constitutionnelle*³⁵¹. Il en ressort que les Cours constitutionnelles apparaissent comme des actrices à part entière du filtrage des questions de constitutionnalité. C'est donc un biais qui consiste à considérer ce dernier comme l'apanage du juge ordinaire puisque le fait que celui-ci renvoie une question à la Cour constitutionnelle n'aboutit pas nécessairement à une décision au fond. Pour sa part, le Conseil ne participe pas au filtrage et exerce une faible influence sur celui exercé par les juges *a quibus*.

1° - Une fonction importante de filtrage des Cours constitutionnelles en droit comparé

La contribution du professeur Bon relève que les Cours constitutionnelles procèdent à un contrôle de la motivation sur l'allégation d'inconstitutionnalité de la disposition contestée,

³⁵⁰ V. par exemple, V. Goessel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel*, Paris, Ellipses, 2010, p. 75.

³⁵¹ M. Fatin-Rouge Stéfanini (études réunies par), *Le rôle du juge constitutionnel dans le filtrage des questions de constitutionnalité : étude comparée*, *AJJC*, XXVII/2011, pp. 11-60. Ce dossier comprend les études de rapporteurs nationaux sur les quatre pays retenus ici (Allemagne, Espagne, France et Italie, mais aussi sur la Belgique).

voire à celui du caractère préjudiciel de la question posée³⁵². Sans revenir en détail sur chacune de ces conditions, au risque d'un doublon avec ladite contribution, on peut ajouter qu'il existe même une procédure spécifique de filtrage des questions de constitutionnalité, préalable à l'examen du fond, en Allemagne et en Espagne.

En Allemagne, cette sélection peut se faire sur deux fondements. En effet, la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale de 1951 comporte un article 24 selon lequel : « Les requêtes inadmissibles ou celles qui sont manifestement injustifiées peuvent être rejetées par une décision unanime de la Cour »³⁵³. Il convient de noter que cette disposition concerne l'ensemble des recours portés devant la Cour et non les seuls renvois préjudiciels des tribunaux. La décision appartient ici à la formation habituelle de jugement, c'est-à-dire la Chambre³⁵⁴. Dans le cadre du contrôle concret qui nous intéresse, ayant préalablement informé le juge *a quo* de ses doutes sur le caractère admissible ou fondé de son recours, la chambre peut donc prendre une décision de rejet *in limine litis* sans même avoir à la motiver³⁵⁵. Ce barrage paraît donc sévère, mais présente l'inconvénient de mobiliser la formation de jugement elle-même. Bien qu'appliqué dans le cas de questions préjudicielles, il n'a pas paru répondre de façon satisfaisante aux nécessités de filtrage propres à cette procédure. C'est pourquoi la loi sur la Cour a été modifiée en 1993 de façon à y introduire un mécanisme de filtrage relatif au seul contrôle concret.

Le nouvel article 81a) donne compétence pour constater l'irrecevabilité d'un renvoi aux *Kammer* ou sections de trois juges formées au sein de la chambre. Une telle décision d'irrecevabilité doit être prise à l'unanimité de la section. En cas de désaccord, la décision revient à la chambre qui reste par ailleurs compétente quand « la requête est introduite par un tribunal constitutionnel de Land ou par une cour suprême de justice de la Fédération ». Le professeur Rainer Arnold signale qu'entre 1993 - date de son introduction - et 2011, ce mécanisme a permis le rejet de 280 recours relatifs au contrôle concret des normes ; ceci alors que la Cour avait rendu, depuis 1951, 1043 décisions, « à raison d'une moyenne de 6 ou 7 décisions par an, voire même dix ou onze certaines années »³⁵⁶. Ce filtrage est naturellement sans commune mesure avec celui réalisé en matière de recours constitutionnel, lequel est ouvert à tout individu³⁵⁷. L'exemple allemand démontre néanmoins que, le filtre des Cours suprêmes supprimé, l'opération de filtrage tend à être prise en charge par la Cour constitutionnelle elle-même.

En Espagne aussi, la loi organique sur le Tribunal constitutionnel (LOTC) donne un fondement spécifique au contrôle par ce dernier de la recevabilité de la question

³⁵² V. *supra*, section 1- les conditions de recevabilité de la question préjudicielle de constitutionnalité en droit comparé, par Pierre Bon.

³⁵³ Source : base CODICES de la Commission de Venise (<http://www.codices.coe.int>)

³⁵⁴ Rappelons que la Cour constitutionnelle fédérale est divisée en deux chambres de 8 juges ; ces chambres sont aussi parfois désignées en français comme des sections, voire des Sénats selon une traduction littérale.

³⁵⁵ Deuxième phrase de l'article 24 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale.

³⁵⁶ R. Arnold, « Le rôle de la Cour constitutionnelle fédérale allemande », in *Le rôle du juge constitutionnel dans le filtrage des questions de constitutionnalité : étude comparée*, *op.cit.*, p. 18.

³⁵⁷ Le professeur Arnold fait état, entre 1951 et 2011, de 188.187 recours constitutionnels introduits devant la Cour (soit 96,5% de l'ensemble des recours portés devant elle), dont 4.401 ont abouti, soit 2,4% seulement.

d'inconstitutionnalité. Celle-ci doit porter, selon l'article 163 de la Constitution, sur une « norme ayant force de loi, s'appliquant en la matière et dont dépend la validité de la sentence, (qui) pourrait être contraire à la Constitution ». L'article 35 de la LOTC³⁵⁸ précise pour sa part les conditions et procédure en vertu desquelles la question peut être renvoyée au juge constitutionnel. Son alinéa 2 prévoit en particulier une procédure contradictoire devant le juge *a quo*, permettant aux parties et au Ministère public de prendre position sur la constitutionnalité de la norme contestée. Après quoi, l'organe judiciaire a trois jours pour prendre sa décision. En cas de renvoi, l'ordonnance doit indiquer « la loi ou la norme ayant force de loi dont la constitutionnalité est discutée, la disposition constitutionnelle qui est supposée enfreinte et préciser ou justifier dans quelle mesure la solution du procès dépend de la validité de la norme en question »³⁵⁹. A la lettre, cette disposition ne paraît pas exiger une très grande précision de l'ordonnance de renvoi ; en pratique, comme l'a expliqué le professeur Bon³⁶⁰, la jurisprudence du Tribunal constitutionnel fait obligation au juge *a quo* d'étayer son doute sur l'inconstitutionnalité alléguée de la norme attaquée.

Une forme de filtrage est organisée par l'article 37 de la LOTC dont l'alinéa 1^{er} dispose que : « Une fois que le Tribunal constitutionnel aura reçu l'ensemble des pièces, la procédure sera instruite suivant les formalités du paragraphe 2 de cet article. Cependant, le Tribunal pourra rejeter, lors de l'admission, par une ordonnance et sans autre audience que celle du Procureur général de l'Etat, la question d'inconstitutionnalité lorsque les conditions nécessaires à la procédure manqueront ou que la question suscitée sera notoirement non fondée. Cette décision sera motivée ». La rédaction invite à distinguer deux hypothèses de rejet de la question par ordonnance : le rejet pour une raison de procédure, laquelle procédure est fixée comme on l'a vu dans l'article 35, et le rejet pour absence notoire de fondement à la question. Cette dernière hypothèse renvoie-t-elle aux deux conditions de fond de renvoi de la question ? Hubert Alcaraz souligne que l'article 31 alinéa 1^{er}, souffre ici d'une « indétermination »³⁶¹, dont le Tribunal constitutionnel a su profiter pour rejeter des renvois dont la solidité de la motivation pouvait être mise en cause dès ce stade d'examen préliminaire. La LOTC permet donc un rejet *in limine litis* des ordonnances des juges *a quibus* non seulement pour des raisons de recevabilité externes, mais aussi pour des raisons de fond. Si au contraire le Tribunal prend à ce stade une décision d'admission, la procédure se poursuivra, après audition éventuelle des parties à la procédure judiciaire et de certaines autorités publiques, par un arrêt qui procèdera à son tour à titre préalable à un contrôle des deux conditions de renvoi posées par l'article 163 de la Constitution.

En Italie aussi, la Cour constitutionnelle examine toujours à titre liminaire l'existence des conditions de renvoi, en particulier des deux conditions de fond que sont la *rilevanza* et la *non manifesta infondatezza* de la question. Selon le professeur di Manno, « cet examen conduit très souvent la Cour constitutionnelle à estimer qu'un obstacle empêche l'examen au

³⁵⁸ Loi organique n° 2/1979 portant sur le Tribunal constitutionnel du 3 octobre 1979, consultée à partir de la version française disponible sur le site internet du Tribunal constitutionnel espagnol.

³⁵⁹ Article 35 alinéa 2 LOTC.

³⁶⁰ V. *supra*, section 1- les conditions de recevabilité de la question préjudicielle de constitutionnalité en droit comparé, par Pierre Bon

³⁶¹ H. Alcaraz, « Le rôle du Tribunal constitutionnel espagnol », in *Le rôle du juge constitutionnel dans le filtrage des questions de constitutionnalité : étude comparée*, op. cit., p. 40.

fond de la question posée. Les décisions de ce type sont regroupées sous l'appellation générique de décisions processuelles (ou de procédure) »³⁶². Il n'existe pas en revanche dans ce pays de mécanisme de filtrage préalable comparable à ceux existant en Allemagne et en Espagne. Tout au plus la loi de 1953 sur le fonctionnement de la Cour constitutionnelle prévoit seulement que, si aucune partie ne se constitue ou en cas d'irrecevabilité manifeste, la Cour peut décider en chambre du Conseil, sans audience publique préalable. Ce choix appartient au Président de la Cour. Il y a fort à parier alors que, ce dernier ayant considéré la question irrecevable et jugé inutile l'audience publique, la juridiction le suive et confirme l'irrecevabilité de la question. Mais même après audience publique, la Cour rend une décision dans laquelle elle vérifie les conditions de recevabilité de la question. Pour faire face à un arriéré de questions élevé, cette pratique de filtrage s'est faite de plus en plus sévère ces dernières années. Selon Paolo Passaglia, pour la période de 2007 à 2011, les décisions processuelles ont occupé entre la moitié et les trois cinquièmes du total des décisions rendues³⁶³.

Cette présentation des situations étrangères suscite ainsi une remarque : le renvoi à la Cour constitutionnelle par tout juge *a quo* amène la première à participer directement à la régulation du nombre de recours portés devant elle. Cette régulation peut être facilitée par un mécanisme de sélection prévu par les textes ; elle l'est dans tous les cas par le développement d'une jurisprudence précisant, avec rigueur, les exigences devant être remplies par l'ordonnance de renvoi. La préoccupation qui se fait ainsi jour chez les Cours constitutionnelles de restreindre l'accès à leur prétoire n'est, en l'état, pas partagée par le Conseil constitutionnel. Le véritable point de comparaison doit donc porter sur l'influence qu'il est susceptible d'exercer sur le flot des recours, que ce soit à la hausse ou à la baisse. La Haute juridiction française a-t-elle développé les moyens d'influencer significativement le filtre des juges *a quibus* ? L'existence de tels moyens aux mains des Cours est bien, en définitive, la caractéristique ressortant du droit comparé. En effet, par l'exigence que soit motivé le doute sur la constitutionnalité du texte, il se noue un dialogue entre juge de renvoi et juge constitutionnel dont le professeur Pierre Bon rappelle combien il contraste avec la pratique française de concision des arrêts de renvoi des QPC. C'est aussi une conception différente du mécanisme de la question de constitutionnalité qui se profile en France, conception selon laquelle le juge ordinaire n'est que le « passeur » de la question des parties. Par ailleurs, dans les autres pays étudiés, le contrôle de l'applicabilité au litige de la disposition critiquée révèle plus encore l'emprise de la Cour constitutionnelle sur le filtrage puisque ce contrôle a supposé de surmonter l'argument selon lequel il conduirait cette dernière à se substituer au juge du fond. A l'inverse, on sait qu'en France, cette objection de principe persiste. Ce constat en préfigure un autre, d'ordre plus général, qui est celui du faible pouvoir d'influence du Conseil constitutionnel sur le filtrage des juges *a quibus*.

³⁶² Th. Di Manno, « La question préjudicielle de constitutionnalité en Italie », *AJJC*, XXIII/2007, p. 37.

³⁶³ P. Passaglia, « Le rôle de la Cour constitutionnelle italienne », in *Le rôle du juge constitutionnel dans le filtrage des questions de constitutionnalité : étude comparée*, *AJJC*, XXVII/2011, p. 58.

2° - Une influence limitée du Conseil constitutionnel sur le filtrage des juges *a quibus*

Saisi d'une QPC, le Conseil constitutionnel ne vérifie qu'une seule des trois conditions qui doivent être remplies pour qu'une Cour suprême procède valablement à ce renvoi. On vient de le rappeler, la première condition tenant à l'applicabilité au litige de la disposition critiquée n'est pas contrôlée. Le site internet du Conseil constitutionnel éclaire lui-même cette position de la façon suivante : « 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. Le Conseil réaffirme constamment cette jurisprudence »³⁶⁴. De toute évidence, la fermeté du propos exclut toute évolution à court et moyen termes. La troisième condition de renvoi, tenant au caractère sérieux de la question, ne fait pas non plus l'objet d'un contrôle de la part du Conseil constitutionnel. Le droit comparé montre que le contrôle d'une telle condition, avant qu'il soit statué au fond, est envisageable sur le terrain de la motivation de l'arrêt de renvoi. De nouveau, la pratique française de l'extrême concision de cette motivation ne paraît pas devoir être vraiment remise en cause, ni à l'initiative des Cours suprêmes ni à celle du Conseil constitutionnel. S'y opposent aussi bien l'argument selon lequel cette concision vise à laisser les coudées franches au juge constitutionnel que l'idée, déjà soulignée, que la question – et donc le doute de constitutionnalité – sont ceux de la partie et non du juge qui n'a donc pas à les étayer.

En définitive, seule est contrôlée par le juge constitutionnel français la condition qui apparaît en deuxième lieu dans la loi organique de 2009, et qui tient à l'existence d'un précédent faisant obstacle à un nouvel examen de la disposition de loi, sauf changement de circonstances. Cette condition représente bien, pour le coup, une spécificité française puisqu'on ne la retrouve dans aucun des autres pays étudiés. Ladite spécificité semble tenir à l'autorité absolue qui s'attache à toutes les décisions du Conseil portant sur une disposition de loi, que cette décision intervienne *a priori* ou *a posteriori*, qu'elle conclue à la constitutionnalité ou à l'inconstitutionnalité du texte. A l'étranger, en revanche, cette autorité absolue ne se retrouve que pour les décisions d'inconstitutionnalité. Sans doute, la différence quant à la position du juge constitutionnel doit-elle être nuancée. Saisie d'un texte qu'elles ont déjà déclaré conforme à la Constitution, les Cours étrangères vérifieront, au moins implicitement, l'existence d'un changement de circonstances susceptible de les conduire à un « *overruling* »³⁶⁵, le professeur Pardini relevant pour l'Italie que le cas n'est pas rare³⁶⁶. Pour ce qui nous intéresse toutefois, à savoir l'influence du Conseil constitutionnel sur le filtrage, force est bien de conclure à la distinction entre cette condition et les deux autres : l'existence d'un précédent relève d'un constat beaucoup plus largement objectif. Autrement dit, les cas dans lesquels le Conseil constitutionnel refuse de statuer en raison d'un précédent que le juge *a quo* a ignoré ne relève manifestement pas de la volonté de moduler le degré d'ouverture de son prétoire. Pour cette raison, le fait que le Conseil français vérifie l'inexistence d'un

³⁶⁴ Site internet du Conseil constitutionnel, rubrique « A la une » : La notion de « disposition applicable au litige », octobre 2012.

³⁶⁵ J.-J. Pardini, « QPC et question incidente de constitutionnalité italienne : *ab origine fidelis...* », *Pouvoirs*, n° 137/2011, p. 101.

³⁶⁶ *Ibid.*

précédent sur la disposition critiquée³⁶⁷ ne peut être mis sur le même pied que le contrôle par les autres Cours de la motivation du renvoi et de l'applicabilité au litige.

En définitive, rares sont donc les cas dans lesquels le Conseil, ayant été saisi par une Cour suprême, conclut au non-lieu à statuer. Dans une étude sur le sujet, le professeur Benetti a relevé 15 décisions de non-lieu à statuer jusqu'au 4 mai 2012, dont elle notait qu'elles représentaient un peu plus de 7% des décisions QPC alors rendues et émanaient pour 9 d'entre elles de la Cour de cassation et pour six du Conseil d'Etat³⁶⁸. Seul un autre non-lieu à statuer³⁶⁹ est intervenu depuis³⁷⁰. Sur ces seize non-lieu, treize s'expliquent par l'existence d'un précédent sur la disposition déférée, précédent qu'aucun changement de circonstances ne permet de remettre en cause³⁷¹. Comme on l'on déjà relevé, le Conseil dresse de la sorte un constat mais n'oriente pas le filtre dans un sens ou dans l'autre. Les trois autres cas sont un peu plus particuliers. Deux d'entre eux tiennent à l'absence de caractère législatif de la disposition critiquée. Le dernier s'explique par le fait que la disposition critiquée tirait les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive de l'Union européenne ; la Haute juridiction a alors refusé de la contrôler, transposant la jurisprudence déjà développée dans le cadre de l'article 61 alinéa 2 de la Constitution. Alors que le non-lieu reposant sur l'existence d'un précédent sanctionne « l'irrecevabilité du renvoi »³⁷², les trois autres cas sanctionnent quant à eux « l'incompétence du Conseil constitutionnel »³⁷³. Cette hypothèse d'incompétence du Conseil éloigne plus encore de la question du filtre ; elle ne met pas en cause les conditions de renvoi *stricto sensu* posées par la loi organique mais les conditions posées par la Constitution à la possibilité même d'une QPC³⁷⁴. Le professeur Benetti estime qu'avec les décisions QPC de non-lieu à statuer, « le Conseil constitutionnel se comporte en définitive en juge suprême du filtre opéré par la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat »³⁷⁵. Ce constat doit selon nous être nuancé au regard du droit comparé. Les Cours allemande, espagnole et italienne ont en effet développé des exigences relatives aux ordonnances de renvoi qui les conduisent à véritablement mettre en cause la façon dont le juge *a quo* a exercé son filtre ; les décisions d'irrecevabilité qu'elles rendent, dans le cadre ou non de la procédure préalable de sélection prévue en Allemagne et en Espagne, sanctionnent bel et bien un défaut d'argumentation dans le renvoi ou une erreur d'appréciation quant à l'applicabilité de la disposition. Inversement, le constat en France de l'existence d'un précédent non seulement est beaucoup plus objectif mais en outre intervient dans des cas limités. Il n'y a pas de commune mesure en ce sens avec l'examen systématique

³⁶⁷ En revanche, la notion de « changement de circonstances » susceptible de justifier un nouvel examen de la disposition malgré un précédent se prête beaucoup plus à un travail d'interprétation de la part du juge ; par son acception plus ou moins large de cette notion, le Conseil est cette fois en mesure d'influencer l'ouverture de son prétoire ; toutefois, cette hypothèse reste marginale.

³⁶⁸ J. Benetti, « Echec au renvoi : les décisions QPC de non-lieu à statuer », *RDP*, 2012, p. 595.

³⁶⁹ Cons. const., 8 février 2013, n° 2012-293/294/295/296 QPC, *Société Motorola Mobility France Sas et a.*

³⁷⁰ Au 1^{er} mars 2013.

³⁷¹ On retrouve cette hypothèse de non lieu à statuer dans trois décisions électorales à l'occasion desquelles le Conseil constitutionnel a accepté de statuer préalablement sur une QPC : v. *infra*, B, 2°.

³⁷² J. Benetti, « Echec au renvoi : les décisions QPC de non-lieu à statuer », *op. cit.*, p. 596.

³⁷³ *Id.*, p. 602.

³⁷⁴ Certes, le non contrôle des dispositions de loi transposant les dispositions inconditionnelles et précises d'une directive n'est pas posé explicitement par la Constitution mais il résulte bien d'une interprétation de cette dernière par le Conseil constitutionnel.

³⁷⁵ J. Benetti, « Echec au renvoi : les décisions QPC de non-lieu à statuer », *op. cit.*, p. 605.

du travail de filtre du juge *a quo* auquel se livrent les autres Cours européennes. De cette façon, ces dernières exercent bien un second filtre équivalent à celui pris en charge en France au niveau des Cours suprêmes, amenant à nuancer l'apparente fermeture du système français. La véritable caractéristique de ce dernier réside selon nous dans la faible influence que le Conseil constitutionnel est susceptible d'exercer sur le travail de filtre des juges *a quibus*. Avant d'approfondir plus avant la réelle spécificité française, il faut encore signaler que le double filtre connaît un certain nombre d'exceptions pures et simples.

B) Les exceptions au double filtre en France

Les exceptions au double filtre sont variées. La première et la plus fréquemment mise en œuvre correspond à l'hypothèse d'une QPC soulevée pour la première fois devant la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat. Beaucoup plus marginales sont les hypothèses dans lesquelles le juge constitutionnel est saisi en l'absence de filtre d'une Cour suprême, soit que celle-ci ait omis de statuer dans le délai de trois mois soit que le Conseil constitutionnel examine une QPC soulevée à l'occasion d'un contentieux électoral porté devant lui.

1° - La QPC soulevée devant la Cour de cassation et le Conseil d'Etat : le rôle des Cours suprêmes préservé

La première exception au double filtre joue en faveur du rôle clé que le constituant de 2008 a entendu ménager en faveur des deux Cours suprêmes. Elle tient en effet à la possibilité de soulever la QPC devant le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, y compris pour la première fois en cassation. Cela conduit à ce qu'un seul filtre s'exerce préalablement à la saisine du Conseil constitutionnel. Les travaux parlementaires avaient permis de rappeler qu'il s'agissait de conférer à la QPC « la plus grande portée »³⁷⁶. Par conséquent, selon l'article 23-5, alinéa 1^{er} de l'ordonnance portant loi organique sur le Conseil constitutionnel :

« Le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution peut être soulevé, y compris pour la première fois en cassation, à l'occasion d'une instance devant le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation (...) ».

Cette disposition s'explique aussi par le fait que le Conseil d'État peut être juge de première instance, d'appel ou de cassation. Dans les cas où la Haute juridiction administrative est compétente en premier et dernier ressorts, un seul filtre est donc là aussi exercé avant l'éventuel renvoi au juge constitutionnel. L'hypothèse s'est présentée par exemple dans un arrêt du 23 décembre 2010, à l'occasion de la contestation d'une élection régionale³⁷⁷. Enfin, on retrouve un filtre unique devant la Cour de cassation quand la QPC est soulevée pour la première fois à l'occasion d'un appel contre l'arrêt rendu par une cour d'assises en premier ressort. C'est alors la chambre criminelle qui l'examine³⁷⁸. Cette hypothèse s'est produite pour la première fois en décembre 2011³⁷⁹.

³⁷⁶ Rapport n° 1898 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration de la République sur le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution par J.-L. Warsmann, 3 septembre 2009, p 73.

³⁷⁷ CE, 23 décembre 2010, *association AWSA France et autres*, n° 337899.

³⁷⁸ Article 23-1 de l'ordonnance portant loi organique relative au Conseil constitutionnel.

³⁷⁹ Cass. crim. 7 décembre 2011, n° 11-87360.

Ces rappels procéduraux faits, il convient de souligner que l'hypothèse de filtrage unique, loin d'être marginale, est même pour l'instant prédominante. Ainsi, devant la Cour de cassation, pour l'année 2010, on recense 192 questions transmises contre 347 soulevées directement à l'occasion d'un pourvoi ; pour l'année 2011, ces chiffres sont respectivement de 231 et 259 et pour l'année 2012 de 184 et 201³⁸⁰. Devant le CE, les chiffres sont de 92 questions transmises contre 191 soulevées directement en 2010 ; 77 questions transmises contre 137 soulevées directement en 2011 ; 54 transmises contre 133 soulevées directement en 2012³⁸¹. Par ailleurs, pour la période allant jusqu'au 1^{er} novembre 2012, le Conseil constitutionnel a été saisi de 129 QPC par le Conseil d'Etat dont 53% directement soumises à la Haute juridiction administrative et 47 % qui lui avaient été transmises. La Cour de cassation a renvoyé pour sa part 157 QPC dont 97 lui ayant été transmises par les juges du fond et 60 lui ayant été directement posées³⁸². Le nombre élevé de QPC soulevées pour la première fois devant les cours suprêmes tient bien sûr à l'entrée en vigueur de la réforme qui n'a permis à certains justiciables de recourir à l'argument constitutionnel qu'à ce stade avancé de la procédure. La tendance devrait s'inverser puisque la partie envisageant de poser une QPC n'a *a priori* pas d'intérêt à miser sur la longueur de la procédure. Il reste qu'il est possible de ne poser la question qu'au stade de la cassation ; soit que l'avocat du requérant n'envisage qu'à ce stade l'inconstitutionnalité d'une disposition de loi soit que cela corresponde à une véritable stratégie juridictionnelle. Il se confirme ainsi que le contrôle *a posteriori* en France a bien été conçu comme la chose des parties. Toutefois, quoi qu'il en soit de l'attitude de ces dernières, cette exception majeure au double filtre a ceci de caractéristique qu'elle reste au profit des Cours suprêmes, lesquelles conservent de la sorte leur rôle prépondérant pour l'accès au prétoire du juge constitutionnel. Ce rôle ne peut être mis en cause à l'heure actuelle que dans un nombre de cas très limités.

2° - Le contournement du filtre des Cours suprêmes : une hypothèse marginale

La célérité de la procédure de QPC a été conçue comme un élément décisif de son attractivité, notamment par comparaison avec le contrôle de conventionnalité. Les juridictions du fond doivent ainsi statuer « sans délai », les Cours suprêmes dans les trois mois. Le respect de cette dernière exigence s'impose d'autant plus que, selon l'article 61-1 de la Constitution, le juge constitutionnel est saisi « sur renvoi du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé ». Pour parer à la carence de l'un ou l'autre, la dernière phrase du premier alinéa de l'article 23-7 de l'ordonnance portant loi organique sur le Conseil constitutionnel prévoit qu'en l'absence de cette décision dans le délai de trois mois, « la question est transmise au Conseil constitutionnel ». A ce jour, il a été fait application de ces dispositions à deux reprises. Dans une première affaire³⁸³, la QPC avait été renvoyée le 20 juin 2011 par un Tribunal de grande instance à la Cour de cassation. Cette dernière a constaté, par délibéré du 22 septembre, que le délai de trois mois imparti pour statuer était expiré et a constaté son dessaisissement. Un seul filtre a ici été exercé mais il s'agit de celui du juge du fond. L'hypothèse est donc celle, exceptionnelle, d'un contournement de la Cour suprême,

³⁸⁰ Tableau statistique consultable sur le site internet de la Cour de cassation

³⁸¹ Statistiques sur les activités du Conseil d'Etat disponibles dans ses rapports annuels.

³⁸² Chiffres cités par Marc Guillaume, secrétaire général du Conseil constitutionnel, à l'occasion de son audition par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, préc.

³⁸³ Affaire ayant donné lieu à la décision du Conseil constitutionnel du 16 décembre 2011, n° 2011-206 QPC, *Noël C.*

prévu par le texte organique en application du texte constitutionnel. La seconde affaire³⁸⁴ avait été portée devant un Tribunal administratif mais renvoyée au Conseil d'Etat comme relevant en réalité de la compétence de celui-ci en vertu de l'article R 351-2 du code de justice administrative. En l'absence de toute décision de la Haute juridiction administrative, la QPC a été transmise par le secrétariat de la section du contentieux au greffe du Conseil constitutionnel et ce, plus d'un an après réception du dossier³⁸⁵. Dans l'un et l'autre cas, il a donc fallu un acte de transmission de la part de la Cour suprême. On constate en particulier que le Conseil constitutionnel s'est abstenu de s'autosaisir de la seconde affaire malgré le retard considérable du juge administratif ; mais on ignore s'il était au courant de l'existence même de la QPC et de sa date de réception par le Conseil d'Etat. Quoi qu'il en soit, ce second cas a abouti à l'absence de tout filtre de la QPC préalablement à son examen par le Conseil constitutionnel. Cette absence de filtre pourrait aussi intervenir en cas de carence d'une Cour suprême, directement saisie de la question, à statuer dans le délai de trois mois.

L'inexistence d'une décision de renvoi des Cours suprêmes, quantitativement peu importante, est en revanche intéressante quant à la façon dont le Conseil allait l'appréhender : modifierait-il en l'occurrence l'étendue de son office pour vérifier lui-même l'applicabilité de la disposition déférée au litige ou à la procédure ? Il s'y est refusé, maintenant son refus de se substituer en cela au juge du litige principal. Tout au plus la seconde décision rendue précise-t-elle le périmètre exact des dispositions contestées, le mémoire QPC visant à titre liminaire un ensemble d'articles du code de l'environnement dont seuls certains étaient expressément l'objet de critiques par la suite ; le Conseil, comme il l'avait déjà fait auparavant, réduit le périmètre de la question posée aux seuls articles véritablement contestés. En définitive, le juge constitutionnel français entend maintenir une distinction claire entre son office et celui des juges du filtre, corroborant notre précédent constat sur la faible emprise de sa jurisprudence, en l'état, sur la façon dont cette fonction de filtre peut être exercée. Une troisième décision le confirme au demeurant.

Dans cette affaire le requérant a été condamné sur le fondement de l'article L 3421-1 du code de la santé publique à l'encontre duquel il a posé une QPC renvoyée à la Cour de cassation par le tribunal correctionnel le 12 septembre 2011. Or, apparemment récidiviste, le même justiciable pose quelques jours plus tard la même QPC vis-à-vis du même article à l'occasion du pourvoi contre l'arrêt de condamnation d'une Cour d'appel. La Cour de cassation conclut à l'absence de caractère sérieux de la question dans un arrêt du 30 novembre 2011. Elle s'abstient ensuite de statuer sur la transmission du tribunal correctionnel si bien que le requérant saisit directement le Conseil constitutionnel le 2 février 2012 aux fins de constatation de l'inconstitutionnalité de l'article en cause. Le Conseil rétorque que « par arrêt du 30 novembre 2011 susvisé, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a dit n'y avoir lieu de renvoyer cette question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel »³⁸⁶. Autrement dit, il prend prétexte de la réponse apportée dans un cas pour considérer qu'il a été

³⁸⁴ Affaire ayant donné lieu à la décision du Conseil constitutionnel du 23 novembre 2012, n° 2012-83 QPC, *Antoine de M.*

³⁸⁵ Le commentaire de la décision rendue par le Conseil constitutionnel indique en effet que le CE a accusé réception le 15 juillet 2011 de l'ordonnance de transmission du Président du Tribunal administratif. Or, le dossier a été envoyé au greffe du Conseil constitutionnel le 13 septembre 2012.

³⁸⁶ Cons. const., 15 février 2012, n° 2012-237 QPC, *M. Zafer E.*

répondu simultanément dans l'autre cas, au bénéficiaire il est vrai de « la triple identité de requérant, de disposition législative contestée et de griefs invoqués » ainsi que de « l'unité de temps conduisant à ce que la décision de la Cour de cassation soit rendue avant l'expiration du délai de trois mois à compter de la première saisine »³⁸⁷. Ce faisant, et une nouvelle fois, il entend se montrer « respectueux du mécanisme du filtre »³⁸⁸. L'absence de décision expresse de la Cour de cassation n'est toutefois pas satisfaisante et le juge constitutionnel nous paraît donc bien contraint à une forme de pirouette pour respecter ce filtre. Le commentaire officiel de la décision mentionne au demeurant que « une application littérale des textes applicables au traitement de la QPC aurait pu conduire le Conseil constitutionnel à s'estimer valablement saisi de la QPC posée par le requérant devant le tribunal de Sarreguemines et renvoyée à la Cour de cassation, celle-ci n'ayant pas statué dans le délai de trois mois à compter de sa saisine »³⁸⁹.

Pour éviter de contourner le non renvoi opposé par la Cour de cassation dans la seconde saisine du même requérant, le Conseil constitutionnel aurait pu se réfugier derrière le fait que la loi organique n'autorise pas sa saisine directe par le justiciable, même en l'absence de décision de la Cour suprême dans le délai de trois mois. En effet, la disposition organique prévoit, comme on l'a précédemment rappelé, qu'en ce cas, « la question est transmise au Conseil constitutionnel ». Dans l'affaire ultérieure ayant donné lieu à la décision précitée 2012-283 QPC du 23 novembre 2012, le juge constitutionnel a attendu la transmission du dossier par le secrétariat de la section du contentieux du Conseil d'Etat. Cette solution présente d'ailleurs l'inconvénient de subordonner l'intervention de la décision du Conseil à la bonne volonté finale de la Cour suprême, alors que l'objet même de la disposition en cause était précisément d'éviter cela. Quoi qu'il en soit, ces hypothèses particulières confirment tendanciellement qu'en l'absence même de double filtrage, les Cours suprêmes ont décidément été placées au centre du dispositif de la QPC. La seule véritable exception concerne précisément un cas non prévu par les textes : celui où le Conseil constitutionnel a accepté de trancher une QPC posée devant lui à l'occasion d'une contestation électorale.

Il n'est pas utile de revenir ici en détail sur les raisons ayant conduit le Conseil constitutionnel à accepter le principe d'un tel contrôle. On sait que la Haute juridiction, quand elle statue sur les élections parlementaires ou le référendum, officie comme juge ordinaire, faisant application de textes législatifs et réglementaires. Raison pour laquelle elle a refusé dans ce cadre l'exercice d'un contrôle de constitutionnalité de la loi et, à l'inverse, accepté d'assurer le respect par celle-ci des conventions internationales³⁹⁰. Or, juge électoral, le Conseil constitutionnel ne relève ni de la Cour de cassation, ni du Conseil d'Etat, auxquels l'article 61-1 de la Constitution réserve le renvoi de la question de constitutionnalité. Avisant cette difficulté lors de l'élaboration de la loi organique, les rapporteurs du texte au sein des deux Assemblées s'en remettaient expressément à une éventuelle évolution jurisprudentielle du Conseil pour accepter le contrôle de constitutionnalité dans le cadre du contentieux

³⁸⁷ Commentaire de la décision du 15 février 2012, n° 2012-237 QPC, sur le site internet du Conseil constitutionnel, p. 3.

³⁸⁸ J. Barthélemy et L. Boré, « QPC et saisine directe du Conseil constitutionnel », *Constitutions*, 2012, p. 300.

³⁸⁹ Commentaire précité, p. 3.

³⁹⁰ Cons. const., 28 octobre 1988, n° 88-1082/1117 AN, *Val d'Oise*, 5^{ème} circ.

électoral³⁹¹ (Warsmann p. 42, Portelli p. 37). Très curieuse situation que celle voyant des représentants de la nation appeler à une évolution prétorienne *contra constitutionem* pour remédier à un déni de justice organisé involontairement par le constituant³⁹²...

Quoi qu'il en soit, revirement il y a bien eu : le 12 janvier 2012, saisi d'un recours contre une élection sénatoriale accompagné d'un mémoire QPC, le Conseil accepte de répondre préalablement à la QPC - qu'il juge en l'espèce non fondée - puis, dans la même décision, il statue sur l'élection³⁹³. Cette solution aboutit à une décision mêlant les genres. D'un côté, elle porte uniquement le numéro d'une décision électorale mais non celui d'une QPC, ne vise pas le règlement intérieur sur la QPC et a été rendue au-delà du délai de trois mois depuis la saisine du Conseil constitutionnel. D'un autre côté, la procédure contradictoire et l'audience publique applicable à la procédure d'examen des QPC ont été respectées et sont mentionnées dans les visas tandis que l'article 3 du dispositif de la décision prévoit qu'elle sera notifiée aux autorités publiques intervenant dans le traitement des QPC. Enfin, le commentaire officiel signale que la disposition critiquée ne pouvait être examinée qu'au regard des droits et libertés que garantit la Constitution, invoqués ou non par le requérant, et que la déclaration de conformité en l'espèce, ou une abrogation à l'avenir, a le même effet *erga omnes* que les autres décisions rendues à l'occasion de QPC³⁹⁴. Quoi qu'il en soit de ces particularités, cette solution avait vocation à essaimer, à l'ensemble du contentieux électoral traité par le Conseil constitutionnel et à celui des votations référendaires³⁹⁵. Depuis cette première affaire, trois nouvelles contestations portant cette fois sur des élections à l'Assemblée nationale ont permis au Conseil constitutionnel d'examiner une QPC ; dans les trois cas, toutefois, l'existence d'une précédente décision portant sur la disposition querellée a fait obstacle à ce qu'il soit statué au fond³⁹⁶. Signalons que dans deux de ces décisions³⁹⁷, le moyen tiré de l'inconstitutionnalité n'était pas soulevé par les auteurs du recours électoral mais par le député dont l'élection était mise en cause.

L'absence de tout filtre, et le contournement subséquent des Cours suprêmes, interviennent donc dans une hypothèse très spécifique, non expressément prévue par les textes et même formellement à leur encontre. De quelle solution alternative le Conseil constitutionnel disposait-il ? Le professeur Cassia a estimé qu'il aurait dû, certes, accepter le contrôle de constitutionnalité de la loi dans le contentieux électoral, mais en le découplant

³⁹¹ Rapport n° 1898 fait par J.-L. Warsmann, préc., p. 42 ; rapport n° 637 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi organique l'application de l'article 61-1 de la Constitution par H. Portelli, 29 septembre 2009, p. 37.

³⁹² Il faut rappeler que lors des débats constitutants, il a été considéré que la formulation confiant le renvoi de la question de constitutionnalité au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation n'excluait du dispositif que le Tribunal des conflits et la Cour de justice de la République.

³⁹³ Cons. const., 12 janvier 2012, n° 2011-4538 SEN, *Loiret*.

³⁹⁴ Commentaire de la décision sur le site internet du Conseil constitutionnel, p. 12.

³⁹⁵ A ce sujet, v. F. Savonitto, « L'absence de double filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité. Argument pour sa suppression ? », *RFDC*, n° 93/2013, spéc. pp. 116-123.

³⁹⁶ Cons. const., 18 octobre 2012, n° 2012-4565/4567/4568/4574/4575/4576/4577 AN, *Val-de-Marne*, 1^{ère} circ. ; Cons. const., 18 octobre 2012, n° 2012-4563/4600 AN, *Hauts-de-Seine*, 13^{ème} circ. ; Cons. const., 15 février 2013, n° 2012-4580/4624 AN, *Français établis hors de France*, 6^{ème} circ.

³⁹⁷ Décisions du 18 octobre 2012 précitées.

totalemment de la procédure QPC³⁹⁸. Ce contrôle aurait alors été mené comme une exception d'inconstitutionnalité conduisant éventuellement à écarter la loi contraire à la constitution, comme peut l'être déjà celle contraire aux conventions internationales³⁹⁹. Cette proposition aurait en effet évité le mélange des genres résultant de la solution retenue par le Conseil. En revanche, elle revenait à acter un contrôle diffus de constitutionnalité. On peut se demander si une autre voie n'aurait pu consister en un auto-renvoi de la question par le Conseil constitutionnel. Parmi les pays étudiés, l'Espagne connaît une procédure de ce type. En effet, le recours individuel d'*amparo* ne peut y être dirigé directement contre une loi. Toutefois, s'il apparaît que c'est bien la loi appliquée qui lèse les droits fondamentaux du requérant, la chambre saisie de l'*amparo* doit renvoyer la question à l'Assemblée plénière du Tribunal constitutionnel⁴⁰⁰. La procédure régissant la question d'inconstitutionnalité est alors appliquée à l'examen de la disposition litigieuse. En ce qui concerne la QPC posée à l'occasion du contentieux électoral traité par le Conseil constitutionnel, cette formule aurait eu l'avantage de maintenir plus clairement la distinction entre ses fonctions de juge ordinaire et celles de juge constitutionnel. Préalablement à l'auto-renvoi, le Conseil aurait pu au demeurant exercer un filtre qui est totalement inexistant avec la solution retenue. Toutefois, une difficulté majeure tient à l'absence de différence entre les formations de jugement⁴⁰¹, contrairement à l'exemple de la question interne d'inconstitutionnalité en Espagne. En outre, cet auto-renvoi ne changerait rien au fait que le Conseil ne serait de toute façon pas saisi par la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat comme l'exige l'article 61-1 de la Constitution. En définitive, ce passage obligatoire par les Cours suprêmes constitue donc bien la grande caractéristique du système français.

L'examen des différentes situations nationales fait en définitive ressortir une diversité procédurale certaine. En France, les exceptions au double filtre sont nombreuses, bien que d'importance quantitative très inégale. En Allemagne, en Italie et en Espagne, l'apparente simplicité du renvoi direct par le juge saisi de la question est à nuancer, en raison d'abord de l'existence de procédures d'examen de la recevabilité par les Cours constitutionnelles, ensuite du développement par ces dernières d'exigences précises quant à cette recevabilité, les faisant pleinement participer au filtre. A l'inverse, le Conseil constitutionnel n'a pas voulu se doter des moyens d'influencer l'exercice du filtre par les juges *a quibus*, préoccupé qu'il est de ne pas apparaître comme une Cour suprême. Cette attitude conforte donc encore le rôle décisif

³⁹⁸ P. Cassia, « Le Conseil constitutionnel, saisi comme juge ordinaire, est habilité à statuer directement sur une QPC », *Rec. D.*, 2012, p. 327.

³⁹⁹ Le professeur Cassia juge que cette solution avait un fondement dans l'article 44 de l'ordonnance portant loi organique relative au Conseil constitutionnel selon lequel « Pour le jugement des affaires qui lui sont soumises, le Conseil constitutionnel a compétence pour connaître de toute question et *exception* posée à l'occasion de la requête » (nous soulignons).

⁴⁰⁰ Article 55 alinéa 2 de la LOTC.

⁴⁰¹ Le professeur Dord estime pour sa part que le Conseil pouvait justement « franchir le pas d'une évolution dans l'organisation de ses formations de jugement » et distinguer « la formation de jugement du litige électoral de celle du jugement de la QPC. La première serait composée de trois membres du Conseil constitutionnel, la seconde des six autres en raison de l'importance des questions de principe qui peuvent se poser. (...) » (O. Dord, « QPC AOC et QPC d'assemblage. A propos du Conseil constitutionnel juge électoral d'un grief d'inconstitutionnalité », *AJDA*, 14 mai 2012, p. 965). Cette dernière hypothèse est toutefois contraire au quorum de 7 conseillers exigé par l'article 14 de l'ordonnance portant loi organique relative au Conseil constitutionnel pour ses décisions et avis, sauf cas de force majeure.

aménagé en France au profit du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation dans le mécanisme de la QPC.

II / Une spécificité réelle quant au rôle des Cours suprêmes dans le mécanisme de la QPC

Le rôle des Cours suprêmes dans le mécanisme de la QPC constitue donc une spécificité réelle dont il convient maintenant d'évaluer les incidences. Cette évaluation peut être établie à partir de la situation du justiciable. Contrairement aux autres pays étudiés dans lesquels la question d'inconstitutionnalité reste conçue comme un moyen d'apurer l'ordre juridique de ses inconstitutionnalités, la QPC a été voulue par le constituant et le législateur organique comme un moyen pour le justiciable de défendre ses droits ; de ce point de vue, le verrou potentiellement mis entre les mains des Cours suprêmes peut apparaître paradoxal. Le rôle de ces dernières dans la QPC peut aussi être évalué au regard de l'organisation juridictionnelle. Un mécanisme de contrôle incident de la constitutionnalité des lois sur renvoi du juge ordinaire accroît mécaniquement les interférences entre l'office de ce dernier et celui du juge constitutionnel et, avec ces interférences, les tensions potentielles entre l'un et l'autre. En France, le face-à-face entre Conseil constitutionnel et Cours suprêmes, seules celles-ci pouvant saisir celui-là, ne fait que potentialiser encore ce risque de tensions.

A) La QPC : un droit des parties... aux mains des Cours suprêmes

Bien que contribuant de façon importante voire déterminante à la protection des droits fondamentaux, la question de constitutionnalité a été et reste envisagée dans les pays étudiés comme un mécanisme d'apurement de l'ordonnement constitutionnel. La conception de cette question comme un droit des parties reste très française et avec elle, la problématique des refus de renvoi des Cours suprêmes et de leur éventuelle révision.

1° - La question d'inconstitutionnalité : apurement de l'ordre juridique *versus* mécanisme de protection des droits fondamentaux

Selon le professeur Constance Grewe, « les différences essentielles entre le contrôle concret allemand et la QPC française résident dans l'organisation et le filtrage du renvoi. Si, en Allemagne, cette procédure est dominée par la Cour constitutionnelle et le juge du fond, en France, le rôle principal incombe aux parties et aux juridictions suprêmes »⁴⁰². Or, derrière ces conceptions différentes du filtre pointe une conception également différente de la question de constitutionnalité elle-même ; la France représentant ici le particularisme car les situations espagnole et même italienne sont plus proches du modèle allemand. Dans les trois pays européens, l'arrêt de renvoi d'une question noue un dialogue entre le juge *a quo* et la Cour constitutionnelle, le premier devant s'efforcer de persuader la seconde de la pertinence de son doute, voire de sa conviction, sur l'inconstitutionnalité de la norme. Le doute/conviction doit être celui du juge et non des parties, même quand celles-ci sont à l'origine de la question. Rappelons à cet égard que cette possibilité est informelle en Allemagne, l'article 100 alinéa 1 de la loi fondamentale ne mentionnant même pas ces parties, pas plus que la loi de 1951 sur la

⁴⁰² C. Grewe, « Le contrôle de constitutionnalité de la loi en Allemagne : quelques comparaisons avec le système français », *Pouvoirs*, n° 137/2011, p. 148.

Cour constitutionnelle fédérale ⁴⁰³. En Espagne et en Italie, si les textes d'application de la Constitution prévoient bien quant à eux la demande des parties ⁴⁰⁴, la question peut aussi, et est souvent, soulevée d'office par le juge *a quo*. Ce dernier a pu être décrit, s'agissant de l'Espagne et par un ancien Président du Tribunal constitutionnel, comme « le seigneur absolu de la question d'inconstitutionnalité, n'étant même pas obligé de motiver son refus à porter la question devant la Cour constitutionnelle » ⁴⁰⁵. De même en Italie, le juge de renvoi s'avère, selon les professeurs Ruggeri et Spadaro, « le véritable promoteur du procès incident » ⁴⁰⁶. Ce face-à-face entre le juge *a quo* et la Cour constitutionnelle reflète en définitive une conception objective de la question de constitutionnalité, en ce qu'elle n'est pas prioritairement tournée vers la défense des droits et libertés.

En Allemagne, le contrôle concret est une conséquence de ce que le juge doit veiller à la validité de la norme qu'il doit appliquer. C'est la raison pour laquelle il doit être convaincu de l'inconstitutionnalité de la loi pour la renvoyer à la Cour, respectant ainsi le monopole d'annulation de cette dernière ⁴⁰⁷. Comme l'explique Jean-Claude Béguin, « la décision de surseoir à statuer est une prérogative propre du juge du fond. Elle est indépendante des allégations des parties (...). Ceci montre que la procédure se distingue radicalement de la technique de l'exception d'inconstitutionnalité. Elle ne remplit pas une fonction de protection des droits constitutionnels dans les rapports Etats-particuliers. Il existe d'ailleurs pour la protection de ces droits face aux interventions irrégulières du législateur une procédure spécifique, celle du recours constitutionnel » ⁴⁰⁸. Ce rappel conduit à souligner que les mécanismes procéduraux comparables à la QPC n'ont pas nécessairement été conçus dans la même perspective. En l'occurrence, la saisine directe de la Cour allemande par l'individu est celle de ses attributions qui a été instaurée pour lui faire remplir un rôle de gardienne des droits fondamentaux de l'individu. On connaît les nuances qui résultent de la pratique, en particulier en raison du filtrage drastique de ces recours conduisant à ne retenir que ceux posant des questions de principe dépassant le cas d'espèce. Il reste que le recours individuel direct est celui qui vise la protection des droits fondamentaux tandis que la conception première de la question de constitutionnalité est objective en ce qu'elle permet à la Cour d'expulser de l'ordonnement les lois inconstitutionnelles.

Il n'est pas difficile de comprendre que la situation espagnole est proche de la situation allemande. La protection des droits fondamentaux par le Tribunal constitutionnel relève prioritairement du recours d'*amparo*. La possibilité de suggérer au juge l'inconstitutionnalité d'une disposition applicable à une instance en cours n'est en revanche pas un droit des parties. S'il envisage de saisir le Tribunal constitutionnel, le juge *a quo* doit organiser préalablement une audience pour entendre les parties et le Ministère public ⁴⁰⁹. En revanche, si une des

⁴⁰³ L'article 83 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale permet toutefois l'audition des parties par la Cour.

⁴⁰⁴ La possibilité pour les parties de soulever la question de constitutionnalité résulte en Espagne de l'article 35 de la LOTC et en Italie de l'article 1^{er} de la loi constitutionnelle de 1948.

⁴⁰⁵ P. Cruz Villalon « La lumière des expériences étrangères. L'Espagne », in *Contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle*, PUAM, 2009, p. 130.

⁴⁰⁶ A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Turin, Giappichelli, 2^{ème} éd., 2001, p. 247.

⁴⁰⁷ Pour les loi postérieures à l'entrée en vigueur de la Loi fondamentale seulement.

⁴⁰⁸ J.-C. Béguin, *Le contrôle de constitutionnalité des lois en République fédérale d'Allemagne*, op. cit., p. 93.

⁴⁰⁹ Article 35 al. 2 LOTC.

parties soutient l'inconstitutionnalité de la loi mais que le juge n'a pas de doute, il n'est en rien obligé d'organiser cette audience. Enfin, le Tribunal constitutionnel a lui-même confirmé la fonction objective de la question d'inconstitutionnalité, visant à l'apurement de l'ordre juridique. Dans un arrêt de principe sur le sujet rendu en 1981, il décrit la question comme un instrument mis à la disposition des organes juridictionnels pour concilier la double obligation qui leur est faite d'agir dans le respect de la loi et de la Constitution⁴¹⁰. Ces organes peuvent d'eux-mêmes laisser inappliqués les actes réglementaires et les lois antérieures à la Constitution contraires à celle-ci. En revanche, pour les lois postérieures, ils doivent renvoyer la question au Tribunal. Selon ce dernier, « l'apurement continu de l'ordre juridique (...) est ainsi le résultat d'une collaboration nécessaire entre les organes du pouvoir judiciaire et le Tribunal constitutionnel (...) ». En définitive, « l'objectif commun » entre cette procédure et celle du recours d'inconstitutionnalité – actionné de façon abstraite par certaines autorités politiques et publiques – est, non la protection des droits fondamentaux, mais « la préservation de la constitutionnalité des lois » ; la question, à l'inverse du recours, permettant « de prendre en considération l'effet qu'une réalité sociale changeante opère sur le contenu des normes »⁴¹¹.

Tout autre est bien sûr la situation française. Dans le rapport du Comité Balladur, ce qui était encore qualifié d'exception d'inconstitutionnalité relevait d'un chapitre III sur de nouveaux droits pour les citoyens. Le constituant de 2008 a repris et concrétisé la réforme dans cette optique consistant à conforter les droits des justiciables. C'est au demeurant ce qui a conduit, lors de l'élaboration de la loi organique, à exclure la saisine d'office du juge, que la formulation indéterminée de l'article 61-1 de la Constitution n'excluait pas. Par exemple, le rapporteur au Sénat considérait qu'une « telle faculté du juge semble contredire la *ratio legis* du dispositif. En effet, comme indiqué plus haut, la question prioritaire de constitutionnalité est censée conférer un nouveau droit subjectif aux citoyens »⁴¹². Enfin, lors du contrôle de ce texte organique, le Conseil constitutionnel a considéré que « le constituant a reconnu à tout justiciable le droit de soutenir, à l'appui de sa demande, qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit ». La France est donc la seule à avoir interdit le relevé d'office de la QPC par le juge ; à en avoir limité les moyens aux droits et libertés garantis par la Constitution ; à exclure enfin que la question posée soit reformulée par le juge de renvoi. Ladite question est bien la chose des parties. Certes, le droit de soulever la question n'est pas celui qu'elle soit renvoyée au juge constitutionnel. A cet égard, le passage obligé par la cour suprême de l'ordre concerné confirme le diagnostic du professeur Grewe sur l'importance du duo constitué par les parties et ces Cours suprêmes et a focalisé l'attention sur le risque d'un verrouillage par ces dernières de la procédure de QPC.

2° - La problématique du risque de « verrou » opposé par les Cours suprêmes à la QPC

Le système français de filtrage met les Cours suprêmes en mesure de bloquer durablement une question de constitutionnalité, quand bien même elle serait posée avec insistance par des requérants. Un seul exemple symptomatique : malgré les protestations

⁴¹⁰ STC 17/1981, FJ n° 1 (traduction effectuée par nos soins).

⁴¹¹ *Ibid.* Sur la conception de la question d'inconstitutionnalité, v. plus généralement *infra* la contribution du professeur Alvarez-Ossorio.

⁴¹² Rapport fait par H. Portelli, préc., p. 25.

suscitées par un arrêt ⁴¹³ rendu dans les premières semaines d'application de la QPC, la Cour de cassation a de nouveau refusé de renvoyer l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 réprimant la contestation des crimes contre l'humanité ⁴¹⁴. La différence capitale dans les autres pays est que la mauvaise volonté – réelle ou présumée – d'un juge, même suprême, pourra toujours être contournée par un autre, et une question constitutionnelle d'apparence réellement importante remonter jusqu'au juge constitutionnel. Peu importe à cet égard qu'en France, des exemples inverses à celui de la loi Gayssot – c'est-à-dire des renvois faisant suite à une première phase de refus – existent ; peu importe aussi que l'appréciation du sérieux d'une question implique une part de subjectivité, qui est donc celle des commentateurs de la jurisprudence aussi bien que des juges. La réforme a été présentée comme donnant au Conseil constitutionnel le pouvoir de trancher les éventuelles contrariétés de la législation avec les droits fondamentaux, dans une mesure beaucoup plus large qu'auparavant. Dès lors, le pouvoir de barrage conféré aux Cours suprêmes paraît contreproductif et un filtrage censément excessif s'expose au risque d'être dénoncé comme doublement préjudiciable : au droit procédural de poser une QPC, droit ayant lui-même pour objet la protection des droits et libertés constitutionnels. Sur un plan plus technique, on a pu relever des décisions de juridictions subordonnées se référant à un arrêt de refus de renvoi préexistant émanant de leur Cour suprême pour refuser de transmettre la même question ⁴¹⁵ ; cela revient à conférer audit arrêt une autorité qu'il n'a pas et à empêcher la Cour de revenir éventuellement sur son refus. Assurément, le poids attaché à la fonction historique du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation accroît donc encore leur place stratégique dans le dispositif de la QPC. Il s'y ajoute les risques traditionnels de divergence de jurisprudence entre les deux Cours.

Une péripétie illustre bien ce que peuvent avoir de difficilement acceptable certains refus de renvoi : il s'agit du fait que l'impartialité des deux Cours suprêmes a été mise en cause dès lors que la question porte sur leur propre interprétation d'une disposition. L'argument a été soulevé pour la première fois devant la Cour de cassation, qui s'était illustrée par son désir de préserver son pouvoir d'interprétation de la loi d'un droit de regard du Conseil constitutionnel ⁴¹⁶. Cela a conduit des requérants à demander le renvoi direct d'une QPC transmise par le juge du fond, sans examen de la Cour de cassation, au motif qu'il « existe un risque que (cette dernière) ne soit pas considérée comme un organe satisfaisant pleinement l'exigence d'impartialité objective au sens de l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dès lors que la QPC porte sur une interprétation jurisprudentielle dont la Cour de cassation est l'auteur et qu'elle a appliquée constamment à de très nombreuses reprises » ⁴¹⁷. Le moyen revenait à contester l'organisation du filtre résultant non seulement de la loi organique mais aussi de l'article 61-1 de la Constitution dès lors qu'il prévoit lui-même le renvoi par la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat. Si l'on comprend aisément son rejet, on peut trouver curieuse la réponse selon laquelle « aux termes de l'article L 411-1 du code de l'organisation

⁴¹³ Cass. crim., 7 mai 2010, n° 09-80774.

⁴¹⁴ Cass. crim., 5 décembre 2012, n° 12-86382 ; v. A. Lepage, « Le Conseil constitutionnel ne connaîtra toujours pas du délit de contestation de crime contre l'humanité », *Communication commerce électronique*, n° 2, février 2013, comm. 17.

⁴¹⁵ V. N. Jacquinet, « L'utilisation par les juges du fond des arrêts de non-renvoi d'une QPC », *AJDA*, 2012, p. 2097.

⁴¹⁶ V. *supra* notre contribution, « Le filtre exercé par la Cour de cassation », et les références citées.

⁴¹⁷ Cass. Ass. Plén., 20 mai 2011, (3 arrêts), n° 11-90025, n° 11-90032, n° 11-90033.

judiciaire, il y a, pour toute la République, une Cour de cassation ; que, dès lors, la requête dirigée contre la Cour, dans son ensemble, ne peut être accueillie »⁴¹⁸. Confronté à une demande identique fondée sur le même type de raisonnement, le Conseil d'Etat a, plus justement selon nous, relevé que l'existence d'une jurisprudence de sa part sur la disposition contestée ne faisait pas obstacle à « ce qu'il statue, ainsi que le lui prescrit l'article 61-1 de la Constitution, sur le bien-fondé du renvoi au Conseil constitutionnel (...) »⁴¹⁹. Il a en outre ajouté que cette situation n'était « en tout état de cause » pas contraire aux articles 6 et 13 de la CEDH. Cette seconde partie de la réponse nous paraît plus empreinte d'embarras. Car, en définitive, comme le souligne le professeur Roblot-Troizier, « dans le système de la QPC, le renvoi au Conseil constitutionnel dépend entièrement des juridictions suprêmes et de leur capacité à faire preuve d'objectivité lorsqu'elles apprécient le caractère sérieux ou nouveau de la question de constitutionnalité qui met en cause leur jurisprudence »⁴²⁰.

Cette spécificité française a conduit dès les premiers mois d'application de la réforme à envisager d'instituer un recours contre les refus de renvoi émanant du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation. On sait que dans son rapport sur l'évaluation de la loi organique en octobre 2010, Jean-Luc Warsmann avait présenté trois solutions éventuelles : celle de l'appel contre un refus de renvoi devant le Conseil constitutionnel ; celle de l'évocation par ce même Conseil constitutionnel ; celle enfin de la demande par le Conseil d'une nouvelle délibération à la Cour suprême⁴²¹. Les deux premières solutions étaient ni plus ni moins inconstitutionnelles. La troisième a fait l'objet d'un amendement au projet de loi organique sur le défenseur des droits en janvier 2011, amendement finalement retiré. Quoi qu'il en soit des modalités techniques d'une telle réforme, elle aurait constitué une véritable particularité française. Dans aucun des pays étudiés, il n'existe en effet de recours propre contre un refus de renvoi ; comme en France, la solution est qu'un tel refus peut être contesté aux stades ultérieurs de l'instance, en même temps que la décision principale elle-même⁴²². En revanche, les Cours constitutionnelles n'ont pas leur mot à dire sur la décision finale des juges *a quibus* de ne pas leur soumettre une question de constitutionnalité. Ces Cours exercent donc, comme on l'a vu en première partie, une fonction de filtre-barrage, mais en aucun cas une fonction de filtre-rattrapage. A ce titre, Paolo Passaglia souligne, à propos de l'Italie, que « aucun droit constitutionnel à saisir la juridiction constitutionnelle n'est en cause et l'on ne voit pas quelle raison justifierait une intervention de la Cour constitutionnelle visant à contrôler et, le cas échéant à sanctionner, une décision de non-renvoi »⁴²³. L'idée d'un recours contre les refus de renvoi en France était révélatrice d'un paradoxe : ayant organisé le blocage potentiel de la

⁴¹⁸ *Id.*

⁴¹⁹ CE, 12 septembre 2011, M. et Mme A., n° 347444 (nous soulignons).

⁴²⁰ A. Roblot-Troizier, « Question prioritaire de constitutionnalité et interprétations jurisprudentielles ou l'impartialité du juge statuant sur la constitutionnalité de sa propre jurisprudence », *RFDadm.*, n° 6/2011, p. 1217.

⁴²¹ Rapport d'information 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 présenté par J.-L. Warsmann à la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration de la République, 5 octobre 2010, pp. 19-21.

⁴²² Espagne : V. article 35, al. 2, dernière phrase de la LOTC pour l'Espagne ; article 24 alinéa 2 de la loi du 11 mars 1953 pour l'Italie ; pour l'Allemagne, v. R. Arnold, « Le rôle de la Cour constitutionnelle fédérale allemande », in *Le rôle du juge constitutionnel dans le filtrage des questions de constitutionnalité : étude comparée*, *op.cit.*, p. 20.

⁴²³ P. Passaglia, « Le rôle de la Cour constitutionnelle italienne », in *Le rôle du juge constitutionnel dans le filtrage des questions de constitutionnalité : étude comparée*, *op. cit.*, p. 56.

QPC par les Cours suprêmes, on souhaitait finalement trouver un moyen de les contourner, au risque d'envenimer les relations avec le juge constitutionnel. Or, si les tensions liées au partage des tâches entre juge *a quo* et juge constitutionnel paraissent inhérentes au mécanisme de contrôle incident, elles sont déjà potentialisées par le rôle conféré en France à la Cour de cassation et au Conseil d'Etat.

B) Des risques de tension potentialisés par le face-à-face Cours suprêmes/Conseil constitutionnel

Une précision s'impose d'emblée : les tensions dont il va être question paraissent consubstantielles à l'introduction d'un mécanisme de renvoi préjudiciel de constitutionnalité qui amène les juges ordinaires à collaborer avec un nouvel organe constitutionnel. Comme le rappelle Thierry Santolini dans un article rédigé dans le cadre de la présente recherche, « en Allemagne, en Belgique, en Espagne ou encore en Italie, ces tensions ont abouti à de véritables conflits donnant lieu à ce que la doctrine a pu qualifier de "guerre des Cours" »⁴²⁴. Et d'ajouter que « La présence d'une Cour constitutionnelle perturbe les mécanismes classiques de l'ordre juridictionnel. (...) Le traumatisme est particulièrement marqué pour les juridictions suprêmes qui perçoivent le juge constitutionnel comme un concurrent capable de menacer leur position privilégiée au sein de l'ordre juridictionnel »⁴²⁵. On ne saurait donc voir dans l'existence même de tensions une spécificité française, celle-ci résidant plutôt dans leur potentialisation en raison du rôle privilégié de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat. On tâchera d'illustrer le propos par quelques réflexions d'ordre général illustrées d'exemples nous paraissant les plus significatifs. On verra d'ailleurs que c'est précisément en considération de ces tensions que le droit comparé a été mobilisé dans les discours des acteurs de la QPC comme de la doctrine, alors qu'il a par ailleurs fondé peu de travaux systématiques. Ce recours au droit comparé porte sur la question du droit vivant et des réserves d'interprétation, qu'elles émanent du Conseil constitutionnel ou prennent la forme d'une interprétation conforme de la loi par le juge ordinaire.

1° - La question du droit vivant et l'enjeu du pouvoir d'interprétation de la loi

Les débats se sont focalisés sur l'importation en France de la doctrine italienne du droit vivant⁴²⁶. On sait que la Cour de cassation a, dans un premier temps, refusé le renvoi de certaines QPC au motif qu'elles ne portaient pas tant sur une disposition de loi que sur sa propre jurisprudence s'y rapportant. Ce à quoi le Conseil constitutionnel a répondu « qu'en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition »⁴²⁷. De la sorte, le juge de la rue Montpensier reconnaissait être lié, quand elle existe, par l'interprétation consolidée et constante donnée à la disposition

⁴²⁴ T. Santolini, « La question prioritaire de constitutionnalité au regard du droit comparé », *RFDC*, n° 93/2013, p. 90.

⁴²⁵ *Ibid.*

⁴²⁶ Sur la doctrine du droit vivant voir G. Zagrebelsky, « La doctrine du droit vivant et la question de constitutionnalité », *Constitutions*, n° 1-2010, pp. 9 et s. ; C. Severino, *La doctrine du droit vivant*, Economica-PUAM, Paris-Aix-en-Provence, 2003, 282 p. ; *Idem*, « Un an de droit vivant devant le Conseil constitutionnel », *Constitutions*, 1-2012, pp. 43 et s.

⁴²⁷ Cons. const., n° 2010-39 QPC, 6 octobre 2010, cons. 2.

querellée par une juridiction suprême, et devoir subséquemment contrôler la disposition ainsi interprétée⁴²⁸. Or, la question du droit vivant avait précisément été à l'origine de la « guerre des Cours » italiennes, à savoir la Cour constitutionnelle et la Cour de cassation. La consécration par celle-là du droit vivant produit par celle-ci avait permis d'apaiser la situation. Dans le prolongement de cet exemple, la décision du Conseil constitutionnel a donc généralement été saluée⁴²⁹. Toutefois, la référence ainsi faite à l'expérience italienne est partielle. En effet, l'épisode de la guerre des deux cours dans ce pays tenait au refus de la Cour de cassation que la Cour constitutionnelle ne tienne pas compte de son interprétation de la loi dans l'exercice de son contrôle ; mais la Cour suprême italienne *n'a jamais essayé de soustraire cette interprétation* au contrôle du juge constitutionnel. Autrement dit, se contenter de souligner la consécration du droit vivant par le Conseil français ne saurait conduire à édulcorer l'autre face de cette jurisprudence consistant à affirmer la subordination de ce droit vivant à son contrôle, ce que précisément la Cour de cassation entendait refuser. Par ailleurs et surtout, la résistance de la Haute juridiction française au nouveau mécanisme était somme toute *beaucoup plus radicale* que celle de la juridiction italienne, bien qu'elle ait été de courte durée.

Après une phase où elle a paru rejeter le mécanisme même de QPC, la Cour de cassation a évolué vers une pleine appropriation de son rôle d'instance de filtrage, rejoignant en cela le Conseil d'Etat. Cette acclimatation apparente de la réforme, somme toute rapide, ne doit pas dissimuler que l'enjeu lié à l'interprétation de la loi demeure – et, sous-jacent, le risque de conflit qu'il comporte. Il n'est pas anodin que les deux Cours suprêmes saisissent chaque occasion de rappeler ce pouvoir d'interprétation de la loi inhérent à leur fonction. Par exemple, dans un arrêt du 25 juin 2010, la Haute juridiction administrative se réfère à sa propre jurisprudence pour rejeter une QPC critiquant le défaut d'intelligibilité de deux dispositions combinées du code général des impôts⁴³⁰. Elle souligne ainsi qu'en faisant œuvre d'interprétation, elle peut apporter les garanties permettant le respect des droits constitutionnels. Il est vrai que ce faisant, le Conseil d'Etat ne fait qu'emboîter le pas du Conseil constitutionnel lui-même qui se réfère parfois à la jurisprudence existante pour écarter les griefs visant une disposition de loi.

Pour sa part, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation conclut au défaut de sérieux d'une question mettant en cause l'imprécision d'une disposition du code des sports, « dès lors que la disposition législative n'est critiquée qu'en ce qu'elle laisse la place à interprétation, laquelle relève de l'office du juge »⁴³¹. Si l'affirmation n'est pas contestable, il semble

⁴²⁸ Sur la prise en compte du droit vivant par le Conseil constitutionnel, v. *infra*, la contribution de Caterina Severino, spéc. le I.

⁴²⁹ V. surtout, B. Mathieu, « La question de l'interprétation de la loi au cœur de la QPC », *JCP G*, n° 44, 1^{er} novembre 2010, 1071 ; v. aussi, F. Boucard, « La question prioritaire de constitutionnalité et les Cours suprêmes. Une partie de billard à trois bandes ? », *JCP G*, n° 30-34, 26 juillet 2010, 804 ; N. Maziau, « Brefs commentaires sur la doctrine italienne du droit vivant dans le cadre du contrôle incident de constitutionnalité. Retour sur l'expérience italienne et possibilités d'évolution en France », *Rec. D.*, 2011, p. 529 ; N. Molfessis, « La jurisprudence *supra-constitutionem* », *JCP G*, n° 42, 18 octobre 2010, p. 1955 et s. ; D. Rousseau, « L'art italien au Conseil constitutionnel : les décisions des 6 et 14 octobre 2010 », *Gaz. Pal.*, 21 octobre 2010, n° 294, p. 12.

⁴³⁰ CE, 25 juin 2010, n° 326363.

⁴³¹ Cass. plén., 31 mai 2010, n° 09-70716

néanmoins que la conception retenue de cette interprétation soit parfois très large. La chambre criminelle de la Cour de cassation a par exemple été saisie de la question de la constitution de partie civile du chef de l'Etat en fonction. La possibilité pour le Président de se constituer partie civile sur le fondement de l'article 2 du code de procédure pénale, à l'instar de tout justiciable, est comme on le sait critiquée compte tenu de ce qu'il bénéficie pendant la durée de son mandat de l'inviolabilité définie par l'article 67 alinéa 2 de la Constitution. La doctrine s'est interrogée sur l'inconventionnalité éventuelle de ce régime. Toutefois, un requérant habile avait réussi à formuler une question de façon à porter le débat sur le terrain constitutionnel : il s'agissait de savoir si l'article 2 du code de procédure pénale, en ne prévoyant pas l'impossibilité pour le Président de se constituer partie civile devant une juridiction pénale pendant la durée de son mandat, était contraire au principe de séparation des pouvoirs, au respect des droits de la défense et au droit à une procédure juste et équitable. Autrement dit, le subterfuge consistait à invoquer une omission législative : compte tenu de l'immunité pénale du Président, le code de procédure pénale aurait dû prévoir l'impossibilité qu'il se constitue partie civile. La chambre criminelle répond que la question « ne présente pas un caractère sérieux en ce qu'elle vise, en réalité, à préciser le champ d'application de l'article 2 du code de procédure pénale au regard de l'article 67 de la Constitution, ce qui relève de l'office du juge judiciaire »⁴³². Si l'on suit bien la Cour, elle aurait donc pu exclure d'elle-même (si elle l'avait jugé nécessaire) la constitution de partie civile d'un justiciable au regard de sa situation particulière. Or, une telle restriction au droit d'agir devrait selon nous nécessairement être prévue par les textes (la loi en général, la Constitution dans le cas particulier du Président). On peut donc sérieusement douter ici que l'office du juge judiciaire permettait de résoudre la difficulté... Cette affaire illustre bien l'enjeu de la QPC qui est de savoir qui, en France, doit être juge constitutionnel de droit commun⁴³³. Le Conseil constitutionnel a certes le monopole de l'abrogation des lois ; il n'a pas celui en revanche d'en délivrer une lecture respectueuse des droits et libertés. A sa technique des réserves d'interprétation s'oppose celle de l'interprétation conforme de la loi à la Constitution par le juge ordinaire⁴³⁴.

2° - Quel juge constitutionnel de droit commun ? Réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel *versus* interprétation conforme de la loi à la Constitution des Cours suprêmes

Les Cours suprêmes entendent donc rappeler qu'elles ont historiquement pour rôle de fixer l'interprétation de la loi. L'hostilité demeure à ce que le Conseil constitutionnel interfère avec ce rôle et apparaît d'autant plus forte quand il prétend, par une réserve d'interprétation, leur imposer une interprétation nouvelle à la place de l'interprétation existante jugée contraire aux droits et libertés. Ainsi, le Premier président de la Cour de cassation déclare à ce propos :

« Si j'admets volontiers que la jurisprudence fait corps avec la disposition que le juge interprète, ce qui met le Conseil en position de censurer, le cas échéant, la loi telle qu'elle est interprétée majoritairement par les juges, le fait que le Conseil constitutionnel formule *a posteriori* une réserve qui, au mieux, sera neutre, mais qui peut figer, voire remettre en cause

⁴³² Cass. crim., 10 novembre 2010, n° 10-85678.

⁴³³ V. S.-J. Liéber et D. Bottegghi, « Le juge administratif, juge constitutionnel de droit commun ? », *AJDA*, 2010, p. 1355.

⁴³⁴ V. R. Fraisse, « QPC et interprétation de la loi », *Petites Affiches*, n° 89, 5 mai 2011, p. 5 ; A. Viala, « De la puissance à l'acte : la QPC et les nouveaux horizons de l'interprétation conforme », *RD Pub.*, n° 4/2011, p. 965.

la jurisprudence, peut sembler contraire à l'esprit et aux règles de fonctionnement de nos institutions. »⁴³⁵ C'est certainement cette réticence à l'interférence du Conseil constitutionnel qui explique que les deux Cours suprêmes sont de plus en plus enclines à faire évoluer leur jurisprudence, voire dans certains cas à la modifier⁴³⁶, afin d'assurer de leur propre chef sa conformité aux droits et libertés constitutionnels. L'on mesure ici l'évolution qui est la leur par rapport aux premières opinions émises lors de l'entrée en vigueur de la réforme. Par exemple, concluant sur un arrêt qui allait donner lieu à la décision n° 2010-3 QPC du 28 mai 2010, le rapporteur public avait relevé les objections à ce que le juge ordinaire recoure à l'interprétation conforme permettant d'éviter un renvoi au juge constitutionnel. En l'espèce, elle soulignait que la disposition litigieuse se prêtait à deux lectures différentes, dont l'une pouvait rendre sujette à caution son applicabilité au litige. Elle suggérait toutefois au Conseil d'Etat de ne pas trancher, notamment parce que « tout ceci ne se détache pas en réalité du caractère sérieux de la question de constitutionnalité elle-même. Retenir un parti d'interprétation plutôt qu'un autre rend plus ou moins aiguë la difficulté soulevée au regard du principe d'égalité ou de la liberté d'association. En réalité, nous croyons que c'est au Conseil constitutionnel qu'il reviendrait de définir l'interprétation valable. Car, sinon, le risque est fort d'une « cacophonie jurisprudentielle » à laquelle tout le monde aurait à perdre. »⁴³⁷

A l'inverse, désormais, le recours à la technique de l'interprétation conforme est pleinement revendiqué et l'exemple italien a, de nouveau, pu être invoqué à son soutien. Ainsi, selon le professeur Maziau, « la doctrine du droit vivant suppose également une sorte de *self-restraint* de la part du juge constitutionnel. (...) Dans ce cadre, la procédure de question incidente de constitutionnalité apparaît supplétive. La responsabilité première du juge ordinaire est d'assurer une interprétation conforme de la loi à la Constitution »⁴³⁸. Le professeur Maziau rappelle aussi qu'en Italie, « dans le cas où l'interprétation consolidée est manifestement non conforme, la Cour constitutionnelle n'a pas d'autre choix que de l'invalidier » ; autrement dit, elle censure la loi plutôt que de la « sauver » au prix d'une réserve d'interprétation qui viendrait heurter frontalement le droit vivant. On retrouve ici, exprimée sous la plume d'un universitaire qui est aussi conseiller référendaire à la Cour de cassation, l'hostilité aux réserves d'interprétation dans le cadre du contrôle *a posteriori*, surtout quand ces réserves remettent en cause la jurisprudence consolidée d'une Cour suprême. Le Conseil constitutionnel s'étant inspiré de l'exemple italien, est invité ici à s'y conformer en totalité. Cela impliquerait deux grandes conséquences, qu'il convient d'examiner l'une après l'autre.

⁴³⁵ Audition de V. Lamanda, Premier président de la Cour de cassation, par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, 21 novembre 2012, CR n° 16.

⁴³⁶ V. 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 », *Rec. D.*, 2011, p. 2811 ; *Id.*, « Le revirement de jurisprudence dans la procédure de QPC. Comment la Cour de cassation, dans son interprétation de la loi, s'inspire du Conseil constitutionnel dans son rôle d'interprète de la Constitution... », *Rec. D.*, 2012, n° 28, p. 1833.

⁴³⁷ A. Courrèges, « L'article L 211-3 du code de l'action sociale et des familles est-il contraire au principe constitutionnel d'égalité ? », *AJDA*, 17 mai 2010, p. 1013.

⁴³⁸ N. Maziau, « Brefs commentaires sur la doctrine italienne du droit vivant dans le cadre du contrôle incident de constitutionnalité. Retour sur l'expérience italienne et possibilités d'évolution en France », *op. cit.*, p 529.

En premier lieu, le renvoi au juge constitutionnel ne s'imposerait que dans l'hypothèse où il est impossible au juge *a quo* de délivrer de la loi une interprétation conforme à la Constitution ; d'où le caractère « supplétif » du recours au juge constitutionnel. De nombreuses objections existent à cette pratique. Tout d'abord, si la Cour constitutionnelle, en Italie, a fait obligation aux juges *a quibus* de ne lui renvoyer la question qu'en cas d'impossibilité d'interprétation conforme à la Constitution, cette exigence ne découle en rien de la théorie du droit vivant. Contrairement à ce qu'affirme le professeur Maziau, droit vivant et obligation d'interprétation conforme sont deux constructions indépendantes l'une de l'autre. Ensuite, comme l'explique le professeur di Manno dans sa contribution au présent rapport de recherche, l'obligation d'interprétation conforme faite au juge *a quo* résulte essentiellement de la volonté de la Cour italienne d'endiguer le flot de questions qui avait conduit à un encombrement sans précédent de son rôle⁴³⁹. C'est donc un contexte parfaitement étranger à la France qui a conduit à ce que le juge constitutionnel transalpin affirme lui-même le caractère supplétif de son office. S'appuyer sur ce modèle pour justifier un usage maximal par les Cours suprêmes françaises de la technique d'interprétation conforme relève donc d'une utilisation du droit comparé discutable. Comme le relève M. Santolini, « en France, la situation est à la fois proche et différente, proche car les juridictions suprêmes semblent vouloir faire un large usage de l'interprétation conforme, mais différente car ici l'initiative d'utiliser cette technique herméneutique vient des juridictions ordinaires et non du juge constitutionnel dont le rôle et la fonction se trouvent en quelque sorte, court-circuités »⁴⁴⁰. Et d'ajouter, « dans un cas, le développement du contrôle diffus est conçu comme une collaboration, dans l'autre il se manifeste dans une logique concurrentielle »⁴⁴¹. Cette remarque sur le caractère diffus du contrôle permet enfin de souligner une autre objection au modèle italien. L'obligation d'interprétation conforme est controversée en Italie même, non seulement parce qu'elle aboutit à imposer une troisième condition de recevabilité à la question de constitutionnalité, non prévue par les textes, mais aussi parce qu'elle « déconcentre » en grande partie le contrôle de constitutionnalité de la loi. Cette déconcentration fait problème dès lors qu'elle ne correspond pas au modèle voulu par le constituant, ce que rappellent les auteurs italiens à l'encontre de la jurisprudence de la Cour italienne sur le sujet ; cette objection est d'autant plus forte en France que, répétons-le, ce mouvement n'est pas impulsé par le Conseil constitutionnel.

En second lieu, la Cour constitutionnelle italienne s'abstient en principe de proposer une interprétation de la loi différente de celle résultant du droit vivant ; en cas d'inconstitutionnalité de ce dernier, la censure de la loi est en effet préférée. Il s'agit bien cette fois d'une conséquence admise de la théorie du droit vivant en Italie, qui pourrait conforter l'hostilité exprimée par certains acteurs de la QPC aux réserves d'interprétation émises par le Conseil constitutionnel dans son contrôle *a posteriori*. De nouveau, l'inspiration trouvée dans le cas italien mérite d'être soumise à la discussion. Tout d'abord, il faut rappeler que la réserve d'interprétation a notamment pour justification d'éviter une censure de la loi ; y renoncer pour ne pas heurter le droit vivant revient à accorder une plus grande déférence à la jurisprudence se rapportant à la loi qu'à la loi elle-même. Ensuite, l'Italie semble faire figure d'exception sur ce point, la technique des réserves d'interprétation étant largement mise en

⁴³⁹ V. *infra* la contribution de T. di Manno, « L'impossibilité de l'interprétation conforme de la loi à la Constitution, condition de recevabilité de la question incidente de constitutionnalité en Italie ».

⁴⁴⁰ T. Santolini, « La question prioritaire de constitutionnalité au regard du droit comparé », *op. cit.*, p. 94.

⁴⁴¹ *Ibid.*

œuvre à l'étranger, même en cas de droit vivant contraire. Enfin, et corrélativement, cet « acquis » du contentieux italien est un des éléments de réponse trouvés à la « guerre des Cours » en fonction d'un contexte propre à l'Italie. Une nouvelle fois, M. Santolini le rappelle : « en Italie, l'extension de la théorie du « droit vivant » n'a été acceptée par la Cour constitutionnelle que sous la contrainte de préoccupations purement fonctionnelles. En effet, c'est principalement pour faire face au risque d'engorgement et limiter l'accès de son prétoire que le juge constitutionnel transalpin a fait des juridictions ordinaires les interprètes quasi exclusives des lois »⁴⁴². Or, de cette interprétation de la loi, on parvient rapidement à l'interprétation de la constitution ; l'une et l'autre fonctionnent de pair, qu'il s'agisse pour le Conseil d'émettre une réserve d'interprétation ou pour les Cours suprêmes de délivrer de leur propre chef une interprétation conforme de la loi à la Constitution.

En effet, un recours massif à l'interprétation conforme fait du juge ordinaire l'interprète de droit commun des exigences constitutionnelles. Certes, il est des cas où la solution assurant la conformité aux droits et libertés sera aisément trouvée. Mais ce n'est pas nécessairement l'hypothèse la plus fréquente, même en présence d'une jurisprudence constitutionnelle sur le sujet pouvant prêter à... interprétation. C'est pourquoi, si l'interprétation conforme peut à l'occasion prendre place parmi les techniques de filtrage, des précautions s'imposent néanmoins. Faire du juge ordinaire le juge constitutionnel de droit commun comporte des risques de dissonance ou de « cacophonie jurisprudentielle » selon les conclusions précitées d'Anne Courrèges. Et l'on en revient irrémédiablement à la spécificité française tenant au pouvoir de blocage des QPC par les Cours suprêmes. Dans les autres pays étudiés, une interprétation présentée comme conforme par un juge peut toujours, en cas de doute, être renvoyée à la Cour constitutionnelle par un autre juge. Dans l'hexagone, l'interprétation conforme s'imposera au juge subordonné qui, s'il souhaitait en éprouver la viabilité auprès du Conseil constitutionnel, serait obligé de s'en remettre à... l'auteur même de ladite interprétation, sa Cour suprême qui représente la porte d'accès exclusive au juge de la rue Montpensier...

Dans sa présentation des droits fondamentaux en République fédérale d'Allemagne aux *Mélanges Eisemann* de 1977, Michel Fromont concluait à une relativisation croissante de l'opposition entre droits romano-germaniques et droits anglo-saxons. Selon lui, une opposition plus forte surgissait entre « les pays dont les lois sont restées souveraines, tels que la France ou la Grande-Bretagne » d'une part, et « les pays dont la Constitution est devenue la norme suprême, tels que les Etats-Unis ou l'Allemagne »⁴⁴³. Et d'ajouter : « à la souveraineté d'un grand nombre de lois s'oppose la suprématie d'un seul texte et d'un seul juge »⁴⁴⁴. La situation française a incontestablement évolué en ce qui concerne la souveraineté des lois,

⁴⁴² T. Santolini, « La question prioritaire de constitutionnalité au regard du droit comparé », *op. cit.*, p. 93.

⁴⁴³ M. Fromont, « Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République fédérale d'Allemagne », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, éd. Cujas, 1977, p. 64.

⁴⁴⁴ *Ibidem*.

dont la fin nous paraît actée par la QPC. Il n'est pas encore sûr pour autant que cela ait ouvert dans notre pays la voie à la suprématie d'un seul texte ⁴⁴⁵ ni surtout d'un seul juge ⁴⁴⁶ !

⁴⁴⁵ La place acquise en droit français par la CEDH, compte tenu du contrôle de conventionnalité des lois pratiqué par le juge ordinaire, comme celle du droit communautaire font incontestablement échec à ce diagnostic ; sur ce point, v. la troisième partie du présent rapport de recherche.

⁴⁴⁶ V. par exemple la suggestion du professeur Roblot-Troizier consistant à « admettre que les juridictions suprêmes sont pleinement juges de la constitutionnalité des lois, comme elles sont pleinement juges de leur conventionnalité. Une modification de l'article 61-1 de la Constitution serait à terme indispensable pour faire du Conseil constitutionnel une juridiction intervenant uniquement en cas de conflits de jurisprudences dans l'interprétation des normes constitutionnelles entre la Cour de cassation et le Conseil d'Etat » (A. Roblot-Troizier, « QPC et interprétation jurisprudentielle ou l'impartialité d'un juge statuant sur la constitutionnalité de sa propre jurisprudence », *op. cit.*, p. 1218).

SECTION 3 - JUGE ORDINAIRE ET DOUTE D'INCONSTITUTIONNALITE. QUELQUES QUESTIONS SUR LE DOUTE D'INCONSTITUTIONNALITE EN ESPAGNE

Fernando Alvarez-Ossorio

Professeur à l'Université de Séville

I / La question d'inconstitutionnalité comme contrôle concret

Ce sont, à la fois, une double dépendance, à la Constitution et à la loi, mais aussi l'existence d'un mécanisme concentré de contrôle de constitutionnalité qui expliqueraient l'existence d'un instrument de « contrôle concret » aux mains des juges et des tribunaux.

Ne pouvant pas, par eux-mêmes, laisser une loi inappliquée pour cause d'inconstitutionnalité, les organes juridictionnels doivent transmettre le texte en raison de leur doute à celui qui détient le monopole du contrôle de constitutionnalité de la loi. Concrètement, l'article 163 de la Constitution espagnole prévoit ainsi :

« Lorsqu'un organe judiciaire considérera, au cours d'un procès, qu'une norme ayant force de loi, s'appliquant en la matière et dont dépend la validité de la sentence, pourrait être contraire à la Constitution, il saisira le Tribunal constitutionnel dans les conditions, sous la forme et avec les effets établis par la loi et qui ne seront en aucun cas suspensifs ».

Dans la question d'inconstitutionnalité se conjuguent donc cette double soumission des juges ordinaires à la Constitution et à la loi d'une part, et l'existence d'un monopole de rejet de la loi inconstitutionnelle au bénéfice du Tribunal constitutionnel d'autre part. De la sorte, le contrôle judiciaire de nature diffuse - typique du constitutionnalisme américain - était écarté, sans que cela ne signifie que la suprématie de la Constitution ne puisse être sanctionnée.

Avec la question d'inconstitutionnalité, le système de contrôle de constitutionnalité de la loi se trouvait complété. Au recours abstrait d'inconstitutionnalité, restreint à certaines autorités de saisine, était adjoind, afin de compléter la suprématie de la Constitution sur la loi après l'entrée en vigueur de cette dernière, le mécanisme de contrôle incident : une procédure ouverte à n'importe quel organe judiciaire, au cours d'un procès pour éviter que l'application judiciaire d'une norme de rang législatif ne puisse produire des décisions judiciaires opposées à la Constitution ⁴⁴⁷.

Les deux instruments, pensés par le constituant espagnol pour garantir la pleine effectivité de la Constitution face à la loi, apparaissent complémentaires bien qu'ils présentent des différences notables. Comme le Tribunal constitutionnel l'a souligné à plusieurs occasions :

« La question d'inconstitutionnalité, qui n'est pas une action accordée pour contester d'une manière directe et abstraitement la validité de la loi, mais un instrument mis à la disposition des organes judiciaires pour concilier la double obligation, à laquelle ils sont soumis, d'agir conformément à la loi et à la Constitution (arrêts SSTC 17/1981, du 1^{er} juin, FJ 1 ; et 64/2003, du 27 mars, FJ 5). (...). C'est la raison pour laquelle le Tribunal l'a qualifiée de processus de contrôle concret, expression par laquelle était souligné le fait qu'il s'agit d'une procédure qui

⁴⁴⁷ Arrêt STC 127/1987.

peut seulement apparaître à l'occasion de l'application de la disposition contestée à un cas concret et chaque fois que de sa validité dépend l'issue de la procédure judiciaire ».

Il n'en est pas moins certain que, comme l'indique un autre arrêt, « une fois promue la question, l'objet et le type de contrôle sont, en substance, identiques à ceux du recours d'inconstitutionnalité, dès lors que dans les deux cas il s'agit de confronter abstraitement le précepte légal et les normes qui intègrent le bloc de constitutionnalité (STC 161/1997, du 2 octobre, FJ 2) »⁴⁴⁸.

La déuration de l'ordre juridique est l'objectif commun de ces deux mécanismes de contrôle de la loi qui, pour le reste, vont totalement différer. Le contrôle abstrait et le contrôle concret de la loi ont des origines, des auteurs et des délais différents, parce que les raisons auxquelles ils répondent sont différentes.

Ainsi, tandis que la question naît comme une nécessité logique et naturelle de l'ordre juridique - la nécessité de sa cohérence -, le recours naît artificiellement comme un instrument en vue de conforter la suprématie de la Constitution et un modèle d'État (l'État fédéral).

Ce qui est déterminant dans la question d'inconstitutionnalité ce n'est pas son auteur - un juge ou magistrat, promoteurs exclusifs de la question -, mais l'exercice de la fonction juridictionnelle, puisqu'une question ne peut être promue qu'à l'intérieur d'un tel processus.

La question d'inconstitutionnalité est inexorablement liée à l'existence d'un processus juridictionnel, distinct de la procédure incidente de nature constitutionnelle débutant une fois le doute de constitutionnalité apparu.

La question est conçue comme une « action constitutionnelle préjudicielle » (ordonnance ATC 63/83, FJ 1). Une fois que le Tribunal constitutionnel a déclaré la question recevable, le processus est imperméable aux questions liées à l'affaire *a quo* (« ... il convient ici de souligner - conformément aux allégations du représentant de l'État - que dans cette procédure constitutionnelle l'on juge, strictement, la conformité à la Constitution d'une ou de plusieurs prescriptions légales, sans prendre en considération, sauf dans la phase relative à la viabilité de la question, les circonstances concrètes du cas dont celle-ci dérive, à propos desquelles nous ne pouvons nous prononcer »⁴⁴⁹).

Ce lien entre la procédure juridictionnelle (*a quo*) et la procédure de constitutionnalité de la loi (*ad quem*), reliées par le doute du juge, permet, comme nous le verrons, d'envisager la structure de la question d'inconstitutionnalité comme s'il s'agissait de deux parties différenciées.

En somme, d'un côté, l'encadrement des conditions qui autorisent le juge, lors d'un cas concret, à soulever le doute et à suspendre le cours d'une affaire jusqu'à ce que le Tribunal constitutionnel se soit prononcé ; de l'autre, l'encadrement du traitement, cette fois abstrait, de la question devant le Tribunal constitutionnel.

Cette double nature, concrète et abstraite, de la question d'inconstitutionnalité, explique bien l'ensemble des conditions requises imposées au juge qui entend poser la question (ce qui explique le qualificatif, parfois employé, de contrôle concret, impropre dans le cas de la question).

⁴⁴⁸ STC 224/2006, FJ 5.

⁴⁴⁹ STC 238/1992, FJ 1.b)

Cependant, le versant abstrait de la question d'inconstitutionnalité nous permet d'expliquer la flexibilité avec laquelle le Tribunal constitutionnel a appliqué les conditions exigées lors de la phase d'établissement de la question.

Dans le fond, comme le Tribunal lui-même l'a reconnu, « quant à l'appréciation des conditions d'admissibilité requises liées au jugement de l'importance de la loi applicable au litige, il convient de respecter un critère flexible, qui se justifie par la circonstance de ce que les questions renvoyées par les organes judiciaires trouvent, chaque fois que cela est possible, leur solution dans un arrêt, en vue de contribuer à l'épuration de l'ordre juridique des règles présumées inconstitutionnelles, en étendant ainsi la force inaliénable de la Constitution grâce à la coopération entre les organes judiciaires et le Tribunal Constitutionnel » (Arrêts SSTC 203/1998, du 15 octobre, FJ 2; 67/2002, du 21 mars, FJ 2; et 133/2004, du 22 juillet, FJ 1) »⁴⁵⁰.

Les lignes qui suivent ne prétendent pas - le travail serait inabordable - proposer un résumé de ce processus complexe. Plus humblement, il s'agit de traiter plus particulièrement un thème, parmi tous ceux qui sont relatifs à la question d'inconstitutionnalité.

Afin d'apporter l'éclairage de l'expérience espagnole, nous concentrerons notre attention sur les conditions auxquelles, en vertu de la Constitution et de la loi organique relative au Tribunal constitutionnel (LOTC), est soumis le juge qui souhaite promouvoir une question incidente de constitutionnalité.

Pour centrer encore davantage notre propos, nous nous en tiendrons à la dernière condition, c'est-à-dire au doute d'inconstitutionnalité. Nous laisserons donc de côté des éléments déterminants qui, en tant que conditions, doivent être réunis pour toute question d'inconstitutionnalité.

Cependant, par souci de cohérence, nous ne négligerons pas certaines conditions liées à sa cause originelle : la considération par le juge, au cours d'un procès, que la norme ayant rang de loi applicable au litige peut être contraire à la Constitution.

II / Le doute, point de départ de la question d'inconstitutionnalité. Mais quel doute ?

Revenons sur nos pas et rappelons-nous le contenu de l'article 163 de la Constitution espagnole. « Lorsqu'un organe judiciaire considérera, au cours d'un procès, qu'une norme ayant force de loi, s'appliquant en la matière et dont dépend la validité de l'arrêt, pourrait être contraire à la Constitution... ».

La discussion quant à l'interprétation de l'expression « considérera qu'une loi peut être contraire à la Constitution » - expression renvoyant à l'état de esprit qu'implique le doute - est stérile, dès lors qu'on entend par là découvrir la pensée du juge qui souhaite promouvoir la question.

Entre la thèse qui envisage la conviction absolue - le précepte légal applicable au cas est, selon le juge, inconstitutionnel d'une façon claire et déterminante - et la thèse qui défend l'existence d'un doute simple à ce sujet, il existe une nuance faible, de nature difficilement objectivable.

⁴⁵⁰ STC 41/2010, FJ 2.

Et il est vrai que le droit et la jurisprudence comparés semblent avoir différencié l'une et l'autre (concrètement avec des ouvertures et des effets distincts en Allemagne et en Italie, mais sans doute pour d'autres raisons, notamment de politique constitutionnelle).

Le Tribunal constitutionnel espagnol ne s'est pas laissé tromper par la différence subtile entre la conviction et le simple doute d'inconstitutionnalité. Au contraire, il a très tôt résolu la question.

Ainsi, pour lui, la rédaction même de l'article 163 de la Constitution et sa reproduction quasi littérale dans l'art. 35.1 LOTC, autorise le juge à poser une question dans les cas où existe un simple « doute » d'inconstitutionnalité, sans qu'il faille exiger la preuve d'une conviction absolue, certaine et réelle de l'inconstitutionnalité de la loi.

Sans doute, au-delà de cette option étendant les possibilités pour les juges de promouvoir une question d'inconstitutionnalité, la véritable intention était-elle dissimulée : d'une part, exorciser la tentation pour des juges de ne pas appliquer une loi qu'ils considèrent inconstitutionnelle ; d'autre part, accroître le terrain de collaboration entre la juridiction ordinaire et la juridiction constitutionnelle à travers la tâche commune de purification de l'ordre juridique. Une troisième intention, synthèse des deux précédentes, consiste dans la réaffirmation de la primauté de la Constitution.

Ainsi, dans l'arrêt STC 17/1981, le Tribunal constitutionnel soulignait : « L'encadrement constitutionnel (art. 163 de la Constitution) et légal (art. 35.1 de la LOTC) de la question d'inconstitutionnalité n'exige pas, en tant que condition nécessaire et suffisante en vue de son établissement, comme c'est le cas ailleurs, que le juge ou le tribunal ne considère pas manifestement sans fondement la question suscitée par une des parties au procès. Les dispositions mentionnées conditionnent le renvoi à la considération par l'organe judiciaire que la norme est inconstitutionnelle. Cela n'impose pas aux juges d'affirmer son inconstitutionnalité et autorise le renvoi dans les cas de doute, d'indétermination entre deux appréciations contradictoires. Cependant, il est nécessaire que le raisonnement qui conduit au doute soit extériorisé, en fournissant ainsi les éléments d'appréciation, conformément à l'art. 35.2 de la LOTC. Le juge ne peut pas s'en remettre aux doutes qui, en ce qui concerne la constitutionnalité d'une norme, ont été exprimés par les parties, ni se limiter à relever l'existence de son propre doute sans fournir les raisons à l'appui de celui-ci, puisque les parties à un procès ordinaire ne sont pas légitimes à proposer la question devant le Tribunal constitutionnel, pas davantage que la décision de ce dernier ne peut être autre chose que la réponse aux raisons pour lesquelles les organes judiciaires ont douté, dans un cas concret, de la conformité entre la Constitution et une norme ayant rang législatif » (FJ 1).

Pour le Tribunal constitutionnel, le doute - moteur de la procédure - n'est pas synonyme de conviction. Plus simplement, la question peut être renvoyée lorsque le juge compétent estimera ou jugera que la loi applicable suscite des doutes d'inconstitutionnalité. Pour le Tribunal constitutionnel, il s'agit non pas du point de vue subjectif du juge mais de l'extériorisation de son incertitude (art. 35.2 LOTC).

L'expression écrite du doute doit permettre au Tribunal constitutionnel de vérifier le caractère raisonnable et les fondements du doute effectif, puisque doute il doit y avoir.

Ces critères - le caractère raisonnable et les fondements du doute - qui doivent être explicités, sont la base qui permettra, conformément à la LOTC, le cas échéant, au Tribunal constitutionnel de faire usage de la cause d'irrecevabilité exprimée dans l'article 37.1 de la LOTC : le caractère notoirement infondé de la question. Ainsi, dans l'ordonnance ATC 246/2009, le Tribunal relève-t-il :

« Conformément aux dispositions de l'art. 37.1 LOTC, ce Tribunal peut rejeter lors de la phase d'admission, et au moyen d'une ordonnance, les questions d'inconstitutionnalité dépourvues des conditions procédurales requises ou qui sont notoirement sans fondement. Dans ce sens, nous avons déjà déclaré que le concept de "question notoirement sans fondement" contient un certain degré d'indétermination, lequel se traduit procéduralement dans la nécessité d'octroyer à ce Tribunal une marge d'appréciation déterminée lors du contrôle des fondements des questions d'inconstitutionnalité, de sorte qu'un examen préliminaire des questions d'inconstitutionnalité permet d'apprécier le manque de viabilité de la question suscitée, sans que cela ne signifie, nécessairement, que fait défaut, de façon totale et absolue, tout fondement ou que la question semble arbitraire, la résolution de la question dans la première phase procédurale paraissant alors concevable, principalement si son acceptation peut provoquer des effets non désirables, tels que la paralysie d'autres procès dans lesquels la norme contestée est applicable (entre autres, ordonnances AATC 389/1990, du 29 octobre, FJ 1; 134/1995, du 9 mai, FJ 2; 380/1996, du 17 décembre, FJ 2; 229/1999, du 28 septembre, FJ 2; 119/2000, du 10 mai, FJ 2; 46/2001, du 27 février, FJ 2; 269/2003, du 15 juillet, FJ 2; un 63/2004, du 24 février, FJ 2; 306/2008, du 7 octobre, FJ 3; et 30/2009, du 27 janvier, FJ 4) ».

L'expression du doute exige donc comme critère principal un doute fondé, sans qu'il soit déterminant que celui-ci soit définitif ou concluant. En somme, le doute effectif et raisonné suffit pour que la question puisse être déclarée recevable.

A contrario, là où il n'y a pas de doute mais la certitude de la constitutionnalité, il ne pourra pas y avoir de question d'inconstitutionnalité :

« Ces circonstances ne sont pas rassemblées en l'espèce si on tient compte de ce que le tribunal *a quo* considère qu'il peut se prononcer sur la conformité des dispositions contestées avec la Constitution, et juger, en conséquence, comme il l'a fait antérieurement dans une affaire identique, en présence des mêmes circonstances. C'est-à-dire que la décision qui est sollicitée de la part du Tribunal constitutionnel ne serait pas nécessaire pour la résolution du litige, selon l'appréciation subjective de l'organe judiciaire. Elle serait seulement convenable, compte tenu des « effets généraux » d'un arrêt du Tribunal constitutionnel »⁴⁵¹.

III / Le doute d'inconstitutionnalité exclut la certitude et le doute interprétatif

Cependant, le doute d'inconstitutionnalité, aussi important soit-il, ne serait pas admis dans l'hypothèse où l'intention du tribunal *ad hoc* serait de rechercher la collaboration du Tribunal constitutionnel face à un doute interprétatif de la norme applicable au cas.

Le doute d'inconstitutionnalité résulte d'une interprétation concrète du précepte normatif à l'occasion d'un procès, interprétation qui relève de la compétence pleine et entière des organes judiciaires, et qui, s'agissant d'une question de légalité, est étrangère à la compétence de la juridiction constitutionnelle.

La question d'inconstitutionnalité ne doit pas être utilisée pour explorer les diverses interprétations admissibles d'une loi. Il revient aux juges, soumis à l'ordre juridique, d'interpréter la loi applicable au procès conformément à la Constitution. À ce sujet le Tribunal constitutionnel a indiqué à plusieurs occasions :

« C'est l'objectif poursuivi par l'organe judiciaire dans le cadre de la question d'inconstitutionnalité ; (...) le but de celle-ci, selon notre jurisprudence, n'est pas conçu en vue de résoudre des controverses interprétatives entre des organes juridictionnels ou des doutes sur la portée d'une disposition légale, question pour laquelle l'ordre juridique prévoit d'autres

⁴⁵¹ ATC 296/1992, FJ unique.

instruments, mais de juger la conformité à la Constitution d'une norme ayant rang de loi, applicable au cas et de la validité de laquelle dépend la décision concrète »⁴⁵².

Par ailleurs, nous avons aussi dit que la question d'inconstitutionnalité ne peut être instrumentalisée en vue d'une consultation par laquelle la juridiction constitutionnelle viendrait écarter les doutes que l'organe judiciaire soulève à propos de la constitutionnalité d'un précepte légal, sur lequel, entre différentes interprétations possibles, il pouvait retenir la plus conforme à la Constitution (arrêt STC 222/1992, du 11 décembre, FJ 2 b) »⁴⁵³.

IV / Le doute appartient exclusivement au juge. Exclusion du doute étranger au juge. Une reformulation de la théorie du droit vivant.

Selon le même raisonnement, le mécanisme de la question d'inconstitutionnalité ne peut pas être employé pour critiquer ou contrecarrer la jurisprudence d'un tribunal supérieur.

L'indépendance des juges et tribunaux et leur pleine compétence à l'égard du procès dont ils ont à connaître, leur permettent, en tout cas et dans tous les cas, de s'écarter de la doctrine jurisprudentielle retenue par des instances juridictionnelles supérieures, s'ils estiment que l'interprétation de la loi que celles-ci ont adopté, est contraire aux exigences constitutionnelles.

Former un doute de constitutionnalité à propos d'une interprétation déterminée de la loi provoque la dénaturation du mécanisme de la question d'inconstitutionnalité, car l'obligation du juge consiste, précisément, à appliquer la disposition légale à propos de laquelle il ne nourrit pas de doute de constitutionnalité.

Par ailleurs, accepter cette possibilité casserait le schéma logique du système de recours judiciaires. Le professeur et magistrat Cruz Villalón l'exprimait ainsi dans son opinion séparée sous l'arrêt STC 126/1997 (FJ 1) :

« Puisque, logiquement, les doutes sont subjectifs, il n'est pas possible d'"objectiver" un doute en opposant la solution donnée par l'organe inférieur à celle que va probablement donner l'organe supérieur, lorsque l'organe judiciaire *a quo* ne nourrit pas le doute le plus minimal ou la moindre hésitation quant au respect de la constitutionnalité de la norme, comme c'est le cas ici. (...) La question d'inconstitutionnalité n'a pas été instituée pour que les juges défendent la constitutionnalité de la loi, mais, au contraire, pour qu'ils puissent la contester, sans se voir obligés de l'appliquer, dans les cas où ils considèrent que ladite loi peut sembler contraire à la Constitution. La manière dont les juges et tribunaux défendent la légitimité constitutionnelle d'une norme ayant rang de loi correspond simplement à son application, sans retard indu. Que, par la suite, ladite application puisse sembler désavouée par un Tribunal supérieur, n'est pas un élément invitant à prévenir toute question d'inconstitutionnalité ».

La théorie du « *diritto vivente* » est écartée comme fondement de la question. Entre autres raisons, peut-être la plus fondamentale, parce que dans le système constitutionnel espagnol, l'unique droit vivant consiste en ce qui émane de la jurisprudence du Tribunal constitutionnel.

En effet, l'indépendance de tous les juges qui intègrent le pouvoir judiciaire suppose la liberté de choisir entre les différentes interprétations admissibles de la loi celle qui, d'après le critère de chaque juge en charge du cas concret, s'adapte le mieux à la Constitution.

⁴⁵² Ordonnance ATC 62/1997, du 26 février, FJ 2.

⁴⁵³ Arrêt STC 224/2006, FJ 5.

La possibilité que cette interprétation puisse être annulée par un tribunal supérieur constitue une question qui entre dans la logique du système de recours et est, ainsi, au moyen de l'usage de celui-ci, résolue. En tout cas, il n'existe pas pour les juges inférieurs une obligation d'accepter la jurisprudence des tribunaux supérieurs. Cependant cette affirmation pourrait avoir été nuancée par l'arrêt STC 58/2004 (à propos de la question préjudicielle devant la CJUE).

V / Doute d'inconstitutionnalité et exigence d'interprétation conforme. Soumission du juge à la Constitution et à la loi.

C'est le juge qui est maître, conformément aux exigences posées par la Constitution et la LOTC, lorsqu'il doute de la constitutionnalité de la loi applicable au cas, du renvoi de la question d'inconstitutionnalité.

Ce doute renferme évidemment une interprétation concrète de la loi ainsi qu'une interprétation concrète de la disposition ou des dispositions constitutionnelles avec lesquelles cette interprétation de la loi serait en contradiction.

Cependant, le fait que le juge doit interpréter la loi conformément à la Constitution ne doit pas conduire à penser que la seule hypothèse où la question pourrait être élevée apparaît lorsqu'il n'existerait pas de possibilité de trouver une lecture de la loi conforme à la Constitution.

L'impossibilité de procéder à une interprétation conforme n'est pas une exigence procédurale ou, autrement dit, le seul cas dans lequel le juge se trouverait conduit obligatoirement à soulever la question préjudicielle de constitutionnalité.

Cette séquence, logique dans le raisonnement du juge, ne peut pas être considérée comme une condition requise naturelle en vue de l'acceptation de la question, et cela pour diverses raisons.

En effet, si cela était le cas, le Tribunal constitutionnel prendrait le risque, lors de la phase de filtrage, d'avoir à repousser les questions d'inconstitutionnalité où toutes les possibilités d'interprétation conforme de la loi n'ont pas été explorées.

La phase de filtrage transformerait le Tribunal constitutionnel en un collaborateur de la justice ordinaire, dans la mesure où il serait obligé de donner, à l'occasion de cette phase précoce, une ou plusieurs interprétations de la loi compatibles avec la Constitution.

L'éventuelle obligation faite au tribunal ordinaire de faire la preuve qu'il a exploré toutes les possibilités interprétatives de l'énoncé légal, et les conséquences qui en découleraient pour le Tribunal constitutionnel, ont été repoussées par le Tribunal constitutionnel lui-même, malgré la rédaction de l'art. 5.3 de la loi organique 6/1985 relative au pouvoir judiciaire :

« Il procédera au renvoi de la question d'inconstitutionnalité lorsque par la voie interprétative, la conciliation de la norme à la disposition constitutionnelle ne sera pas possible ».

Quant à la jurisprudence constitutionnelle, elle a d'abord considéré :

« Lorsque la question n'est pas conditionnée par la norme ou lorsque celle-ci a cessé d'être applicable du fait de la promulgation d'une autre norme postérieure applicable au cas d'espèce, le renvoi de la question n'est pas justifié »⁴⁵⁴.

⁴⁵⁴ STC 14/1981, FJ I.

Ensuite, à plusieurs reprises, le Tribunal constitutionnel a affirmé que : « Finalement, il faut remarquer que le fait qu'une interprétation conforme de la norme controversée avec la Constitution est possible, ne permet pas de considérer la question en elle-même comme mal fondée, puisqu'il est certain que l'art. 163 de la Constitution et l'art. 35 de la LOTC se contentent d'exiger, comme condition unique de fond, qu'une norme ayant rang de loi applicable au cas et de la validité de laquelle dépend la décision, puisse être contraire à la Constitution, sans que la Constitution conditionne le renvoi de la question à l'impossibilité de toute interprétation conforme »⁴⁵⁵.

Et, à propos expressément de l'art. 5.3 LOPJ : « l'observation précédente n'est finalement pas contredite en faveur des prescriptions de l'art. 5.3 de la loi organique relative au pouvoir judiciaire, conformément auquel il sera procédé au renvoi de la question d'inconstitutionnalité lorsque, par voie interprétative, l'adéquation de la norme à la disposition constitutionnelle ne sera pas possible ».

Comme cela a été indiqué dans l'arrêt STC 105/1988 (FJ 1), cette règle ne peut pas être interprétée comme une nouvelle condition d'admissibilité pour le renvoi de la question d'inconstitutionnalité qui serait contenue dans l'art. 37 de la LOTC.

« Une interprétation différente de cet article conduirait à instrumentaliser la formalité d'admissibilité de la question, en défigurant son sens, en vue de fournir aux organes *a quo* des critères en matière d'interprétation *secundum Constitutionem* des normes dont la constitutionnalité est douteuse »⁴⁵⁶.

Le refus de la part du juge constitutionnel de procéder, lors de la phase d'admission, au rejet des questions dans lesquelles le juge n'a pas exploré toutes les interprétations conformes possibles le conduit, en outre, à admettre les questions d'inconstitutionnalité dans lesquelles le juge lui-même se permet de proposer des interprétations conformes admissibles :

« Il est clair que dans le renvoi d'une question d'inconstitutionnalité sont d'autant plus sans intérêt les indications ou suggestions quelconques quant à une interprétation conforme à la Constitution ; mais le fait que cela se soit produit en l'espèce et que cela ait provoqué une certaine équivoque ne constitue pas une raison suffisante pour juger la question promue par le Tribunal de Première Instance de Fuengirola non admissible. La question est viable parce que l'organe judiciaire doute de la constitutionnalité d'un précepte législatif auquel il considère maintenant, après avoir modifié son sens littéral, être soumis ; ce Tribunal ne doit pas rectifier l'interprétation du juge *a quo* puisqu'il est clair, en tant que principe, que l'interprétation conforme à la Constitution de préceptes légaux a aussi ses limites, parmi lesquelles figure le respect de la teneur littérale de ces derniers »⁴⁵⁷.

Cependant, la possibilité de la non admission d'une question d'inconstitutionnalité pour défaut notoire de fondement - expression qui pouvait englober le fait que le juge promoteur n'avait pas réalisé l'activité minimale de conciliation interprétative entre la loi et la Constitution - a été utilisée par le Tribunal constitutionnel dans les cas où, d'une façon manifeste, le juge *a quo* a ignoré d'une manière évidente la jurisprudence constitutionnelle au moment d'interpréter la loi⁴⁵⁸.

⁴⁵⁵ STC 105/1988, FJ 1.

⁴⁵⁶ STC 222/1992, FJ 2b.

⁴⁵⁷ STC 222/1992 FJ 2.b.

⁴⁵⁸ Ordonnances AATC 131/1994 et 292/1997.

La seule interprétation que le juge doit accueillir comme authentique est celle retenue par le Tribunal constitutionnel puisque, selon nous, l'interprétation normative de la loi résulte de son texte et de l'interprétation que fait de celui-ci le Tribunal constitutionnel.

« (...) quant à la question examinée, il convient de rappeler maintenant que, conformément à l'art. 37.1 LOTC, ce Tribunal peut rejeter au stade de l'admission au moyen d'une ordonnance et sans autre audience que celle du Procureur Général de l'Etat, les questions d'inconstitutionnalité qui sont notoirement sans fondement. En ce sens, nous avons déjà déclaré que le concept de "question notoirement sans fondement" renferme un certain degré d'indétermination, lequel se traduit procéduralement dans la nécessité d'octroyer à ce Tribunal une marge déterminée d'appréciation au moment de contrôler la solidité des fondements des questions d'inconstitutionnalité, de façon à ce qu'il existe des cas dans lesquels un examen préliminaire des questions d'inconstitutionnalité permet d'apprécier le manque de viabilité de la question renvoyée, sans que cela ne signifie, nécessairement, que fait défaut, de façon totale et absolue, tout fondement ou que la question semble arbitraire ; il peut paraître convenable, dans tels cas, de résoudre la question lors de la première phase procédurale, principalement lorsque son acceptation risque de provoquer des effets non désirables, tels que la paralysie d'autres procès dans lesquels la norme contestée serait applicable (ordonnance ATC 27/2010, du 25 février, FJ 2). Et quant au renvoi, nous avons parfois jugé que le manque notoire de fondement de la question formulée résultait de l'absence de prise en considération de la jurisprudence constitutionnelle portant sur la question renvoyée (Ordonnances AATC 352/1990, du 2 octobre, FJ unique; ou 124/2009, du 28 avril 2009, FJ 4) »⁴⁵⁹.

La « question notoirement sans fondement » est intimement liée à l'ignorance, implicite ou explicite, de la part du juge, de la jurisprudence constitutionnelle.

Il en résulte que la seule contrainte exogène pesant sur le juge ordinaire à l'heure d'interpréter la loi consiste dans la jurisprudence du Tribunal constitutionnel rendue à propos de la même disposition ou de dispositions de nature analogue. Cette jurisprudence comprend tant les arrêts de déclaration de constitutionnalité ou d'inconstitutionnalité que celle qui naît des arrêts interprétatifs que le Tribunal peut rendre.

Finalement, observons que la question d'inconstitutionnalité est toujours ouverte, quelle que soit l'époque, de même que la jurisprudence du Tribunal constitutionnel. Les réserves d'interprétation sont donc une limite pour le juge *ad hoc* jusqu'à ce que le Tribunal constitutionnel prenne la décision de reformuler sa jurisprudence.

⁴⁵⁹ Ordonnance ATC 113/2011.

**SECTION 4 - BREVES REFLEXIONS SUR LA QUESTION PRIORITAIRE DE
CONSTITUTIONNALITE DANS UNE PERSPECTIVE COMPARATISTE : LE JUGE A
QUO : JUGE DU FILTRE OU « JUGE CONSTITUTIONNEL NEGATIF » ? ⁴⁶⁰**

Xavier Philippe

*Professeur à l'Université d'Aix-Marseille
Directeur de l'Institut Louis Favoreu-GERJC
CNRS UMR7318*

La création d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* en France ne s'est pas faite de façon inopinée mais constitue le résultat de l'aboutissement d'un long processus antagoniste entre les partisans d'une véritable justice constitutionnelle et ceux qui y étaient (ou y sont encore) hostiles ! Adoptée lors de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 dans le cadre d'une large refonte du texte constitutionnel français, elle n'aura guère suscité l'enthousiasme des foules ! Hormis le cercle restreint des constitutionnalistes et des politistes, ainsi que de celles et ceux qui portent un intérêt particulier pour les institutions et leur fonctionnement (c'est-à-dire peu de monde en réalité !), l'idée d'un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité de la loi en vigueur n'a pas véritablement été au cœur de l'intérêt du grand public pour cette réforme. Il existe même un contraste assez saisissant entre cette relative indifférence et la passion que les spécialistes et experts – qu'elles ou qu'ils soient acteurs ou observateurs – ont manifesté à l'égard de cette réforme.

Au sein du cercle des « initiés », la création de ce mécanisme de contrôle de constitutionnalité a parfois tourné au psychodrame et a été le résultat de plusieurs compromis entre différentes institutions : tout d'abord, entre le Parlement et le Gouvernement (ou plus exactement le Président de la République), promoteur de la réforme ; ensuite, entre le Conseil constitutionnel et les autres institutions non-juridictionnelles (notamment le Parlement qui a pu percevoir dans le « contrôle de constitutionnalité » une forme de contrôle de ses actes) ; enfin, entre le Conseil constitutionnel et les institutions juridictionnelles (notamment la Cour de cassation et le Conseil d'État qui ont toujours considéré leur juridiction comme étant suprême). L'idée de création d'un contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* remonte à 1990 et fût par deux fois rejetée. Alors que le mécanisme imaginé originellement est proche de celui qui sera adopté en 2008 et précisé en 2009, le Comité *Balladur*, mis en place pour réfléchir sur la modernisation des institutions, avait proposé un projet plus ambitieux. Le nouveau dispositif, baptisé « *question prioritaire de constitutionnalité* » constitue – malgré quelques particularités auxquelles se rattachent les promoteurs d'une réforme limitée – une forme de « question préjudicielle de constitutionnalité » ⁴⁶¹ permettant à toute personne au cours d'un procès de contester la

⁴⁶⁰ Ces réflexions sont issues d'un séminaire de droit constitutionnel comparé qui s'est tenu à l'Université catholique de Louvain le 31 mars 2011. Elles ne prétendent pas présenter le mécanisme du filtrage dans la mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité mais plutôt constituer une invitation au débat dans le cadre du contentieux constitutionnel comparé. Pour une bibliographie exhaustive, v. [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank mm/QPC/doctrines 61 1.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/QPC/doctrines_61_1.pdf)

⁴⁶¹ Bien que certains traits de la réforme n'entrent pas dans la définition stricte d'une question préjudicielle. En effet, la question préjudicielle se définit comme la question qui se pose au juge *a quo* – mais qui ne relève pas de sa compétence et pour laquelle il lui est indispensable d'obtenir la réponse pour pouvoir résoudre le litige au fond. La question prioritaire de constitutionnalité peut se poser sur un aspect incident du litige et reste posée au juge constitutionnel même si le litige disparaît. En pratique cependant, la QPC fonctionne

constitutionnalité d'une disposition législative déjà entrée en vigueur. Cette formule simpliste demande toutefois à être précisée car les conditions de mise en œuvre imaginées par le constituant et le législateur organique rendent le système quelque peu complexe.

L'architecture du nouveau dispositif peut se décliner en plusieurs propositions que l'on peut résumer de la façon suivante.

Il est désormais possible pour toute personne de contester la constitutionnalité d'une disposition législative qui porterait atteinte aux *droits et libertés fondamentaux* garantis par la Constitution ⁴⁶². Cette contestation ne peut toutefois prendre place que dans l'hypothèse où la disposition contestée n'a pas déjà été préalablement examinée par le Conseil constitutionnel, sauf si un « changement de circonstances de droit ou de fait » est survenu entre temps. Cette contestation doit également se « rattacher » à une action contentieuse, soit qu'elle conditionne l'issue du litige, soit qu'elle constitue le fondement de la poursuite (matière pénale), soit qu'elle constitue un élément de la procédure. Il est de surcroît indispensable que la question de constitutionnalité posée ne « soit pas dénuée de caractère sérieux » ou présente « un caractère sérieux » (devant les juridictions suprêmes, Conseil d'État et Cour de cassation), soit constitue une question de droit « nouvelle ». Enfin, cette question peut être posée devant toute juridiction à n'importe quel stade de la procédure (sauf devant deux juridictions : la Cour d'Assises en raison de son mode de fonctionnement – système du jury ; (mais elle peut l'être avant ou après !) et le Tribunal des conflits qui ne tranche pas de litiges à proprement parler mais attribue compétence à l'un des deux ordres de juridiction). La question prioritaire de constitutionnalité a été imaginée comme un système de « double filtrage » devant le juge *a quo*, d'une part, et devant les juridictions suprêmes d'autre part, sauf dans l'hypothèse bien entendu où cette question est soulevée pour la première fois devant lesdites juridictions.

L'originalité du système français de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) repose sur plusieurs points saillants.

Il ne s'agit pas d'un mécanisme *d'exception d'inconstitutionnalité* puisque le juge saisi est obligé de transmettre - directement ou indirectement - la question de constitutionnalité au juge constitutionnel dès lors que les conditions sont remplies. Il ne peut pas lui-même la trancher. Il peut et doit appliquer les décisions et interprétations du Conseil constitutionnel

comme une question préjudicielle dans la mesure où les parties l'invoquent quasi exclusivement pour faire valoir leurs prétentions.

⁴⁶² V. Article 23-2 de l'ordonnance organique modifiée du 7 novembre 1958 (*al.1*). « La juridiction statue sans délai par une décision motivée sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d'État ou à la Cour de cassation. Il est procédé à cette transmission si les conditions suivantes sont remplies :
1° La disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ;
2° Elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances ;
3° La question n'est pas dépourvue de caractère sérieux.

(*al.5*) En tout état de cause, la juridiction doit, lorsqu'elle est saisie de moyens contestant la conformité d'une disposition législative d'une part aux droits et libertés garantis par la Constitution et d'autre part aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur la transmission de la question de constitutionnalité au Conseil d'État ou à la Cour de cassation.

(*al.6*) La décision de transmettre la question est adressée au Conseil d'État ou à la Cour de cassation dans les huit jours de son prononcé avec les mémoires ou les conclusions des parties. Elle n'est susceptible d'aucun recours. Le refus de transmettre la question ne peut être contesté qu'à l'occasion d'un recours contre la décision réglant tout ou partie du litige. »

mais n'a aucun pouvoir de décision en matière constitutionnelle. Le mécanisme institué conserve donc clairement le monopole du contrôle de constitutionnalité des lois au seul Conseil constitutionnel.

Il s'agit d'un mécanisme « aménagé » de *question préjudicielle*. Cette qualification est contestée en doctrine mais repose sur les conditions de mise en œuvre du mécanisme. La question de constitutionnalité ne peut en effet être « soulevée d'office par le juge ⁴⁶³ : elle doit émaner des parties à l'instance et comporter un lien avec l'issue du procès. Ceci figure dans le texte même de la Constitution ⁴⁶⁴. On peut considérer que ce lien est parfois ténu mais il doit exister. S'ensuivent deux conséquences : il ne peut y avoir de question prioritaire de constitutionnalité s'il n'y a pas de procès ! Aucune question prioritaire de constitutionnalité ne peut être posée sans lien direct avec un procès en cours. Le contrôle *a posteriori* est donc conditionné par l'existence d'un litige. Il est vrai que rien n'oblige le juge à n'examiner la question de constitutionnalité que si elle conditionne l'issue du litige – ce qui caractérise traditionnellement la question préjudicielle de constitutionnalité – mais on voit mal les parties soulever des questions de constitutionnalité qui n'auraient aucun rapport ou intérêt avec le litige qu'elles ont soumis au juge. Sous cette réserve, la question de constitutionnalité est censée constituer un argument permettant d'apporter une solution au litige.

Le mécanisme de filtrage du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* à la française repose sur le principe d'un « double filtre ». Celui du juge *a quo* chargé de vérifier le respect des conditions fixées par la loi organique, et celui des juridictions suprêmes de chaque ordre - Cour de cassation et Conseil d'État - qui centralisent et vérifient à nouveau les conditions de transmission au Conseil constitutionnel. Ce filtrage ne devient simple que lorsque la QPC est invoquée pour la première fois devant ces juridictions suprêmes.

Le mécanisme issu de l'article 61-1 de la Constitution a été baptisé « *question prioritaire de constitutionnalité* » par la loi organique du 10 décembre 2009 ⁴⁶⁵ en raison de la volonté du législateur organique (c'est-à-dire en pratique du Parlement !) d'insister sur l'obligation d'examen de la question de constitutionnalité avant celui éventuel d'une question de conventionnalité. L'explication de cette « coquetterie constitutionnelle » française est liée d'une part, à l'histoire des rapports entre le droit international et le droit interne et d'autre part, au développement du contrôle de conventionnalité dans le domaine des droits et libertés fondamentaux. Les deux aspects sont liés mais d'une façon générale, l'impossibilité de remettre en cause la constitutionnalité d'une disposition législative a conduit les plaideurs et leurs conseils à s'orienter vers le contrôle de conventionnalité qui fonctionne devant les juridictions ordinaires comme un mécanisme d'exception d'inconventionnalité ⁴⁶⁶. La priorité doit donc être donnée au contrôle de constitutionnalité sur le contrôle de conventionnalité,

⁴⁶³ Article 23-1 de l'ordonnance organique modifiée du 7 novembre 1958.

⁴⁶⁴ Article 61-1 alinéa 1 de la Constitution : « *Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.* »

⁴⁶⁵ Loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009 complétée par le décret n° 2010-148 du 16 février 2010 portant application de la loi organique et par le décret n°2010-149 du 16 février 2010 relatif à la continuité de l'aide juridictionnelle en cas d'examen par le Conseil d'État, la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel.

⁴⁶⁶ S'il est vrai que la question préjudicielle peut toujours être posée devant la Cour de justice de l'Union européenne par le biais du mécanisme de l'article 267 du TFUE, le juge *a quo* reste tenu d'écarter la disposition législative inconventionnelle ou non conforme au droit de l'Union.

mais encore faut-il que les deux moyens soient invoqués simultanément pour que le juge saisi applique cette règle de priorité. Le choix relève des parties et non du juge ! Toutefois, s'il est saisi des deux moyens portant sur le même objet, il *doit* régler la question de constitutionnalité avant la question de conventionnalité... La loi organique est sur ce point sans ambiguïté.

Tels sont les grands traits et la philosophie qui animent la réforme ! L'ensemble du système repose bien évidemment sur la jurisprudence que le Conseil constitutionnel a déjà dégagé et dégagera dans l'avenir mais cette structure du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* repose en grande partie sur le rôle des juges du filtre car ce mécanisme s'est inséré dans un pouvoir juridictionnel déjà en place et pour lequel la question de constitutionnalité des dispositions législatives n'était souvent qu'une lointaine préoccupation en raison de l'impossible remise en cause de la disposition législative promulguée. Quels sont donc les traits saillants de l'analyse des juridictions du filtre ?

I / Les juridictions du filtre : simples courroies de transmission ou pré-juge de constitutionnalité ?

Après trois ans de fonctionnement de la QPC, on peut considérer que la réforme est un succès et que son intérêt n'a pas tari⁴⁶⁷. Les plaideurs se sont immédiatement saisi de la nouvelle procédure de la question prioritaire de constitutionnalité mais sans nécessairement comprendre comment les juridictions du filtre allaient mettre en œuvre les conditions issues de la réforme. Ces dernières ont réagi au cas par cas, en découvrant elles-mêmes les potentialités et difficultés de la question de constitutionnalité. On relève une certaine hétérogénéité, plus forte chez les juges judiciaires que les juges administratifs⁴⁶⁸.

Un premier constat s'impose. La juridiction du filtre n'a normalement pas à régler la question de constitutionnalité mais à se poser la question de son existence et de sa pertinence. Le juge *a quo* « transmet » mais ne préjuge pas de ce que sera la réponse. Il n'a pas à se prononcer directement sur la question de constitutionnalité mais à s'interroger sur « l'existence d'une question de constitutionnalité » dans le cadre de l'affaire soulevée devant lui. Ce mode de conception du filtre par la loi organique devant les juridictions ordinaires ne l'a cependant pas cantonné au rôle de simple boîte à lettres ou courroie de transmission. Les conditions posées par la loi organique, et notamment celle relative au caractère « sérieux » de la demande implique pour le juge *a quo* un examen, même sommaire, de la constitutionnalité. En définitive, le juge *a quo* possède un rôle déterminant dans la poursuite de la QPC et, à ce titre, a pu être qualifié par la doctrine de « juge constitutionnel négatif »⁴⁶⁹.

⁴⁶⁷ Depuis le 1^{er} mars de 2010, 1500 dossiers ont été adressés par le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation, dont 1206 de non-renvoi (79,3%) et 314 dossiers de renvoi (20,7%). Parmi les non-renvois, 412 sont issus du Conseil d'Etat et 791 de la Cour de cassation. Parmi les renvois, 137 sont issus du Conseil d'Etat et 177 de la Cour de Cassation.

⁴⁶⁸ V. Saint-James (V.), « Les décisions de la Cour de cassation et du Conseil d'État de ne pas transmettre une QPC : la place des cours souveraines en question ? », *Revue du droit public*, 2012, n° 3, pp. 607-637. Cet article examine la différence de contrôle opéré par les deux juridictions, et notamment un certain laconisme de la Cour de Cassation et une parenté du Conseil d'État avec le Conseil constitutionnel en matière de motivation (notamment le rôle de conseil sur les questions de constitutionnalité dans ses fonctions consultatives).

⁴⁶⁹ V. Marc Guillaume, in *Compte-rendu de la Commission des lois constitutionnelles*, Assemblée nationale, n° 16, 21 novembre 2012, *La QPC*, Audition de Marc Guillaume, p. 6.

Le juge *a quo* n'est pas seul dans cette analyse puisque la particularité de la réforme constitutionnelle française repose sur l'exercice déjà mentionné du « double filtre » destiné à s'assurer que la question posée est réellement pertinente. Ce mécanisme impose donc au juge *a quo* de transmettre la question de constitutionnalité à la juridiction suprême dont elle relève pour que cette dernière confirme la transmission au juge constitutionnel ⁴⁷⁰. S'interroger sur la justification d'un tel mécanisme relèverait du « byzantinisme juridique » et les raisons de ce choix sont plus politiques que juridiques. Elles tiennent autant à la tradition qu'à un certain conservatisme juridique ainsi qu'à la peur des juges de perdre un pouvoir avec l'avènement d'un nouveau moyen qu'ils pensent ne plus être en mesure de maîtriser ⁴⁷¹. La situation est cependant différente pour les juges du fond et pour les juges des juridictions suprêmes.

Le juge saisi d'une demande de QPC doit d'abord s'assurer que certaines conditions formelles prévues par la loi organique sont remplies... Cela n'est guère difficile car elles sont (relativement !) simples et peu nombreuses... Si parmi les premières demandes de QPC, certaines ont été rejetées sur ces conditions de recevabilité, la pratique s'est vite adaptée : l'exigence d'une requête distincte et motivée ne pose guère de problème.

Le traitement des conditions substantielles de la question de constitutionnalité a été plus sérieusement posé. Sur ce point, juges *a quo* et représentants des parties ont souvent été placés sur un pied d'égalité en raison de la quasi-absence d'intérêt préalable pour la « question de constitutionnalité ». Les juges du fond ont du tâtonner quelque peu quant à la pertinence de la question posée. La question centrale repose sur le caractère « sérieux » ou « non dénué de caractère sérieux » de la question posée. Sur ce point, les juges se sont montrés plutôt compréhensifs et ont essayé de comprendre le raisonnement des requérants pour déterminer si oui ou non une question de constitutionnalité pouvait vraiment se poser. On relève cependant un grand nombre de QPC dilatoires ou mal orientées qui trouvent leur épilogue rapidement dans la non-transmission ⁴⁷².

Les hypothèses de transmission (et le mot semble particulièrement adéquat) démontrent que le juge de fond réagit en sachant qu'il n'est pas seul et qu'un autre filtrage sera exercé au stade supérieur. Les décisions de transmission ne doivent pas être motivées, celles de non-transmission doivent en revanche l'être. La transmission a pour effet de suspendre les débats

⁴⁷⁰ Ce mécanisme du double filtre ne vaut que pour les juridictions inférieures. Si la question est soulevée pour la première fois devant les juridictions suprêmes, la question ne se pose pas... bien évidemment.

⁴⁷¹ Cette crainte est d'ailleurs plus psychologique que juridique et tient à notre avis à l'intervention du nouveau mécanisme dans une sphère où les juges ordinaires ne sont guère habitués à intervenir. De ce point de vue, la plus grande aisance du juge administratif n'est guère étonnante. À la différence du juge judiciaire, il intervient dans une sphère de droit public de laquelle la Constitution n'a jamais été absente.

⁴⁷² Fossier (T.), « Comprendre les refus de transmission de QPC par la chambre criminelle de la Cour de cassation », *Constitutions. Revue de droit constitutionnel appliqué*, 2012, n° 1, pp. 94-102. L'auteur y liste 4 hypothèses de refus de transmission : la question est mal libellée ; la question méconnaît les équilibres de la procédure pénale ; la question sort du périmètre de la QPC ; il n'existe aucune atteinte à un élément du bloc. Dans ce dernier cas, le refus de transmettre peut être créateur de droit car cela peut conduire la chambre criminelle à revoir sa propre interprétation de la disposition. V. également dans le même sens, Gridel (J-P.), « Question prioritaire de constitutionnalité. Le filtrage par la Cour de cassation », *Bulletin d'information : jurisprudence, doctrine, communications*, 2012, n° 761, pp. 6-11 : Exemple de QPC dilatoire : Crim., 30 novembre 2011, n° 11-90.093 (lois d'incriminations prétendues attentatoires à la légalité des délits et des peines). Les arrêts de la Cour de cassation suivent un raisonnement concis, mais ils prennent toujours appui sur une recherche de la *ratio legis*, ou sur une démonstration de la conformité substantielle du texte à un souci d'intérêt général (impératif de bonne administration de la justice et de sécurité juridique), ou d'une mise en évidence de l'inexactitude du grief (redressement de qualification et manque en fait).

jusqu'à la réponse définitive sur la QPC mais n'empêche pas le juge de prendre les mesures qui s'imposent (urgence) ou conservatoires (notamment en matière pénale).

On remarquera que la situation du deuxième filtre - c'est-à-dire celui exercé par les cours suprêmes administrative et judiciaire - est légèrement différente selon qu'il s'agit d'une QPC soulevée directement pour la première fois devant la juridiction suprême (Cour de cassation ou Conseil d'État) ou transmise à la juridiction suprême par une juridiction inférieure. D'une part, les conditions ne sont pas exactement les mêmes dans les deux cas. Ce n'est que devant les juridictions suprêmes que peut être soulevée une QPC fondée sur le caractère « nouveau » de la question de constitutionnalité ; d'autre part, la juridiction suprême saisie d'une QPC issue des juridictions du fond doit reprendre l'intégralité des conditions examinées par ces mêmes juges et devrait en toute logique bénéficier d'un dossier pré-analysé qui n'impose pas de reprendre l'analyse au point de départ. La position des juridictions du filtre est donc stratégiquement importante. Si l'on excepte leur rôle (indéniable) permettant de rationaliser les questions posées ⁴⁷³, elles jouent un rôle décisif quant à la détermination de la « transmissibilité » des QPC. Il s'agit d'une forme de recevabilité qui permet d'encadrer et de contrôler le fonctionnement du système.

L'examen de la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation en matière de QPC démontre que les premières années de fonctionnement ont été marquées par différentes phases dans lesquelles ces juridictions ont tantôt joué le rôle d'un aiguillon pour susciter auprès du Conseil constitutionnel une réaction lorsque des questions de constitutionnalité se posaient de façon récurrente, tantôt ont cherché à minimiser l'engouement pour ce moyen en refusant de considérer que les conditions étaient remplies ⁴⁷⁴. La Cour de cassation a, quant à elle, arrêté de refuser de transmettre les questions qui portent sur son interprétation, notamment depuis la décision de la Chambre criminelle du 21 juin 2011, n° 11-80010 ⁴⁷⁵.

⁴⁷³ Bien souvent, les questions posées sont des questions sérielles – posées en série – qui portent toutes sur une même disposition ou un groupe de dispositions législatives contestées sur le fondement de la même disposition constitutionnelle. Bien que la QPC soit considérée comme un moyen et non comme une procédure, les juridictions suprêmes peuvent logiquement avoir envie de centraliser les mêmes QPC pour les joindre et les transmettre au Conseil constitutionnel si elles estiment les conditions remplies. Sur les questions sérielles : V. Compte-rendu de la Commission des lois constitutionnelles, Assemblée nationale, n°16, 21 novembre 2012, *La QPC*, Audition de B. Stirn et J.-M. Sauvé, p. 13 : précise qu'il existe toujours des phénomènes sériels. Au 30 juin 2012, les tribunaux et les cours avaient sursis à statuer sans transmission dans 323 affaires (il s'agissait de questions sérielles, jointes à une première QPC).

⁴⁷⁴ cf. Compte-rendu de la Commission des lois constitutionnelles, Assemblée nationale, n° 16, 21 novembre 2012, *La QPC*, Audition de B. Stirn et J.-M. Sauvé, p. 13 : on constate un appel d'air consécutif à l'entrée en vigueur de la procédure, qui a précédé le nombre de questions reçues par le Conseil d'État (205 questions ont été posées d'octobre 2010 à septembre 2011, et 202 d'octobre 2011 à septembre 2012. Au 31 octobre 2012, sur ces 407 questions, 146 avaient été renvoyées au Conseil constitutionnel), comme le taux de renvoi (qui est de 24% en moyenne), le taux de censure des lois par le Conseil constitutionnel est stable également (environ 25 %).

⁴⁷⁵ (QPC n° 164, Antoine J.) Sur ce point, Perrier (J.B.), « Le non-renvoi des QPC par la Cour de cassation », *RFDA*, juillet-août 2011, pp. 711-722. Voir également, Gridel (J-P.), « Question prioritaire de constitutionnalité. Le filtrage par la Cour de cassation », *Bulletin d'information : jurisprudence, doctrine, communications*, 2012, n° 761, pp. 6-11. La Cour de cassation n'hésite pas à apprécier l'existence d'un principe constitutionnel (Ass. plénière, 20 mai 2011, n° 11-90.025 refus de transmettre une QPC à propos d'un éventuel Principe fondamental reconnu par les lois de la République de prescription de l'action publique). Dans le même sens, CE 30 mai 2012, *GFA Fielouse-Cardet* n° 255287. Inversement, CE, 21 septembre 2011, *Gourmelon*, n° 350385 : retient une appréciation large de la notion de question nouvelle, par exemple est nouvelle la question de conformité à un PFRLR non encore consacré par le Conseil constitutionnel (voir également CE 23 juillet 2012, *Syndicat de défense des pensionnaires*, n° 356381 à propos d'un principe constitutionnel).

Mais « Le plus discipliné n'est-il pas le plus rusé ? Car en se donnant l'allure d'un élève modèle, le Conseil d'État se réserve la possibilité, lorsque le jeu en vaut la chandelle, de refuser de transmettre une question de constitutionnalité (...) Le Conseil d'État s'autorise à plus de rigueur, une fois passée la période de « rodage » ». Le Conseil d'État n'a pas, dès le départ, exprimé de réticences à la transmission de la QPC, contrairement à la Cour de cassation. Cependant, aujourd'hui la Cour de cassation renvoie abondamment, tandis que le Conseil d'État opère une appréciation large de son rôle de filtre, ce qui l'amène à ne pas renvoyer des questions ⁴⁷⁶.

Au-delà de ces évolutions internes propres à chaque juridiction suprême, si l'on s'en tient aux statistiques les plus récentes, il faut reconnaître que le système a relativement bien fonctionné pour une réforme qui avait généré un certain scepticisme tant de la part des juges que des bénéficiaires potentiels de la réforme ! Ce moyen n'a en soi rien de révolutionnaire si on l'examine à l'aune de la jurisprudence constitutionnelle comparée ; le Conseil constitutionnel l'a intégré rapidement et le fait que cette « procédure-moyen » soit enserrée dans des délais assez stricts lui confère une certaine efficacité et une assez grande visibilité. Avec environ 300 décisions rendues en 3 ans ⁴⁷⁷, on peut considérer que la mise en œuvre de cette procédure a été rapide et efficace.

Si l'on s'en tient à l'appréciation du rôle du seul filtre, on peut également considérer qu'il a relativement bien fonctionné et rempli son rôle pour éviter que ce moyen ne devienne dilatoire. S'il est encore un peu tôt pour se livrer à une évaluation globale, après les inévitables tâtonnements que suscite toute nouvelle réforme de cette ampleur, les juges *a quo* et les parties semblent l'avoir bien apprivoisé. Si certaines difficultés sont nées entre la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel, celles-ci ont diminué et se résoudront sans doute dans l'avenir !

On peut dans la lignée de cette présentation globale formuler quelques remarques plus précises sur le rôle joué par le filtre dans l'examen de la question de constitutionnalité.

II / Le rôle joué par le filtre dans l'examen de la question de constitutionnalité

Deux types d'analyses peuvent ici être formulés : une analyse technique sur le rôle du filtre en général et une analyse plus critique sur le rôle joué par le filtre au sein des juridictions.

En premier lieu, le rôle joué par le filtre a été bien accepté non seulement par le juge mais également par les plaideurs et la majorité des juridictions ont joué le jeu. Certaines craintes initiales se sont avérées injustifiées. D'autres craintes sont nées de la pratique sans qu'elles ne donnent cependant lieu aujourd'hui à une remise en cause du système.

Il existait à l'origine un assez grand scepticisme sur le mécanisme du double filtre, tant de la part de la doctrine que des professionnels du droit (avocats) : l'existence d'un double

⁴⁷⁶ V. Roblot-Troizier (A.), « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'État. Vers la mutation du Conseil d'État en un juge constitutionnel de la loi », *Revue française de droit administratif*, 2011, n° 4, pp. 691-710 : « la QPC a transformé le Conseil d'État par la force des choses en un juge constitutionnel de la loi (...) il existe ainsi une véritable jurisprudence constitutionnelle du Conseil d'État ». Dans le même sens, Saint-James (V.), « Les décisions de la Cour de cassation et du Conseil d'État de ne pas transmettre une QPC : la place des cours souveraines en question ? », *Revue du droit public*, 2012, n° 3, pp. 607-637.

⁴⁷⁷ Plus précisément 297 décisions QPC au 12 mars 2013, soit une centaine par an.

contrôle n'apparaissait pas justifiée et semblait davantage relever d'une volonté de mainmise des juridictions suprêmes de chaque ordre sur le mécanisme que d'une véritable rationalité pour les auteurs de la QPC. Les trois premières années de pratique et la lecture des décisions rendues démontrent cependant que le rôle joué par le filtre ne s'est pas avéré catastrophique et que l'on peut même y déceler tant de la part des parties que des juges une volonté réelle de mise en œuvre du nouveau mécanisme. Pourtant, la rationalité du mécanisme n'apparaissait pas nécessairement évidente pour les parties. Un certain nombre de QPC posées dès la mise en œuvre de la réforme ont démontré certains tâtonnements. Certaines questions apparaissaient davantage reliées à une stratégie « clientéliste » qu'à une véritable question de constitutionnalité. Les juges *a quo* (qui pour la plupart étaient aussi peu rompus à la question prioritaire de constitutionnalité que les parties qui l'invoquaient) ont rapidement été obligés de s'adapter et n'avaient que deux options : soit transmettre mécaniquement l'invocation de la question de constitutionnalité en se limitant à un contrôle de surface, soit vérifier les conditions fixées par la loi organique pour la transmission en exerçant un contrôle effectif imposant une « compréhension » de la question de constitutionnalité. Ils ont joué leur rôle et écarté les questions sans fondement constitutionnel.

Si l'on considère le filtre comme un point de passage obligé, il ne semble pas que le mécanisme du « double filtrage » ait été perçu comme générateur de difficultés majeures. Dans ces hypothèses, les premières statistiques démontrent que la nouvelle procédure de QPC n'a pas bouleversé les modes de fonctionnement des tribunaux. Fallait-il envisager un mécanisme plus souple à un seul étage au lieu de deux ? La question a été évoquée et soulevée à plusieurs reprises. Elle n'était donc pas irrationnelle et ne l'est toujours pas. Mais, elle semblait difficile à réaliser immédiatement... On peut d'ailleurs considérer cette procédure comme une première étape dont la durée reste cependant indéterminée. Si le filtre s'avérait être un handicap trop lourd dans sa procédure (complexité, ralentissement...) nul doute qu'il évoluerait. Ce n'est guère le cas pour l'instant.

Plus technique et intéressante est la question de savoir si le juge *a quo* a gagné un quelconque pouvoir en matière de contrôle de constitutionnalité avec la QPC. Plusieurs éléments de réflexion peuvent être formulés.

Il existe une obligation indéniable pour le juge ordinaire à s'intéresser à la question de constitutionnalité. Il ne peut pas se contenter de transmettre la question en estimant qu'il existe de sérieux doutes sur les conditions que la loi organique lui a expressément demandé de vérifier. Cela l'oblige à vérifier l'intégralité des questions de fond : moyen sérieux, disposition législative, question touchant aux droits et libertés garantis par la Constitution, absence d'examen antérieur par le juge constitutionnel... Concrètement cela l'oblige à intégrer la jurisprudence du Conseil constitutionnel rendue sur le fondement du contrôle *a priori* mais également *a posteriori*. L'absorption de cette masse d'informations est parfois délicate mais elle a été largement favorisée par une politique de communication très dynamique du Conseil constitutionnel, notamment à travers son site Internet⁴⁷⁸ et sa politique de diffusion.

La question du filtre impose au juge et notamment aux Cours suprêmes de s'interroger sur l'existence d'un problème de constitutionnalité. La difficulté tient ici au fait que le juge du filtre est également le juge du fond et qu'il est saisi d'un ensemble de moyens dont la QPC fait partie. Il doit donc intégrer la QPC dans son raisonnement tout en sachant qu'il lui reviendra d'examiner les autres questions (notamment celle de conventionnalité

⁴⁷⁸ Site Internet : www.conseil-constitutionnel.fr, rubrique question prioritaire de constitutionnalité.

ultérieurement). Le juge du filtre ne maîtrise pas la constitutionnalité mais il est contraint de s'en faire une idée et de rechercher si la question de constitutionnalité se pose et en quels termes et cela d'autant plus qu'il est juge de la conventionnalité et que la question peut lui être posée en des termes proches. La jurisprudence *jeux en ligne* ayant confirmé l'indépendance des questions de constitutionnalité et de conventionnalité⁴⁷⁹, il semble peu probable que le juge trace une frontière étanche entre la constitutionnalité et la conventionnalité sachant qu'il lui reviendra d'apporter une solution au litige⁴⁸⁰. Il lui est donc nécessaire de s'investir plus avant dans la question de constitutionnalité lorsqu'il rejette la demande de transmission et qu'il sait que sa motivation sera particulièrement observée. Dans un tel cas, il se transforme parfois, ainsi que cela a été mentionné, en « juge constitutionnel négatif » dans la mesure où il motive la décision de refus de transmission de la question prioritaire de constitutionnalité en tant que juridiction du filtre en expliquant pourquoi la Constitution n'a pas été méconnue. On peut en citer deux exemples. Dans un arrêt du 12 octobre 2011⁴⁸¹, le Conseil d'État a refusé de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité portant sur les dispositions de la loi du 15 juillet 2010 relatives aux modalités de détermination de la composition des organes consultatifs de la fonction publique. Plusieurs syndicats contestaient la constitutionnalité du IV de l'article 9 de cette loi qui donne compétence au pouvoir réglementaire pour fixer la composition des organes consultatifs. Le Conseil d'État écarte le grief tiré de la méconnaissance des dispositions de l'article 34 de la Constitution et de l'atteinte à la liberté syndicale ainsi qu'au droit de participer à la détermination des conditions de travail en considérant que, après avoir fixé les conditions de la représentativité syndicale, « le législateur a pu renvoyer, sans porter de ce seul fait atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, au pouvoir réglementaire le soin de déterminer la composition des comités techniques et de fixer le nombre de représentants du personnel au sein de chaque comité technique ». Dans le même sens, le Conseil d'État vérifie que le législateur n'est pas resté en deçà de sa compétence en violation des droits et libertés que la Constitution garantit (CE 20 mai 2011, *Conseil national de l'ordre des médecins*, n°347098 ; idem : CE 1^{er} juillet 2011, *SEPR*, n° 345938).

De même, dans une décision du 1^{er} février 2012⁴⁸², le Conseil d'État a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité qui lui était posée sur la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution de l'article L. 144-1 du Code forestier. Mais l'intérêt de l'arrêt va au-delà de cette question et apporte des précisions sur la procédure de la QPC. En effet, le Conseil d'État a indiqué « que, par une ordonnance du 7 novembre 2011, le président de la 7^e chambre de la Cour administrative d'appel de Marseille a décidé, avant qu'il soit statué sur l'appel que le préfet des Pyrénées-Orientales a interjeté du jugement du tribunal administratif de Montpellier du 17 novembre 2009, de transmettre au Conseil d'État la question de la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution de l'article L. 144-1 du Code forestier posée par la commune des

⁴⁷⁹ Conseil constitutionnel déc. n° 2010-605 DC du 12 mai 2010 *Jeux en ligne*.

⁴⁸⁰ Toutefois, dans un arrêt de la CA Lyon, 31 janvier 2012, n° 09/07960, le requérant avait (volontairement ?) confondu les contrôles et clairement sollicité le juge du fond pour qu'il statue en matière de constitutionnalité comme il le fait en matière de conventionnalité. La CA répond laconiquement que « *les juridictions judiciaires ne sont pas juges de la constitutionnalité des lois* ». Pour autant, il faut nuancer cette affirmation car le juge judiciaire ou administratif n'est pas un « organe servile tenu de renvoyer de manière automatique chacune des demandes qui lui est soumise » : c'est la question du pré-contrôle de constitutionnalité et du " brevet de constitutionnalité " qui est ici posée et qui reste posée.

⁴⁸¹ Conseil d'État, 12 octobre 2011, req n° 350990, *AJDA*, 2011, p. 1985 note R. Grand.

⁴⁸² CE, 1^{er} février 2012, n° 353945, *AJDA*, 2012, p. 242 note S. Brondel.

Angles ; que, si le préfet des Pyrénées-Orientales a informé la Cour administrative d'appel de Marseille, par un mémoire enregistré à son greffe le 30 novembre 2011, qu'il entendait se désister purement et simplement de son appel, la Cour administrative d'appel n'a pas, à la date de la présente décision, donné acte de ce désistement ; que dès lors, la question prioritaire de constitutionnalité transmise par le président de la 7^e chambre de la Cour administrative d'appel de Marseille n'a pas perdu son objet ; qu'il y a donc lieu, pour le Conseil d'État, de se prononcer sur le renvoi de cette question au Conseil constitutionnel ». Par ailleurs, l'article L. 144-1 du Code forestier prévoit que les ventes de coupes de bois organisées par une commune supposent l'intervention de l'Office national des forêts. Le Conseil d'État a estimé que ces dispositions « n'entraînent aucune privation de propriété pour les collectivités territoriales propriétaires de bois et forêts soumis au régime forestier ; que si, en imposant que les coupes et produits des coupes de ces bois et forêts soient mis en vente par l'Office national des forêts (ONF), elles apportent une limitation au droit que les collectivités territoriales ont de disposer de leurs biens, une telle limitation répond à l'objectif d'intérêt général, que poursuit le régime forestier mis en place par le Code forestier, de cohérence de la politique forestière nationale et de mise en valeur de la forêt et de ses produits dans des conditions économiques satisfaisantes pour ses propriétaires et, notamment, pour les communes ; qu'il résulte en outre des dispositions des chapitres III et IV du titre IV du livre Ier du Code forestier, notamment de son article L. 144-1-1, que les collectivités territoriales ont un rôle déterminant dans la programmation des coupes, choisissent les quantités mises en vente et la façon dont les coupes sont mises à disposition de l'ONF, et sont associées aux opérations de vente, dont le produit leur est reversé ; que, dès lors, les dispositions contestées ne méconnaissent pas les exigences constitutionnelles relatives à la propriété des personnes publiques ».

On remarque cependant une assez grande disparité entre les juridictions qui ne tient ni à leur position dans la hiérarchie, ni à leur nature mais plutôt au style de rédaction.

En second lieu, on a pu également considérer que le filtre mis en place par la loi organique du 10 décembre 2009 restait problématique au regard du rôle qu'il jouait devant la Cour de cassation. Cette attitude de repli très sensible la première année ne semble plus aujourd'hui être de mise mais démontre que le filtrage par les juridictions supérieures permet d'entrer dans le jeu des stratégies judiciaires et juridictionnelles. Les solutions adoptées ont pu parfois paraître assez déconcertantes pour l'observateur. La QPC semblait avoir au départ radicalisé les positions de certaines juridictions qui considéraient que ce moyen ne remettait pas en cause l'équilibre établi au sein du pouvoir juridictionnel entre les juridictions du fond, les juridictions suprêmes et les juridictions supranationales. Si la normalisation semble de mise aujourd'hui, il ne faut pas sous-estimer le pouvoir que le rôle de filtrage offre aux juridictions chargées de l'exercer. D'où pourrait venir cette tentation de restriction et de contrôle ? Il existe des explications endogènes et exogènes à cette situation.

Parmi les causes endogènes, il y a - et ceci est très français - le poids des traditions ! Insérer un nouveau moyen, une nouvelle procédure examinée par une « nouvelle » juridiction dans le paysage juridictionnel (si l'on considère que le dialogue antérieur du Conseil constitutionnel était un dialogue entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif) n'est pas une chose aisée. La Cour de cassation l'a fait savoir rapidement en rappelant qu'elle connaissait le droit et la protection des libertés depuis plus de deux siècles et n'avait pas à recevoir de leçons... On se trouve ici devant une question qui relève davantage de la psychologie judiciaire ou du psychodrame judiciaire que du jeu des mécanismes juridictionnels à proprement parler mais cet aspect existe et il semble impossible de l'ignorer.

Parmi les causes exogènes, il y a la greffe de la QPC sur la question de conventionnalité. Les juges français ont mis du temps à absorber la question de conventionnalité et à concevoir leur rôle en tant que juge de la conventionnalité soit directement par la voie de l'exception, soit en transmettant au juge supranational une question préjudicielle. Il ne faut cependant pas que ces voies différentes deviennent concurrentielles... Pourtant, c'est un peu ce qu'elles sont en train de devenir car les juridictions suprêmes du filtre (ceci est particulièrement vrai pour la Cour de cassation) ont compris toutes les potentialités de résistance qu'offraient l'opposition entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité sur une même question. Il y a ici deux logiques qui s'affrontent : la première est une logique purement normative qui impose de faire examiner toute question de constitutionnalité avant toute question de conventionnalité ; la seconde est une logique purement fonctionnelle qui consiste à utiliser toutes les failles d'un système pour obtenir le meilleur résultat au meilleur coût. Or, tant qu'il n'existe pas de garde-fou juridique procédural qui oblige à privilégier la constitutionnalité sur la conventionnalité, les acteurs du droit privilégieront la voie la plus efficace et à ce jeu-là, la norme constitutionnelle n'a plus nécessairement l'ascendant sur la norme conventionnelle.

Le regard apporté sur les mécanismes de filtrage dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité reste inévitablement partiel même après trois années de fonctionnement. S'il apparaissait à l'origine comme un mécanisme sophistiqué et relativement complexe, sa pratique démontre cependant qu'il a rapidement été accepté et atteint son rythme de croisière.

Les juges du fond ont permis de bloquer assez rapidement tout risque de dérive du moyen et ont permis son recentrage sur les seules questions de constitutionnalité : le taux raisonnable de transmission semble en phase avec les souhaits émis par le constituant et le législateur organique au regard des conditions posées.

Il existe cependant encore des disparités importantes entre les juridictions dans la motivation des décisions de non-transmission démontrant que l'apprentissage de la QPC n'est pas encore achevé. La question du « coût » du filtrage de la QPC se pose toutefois et imposera de formuler un bilan à terme. Si leur nombre reste raisonnable - comme cela semble être le cas -, le système pourra fonctionner. En revanche, si elles se multiplient, une réévaluation du mécanisme sera inévitable.

La position des Cours suprêmes reste prédominante compte tenu de l'architecture du système du filtrage. Leur attitude conditionnera le succès de la QPC mais le processus implique une attitude constructive de l'ensemble des partenaires, y compris du Conseil constitutionnel. Est-ce simplement une question institutionnelle ou existe-t-il d'autres facteurs, plus personnels ou générationnels dans le succès de cette entreprise ? Nul ne peut le dire mais la question mérite d'être posée car ce ne sont pas tant les questions techniques qui posent problème dans le nouveau mécanisme mis en place que la volonté de les mettre en œuvre.

CHAPITRE 2 – L'INTERPRÉTATION DE LA LOI, OBJET DU CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE

SECTION 1 – L'IMPOSSIBILITE D'UNE INTERPRETATION CONFORME A LA CONSTITUTION, CONDITION DE RECEVABILITE DE LA QUESTION INCIDENTE DE CONSTITUTIONNALITE EN ITALIE

Thierry Di Manno

Professeur à l'Université du Sud Toulon-Var

Doyen de la Faculté de droit

Directeur du CDPC – Jean-Claude Escarras

L'utilisation de la technique de l'interprétation conforme de la loi à la Constitution dans le filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité en France a suscité des inquiétudes en doctrine. Il a pu ainsi être dénoncé un « détournement de l'interprétation conforme dans le filtrage de la QPC »⁴⁸³, en soulignant que « tout se passe comme si le juge ordinaire, usurpant le procédé de l'interprétation conforme dans le dessein d'arrêter le chemin d'une QPC, volait au Conseil constitutionnel sa traditionnelle fonction qui est, non pas d'interpréter la loi, mais d'encadrer l'interprétation de la loi dans les limites de la constitutionnalité »⁴⁸⁴. Faisant alors le départ entre l'interprétation nécessaire à l'application de la loi et l'interprétation nécessaire à l'appréciation de sa constitutionnalité, il a été soutenu que le fait que le juge ordinaire « indique, par une argumentation sur mesure, comment une disposition doit être interprétée pour demeurer conforme à la Constitution le porte à s'immiscer indûment dans les prérogatives herméneutiques du Conseil constitutionnel »⁴⁸⁵.

Sans remettre fondamentalement en cause le recours à l'interprétation conforme, il a pu être également montré comment le Conseil d'État et la Cour de cassation, dans l'exercice de leur rôle de filtrage, pouvaient pousser très loin la technique de l'interprétation conforme, soulevant alors le problème difficile des limites du recours à ce procédé pour ne pas tomber dans un système de contrôle diffus de constitutionnalité⁴⁸⁶.

⁴⁸³ A. Viala, « De la puissance à l'acte : la QPC et les nouveaux horizons de l'interprétation conforme », *RDP*, 2011, spéc. p. 979.

⁴⁸⁴ *Ibid.*, p. 981.

⁴⁸⁵ *Ibid.*, pp. 981-982.

⁴⁸⁶ Voir, en particulier, P. Deumier, « L'interprétation de la loi : quel statut ? quelles interprétations ? quel(s) juge(s) ? », *RTDciv.*, 2011, p. 90 ; 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 B. Mathieu et M. Verpeaux (sous la dir. de), *L'examen de la constitutionnalité de la loi par le Conseil d'État*, Dalloz, 2011, spéc. p. 63 et s. ; J.-B. Perrier, « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par la Cour de cassation », *RFDA*, 2011, spéc. p. 719 et s. ; 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, spéc. p. 708 et s.

Il est vrai que l'interprétation conforme de la loi à la Constitution, qui est pratiquée, depuis fort longtemps, par les juridictions ordinaires françaises⁴⁸⁷, se présente, avec la QPC, sous un jour nouveau, tant elle apparaît comme une pièce fondamentale dans les nouveaux rapports qui s'établissent entre le Conseil constitutionnel et les juridictions ordinaires supérieures. L'interprétation constitutionnellement conforme de la loi devient, ouvertement, une méthode *commune* au Conseil constitutionnel, d'une part, et au Conseil d'État et à la Cour de cassation dans leur mission de filtrage des QPC, d'autre part. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs clairement reconnu, dans sa décision n° 2011-120 QPC, dite *Recours devant la Cour nationale du droit d'asile*, en date du 8 avril 2011⁴⁸⁸, que la recherche de l'interprétation de la loi conforme à la Constitution pèse d'abord sur le Conseil d'État et la Cour de cassation, une QPC ne pouvant pas être renvoyée au juge constitutionnel avant que les juridictions ordinaires supérieures ne se soient prononcées sur ce point, et qu'il ne saurait, par voie de conséquence, détenir le monopole de l'interprétation constitutionnellement conforme de la loi⁴⁸⁹. Il reste que, si la fonction d'interprétation conforme de la loi à la Constitution ne peut qu'être admise pour les juges du filtrage des QPC, le point d'équilibre dans son exercice ainsi que sa place dans les rapports entre le Conseil constitutionnel et les Cours suprêmes, ne sont pas encore établis d'une manière précise et définitive, ce qui semble justifier pleinement les inquiétudes doctrinales évoquées plus haut.

Dans ces conditions, il est particulièrement enrichissant, afin d'essayer de déceler et de comprendre les évolutions possibles du système de la QPC relativement à cette question, de se pencher sur l'expérience italienne de l'interprétation conforme de la loi à la Constitution.

L'interprétation conforme de la loi à la Constitution en Italie se situe au cœur des rapports entre la Cour constitutionnelle et les juges ordinaires depuis l'origine. Pour schématiser une évolution complexe qui s'étend sur cinquante-sept ans de pratique de la question incidente de constitutionnalité, il est convenu de distinguer trois grandes phases dans l'articulation des compétences de la Cour constitutionnelle et celles des juridictions ordinaires dans la mission d'interprétation de la loi conformément à la Constitution⁴⁹⁰.

⁴⁸⁷ Voir, surtout, B. Genevois, « Le Conseil d'État et l'interprétation de la loi », *RFDA*, 2002, p. 877 et s. ; M. Jéol, « Les techniques de substitution », in *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, actes du colloque des 9 et 10 décembre 1994, PUAM, 1995, spéc. p. 73 et s.

⁴⁸⁸ CC, n° 2011-120 QPC, 8 avril 2011, *Recours devant la Cour nationale du droit d'asile*, *Rec.* 194.

⁴⁸⁹ Dans la décision précitée, le Conseil constitutionnel affirme, en effet, sans ambages qu'« il appartient (au Conseil d'État), placé au sommet de l'ordre juridictionnel administratif, de s'assurer que cette jurisprudence [*i.e.* l'interprétation de la disposition législative dégagée par la Cour nationale du droit d'asile] garantit le droit au recours rappelé au considérant 87 de la décision du Conseil constitutionnel du 13 août 1993 » (cons. n° 9). Pour une analyse dans le même sens, voir surtout P. Deumier, « La jurisprudence des juges du fond et l'interprétation constitutionnelle conforme des Cours suprêmes », obs. sous CC, n° 2011-120 QPC, 8 avril 2011, *RTDciv.*, 2011, p. 495.

⁴⁹⁰ Cette présentation est devenue classique. Voir surtout R. Romboli, « Qualcosa di nuovo... anzi d'antico : la contesa sull'interpretazione conforme della legge », in P. Carnevale et C. Colapietro (sous la dir. de), *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettiva. A cinquant'anni dalla pubblicazione della prima sentenza della Corte costituzionale*, Giappichelli, Turin, 2008, spéc. p. 98 et s. ; E. Lamarque, « La fabbrica delle interpretazioni conformi a Costituzione tra Corte costituzionale e giudici comuni », in B. Biscotti, P. Borsellino, V. Pocar et D. Pulitanò (sous la dir. de), *La fabbrica delle interpretazioni*, actes du 7^e colloque annuel de la Faculté de droit de l'Université de Milan-Bicocca, 19 et 20 novembre 2009, Giuffrè, 2012, p. 37 et s. ; et consultable en ligne : http://www.astrid-online.it/rassegna/Rassegna-28/21-12-2009/Lamarque_20-novembre-2009-def.pdf, (2009, 16 p., spéc. p. 9 et s.) ; R. Pinardi, « L'interpretazione adeguatrice tra Corte e giudici comuni : le stagioni di un rapporto complesso e tuttora assai problematico », in G. Brunelli, A. Pugiotto, P.

La première phase débute en 1956, année d'installation de la Cour constitutionnelle italienne, et s'étend jusqu'au milieu des années 1960. Durant cette première période, la Cour constitutionnelle va détenir *de facto*, selon la célèbre expression de Valerio Onida, le « monopole » de l'interprétation conforme de la loi à la Constitution ⁴⁹¹. La Cour constitutionnelle s'efforce, en effet, au cours de cette première phase, de sensibiliser les juges ordinaires aux nouvelles valeurs constitutionnelles en les invitant, à travers ses fameux arrêts interprétatifs de rejet qu'elle met au point à cette époque ⁴⁹², à se ranger aux interprétations conformes à la Constitution qu'elle livre des lois contestées devant elle. Même si la Cour constitutionnelle italienne n'a jamais revendiqué pour elle-même le monopole de l'interprétation conforme de la loi à la Constitution et si elle a, au contraire, souhaité associer, dès le départ, à ce processus les juges ordinaires, elle n'a guère suscité, à ce moment-là, le réflexe de l'interprétation conforme chez les juges ordinaires qui n'avaient jamais été préparés, de par leur formation, à l'application de la norme constitutionnelle ⁴⁹³. Même les juges les plus réceptifs aux valeurs véhiculées par la Constitution républicaine - les juges du fond - préféraient poser directement la question préjudicielle de constitutionnalité à la Cour constitutionnelle, plutôt que d'avoir recours à la technique de l'interprétation conforme, car solliciter la Cour constitutionnelle était, à leurs yeux, le meilleur moyen de trouver un allié pour combattre les positions « conservatrices » de la Cour de cassation à l'égard de la Constitution ⁴⁹⁴. D'où cette situation monopolistique de fait dans laquelle la Cour constitutionnelle s'est trouvée quant à l'interprétation conforme de la loi à la Constitution.

Cette situation va profondément évoluer à partir de 1965, année qui va marquer l'ouverture d'une seconde phase, plus longue, puisqu'elle ne s'achèvera que dans la deuxième moitié des années 1990. A partir de 1965, la Cour constitutionnelle va pouvoir mesurer les effets bénéfiques de la pédagogie constitutionnelle qu'elle s'est efforcée de dispenser auprès des juges ordinaires pendant la phase précédente. Cette année-là, se tient un congrès de l'Association nationale des magistrats à Gardone, où est approuvée, après un large débat, une motion devenue célèbre, aux termes de laquelle il est affirmé, pour la première fois et d'une manière on ne peut plus claire, qu'il revient aux juges ordinaires d'« interpréter toutes les lois en conformité avec les principes contenus dans la Constitution » et de « renvoyer à l'examen de la Cour constitutionnelle, même d'office, les lois qui ne se prêtent pas à être rendues, par le biais de l'interprétation, compatibles avec le texte constitutionnel » ⁴⁹⁵.

Ce changement d'attitude notoire des juges ordinaires à l'égard de la Constitution et de l'interprétation conforme va coïncider avec un conflit qui va éclater, également en 1965, entre la Cour de cassation et la Cour constitutionnelle. Ayant refusé de prendre en compte

Veronesi (sous la dir. de), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare, Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Jovene, Naples, 2009, vol. IV, spéc. p. 1527 et s.

⁴⁹¹ V. Onida, « L'attuazione della Costituzione fra Magistratura e Corte costituzionale », in *Scritti in onore di C. Mortati*, Milan, Giuffrè, vol. IV, 1977, pp. 548 et 592.

⁴⁹² Qu'il nous soit permis de renvoyer sur ce type de décisions à notre ouvrage : Th. Di Manno, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions « interprétatives » en France et en Italie*, Economica-PUAM, 1997, spéc. p. 158 et s.

⁴⁹³ Pour une analyse récente de la difficulté des juges de cette époque d'appréhender la portée normative de la Constitution républicaine, voir S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione*, Bologne, Il Mulino, 2004, p. 48 et s.

⁴⁹⁴ Cf. V. Onida, *L'attuazione della Costituzione fra Magistratura e Corte costituzionale*, op. cit., p. 541 et s.

⁴⁹⁵ Le texte intégral de la motion peut être lu in Associazione Nazionale dei Magistrati, *Atti e commenti*, XIIe Congrès national, Brescia-Gardone, 25-28 septembre 1965, Rome, 1966, p. 309 et s., et est consultable en ligne sur <http://www.associazionemagistrati.it/public/File/gardone.pdf>.

l'interprétation conforme dégagée par la Cour constitutionnelle, dans un arrêt interprétatif de rejet, à propos des garanties de la défense dans le cadre de l'instruction sommaire, la Cour de cassation, attachée à sa propre jurisprudence relative à cette loi, poussa alors la Cour constitutionnelle, à nouveau saisie de la question de constitutionnalité, à rendre, cette fois, une décision d'admission dite « manipulative » dotée d'une autorité absolue de chose jugée, qui prononçait l'invalidation de l'interprétation de la loi retenue par la Haute juridiction judiciaire ⁴⁹⁶. Cet épisode dramatique dans les rapports entre la Cour constitutionnelle et la Cour de cassation passera à la postérité sous le nom évocateur de la « guerre des deux Cours » ⁴⁹⁷. L'apaisement, ou l'armistice, vint alors de la Cour constitutionnelle elle-même qui, finalement, renonça à sa liberté interprétative, dès lors que la loi avait produit, dans la jurisprudence ordinaire, une interprétation consolidée. Cette interprétation consolidée de la loi, que la doctrine italienne a rapidement dénommée le « droit vivant », devint ainsi le véritable objet de la question incidente de constitutionnalité soumis au contrôle de la Cour constitutionnelle ⁴⁹⁸. A bien voir, la doctrine du droit vivant a imposé à la Cour constitutionnelle de se résoudre à abandonner ses « interprétations militantes » ⁴⁹⁹ et a permis ainsi de valoriser le rôle des juges ordinaires dans la promotion d'une interprétation conforme de la loi à la Constitution. Dans cet esprit d'apaisement et de conciliation, la Cour constitutionnelle se borna alors à proposer de nouvelles interprétations conformes à la Constitution, par le biais d'arrêts interprétatifs de rejet, seulement lorsque ne s'est pas déjà formé un droit vivant contraire à la Constitution. Dans cette période, par conséquent, la Cour constitutionnelle n'aura recours à des arrêts interprétatifs de rejet, dotés seulement d'effets *inter partes*, que dans deux cas : ou bien dans le cas où l'interprétation de la loi dégagée par le juge de renvoi de la question de constitutionnalité contredit le droit vivant déjà formé et parfaitement conforme à la Constitution ; ou bien dans le cas où la loi n'a pas encore donné lieu, dans son application, à un droit vivant ⁵⁰⁰. En définitive, cette deuxième phase marque la fin du monopole de fait de la Cour constitutionnelle et l'entrée fracassante des juges ordinaires dans le circuit de l'interprétation constitutionnellement conforme de la loi, qui devient, dans les faits, une activité *partagée* avec la Cour constitutionnelle.

La troisième phase va s'ouvrir en 1996 et se déroule jusqu'à aujourd'hui. Cette phase que traverse donc, depuis dix-sept ans, le système italien de la question incidente de constitutionnalité, se caractérise par une valorisation ou, selon une expression doctrinale plus significative, une « radicalisation » ⁵⁰¹ de l'interprétation constitutionnellement conforme au profit des juges ordinaires qui se voient appelés par la Cour constitutionnelle elle-même à jouer pleinement leur rôle de filtrage des questions incidentes de constitutionnalité en faisant prévaloir eux-mêmes la Constitution. Pour comprendre cette nouvelle orientation de la Cour

⁴⁹⁶ On fait référence ici aux célèbres arrêts de la Cour constitutionnelle n° 11 et 52 de 1965.

⁴⁹⁷ Sur cette question, voir, en particulier, N. Assini, *L'oggetto del giudizio di costituzionalità e la « guerra delle due Corti »*, Milan, Giuffrè, 1973, 92 p.

⁴⁹⁸ Sur la « doctrine du droit vivant », voir, pour tous, A. Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e « diritto vivente »*. *Genesi, uso, implicazioni*, Milan, Giuffrè, 1994 ; C. Severino, *La doctrine du droit vivant*, Economica-PUAM, 2003.

⁴⁹⁹ Selon l'expression de G. Zagrebelsky, « La doctrine du droit vivant », *AJJC*, II-1986, Economica-PUAM, 1988, p. 68.

⁵⁰⁰ En ce sens, L. Elia, « La giustizia costituzionale nel 1984 », *Giur. cost.*, I, 1985, p. 393 et s. ; V. Onida, « La Corte e i diritti. Tutela dei diritti fondamentali e accesso alla giustizia costituzionale », in L. Carlassare (sous la dir. de), *Il diritto costituzionale a duecento anni dall'istituzione della prima cattedra in Europa*, Padoue, Cedam, 1988, p. 187.

⁵⁰¹ G. Sorrenti, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milan, Giuffrè, 2006, p. 209 et s.

constitutionnelle, il ne faut pas perdre de vue que la Haute instance a été profondément marquée par l'arriéré des questions incidentes de constitutionnalité qui ont asphyxié son rôle pendant de nombreuses années et qu'elle n'a pu écouler qu'au prix de mesures drastiques d'organisation de son travail à la fin des années 1980, sous l'impulsion du Président Francesco Saja⁵⁰². Le spectre d'un nouvel arriéré explique ainsi, pour beaucoup, la volonté de la Cour constitutionnelle de responsabiliser davantage les juges ordinaires dans leur rôle de diffusion des valeurs constitutionnelles.

La « radicalisation » de l'interprétation conforme à la Constitution s'est alors traduite, dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne, par la reconnaissance de l'impossibilité pour le juge *a quo* de dégager une interprétation conforme de la loi en cause à la Constitution comme une véritable condition de recevabilité de la question incidente de constitutionnalité (I).

La reconnaissance de cette condition tenant à l'impossibilité de l'interprétation constitutionnellement conforme dans l'appréciation de la recevabilité de la question incidente de constitutionnalité n'a pas manqué de produire d'importantes implications aussi bien sur le mécanisme lui-même du procès incident de constitutionnalité que sur le modèle italien de justice constitutionnelle (II).

I / La reconnaissance de la condition tenant à l'impossibilité de l'interprétation conforme de la loi à la Constitution

Que les juges ordinaires soient conduits, à l'instar de tout opérateur amené à appliquer la loi, à faire en sorte de donner effet utile à la loi en en dégageant une interprétation conforme à la norme supérieure qu'est la Constitution, est une évidence qui ne surprend personne.

En revanche, ce qui est beaucoup moins banal, c'est de considérer que les juges ordinaires sont tenus de rechercher l'interprétation conforme de la loi à la Constitution et ne peuvent renvoyer une question de constitutionnalité à propos de la loi en cause devant la Cour constitutionnelle qu'en cas d'échec de cette entreprise d'interprétation conforme.

C'est, pourtant, ce qu'il ressort clairement de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne qui a fixé les contours d'une véritable obligation pour le juge *a quo* de vérifier, avant de poser une question incidente de constitutionnalité, si la loi ne peut pas faire l'objet d'une interprétation conforme à la Constitution.

Ce faisant, la Cour constitutionnelle n'a pas manqué de préciser le fondement de cette obligation de rechercher l'interprétation conforme de la loi à la Constitution qui pèse désormais sur les juges ordinaires (A), ainsi que l'étendue de cette obligation au cœur de la nouvelle condition de recevabilité de la question incidente de constitutionnalité (B).

⁵⁰² Sur l'élimination de l'arriéré, voir J.-C. Escarras, « La vie de la Cour en 1987 », *AJJC*, III-1987, *Economica-PUAM*, 1988, p. 647 et s. ; id., « La vie de la Cour en 1988 », *ibid.*, IV-1988, p. 470 et s. ; Id., « Les décisions de la Cour en 1989 : analyse quantitative et typologie », *ibid.*, V-1989, p. 572 et s. ; Th. Di Manno, « L'activité contentieuse de la Cour constitutionnelle en 1990 : éléments statistiques et techniques de jugement », *ibid.*, VI-1990, p. 768 et s. Pour une analyse de l'impact de l'élimination de l'arriéré sur le rôle de la Cour constitutionnelle, voir surtout R. Romboli (sous la dir. de), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Turin, Giappichelli, 1991, 254 p.

A) Le fondement de l'obligation de rechercher l'interprétation conforme de la loi à la Constitution

L'obligation faite au juge ordinaire de rechercher l'interprétation conforme de la loi à la Constitution prend la forme d'une véritable condition de recevabilité de la question incidente de constitutionnalité dans le fameux arrêt n° 356 de la Cour constitutionnelle en date du 22 octobre 1996⁵⁰³.

Dans cette décision, la Cour constitutionnelle italienne précise, en effet, qu'« *en principe, les lois ne doivent pas être déclarées contraires à la Constitution, parce qu'il est possible d'en dégager des interprétations contraires à la Constitution, mais parce qu'il est impossible d'en dégager des interprétations conformes à la Constitution* ».

Cette affirmation n'est pas, en elle-même, d'une portée révolutionnaire. Ce qui est, en revanche, tout à fait nouveau dans cette décision, c'est que, pour la première fois, alors que la loi contestée était susceptible d'être interprétée conformément à la Constitution, la Cour constitutionnelle n'a pas rendu un arrêt interprétatif de rejet qui aurait permis au juge de renvoi d'appliquer, dans le litige concret, la loi contestée dans l'interprétation dégagée par la Cour constitutionnelle. La Cour constitutionnelle a prononcé, en effet, d'une manière inédite, une décision d'irrecevabilité de la question incidente de constitutionnalité, en laissant au juge ordinaire de renvoi le soin de trouver, tout seul, l'interprétation conforme de la loi à la Constitution.

Ce faisant, la Cour constitutionnelle a transformé la faculté qui était offerte jusqu'ici aux juges ordinaires d'interpréter la loi conformément à la Constitution en une véritable obligation d'avoir recours à cette méthode.

En conséquence, le juge ordinaire *a quo* a, désormais, le devoir d'essayer de dégager une interprétation conforme à la Constitution de la loi en cause. Et ce n'est que dans l'hypothèse où il n'y parvient pas qu'il doit renvoyer la question incidente de constitutionnalité à la Cour constitutionnelle.

La Cour constitutionnelle n'a, cependant, pas pris soin de préciser, dans son arrêt n° 356 de 1996, le fondement de cette obligation de rechercher l'interprétation constitutionnellement conforme de la loi.

En filigrane de la formulation retenue par la Cour constitutionnelle, dans son arrêt n° 356 de 1996, pour exprimer l'obligation de rechercher une interprétation conforme de la loi, il est, néanmoins, possible d'apercevoir les contours d'un principe d'interprétation bien connu, le principe de la conservation des actes juridiques⁵⁰⁴, que l'on appelle plus volontiers en France le principe de l'effet utile des actes juridiques⁵⁰⁵ et qui dérive de l'adage latin « *actus interpretandus est potius ut valeat quam ut pereat* »⁵⁰⁶. Certes, la Cour

⁵⁰³ Cour const., *sent.* n° 356, 22 octobre 1996, *Giur. cost.*, 1996, p. 3096, avec la note d'E. Lamarque, « Una sentenza "interpretativa di inammissibilità" ? », *Giur. cost.*, 1996, p. 3107 et s.

⁵⁰⁴ Sur ce principe, voir, surtout, C. Grassetti, « Conservazione (Principio di) », in *Enc. dir.*, vol. IX, Milan, Giuffrè, 1961, p. 173 et s.

⁵⁰⁵ Sur l'application de ce principe en contentieux constitutionnel italien et français, voir Th. Di Manno, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions « interprétatives » en France et en Italie*, *op. cit.*, p. 89 et s.

⁵⁰⁶ C'est-à-dire « l'acte doit être interprété de façon à lui donner vie plutôt que de le laisser sans effet » (cf. H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, 3^e éd., Litec, 1992, n° 11, p. 19).

constitutionnelle ne s'y réfère pas expressément en tant que principe d'interprétation, mais la formulation qu'elle retient en découle manifestement.

A la vérité, depuis fort longtemps, la Cour constitutionnelle italienne range le principe de conservation de l'acte juridique parmi les « canons herméneutiques généraux » qu'elle utilise ⁵⁰⁷. En effet, en dépit de l'absence de fondement textuel, la Cour constitutionnelle se réfère plus ou moins explicitement à ce principe. Pour s'en tenir à des exemples antérieurs à l'arrêt n° 356 de 1996, on peut mentionner l'ordonnance n° 279 de 1990, où la Haute instance précise que « [...] lorsque, comme en l'espèce, une disposition est compatible avec le texte constitutionnel, on doit suivre cette dernière » ⁵⁰⁸. De la même manière, dans l'ordonnance n° 559 de 1990, elle affirme qu'elle applique « la règle selon laquelle, entre plusieurs interprétations possibles, on doit préférer celle qui est conforme à la Constitution » ⁵⁰⁹. Plus explicitement, le juge constitutionnel italien insiste, dans son arrêt n° 368 de 1992, sur le fait que « cette Cour a, en effet, constamment affirmé que *le principe de conservation des valeurs juridiques* [...] impose le maintien en vie d'une disposition de loi, lorsque l'on peut reconnaître à celle-ci au moins une signification conforme à la Constitution » ⁵¹⁰.

Il n'est donc pas douteux que le principe de la conservation des actes juridiques et, en l'occurrence, de la loi est de nature à donner un fondement à l'obligation de rechercher une interprétation conforme à la Constitution.

Il reste que ce principe qui n'est qu'un principe *universel* d'interprétation, aurait sans doute constitué un fondement insuffisant pour justifier le caractère obligatoire que la Cour constitutionnelle a entendu donner à cette recherche de l'interprétation conforme de la loi par les juges ordinaires.

C'est la raison pour laquelle la Cour constitutionnelle a apporté les éclaircissements attendus quant au fondement de l'obligation de la recherche de l'interprétation constitutionnellement conforme dans son arrêt n° 113 du 20 avril 2000. Dans cette décision, la Cour constitutionnelle affirme solennellement que « doit être retenu comme un canon herméneutique *prééminent* le principe de la suprématie constitutionnelle ». Ce principe de la suprématie constitutionnelle, qui est indiscutable, « impose... à l'interprète d'opter, parmi plusieurs solutions abstraitement possibles, pour celle qui rend la disposition conforme à la Constitution : en l'espèce conforme au principe du juste procès » ⁵¹¹. Il faut donc inférer de cette décision deux conséquences importantes : la première tient au fait que, parmi toutes les règles d'interprétation, l'interprétation conforme constitue un « canon herméneutique prééminent » et la seconde implique que le canon de l'interprétation conforme à la Constitution est déduit d'un principe constitutionnel. Aussi bien et pour cela, a-t-on pu considérer que « la Cour, en somme, par rapport à la déclaration d'inconstitutionnalité d'une norme législative “produite” ou “proposée” en vertu des canons herméneutiques habituels, considère, en tout état de cause, comme prévalent l'argument de l'interprétation conforme à la Constitution, en l'élevant à l'expression d'un principe constitutionnel » ⁵¹².

⁵⁰⁷ Cf. F. Casavola, « La giustizia costituzionale nel 1992 », Conférence de presse du président de la Cour constitutionnelle publiée notamment in *Giur. cost.*, 1993, p. 623.

⁵⁰⁸ Cour const., ord. n° 279, 31 mai 1990, in *Giur. cost.*, 1990, p. 1690.

⁵⁰⁹ Cour const., ord. n° 559, 28 décembre 1990, in *Giur. cost.*, 1990, p. 3188.

⁵¹⁰ Cour const., sent., n° 368, 27 juillet 1992, in *Giur. cost.*, 1992, p. 2935 (c'est nous qui soulignons).

⁵¹¹ Cour const., sent. n° 113, 20 avril 2000, in *Giur. cost.*, 2000, p. (c'est nous qui soulignons).

⁵¹² F. Modugno, « Sul problema dell'interpretazione conforme a Costituzione : un breve *excursus* », *Giurisprudenza italiana*, 2010, pp. 1963. Sur le fondement de l'interprétation conforme à la Constitution,

L'élévation de l'interprétation conforme à la Constitution au rang d'exigence constitutionnelle permet, au surplus, de mettre en évidence toute la spécificité de l'interprétation constitutionnelle. L'interprétation conforme à la Constitution, parce qu'elle découle de la supériorité de la Constitution, se présente alors comme un outil efficace qui permet d'assurer l'unité du droit à partir et autour de la Constitution. Le principe de suprématie de la Constitution, auquel se rattache donc le critère de l'interprétation conforme, s'exprime non seulement, en termes négatifs, à travers l'inconstitutionnalité des actes juridiquement inférieurs, mais également, en termes positifs, à travers la détermination de la signification des actes infra-constitutionnels à la lumière de cette *lex superior*. En d'autres termes, la Constitution n'apparaît pas seulement comme une limite à la loi, mais également comme une norme véhiculant des valeurs qui doivent irradier l'ensemble du système normatif. La technique de l'interprétation conforme à la Constitution apparaît, dans ces conditions, comme le meilleur outil de diffusion de la Constitution dans toutes les branches du droit. De cette manière, est pleinement assurée la soudure entre la « légalité légale » et la « légalité constitutionnelle », pour reprendre les expressions de Massimo Luciani ⁵¹³.

Le rattachement de l'interprétation constitutionnellement conforme au principe de suprématie constitutionnelle permet également de comprendre que ce critère herméneutique qualifié de « prééminent » ne peut pas être le « monopole » de la Cour constitutionnelle. Au contraire, la technique de l'interprétation conforme à la Constitution doit être appliquée par tous les opérateurs du droit et, en particulier, par les juges ordinaires qui doivent même y avoir recours de manière prioritaire, au regard de leur rôle premier dans la mise en mouvement du mécanisme de la question incidente de constitutionnalité.

La mise à jour du fondement de l'obligation pour le juge ordinaire de rechercher l'interprétation conforme de la loi à la Constitution conduit naturellement à se pencher maintenant sur ce qui est attendu précisément du juge ordinaire dans cette recherche.

B) L'étendue de l'obligation de rechercher l'interprétation conforme de la loi à la Constitution

La recherche de l'interprétation conforme de la loi doit être prise au sérieux par le juge ordinaire, car, de façon constante depuis 1998 ⁵¹⁴, la Cour constitutionnelle vérifie la réalité de cette recherche.

voir aussi F. Modugno, « Sull'interpretazione costituzionalmente conforme », in *Il diritto fra interpretazione e storia, Liber amicorum in onore di Angelo Antonio Cervati, Nova Juris Interpretatio*, Quaderno monografico, Aracne editrice, 2010, p. 315 et s.; A. Ruggeri, « A la ricerca del fondamento dell'interpretazione conforme », in M. D'Amico et B. Randazzo (sous la dir. de), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Turin, Giappichelli, 2009, p. 388 et s.

⁵¹³ Cf. M. Luciani, « L'interprétation conforme et le dialogue des juges », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, spéc. p. 697. Voir aussi M. Luciani, « Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a" », in *Studi in memoria di G. G. Floridia*, Naples, 2009, p. 413 et s. et aussi consultable sur la revue électronique en ligne : federalismi.it (2007, 16 p.) et Id., « Su legalità costituzionale, legalità legale e unità dell'ordinamento », in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Turin, Giappichelli, vol. II, 2005, p. 509 et s.

⁵¹⁴ Quelques cas ont pu être relevés, néanmoins, avant 1998 (cf. G. Amoroso, « L'interpretazione "adequatrice" nella giurisprudenza costituzionale: tracce ermeneutiche e tecniche di sindacato di costituzionalità », *Foro it.*, V, 1998, spéc. p. 92-93).

En effet, la Cour constitutionnelle demande au juge *a quo* de démontrer, dans l'ordonnance de renvoi de la question incidente de constitutionnalité, qu'il a bien cherché à dégager une interprétation conforme de la loi et qu'il est impossible, sauf à empiéter sur la liberté normative du législateur, de tirer de la loi en cause l'interprétation qui la rend conforme à la Constitution.

Le contrôle de la Cour constitutionnelle est pointilleux sur cet aspect de l'ordonnance de renvoi.

Ainsi, elle n'hésitera pas à prononcer une décision de rejet de la question incidente de constitutionnalité pour irrecevabilité manifeste, dès lors que le juge *a quo* a omis ou s'est insuffisamment efforcé de dégager une interprétation conforme de la loi en cause à la Constitution. La doctrine qualifie, de manière exacte, ces décisions de décisions d'irrecevabilité manifeste « pour effort interprétatif insuffisant »⁵¹⁵.

En d'autres termes, la Cour constitutionnelle utilise bien l'instrument d'une décision processuelle ou de procédure pour indiquer qu'il existe un obstacle à ce que la question de constitutionnalité soulevée puisse être examinée au fond, en l'occurrence l'absence ou l'insuffisance de motivation de l'ordonnance de renvoi sur l'impossibilité de dégager de la loi contestée une interprétation conforme à la Constitution⁵¹⁶. En cela, l'impossibilité de l'interprétation conforme de la loi contestée à la Constitution prend bien les traits d'une condition de recevabilité de la question incidente de constitutionnalité en Italie.

En principe, le motif de la décision d'irrecevabilité manifeste, « l'effort interprétatif insuffisant » du juge *a quo*, n'interdit pas que la même question de constitutionnalité soit, à nouveau, posée à la Cour constitutionnelle par le même juge de renvoi, dès lors que ce dernier prend soin d'argumenter l'impossibilité de dégager de la loi contestée une lecture conforme à la Constitution⁵¹⁷.

Toutefois, souvent, la reposition de la question incidente de constitutionnalité semble inconcevable, dans la mesure où la Cour constitutionnelle ne se contente pas, dans sa décision d'irrecevabilité manifeste, de pointer le défaut de motivation sur la recherche de l'interprétation conforme de la loi, mais s'emploie également à donner des pistes au juge *a quo* pour appliquer la loi dans un sens conforme à la Constitution. Curieusement, la décision d'irrecevabilité manifeste qui ne devrait pas, en principe, toucher au fond, prend, dans cette hypothèse, les atours d'une décision interprétative « occulte »⁵¹⁸. Devant ce type de décisions qui contient donc des directives d'interprétation à peine voilées⁵¹⁹, on voit mal, en effet, comment le juge *a quo* se hasarderait à ne pas suivre les pistes interprétatives indiquées par la

⁵¹⁵ Selon l'heureuse expression de V. Marcenò, « Le ordinanza di manifesta inammissibilità per "insufficiente sforzo interpretativo" : una tecnica che può coesistere con le decisioni manipolativi (di norme) e con la dottrina del diritto vivente ? », *Giur. cost.*, 2005, p. 785 et s.

⁵¹⁶ Pour une critique du recours à la décision d'irrecevabilité dans ce cas, voir, par exemple, C. Pinelli, « Interpretazione conforme (rispettivamente a Costituzione e al diritto comunitario) e giudizio di equivalenza », *Giur. cost.*, 2008, p. 1134 et s. ; G. U. Rescigno, « Una ordinanza di inammissibilità che è in realtà una decisione interpretativa di rigetto », *Giur. cost.*, 2008, p. 2334.

⁵¹⁷ Dans le même sens, par exemple, R. Romboli, « Qualcosa di nuovo... anzi d'antico : la contesa sull'interpretazione conforme della legge », *op. cit.*, spéc. p. 119.

⁵¹⁸ Selon l'expression significative de G. Sorrenti, « La Costituzione "sottintesa" », in *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate*, actes du séminaire de Rome du 6 novembre 2009, Milan, Giuffrè, p. 36 et s.

⁵¹⁹ Les suggestions interprétatives de la Cour constitutionnelle n'apparaissent, alors, que dans les motifs de la décision.

Cour constitutionnelle. On peut se demander aussi si, dans un tel cas de figure où la Cour constitutionnelle donne des orientations interprétatives au juge *a quo*, l'instrument de la décision d'irrecevabilité manifeste est toujours adapté et s'il ne vaudrait pas mieux, selon les cas, recourir à une décision interprétative de rejet ou d'admission. En effet, il ne faut pas perdre de vue que l'instrument de la décision d'irrecevabilité, qui est regardée par les autres juges comme l'affaire du seul juge de renvoi et qui, pour cela, ne reçoit, ordinairement, aucun écho en dehors du procès principal qui a donné lieu à la question de constitutionnalité, n'est pas le meilleur outil pour faire circuler des interprétations conformes de la loi à la Constitution...⁵²⁰

Très souvent aussi, la Cour constitutionnelle n'hésite pas à « faire la leçon » au juge de renvoi qui s'est, pourtant, appliqué, dans son ordonnance, à démontrer l'impossibilité de dégager une interprétation conforme de la loi en cause à la Constitution. Elle n'hésitera pas alors à lui reprocher de n'avoir pas tenu compte de telle ou telle de ses décisions antérieures qui auraient pu conduire facilement le juge *a quo* à trouver, tout seul, la signification de la loi en harmonie avec les exigences constitutionnelles et à se dispenser ainsi de saisir la Cour constitutionnelle⁵²¹.

L'exigence de rechercher une interprétation conforme de la loi à la Constitution ne pouvait pas non plus manquer de soulever la question de son articulation avec la doctrine du « droit vivant », déjà évoquée plus haut.

La Cour constitutionnelle a été conduite à prendre une position dans l'arrêt n° 350 de 1997. Après avoir rappelé le principe en vertu duquel, dans l'ordre juridique italien, le juge n'est nullement tenu de s'aligner sur la jurisprudence de la Cour de cassation (sauf dans le cas où il statue sur renvoi), la Haute instance en déduit qu'« en présence d'un droit vivant que le juge *a quo* ne partage pas parce qu'il l'estime contraire à la Constitution, celui-ci a la faculté d'opter entre l'adoption, toujours permise, d'une interprétation différente, ou, en se rangeant au droit vivant, la soumission de la question à la Cour ». En revanche, « en l'absence d'un droit vivant contraire », « le juge de renvoi a le devoir de suivre l'interprétation reconnue comme la plus compatible avec les principes constitutionnels ».

De cette position, une partie de la doctrine avait cru pouvoir inférer que la doctrine du « droit vivant » conservait, en fait, sa prééminence sur l'interprétation conforme, puisque le juge *a quo* se voyait, certes, invité à dépasser un droit vivant considéré comme contraire à la Constitution, mais, s'il s'y rangeait malgré tout, il pouvait soulever la question de constitutionnalité devant la Cour constitutionnelle⁵²².

Or, l'évolution de la jurisprudence constitutionnelle a montré que c'était la perspective inverse qu'il fallait retenir.

⁵²⁰ Pour une critique du recours à l'instrument de la décision d'irrecevabilité manifeste, voir G. Gemma, « Inammissibilità delle sentenze "interpretative" di inammissibilità », in M. D'Amico et B. Randazzo (sous la dir. de), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, op. cit., p. 276 et s.

⁵²¹ Pour des exemples éclairants sur cette pratique, voir, en particulier, G. Serges, « Interpretazione conforme e tecniche processuali », *Giurisprudenza italiana*, 2010, p. 1973 et s., repris, avec des remaniements, in G. Serges, *Lecture di diritto pubblico*, Naples, Editoriale scientifica, 2012 (« L'interpretazione conforme a Costituzione tra tecniche processuali e collaborazione con i giudici »), spéc. p. 64 et s. Voir, pour des exemples plus récents, Cour const., ord. n° 73, 111, 139 de 2011.

⁵²² En ce sens, A. Anzon, « Il giudice *a quo* e la Corte costituzionale tra dottrina dell'interpretazione conforme a Costituzione e dottrina del diritto vivente », *Giur. cost.*, 1998, pp. 1082 et s. (spéc. p. 1087).

En effet, à plusieurs reprises, la Cour constitutionnelle n'a pas hésité à prononcer une décision d'irrecevabilité manifeste lorsqu'elle a été saisie par un juge *a quo* qui, tout en considérant que l'interprétation consolidée de la loi en cause, c'est-à-dire le droit vivant, entrainait, selon lui, en contradiction avec les exigences constitutionnelles, avait estimé ne pas pouvoir s'en écarter et s'était donc retranché derrière⁵²³. Pour justifier sa position, la Cour constitutionnelle insiste bien, dans ces cas-là, sur le fait que « le juge n'est jamais empêché, dans l'exercice des pouvoirs interprétatifs qui lui sont propres et qui ne demandent aucun aval constitutionnel, de parvenir à une lecture de la norme *secundum constitutionem*, même en présence d'une orientation jurisprudentielle univoque »⁵²⁴.

Cette orientation jurisprudentielle est aujourd'hui bien claire : si le juge *a quo* ne partage pas l'interprétation consolidée de la loi parce qu'il l'estime incompatible avec la Constitution, il ne peut pas se retrancher derrière ce droit vivant et soulever la question incidente de constitutionnalité. S'il agit ainsi, la Cour constitutionnelle rejettera, pour irrecevabilité, la question incidente de constitutionnalité, au motif que le juge *a quo* n'a pas cherché à dégager une interprétation de la loi conforme à la Constitution.

Ce faisant, la Cour constitutionnelle pousse, en vérité, le juge *a quo* à résister au droit vivant le plus souvent forgé par la Cour de cassation, au nom de l'interprétation conforme possible de la loi à la Constitution. Le juge *a quo* est alors condamné à affronter, seul, les juges qui lui sont supérieurs et qui peuvent persister à maintenir le droit vivant.

Dans un tel cas de figure, on se rend bien compte que la doctrine de l'interprétation conforme est préférée à celle du droit vivant⁵²⁵. Et l'on ne peut s'empêcher de penser que, dans cette hypothèse, la Cour constitutionnelle porte, à l'excès, la logique de l'obligation de rechercher l'interprétation conforme de la loi à la Constitution qu'elle fait peser sur les juges ordinaires. Au nom de cette logique, elle perd de vue, en effet, qu'il serait plus expédient, pour la sécurité juridique, d'invalider, par une décision d'inconstitutionnalité dotée d'effets *erga omnes*, le droit vivant contraire à la Constitution.

Cette orientation jurisprudentielle de la Cour constitutionnelle est, donc, maintenant bien consolidée.

On recense aujourd'hui de nombreuses décisions d'irrecevabilité rendues au motif que le juge *a quo* a omis ou s'est insuffisamment efforcé de dégager une interprétation conforme de la loi en cause à la Constitution.

Toutefois, dans de nombreuses décisions, la Cour constitutionnelle n'hésite pas non plus à donner quitus au juge de renvoi en reconnaissant qu'il était impossible de dégager de la loi une interprétation différente de la sienne et que, dans ce cas, la tentative d'interpréter la loi conformément à la Constitution doit « céder le pas sur le contrôle de constitutionnalité » (arrêt n° 26 de 2010, par exemple).

L'obligation de rechercher l'interprétation constitutionnellement conforme se présente donc bien sous les traits d'une condition de recevabilité de la question incidente de

⁵²³ Voir, sur cette orientation jurisprudentielle, V. Marcenò, « Le ordinanze di manifesta inammissibilità per "insufficiente sforzo interpretativo" : una tecnica che può coesistere con le decisioni manipolativi (di norme) e con la dottrina del diritto vivente ? », *Giur. cost.*, 2005, p. 785 et s. (spéc. pp. 795-796)

⁵²⁴ Voir, par exemple, Cour const., *ord.* n° 3, 30 janvier 2002, *Giur. cost.*, 2002, p. 29 ; Cour const., *ord.* n° 252, 1^{er} juillet 2005, *Giur. cost.*, 2005, p. 2354.

⁵²⁵ En ce sens, R. Romboli, « Qualcosa di nuovo... anzi di antico : la contesa sull'interpretazione conforme della legge », *op. cit.*, spéc. pp. 110-111 ; R. Pinardi, « L'interpretazione adeguatrice tra Corte e giudici comuni : le stagioni di un rapporto complesso e tuttora assai problematico », *op. cit.*, spéc. pp. 1543-1545.

constitutionnalité que la Cour constitutionnelle déduit du principe de suprématie constitutionnelle. D'origine purement prétorienne, cette condition de recevabilité tenant à l'impossibilité d'une interprétation constitutionnellement conforme, qui donne lieu à un contrôle scrupuleux de la part de la Cour constitutionnelle, n'a pas qu'entraîné d'importantes implications.

II / Les implications de la condition tenant à l'impossibilité de l'interprétation conforme de la loi à la Constitution

L'obligation de rechercher l'interprétation conforme de la loi à la Constitution que la Cour constitutionnelle impose aux juges ordinaires, n'a pas manqué d'avoir d'importantes implications non seulement sur le mécanisme de la question incidente de constitutionnalité (A), mais aussi, et plus largement, sur le modèle italien de justice constitutionnelle (B).

A) Les implications de l'obligation de rechercher l'interprétation constitutionnellement conforme sur le mécanisme de la question incidente de constitutionnalité

Les textes ne prévoient que deux conditions de recevabilité touchant directement à la question incidente de constitutionnalité. En effet, la loi constitutionnelle n° 1 du 9 février 1948 portant dispositions sur les procès de constitutionnalité et sur les garanties d'indépendance de la Cour constitutionnelle (art. 1^{er}) et la loi n° 87 du 11 mars 1957 portant dispositions sur la Constitution et sur le fonctionnement de la Cour constitutionnelle (art. 23) exigent que la question incidente de constitutionnalité réponde, pour pouvoir être valablement soumise à la Cour constitutionnelle, à la condition de la *rilevanza* et à la condition de la *non manifesta infondatezza*.

La condition de la *rilevanza* doit s'entendre comme la condition tenant au caractère pertinent de la question de constitutionnalité. En cela, elle rappelle que la question de constitutionnalité soulevée est une question préjudicielle. En effet, la pertinence ou le caractère pertinent de la question de constitutionnalité signifie que le litige porté devant le juge ordinaire ne peut pas être tranché indépendamment de la résolution de la question de constitutionnalité.

La condition de la *non manifesta infondatezza* que l'on peut traduire par l'exigence du caractère non manifestement infondé de la question de constitutionnalité, est destinée à opérer un filtre quant au fond de la question. Elle permet ainsi d'éliminer, à la base, toute question soulevée par les parties à des fins purement dilatoires, ou d'écarter toute question fantaisiste ou artificielle. Ce faisant, cette condition œuvre aussi comme une soupape de sécurité pour le rôle de la Cour constitutionnelle, puisqu'elle permet d'éviter d'engorger le prétoire du juge constitutionnel par des pseudo-questions de constitutionnalité.

Cette condition conduit ainsi le juge ordinaire de renvoi à aborder le fondement de la question de constitutionnalité. C'est là qu'il ne faut pas se méprendre sur le sens de la formulation de la condition qui utilise une double négation. La formule doublement négative (le caractère non manifestement infondé) n'équivaut pas à une formule positive (le caractère fondé). En réalité, cette tournure négative signifie que le juge ordinaire devant qui la question de constitutionnalité est soulevée, doit nourrir simplement un doute sur la conformité à la

Constitution de la disposition de loi en cause. Il ne doit donc pas être nécessairement convaincu de l'inconstitutionnalité de la loi, mais il doit simplement *douter* de sa constitutionnalité. Néanmoins, ce doute doit avoir une certaine consistance. Le juge de renvoi ne peut pas se borner à un examen superficiel du caractère non manifestement infondé de la question de constitutionnalité. Il doit motiver son doute, c'est-à-dire qu'il doit exposer, dans sa décision de renvoi, les raisons qui le conduisent à douter de la constitutionnalité de la loi.

Ces deux conditions, qui ont été ici brièvement rappelées ⁵²⁶, impliquent donc que le juge *a quo* ne motive son ordonnance de renvoi de la question de constitutionnalité que sur ces deux aspects. A cet égard, l'article 23 de la loi n° 87 de 1953 précitée prévoit que le juge *a quo* doit procéder à « la transmission immédiate » des actes, dès lors qu'il estime que la question est pertinente pour l'issue du litige et revêt un caractère non manifestement infondé, en émettant une ordonnance qui doit préciser simplement l'indication des dispositions législatives contestées et les normes constitutionnelles supposées violées.

On voit bien ici que l'obligation introduite par la Cour constitutionnelle de rechercher une interprétation constitutionnellement conforme de la loi en cause a nécessairement un impact sur le mécanisme de la question incidente de constitutionnalité tel qu'il vient d'être sommairement décrit.

Devant cette application systématique de la technique de l'interprétation conforme à la Constitution par les juges ordinaires que la Cour constitutionnelle a encouragée, une partie de la doctrine italienne a pu soutenir que le mécanisme de la question de constitutionnalité par voie incidente avait été complètement perverti.

Pour les tenants de cette thèse, il est clair que la Cour constitutionnelle a ajouté, d'une manière purement prétorienne, une troisième condition de recevabilité des questions préjudicielles qui a abouti à dénaturer les deux conditions traditionnelles ⁵²⁷. En particulier, la condition tenant au caractère non manifestement infondé de la question ne devrait plus être entendue comme exigeant de la part du juge *a quo* un doute raisonnable quant à la constitutionnalité de la loi, mais elle devrait dorénavant être comprise comme imposant à ce dernier d'être *convaincu* de l'inconstitutionnalité de la loi. Le caractère non manifestement infondé serait, de fait, devenu le caractère manifestement fondé ! Bref, sans le dire ouvertement, la Cour constitutionnelle aurait instauré en Italie le système allemand de la question préjudicielle de constitutionnalité, où il est exigé précisément que le juge ordinaire ait la conviction de l'inconstitutionnalité de la loi pour pouvoir renvoyer la question préjudicielle à la Cour constitutionnelle allemande. Ce constat a poussé certains auteurs à soutenir que cette obligation de rechercher l'interprétation constitutionnellement conforme que la Cour constitutionnelle a introduit par voie prétorienne, bouleverse le mécanisme de la

⁵²⁶ Pour une analyse plus ample, voir J.-C. Escarras, « Eléments de référence », *Cahiers du CDPC*, vol. 1, 1987, p. 2 et s. et in *AJJC*, 1-1985, *Economica-PUAM*, 1987, p. 475 et s.

⁵²⁷ Voir, par exemple, R. Romboli, « Il giudizio di legittimità costituzionale delle leggi in via incidentale », in R. Romboli (sous la dir. de), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1996-1998)*, Turin, Giappichelli, 1999, p. 92 et s. ; A. Ruggeri et A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Turin, Giappichelli, 2009, p. 183 et s. ; G. Amoroso, « L'interpretazione adeguatrice nella giurisprudenza costituzionale tra canone ermeneutico e tecnica di sindacato di costituzionalità », *Foro it.*, 1998, p. 111 et s. ; D. Nocilla et G. Smurra, « Una manifesta inammissibilità tra un'irrelevanza che non sussiste e un'infondatezza in penombra », *Giur. cost.*, 2005, p. 5135 et s.

question incidente de constitutionnalité, ce qui n'aurait pu être décidé éventuellement que par le biais d'une révision constitutionnelle ⁵²⁸.

D'autres auteurs ont souligné, au contraire, que cette orientation jurisprudentielle de la Cour constitutionnelle qui favorise la doctrine de l'interprétation conforme s'inscrivait dans la logique du contrôle de constitutionnalité par voie incidente tel qu'il a pu être configuré par les textes. Ces auteurs ont fait remarquer que l'interprétation de la loi précède nécessairement son application ⁵²⁹. L'interprétation de la loi est donc un passage obligé dans la détermination de sa signification. Bref, on ne peut pas nourrir un doute raisonnable sur la constitutionnalité de la loi, sans avoir cherché au préalable, par le biais de l'interprétation, à la rendre compatible avec la Constitution ⁵³⁰. Si, après avoir effectué toutes les tentatives d'harmonisation, il reste encore un doute quant à sa constitutionnalité, le juge ordinaire ne peut alors que renvoyer la question à la Cour constitutionnelle. Loin de dénaturer la condition de la *non manifesta infondatezza*, la doctrine de l'interprétation conforme permettrait de lui restituer toute sa raison d'être ⁵³¹.

Pour ces auteurs, ce n'est donc pas une condition supplémentaire de recevabilité, une troisième condition, mais une condition *préalable* qui précède nécessairement l'appréciation du caractère non manifestement infondé de la question de constitutionnalité.

En réalité, c'est la jurisprudence de la Cour constitutionnelle elle-même qui laisse penser que le juge *a quo* doit avoir acquis la certitude que la loi est contraire à la Constitution. Dire, comme l'affirme la Cour constitutionnelle dans sa fameuse décision n° 356 de 1996, que « les lois doivent être déclarées contraires à la Constitution (...) parce qu'il est impossible d'en dégager des interprétations conformes à la Constitution » suppose bien que le juge *a quo* soit convaincu, pour déclencher le mécanisme de la question de constitutionnalité et au terme de sa recherche infructueuse de l'interprétation conforme, de l'inconstitutionnalité de la loi. Peut-être la Cour constitutionnelle aurait-elle dû plutôt affirmer, pour ne pas susciter toutes ces interrogations doctrinales sur le bouleversement du mécanisme de la question de constitutionnalité, que les lois doivent être déclarées contraires à la Constitution, « parce qu'il est difficile (improbable) d'en dégager des interprétations conformes à la Constitution » ⁵³². Une telle formulation aurait permis de laisser entendre que le juge ordinaire *doute* de la

⁵²⁸ En ce sens, G. U. Rescigno, « Del preteso principio secondo cui spetta ai giudici ricavare principi dalle sentenze della Corte e manipolare essi stessi direttamente le disposizioni di legge per renderle conformi a tali principi », *Giur. cost.*, 2009, p. 2412 et s.

⁵²⁹ Cf., sur cette question, les réflexions pertinentes de F. Modugno, « Sull'interpretazione costituzionalmente conforme », *op. cit.*, spéc. p. 338 et s. ; id., « Inammissibilità della *quaestio legitimatis* per omessa interpretazione costituzionalmente conforme e bilanciamento in concreto di diverse esigenze costituzionali », *Giur. cost.*, 2009, p. 2405 et s.

⁵³⁰ Pour M. Ruotolo, la recherche d'une interprétation conforme de la loi à la Constitution n'emporte aucune incidence ni sur la condition de la *rilevanza* ni sur celle de la *non manifesta infondatezza*, car elle s'inscrit simplement « dans l'exercice ordinaire des pouvoirs d'interprétation du juge » qui précède nécessairement toute appréciation sur les deux conditions traditionnelles de recevabilité de la question incidente de constitutionnalité (Voir, M. Ruotolo, « Interpretazione conforme a Costituzione e tecniche decisorie della Corte costituzionale », 2009, p. 7, consultable en ligne sur <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2011/01/Ruotolo1.pdf>).

⁵³¹ En ce sens, G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Bologne, Il Mulino, 2008, spéc. p. 260.

⁵³² Selon la rectification proposée par F. Modugno à la formulation retenue par la jurisprudence constitutionnelle, cf. F. Modugno, « Inammissibilità della *quaestio legitimatis* per omessa interpretazione costituzionalmente conforme e bilanciamento in concreto di diverse esigenze costituzionali », *op. cit.* ; dans le même sens, G. Serges, *Lecture di diritto pubblico*, Naples, Editoriale scientifica, 2012, p. 51.

constitutionnalité de la loi, parce qu'il lui est *difficile* ou qu'il lui paraît *improbable* d'en dégager une interprétation constitutionnellement conforme.

Quoi qu'il en soit, la « radicalisation » de la doctrine de l'interprétation conforme à la Constitution⁵³³, à travers la reconnaissance d'une vraie et propre condition de recevabilité de la question incidente de constitutionnalité, a poussé les juges ordinaires à faire un usage systématique de cette technique, avec pour conséquence principale de poser moins de questions de constitutionnalité par voie incidente qu'auparavant. C'est là le premier effet de cette orientation jurisprudentielle sur l'interprétation conforme.

On peut d'ailleurs constater que, depuis 2003, la part des décisions de la Cour constitutionnelle rendues chaque année dans le cadre des procès constitutionnels par voie incidente est en net recul. Alors que ces décisions ont souvent représenté entre 85 et 90 % de l'ensemble des décisions rendues, on est même passé, depuis ces quatre dernières années, sous la barre des 60 %, ce qui n'était jamais arrivé depuis 1958. L'année 2012 marque même une nouvelle forte baisse de l'importance du contentieux relatif aux questions incidentes de constitutionnalité, puisque seulement 44,61 % de l'ensemble des décisions rendues intéressaient ce contentieux : du jamais vu dans l'histoire de la justice constitutionnelle italienne !

En 2010, 2011 et 2012, la Cour constitutionnelle a même rendu plus d'arrêts (décisions statuant au fond) au titre du procès de constitutionnalité par voie principale qu'au titre du procès constitutionnel préjudiciel, ce qui ne s'était jamais vu non plus jusque-là.

Le recours systématique à la doctrine de l'interprétation conforme n'est sans doute pas la seule cause de cette nette baisse de l'importance quantitative du contentieux constitutionnel préjudiciel, mais c'est, à n'en pas douter, une cause importante. On ne peut s'empêcher de penser que cet effet induit de la doctrine de l'interprétation conforme sur le nombre de questions préjudicielles de constitutionnalité posées était sans doute recherché par la Cour constitutionnelle qui conserve le souvenir amer de l'encombrement de son rôle et de l'arrière massif auquel elle a dû faire face dans les années 1980.

Ces données chiffrées illustrent, d'une manière assez éclatante, la situation dans laquelle se trouve aujourd'hui le contrôle de constitutionnalité des lois par voie incidente en Italie. Ce dernier semble désormais revêtir un « caractère subsidiaire » par rapport à la mise en conformité des lois avec la Constitution qu'opèrent, systématiquement, les juges ordinaires par le biais de l'interprétation conforme⁵³⁴. A telle enseigne, d'ailleurs, qu'un président de la Cour constitutionnelle n'a pas hésité à soutenir ouvertement que le « recours à la Cour constitutionnelle » se présente, sous l'effet de cette jurisprudence relative à l'obligation de rechercher une interprétation conforme, comme « une possibilité résiduelle »⁵³⁵.

⁵³³ Selon l'expression de G. Sorrenti, voir G. Sorrenti, *L'interpretazione conforme alla Costituzione*, Milan, Giuffrè, 2006, spéc. p. 210.

⁵³⁴ Selon l'expression de G. Sorrenti, « Corte costituzionale, giudici e interpretazione ovvero... l'insostenibile leggerezza della legge », in A. Ruggeri (sous la dir. de), *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, Naples, Editoriale scientifica, 2006, spéc. pp. 478-479. En sens analogue, voir A. Ruggeri, « La giustizia costituzionale italiana tra finzione e realtà ovvero sia tra esibizione della « diffusion » e vocazione all'« accentramento » », in A. Ruggeri, *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, Turin, Giappichelli, vol. XI, 2008, p. 134.

⁵³⁵ G. Zagrebelsky, *Conferenza stampa*, Conférence annuelle de presse sur l'activité de la Cour constitutionnelle donnée par le Président Zagrebelsky, Palais de la Consulta, 2 avril 2004, consultable sur le site de la Cour constitutionnelle : www.cortecostituzionale.it (p. 8).

Ce constat amène logiquement à tenter de cerner les implications de l'obligation de rechercher l'interprétation constitutionnellement conforme sur le modèle italien de justice constitutionnelle lui-même.

B) Les implications de l'obligation de rechercher l'interprétation conforme à la Constitution sur le modèle italien de justice constitutionnelle

La plupart des auteurs conviennent qu'il est difficile de dénier aux juges ordinaires d'interpréter les lois qu'ils doivent appliquer aux cas concrets, d'une manière conforme à la Constitution. Il n'est pas possible de faire autrement que d'accorder à l'œuvre du législateur une présomption de constitutionnalité. A partir de là, la position de la Cour constitutionnelle italienne à propos de la doctrine de l'interprétation conforme se justifie. Si la Cour constitutionnelle a bien le monopole du contrôle de constitutionnalité des lois, elle ne saurait avoir celui de l'interprétation conforme à la Constitution.

Néanmoins, l'obligation faite aux juges ordinaires d'interpréter les lois conformément à la Constitution place ces derniers au premier plan de la protection des droits fondamentaux garantis par la Constitution, puisqu'ils auront à se prononcer d'abord sur la compatibilité d'une loi avec les droits et libertés constitutionnels.

Cette situation révélerait alors un processus de « décentralisation » du contrôle concentré de constitutionnalité qui serait à l'œuvre en Italie en provoquant l'érosion des compétences de la Cour constitutionnelle et en allant jusqu'à menacer son rôle dans le système institutionnel ⁵³⁶.

L'abus de l'interprétation conforme ne pourrait, il est vrai, s'analyser qu'en un véritable contrôle de constitutionnalité des lois pratiqué par les juges ordinaires.

Le risque serait alors de se détacher d'un système de contrôle concentré de constitutionnalité des lois pour le remplacer, *de facto*, par un système de contrôle diffus de constitutionnalité des lois, un contrôle à l'américaine.

On ne doit pas sous-estimer ce risque, car, à force d'inviter les juges ordinaires à user de l'interprétation conforme à la Constitution, ils peuvent être tentés d'en abuser.

La redoutable question qui est alors posée est de savoir jusqu'où les juges ordinaires peuvent aller dans le recours à l'interprétation conforme sans basculer dans l'exercice d'un contrôle de constitutionnalité des lois propre et authentique.

Le critère du « bon usage » de l'interprétation conforme qui est le plus logiquement avancé, tient à la « texture » de la loi.

La technique de l'interprétation conforme à la Constitution doit nécessairement être cantonnée dans des limites qui tiennent à la « texture » de la disposition législative en cause. La technique de l'interprétation conforme ne peut servir à dégager de la loi que ce qui s'y trouve, même à l'état latent, et non pas ce qui serait souhaitable d'y trouver, pour répondre

⁵³⁶ Cette mise en garde a pu être lancée notamment par M. Luciani, « Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a" », in *Studi in memoria di Giuseppe Floridia*, Naples, Editoriale scientifica, 2009, p. 413 et s. ; ID., « La lumière des expériences étrangères : l'Italie », in *Le contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle en France. Quelles pratiques ?*, actes du colloque du 16 février 2009 à Paris, PUAM, 2009, spéc. p. 147. Voir également G. U. Rescigno, « Del preteso principio secondo cui spetta ai giudici ricavare principi dalle sentenze della Corte e manipolare essi stessi direttamente le disposizioni di legge per renderle conformi a tali principi », *Giur. cost.*, 2009, p. 2405 et s.

aux exigences constitutionnelles. En d'autres termes, la technique de l'interprétation conforme ne saurait permettre, sous couvert de favoriser le respect du principe de la suprématie constitutionnelle, de *réécrire* la loi.

En France, c'est un autre critère qui a été mis en avant pour fixer la frontière entre l'interprétation constitutionnellement conforme *permise* et l'interprétation constitutionnellement conforme *interdite* aux juridictions ordinaires suprêmes dans le filtrage des QPC. Ce critère serait celui du caractère inédit ou non de l'interprétation conforme dégagée par le juge ordinaire⁵³⁷. En d'autres termes, le juge ordinaire pourrait pratiquer l'interprétation conforme de la loi et, donc, s'abstenir de renvoyer une QPC au Conseil constitutionnel, tant qu'il s'appuierait sur sa jurisprudence déjà éprouvée relativement à cette loi ou tant qu'il s'inspirerait fidèlement d'une jurisprudence constante du Conseil constitutionnel.

Ce qu'il faut bien admettre, c'est qu'il est finalement assez vain de chercher à fixer le point où passe la frontière entre ce qui est autorisé et ce qui est interdit pour le juge ordinaire en matière d'interprétation conforme de la loi à la Constitution. Cela ne sert pas, en vérité, à grand chose s'il n'est pas prévu, en même temps, des garanties qui permettent de s'assurer que le juge ordinaire n'a pas franchi la « ligne jaune » de l'interprétation conforme.

Sans l'existence de garanties appropriées, le risque de basculer dans un système diffus de contrôle de constitutionnalité des lois ne peut jamais être conjuré, car, dans ces conditions, le maintien du contrôle concentré de constitutionnalité des lois dépend entièrement de la confiance placée dans le juge ordinaire pour faire un usage raisonnable et responsable de la technique de l'interprétation conforme de la loi à la Constitution.

La sauvegarde d'un contrôle concentré de constitutionnalité des lois exige, donc, de mettre la Cour constitutionnelle en mesure de réfréner les abus d'interprétation conforme que seraient tentés de faire les juges ordinaires. L'usage de l'interprétation conforme par les juges ordinaires doit nécessairement être placé sous la surveillance du juge constitutionnel. Conformément à la logique du modèle concentré de justice constitutionnelle, la Cour constitutionnelle doit, en effet, toujours pouvoir intervenir pour redresser des interprétations constitutionnellement conformes qui manifesteraient l'usurpation par les juges ordinaires du contrôle de constitutionnalité des lois.

C'est bien ainsi d'ailleurs que le système allemand de la question préjudicielle de constitutionnalité a été conçu⁵³⁸. En effet, si le juge ordinaire allemand doit être convaincu de l'inconstitutionnalité de la loi pour déclencher le mécanisme de la question préjudicielle de constitutionnalité, il peut être conduit, d'une manière abusive, à ne pas saisir la Cour constitutionnelle fédérale, alors même que la loi en cause pose un sérieux problème de constitutionnalité. Une telle situation peut alors être aisément compensée par une garantie procédurale qui existe dans le système allemand de justice constitutionnelle, le recours constitutionnel direct (la *Bundesverfassungsbeschwerde*), qui permet alors à la Cour

⁵³⁷ Voir, sur ce critère, R. Fraisse, « QPC et interprétation de la loi », *Les Petites Affiches*, 5 mai 2011 ; S.-J. Liéber, D. Botteghi et V. Dumas, « La question prioritaire de constitutionnalité vue du Conseil d'État », *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 29, 2011, spéc. p. 113 et s.

⁵³⁸ Pour une analyse en ce sens de la question préjudicielle de constitutionnalité en Allemagne, voir G. Sorrenti, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milan, Giuffrè, 2006, spéc. p. 136 et s. ; J. Luther, « Le interpretazioni adeguate nel diritto tedesco vivente », in *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate*, Actes du séminaire de Rome du 6 novembre 2009, Milan, Giuffrè, 2010, p. 199 et s. ; I. Ciolli, « Brevi note in tema d'interpretazione conforme a Costituzione », *Rivista telematica giuridica dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, n° 1-2012, p. 3, consultable sur www.rivistaaic.it.

constitutionnelle de contrôler, le cas échéant, la décision par laquelle le juge ordinaire a manifesté un usage abusif de l'interprétation conforme de la loi à la Constitution. Le recours direct en protection des droits fondamentaux qui est ouvert contre les décisions de justice en Allemagne permet ainsi de contrebalancer le poids qui est donné aux juges ordinaires dans le déclenchement de la question préjudicielle de constitutionnalité.

En Italie, une garantie de ce type n'existe pas et le système de la question incidente de constitutionnalité des lois n'a pas été pensé, à l'origine, avec ce rôle central que les juges ordinaires sont aujourd'hui amenés à jouer avec le recours systématique à l'interprétation constitutionnellement conforme.

Pourtant, il ne faut pas perdre de vue que le mécanisme de la question incidente de constitutionnalité des lois est très ouvert en Italie, puisque toute autorité juridictionnelle est habilitée à le déclencher. En sorte que, si un juge de renvoi commet un abus dans sa mission d'interpréter la loi conformément à la Constitution, non seulement cet abus peut être redressé par les juridictions supérieures et, en particulier par la Cour de cassation, mais cette même loi pourra, dans le cadre d'un autre litige, être soumise à l'examen de la Cour constitutionnelle par un juge ordinaire moins audacieux dans l'usage de l'interprétation conforme. *In fine*, les interprétations conformes « suspectes » ou « abusives » parviendront donc toujours, de cette manière, devant la Cour constitutionnelle⁵³⁹.

Il reste que le problème devient très compliqué lorsque c'est la Cour de cassation elle-même qui commet l'usage abusif de la technique de l'interprétation conforme. En vertu de son rôle institutionnel d'harmonisation de la jurisprudence, son interprétation conforme de la loi à la Constitution a vocation à être reprise à leur compte par tous les juges ordinaires.

Par quel moyen pourrait-on alors contrôler une telle décision de la Cour suprême qui aurait fait un usage abusif de l'instrument de l'interprétation conforme ?

On peut imaginer que la procédure des conflits entre les organes de l'Etat pourrait être actionnée devant la Cour constitutionnelle⁵⁴⁰. Le pouvoir législatif pourrait alors élever le conflit contre la Cour de cassation à propos de l'acte juridictionnel en cause. Mais, si la Cour constitutionnelle a déjà admis qu'un acte juridictionnel puisse être l'objet d'un conflit, c'est à la condition qu'il ne soit pas demandé de censurer un *error in iudicando*, c'est-à-dire une erreur dans les modalités d'exercice de la fonction juridictionnelle, car cela reviendrait alors à instituer un nouveau degré de juridiction. On a pu suggérer également que la Cour constitutionnelle elle-même soulève devant elle-même un conflit avec la Cour de cassation, puisqu'en outrepassant son rôle, la Cour de cassation se serait, par hypothèse, transformé en juge constitutionnel⁵⁴¹.

En réalité, ces procédures seraient bien difficiles à mettre en œuvre pour censurer des abus dans l'utilisation de la technique de l'interprétation conforme.

Le seul moyen serait alors de faire confiance à un juge du fond courageux qui n'hésiterait pas à saisir la Cour constitutionnelle d'une question de constitutionnalité portant sur une loi qui aurait fait l'objet d'une interprétation conforme « suspecte » de la part de la

⁵³⁹ Dans le même sens, E. Lamarque, « Prove generali di sindacato di costituzionalità accentrato-collaborativo », in *Scritti in onore di Franco Modugno*, III, Naples, Jovene, 2011, spéc. p. 1855.

⁵⁴⁰ En ce sens, voir notamment G. Pistorio, « "I limiti" all'interpretazione conforme : cenni su un problema aperto », *Rivista telematica giuridica dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2011, 13 p., consultable en ligne : <http://www.rivistaaic.it/sites/default/files/rivista/articoli/allegati/Pistorio.pdf>, spéc. p. 11 et s.

⁵⁴¹ En ce sens, M. Luciani, « Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a" », *op. cit.*, pp. 15-16.

Cour de cassation. Ce n'est pas un hasard d'ailleurs si la Cour constitutionnelle rappelle souvent, dans ces décisions, que la jurisprudence de la Cour de cassation ne s'impose pas aux juges du fond (sauf en cas de renvoi) ⁵⁴²...

On voit bien ici le problème difficile que pose, en France, le double filtrage des QPC par les juridictions ordinaires supérieures. Dans le système français, il n'existe, en vérité, aucune garantie efficace contre l'abus d'interprétation conforme de la part de la Cour de cassation et du Conseil d'État dans le filtrage des QPC ⁵⁴³.

Si le spectre de l'émergence d'un contrôle diffus de constitutionnalité des lois est donc éloigné en Italie grâce aux garanties procédurales inhérentes au système italien de justice constitutionnelle, ce dernier continuera de planer en France, tant que le double filtrage des QPC sera maintenu ou tant que l'on n'aura pas trouvé un moyen efficace de favoriser l'intervention du Conseil constitutionnel pour contrôler les abus dans l'usage de l'interprétation conforme de la loi à la Constitution.

Au-delà des garanties procédurales qui existent, donc, en Italie pour mettre l'activité d'interprétation conforme des juges ordinaires sous la surveillance de la Cour constitutionnelle, il faut tout de même « dédramatiser » ⁵⁴⁴ le problème, dans la mesure où, dans la plupart des cas, les juges ordinaires font un usage raisonnable et responsable de la technique de l'interprétation conforme : ils l'appliquent dans toutes ses potentialités, mais toujours dans le respect des limites textuelles de la loi ⁵⁴⁵.

Ainsi, l'implication des juges ordinaires dans une activité systématique d'interprétation conforme de la loi à la Constitution n'a pas signé, en Italie, l'émergence d'un contrôle diffus de constitutionnalité des lois, mais elle a donné naissance plutôt à ce que la doctrine a proposé de dénommer un « contrôle collaboratif » ⁵⁴⁶ de constitutionnalité des lois ou, pour marquer davantage l'attachement au système originaire qui perdure, un « contrôle de constitutionnalité concentré-collaboratif » ⁵⁴⁷. Un tel système suppose, en effet, une collaboration active et

⁵⁴² Voir nos observations à ce sujet, *supra*.

⁵⁴³ Seule la transmission des décisions de non-renvoi des QPC au Conseil constitutionnel peut permettre au juge constitutionnel de repérer d'éventuelles dérives dans l'usage de l'interprétation constitutionnellement conforme par le Conseil d'État et la Cour de cassation et le convaincre de faire des observations publiques à ce sujet. Mais c'est là une garantie bien faible qui n'équivaudra jamais à une saisine du Conseil constitutionnel pouvant déboucher sur une décision d'inconstitutionnalité de l'interprétation d'une loi dégagée par le Conseil d'État ou la Cour de cassation, avec les effets *erga omnes* qui en découlerait.

⁵⁴⁴ Selon l'expression d'E. Lamarque, « Prove generali di sindacato di costituzionalità accentrato-collaborativo », *op. cit.*, spéc. p. 1853.

⁵⁴⁵ En ce sens, voir l'analyse d'E. Lamarque, « La fabbrica delle interpretazioni conformi a Costituzione tra Corte costituzionale e giudici comuni », in B. Biscotti, P. Borsellino, V. Pocar et D. Pulitanò (sous la dir. de), *La fabbrica delle interpretazioni*, actes du 7^e colloque annuel de la Faculté de droit de l'Université de Milan-Bicocca, 19 et 20 novembre 2009, Giuffrè, 2012, p. 37 et s. ; et consultable en ligne : http://www.astrid-online.it/rassegna/Rassegna-28/21-12-2009/Lamarque_20-novembre-2009-def.pdf, 2009, spéc. p. 14 et s. ; *EADEM*, « Prove generali di sindacato di costituzionalità accentrato-collaborativo », *op. cit.*, spéc. p. 1853 et s. Pour un cas où la Cour de cassation a manifesté un usage abusif de l'interprétation conforme, voir G. Laneve, « L'interpretazione conforme a Costituzione : problemi e prospettive di un sistema diffuso di applicazione costituzionale all'interno di un sindacato (che resta) accentrato », *Rivista di diritto pubblico italiano e comparato*, revue électronique en ligne sur *federalismo.it*, septembre 2011, 37 p., spéc. pp. 27-28.

⁵⁴⁶ Selon l'expression proposée par F. Modugno, « Inammissibilità della *quaestio legitimitatis* per omessa interpretazione costituzionalmente conforme e bilanciamento in concreto di diverse esigenze costituzionali », *op. cit.*, p. 2412.

⁵⁴⁷ Selon l'expression proposée par E. Lamarque, « Prove generali di sindacato di costituzionalità accentrato-collaborativo », *op. cit.*, spéc. p. 1860 et s.

intense entre la Cour constitutionnelle et les juges ordinaires dans la diffusion de la Constitution dans toutes les branches du droit. Il repose également sur le rôle fondamental de la Cour constitutionnelle qui assure, en quelque sorte, la régulation des interprétations constitutionnellement conformes et qui reste la seule, en ultime recours, à pouvoir invalider la loi rebelle à toute interprétation conforme à la Constitution ⁵⁴⁸.

Ce système de coopération entre la Cour constitutionnelle et les juges ordinaires va donc à rebours de la répartition des compétences entre ces organes qui avait pu avoir cours au début de l'activité de la Cour constitutionnelle et qui était traduite par la fameuse formule de Carlo Mezzanotte : « aux juges la loi, à la Cour la Constitution » ⁵⁴⁹. Aujourd'hui, c'est ensemble que la Cour constitutionnelle et les juges s'occupent de relier les lois à la Constitution.

A la vérité, si la Cour constitutionnelle italienne en est venue à inciter les juges ordinaires à utiliser, d'une manière systématique, la technique de l'interprétation conforme, c'est qu'elle a réussi, après plus de cinquante ans d'exercice de la justice constitutionnelle, à établir avec les juges ordinaires des rapports fondés sur une confiance réciproque. Elle sait bien qu'en associant davantage les juges ordinaires au processus de diffusion des valeurs constitutionnelles dans toutes les branches du droit, c'est, au final, le principe de la sécurité juridique et le principe de la suprématie de la Constitution qui en sortent plus renforcés. Elle a, tout simplement, compris que la constitutionnalisation du droit ne peut être qu'une œuvre construite à plusieurs mains, une œuvre partagée.

⁵⁴⁸ F. Modugno voit dans la déclaration d'inconstitutionnalité prononcée par la Cour constitutionnelle la dernière ou l'*extrema ratio* (Voir F. Modugno, « Inammissibilità della *quaestio legitimitatis* per omessa interpretazione costituzionalmente conforme e bilanciamento *in concreto* di diverse esigenze costituzionali », *op. cit.*, p. 2412). Pour G. Zagrebelsky, l'inconstitutionnalité représente « la faillite de l'interprétation » (Voir G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, *op. cit.*, p. 257).

⁵⁴⁹ C. Mezzanotte, « La Corte costituzionale: esperienze e prospettive », in *Attualità e attuazione della Costituzione*, Rome-Bari, Laterza, 1979, spéc. p. 160.

SECTION 2 – LA JURISPRUDENCE DES JURIDICTIONS SUPREMES FACE A LA CONSTITUTION : DU CONTROLE A L'AUTO-CENSURE

Caterina Severino

*Maître de conférences à l'Université du Sud Toulon Var,
CDPC – Jean-Claude Escarras*

Comme on pouvait logiquement s'y attendre, la mise en place de la QPC, et donc d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, a rapidement soulevé la question de la confrontation à la Constitution de la jurisprudence des juridictions suprêmes, Cour de cassation et Conseil d'État.

Cette question n'est pas propre au mécanisme *français* de contrôle, bien au contraire, et l'exemple italien de « la doctrine du droit vivant »⁵⁵⁰ l'illustre remarquablement. En effet, la prise en compte, pour le contrôle de constitutionnalité de la loi, de l'interprétation que cette loi a pu recevoir lors de ses applications concrètes, autrement dit du « droit vivant », est inhérente à tout système de contrôle de constitutionnalité *a posteriori*.

Il s'agit même de *la différence fondamentale* entre un contrôle *a posteriori* et un contrôle *a priori*, ce qui confère au premier tout son intérêt par rapport au second. Par la prise en compte de la jurisprudence relative à la loi contrôlée, le contrôle de constitutionnalité devient, en effet, plus concret, plus "profond", puisque la loi n'est plus vérifiée dans l'abstrait – ce n'est plus la *disposition*, source de plusieurs interprétations possibles, qui est contrôlée – mais elle est vérifiée *in concreto*, telle qu'elle est effectivement interprétée lors de cas concrets, par les juridictions compétentes.

Il est vrai cependant que les particularités du mécanisme français de la QPC donnent à la question une couleur particulière. En effet, en vertu du système du double filtre, il revient toujours aux juridictions suprêmes de décider en dernière analyse de transmettre ou pas la question de constitutionnalité au Conseil constitutionnel et, donc, de transmettre ou pas l'interprétation qu'elles ont pu elles-mêmes donner de la loi déférée.

Ainsi, en France, les juridictions suprêmes sont toujours, en quelque sorte, "juges et parties", puisqu'elles détiennent ce que l'on pourrait appeler le « monopole du dernier mot » concernant le renvoi, ce qui fait une différence notable avec, par exemple, le système italien.

Rappelons que dans ce dernier système, *tous* les juges sont susceptibles de renvoyer la question de constitutionnalité de la loi à la Cour constitutionnelle, *tous* les juges peuvent être les « portiers »⁵⁵¹ du mécanisme de contrôle, en exerçant le filtrage des questions à renvoyer. Dans ce système, les juridictions suprêmes n'ont donc pas toujours le dernier mot, mais sont placées dans la même situation que les juges du fond : elles *peuvent* ainsi se trouver face au choix de soumettre leur jurisprudence à la Cour constitutionnelle, mais ce n'est pas systématique, les autres juges disposant aussi de cette possibilité. Cette différence de taille

⁵⁵⁰ Sur la doctrine du droit vivant voir G. Zagrebelsky, « La doctrine du droit vivant et la question de constitutionnalité », *Constitutions*, n° 1-2010, pp. 9 et s. ; C. Severino, *La doctrine du droit vivant*, Economica-PUAM, Paris-Aix-en-Provence, 2003, 282 p. ; *Idem*, « Un an de droit vivant devant le Conseil constitutionnel », *Constitutions*, 1-2012, pp. 43 et s.

⁵⁵¹ Selon la célèbre image de P. Calamandrei, « Corte costituzionale e autorità giudiziaria », *Rivista diritto processuale*, 1956, p. 9.

explique que dans ces deux pays, la question du renvoi et du contrôle de constitutionnalité de la jurisprudence des juridictions suprêmes ait pu donner naissance à des problématiques spécifiques.

Chacun sait qu'après quelques hésitations initiales, la Cour de cassation a finalement accepté de transmettre au Conseil constitutionnel les questions portant sur sa propre interprétation de la loi ou sur la portée effective de la loi en général et que, de son côté, le Conseil d'État ne s'est jamais opposé à l'idée d'un tel contrôle de sa jurisprudence.

Après trois années d'expérience, il convient donc d'étudier les modalités et l'incidence de ce contrôle de la jurisprudence des juridictions suprêmes.

Mais l'admission d'un tel contrôle ne pouvait constituer qu'une première étape dans la confrontation de la jurisprudence des Cours suprêmes aux principes constitutionnels. La réaction des Cours suprêmes était, en effet, attendue : allaient-elles renvoyer toutes les questions sérieuses de constitutionnalité visant leur jurisprudence ou allaient-elles profiter de leur rôle de filtre pour intervenir au préalable et gommer d'elles-mêmes les vices de constitutionnalité affectant ces précisions jurisprudentielles, en autocensurant, pourrait-on dire, leur jurisprudence ?

Ce sont les questions que nous nous proposons d'examiner dans le cadre de cette étude, en observant aussi bien l'attitude du Conseil constitutionnel à l'égard de la jurisprudence des juridictions suprêmes que celle des juridictions suprêmes à l'égard de leur propre jurisprudence.

I / De l'attitude du Conseil constitutionnel à l'égard de la jurisprudence des juridictions suprêmes

Dès les premiers mois de fonctionnement de la QPC, le Conseil constitutionnel a été confronté à la question, fort délicate, de la prise en compte ou non, lors du contrôle de constitutionnalité de la loi, de l'interprétation qu'avaient pu en livrer les juridictions suprêmes au fil de ses applications concrètes.

En d'autres termes, le juge constitutionnel français a dû très tôt faire face, à l'instar de son homologue italien, à la question de la prise en compte ou non du droit vivant. Et, tout comme son homologue italien⁵⁵², le Conseil constitutionnel a, dès qu'il en a eu l'occasion, répondu de manière positive à cette interrogation, en affirmant qu'« en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à [la] disposition [attaquée] »⁵⁵³.

⁵⁵² La Cour constitutionnelle italienne a affirmé, dès la décision n° 3 de 1956 (la troisième depuis le début de son activité), qu'elle « ne [pouvait] faire autrement que tenir compte d'une interprétation jurisprudentielle constante conférant au précepte législatif sa valeur effective dans la vie juridique, s'il est vrai – et cela est vrai – que les normes ne sont pas telles qu'elles apparaissent fixées dans l'abstrait, mais telles qu'elles sont appliquées dans l'œuvre quotidienne du juge, qui s'attache à les rendre concrètes et efficaces », *in Giurisprudenza costituzionale*, 1956, p. 574.

⁵⁵³ Cons. const., n° 2010-39 QPC, 6 octobre 2010, cons. 2.

Près de trois ans plus tard, nous disposons d'un peu plus d'une vingtaine de décisions nous éclairant sur les modalités de cette prise en compte et nous permettant de dresser un premier bilan de son incidence concrète.

A) Les modalités de la prise en compte de la jurisprudence des juridictions suprêmes par le Conseil constitutionnel

Pour ce qui regarde les modalités, plusieurs signes peuvent révéler une prise en compte, par le juge constitutionnel, de l'interprétation de la loi déferée.

Sans doute, l'utilisation du considérant de principe que nous venons d'énoncer constitue le moyen le plus direct pour comprendre que nous sommes en présence d'une orientation jurisprudentielle « vivante » dont le Conseil constitutionnel a ou a pu tenir compte. Toutefois, parmi la vingtaine de décisions rendues à ce jour, seules cinq contiennent ce fameux considérant⁵⁵⁴, dont la décision de principe (décision n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010). Nous devons remarquer à ce propos que ces cinq décisions sont toutes "anciennes", la dernière datant du mois de mai 2011⁵⁵⁵, ce qui montre, à notre avis, que pour le Conseil constitutionnel ce qui devait être dit sur le sujet a été dit et qu'il ne prend donc plus la peine de rappeler sa position officielle.

Mais, une autre manifestation de la prise en compte de la jurisprudence relative au texte examiné peut nous être utile : c'est l'évocation de cette même jurisprudence dans les visas ou dans le corps de la décision, voire dans les deux. Le Conseil constitutionnel a ainsi fait une telle référence dans dix-sept décisions. Parmi celles-ci, sept rappellent la jurisprudence tant dans les visas que dans le corps de la décision⁵⁵⁶, tandis que pour les dix décisions restantes, une ne rappelle la jurisprudence que dans les visas (décision n° 2011-101 QPC) et neuf autres uniquement dans le corps de la décision⁵⁵⁷.

Soulignons à ce propos que depuis plus d'un an, à savoir depuis la décision n° 2011-164 QPC du 16 septembre 2011, la référence à la jurisprudence des cours suprêmes a complètement disparu des visas : lorsqu'elle apparaît, c'est donc toujours dans le corps de la décision elle-même.

L'étude des décisions recensées permet d'observer que la jurisprudence dont le juge constitutionnel tient compte dans le cadre du procès de constitutionnalité de la loi est exclusivement celle des juridictions suprêmes, ce qui exclut donc celle des juges du fond. Le Conseil constitutionnel a posé ce critère de manière explicite dans la décision n° 2011-120 QPC du 8 avril 2011, en refusant de vérifier la constitutionnalité d'une interprétation de la loi donnée par la Cour nationale du droit d'asile, au motif qu'elle n'avait « pas été soumise au Conseil d'État »⁵⁵⁸.

⁵⁵⁴ Il s'agit des décisions n°s 2010-39, 6 octobre 2010 ; 2010-52, 14 octobre 2010 ; 2010-96, 4 février 2011 ; 2011-120, 8 avril 2011 et 2011-127 QPC, 6 mai 2011.

⁵⁵⁵ Cons. const., décision n° 2011-127 QPC du 6 mai 2011.

⁵⁵⁶ Cons. const., décisions n°s 2010-39, 52, 92, 96 QPC, n°s 2011-113/115, 127 et 164 QPC

⁵⁵⁷ Cons. const., décisions n°s 2011-201, 210, 216, 218 QPC ; n°s 2012-243/244/245/246, 259, 261, 266 QPC et, d'une manière plus indirecte, décision n° 2012-271 QPC.

⁵⁵⁸ Cons. const., décision n° 2011-120 QPC, 8 avril 2011, cons. 9.

Par ailleurs, on relève que c'est la jurisprudence de la Cour de cassation qui est le plus souvent prise en compte dans le cadre du contrôle de constitutionnalité de la loi. Elle l'a en effet été à treize reprises ⁵⁵⁹, contre six pour celle du Conseil d'État ⁵⁶⁰. Ce constat est d'autant plus intéressant que depuis l'instauration de la QPC, sur les 302 décisions QPC rendues par le Conseil constitutionnel, au 12 avril 2013, 170 proviennent d'un renvoi de la Cour de cassation et 132 d'un renvoi du Conseil d'État (les deux sources se trouvant donc, à quelque chose près, sur un pied d'égalité).

Remarquons aussi que dans la plupart des décisions examinées, l'interprétation jurisprudentielle est prise en compte si elle présente également un caractère « constant », c'est-à-dire si elle résulte d'un certain nombre d'arrêts uniformes et concordants des juges suprêmes. Ainsi, sur la vingtaine de décisions recensées, à quinze reprises ⁵⁶¹ la jurisprudence afférente à la loi contrôlée présente ce caractère. Dans certaines de ces décisions, le juge constitutionnel qualifie lui-même de « constante » l'interprétation dont il tient compte ⁵⁶². C'est le cas, par exemple, de la décision n° 2012-261 QPC du 22 juin 2012, dans laquelle le Conseil rappelle qu'« il résulte de la jurisprudence *constante* de la Cour de cassation que le mariage est nul, faute de consentement, lorsque les époux ne se sont prêtés à la cérémonie qu'en vue d'atteindre un résultat étranger à l'union matrimoniale » ⁵⁶³ ou de la décision n° 2012-266 QPC du 20 juillet 2012, dans laquelle le Conseil affirme qu'« il résulte de la jurisprudence *constante* du Conseil d'État que l'indemnité versée en cas de décision administrative d'abattage d'animaux malades [...] constitue un droit pour le propriétaire » ⁵⁶⁴. Dans d'autres cas, en revanche, le Conseil constitutionnel ne qualifie pas la jurisprudence de « constante », même si elle répond bel et bien à ce critère ⁵⁶⁵. Toutefois, en contre-exemple de ces décisions et à l'instar de ce que fait parfois la Cour constitutionnelle italienne, il peut arriver qu'un seul arrêt suffise pour être pris en compte lors de l'examen de constitutionnalité de la loi. Il s'agit là, cependant, de cas isolés et largement minoritaires ⁵⁶⁶.

Mais au-delà des modalités de la prise en compte de la jurisprudence des Cours suprêmes par le Conseil constitutionnel, il est nécessaire d'analyser l'impact que cette orientation peut avoir sur le procès de constitutionnalité lui-même, et, en particulier, sur la décision issue de ce même procès.

⁵⁵⁹ Dans les décisions du Conseil constitutionnel n°s 2010-39, 92, 96 QPC ; 2011-101, 113/115, 127, 164, 177, 216, 243/244/245/246 QPC ; 2012-259, 261 et 271 QPC.

⁵⁶⁰ Dans les décisions du Conseil constitutionnel n°s 2010-52 et 177 QPC ; 2011-201, 210, 218 QPC et 2012-266 QPC.

⁵⁶¹ Il s'agit des décisions : n°s 2010-39 et 96 QPC ; 2011-101, 113/115, 127, 164, 177, 201, 210, 218 QPC ; 2012-243/244/245/246, 259, 261, 266 et 271 QPC.

⁵⁶² Il s'agit des décisions n°s 2010-39 QPC ; 2011-113/115, 201, 210, 218 QPC ; 2012-243/244/245/246, 261 et 266 QPC.

⁵⁶³ Cons. const., décision n° 2012-261 QPC, 22 juin 2012, cons. 6. C'est nous qui soulignons.

⁵⁶⁴ Cons. const., décision n° 2012-266 QPC, 20 juillet 2012, cons. 5. C'est nous qui soulignons.

⁵⁶⁵ Cons. const., décisions n°s 2010-96 QPC ; 2011-101, 127, 164, 177 QPC ; 2012-259 et 271 QPC.

⁵⁶⁶ Cons. const., décisions n°s 2010-52 et 92 QPC.

B) L'incidence de la prise en compte de la jurisprudence des juridictions suprêmes dans le contrôle de constitutionnalité de la loi

Il est possible de distinguer trois types de prises en compte de la jurisprudence dans les décisions du Conseil constitutionnel.

Il y a, tout d'abord, l'hypothèse dans laquelle l'interprétation jurisprudentielle de la loi ne constitue pas, *en elle-même*, l'objet du contrôle de constitutionnalité, mais contribue à former la portée effective de la disposition législative, véritable objet de l'examen de constitutionnalité. C'est ce qui ressort de cinq décisions QPC ⁵⁶⁷, dans lesquelles le Conseil constitutionnel reprend à son compte une qualification juridique donnée par le Conseil d'État ou la Cour de cassation, pour ensuite procéder au contrôle de la disposition déferée à laquelle la qualification juridique se rapporte. Dans ces cas, la qualification juridique donnée par les juges suprêmes constitue le point de départ de la vérification de constitutionnalité de la loi, mais ne représente pas *l'objet même* de cette vérification.

Il en a été ainsi à propos d'un prélèvement obligatoire dû par une société agricole, qualifié par le Conseil d'État de « prélèvement fiscal » ⁵⁶⁸ et considéré comme tel par le Conseil constitutionnel, qui a décidé, en conséquence, que vue l'absence de critères objectifs et rationnels qui justifiaient une différence de traitement avec les autres sociétés agricoles (qui n'y étaient pas assujetties), il y avait eu, en l'espèce, rupture de l'égalité devant les charges publiques ⁵⁶⁹.

Il en a également été ainsi pour la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle « selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme », jurisprudence rappelée par le Conseil constitutionnel lors de la vérification de constitutionnalité de deux dispositions du Code civil qui réservent le droit de se marier à un couple formé d'un homme et d'une femme ⁵⁷⁰.

Il en a encore été ainsi pour la jurisprudence constante du Conseil d'État relative au plan d'alignement, qui a conduit le juge constitutionnel à estimer que « par suite, l'alignement n'entre pas dans le champ d'application de l'article 17 de la Déclaration de 1789 » ⁵⁷¹ ; ou encore de la perte du grade pour un militaire, qualifiée de « peine » par le Conseil d'État et considérée comme telle par le Conseil constitutionnel, qui a, en conséquence, soumis la disposition attaquée au principe d'individualisation des peines ⁵⁷² ; ou, enfin, de la jurisprudence du Conseil d'État selon laquelle l'indemnité versée en cas de décision administrative d'abattage d'animaux malades constitue « un droit pour leur propriétaire », jurisprudence qui a conduit le Conseil constitutionnel à considérer que la décision administrative de retrait d'indemnité constitue « une sanction ayant le caractère d'une punition » ⁵⁷³.

Dans d'autres cas, en revanche, la jurisprudence des juridictions suprêmes est directement contrôlée par le Conseil constitutionnel, bien qu'il n'y ait pas été invité par les requérants, car elle constitue le complément même de la disposition législative contestée, un

⁵⁶⁷ Cons. const., décisions n^{os} 2010-52 et 92 QPC ; 2011-201 et 218 QPC et 2012-266 QPC.

⁵⁶⁸ Alors que le Gouvernement plaidait pour sa nature contractuelle.

⁵⁶⁹ Cons. const., décision n^o 2010-52 QPC, 14 octobre 2010, cons. 3 et 8.

⁵⁷⁰ Cons. const., décision n^o 2010-92 QPC, 28 janvier 2011, cons. 3.

⁵⁷¹ Cons. const., décision n^o 2011-201 QPC, 2 décembre 2011, cons. 5.

⁵⁷² Cons. const., décision n^o 2011-218 QPC, 3 février 2012, cons. 6.

⁵⁷³ Cons. const., décision n^o 2012-266 QPC, 20 juillet 2012, cons. 5.

appendice dont le Conseil constitutionnel tient compte pour apprécier la conformité à la Constitution de cette disposition. Dans ces espèces, l'interprétation et la pratique jurisprudentielles viennent donc, en quelque sorte, « sauver » la disposition déférée d'une déclaration d'inconstitutionnalité, et c'est le juge constitutionnel lui-même qui fait appel à cette interprétation vivante de la loi examinée. Alors que les requérants contestent la constitutionnalité de la disposition législative, le Conseil constitutionnel estime, au contraire, que celle-ci est conforme aux exigences constitutionnelles, « compte tenu », justement, de l'interprétation qu'en ont fait les juges suprêmes au cours de ses applications concrètes.

Cela a été le cas, par exemple, de la décision n° 2011-210 QPC, du 13 janvier 2012, dans laquelle les requérants contestaient la constitutionnalité de certaines dispositions du Code général des collectivités territoriales qui permettaient la suspension, voire la révocation des maires et des adjoints, en ce que ces dispositions ne définissaient pas les motifs susceptibles de fonder la suspension ou la révocation. Le Conseil constitutionnel a, au contraire, estimé que ces mêmes dispositions étaient conformes au principe de légalité des délits et des peines, compte tenu de la jurisprudence constante du Conseil d'État dont il résultait que ces dispositions avaient pour objet de réprimer tout manquement grave et répété aux obligations attachées à la fonction de maire ⁵⁷⁴.

Nous pouvons également évoquer, dans le même sens, la décision n° 2012-271 QPC, du 21 septembre 2012, en matière d'immunité pénale des courses de taureaux. Dans celle-ci, le Conseil constitutionnel a considéré que les dispositions législatives déférées étaient conformes aux droits constitutionnellement protégés en raison du fait, entre autres, que la notion de "tradition locale ininterrompue" « ne revêt pas un caractère équivoque [et] est suffisamment précise pour garantir contre le risque d'arbitraire » ⁵⁷⁵. Or, c'est justement grâce à une abondante jurisprudence de la Cour de cassation que les contours de cette notion avaient pu être précisés. La jurisprudence du juge judiciaire avait donc précisé une notion vague, en la rendant, par conséquent, conforme aux droits et libertés constitutionnellement garantis.

La dernière hypothèse dont nous devons faire état est, sans doute, l'hypothèse la plus courante et la plus visible de prise en compte de la jurisprudence des juridictions suprêmes dans le cadre du contrôle de constitutionnalité de la loi. Il s'agit des cas dans lesquels l'interprétation de la loi attaquée constitue directement l'objet de l'examen de constitutionnalité. C'est l'hypothèse la plus « pure » de ce que les italiens appellent « la prise en compte du droit vivant ». Dans ces cas en effet, la jurisprudence des juges suprêmes relative à la loi examinée est directement et explicitement confrontée aux exigences constitutionnelles : c'est la loi *telle qu'interprétée* par les juges suprêmes qui fait l'objet de la question soulevée par les requérants et, donc, du contrôle de constitutionnalité.

A l'heure actuelle, il est possible de recenser dix décisions ⁵⁷⁶ dans lesquelles le Conseil constitutionnel a été appelé à vérifier la constitutionnalité de la disposition législative selon l'interprétation qu'en avait donnée la Cour de cassation ou le Conseil d'État. Parmi elles, figure notamment la décision de principe n° 2010-39 QPC, du 6 octobre 2010. En l'espèce, les requérants demandaient au Conseil constitutionnel de vérifier la conformité à la Constitution de l'article 365 du Code civil dans la portée effective que lui donnait la jurisprudence de la Cour de cassation, selon laquelle l'adoption d'un enfant mineur au sein

⁵⁷⁴ Cons. const., décision n° 2011-210 QPC, 13 janvier 2012, cons. 5.

⁵⁷⁵ Cons. const., décision n° 2012-271 QPC, 21 septembre 2012, cons. 5.

⁵⁷⁶ Cons. const., décisions n°s 2010-39 et 96 QPC ; 2011-101, 113/115, 127, 164, 177, 216 QPC ; 2012-259 et 261 QPC.

d'un couple n'est possible que s'il s'agit d'un couple marié. Et le Conseil constitutionnel d'affirmer que dans le cadre de la nouvelle procédure QPC, il est possible de contester la constitutionnalité non pas simplement d'un texte, mais de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à ce texte. Aussi, après avoir confronté la disposition législative, telle qu'interprétée par la Cour de cassation, aux exigences constitutionnelles, le Conseil déclare-t-il la disposition déférée conforme auxdites exigences.

Cela a également été le cas, pour ne citer que le dernier en date, de la décision n° 2012-261 QPC, du 22 juin 2012. Dans cette affaire, les requérants contestaient la conformité à la liberté du mariage de l'article 146 du Code civil, dans l'interprétation constante qu'en avait donnée la Cour de cassation, selon laquelle le mariage est nul, faute de consentement, lorsque les époux ne se sont prêtés à la cérémonie qu'en vue d'atteindre un résultat étranger à l'union matrimoniale. Après avoir accepté de vérifier la constitutionnalité de cette interprétation vivante⁵⁷⁷, le Conseil constitutionnel a conclu à sa conformité au texte fondamental, en affirmant que « la protection constitutionnelle de la liberté du mariage ne confère pas le droit de contracter mariage à des fins étrangères à l'union matrimoniale ; que, par suite, le grief tiré de ce que l'article 146 du Code civil porterait atteinte à cette liberté doit être écarté »⁵⁷⁸.

Dans toutes ces affaires, la jurisprudence des juges suprêmes a donc directement été confrontée à la Constitution pour ensuite être déclarée conforme ou pas aux droits et libertés invoqués.

L'analyse des décisions montre que cette jurisprudence a été jugée conforme aux paramètres constitutionnels à sept reprises sur les dix recensées⁵⁷⁹, tandis que dans les trois décisions restantes⁵⁸⁰, elle a été jugée contraire aux paramètres constitutionnels, mais, d'une manière indirecte, presque "détournée".

Dans ces trois décisions, en effet, le Conseil constitutionnel a préféré substituer sa propre interprétation à l'interprétation vivante qu'il jugeait contraire à la Constitution, plutôt que de la censurer véritablement, voire de censurer la disposition dont elle était issue. En d'autres termes, dans ces trois espèces, plutôt que de rendre une décision interprétative d'annulation (qui aurait annulé l'interprétation vivante, en laissant la disposition législative en vigueur) ou une décision d'annulation tout court (qui aurait annulé l'interprétation vivante *et* la disposition législative), le Conseil constitutionnel a adopté une déclaration de conformité sous réserve, en remplaçant l'interprétation jurisprudentielle par sa propre interprétation (conforme) de la disposition législative examinée.

En cela, l'attitude du juge français diffère de celle de la Cour constitutionnelle italienne et s'éloigne de la logique pure de la doctrine du droit vivant, en vertu de laquelle lorsqu'il existe une interprétation consolidée de la disposition législative contrôlée, la Cour adopte cette interprétation vivante, *en renonçant à interpréter de façon autonome la disposition mise en cause*. En effet, en présence d'un droit vivant contraire à la Constitution, la Cour constitutionnelle italienne n'essaye normalement pas de proposer, par des réserves d'interprétation, sa propre interprétation conforme de la disposition déférée, mais censure l'interprétation vivante, soit par une décision interprétative d'annulation, soit par une décision d'annulation tout court. Ainsi, l'interprétation jurisprudentielle vivante constitue *l'objet* du

⁵⁷⁷ Cons. const., décision n° 2012-261 QPC, 22 juin 2012, cons. 6.

⁵⁷⁸ Cons. const., décision n° 2012-261 QPC, précitée, cons. 7.

⁵⁷⁹ Cons. const., décisions n°s 2010-39 et 96 QPC ; 2011-113/115, 177, 216 QPC ; 2012-259 et 261 QPC.

⁵⁸⁰ Cons. const., décisions n°s 2011-101, 127 et 164 QPC.

procès de constitutionnalité, et ce, pourrait-on dire, *jusqu'au bout*, c'est-à-dire jusqu'à la décision finale.

Il nous semble que, malgré les apparences, l'attitude de la Cour constitutionnelle italienne est plus respectueuse du pouvoir d'interprétation confié aux juridictions suprêmes. Pour sa part, le Conseil constitutionnel français passe outre et court-circuite l'interprétation réalisée par les juridictions suprêmes, en la remplaçant par sa propre interprétation. De cette manière, la jurisprudence des juridictions suprêmes n'est l'objet *que* du *contrôle de constitutionnalité*, mais pas de *la décision finale*.

Or, si cette attitude du Conseil constitutionnel trouve une justification dans le souci de préserver la constitutionnalité et la complétude de l'ordre juridique⁵⁸¹, alors ce juge devrait accepter que les autres juges fassent de même et tentent systématiquement de donner une interprétation conforme de la disposition douteuse, plutôt que de saisir le Conseil constitutionnel. En d'autres termes, dans un souci de préservation de l'ordre juridique et de constitutionnalisation de ce même ordre, il serait *normal*, voire *préférable*, voire même *nécessaire*, que les juges suprêmes exercent un filtrage approfondi des QPC, en essayant, dans la mesure du possible, de trouver une interprétation conforme de la disposition législative, même en modifiant, le cas échéant, leur propre jurisprudence, pour la rendre compatible avec les exigences de la Constitution. Aussi, ne devraient-ils renvoyer la question qu'en dernier recours, que lorsqu'il leur est *impossible* de donner une interprétation conforme de la disposition législative examinée. Il semble bien, du reste, que c'est ce qu'ils ont cherché à faire au cours de ces trois années d'expérience de la QPC.

Il est donc temps de nous pencher sur ce second volet de notre étude, celui qui concerne justement l'attitude des juridictions suprêmes à l'égard de leur propre jurisprudence lors du filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité.

II / De l'attitude des juridictions suprêmes à l'égard de leur propre jurisprudence

Saisir, ou ne pas saisir, telle est la question !

C'est en tout cas lorsqu'elle est posée aux juridictions suprêmes dans le cadre de leur fonction de filtre, qu'elle peut les conduire à réaliser un contrôle de constitutionnalité de la disposition législative. Or, à l'occasion de ce contrôle, ces juridictions ont parfois réalisé une interprétation conforme de la loi examinée *en l'absence* de toute interprétation précédente. Elles ont même, d'autres fois, été amenées à examiner la constitutionnalité de leur propre jurisprudence, voire à la censurer.

⁵⁸¹ C'est d'ailleurs cette même intention qui a conduit la Cour constitutionnelle italienne à faire de même dans des cas récents (v. G. Zagrebelsky, « La doctrine du droit vivant et la question de constitutionnalité », *cit.*, p. 17), dans lesquels elle a préféré donner sa propre interprétation (conforme) de la loi plutôt que de censurer le droit vivant contraire à la Constitution. Il faut dire, cependant, que contrairement à son homologue français, la Cour constitutionnelle italienne ne dispose pas de la possibilité de différer les effets de ses décisions dans le temps, ce qui lui permettrait, précisément, de se mettre à l'abri du risque de créer de tels vides juridiques.

A) Le contrôle de constitutionnalité de la loi réalisé par les juridictions suprêmes

La fonction de filtrage "ultime" des questions prioritaires de constitutionnalité, confiée à la Cour de cassation et au Conseil d'État par la réforme de juillet 2008, a indéniablement placé ces deux juges dans une situation très délicate et inédite, source de questionnements et de problématiques auxquelles ils ont été contraints de répondre au fur et à mesure de leur exercice, et bien souvent, il faut le dire, "sur le tas".

Sans doute, parmi ces questionnements, ceux liés à l'appréciation du caractère sérieux de la question de constitutionnalité sont parmi les plus épineux et les plus délicats à résoudre, car l'appréciation de cette condition place les deux juges suprêmes au cœur du mécanisme de la QPC, elle les conduit, qu'on le veuille ou non – par la logique même des choses – à juger de la constitutionnalité de la loi, objet de la question analysée.

Les trois années d'expérience de la procédure QPC regorgent ainsi d'exemples concrets dans lesquels les deux juridictions de renvoi, Cour de cassation et Conseil d'État, ont procédé à un tel contrôle, lors du filtrage des questions qui leur étaient soumises, en faisant même directement parfois référence à la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

A l'occasion de ce contrôle, les juridictions suprêmes ont quelquefois réalisé une interprétation conforme de la loi examinée *en l'absence* de toute interprétation précédente, créant, ainsi, de toutes pièces, l'interprétation de la disposition législative qui conduit à écarter la QPC.

Cela a été le cas, pour ne citer que le premier en date, du célèbre arrêt *Théron* du Conseil d'État, du 19 mai 2010⁵⁸², dans lequel le juge administratif s'est livré à une interprétation neutralisante de la disposition législative en cause. Il s'agissait ici d'une disposition du Code de procédure pénale qui ôtait au détenu la libre disposition d'une partie des sommes inscrites au compte ouvert à son nom dans l'établissement pénitentiaire, en vue de l'indemnisation des parties civiles et du paiement des créanciers d'aliments. Le Conseil d'État a interprété cette disposition législative au regard du droit de propriété (alors qu'elle était contestée sous l'angle du respect de la présomption d'innocence) pour en déduire qu'il s'agit d'une mesure simplement conservatoire, donc provisoire, ce qui lui a permis d'en écarter le vice d'inconstitutionnalité ou, plus précisément, d'écarter le caractère sérieux de la question.

Nous pouvons aussi évoquer la décision de non-renvoi de la Cour de cassation n° 11-28269, du 14 septembre 2012, dans laquelle le juge judiciaire a procédé à une interprétation conforme des dispositions du Code du travail objets de la QPC, en tirant les conséquences d'une décision QPC du Conseil constitutionnel de mai 2012⁵⁸³. Pour écarter le caractère sérieux de la question, la Cour de cassation a en fait affirmé que les articles du Code du travail relatifs au salarié protégé, « doivent être interprétés en ce sens que le salarié protégé n'est pas en droit de se prévaloir de la protection résultant d'un mandat extérieur à l'entreprise lorsqu'il est établi qu'il n'en a pas informé son employeur au plus tard lors de l'entretien préalable au licenciement et qu'ainsi interprétés [ces articles] ne sont pas contraires à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle ».

⁵⁸² CE, 19 mai 2010, *M. Théron*, n° 333025.

⁵⁸³ Cons. const., n° 2012-242 QPC, 14 mai 2012.

La technique n'est pas nouvelle : si l'on regarde de l'autre côté des Alpes, on constate que la Cour constitutionnelle italienne a elle-même "imposé" aux juges de renvoi (à tous les juges de renvoi, pas seulement aux deux juridictions suprêmes) de tenter d'opérer une interprétation conforme de la loi avant de la saisir d'une question de constitutionnalité.

En effet, depuis l'arrêt n° 456 de 1989, la Cour constitutionnelle déclare la question de constitutionnalité irrecevable si le juge *a quo* n'a pas essayé d'interpréter la disposition dans un sens conforme à la Constitution avant de procéder à la saisine constitutionnelle. Dans les arrêts n° 138 et 139 de 1998, la Cour affirme, avec beaucoup de vigueur, que « le principe de supériorité de la Constitution *impose* aux juges de choisir entre les solutions abstraitement possibles celle qui met la loi à l'abri des vices de constitutionnalité », qu'il « *interdit* aux juges, en présence de plusieurs interprétations possibles, d'adopter celle [...] contraire à la Constitution et leur *impose* de choisir la solution interprétative constitutionnellement conforme »⁵⁸⁴. En d'autres termes, la saisine du juge constitutionnel doit constituer, selon la Cour, l'*extrema ratio* pour le juge ordinaire, le dernier recours s'il n'arrive pas à trouver une signification conforme à la Constitution, vu qu'« il ne faut pas déclarer les lois contraires à la Constitution parce qu'il est possible d'en donner des interprétations inconstitutionnelles [...] mais parce qu'il est impossible d'en donner des interprétations constitutionnelles »⁵⁸⁵.

Et cette orientation de la Cour constitutionnelle est désormais tellement ancrée dans la justice constitutionnelle italienne que certains auteurs la présentent tout simplement comme une « troisième condition » de recevabilité qui s'ajouterait aux deux autres, prévues, elles, par les textes⁵⁸⁶.

Il est encore trop tôt pour dire si cette orientation sera également adoptée par le Conseil constitutionnel.

Pour l'heure, on observe que comme elles le font pour les hypothèses dans lesquelles il n'existe pas de jurisprudence relative à la disposition législative mise en cause, les juridictions suprêmes procèdent également à un contrôle de constitutionnalité de la loi, *lorsqu'il existe*, sur cette loi, une jurisprudence établie. Dans ces cas, tout comme le Conseil constitutionnel, le juge de renvoi considère (et contrôle) la loi telle qu'il l'a interprétée ou telle que l'a interprétée l'autre juridiction suprême. Ce contrôle peut conduire à un renvoi, ou bien, et c'est là que la chose est plus délicate, à un non-renvoi.

B) Le contrôle de constitutionnalité de leur propre jurisprudence réalisé par les juridictions suprêmes

Parmi les illustrations de la démarche des juges de renvoi consistant à vérifier la constitutionnalité de leur propre interprétation jurisprudentielle de la disposition législative en cause, nous pouvons évoquer la très célèbre série d'arrêts (de non-renvoi) de la Cour de cassation rendus le 20 mai 2011, relatifs à ce qu'il est courant d'appeler « l'affaire

⁵⁸⁴ Cour constitutionnelle, arrêts n° 138 et 139 de 1998, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, pp. 1076 et s. C'est nous qui soulignons.

⁵⁸⁵ Cour constitutionnelle, arrêt n° 356 de 1992, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, p. 3104.

⁵⁸⁶ Dans ce sens, G. Amoroso, « L'interpretazione "adeguatrice" nella giurisprudenza costituzionale tra canone ermeneutico e tecnica di sindacato di costituzionalità », *Foro italiano*, 1998, V, p. 92 et R. Romboli, « Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale », in R. Romboli (sous la direction de), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1996-1998)*, Turin, Giappichelli, 1999, p. 202. Pour une présentation et une analyse des débats sur la question, v. *supra* la contribution de Thierry di Manno.

Chirac »⁵⁸⁷. En l'espèce, étaient en cause diverses dispositions du Code de procédure pénale relatives à la connexité des infractions et au point de départ de la prescription de l'action publique, « telles qu'interprétées » par la Cour de cassation. Or, si comme on l'a vu, par le passé la Cour avait enfin accepté de transmettre des questions relatives à la constitutionnalité de sa propre interprétation de la loi, ici ce juge ne l'a pas fait et a lui-même procédé à un contrôle de constitutionnalité de ces dispositions et de sa propre interprétation à leur sujet. Ce contrôle de constitutionnalité de sa propre jurisprudence a conduit la Cour à écarter le caractère sérieux de la question posée, ce qui aurait révélé, selon plusieurs auteurs, un manque d'objectivité de la part de la Cour de cassation, car les dispositions en cause ainsi que leur interprétation pouvaient légitimement soulever des doutes « sérieux » de constitutionnalité⁵⁸⁸.

Un mois plus tard, soit le 25 juin 2010⁵⁸⁹, c'est au Conseil d'État de refuser de transmettre une QPC portant sur les dispositions de l'article 92 J du Code général des impôts puisque à ses yeux, et contrairement à ce qu'alléguaient les requérants, elles ne présentaient pas d'ambiguïté ni de caractère contradictoire les rendant incompatibles avec l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, *compte tenu* de l'interprétation qu'il en avait faite dans un arrêt de novembre 2003⁵⁹⁰. Ici aussi, le juge réalise lui-même un contrôle de constitutionnalité de la disposition et son interprétation vivante vient sauver les dispositions attaquées.

La logique a été identique dans un arrêt du 16 juillet 2010, *SCI La Saulaie*⁵⁹¹, dans lequel le juge administratif, s'appuyant sur sa propre jurisprudence issue de l'arrêt *Bitouzet* du 3 juillet 1998⁵⁹², a jugé conforme aux paramètres constitutionnels invoqués (à savoir la protection du droit de propriété et d'égalité devant les charges publiques) une disposition du Code de l'urbanisme établissant un régime de responsabilité en cas de servitudes d'urbanisme sur un fonds privé.

De même, dans un arrêt du 30 mai 2012, le Conseil d'État a expressément fait référence à sa propre interprétation de la disposition contestée – en matière de protection du domaine public maritime – pour l'estimer conforme au principe de légalité des délits et des peines ainsi qu'au droit de propriété⁵⁹³.

Cette démarche des juges suprêmes n'a pas manqué de prêter le flanc à la critique, notamment du point de vue de leur impartialité pour juger de la constitutionnalité de leur propre jurisprudence.

Mais, le Conseil d'État a coupé court à ce reproche. Dans l'arrêt *M. et Mme Dion*, du 12 septembre 2011, il a, en effet, affirmé que « contrairement à ce que soutiennent les requérants, la circonstance que le Conseil d'État a, dans ses formations contentieuses, fixé sur certains

⁵⁸⁷ Cass., Ass. Plén., 20 mai 2011, n° 11-90.025, n° 11-90.032, n° 11-90.033 et n° 11-90.042.

⁵⁸⁸ En ce sens, voir notamment D. Rousseau, « La Cour a ses raisons, la raison les siennes ! », *RDP*, 2011, n° 6, p. 1464 et s. ; A Roblot-Troizier, « Question prioritaire de constitutionnalité et interprétations jurisprudentielles ou impartialité d'un juge statuant sur la constitutionnalité de sa propre jurisprudence », *RFDA*, 2011, n° 6, p. 1217.

⁵⁸⁹ CE, 25 juin 2010, *Mortagne*, n° 326363.

⁵⁹⁰ CE, 14 novembre 2003, n° 224285.

⁵⁹¹ CE, 16 juillet 2010, *SCI La Saulaie*, n° 334665.

⁵⁹² CE, Sect., 3 juillet 1998, n° 158592.

⁵⁹³ CE, 30 mai 2012, *Bisogno*, n° 357694.

points l'interprétation à donner des dispositions législatives litigieuses, ne fait pas obstacle à ce qu'il statue, ainsi que le lui prescrit l'article 61-1 de la Constitution, sur le bien-fondé du renvoi au Conseil constitutionnel de la question de constitutionnalité qu'ils soulèvent et n'est, en tout état de cause, pas incompatible avec les stipulations des articles 6 et 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »⁵⁹⁴.

A l'occasion de l'examen du caractère sérieux de la question, les juridictions suprêmes peuvent donc être conduites à examiner la constitutionnalité de leur propre jurisprudence. Or, dans certains cas, elles ont *modifié* cette jurisprudence, pour la rendre conforme aux droits et libertés invoqués par les requérants : parfois, elles l'ont précisée ; dans d'autres cas, elles l'ont complétée, aménagée ; enfin, à d'autres occasions, qui peuvent être considérées comme les plus délicates, elles ont même changé dans sa substance leur jurisprudence, en opérant un véritable *revirement*, comparable à une autocensure.

Pour ce qui est des précisions apportées à leur jurisprudence à l'occasion de l'examen d'une QPC, nous pouvons évoquer, parmi d'autres exemples, un arrêt de non-renvoi de la chambre sociale de la Cour de cassation, du 16 novembre 2011, en matière de licenciement économique⁵⁹⁵. Dans cette affaire, la Cour de cassation a répondu aux requérants qui contestaient la position qu'elle avait retenue dans un arrêt du 18 janvier 2011⁵⁹⁶, en affirmant de manière « cinglante »⁵⁹⁷ que la question n'était pas sérieuse puisqu'elle reposait « sur une analyse erronée » de l'arrêt de janvier 2011. Et la Cour d'expliquer et de préciser ensuite la portée de sa jurisprudence de janvier 2011.

C'est également ce qu'a fait le Conseil d'État dans un célèbre arrêt *Pierre*, du 14 septembre 2011⁵⁹⁸, en matière de remembrement. En l'espèce, le juge administratif, par une motivation particulièrement argumentée, a complété et aménagé son interprétation précédente⁵⁹⁹, contestée par les requérants, afin de la rendre conforme au droit de propriété et de ne pas transmettre la question au Conseil constitutionnel.

Trois arrêts de la Cour de cassation méritent enfin d'être remarqués. Dans ces arrêts, la Cour a opéré de véritables *revirements de jurisprudence*, qui l'ont conduite à considérer les questions examinées dépourvues de caractère sérieux et, donc, à ne pas les transmettre au Conseil constitutionnel.

Il s'agit, tout d'abord, d'un arrêt rendu le 5 octobre 2011⁶⁰⁰, concernant la question de la prise en compte de l'incarcération subie à l'étranger dans le décompte d'une peine d'emprisonnement à exécuter en France. Dans cette affaire, la Cour de cassation a renversé sa

⁵⁹⁴ CE, 12 septembre 2011, *M. et Mme Dion*, n° 347444. Sur les questions soulevées par cet arrêt, voir en particulier A Roblot-Troizier, « Question prioritaire de constitutionnalité et interprétations jurisprudentielles ou impartialité d'un juge statuant sur la constitutionnalité de sa propre jurisprudence », *op. cit.*, p. 1215 et s.

⁵⁹⁵ Cass. soc., 16 novembre 2011, n° 11-40.071.

⁵⁹⁶ Cass. soc., 18 janvier 2011, n° 09-69.199.

⁵⁹⁷ D. Chenu, « Appartenir à un groupe de sociétés n'exclut pas les licenciements pour cessation d'activité », *JCP.soc.*, 2012, n° 4, p. 1028 et s.

⁵⁹⁸ CE, 14 septembre 2011, *M. Pierre*, n° 348394.

⁵⁹⁹ Interprétation résultant notamment d'un arrêt du Conseil d'État du 23 juin 2004, n° 221115.

⁶⁰⁰ Cass. crim., 5 octobre 2011, n° 11-90.087. Sur cet arrêt, voir N. Maziau, « Nouveaux développements dans la mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité », *D.*, 2011, p. 2811 et s. ; M. Herzog-Evans, « La détention provisoire subie à l'étranger peut s'imputer sur la peine française », *AJ pénal*, 2012, p. 356 et s.

jurisprudence précédente⁶⁰¹, en considérant désormais que la durée de la détention provisoire subie à l'étranger doit être déduite de la peine prononcée pour des faits jugés en France. Soulignons, en particulier, que dans cette opération herméneutique, la Cour de cassation a tenu compte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel concernant les principes de proportionnalité des peines et de légalité des délits et des peines. Ainsi, en modifiant son interprétation de la disposition législative, elle l'a mise en conformité avec les exigences constitutionnelles exprimées par le Conseil constitutionnel sans lui demander d'intervenir par un contrôle de constitutionnalité de la disposition (et de l'interprétation) attaquée.

De manière analogue, la chambre criminelle de la Cour de cassation a, dans un arrêt rendu le 12 avril 2012⁶⁰², opéré un véritable revirement jurisprudentiel en matière de confusion des peines, en affirmant, contrairement à sa jurisprudence passée⁶⁰³, que « lorsque deux condamnations à l'emprisonnement assorties ou non d'un sursis partiel ont été prononcées et que la confusion totale a été accordée, seule doit être exécutée la partie d'emprisonnement sans sursis la plus longue ». Ici aussi, il y a eu changement d'interprétation, probablement parce que la juridiction suprême était consciente de l'inconstitutionnalité de sa propre jurisprudence. Par conséquent, ici aussi la Cour de cassation a préféré en quelque sorte « s'autocensurer », en cherchant d'elle-même l'interprétation conforme à la Constitution, plutôt que de se faire censurer par le juge constitutionnel.

La Cour de cassation a suivi le même démarche dans un arrêt du 26 juin 2012⁶⁰⁴ en matière de procédure devant la chambre de l'instruction et de respect du principe du contradictoire. En l'espèce, les requérants contestaient la jurisprudence de la Cour de cassation en ce domaine, peu favorable au respect du principe du contradictoire devant la chambre de l'instruction. Mais, plutôt que de renvoyer la question devant le Conseil constitutionnel, la Cour de cassation a modifié sa position interprétative, en élargissant l'exigence du respect du contradictoire et en la rendant ainsi conforme au paramètre constitutionnel invoqué. Il faut dire que ce revirement jurisprudentiel a plus été le fruit d'une évolution entamée depuis déjà quelques années⁶⁰⁵, que d'un véritable changement radical et impromptu. Il s'agit toujours, cependant, bel et bien d'une modification de la jurisprudence de la juridiction suprême, intervenue précisément à l'occasion de l'examen du caractère sérieux d'une question prioritaire de constitutionnalité et ayant conduit au non-renvoi de la question.

Si certains peuvent voir dans cette attitude une volonté de la part du juge suprême de soustraire au contrôle de constitutionnalité sa propre jurisprudence, d'autres peuvent au contraire y déceler le signe d'une plus grande volonté de collaboration dans la garantie et la diffusion des valeurs constitutionnelles au sein de l'ordonnement juridique.

⁶⁰¹ La jurisprudence précédente de la Cour de cassation avait notamment été fixée dans un arrêt rendu par la chambre criminelle le 21 octobre 1997, n° 97-81.099.

⁶⁰² Cass. crim., 12 avril 2012, n° 12-90.004. Voir N. Maziau, « Le revirement de jurisprudence dans la procédure de QPC », *D.*, 2012, p. 1833 et s.

⁶⁰³ Jurisprudence qui résulte notamment d'un arrêt de la chambre criminelle du 24 janvier 2007, selon lequel lorsque deux condamnations comportant chacune une peine d'emprisonnement avec sursis partiel sont confondues, « les deux parties d'emprisonnement sans sursis doivent être exécutées cumulativement dans la limite de la durée totale de la peine absorbante ».

⁶⁰⁴ Cass. crim., 26 juin 2012, n° 12-80.319. N. Maziau, « Le revirement de jurisprudence dans la procédure de QPC », *op. cit.*

⁶⁰⁵ Sur cette évolution jurisprudentielle, voir N. Maziau, « Le revirement de jurisprudence dans la procédure de QPC », *op. cit.*

A notre avis, une telle orientation jurisprudentielle s'inscrit parfaitement dans la logique du système de contrôle mis en place par la réforme de 2008 et même répond, plus généralement, à la logique de l'ordonnancement juridique dans son ensemble, qui exige que toutes les normes juridiques soient conformes à la norme fondamentale et que tous les juges veillent à le garantir. Elle ne se fonde pas sur une répartition des rôles très rigide, répondant à l'idée stéréotypée, résumée par les auteurs italiens dans la formule « aux juges la loi, à la Cour [constitutionnelle] la Constitution », mais répond plutôt à l'idée opposée, parfaitement résumée par le commissaire du gouvernement Terry Olson à l'occasion de l'arrêt *Lesourd* du Conseil d'État ⁶⁰⁶ : « la priorité de l'heure n'est pas ou n'est plus à la délimitation des près carrés, de périmètres dans lesquels chaque juge serait maître chez lui sans se soucier de l'évolution de la réflexion des autres juges et cultiverait son particularisme ou sa susceptibilité. L'essentiel tient désormais à ce que les juges, tous les juges, œuvrent en commun notamment au respect des droits et libertés constitutionnellement garantis ».

⁶⁰⁶ CE, sect., 22 juin 2007, *Lesourd*, n° 288206.

CONCLUSION PARTIE 1

L'étude comparative du filtrage des questions de constitutionnalité fait apparaître que la France ne se singularise pas tant par les conditions de fond de leur renvoi que par la manière d'y procéder. En Italie comme en Espagne, le juge ordinaire motive précisément ce renvoi, à peine de voir sa question déclarée irrecevable par le juge constitutionnel. Ce dernier participe en effet pleinement au filtrage, afin d'éviter un afflux de recours que le rôle régulateur conféré en France aux deux Cours suprêmes rend improbable. Les décisions de transmission de ces dernières se caractérisent donc, du point de vue comparatif, par leur extrême concision. Toutefois, la régulation du nombre de questions posées n'est pas seule en cause dans cette différence formelle, laquelle laisse également affleurer une conception différente de la procédure. Procédé d'apurement de l'ordre juridique à l'initiative principale du juge en Allemagne, Italie et Espagne, la question de constitutionnalité a été voulue en France comme un droit du justiciable, ce qui implique de la transmettre « intègre » au juge constitutionnel.

Au-delà de leurs modalités techniques, filtrage et renvoi des questions de constitutionnalité instaurent les juges ordinaires et la Cour constitutionnelle dans une relation dialectique et multiplient les occasions d'interférence de leurs offices respectifs. A la possibilité offerte à la première de statuer sur une disposition de loi le cas échéant déjà interprétée par les juges de droit commun, répond la possibilité pour ces derniers de développer leur propre lecture des exigences constitutionnelles, afin d'apprécier l'opportunité du renvoi. En France, la Cour de cassation et le Conseil d'Etat ont d'ores et déjà emprunté cette voie. La Haute juridiction judiciaire a même procédé à des revirements de jurisprudence afin d'en assurer la conformité à la Constitution. De la sorte, la palette des techniques de filtrage se diversifie tandis que se diffusent dans l'ordre juridique les valeurs constitutionnelles. Toutefois, le juge constitutionnel se trouve privé du dernier mot permettant seul de certifier la conformité de la loi aux droits et libertés constitutionnels et de préciser le contenu de ces derniers. En Italie, ces conséquences du recours par le juge ordinaire à la technique de l'interprétation conforme, pourtant imposé par la Cour constitutionnelle elle-même dans le but principal d'endiguer le flux des questions de constitutionnalité, font débat. C'est donc bien en fonction de la culture juridique propre à chaque pays et des objectifs poursuivis à travers la procédure de question de constitutionnalité que doit être évalué le degré admissible de « diffusion » du contrôle de constitutionnalité de la loi, c'est-à-dire d'appropriation de celui-ci par le juge ordinaire.

– Partie 2 –

**Le jugement de constitutionnalité et ses suites.
Vers un contrôle de constitutionnalité concret ?**

INTRODUCTION PARTIE 2

L'étape du filtre étant franchie laisse place à celle de l'appréciation de la constitutionnalité de la loi par le Conseil constitutionnel. Cette phase peut sembler de prime abord moins novatrice que la première : elle fait appel à un travail de confrontation des contenus de la norme législative querellée et de la norme constitutionnelle invoquée, similaire à celui déjà exercé dans le cadre du contrôle *a priori*. Une lecture rapide des décisions QPC laisse au demeurant l'impression d'une continuité certaine avec les décisions DC ; celle des commentaires mis en ligne sur le site internet du Conseil constitutionnel enseigne qu'il y a là une volonté délibérée de la part de l'institution.

Pourtant, la mesure exacte de cette continuité et l'opportunité de la remettre en cause méritent d'être interrogées. La justification à l'introduction d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* était de mieux assurer la protection des droits et libertés en sanctionnant les atteintes qui leur sont portées *en pratique* par la loi, qui ne surgissent qu'à l'*application* de celle-ci. Autant dire que l'objet même de la réforme invite le juge à ne pas ignorer cette application et, sans doute plus généralement, le contexte d'ensemble dans lequel elle prend place. Le droit comparé amène à nuancer, si ce n'est contester, la volonté de continuité entre contrôle *a priori* et contrôle *a posteriori* promue par le juge constitutionnel français. Dans le passage de l'un à l'autre, il n'y a pas qu'un changement de moment, mais bien une modification dans la façon dont va être comprise une loi déjà appliquée, souvent déjà interprétée par d'autres juges et produisant des effets dont il va falloir, en cas d'inconstitutionnalité, prévoir la cessation ou la remise en cause.

A tous ces égards, le juge constitutionnel doit, ou devrait, en vue d'optimiser la protection des droits fondamentaux, tenir compte des faits, du concret, c'est-à-dire, selon la définition du Larousse, de ce qui « est en prise directe avec la réalité, qui y fait référence, qui est en rapport étroit avec l'expérience » ou encore « qui ne s'écarte pas des faits réels, des données de l'expérience ». Cette deuxième partie vise donc à une évaluation comparative de cette prise en compte du concret en amont, dans les techniques et caractéristiques du jugement de constitutionnalité, comme en aval, dans la détermination de ses suites.

CHAPITRE 1 – TECHNIQUES ET CARACTERISTIQUES DU CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE *A POSTERIORI*

SECTION 1 – QUELLES TECHNIQUES JURIDICTIONNELLES POUR LA QPC

Ariane Vidal-Naquet

*Professeur à l'Université d'Aix-Marseille
ILF – GERJC*

La question des techniques de contrôle⁶⁰⁷ susceptibles d'être utilisées par le Conseil constitutionnel dans le cadre des décisions QPC n'a pas franchement retenu l'attention du législateur organique, encore moins celle du constituant. Ce silence s'explique sans doute par la technicité de la question mais aussi par l'apparente évidence de la réponse. Tout semble indiquer que les méthodes et les jurisprudences utilisées lors du contrôle *a priori* seront naturellement utilisées dans le cadre du contrôle *a posteriori*⁶⁰⁸. Les décisions QPC rendues jusqu'à présent plaident effectivement en ce sens : utilisation des moyens d'ordre public, recours aux réserves d'interprétation, exercice du contrôle de proportionnalité, contrôle du respect des garanties légales des exigences constitutionnelles... Bref, le Conseil constitutionnel se contenterait de mettre en œuvre, dans le cadre de l'article 61-1, des méthodes désormais classiques et familières. C'est d'abord un signe de pragmatisme : pourquoi abandonner ou modifier des techniques qui ont déjà été éprouvées dans le cadre du contrôle *a priori* ? Surtout, la transposition des techniques est éminemment rassurante. L'introduction de l'article 61-1 constitue peut-être une révolution mais qui donne l'impression de s'inscrire dans la continuité : le contrôle *a posteriori* n'est qu'un prolongement, un perfectionnement du contrôle de constitutionnalité *a priori*. Certes, la QPC déplace la naissance et le moment du contrôle : posée à l'occasion d'un litige effectif, la question porte sur des dispositions législatives déjà entrées en vigueur et jusqu'à présent hors d'atteinte du contrôle de constitutionnalité. Elle répond à des objectifs nouveaux, clairement affichés durant les travaux préparatoires : la reconnaissance d'un nouveau droit au profit des justiciables, la primauté de la Constitution et sa réappropriation par les citoyens. Mais le cadre à l'intérieur duquel s'exerce le contrôle de constitutionnalité ainsi que l'objet de ce dernier semblent préservés : l'affirmation inlassablement martelée selon laquelle le Conseil constitutionnel doit conserver le monopole de l'appréciation de la constitutionnalité de la loi ou, plus exactement, celui de l'abrogation de la loi⁶⁰⁹ ; le maintien des caractéristiques du

⁶⁰⁷ Le terme de « techniques » sera ici retenu dans son sens le plus large et le plus souple, comme un ensemble de procédés utilisés par le Conseil constitutionnel aux fins d'assurer la mission qui lui est dévolue, en particulier l'appréciation de la constitutionnalité des lois.

⁶⁰⁸ En ce sens, voir C. Mauge, J.-H. Stahl, La question prioritaire de constitutionnalité, Dalloz, 2011 p. 162.

⁶⁰⁹ Les conséquences de l'exercice du filtrage par les juridictions ordinaires et, plus particulièrement, les Cours suprêmes, quant à leur participation au contrôle de constitutionnalité ont en revanche clairement été vues dès le début des travaux préparatoires

contrôle de constitutionnalité qui, quel que soit le moment de son exercice, demeure une confrontation de norme à norme.

Et pourtant, la transposition des techniques du contrôle *a priori* au contrôle *a posteriori* ne va pas de soi. D'abord parce que cette question ne peut être dissociée des conditions dans lesquelles le Conseil constitutionnel exerce le contrôle de constitutionnalité de la loi. La préoccupation du législateur, constituant comme organique, a été constante : ne pas modifier le caractère abstrait et objectif du contrôle de constitutionnalité. C'est bien ce que traduit l'exigence d'un écrit distinct et motivé, imposée par l'article 23-1 de la loi organique du 7 novembre 1958 portant sur le Conseil constitutionnel, évacuant les faits et réduisant la question de constitutionnalité à une pure confrontation entre deux normes juridiques. La question est cependant bien née d'un litige pendant devant les juridictions ordinaires, litige qui a permis de révéler la situation d'inconstitutionnalité, l'atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, subie par le justiciable. La question de la transposition des techniques du contrôle *a priori* au contrôle *a posteriori* est également indissociable de la fonction assignée au contrôle de constitutionnalité, renouvelée par l'introduction de l'article 61-1. Il ne s'agit plus seulement d'assurer la perfection juridique de la loi mais de préserver concrètement les droits et libertés des justiciables. Présentées comme complémentaires ou, à tout le moins, conciliables, ces objectifs peuvent néanmoins s'avérer antinomiques. Cette question ne peut pas non plus être découplée de l'architecture institutionnelle dans laquelle s'inscrit la question prioritaire de constitutionnalité et, plus largement, le contrôle de constitutionnalité. A cet égard, il est frappant de relever que les débats se sont focalisés sur les relations entre juridictions, Conseil constitutionnel et les Cours suprêmes en particulier, et quasi uniquement s'agissant de l'exercice du filtrage. Ils ont été revanche très succincts voire pauvres sur les relations entre Conseil constitutionnel et législateur, pourtant elles aussi profondément renouvelées par l'entrée en vigueur de la QPC. Au-delà, la question de la transposition des techniques du contrôle *a priori* au contrôle *a posteriori* incite à s'interroger sur la cohérence globale du contrôle de constitutionnalité. La France n'est pas le seul pays à avoir connu une évolution de cette ampleur dans l'organisation de son contrôle de constitutionnalité des normes. La QPC est l'héritière de projets anciens et a été mûrement réfléchi. Mais les conséquences de l'introduction du contrôle *a posteriori* sur la nature et la portée du contrôle de constitutionnalité n'ont pas été pleinement anticipées.

En témoignent les difficultés ou les ambiguïtés que suscite l'importation de certaines techniques de contrôle des décisions DC aux décisions QPC, en particulier les réserves d'interprétation et les moyens soulevés d'office, procédés généralement perçus comme remarquables, voire caractéristiques de l'office du Conseil constitutionnel. Certes, la mise en œuvre de ces techniques n'a rien de très original. Les réserves d'interprétation, en particulier, sont utilisées par un très grand nombre de cours constitutionnelles ; les moyens soulevés d'office existent également, sous une forme ou sous une autre, dans les contentieux constitutionnels étrangers⁶¹⁰. Dans l'ordre juridique interne, on fera valoir que le Conseil constitutionnel n'est pas le seul à recourir à ces techniques. Ainsi le Conseil d'Etat pratique-t-il depuis longtemps l'interprétation neutralisante, conduisant à vider de son venin telle ou telle disposition. De même relève-t-il d'office un certain nombre de moyens d'ordre public, en dehors de toute requête l'y invitant. Et pourtant, la mise en œuvre de ces techniques est généralement perçue comme révélatrices de la particularité du contentieux porté devant le

⁶¹⁰ Sur ce point, voir A.-C. Bezzina, « L'étendue du contrôle du Conseil constitutionnel sur la loi ordinaire à travers l'étude des moyens et conclusions soulevés d'office », VII Congrès de droit constitutionnel, AFDC, Paris.

Conseil constitutionnel. Les conclusions et moyens soulevés d'office sont caractéristiques d'un contentieux souvent qualifié « d'ordre public »⁶¹¹ ; les réserves d'interprétation sont révélatrices des efforts du Conseil constitutionnel pour se projeter dans l'application future de la loi alors qu'il ne pouvait, jusqu'à présent, qu'être saisi dans le cadre du contrôle *a priori*⁶¹². Or, l'importation de ces deux techniques dans le contentieux de la QPC achoppe sur un certain nombre d'obstacles qui invitent à s'interroger sur la faisabilité d'une telle transposition. Derrière cette question apparemment technique se cachent des enjeux bien plus importants, qui incitent à s'interroger sur l'unité et l'homogénéité du contrôle de constitutionnalité des lois exercé par le Conseil constitutionnel.

I / La transposabilité des techniques juridictionnelles du contrôle *a priori* au contrôle *a posteriori*

La question de la transposition de la technique des réserves d'interprétation et de la technique des moyens soulevés d'office au contrôle *a posteriori* a été diversement appréhendée. Le recours aux réserves d'interprétation n'avait pas véritablement été abordé durant les travaux parlementaires⁶¹³ ; à peine esquissée durant les débats, l'utilisation des moyens soulevés d'office a été expressément prévue dans le règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité. Dès les premières décisions, et sans guère d'hésitations, ces deux techniques ont été transposées dans le contentieux de la QPC. Elles n'en suscitent pas moins un certain nombre de difficultés et d'ambiguïtés.

A) L'utilisation risquée des réserves d'interprétation

1 - Le recours à la technique des réserves d'interprétation

Le recours aux réserves d'interprétation semble s'imposer comme une évidence. Dès la décision Époux L du 18 juin 2010, le Conseil constitutionnel importe cette technique dans le contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité de la loi⁶¹⁴. Depuis, il y recourt régulièrement et à une fréquence comparable à celle du contrôle *a priori* : un total de 38 décisions ont été rendues jusqu'à ce jour, « avec réserve » ou « sous réserve »⁶¹⁵, ce qui représente environ 13% du total des décisions rendues⁶¹⁶. A travers ces décisions se dessine, pour l'essentiel, la typologie des réserves d'interprétation telle qu'elle a été forgée dans le cadre du contrôle *a*

⁶¹¹ Selon l'expression de G. Drago, « Le contentieux constitutionnel des lois, contentieux d'ordre public par nature » in *L'unité du droit, Mélanges offerts à Roland Drago*, Economica, 1996, p. 9.

⁶¹² Voir les deux ouvrages de référence en la matière : A. Viala, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 1999 et Th. Di Manno, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions interprétatives en France et en Italie*, Economica-PUAM, 1997.

⁶¹³ En ce sens, voir R. Fraisse, « QPC et interprétation de la loi », *Petites affiches*, 5 mai 2011 n° 89, p. 5

⁶¹⁴ Décision n° 2010-8 QPC du 18 juin 2010, Époux L. [Faute inexcusable de l'employeur] *Journal officiel du 19 juin 2010*, p. 11149.

⁶¹⁵ Cette variation terminologique est curieuse.

⁶¹⁶ Voir également l'audition de M. Guillaume sur la QPC, Commission des lois constitutionnelles, 29 nov. 2012, AN.

priori : des réserves d'interprétations constructives ⁶¹⁷, des réserves négatives ⁶¹⁸, des réserves neutralisantes ⁶¹⁹ ou encore des réserves d'interprétation directives.

La transposition a semblé parfaitement naturelle. Le silence du constituant et, surtout, celui du législateur organique n'a jamais été envisagé comme un refus : au contraire, la pratique des réserves d'interprétation s'étant développée en dehors de tout fondement textuel dans le cadre du contrôle *a priori*, il semble logique qu'il en aille de même dans le cas du contrôle *a posteriori* ⁶²⁰. De même a-t-il été admis tout naturellement que ces réserves d'interprétation puissent être modulées dans le temps, alors que la lettre de l'article 62 de la Constitution ne prévoit la modulation des effets dans le temps que s'agissant d'une « disposition déclarée inconstitutionnelle », et non pour une disposition qui, comme la réserve d'interprétation, s'agrège à une disposition jugée constitutionnelle ⁶²¹. Cela n'a pas empêché le Conseil constitutionnel d'estimer que la faculté de recourir à la modulation dans le temps a toujours été prétorienne, comme en témoigne l'exemple du contrôle *a priori* et qu'elle relève, du pouvoir juridictionnel et donc de l'office du Conseil : il lui revient, en conséquence, de fixer les conditions d'application dans le temps des réserves d'interprétation qu'il émet ⁶²².

L'intérêt du recours aux réserves d'interprétation dans le cadre de la QPC semble manifeste. Alors que dans le cadre du contrôle *a priori*, elles ne sont que le signe de la faiblesse, voire de l'impuissance dans laquelle le Conseil constitutionnel est enfermé, elles s'épanouissent et révèlent leur vraie nature dans le cadre du contrôle *a posteriori* ⁶²³. La réserve d'interprétation vise l'application de la loi ; alors qu'elle n'était que préventive dans le cadre du contrôle *a priori*, elle devient curative grâce à la QPC. L'entrée en vigueur de la loi a fait naître une situation d'inconstitutionnalité, non anticipée ou non décelée par le législateur, qui sera corrigée ultérieurement par la réserve émise par le Conseil constitutionnel, d'ailleurs elle-même éventuellement retranscrite dans la législation ⁶²⁴. La QPC semble même révéler plus nettement l'intérêt du recours à cette troisième voie, en alourdissant l'un des paramètres de la « sèche alternative décisionnelle » entre conformité et annulation : la censure de la

⁶¹⁷ Voir par exemple la décision n° 2010-20/21 QPC du 06 août 2010, *M. Jean C. et autres* [Loi Université], *Rec.* 203 à propos de l'article L 721-2 du Code de l'éducation.

⁶¹⁸ Ainsi, dans la décision 2010-8 QPC précitée à propos de l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale que le Conseil constitutionnel vide de son venin.

⁶¹⁹ Ainsi, dans la Décision 2010-57 QPC du 18 octobre 2010, *Société SITA FD et autres* [Taxe générale sur les activités polluantes], *Rec.* 299, le Conseil neutralise une interprétation du dispositif législatif non conforme à la Constitution.

⁶²⁰ Le commentaire « autorisé » est laconique sur le recours à cette technique dans le cadre de l'article 61-1 : il se contente de relever qu'« il n'est pas exceptionnel qu'à l'occasion de l'examen d'une disposition fixant une limite ou un plafond dont le caractère excessivement restrictif est de nature à méconnaître une exigence constitutionnelle, que le Conseil constitutionnel formule une réserve retirant à cette règle son caractère exclusif ».

⁶²¹ Voir par exemple la décision 2010-62 QPC du 17 décembre 2010, *M. David M.* [Détention provisoire : procédure devant le juge des libertés et de la détention], *Rec.* 400, le Conseil émettant une réserve applicable seulement aux cas de mise en œuvre de l'article 803-3 du CPP après la date de publication de la décision du Conseil constitutionnel.

⁶²² Voir le commentaire officiel de la décision 2010-62 QPC.

⁶²³ Analysant le recours aux réserves d'interprétation dans le cadre du contrôle *a posteriori* sous l'angle d'un « finalisme institutionnel », voir A. Viala, « De la puissance à l'acte : la QPC et les nouveaux horizons de l'interprétation conforme », *RDP*, juil. 2011, n° 4, p. 965 et s.

⁶²⁴ Voir par exemple la proposition de loi visant à instaurer la réparation intégrale des victimes d'accident de travail en cas de faute inexcusable de l'employeur (N° 613, 6 juillet 2010) déposée à la suite de la Décision n° 2010-8 QPC du 18 juin 2010, *Époux L.* [Faute inexcusable de l'employeur].

disposition en vigueur pourrait entraîner un vide juridique très perturbateur, alors que l'inconstitutionnalité entachant la loi pourrait être aisément rectifiable par le biais d'une réserve d'interprétation, en particulier si cette dernière ne concerne qu'une hypothèse particulière d'application de la loi. A cet égard, le contrôle *a posteriori* s'avère un terrain particulièrement propice à l'utilisation des réserves d'interprétation, parce qu'il s'agit d'un contentieux qui naît précisément de l'application de la loi. Il devient une possibilité de faire du « sur-mesure » par opposition au « prêt à porter » du contrôle *a priori*, offrant au Conseil constitutionnel la possibilité de découper, de ciseler au plus près des situations susceptibles de se présenter le cadre de la conformité à la Constitution. Cela semble d'ailleurs se répercuter sur la portée des réserves d'interprétation émises : si le contrôle *a priori* engendre des réserves d'interprétation plutôt générales, rappelant par exemple l'application d'un certain nombre de grands principes de valeur constitutionnelle, le contrôle *a posteriori* entraîne des réserves, si ce n'est plus individualisées, tout au moins plus ponctuelles et plus précises, la situation d'inconstitutionnalité qu'elles visent à conjurer étant une situation plus nettement déterminée grâce à l'application de la loi ⁶²⁵.

Cela étant, on relèvera que le recours aux réserves d'interprétation est entaché des mêmes infirmités que dans le cadre du contrôle *a priori* : le Conseil constitutionnel ne peut pas s'assurer de l'effectivité ou de l'exécution de ces réserves, qu'elles aient été prononcées dans le cadre d'une décision DC ou d'une décision QPC. En effet, la seconde condition de transmission posée par les articles 23-2 et 23-4 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel écarte de la QPC une disposition qui aurait déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une précédente décision, ce qui est logiquement le cas d'une disposition assortie d'une réserve d'interprétation ⁶²⁶.

2 - Les risques de la transposition

La transposition de cette technique du contrôle exercé sur le fondement de l'article 61 à celui exercé sur le fondement de l'article 61-1 a pourtant suscité un certain nombre de crispations voire de contestations très vives, articulées autour de la question du pouvoir d'interprétation des juges et soulignant la dissymétrie des contrôles *a priori* et *a posteriori*.

Certes, les réserves d'interprétation ont précisément vocation à encadrer le pouvoir d'interprétation des autorités d'application de la loi, qu'elles soient émises *a priori* ou *a posteriori*. Le propre de cette technique juridictionnelle est, en effet, de subordonner la constitutionnalité de la disposition concernée à l'interprétation qu'en retient le Conseil constitutionnel. Dès lors que l'autorité de l'article 62 s'étend à ces réserves d'interprétation, les autorités d'application de la loi, autorités normatives et juridictionnelles, sont théoriquement contraintes dans l'exercice de leur pouvoir d'interprétation. Toutefois, tant que

⁶²⁵ A titre d'exemple, voir la décision 2010-70 QPC du 26 novembre 2010, *M. Pierre-Yves M.* [Lutte contre l'évasion fiscale], Rec. 340, cons. 4, la réserve ne visant que la cas particulier où la personne domiciliée ou établie à l'étranger reverse en France au contribuable tout ou partie des sommes rémunérant les prestations réalisées par ce dernier ; voir également la décision 2010-62 QPC préc., où la réserve d'interprétation émise n'impose pas une procédure contradictoire « dans l'absolu » mais seulement dans la mesure où la disposition litigieuse précise que le JLD statue au vu de la demande mais aussi des réquisitions du ministère public et de l'avis motivé du juge d'instruction.

⁶²⁶ Relevant que « la plupart des pays utilisant les réserves d'interprétation étant dotés d'un contrôle *a posteriori* leur permettant de contrôler l'application de leurs décisions interprétatives », voir M. Boulet, « Questions prioritaires de constitutionnalité et réserves d'interprétation », *RFDA*, 2011 p. 753.

la disposition législative n'est pas entrée en vigueur, l'interprétation de cette dernière n'est que potentielle. Le pouvoir d'interprétation du juge est contraint par la réserve émise mais, finalement, le Conseil constitutionnel ne réduit, ce faisant, que des possibilités d'interprétation. Il délimite et restreint le cadre à l'intérieur duquel le pouvoir d'interprétation du juge d'application de la loi est susceptible de se déployer⁶²⁷. Tout autre est la situation dans laquelle le juge a déjà conféré à la disposition législative contestée par la voie de la QPC une interprétation, c'est-à-dire la situation dans laquelle il lui a déjà fait produire un sens déterminé. Dans cette hypothèse en effet, la réserve d'interprétation émise par le Conseil constitutionnel est susceptible d'être comparée et confrontée à l'interprétation qu'en retenait, jusqu'à son intervention, le juge d'application de la loi. Il y a donc là, potentiellement, un conflit, une discordance entre deux interprétations et deux juges. Ce n'est plus seulement le pouvoir d'interprétation du juge ordinaire qui est encadré mais le résultat de ce pouvoir qui est en cause, ce qui entraîne inévitablement un jugement de valeur sur l'exercice même de l'interprétation.

Encore faut-il nuancer ce propos car, en réalité, plusieurs hypothèses sont envisageables⁶²⁸. Dans la première, il n'y a pas de véritable confrontation entre deux interprétations de la même disposition législative parce que le juge d'application de la loi n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur cette dernière. C'est presque revenir au cas du contrôle *a priori* : la disposition litigieuse est effectivement entrée en vigueur mais elle n'a pas eu le temps d'être appliquée : aussitôt contestée par la voie de la QPC, sa constitutionnalité a été subordonnée à telle ou telle interprétation⁶²⁹. Dans la seconde hypothèse, la disposition législative en cause a été appliquée par les juridictions ordinaires mais elle n'a pas fait l'objet d'une interprétation visible, palpable. L'hypothèse peut paraître saugrenue. Elle recouvre, en réalité, les cas dans lesquels l'interprétation retenue par les juges d'application de la loi s'agrège, fait corps avec la disposition litigieuse, de telle sorte que la réserve d'interprétation émise par le Conseil constitutionnel ne semble pas remettre en cause l'interprétation donnée par le juge ordinaire mais seulement la disposition législative elle-même. Troisième hypothèse, la disposition législative concernée a fait l'objet d'une interprétation non véritablement tranchée par le juge d'application de la loi. Autrement dit, il existe une indétermination de la signification de la norme législative, qui peut résulter notamment d'interprétations divergentes des juges du fond. La réserve d'interprétation émise par le Conseil permet de fixer cette interprétation dans un certain sens sans paraître remettre en cause une interprétation déterminée. Enfin, dernière hypothèse, la disposition législative concernée a fait l'objet d'une interprétation constante et solidement établie et elle est amodiée, plus ou moins largement, ou directement remise en cause par la réserve d'interprétation donnée par le Conseil constitutionnel. Dans ce cas de figure, le recours à la technique des réserves d'interprétation revient purement et simplement à désavouer l'interprétation retenue par le juge d'application de la loi et à substituer une interprétation, celle du Conseil constitutionnel, à une autre, manifestant d'ailleurs la malléabilité voire l'indétermination originelle du sens de la disposition législative en cause.

⁶²⁷ Sur ces points, voir notamment A. Viala, « De la puissance à l'acte : la QPC et les nouveaux horizons de l'interprétation conforme », préc.

⁶²⁸ Voir également sur ce point A. Viala, préc.

⁶²⁹ C'est l'exemple de la décision n° 2010-20/21 *QPC* préc. Il en va de même de l'une des réserves émise dans la décision 2010-38 *QPC*, Rec. 252 cité par C. Severino, « Un an de droit vivant devant le Conseil constitutionnel », *Constitutions*, 2012 p. 43

De fait, lorsqu'il recourt à la technique des réserves d'interprétation, le Conseil constitutionnel est placé dans une situation radicalement différente de celle du contrôle *a priori*. La disposition à laquelle s'agrège la réserve d'interprétation a sans doute déjà fait l'objet d'un certain nombre d'applications et donné naissance à une jurisprudence de la part des juridictions ordinaires. On pourrait ainsi soutenir que chaque fois qu'il recourt à une réserve d'interprétation, le Conseil constitutionnel prend le risque d'un conflit d'interprétation, plus ou moins visible et plus ou moins fort. Dans ces conditions, ne serait-il pas préférable de limiter le recours aux réserves d'interprétation aux cas dans lesquels le conflit d'interprétation n'est apparemment pas noué et d'exclure ceux dans lesquels le Conseil donne l'impression de casser l'interprétation retenue par les juridictions ordinaires et notamment par les Cours suprêmes, dont il confirme par ailleurs le rôle régulateur⁶³⁰ ? En privilégiant, en cas de conflit ouvert, l'abrogation à la réserve d'interprétation, le Conseil constitutionnel déplacerait adroitement le nœud du problème, des rapports Conseil constitutionnel / juridictions ordinaires aux rapports juridictions / législateur. Mais n'y a-t-il pas quelque paradoxe à recourir à l'abrogation plutôt qu'à la réserve d'interprétation lorsque la disposition législative semble, en soi, conforme à la Constitution et que c'est l'interprétation jurisprudentielle qui revient à la travestir ? Autant de questions auxquelles le Conseil constitutionnel se trouve aujourd'hui confronté.

B) La transposition contrainte des moyens soulevés d'office

Dans le cadre du contrôle *a priori*, le Conseil constitutionnel s'est reconnu très tôt la possibilité d'examiner d'office la constitutionnalité de dispositions non contestées par les requérants ainsi que la possibilité de soulever d'office certains moyens d'inconstitutionnalité non invoqués par ces derniers⁶³¹. Couplées à l'impossibilité du désistement, ces techniques sont révélatrices de ce que la doctrine a qualifié de « contentieux d'ordre public ». Elles s'avèrent très inégalement transposées au contrôle *a posteriori* : si la logique du contrôle incident a plaidé pour l'exclusion des dispositions soulevées d'office, la faculté pour le Conseil constitutionnel de soulever d'office certains moyens a été expressément prévue.

1 - Le traitement asymétrique des moyens et conclusions soulevés d'office

La possibilité, pour le Conseil constitutionnel, de se saisir d'office d'un certain nombre de dispositions non contestées par les requérants, comme il peut le faire dans le cadre du contrôle *a priori*, semble logiquement exclue. C'est d'abord la logique du contrôle incident

⁶³⁰ A titre d'exemple, la décision 2010-8 *QPC* préc. a conduit le Conseil constitutionnel à émettre une réserve d'interprétation particulièrement directive, remettant en cause une jurisprudence solidement établie par la Cour de cassation et, qui plus est, conforme à l'intention du législateur. Sans doute aurait-il été plus sage, mais la sagesse n'était peut-être pas de mise à ce moment là, de se contenter de déclarer la disposition législative en cause contraire à la Constitution et de redonner ainsi la main au législateur, évitant d'ailleurs un certain nombre d'interrogations sur la portée de la réserve d'interprétation ? Le cas de figure est encore plus révélateur dans la décision 2011-164 *QPC*, le Conseil constitutionnel n'hésitant pas à casser, tant dans les visas que dans la motivation de la sa décision, l'interprétation donnée par la Cour suprême plus que la disposition législative litigieuse (décision 2011-164 *QPC* du 16 septembre 2011, *M. Antoine J.* [Responsabilité du « producteur » d'un site en ligne], *Journal officiel* du 17 septembre 2011, p. 15601 – dans le même sens, voir la décision n° 2011-127 *QPC* du 6 mai 2011, *Consorts C.* [Faute inexcusable de l'employeur : régime spécial des accidents du travail des marins], *Journal officiel* du 7 mai 2011, p. 7851).

⁶³¹ Voir Th Di Manno « Les moyens et conclusions soulevés d'office sont sans doute deux des techniques juridictionnelles les plus controversées que le Conseil Constitutionnel utilise ».

qui plaide en ce sens : la question portée devant le Conseil constitutionnel est délimitée par l'objet de l'instance pendante devant le juge *a quo*. La question de constitutionnalité porte ainsi sur une disposition, voire sur un ensemble de dispositions, que ni les juridictions ordinaires ni le Conseil constitutionnel n'ont le pouvoir de modifier, faute de quoi la condition d'applicabilité au litige ne serait plus remplie. L'impossibilité de soulever des dispositions d'office a également été mise en relation avec le refus de faire de la question de constitutionnalité une question susceptible d'être relevée d'office par le juge, éventualité qui a été conjurée avec une très grande énergie ⁶³². Il faut y voir la conséquence de la formulation de l'article 61-1, dont les termes « *imposaient au législateur organique de réserver aux seules parties à l'instance le droit de soutenir qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit* » ⁶³³. C'est aussi le souci de faire de la QPC un droit de justiciable, dont il peut conserver la maîtrise, mais aussi la crainte de voir les juridictions ordinaires s'emparer trop facilement de cette question de constitutionnalité.

En revanche, la possibilité pour le Conseil de soulever d'office un certain nombre de griefs s'est imposée assez aisément. Si elle n'a guère retenu l'attention lors des débats, elle apparaît très clairement à travers l'organisation du principe du contradictoire. Ainsi l'article 7 du règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité souligne que « *les griefs susceptibles d'être relevés d'office sont communiqués aux parties et autorités mentionnées à l'article 1er pour qu'elles puissent présenter leurs observations dans le délai qui leur est imparti* ». En revanche, cette possibilité est clairement refusée aux juridictions ordinaires qui demeurent tenues par les termes de la QPC et les moyens invoqués par les requérants, y compris les Cours suprêmes. De fait, en recourant aux moyens soulevés d'office, le Conseil constitutionnel s'affranchit tant du renvoi opéré par juridictions que des griefs invoqués par les requérants.

Dès les premières décisions QPC, le Conseil constitutionnel a fait usage de cette possibilité, soulevant un certain nombre de moyens non évoqués par les requérants à l'appui de leur question prioritaire de constitutionnalité ⁶³⁴. A ce jour, des moyens ont été soulevés d'office dans une vingtaine de décisions et leur identification est facilitée par le nécessaire respect des prescriptions de l'article 7 du règlement intérieur, à supposer qu'elles soient systématiquement suivies. Pourtant, l'analyse des décisions rendues ne contribue pas à clarifier les conditions dans lesquelles ces moyens soulevés d'office peuvent être utilisés ⁶³⁵. Le champ d'application de ces moyens reste d'abord très incertain. Dans le cadre du contrôle

⁶³² Déjà évoquée dans les travaux du Comité Balladur, puis rappelée dans les débats du législateur constituant, l'impossibilité pour le juge de soulever d'office la question de constitutionnalité a été précisée par le législateur organique (article 23-1 de la loi organique no 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution) avant d'être rappelée à nouveau par le Conseil constitutionnel dans sa décision 2009-595 DC du 3 décembre 2009, Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, *Rec.* 206.

⁶³³ Décision 2009-595 DC préc.

⁶³⁴ Décision n° 2010-28 QPC du 17 septembre 2010, *Association Sportive Football Club de Metz* [Taxe sur les salaires], *Rec.* 233.

⁶³⁵ On relèvera que la chose n'est guère plus claire dans le cadre du contrôle *a priori* : selon un document émanant des services juridiques du Conseil constitutionnel intitulé « Portée des décisions du Conseil constitutionnel, juge de la constitutionnalité des lois et des traités » : « *Il n'y a aucune règle en la matière, ou seulement des règles empiriques : le pouvoir d'évocation d'office du Conseil sera fonction de l'ampleur du texte, de ses difficultés techniques, de l'encombrement du rôle, de la gravité des questions éludées par les requérants ou de l'opportunité pédagogique, appréciée souverainement par le Conseil, de relever d'office telle ou telle question* ».

a priori, ils semblent viser certaines garanties de la procédure législative, en particulier les cavaliers législatifs ou budgétaires, ainsi que les atteintes les plus flagrantes aux droits et libertés, en particulier en cas de contrariété flagrante. Dans le cadre du contrôle *a posteriori*, le Conseil constitutionnel n'a pas hésité à soulever d'office, et à de nombreuses reprises, la question de l'incompétence négative, dès lors qu'elle a pour effet de porter atteinte à un droit ou à une liberté que la Constitution garantit⁶³⁶. A côté de l'article 34, l'article 16 de la DDHC apparaît comme l'autre disposition la plus fréquemment relevée d'office dans le cadre de la QPC⁶³⁷.

L'utilisation des moyens soulevés d'office peut parfois paraître curieuse. Dans le cadre du contrôle *a priori*, le moyen est soulevé car il entraîne, sauf exception, l'inconstitutionnalité de la loi ou justifie l'émission d'une réserve d'interprétation. On retrouve cette logique dans le cadre du contrôle *a posteriori*, que le moyen soulevé d'office permette de censurer la disposition législative ou de subordonner sa constitutionnalité au respect de la réserve émise⁶³⁸. Toutefois, dans certaines décisions, des moyens sont soulevés d'office par le Conseil constitutionnel sans emporter nécessairement l'inconstitutionnalité de la disposition litigieuse⁶³⁹ ou encore sont annoncés sans être pour autant utilisés dans la motivation de la décision⁶⁴⁰. Tout se passe comme si le juge voulait montrer qu'il a examiné soigneusement, sous toutes ses coutures, la disposition litigieuse contestée dans le cadre de la QPC, indépendamment des griefs soulevés par les requérants ou pointés dans les interventions volontaires, par ailleurs expressément reconnues dans le règlement intérieur de procédure. Ceci n'est pas anodin. Pèse en effet sur le Conseil constitutionnel une obligation de s'assurer de la pleine constitutionnalité de la disposition législative concernée, ce qui justifie et impose le recours aux moyens soulevés d'office.

2 - Les raisons de la transposition

Une telle attitude se comprend essentiellement par le brevet de constitutionnalité que le Conseil constitutionnel est contraint d'accorder à la loi déférée et qui découle des conditions de transmission de la QPC.

La question du brevet de constitutionnalité n'est pas nouvelle et elle est même, dans le cadre du contrôle *a priori*, épineuse. En effet, à partir du moment où le Conseil peut soulever d'office n'importe quel grief d'inconstitutionnalité, de même qu'il a la possibilité d'examiner n'importe quelle disposition de la loi qui lui est déférée, on devrait pouvoir en conclure que la loi, une fois examinée, par le Conseil est purgée de toute inconstitutionnalité et qu'elle est, ce faisant, parfaitement constitutionnelle. C'est contre cette idée d'un brevet de constitutionnalité que le Conseil constitutionnel et la doctrine n'ont eu de cesse de lutter, en s'appuyant essentiellement sur des considérations d'ordre pratique : en particulier, les délais imposés au

⁶³⁶ Décision n° 2010-33 QPC du 22 septembre 2010, *Société Esso SAF* [Cession gratuite de terrain], *Rec.* 245.

⁶³⁷ En ce sens, voir W. Mastor, « La reformulation de la question par le Conseil constitutionnel », *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, p. 221.

⁶³⁸ Voir par exemple la décision 2011-199 QPC du 25 novembre 2011, *M. Michel G.* [Discipline des vétérinaires], *Journal officiel* du 26 novembre 2011, p. 20016

⁶³⁹ Voir par exemple la décision 2011-141 QPC du 24 juin 2011, *Société Électricité de France* [Police de l'eau : retrait ou modification d'une autorisation], *Journal officiel* du 25 juin 2011, p. 10842.

⁶⁴⁰ Décision n° 2010-77 QPC du 10 décembre 2010, *Mme Barta Z.* [Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité], *Journal officiel* du 11 décembre 2010 p. 21711 dans laquelle le Conseil constitutionnel avait envisagé de relever d'office le grief tiré de l'atteinte à une situation légalement acquise, grief communiqué aux parties mais non utilisé.

Conseil constitutionnel pour statuer dans le cadre de l'article 61 rendent illusoire un examen systématique et approfondi de l'ensemble des dispositions de la loi. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle il a été conduit à modifier la rédaction de son considérant balai et à rédiger plus prudemment le dispositif des décisions. Tout se passe comme si cette tension entre, d'une part, des modalités de contrôle qui lui permettent d'examiner n'importe quelle disposition et de soulever n'importe quel grief et, d'autre part, le refus de garantir la constitutionnalité de l'intégralité de la loi, est résolue par une sorte de compromis : le Conseil constitutionnel ne garantit la constitutionnalité que des dispositions qu'il a spécialement examinées.

La question se pose avec davantage d'acuité et dans des termes un peu différents dans le cadre du contrôle *a posteriori*⁶⁴¹. L'une des conditions de transmission posée par le 2^c de l'article 23-2 et 23-4 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 modifiée exige que la disposition législative concernée n'ait jamais été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une précédente décision, en dehors de l'hypothèse du changement de circonstance de fait ou de droit⁶⁴². De fait, lorsque le Conseil constitutionnel conclut, dans le cadre d'une QPC, aussi bien d'ailleurs que d'une décision DC, à la constitutionnalité de la disposition législative, il empêche nécessairement la transmission d'une nouvelle QPC ayant le même objet.

On conçoit, dès lors, l'importance que revêtent les moyens soulevés d'office : le Conseil constitutionnel prend la responsabilité de certifier la constitutionnalité absolue, intégrale de la disposition examinée. La rédaction du considérant balai des décisions QPC diffère d'ailleurs de celui des décisions DC, puisque non seulement le Conseil constitutionnel précise que la ou les dispositions en cause ne sont contraires à aucun autre droit ou liberté, mais surtout que, « *par suite, elles doivent être déclarées conformes à la Constitution* », formule généralement reprise dans le dispositif des décisions QPC. Le recours aux moyens soulevés d'office peut ainsi apparaître comme la rançon de la deuxième condition de transmission. Le Conseil constitutionnel doit soulever d'office tout moyen susceptible d'emporter l'inconstitutionnalité de la loi puisque sa décision empêche toute QPC ultérieure.

On pourra toujours faire remarquer que le recours à la notion de changement de circonstances de droit ou de fait, plastique et malléable, lui permettra de passer outre le brevet de constitutionnalité ainsi accordé et d'examiner à nouveau la disposition litigieuse. Mais le décalage entre le contrôle *a priori* et le contrôle *a posteriori* est manifeste. Dans le cadre de l'article 61, la question du brevet de constitutionnalité n'est finalement que très théorique puisque le Conseil constitutionnel n'a pas la possibilité, sauf hypothèses exceptionnelles, de se prononcer à nouveau sur une loi qu'il aurait déjà examinée. Dans le cadre du contrôle *a*

⁶⁴¹ D. Connil, « L'étendue de la chose jugée par le Conseil constitutionnel lors d'une question prioritaire de constitutionnalité : observations dubitatives sur l'état de la jurisprudence », *RFDA*, 2011, p. 742.

⁶⁴² C'est ainsi que dans la décision n° 2010-9 QPC du 2 juillet 2010, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, à propos de l'article 706-53-21 du Code de procédure pénale, il a jugé qu'il y avait non lieu à statuer puisqu'il avait déjà été saisi « en application du deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution, de la loi du 25 février 2008 susvisée ; que les requérants contestaient la conformité à la Constitution des dispositions de son article 1er ; que, dans les considérants 2 et suivants de sa décision du 21 février 2008 susvisée, le Conseil constitutionnel a spécialement examiné cet article 1er ... ; que l'article 2 du dispositif de cette décision a déclaré cet article 1er conforme à la Constitution ; que, par suite, l'article 706-53-21 du Code de procédure pénale, devenu son article 706-53-22, a déjà été déclaré conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel » (cons. 4). Dans cette décision 2010-9 QPC, le Conseil a bien pris soin de préciser qu'en « l'absence de changement des circonstances, il n'y a pas lieu, pour le Conseil constitutionnel, d'examiner la question prioritaire de constitutionnalité susvisée » (cons. 5).

posteriori en revanche, le législateur était contraint de donner au Conseil constitutionnel la possibilité de soulever des moyens d'office dans la mesure où il faisait de l'absence de contrôle de constitutionnalité préalable l'une des conditions de la recevabilité de la question posée. Le Conseil constitutionnel doit, en conséquence, utiliser la possibilité qui lui est ainsi donnée. On pourrait s'étonner, dans ces conditions, du nombre finalement assez restreint de moyens soulevés d'office par le Conseil constitutionnel : sans doute faut-il y voir un signe de la qualité des mémoires des requérants, envisageant, à l'appui de la contestation de la disposition litigieuse, tous les griefs d'inconstitutionnalité possibles et non pas seulement ceux relatifs à leur cas d'espèce.

Cela étant, la possibilité ainsi accordée au Conseil constitutionnel n'en demeure pas moins remarquable. Elle témoigne d'abord, mais telle était la logique véhiculée par la deuxième condition de transmission, d'une conception large de l'autorité de la chose jugée par le Conseil constitutionnel : en dehors de l'hypothèse d'un changement de circonstances, les juridictions ordinaires ne peuvent pas apprécier le caractère sérieux d'une question de constitutionnalité portant sur une disposition législative qui aurait déjà été examinée par le Conseil. Elle confirme aussi, et surtout, que la QPC a été conçue avant tout comme un moyen destiné à assurer la perfection juridique de la loi, ainsi purgée de toute inconstitutionnalité une fois passée entre les mains du Conseil constitutionnel.

Si la transposition pure et simple des techniques du contrôle *a priori* au contrôle *a posteriori* pouvait sembler évidente, et témoigner ainsi de la permanence et de la continuité du contrôle de constitutionnalité indépendamment du moment de son exercice, elle achoppe en réalité sur un certain nombre de difficultés et/ou d'ambiguïtés qui révèlent la « singularité » du contrôle *a posteriori* exercé par le Conseil constitutionnel⁶⁴³. Cette singularité est pourtant, et pour l'heure, encore niée, en raison de la persistance et de la ténacité des principes qui ont permis l'émergence et l'épanouissement du contrôle de constitutionnalité. La question de la transposition des techniques juridictionnelles a le mérite de les mettre en lumière et de pointer leur incompatibilité avec l'affirmation de ce nouveau droit du justiciable.

II / Les enjeux de la transposition des techniques juridictionnelles

Derrière des questions de simple technique juridictionnelle se cachent en réalité des enjeux bien plus importants. Si l'importation des techniques du contrôle *a priori* dans le contrôle *a posteriori* a paru si évidente, c'est parce que l'introduction de l'article 61-1 était censée ne modifier en aucune manière la nature du contrôle de constitutionnalité : quel que soit le moment de son exercice, ni les caractéristiques de ce contrôle ni sa finalité ne sont altérées. Ce dernier demeure un contrôle abstrait destiné à assurer la perfection juridique de la loi, contrairement à ce qu'aurait pu laisser penser la consécration de ce nouveau droit pour les justiciables. Cette volonté de maintenir, coûte que coûte, la physionomie du contrôle de constitutionnalité est aisément compréhensible : le contentieux constitutionnel offre désormais un « nouveau visage » mais qui s'inscrit dans la continuité et la permanence. Pourtant, l'introduction de l'article 61-1 opère un véritable « renversement de perspective » dont il convient de tirer les conséquences : il entraîne une concrétisation du contrôle et impose de reconsidérer la portée des décisions rendues.

⁶⁴³ M. Fatin-Rouge Stefanini, « La singularité du contrôle exercé *a posteriori* par le Conseil constitutionnel : la part de concret et la part d'abstrait », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 38, 2013, p. 211.

A) L'unicité et de la continuité du contrôle de constitutionnalité

La question des méthodes juridictionnelles utilisées dans le contrôle *a posteriori*, telles que conclusions soulevées d'office et les réserves d'interprétation, montre que, si la révolution juridique a eu lieu ⁶⁴⁴, la logique qui la sous-tend n'a, pour l'instant, pas été poussée jusqu'à son terme. Elle bute en effet sur la résistance de deux principes, héritiers directs du légicentrisme, que sont le caractère abstrait du contrôle de constitutionnalité et le souci de la perfection juridique de la loi.

1 - Le maintien du caractère abstrait du contrôle de constitutionnalité

En dépit des hésitations initiales, les caractéristiques du contrôle de constitutionnalité ont très clairement été réaffirmées : celui-ci demeure un contrôle abstrait et objectif de constitutionnalité. Il faut entendre par là un contrôle qui, certes, prend naissance dans un litige concret, mais qui demeure, dans son exercice, une confrontation de norme à norme. Or cette obstination du contrôle abstrait bute tout particulièrement sur la transposition des réserves d'interprétation et les difficultés que cette dernière engendre. Tous les auteurs ont bien relevé que, précisément, c'est parce que - et lorsque - la loi a été appliquée et qu'elle a fait notamment l'objet d'un certain nombre d'interprétations convergentes de la part des juridictions ordinaires que les réserves d'interprétation dont elle peut être grevée posent problème. Tant qu'il n'y a pas d'interprétation consolidée, d'interprétations constantes et convergentes, l'utilisation des réserves d'interprétation par le Conseil constitutionnel n'est pas réellement contestée ou, en tout cas, pas plus que dans le cadre du contrôle *a priori*. Ce n'est que lorsque la loi a été appliquée, et donc interprétée, que l'utilisation des réserves d'interprétation fait ressurgir le spectre de la Cour suprême : le Conseil constitutionnel, en substituant son interprétation à celle donnée par les juridictions suprêmes et en leur donnant de véritables directives, voire des injonctions d'interprétation, semble s'ériger au-dessus d'elles et remettre en cause le monopole ou en tout cas le rôle dont elles disposent dans l'interprétation de la loi. La transposition des moyens d'ordre public au contrôle *a posteriori* relève de la même problématique. La disposition législative, une fois parvenue jusqu'au Conseil constitutionnel c'est-à-dire renvoyée par les Cours suprêmes, se trouve totalement déconnectée du litige qui l'a vue naître, de l'application qu'elle a subie dans l'espèce, de la personne du requérant. La disposition législative subit ainsi une sorte de « transmutation »⁶⁴⁵ : autrefois vivante, elle se présente désincarnée et éthérée devant le Conseil constitutionnel. Ainsi vidée de sa substance, ainsi isolée et détachée de la réalité, elle offre son enveloppe à toutes les configurations possibles dans le cadre d'un contrôle dont on souhaite qu'il demeure abstrait.

La véritable crispation des acteurs et de la doctrine française sur le caractère abstrait du contrôle de constitutionnalité, y compris lorsqu'il est exercé dans le cadre de la QPC, non seulement témoigne de certaines difficultés terminologiques mais révèle surtout un certain malaise. Comme certains auteurs l'ont relevé, la distinction entre contrôle abstrait et contrôle concret est loin d'être évidente et elle est même, en France, hésitante. A titre d'exemple, on relèvera que, lors de l'introduction de la QPC, l'expression de contrôle concret a été utilisée à

⁶⁴⁴ F. Creux-Thomas, « La QPC : "une révolution juridique confirmée !" », *JCP G*, n° 40, p. 1821.

⁶⁴⁵ Pour reprendre l'expression de D. Rousseau.

plusieurs reprises avant d'être finalement abandonnée⁶⁴⁶. En réalité, cette notion est, en France, particulièrement mal définie. Elle ne l'est que par opposition au contrôle abstrait qui présente, *a contrario*, une réelle unité : selon une définition quasi unanimement retenue, il s'agit d'une pure confrontation de norme à norme, entre une ou des disposition(s) législative(s) et une ou des normes de référence constitutionnelle(s). On en déduira que le contrôle concret n'est pas une confrontation de norme à norme et qu'il intègre, en réalité, d'autres éléments. C'est ici que se révèle pleinement l'indétermination de l'expression : pour certains, le contrôle concret est celui qui prend en considération de manière générale, les faits ; pour d'autres, ce sera la prise en compte des faits de l'espèce ; pour certains, ce sera la prise en compte de l'application de la disposition législative concernée ou encore de la disposition prise dans son environnement juridique, ce qui n'est pas tout à fait la même chose ; pour d'autres encore, le contrôle est concret lorsqu'il prend en compte la situation du requérant Par comparaison, la situation dans un certain nombre de pays étrangers est bien plus simple : dans la doctrine italienne comme dans la doctrine allemande, le contrôle est concret dès lors qu'il porte sur une norme qui est entrée en vigueur et qui a déjà été appliquée. La situation se complique encore si l'on admet qu'il n'y a pas d'opposition franche entre contrôle abstrait et contrôle concret mais, plus vraisemblablement, toute une série de nuances et de gradations qui se déploient de l'un à l'autre et que, plus encore, la part d'abstrait et la part de concret pourrait potentiellement varier au gré des décisions rendues par le juge constitutionnel⁶⁴⁷. Bref, autant d'hésitations sur ce qu'il faut entendre par contrôle concret et autant d'occasions de qualifier de tel le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel.

Ce dernier maintient pourtant fermement le principe d'un contrôle abstrait, se retranchant ainsi derrière l'intention du constituant. Il faut d'abord y avoir le souci d'affirmer et de préserver la continuité du contrôle, qu'il s'exerce *a priori* ou *a posteriori* : que le Conseil intervienne avant ou après l'entrée en vigueur de la loi ne change rien au regard qu'il porte sur la constitutionnalité de cette dernière. Le maintien du caractère abstrait du contrôle de constitutionnalité est éminemment rassurant : tout change quant au moment du contrôle mais rien ne change quant à l'exercice du contrôle et, au-delà, quant au rôle et à la place du Conseil constitutionnel. En effet, il semble bien que ce soit surtout le spectre de la Cour suprême qui justifie l'énergie, voire l'opiniâtreté, avec laquelle le caractère abstrait du contrôle a été défendu et derrière lequel le Conseil constitutionnel continue de se réfugier systématiquement⁶⁴⁸. Dès l'origine, il y a clairement la volonté d'éloigner au maximum le Conseil constitutionnel des faits de l'espèce : la question sera posée par le biais d'un mémoire écrit et motivé qui, seul, sera transmis au Conseil ; la question de l'applicabilité au litige ou de fondement des poursuites, premier critère posé par l'article 23-2 de la loi organique modifiée, relève de la seule et souveraine appréciation des juridictions ordinaires et, plus

⁶⁴⁶ En ce sens, voir M. Fatin-Rouge Stefanini, « La singularité du contrôle exercé *a posteriori* par le Conseil constitutionnel : la part de concret et la part d'abstrait », préc.

⁶⁴⁷ *Ibid.*

⁶⁴⁸ Voir notamment le rapport Jean-Luc Warsmann, *Rapport* n° 1898 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, 3 septembre 2009, p. 186 : « Il ne s'agit pas pour autant de faire du Conseil constitutionnel une sorte de super Cour suprême : son contrôle demeure abstrait – il ne touche pas au fond de l'affaire et se limite à la seule question de constitutionnalité qui a été soulevée ». Voir plus récemment M. Guillaume, « Avec la QPC, le Conseil constitutionnel est-il devenu une Cour suprême ? », *JCP G*, 24, 11 Juin 2012, doctr. 722.

particulièrement, de celle des cours suprêmes⁶⁴⁹. Le Conseil constitutionnel n'est donc pas juge du litige pendant devant les juridictions ordinaires et ne peut pas s'immiscer dans ce dernier, ne serait-ce que pour apprécier la pertinence de poser, ou non, une question de constitutionnalité. Le Conseil constitutionnel n'est pas non plus juge des décisions rendues par les juridictions ordinaires et plus particulièrement par les Cours suprêmes. Il n'est pas juge des décisions de non renvoi, il est seulement informé de ces décisions ; il n'est pas juge des décisions rendues par ces dernières : s'il fait porter son contrôle sur les interprétations jurisprudentielles constantes, il n'a de cesse de réaffirmer le monopole et le rôle régulateur des deux cours suprêmes dans l'interprétation de la loi. En ce sens, le caractère abstrait apparaît presque comme un gage de retenue, de loyauté même, du Conseil constitutionnel : tant qu'il reste dans le cadre de ce contrôle, il n'est pas une Cour suprême.

2 - Le maintien de l'objet du contrôle de constitutionnalité : la pureté de la loi

Si la QPC a été présentée comme un nouveau droit au profit du citoyen, comme une nouvelle garantie du respect des droits et des libertés, le mythe de la pureté ou de la perfection juridique de la loi continue pourtant à imprégner le contrôle *a posteriori* et, plus particulièrement, les conditions de son exercice.

De prime abord, on pourrait soutenir que la QPC renonce à une certaine forme de pureté de la loi. En effet, de par son objet et son champ d'application, la QPC renonce à ce que certains vices, les vices d'incompétence et les vices de procédure, ne puissent pas être sanctionnés dans le cadre du contrôle *a posteriori*. On relèvera d'ailleurs que cette renonciation n'a fait l'objet que de très peu de débats lors des travaux parlementaires. L'idée semble être communément partagée selon laquelle les inconstitutionnalités formelles sont moins graves que les inconstitutionnalités matérielles, surtout dans la mesure où la QPC est une protection contre les atteintes matérielles, substantielles aux droits et libertés. Les limites de ce raisonnement sont d'ailleurs révélées par le recours à l'incompétence négative, qui permet de sanctionner dans le cadre de la QPC la méconnaissance de la compétence législative dès lors que cela conduit à affecter un droit ou liberté constitutionnellement garanti. Pourtant, un certain nombre d'indices confirment le maintien de la préoccupation de la pureté de la loi. En particulier, le recours aux moyens soulevés d'office a précisément pour objectif de purger la loi de tout vice d'inconstitutionnalité : la disposition législative, une fois passée au crible de la QPC, ne peut qu'être parfaitement conforme aux droits et libertés que la Constitution garantit, sauf changement de circonstances de droit ou de fait. Il ne doit plus y avoir de doute possible sur sa conformité aux droits et aux libertés. Avec un peu d'imagination, on pourrait même soutenir qu'à terme, toutes les lois ayant été passées au crible soit du contrôle *a priori*, soit du contrôle *a posteriori*, il n'y aurait que des lois purement constitutionnelles et plus de possibilité, en raison des conditions posées par le 2^e de l'article 32-2 de l'ordonnance de 1958, de contester la constitutionnalité de ces dernières. On retrouve aussi cette logique, bien qu'il ne s'agisse pas d'une technique juridictionnelle *stricto sensu*, dans l'impossibilité du désistement posé par l'article 23-9 de la loi organique. Ce principe a été maintenu alors même que l'ensemble des personnes auditionnées lors de l'examen de la loi organique à l'assemblée nationale rejetait cette solution : dès lors qu'un

⁶⁴⁹ Refusant de se faire juge de la première condition de renvoi, voir la décision n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010, *Consorts L.* (Cristallisation des pensions), cons. 6 : il ne lui appartient pas « de remettre en cause la décision par laquelle le Conseil d'État ou la Cour de cassation a jugé, en application de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée, qu'une disposition était ou non applicable au litige ou à la procédure ou constituait ou non le fondement des poursuites ».

doute a été semé sur la constitutionnalité de la loi, le contrôle doit aller jusqu'à son terme même si l'atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit aurait dans le cas d'espèce et en pratique disparu, par exemple à l'occasion d'une transaction entre les parties.

Pour forcer le trait, on pourrait se demander ici si la garantie des droits et libertés n'est pas seulement un prétexte. L'affirmation est très outrancière, outrepassante même, tant l'apport de la QPC pour la garantie des droits et libertés semble évidente. Mais en réalité, il ne s'agit là que d'une garantie théorique, d'une garantie abstraite des droits et des libertés, qui pourrait détourner le justiciable de la QPC. Là encore, le risque semble être bien lointain, tant l'engouement pour la QPC, inattendu ou inespéré, se maintient bien au-delà des prévisions les plus optimistes, sans donner de réel signe de faiblesse. Mais elle demeure une garantie théorique des droits et des libertés précisément parce que le Conseil constitutionnel, et les acteurs de la QPC, persistent à maintenir le caractère abstrait du contrôle. Le recours aux moyens soulevés d'office est, à cet égard très instructif puisqu'il va permettre au Conseil constitutionnel d'invalider la disposition litigieuse pour un grief autre que celui invoqué par le requérant, grief qui est précisément, en raison de la logique incidente de la QPC, celui par lequel il est atteint. De prime abord, le « relevé d'office apparaît comme une garantie pour le justiciable »⁶⁵⁰ puisqu'il offre au Conseil constitutionnel l'occasion d'appuyer la prétention du requérant en se fondant sur un autre motif d'inconstitutionnalité. Cela étant, tel n'est pas toujours le cas puisqu'il arrive qu'un moyen soit relevé d'office davantage pour des raisons pédagogiques ou encore pour des raisons de politique jurisprudentielle, et donc sans que le requérant en bénéficie à travers la censure. Mais surtout, et en imaginant que le résultat soit le même, à savoir l'abrogation de la disposition inconstitutionnelle, la logique qui le sous-tend est radicalement différente. Ainsi, lorsque le requérant prétend qu'une disposition législative méconnaît sa liberté d'entreprendre et que le Conseil constitutionnel répond en se plaçant sur un autre fondement, la disposition législative est *in fine* déclarée inconstitutionnelle et le requérant paraît ainsi obtenir gain de cause. Mais la protection concrète, réelle des droits et des libertés n'a pas été au cœur du raisonnement du juge constitutionnel. Plus encore, il y a peut-être un effet d'aubaine dont profite le requérant, et au-delà les autres requérants potentiels, l'application de la loi à son cas particulier étant certes à l'origine de la QPC mais non de sa résolution.

B) Une logique inachevée

Les difficultés ou les limites de la transposition de certaines techniques du contrôle *a priori* à la QPC incitent à s'interroger sur l'apparition d'éventuelles logiques propres au contrôle *a posteriori*. Bon nombre d'exemples de droit comparé montre qu'il est difficile de gommer la « singularité » du contrôle *a posteriori*⁶⁵¹. Celui-ci s'accompagne inévitablement d'une concrétisation du contrôle, qu'il faut admettre et accepter sans tabou, et appelle, semble-t-il, de reconsidérer la portée des décisions rendues par le Conseil constitutionnel.

⁶⁵⁰ D. Rousseau, J. Bonnet, *L'essentiel de la QPC. Mode d'emploi de la Question prioritaire de constitutionnalité*, Lextenso, 2^e éd., 2012, p. 98.

⁶⁵¹ Voir M. Fatin-Rouge Stefanini, « La singularité du contrôle exercé *a posteriori* par le Conseil constitutionnel : la part de concret et la part d'abstrait », *préc.*

1 - Accepter la concrétisation du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*

Bien que le constituant et le législateur organique et le Conseil constitutionnel s'en défendent, il faudrait admettre que le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* ne peut pas être le même que celui exercé *a priori* tout simplement parce qu'il porte sur une disposition législative déjà entrée en vigueur. Ce constat, apparemment simple, produit des effets radicaux : la disposition législative a déjà vécu, elle a déjà été précisée et/ complétée si nécessaire par des actes d'application, elle a déjà été appliquée à des individus, elle a déjà été interprétée par des juridictions. Cette dimension doit être - et elle est en réalité déjà - prise en compte par le Conseil constitutionnel dans l'exercice de son contrôle. Faut-il pour autant parler de contrôle concret ou, pour insister sur une tendance plus que sur un résultat, de concrétisation du contrôle de constitutionnalité ? Toute une série d'éléments plaide en ce sens, tant la notion de contrôle concret est polysémique.

Dans un premier sens, on dira du contrôle de constitutionnalité qu'il est concret dans son déclenchement : l'accès au juge constitutionnel passe aujourd'hui par les faits. Le litige, le procès est une condition de l'exercice de la question prioritaire de constitutionnalité et, de fait, de l'accès au juge constitutionnel⁶⁵². Pourtant, les modalités d'exercice de la QPC gomment totalement cette logique, en occultant la situation concrète du justiciable et en supprimant le lien entre la QPC et le litige. Ainsi le Conseil constitutionnel est-il censé être indifférent aux faits de l'espèce⁶⁵³ même si, dans la pratique, il ne peut être totalement sourd à la présentation des faits lors de l'audience publique. Autre signe, le lien entre la question posée et le litige a été volontairement entendu de manière particulièrement souple, de sorte que la réponse à la QPC n'a pas besoin d'avoir une incidence sur la solution du litige, afin de ne pas obstruer le flux des QPC⁶⁵⁴. Le risque de bouchon étant désormais écarté, ne serait-il pas temps de prendre acte de cette forme de concrétisation du contrôle et d'exiger un lien plus direct entre la disposition législative contestée et le procès en cours ? Il semble d'ailleurs que les juridictions ordinaires, et plus particulièrement les Cours suprêmes, opèrent sur ce point un certain raidissement⁶⁵⁵. De son côté, le Conseil constitutionnel exclut toujours de se prononcer sur la première condition de transmission, afin de ne pas s'immiscer dans le procès pendant devant la juridiction saisie.

Dans un second sens, le contrôle est concret en raison de l'objet sur lequel porte la question posée au Conseil constitutionnel : une disposition législative qui a déjà vécu. C'est une disposition qui a déjà été appliquée à des situations individuelles, à des cas particuliers et qui peut avoir déjà donné lieu à un contentieux ; en conséquence, elle a non seulement été appliquée mais aussi interprétée. C'est en ce sens que l'on peut dire que le contrôle exercé par

⁶⁵² C'est ce qu'a implicitement souligné la décision 2009-595 DC du 3 décembre 2009 (considérant 3) : le constituant, par l'introduction de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité, a « reconnu à tout justiciable le droit de soutenir, à l'appui de sa demande, qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit ».

⁶⁵³ Soulignant que les faits sont seulement présentés par les parties lors de l'audience publique mais ne figurent ni dans les décisions de renvoi ni dans la décision rendue par le Conseil constitutionnel, à la différence par exemple de la Belgique, de l'Espagne ou de l'Italie, voir M. Fatin-Rouge Stefanini, « La singularité du contrôle exercé *a posteriori* par le Conseil constitutionnel : la part de concret et la part d'abstrait », *préc.*

⁶⁵⁴ Rappelons que le législateur organique avait hésité sur ce point, préférant la formule selon laquelle la QPC devait « commander » l'issue du litige.

⁶⁵⁵ Voir par exemple CE, 19 janvier 2011, *EARL Schimttseppel*, n° 343389 ; jugeant la première condition de transmission non remplie au motif qu' « une déclaration d'inconstitutionnalité, à la supposer encourue, serait dépourvue d'incidence sur la solution du pourvoi », voir Cass. Crim, 11 juil. 2012, n° 11-88430.

voie de question préjudicielle est, de manière générale, un contrôle concret et c'est en particulier dans ce sens que la notion de contrôle concret est utilisée en Italie. A cet égard, on pourrait soutenir qu'en acceptant d'examiner la constitutionnalité de dispositions législatives abrogées ou modifiées, le Conseil constitutionnel confirme le caractère concret du contrôle : ce dernier porte moins sur la disposition législative en soi qui, de fait, a disparu, que sur la vie qu'elle a pu avoir. De fait, l'utilisation des réserves d'interprétation doit être parcimonieuse comme en témoigne l'exemple italien. La doctrine du droit vivant est un mécanisme d'auto-limitation de la Cour constitutionnelle soucieuse de prendre en considération les interprétations consolidées données par les Cours suprêmes et veillant à ne pas contrecarrer directement, et sauf hypothèses exceptionnelles, les interprétations données ⁶⁵⁶.

Dans un troisième sens, on parlera de contrôle de constitutionnalité concret à propos de la manière dont le Conseil constitutionnel examine la question qui lui est posée. Demande-t-on au juge de se prononcer sur la constitutionnalité de la disposition législative ou sur la constitutionnalité de son application dans un cas particulier et, plus précisément, sur la situation qui en résulte ? Il ne s'agit pas ici de résoudre la question posée devant la juridiction a quo en fonction des données de l'espèce mais de s'interroger sur ce que révèle l'application de la loi à un cas déterminé. L'application de la loi permet de matérialiser une ou des situations qui, dans le cadre du contrôle *a priori*, demeure(nt) hypothétique(s) et surtout indéterminée(s). Ainsi appréhendée, la concrétisation du contrôle est assez nette dans un certain nombre de décisions : si le Conseil constitutionnel rappelle le dispositif législatif dans son ensemble, il n'hésite pas circonscrire son contrôle à telle ou telle hypothèse d'application de la loi, révélée par la situation du requérant, pour juger que, dans ce cas de figure, la loi porte atteinte à un droit ou une liberté que la Constitution garantit, sans aller pour autant jusqu'à prononcer des annulations « en tant que » ⁶⁵⁷.

Dans un quatrième sens, on parlera de contrôle de constitutionnalité concret en insistant sur les effets de la décision rendue par le Conseil constitutionnel. Le contrôle est concret si le juge se soucie de la mise en pratique, de l'effet de la décision qu'il rend et, plus particulièrement, de son effet sur la situation du requérant. Or, non seulement la première condition de transmission relative à l'applicabilité au litige est très soupagement entendue, mais encore, il n'y a aucune obligation que la décision rendue par le Conseil, à la supposer susceptible d'avoir une incidence sur la question portée devant le juge a quo, bénéficie en pratique au requérant. Certes, le Conseil constitutionnel a relevé, dès l'examen de la loi organique relative à l'application de l'article 61-1, la nécessité de préserver « l'effet utile de la question prioritaire de constitutionnalité pour le justiciable qui l'a posée » ⁶⁵⁸. Mais la logique de concrétisation du contrôle voudrait qu'il l'assure de manière plus systématique : rien ne l'empêche en effet de moduler dans le temps les effets que la disposition a produits précisément pour le requérant qui est à l'origine de la QPC et permettre ainsi à ce dernier de bénéficier de la censure qu'il a, par son action, suscitée ⁶⁵⁹. Autrement dit, la possibilité pour

⁶⁵⁶ C. Severino, « Un an de droit vivant devant le Conseil constitutionnel », préc., 2012 p. 43 ; N. Maziaud, « Brefs commentaires sur la doctrine du droit vivant dans le cadre du contrôle incident de constitutionnalité », *D.*, 2011, p. 529.

⁶⁵⁷ Voir par exemple la décision 2011-108 *QPC* du 25 mars 2011, *Mme Marie-Christine D.* [Pension de réversion des enfants] : après avoir rappelé le mécanisme existant, le Conseil particularise l'application de la loi en précisant que « dans le cas où deux lits au moins sont représentés par un ou plusieurs orphelins », la situation qui en résulte est inconstitutionnelle.

⁶⁵⁸ Décision 2009-595 DC, préc., cons. 17.

⁶⁵⁹ On relèvera que dans les travaux préparatoires, c'est plutôt la situation des autres requérants qui préoccupe le constituant et que celle de l'initiateur de la QPC, dont la résolution semble évidente.

le Conseil constitutionnel de moduler dans le temps les effets de ses décisions est un moyen d'assurer, pour le requérant au moins, la rétroactivité de la censure, s'inscrivant ainsi parfaitement dans une logique de concrétisation du contrôle ⁶⁶⁰.

S'il est encore trop tôt pour déceler des évolutions franches dans le contentieux de la QPC, certains signes témoignent cependant de la concrétisation du contrôle et démentent, concomitamment, la pétition de principe du contrôle abstrait. Cette évolution est d'autant plus probable que la QPC a été souhaitée au moins équivalente, si ce n'est supérieure, à la question de conventionalité et au droit de la CEDH à laquelle elle est systématiquement comparée et qui est, pour sa part, un contrôle concret et effectif. Peut-on imaginer qu'une disposition législative jugée conforme dans le cadre de la QPC soit écartée demain par un juge ordinaire sur le fondement de la méconnaissance d'une disposition CEDH, au motif que dans le premier cas, le contrôle est abstrait et, dans le second, concret, tout cela pour ménager la susceptibilité des deux Cours suprêmes ? Encore faut-il ajouter que, si l'on souhaite pousser la logique jusqu'à son terme, la concrétisation du contrôle suppose que soient repensées les conditions dans lesquelles le Conseil constitutionnel est amené à statuer dans le cadre du contrôle *a posteriori*.

2) Reconsidérer la portée de la décision QPC

En imposant la deuxième condition de transmission, qui vise théoriquement à préserver l'autorité de la chose jugée par le Conseil constitutionnel, le législateur minore considérablement les avantages du contrôle *a posteriori*. L'introduction de l'article 61-1 a pourtant été présentée clairement comme un moyen de pallier les carences et les insuffisances du contrôle *a priori*. Tant que la loi n'est pas entrée en vigueur, il n'est pas possible d'anticiper toutes les inconstitutionnalités susceptibles de se présenter et qui ne pourront être révélées que par la pratique. Certes, les réserves d'interprétation émises par le Conseil constitutionnel pouvaient alors apparaître comme autant de garde-fous destinés à guider les autorités d'application de la loi, autorités normatives et juridictionnelles, mais des garde-fous très théoriques et abstraits. L'avantage du contrôle *a posteriori* est bien de permettre la contestation de situations d'inconstitutionnalité jusqu'alors insoupçonnées ou non visibles.

Pourtant, la deuxième condition de transmission dément totalement cet objectif : la question de constitutionnalité ne peut pas porter sur une disposition qui « aurait été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel ». Cette disposition est interprétée assez strictement par les juridictions de renvoi et vaut quels que soient les griefs qui ont été examinés dans la décision rendue⁶⁶¹, position d'ailleurs confirmée par le Conseil constitutionnel⁶⁶². Puisque la disposition a été précédemment soumise au Conseil, elle est parfaitement constitutionnelle, révélant d'ailleurs

⁶⁶⁰ Soulignant les effets radicaux de l'introduction d'une possibilité de rétroactivité sur la concrétisation du contrôle de constitutionnalité en Italie, voir G. Zagrebelsky, « Le réalisme en droit constitutionnel », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 22, 2007.

⁶⁶¹ Voir notamment CE, 19 mai 2010, *Commune de Buc*, n° 330310.

⁶⁶² Décision 2010-9 QPC du 2 juillet 2010, *Section française de l'Observatoire international des prisons* [Article 706-53-21 du code de procédure pénale], *Rec.* 128, le Conseil indiquant que la QPC ne pouvait porter sur une disposition dont la conformité à la Constitution a été « spécialement examinée » par une décision antérieure.

l'infaillibilité ou encore l'omniscience du Conseil constitutionnel⁶⁶³. C'est bien ce qui découle logiquement de la faculté de soulever des moyens d'office. Cela étant, la logique du contrôle *a posteriori* semble exiger que les justiciables puissent revenir vers le Conseil constitutionnel s'ils estiment qu'une disposition législative est contraire à un droit ou une liberté que la Constitution garantit puisque, précisément, l'inconstitutionnalité peut n'être révélée que par la pratique et par l'application de la loi. En ce sens, on pourrait soutenir que le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* doit être un contrôle continu et non un contrôle jetable, un contrôle qui s'épuise dans un usage unique.

Une simple modification de la rédaction du considérant balai pourrait-elle suffire à contourner cet écueil⁶⁶⁴ ? C'est ce qu'a soutenu une partie de la doctrine, relevant la modification de la rédaction des décisions QPC et le brevet de constitutionnalité expressément accordé par le Conseil constitutionnel à la disposition litigieuse⁶⁶⁵. Ce faisant, ce dernier ferme automatiquement la voie à une nouvelle contestation de la même disposition législative, indépendamment des griefs invoqués par les requérants ou encore de leur situation. Il est toutefois peu probable que la seule modification du considérant balai suffise à permettre la contestation d'une disposition législative déjà examinée dans le cadre de la QPC, tant les termes posés par le 2° des articles 23-2 et 23-4 semblent généraux et tant le législateur a semblé lier indissolublement la deuxième condition de transmission et l'autorité de chose jugée par le Conseil constitutionnel⁶⁶⁶.

Cela étant, semble poindre une certaine tendance des juridictions à circonscrire plus précisément la portée des décisions QPC rendues par le Conseil constitutionnel et, notamment, à délimiter leur portée matérielle. Ainsi, dans un arrêt rendu le 4 mai 2012, le juge administratif a admis que l'on puisse faire application d'une disposition pourtant déclarée inconstitutionnelle par le Conseil constitutionnel « *dès lors que, dans l'espèce qui lui est soumise, l'atteinte aux droits et libertés justifiant la censure constitutionnelle n'est pas en cause* »⁶⁶⁷. Pourrait-on reproduire ce raisonnement et juger que le Conseil constitutionnel n'aurait accordé un brevet de constitutionnalité qu'au vu des motifs expressément relevés par lui, ce qui n'empêcherait pas un nouvel examen sur un autre fondement ? Une telle possibilité réduirait l'intérêt, l'obligation même, pour le Conseil constitutionnel de recourir aux moyens relevés d'office et permettrait de préserver la logique véhiculée par le contrôle *a posteriori*.

Autre hypothèse, les juridictions de renvoi pourraient-elles recourir plus souplesment à la notion de « changement de circonstances » de fait ou de droit, afin de permettre un réexamen d'une disposition précédemment jugée conforme par le Conseil constitutionnel ? Certes, la notion de changement de circonstances est très subjective et permet, en réalité, un « dialogue » plus facile, voire une « complémentarité » entre les juridictions⁶⁶⁸. Mais il

⁶⁶³ Pour une position critique, voir P. Wachsmann, « L'oracle des libertés ne parle qu'une seule fois », <http://www.juspoliticum.com/L-oracle-des-libertes-ne-parle-qu.html>

⁶⁶⁴ Considérant que les dispositions contestées ne sont contraires à aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit ; que, par suite, elles doivent être déclarées conformes à la Constitution.

⁶⁶⁵ D. Connil, « L'étendue de la chose jugée par le Conseil constitutionnel lors d'une question prioritaire de constitutionnalité : observations dubitatives sur l'état de la jurisprudence », *préc.*

⁶⁶⁶ On relèvera que l'avant projet de loi constitutionnelle ne visait que les décisions rendues dans le cadre du contrôle a priori et non les décisions QPC.

⁶⁶⁷ Voir cependant que le Conseil constitutionnel ne fait jamais de censure « en tant que »

⁶⁶⁸ En ce sens, voir M. Guillaume, « Avec la QPC, le Conseil constitutionnel est-il devenu une Cour suprême ? », *op. cit.*

semble difficile de faire d'une hypothèse particulière d'application de la loi un changement de circonstances, permettant un réexamen de la disposition déjà examinée par le Conseil constitutionnel, sauf à dénaturer ou travestir cette notion que le Conseil a déjà lui-même interprétée ⁶⁶⁹. La possibilité d'un réexamen de questions précédemment examinées demeure donc problématique, alors même qu'elle est au cœur de la logique de la concrétisation du contrôle de constitutionnalité exercé *a posteriori*, sauf à reconsidérer les conditions de renvoi posées par les articles 23-2 et 23-4 de la loi organique du 7 novembre modifiée. Cette possibilité d'une surveillance continue et récurrente ⁶⁷⁰ des droits et libertés s'inscrit pourtant nettement dans la logique de la QPC.

Si la question de la transposition des techniques du contrôle *a priori* au contrôle *a posteriori* ne s'est pas véritablement posée, ni dans les travaux parlementaires, ni dans les premiers débats doctrinaux, c'est bien parce que la question d'une logique propre au contrôle *a posteriori* n'avait pas été clairement affrontée. Au contraire, tout a été fait pour donner pour donner l'impression de la continuité et de la permanence : malgré la révolution juridique que représente l'article 61-1, rien ne doit avoir changé. Et pourtant, il semble falloir se résoudre à admettre, comme le dit l'un des personnages du Guépard, que « pour que tout reste comme avant, il faut que tout change ».

⁶⁶⁹ Décision 2009-595 DC préc.

⁶⁷⁰ Évoquant la possibilité de « saisine récurrentes », « de loin en loin », grâce à la souplesse qu'autorise la notion de changement de circonstances, voir C. Mauge, J.-H. Stahl, *La question prioritaire de constitutionnalité*, *op. cit.*, p. 192.

SECTION 2 - LA PRISE EN COMPTE DES FAITS DE L'ESPECE DANS LE JUGEMENT DE LA CONSTITUTIONNALITE DES LOIS

Jean-Jacques Pardini

*Professeur agrégé de droit public
Doyen honoraire de la Faculté de droit de Toulon
CDPC Jean-Claude Escarras*

1 – Que l'on me permette, d'abord, de rappeler une évidence magistralement exprimée par Jean Rivero : " Au point de départ de toute activité d'édiction d'une norme juridique, il y a une situation de fait. Mis en présence d'un ensemble de données concrètes, celui qui est investi du pouvoir normatif porte sur elle un jugement... La règle qu'il formule c'est le résultat de cette réflexion sur le fait tel qu'il est, de cet effort pour projeter dans l'avenir le fait tel qu'on voudrait qu'il fût " ⁶⁷¹. C'est dire, déjà, qu'il serait illusoire d'imaginer une frontière étanche entre la norme et le fait. Le juge constitutionnel est concerné aussi : je pourrais citer mon collègue et ami, le professeur Thierry Di Manno, qui, il y a quelques années, considérait que penser que le juge constitutionnel, parce qu'il agit dans le cadre d'un contentieux objectif, serait coupé des réalités, serait un « sophisme » ⁶⁷². J'ai moi-même tenté dans ma thèse ⁶⁷³ de démontrer qu'en effet, même dans le cadre du contrôle *a priori*, il s'agit d'un sophisme ⁶⁷⁴. Avec la QPC, l'on devine, par intuition, que le trait s'accuse ⁶⁷⁵...

2 – Il convient, ensuite, d'évoquer une distinction d'apparence simple ⁶⁷⁶, car il faut savoir de quels faits l'on parle :

- les *adjudicative facts* (faits judiciaires) qui renvoient au cas d'espèce porté devant le juge *a quo* ;
- les *legislative facts* (faits législatifs) qui renvoient au contexte factuel qui entoure l'élaboration de la loi, qui permet son interprétation ou qui résulte de son application (ces faits étant des faits généraux, des faits sociaux, économiques, scientifiques, techniques, politiques dont le trait commun est d'être totalement détachés du jugement *a quo*, donc du cas concret).

⁶⁷¹ J. Rivero, « La distinction du droit et du fait dans la jurisprudence du Conseil d'État français », in *Le fait et le droit*, Etudes de logique juridique, Bruxelles, Bruylant, 1961, p. 148.

⁶⁷² T. Di Manno, *Le Conseil constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d'office*, Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 1994, p. 106. L'auteur parlera également de « droit vivant contextuel » in *Le juge constitutionnel et la technique des décisions interprétatives en France et en Italie*, Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 1997, p. 190.

⁶⁷³ *Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie et en France*, Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 2001, 442 p.

⁶⁷⁴ Ceci même si le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 86-218-DC du 18 novembre 1986, *Délimitation des circonscriptions électorales pour l'élection des députés*, a pu indiquer que « pour l'examen des situations de fait, le Conseil constitutionnel (...) se prononce dans des conditions différentes de celles dans lesquelles la juridiction administrative est appelée à statuer sur la légalité d'un acte administratif », *Rec.* p. 167 (cons. n° 11). Ce qui ne signifie pas qu'il ne se prononce pas sur des situations de fait, mais qu'il se prononce dans des conditions différentes de celles que retient le juge administratif.

⁶⁷⁵ Sur ce point, M. Disant, *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité. Cadre juridique, pratiques jurisprudentielles*, Paris, Lamy, 2011, p. 107.

⁶⁷⁶ Due à l'auteur américain Kenneth Culp Davis in *Administrative Law Text*, Sec. 7, 03, 1972.

3 - 1^{ère} question qu'il faut poser : la QPC donne lieu à un contrôle *a posteriori*, ce contrôle demeurant, néanmoins, un contrôle abstrait dans son principe⁶⁷⁷. Est-il influencé par la situation de fait qui a donné lieu à la contestation de la loi (et si oui, dans quelle mesure) ? Dit autrement, les *adjudicative facts* (faits de l'espèce) ont-ils une incidence sur l'office du juge constitutionnel ? On pourrait le croire eu égard au caractère contradictoire de la procédure et à la représentation des intérêts du justiciable. On pourrait aussi s'appuyer sur les observations en intervention dont le Conseil constitutionnel a admis la recevabilité dans la **QPC 2010-42** (admission d'un mémoire transmis par un syndicat qui n'était pas partie dans la procédure).

La réponse à la question posée est néanmoins malaisée.

Cependant, elle paraît devoir être négative pour deux raisons.

- **1^{ère} raison (théorique)** : cela a été dit, quand bien même la QPC donne-t-elle lieu à un contrôle *a posteriori* de la loi, ce contrôle demeure un contrôle abstrait ; en sorte que la question de constitutionnalité porte sur la norme applicable au litige et se détache de la situation de fait qui est à l'origine de ce litige. Elle devient une question qui concerne un rapport de norme à norme. Les effets de la décision du juge *ad quem* transcendent les faits de l'espèce qui ont été l'occasion de la question de constitutionnalité. Le contentieux abstrait supposant un contentieux de nature objective, le seul rapport qui joue est le pur rapport de constitutionnalité entre la norme subordonnée et la Constitution (si l'on met à part les éléments tenant à la procédure d'adoption de la norme contestée – mais l'on sait que, dans le cadre de la QPC, les règles constitutionnelles de procédure n'ont pas été admises au rang de paramètre de constitutionnalité). En outre, l'article 23-9 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel prévoit que « lorsque le Conseil constitutionnel a été saisi de la question prioritaire de constitutionnalité, l'extinction, pour quelque cause que ce soit, de l'instance à l'occasion de laquelle la question a été posée, est sans conséquence sur l'examen de la question ». Cette dernière prévision, issue d'un amendement de Monsieur Warsmann à l'Assemblée nationale, confirme le sentiment d'objectivisation de la QPC. De plus, il a été lucidement observé que le second filtre avait un « aspect abstraitif » qui pouvait faire perdre de vue le litige concret⁶⁷⁸. Enfin, la définition du lien existant entre la disposition dont la constitutionnalité est contestée et le litige milite plutôt, là encore, en faveur d'une dimension abstraite de la QPC puisqu'il n'est pas exigé, par l'article 23-2 de l'ordonnance précitée, que cette disposition commande l'issue du litige⁶⁷⁹.

⁶⁷⁷ M. Fatin-Rouge Stéfanini observe cependant que « lorsqu'a été imaginé, puis introduit, le dispositif du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* en France, plusieurs auteurs ont utilisé les termes de « contrôle concret » pour qualifier la QPC. Or, la majorité de la doctrine française est revenue sur cette qualification en estimant que la nature du contrôle exercé dans ce cadre emprunte largement à celui pratiqué *a priori* », in « La singularité du contrôle exercé *a posteriori* par le Conseil constitutionnel : la part de concret et la part d'abstrait », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 38, 2013, p. 211. La question de l'évolution de la QPC vers un contrôle véritablement concret doit être néanmoins posée au regard des avantages qu'une telle évolution pourrait assurer en termes de protection des droits et intérêts des justiciables. Le refus, pour l'instant, de « concrétiser » la QPC tient au fait que le Conseil constitutionnel souhaite maintenir une cohérence entre le contrôle *a posteriori* et le contrôle *a priori* comme on le précisera *infra* ; il s'explique sans doute aussi par la crainte de bouleverser les rapports entre juges puisque l'abandon du contrôle abstrait aurait pour conséquence de mettre le contrôle de constitutionnalité en concurrence avec le contrôle de conventionnalité.

⁶⁷⁸ M. Disant, *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité. Cadre juridique, pratiques jurisprudentielles*, *op. cit.* p. 107.

⁶⁷⁹ Pour des observations comparatives, sur ce point, avec la condition italienne de la *rilevanza*, que l'on nous permette de renvoyer à notre étude : « Question prioritaire de constitutionnalité et question incidente de constitutionnalité italienne : *ab origine fidelis*, Pouvoirs, n° 137, pp. 110-111. Sur cette question, on verra également Gianmario De Muro, « La prise en compte des faits de l'espèce dans l'interprétation de la loi par

- **2^{ème} raison (pratique)** : l'article 23-1 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 fixe une condition de recevabilité tenant à la production d'un « *écrit distinct et motivé* » (« *le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution est, à peine d'irrecevabilité, présenté dans un écrit distinct et motivé* »). Dans sa décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, le Conseil constitutionnel a été clair dans le fait de dire qu'il n'est « *pas compétent pour connaître de l'instance à l'occasion de laquelle la QPC a été posée* » ; et que donc « *seuls l'écrit ou le mémoire distinct et motivé ainsi que les mémoires et conclusions propres à cette QPC devront lui être transmis* »⁶⁸⁰. Comme l'a observé le Secrétaire Général du Conseil constitutionnel, « le Conseil est un juge spécialisé, le juge de la constitutionnalité des lois. Mais il n'est que cela (...). Le Conseil ne pourra en effet s'immiscer dans l'affaire au fond dès lors qu'il ne disposera que des écrits relatifs à la QPC »⁶⁸¹.

En théorie, donc, les choses semblent entendues ! Ceci dit, il convient sans doute de nuancer les propos qui précèdent. Deux nuances peuvent montrer que le contrôle de constitutionnalité peut ne pas totalement s'abstraire des positions subjectives impliquées dans le procès *a quo* (du moins, là encore, en théorie), ces nuances s'inspirant des écrits de la doctrine italienne⁶⁸².

1^{ère} nuance : n'est-il pas envisageable que le cas concret puisse permettre au « fait » de s'élargir au point de transcender les aspects particuliers qui le caractérisent ? L'on peut, en effet, considérer que le cas concret est emblématique de la manière dont la norme législative agit dans son application, qu'il soit « exemplaire » en offrant au juge constitutionnel les clés de lecture du réel⁶⁸³. Mais cela nous ramène alors, sans doute, à des considérations que nous envisagerons tout à l'heure (la manière dont la loi vit dans le réel).

2^{ème} nuance : le cas concret peut avancer des prétentions qui activeront telle ou telle valeur constitutionnelle face à d'autres valeurs dont le législateur s'était fait le défenseur. Devra alors être opérée une conciliation des valeurs par le juge des lois qui ne pourra se déprendre, par hypothèse, du cas d'espèce⁶⁸⁴.

Ces deux nuances se discernent-elles dans les décisions rendues jusque-là par le Conseil constitutionnel dans le cadre de la QPC ? Sans doute est-il difficile de le dire. A la lecture des décisions rendues en matière de QPC, *je ne sais pas, cependant, que le cas concret ait directement influé sur l'interprétation de la loi* (la motivation des décisions, en tout cas, ne laisse rien transparaître... ou pas grand chose). On relèvera seulement, et à la marge, la **QPC 2010-72/75/82** à l'occasion de laquelle le président du Conseil constitutionnel, prenant en compte les circonstances du cas d'espèce (l'altération des facultés mentales d'une personne

le juge constitutionnel », (Rapport présenté dans le cadre de la Trilatérale au Conseil constitutionnel le 15 juin 2011), *Rivista telematica giuridica dell'Associazione italiana dei Costituzionalisti*, n° 3, 2011, p. 2 et s.

⁶⁸⁰ CC, déc. n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution* (cons. n° 27), *Rec.* p. 206.

⁶⁸¹ M. Guillaume, « La question prioritaire de constitutionnalité », in www.conseil-constitutionnel.fr, p. 8.

⁶⁸² Pour un point de vue italien sur la QPC, voir M. Cavino, « La question prioritaire de constitutionnalité vue d'Italie », *Cahiers du CDPC*, n° 9, 2012, p. 23 et s.

⁶⁸³ En ce sens, M. Luciani, « Considerazioni sul tema », in *Giudizio « a quo » e promovimento del processo costituzionale*, Actes du Séminaire d'Etudes tenu au Palais de la Consulta à Rome les 13 et 14 novembre 1989, Milan, Giuffrè, 1990, p. 292.

⁶⁸⁴ En ce sens, G. Zagreblesky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Turin, Einaudi, 1992, spéc. p. 187-189. ●n lira, à titre d'illustration très claire, l'arrêt de la Cour constitutionnelle italienne n° 148 du 18 mars 1992 rendu en matière d'adoption (www.giur.cost.org).

condamnée pour avoir omis plusieurs années de suite de déclarer ses revenus), a accédé à la demande de l'avocat du requérant aux fins qu'en application de l'article 9 du règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil (règlement intérieur du 4 février 2010), l'audience publique ne fasse pas l'objet d'une diffusion sur le site Internet ! On précisera aussi que l'incidence des faits peut être réelle, certes sur un aspect limité, en ce que le même règlement intérieur, en son article 8 alinéa 3, confère au président d'ordonner le huis-clos.

De toute façon, l'on s'accordera sans doute à dire que, ainsi envisagée, la frontière entre les *adjudicative facts* et les *legislative facts* devient poreuse. Car ce qui compte est le contact entre la loi et le fait, le cas particulier n'étant qu'une traduction de ce contact. Je reprendrais volontiers, par ailleurs, le mot de Jacqueline de Guillenchmidt qui, au cours d'un entretien, me disait que le cas d'espèce relevait, sans doute, d'un message « subliminal »⁶⁸⁵.

4 - 2^{ème} question : s'il est donc entendu que ce sont surtout les faits législatifs qui exercent une influence sur l'office du juge constitutionnel, quelle est donc la nature de cette influence ? La lecture des décisions du Conseil constitutionnel, saisi dans le cadre de la QPC, montre que cette influence n'est pas une.

Avant de voir la multiplicité des hypothèses que je souhaiterais considérer, je voudrais ne pas omettre de dire que la procédure d'instruction (telle qu'elle est organisée dans le règlement intérieur du 4 février 2010) permet au Conseil de demander des éléments statistiques au Secrétariat général du gouvernement, ce qu'il a fait, notamment, à l'occasion des **QPC 2010-14-22 et 2010-31** sur la garde à vue ou de la **QPC 2010-71** sur l'hospitalisation à la demande d'un tiers : nous y reviendrons, mais notons toutefois, déjà, que les statistiques relèvent clairement du domaine des faits sociaux (selon le dictionnaire Robert, il s'agit d'une « étude méthodique des faits sociaux par des procédés numériques »)⁶⁸⁶.

Les faits législatifs sont, en effet, utiles au juge constitutionnel dans plusieurs hypothèses que je souhaite à présent rapidement évoquer :

I / 1^{ère} hypothèse : l'interprétation de la loi (problématique du droit vivant)

L'on sait que depuis la **QPC 2010-39** relative à l'article 365 du code civil (problème de l'adoption par une personne seule), le Conseil constitutionnel accepte que soit contestée par le justiciable « *la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante* » a entendu conférer à telle ou telle disposition (lorsque cette interprétation constante existe). Il l'a rappelé dans la **QPC 2010-52** (imposition due par une société agricole), dans la **QPC 2010-96** (zone dite des cinquante pas géométriques dans les DOM). Cela à condition, toutefois, que ce soit la Cour suprême de chaque ordre qui adopte cette interprétation constante (cf. **QPC 2011-120** où le Conseil constitutionnel considère que la jurisprudence de la Cour nationale du droit d'asile n'a pas été soumise au Conseil d'Etat).

Ce qui signifie donc que ce n'est pas la norme dans son *abstraction théorique* qui peut être contestée, mais l'*application* qui est susceptible d'en être faite dans le litige pendant devant le juge *a quo* (cf. logique très tôt adoptée par la Cour constitutionnelle italienne dans

⁶⁸⁵ M. Fatin-Rouge Stéfani parle, quant à elle, d'« impact psychologique » qu'exercerait le rappel des faits à l'origine de la QPC sur les juges constitutionnels, in *La singularité du contrôle... op. cit.*, p. 213.

⁶⁸⁶ Sur les pouvoirs d'instruction dont dispose la Cour constitutionnelle italienne, voir T. Groppi, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milan, Giuffrè, 1997.

sa décision n° 3 du 15 juin 1956⁶⁸⁷). C'est la manière dont la loi « vit dans la réalité » qui est ici déterminante : la *law in action* et pas la *law in the books*. Le contact norme/fait est donc avéré même s'il passe par le filtre des juges ordinaires. Alors certes, il n'y a pas (ou pas encore), comme en Italie, une « extension de la norme vivante »⁶⁸⁸ qui irait jusqu'à la prise en considération de l'application de la loi par l'Administration publique⁶⁸⁹ et de l'impact sociologique de la norme législative. Mais on ne peut – même si, aujourd'hui, l'attitude du juge des lois semble pour le moins « frileuse » – exclure toute évolution à cet égard.

II / 2^{ème} hypothèse : le contrôle des motifs de fait de la loi

Disons-le d'emblée, il n'est pas fréquent que le Conseil constitutionnel contrôle les motifs de fait de la loi (la réalité sur laquelle le législateur s'est fondé pour faire ses choix)⁶⁹⁰. Mais rareté ne signifie point inexistence ! Et il convient de remarquer que c'est surtout l'invocation, par les requérants, de la violation du principe d'égalité (premier grief quantitativement invoqué) qui aboutit à ce constat. Rien de plus normal si l'on considère que le juge constitutionnel ne peut alors s'abstraire, dans son contrôle, de l'intégration de données factuelles puisque les différences de traitement, comme on le sait, doivent être justifiées par une différence de situation (de droit ou de fait) ou par un motif d'intérêt général qui implique une réalité qu'il convient de transformer⁶⁹¹, les différences de traitement devant être en rapport avec l'objet de la loi⁶⁹².

Sur les différences de situation, l'on notera par exemple que : la partie civile n'est pas dans une situation identique à celle de la personne mise en examen ou à celle du ministère public (QPC 2010-15/23) ou à celle du prévenu (QPC 2011-112) ; les assistants maternels sont placés dans une situation particulière au regard des autres professions (QPC 2011-119) ; différence de situation entre les collectivités départementales d'outre-mer et la France continentale permettant une différence de fiscalité sur les tabacs (QPC 2012-290-291).

Sur un motif d'intérêt général : l'on observera, par exemple, « qu'aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'interdit au législateur de prendre des mesures destinées à venir en aide à des catégories de personnes défavorisées ; que le législateur pouvait donc, en vue d'améliorer l'emploi des jeunes et des personnes en difficulté et leur faire acquérir une qualification professionnelle, autoriser des mesures propres à ces catégories de travailleurs ; que les différences de traitement qui peuvent en résulter entre catégories de

⁶⁸⁷ Cour const., arrêt n° 3 de 1956, *Giur. cost.* 1956, p. 568.

⁶⁸⁸ Sur cette question, voir mon ouvrage, *Le juge constitutionnel et le « fait »...* *op. cit.* p. 79 et s.

⁶⁸⁹ Le Conseil d'État a été très clair sur ce point, d'ailleurs, dans l'arrêt n° 328283 du 16 juillet 2010 dans lequel il indique, en substance, qu'il n'est pas possible de contester par la voie d'une QPC l'application de la loi par l'Administration. Sur ce point, voir *La question prioritaire de constitutionnalité, Pratique et contentieux* (sous la dir. de X. Magnon), Paris, Litec, 2011, pp. 62-63.

⁶⁹⁰ Pour un exemple dans le cadre du contrôle *a priori*, voir la décision n° 2009-599 du 29 décembre 1999, *Loi de finances pour 2010* (*Rec.* p. 218) qui censure la taxe carbone et le commentaire de X. Magnon in *Droit de l'environnement*, n° 180, 2010, p. 219 et s., spéc. p. 222 et s.

⁶⁹¹ En ce sens, D. Ribes, « Le réalisme du Conseil constitutionnel », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 22, 2007, p. 134.

⁶⁹² Le considérant de principe est le suivant : « 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 direct avec l'objet de la loi qui l'établit ».

travailleurs ou catégories d'entreprises répondent à ces fins d'intérêt général et ne sont pas, dès lors, contraires au principe d'égalité » (QPC 2011-122).

L'on s'attardera également, s'agissant du principe d'égalité, sur la condamnation des « excès de généralité législatifs » qui sacrifient les particularités des cas concrets. Les lois engendrant des « automatismes rigides » peuvent en effet négliger les différences importantes pouvant exister entre les situations entrant dans leur champ d'application. Cette hypothèse renvoie notamment à l'interdiction des « peines automatiques », le Conseil constitutionnel estimant constitutionnellement nécessaire, au regard de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, que la loi laisse une marge d'appréciation discrétionnaire au juge ordinaire au regard des cas concrets qui peuvent se présenter⁶⁹³. Dès la **QPC 2010-6/7**, le juge constitutionnel n'a pas manqué de rappeler cette règle en censurant l'article L 7 du code électoral prévoyant l'interdiction (automatique) d'inscription sur les listes électorales pendant cinq ans pour les auteurs de certaines infractions.

III / 3^{ème} hypothèse : le changement de circonstances de fait (la problématique des anachronismes législatifs)

L'on sait qu'aux termes de l'article 23-2-2° de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958, le Conseil constitutionnel ne peut être saisi d'une QPC portant sur une disposition législative qui a « déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif » d'une de ses décisions « sauf changement de circonstances », ce changement pouvant être un changement de circonstances de droit ou de fait (c'est là l'une des conditions de recevabilité de la QPC). Comme le précise Marc Guillaume, commentant la décision du Conseil constitutionnel n° 2009-595 du 3 décembre 2009, le changement des circonstances de fait devant affecter la portée de la disposition législative querellée, il ne faut bien sûr pas l'interpréter « comme renvoyant aux circonstances individuelles et propres à l'instance »⁶⁹⁴. Ce sont donc les *legislative facts* et non les *adjudicative facts* qui méritent attention. Il est et sera sans doute question d'évolution du contexte politique, économique, social ou, encore, d'évolution des mœurs (même si, sur ce dernier aspect, l'on verra dans un instant que le Conseil constitutionnel est extrêmement prudent).

Disons-le tout uniment, il n'est pas fréquent que le Conseil reconnaisse un changement dans les circonstances de fait dans le cadre de la QPC. Mais il l'a fait de manière spectaculaire dans la **QPC 2010-14-22** sur la garde à vue. Les considérants 15 à 18 de cette décision sont éloquents : le Conseil vise en effet « *des changements dans les conditions de sa mise en œuvre* » (cons. 15) et, se fondant sur des éléments statistiques, considère que « *ces évolutions ont contribué à banaliser le recours à la garde à vue, y compris pour des infractions mineures ; qu'elles ont renforcé l'importance de la phase d'enquête policière dans la constitution des éléments sur le fondement desquels une personne mise en cause est jugée ; que plus de 790 000 mesures de garde à vue ont été décidées en 2009 ; que ces modifications des circonstances de droit et de fait justifient un réexamen de la constitutionnalité des dispositions contestées* ». Le Conseil précise certes « *qu'en elles-mêmes, les évolutions*

⁶⁹³ Voir, sur ce point, les lumineuses observations de G. Zagrebelsky in « Les caractères réaliste et concret du contrôle de constitutionnalité des lois en Italie », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 22, 2007, p. 157.

⁶⁹⁴ M. Guillaume, « QPC : textes applicables et premières décisions », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 29, 2010, p. 38.

rappelées ci-dessus ne méconnaissent aucune exigence constitutionnelle ; que la garde à vue demeure une mesure de contrainte nécessaire à certaines opérations de police judiciaire ; que, toutefois, ces évolutions doivent être accompagnées des garanties appropriées encadrant le recours à la garde à vue ainsi que son déroulement et assurant la protection des droits de la défense ».

On peut citer aussi (même si la Haute Instance est muette sur ce point) la **QPC 2010-72/75/82** par laquelle le Conseil considère sans doute que la peine prévue par l'article 1741 alinéa 4 du code général des impôts (une peine d'affichage d'une décision de condamnation pour fraude fiscale sur la porte des locaux professionnels) apparaissait comme « la survivance d'un pilori d'un autre âge ».

IV / 4^{ème} hypothèse : Y a-t-il eu une inconstitutionnalité résultant de l'application de la loi ?

Adoptant une démarche « réaliste », il arrive au Conseil constitutionnel, malgré sa pétition de principe en sens contraire⁶⁹⁵, de projeter son analyse contentieuse au stade de l'application de la loi (il fait parfois preuve de prescience dans le cadre du contrôle *a priori*)⁶⁹⁶. Mais sauf erreur, il n'a jamais, dans le cadre de la QPC, censuré une disposition de loi parce que son application révélait une inconstitutionnalité (contrairement à ce que peut juger la Cour italienne⁶⁹⁷). On peut en être surpris dans la mesure où, en théorie, il n'est pas unimaginable qu'une loi ancienne ait pu produire des effets à ce point pervers qu'elle puisse se révéler inconstitutionnelle (notamment quand est en cause le principe d'égalité). Néanmoins, la **QPC 2011-123** montre bien que, dans ce cas, le juge constitutionnel souhaite se montrer prudent, considérant que l'erreur d'appréciation commise par le législateur ne peut constituer une cause d'inconstitutionnalité au seul motif qu'elle se constate *a posteriori*⁶⁹⁸.

En revanche, il recourt aux réserves d'interprétation dont on doit considérer que, dans leur diversité, elles lui permettent d'identifier la norme qui, selon lui, sera constitutionnellement adaptée à la réalité des faits à laquelle elle s'appliquera. Ce faisant, il se livre à une *projection des faits* auxquels donnera naissance l'application de la loi. Ainsi, par exemple, dans la **QPC 2010-71**, le Conseil constitutionnel indique que l'article L 351 du code de la santé publique reconnaît à toute personne hospitalisée sans son consentement le droit de se pourvoir par simple requête à tout moment devant le juge judiciaire pour qu'il soit mis fin à cette hospitalisation. Mais certaines pratiques incompatibles avec la protection effective de la liberté individuelle ont fondé des condamnations de la France par la Cour européenne des droits de l'homme pour délai excessif des jugements. Le Conseil constitutionnel juge donc que le droit à un recours juridictionnel effectif impose que le juge judiciaire soit tenu de statuer sur la demande de sortie immédiate « *dans les plus brefs délais* » (telle est la réserve !)

⁶⁹⁵ Exprimée dans la décision n° 83-162 DC des 19 et 20 juillet 1983, *Démocratisation du secteur public*, cons. n° 85 : « *Considérant que la seule éventualité d'abus contraires à la Constitution dans l'application d'une disposition législative n'entraîne pas l'inconstitutionnalité de celle-ci* ».

⁶⁹⁶ Le Conseil constitutionnel a, par exemple, ainsi procédé dans la décision n° 93-329 du 13 janvier 1994, *Révision de la loi Falloux*, Rec. p. 9.

⁶⁹⁷ Pour un exemple éclairant parmi d'autres, lire l'arrêt de la Cour constitutionnelle italienne n° 519 du 28 décembre 1995 sur le délit de mendicité, *Giur. cost.* 1995, p. 4354 et s.

⁶⁹⁸ Est ainsi assurée la cohérence entre le contrôle exercé *a posteriori* dans le cadre de la QPC et le contrôle exercé *a priori* sur le fondement de l'article 61 de la Constitution (Commentaires aux *Cahiers*).

compte tenu de la nécessité éventuelle de recueillir des éléments d'information complémentaires sur l'état de santé de la personne hospitalisée.

V / 5^{ème} hypothèse : la prise en compte des situations de fait par la modulation des effets des déclarations d'inconstitutionnalité (y compris des réserves d'interprétation) ; la prise en compte des conséquences de la décision du Conseil constitutionnel

a) - Cette hypothèse est différente de la précédente (même si elle en est proche) en ce sens que ce sont, ici, les conséquences de ses décisions que le juge constitutionnel prend en considération. Plus précisément, il recourt à la modulation des effets de ses déclarations d'inconstitutionnalité comme le lui permet l'article 62 de la Constitution.

Le considérant de principe de ses décisions est le suivant : « si, en principe, la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la QPC et la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliquée dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel, les dispositions de l'article 62 de la Constitution réservent au Conseil constitutionnel le pouvoir tant de fixer la date de l'abrogation et reporter dans le temps les effets d'une déclaration d'inconstitutionnalité que de prévoir la remise en cause des effets que la disposition a produits avant l'intervention de cette déclaration » (**QPC 2011-108, 2011-110, 2011-112**).

Partant, il projette, là encore, son analyse sur les conséquences en fait que pourra avoir le constat d'une inconstitutionnalité. Et si ces conséquences sont néfastes, il n'hésitera pas à recourir à la modulation des effets de sa déclaration d'inconstitutionnalité.

Dans la **QPC 2011-112**, par exemple, le Conseil a souligné le fait que l'abrogation des dispositions contestées (article 618-1 du code de procédure pénale) avait pour effet, en faisant disparaître l'inconstitutionnalité constatée, un retour à l'état du droit antérieur à la loi du 15 juin 2000 (*id est*, supprimer les droits reconnus à la partie civile par cet article, d'autant que la requérante, en l'espèce, demandait la censure de cet article non pas pour ce qu'il prévoit, mais en tant « qu'il ne prévoit pas »). Il s'agit d'une conséquence dommageable de sa décision, en sorte qu'il décide de reporter au 1^{er} janvier 2012 l'abrogation des dispositions contestées afin de laisser au législateur le soin d'apprécier les suites à donner à la déclaration d'inconstitutionnalité (le Conseil constitutionnel notant bien, ici, qu'il ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation de même nature que le Parlement). Dans la **QPC 2012-83**, le Conseil constitutionnel fait également le choix du report eu égard aux « conséquences manifestement excessives » que l'abrogation immédiate des dispositions incriminées pourrait avoir. Cette abrogation différée peut s'accompagner, d'ailleurs, d'une obligation mise à la charge des juges saisis d'un contentieux dont le traitement dépend des dispositions censurées de surseoir à statuer jusqu'à la date de l'abrogation (cf. **QPC 2010-1**).

b) - Ce qui est remarquable, aussi, est que le Conseil constitutionnel n'a pas hésité à appliquer l'article 62 de la Constitution à une réserve d'interprétation formulée par lui. Dans la **QPC 2010-62**, en effet, pour la première fois, il module les effets dans le temps d'une réserve d'interprétation en décidant qu'elle n'est applicable qu'aux cas de mise en œuvre de l'article 148 du code de procédure pénale après la date de publication de sa décision. Là encore, le Conseil constitutionnel a pris en compte, dans l'intérêt de la sécurité juridique, les conséquences excessives qui auraient conduit, par application stricte de la réserve, à invalider des procédures antérieures (en résumé, appliquer désormais une procédure contradictoire

devant le juge des libertés et de la détention, s'agissant des demandes de mise en liberté formées par les personnes en détention provisoire).

VI / 6^{ème} hypothèse : même la norme constitutionnelle peut être éclairée par les données factuelles.

Ainsi en est-il lorsque le Conseil constitutionnel (il l'a toujours fait) interprète le droit au travail mentionné au 5^{ème} alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 en laissant une large marge d'appréciation au législateur et en ne lui imposant pas l'obligation de procurer un emploi à toute personne, marché du travail oblige. Dans la **QPC 2010-98**, le Conseil constitutionnel indique clairement qu'« *il incombe au législateur, compétent en vertu de l'article 34 de la Constitution pour déterminer les principes fondamentaux du droit du travail, de poser des règles propres à assurer, conformément aux dispositions du Préambule de 1946, le droit pour chacun d'obtenir un emploi tout en permettant l'exercice de ce droit par le plus grand nombre* » (cons. n° 3). La norme constitutionnelle est en quelque sorte conditionnée par la réalité du marché de l'emploi.

La **QPC 2010-45** est également topique de ce point de vue en ce que (ce n'est pas nouveau) elle détermine les contours de la liberté de communication et de la liberté d'entreprendre en se référant explicitement à la réalité des faits. Dans le considérant n° 5, le Conseil estime « *qu'en l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services dans la vie économique et sociale, notamment pour ceux qui exercent leur activité en ligne, l'encadrement (...) du choix et de l'usage des noms de domaine sur internet affecte la liberté de communication et la liberté d'entreprendre* ». La libre communication des pensées et des opinions consacrée par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen doit naturellement s'adapter à des domaines nouveaux.

5 - Ceci dit, le Conseil constitutionnel s'autolimite dans son office en n'allant pas au-delà d'un certain seuil dans son appréhension du fait. Outre le fait qu'il confirme, en matière de QPC, qu'il n'a pas un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement (**QPC 2012-288** par exemple), on relèvera que :

- dans la **QPC 2010-39** précitée, il est très clair lorsqu'il estime, dans le considérant n° 10 de la décision, qu'il ne lui appartient pas de « *substituer son appréciation à celle du législateur sur les conséquences à tirer, en l'espèce, de la situation particulière des enfants élevés par deux personnes du même sexe* ». Comme le précise le commentaire aux Cahiers, c'est dire que, comme en 1975 à propos de l'IVG, comme en 1994 à propos de la sélection des embryons, le Conseil ne souhaite pas prendre position sur l'homoparentalité ; dans tous ces cas, en effet, il s'agit de questions de société ne se déprenant pas de données factuelles (techniques et scientifiques, mais liées, aussi, à l'évolution des mœurs) pour lesquelles seul le législateur est compétent. On retrouve la même logique dans la **QPC 2010-92** s'agissant de la notion de couple, la question étant de savoir si le principe d'égalité imposait que les couples formés de personnes de même sexe se voient reconnaître les mêmes droits que les couples composés d'un homme et d'une femme ⁶⁹⁹.

- on notera aussi que dans la **QPC 2010-14-22** sur la garde à vue, le Conseil constitutionnel refuse de porter son contrôle sur les *conditions matérielles* de la garde à vue (les requérants

⁶⁹⁹ La logique est la même dans la **QPC 2010-2** à propos de la loi dite « Anti-Perruche ».

estimaient que ces conditions matérielles méconnaissent la dignité de la personne). Il estime que la méconnaissance éventuelle de l'exigence du respect de la dignité humaine dans l'application des dispositions législatives précitées n'a pas, en elle-même, pour effet d'entacher ces dispositions d'inconstitutionnalité. Il s'agit là d'un classique éprouvé...

Si la QPC a manifestement une influence sur la nature du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel ⁷⁰⁰, force est de constater que, sauf rares exceptions, celui-ci n'a pas modifié les cadres classiques du raisonnement qui est le sien dans le contrôle *a priori*. Il est clair, en effet, qu'il n'est jamais fait allusion, dans les décisions jusque-là rendues, au cas d'espèce. Le Conseil constitutionnel n'évoque pas les faits de l'espèce, ne serait-ce que par prétérition. Il s'en tient à une perception subliminaire des *adjudicative facts* alors, pourtant, que l'on pourrait penser que « ce qui est demandé au Conseil constitutionnel (...) est d'apprécier non pas d'une manière abstraite, même *a posteriori*, si la disposition législative critiquée est en elle-même conforme ou contraire à la Constitution, mais de juger si l'atteinte apportée par la disposition contestée, dans les circonstances de l'espèce, aux droits et libertés garantis par la Constitution, est telle qu'elle justifie que ladite disposition législative soit immédiatement, pour l'avenir et sans doute, en pratique, même à l'égard d'effets issus d'un passé qui se prolonge, extraite sous cette forme de notre ordre juridique » ⁷⁰¹.

Les hypothèses rapidement décrites plus haut montrent, en revanche, que le juge constitutionnel n'est, cependant, pas un « ascète » qui serait totalement coupé de l'environnement factuel qui l'entoure. On aimerait cependant qu'il aille au-delà d'une attitude infraliminale...

⁷⁰⁰ Que l'on se reporte aux propos éclairants du « point de vue du Professeur », in *La question prioritaire de constitutionnalité. Pratique et contentieux*, sous la direction de X. Magnon, *op. cit.* p. 12 et s.

⁷⁰¹ *Ibid.*, p. 14, les italiques sont dans le texte.

SECTION 3 - LE CARACTERE CONCRET DU CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE A POSTERIORI DANS LES MODELES ESPAGNOL, ITALIEN ET FRANÇAIS

Claire Lagrave,

*Doctorante contractuelle,
ILF-GERJC, Aix-Marseille Université*

Annoncée, avec un peu d'emphase sans doute, comme une nouvelle voie de droit ouverte aux justiciables pour saisir le juge constitutionnel, la question prioritaire de constitutionnalité française portait en elle beaucoup d'espoir de rénovation de l'institution, souvent malmenée mais désormais bien située, que constitue le Conseil constitutionnel. Cette présentation elliptique de la procédure – il ne s'est jamais agi de permettre une saisine directe de l'institution – permettait en outre de s'interroger sur l'évolution du type de contentieux devant le juge constitutionnel : dépassant le cadre classique du contrôle *a priori* et, de fait, nécessairement abstrait⁷⁰², l'on aurait pu penser, dès lors, que la QPC consacrerait l'apparition d'un contentieux subjectif de protection des droits des individus au cours duquel le mouvement de concrétisation du contrôle se serait largement affirmé. Cette nouvelle procédure se serait alors posée comme le pendant nécessaire, comme on le trouve à l'étranger⁷⁰³, d'un contrôle purement objectif et abstrait préexistant. Pour autant, elle demeure jusqu'à présent, si ce n'est en dehors, du moins en retrait des diverses considérations concrètes telles que peuvent en connaître d'autres juges constitutionnels européens. De ce point de vue, les exemples espagnol (question d'inconstitutionnalité et recours d'*amparo*) et italien (question préjudicielle de constitutionnalité) permettent d'établir une comparaison enrichissante et éclairante pour le contentieux constitutionnel français de par leur proximité sur le plan tant structurel et fonctionnel que procédural. Il s'agit en effet de trois cours constitutionnelles que l'on rattache au modèle européen de justice constitutionnelle et qui connaissent de recours constitutionnels relativement proches⁷⁰⁴. L'« exception » française, régulièrement évoquée en matière de contrôle de constitutionnalité et à nouveau questionnée depuis l'entrée en vigueur de la QPC⁷⁰⁵, sera ainsi soulignée, mais également, dans une large mesure, atténuée.

Le caractère concret du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* est souvent évoqué comme élément de classification des modèles de justice constitutionnelle, et en premier lieu pour distinguer le modèle américain du modèle européen, mais sa définition manque parfois de clarté et de précision quant à ce qu'elle recouvre exactement. Il est légitime alors de se

⁷⁰² Ce qui doit d'ores et déjà être relativisé, des éléments de concrétisation du contrôle, selon la définition plus ou moins large que l'on retient, s'infiltrant régulièrement dans la prise de décision. V. notamment J.-J. Pardini, *Le juge constitutionnel et le fait en Italie et en France*, Coll. Droit public positif, Economica – PUAM, 2001, 442 p.

⁷⁰³ Les juges constitutionnels allemand, espagnol, italien, notamment, ont consacré l'existence de ce double contrôle abstrait et concret à travers les différentes voies de droit qui permettent leur saisine.

⁷⁰⁴ Afin d'encadrer le propos, seuls les recours constitutionnels *a posteriori* relatifs à la garantie des droits fondamentaux reconnus par la norme suprême seront mentionnés.

⁷⁰⁵ Voir par exemple : G. Tusseau, « La fin d'une exception française ? », *Pouvoirs*, n° 137, 2011, pp. 5-17 ; O. Le Bot, « La garantie des droits fondamentaux : la QPC met-elle fin à l'exception française ? », *Les Cahiers de l'Institut Louis Favoreu*, à paraître, pp. 141-145.

demander si la QPC française, dernière née dans la famille des recours constitutionnels européens, s'inscrit dans la lignée de ses prédécesseurs en matière de contrôle exercé par le juge constitutionnel ou si elle maintient le statut particulier du Conseil constitutionnel. Assurément, la réponse à cette question amènera à constater la singularité de la procédure française, mais celle-ci est en pleine construction, et donc mutation, et ce particularisme tendra, sans doute, à s'atténuer au fil des années, voire à disparaître totalement pour se fondre dans le moule préparé par les cours européennes plus avancées en la matière.

Il ressort de l'étude qu'il existe, dans les modèles étudiés, une concrétisation nuancée du contrôle de constitutionnalité (I), les modèles espagnol et italien étant, sur ce point, plus avancés, moins réticents à admettre une certaine influence des faits, au sens large du terme, sur leur décision. En cela, il est utile de se demander s'ils pourraient constituer un modèle à suivre pour le Conseil constitutionnel, une incitation à faire évoluer sa position apparemment tranchée sur la question du contrôle concret des normes (II).

I / Une concrétisation nuancée du contrôle de constitutionnalité

Avant de s'intéresser aux distinctions, plus ou moins évidentes, qui existent entre les systèmes constitutionnels évoqués (B), il s'agit tout d'abord d'aborder la notion même de contrôle concret afin de tenter d'en définir les contours (A).

A) Une définition délicate de la notion de contrôle concret

Selon la définition retenue par le *Dictionnaire constitutionnel* d'Olivier Duhamel et Yves Mény, le contrôle exercé par le juge constitutionnel revêt un caractère concret lorsque « *la question de la conformité de la loi à la norme fondamentale se pose à l'occasion d'un procès dont un juge est saisi [...] et dans lequel il a à appliquer la norme litigieuse (de telle sorte que l'on a affaire à un contrôle a posteriori de la constitutionnalité des lois). En d'autres termes, est soulevée devant le juge une exception d'inconstitutionnalité* »⁷⁰⁶. Le contrôle est donc concret parce qu'il ne s'inscrit pas dans l'abstrait mais dans un contexte particulier, ce qui sous-tend l'idée d'une forme de perméabilité du contrôle aux faits, du moins à certains faits.

Cependant, cette définition ne permet pas de percevoir les subtilités de la notion de contrôle concret. Classiquement, la distinction contrôle abstrait/contrôle concret s'entend d'un point de vue procédural, afin de distinguer l'origine de la question de constitutionnalité à laquelle doit faire face le juge constitutionnel. Ainsi, la Cour suprême des Etats-Unis exerce-t-elle un contrôle concret puisque la question a été posée au cours d'un litige concret, devant le juge de droit commun. Au contraire, le juge européen, tel que représenté dans le modèle élaboré par Louis Favoreu, exerce-t-il un contrôle abstrait, sa saisine intervenant en dehors de tout procès, au sens classique du terme. Cette définition est souvent retenue comme critère de distinction des différents recours devant le juge constitutionnel et parfois même directement dans le texte constitutionnel : ainsi, la Constitution du Canton de Saint-Gall en Suisse comprend un article 81 intitulé « Contrôle concret des normes » qui dispose que « *Les autorités juridictionnelles contrôlent la conformité des dispositions des lois et des ordonnances au droit supérieur à l'occasion de leur application dans un cas concret* ».

⁷⁰⁶ O. Duhamel et Y. Mény (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, 1^{ère} édition, 1992, PUF, p. 227.

L'article 100 de la Loi fondamentale allemande évoque cette même notion de « Contrôle concret des normes » dont elle détaille plus longuement, mais dans le même sens, la portée. L'application des lois au cas concret au cours d'une instance est ainsi assimilée au contrôle concret de la norme législative.

En ce sens, les questions de constitutionnalité que l'on trouve dans les modèles espagnol, italien ou français, désormais, répondent sans aucun doute possible au critère du contrôle concret. Mais dans ce premier sens, la définition est en réalité incorrecte au sens littéral : elle ne permet pas de décrire la nature du contrôle exercé mais simplement l'origine, la source du moyen d'inconstitutionnalité sur lequel portera ensuite le contrôle du juge constitutionnel. Il y aurait donc derrière cette expression une sorte de présomption du caractère concret du contrôle de constitutionnalité : parce que le « litige constitutionnel » naît au cours d'une instance exposant des prétentions individuelles spécifiques au cas d'espèce, le contrôle exercé par le juge constitutionnel sera nécessairement concret. Or si cette hypothèse se vérifie dans un certain nombre de cas (et dans une certaine mesure), notamment dans le cas du modèle de la Cour suprême des Etats-Unis, étalon initial du critère, elle est contredite par la réalité d'autres systèmes, parmi lesquels le plus évident : la question prioritaire de constitutionnalité du Conseil constitutionnel français. Le fait que la question de constitutionnalité posée au juge constitutionnel émerge d'une instance particulière ne garantit à aucun moment que le contrôle constitutionnel exercé par la suite revête un caractère plus ou moins concret. Cette distinction est en outre « inexacte » puisque les recours directs en protection des droits fondamentaux seraient alors exclus du contrôle concret et basculeraient, mal à propos, dans la catégorie des contrôles dits abstraits ⁷⁰⁷.

Au-delà de l'aspect procédural, l'expression est donc employée afin de qualifier le type de contrôle exercé par le juge constitutionnel lors de son office. C'est sur ce point que la distinction entre différents modèles de justice constitutionnelle nécessite une attention particulière. Se pose la question de savoir si ce critère ne serait pas le point déterminant, la pierre angulaire permettant une réelle évaluation et classification des systèmes de justice constitutionnelle. Si l'on s'intéresse en particulier aux modèles européens, et, en ce qui nous concerne, aux modèles espagnol, italien et français, il semble que c'est sur ce point précis qu'il existe une subtilité particulière qui mérite une analyse plus approfondie.

La définition du contrôle selon le dictionnaire Larousse est « *l'action de contrôler quelque chose, quelqu'un, de vérifier leur état ou leur situation au regard d'une norme* ». Le juge constitutionnel exerçant sa fonction de contrôle de constitutionnalité exerce donc une action, une démarche positive, de vérification de la situation d'un acte par rapport à la norme constitutionnelle, paramètre du contrôle. Il dresse un constat objectif de la situation de la norme législative, de sa conformité à la Constitution et, partant, de sa validité pour le futur. En suivant cette définition, le contrôle concret consisterait alors en la vérification objective de l'acte en cause au regard de la Constitution, en intégrant à un moment donné l'élément concret, le contexte général ou spécial, comme paramètre du contrôle. Mais ce ne peut être un paramètre simplement juxtaposé, la fonction du juge constitutionnel se limitant à la confrontation des dispositions contestées à la norme suprême, il ne serait ni possible, ni souhaitable d'ajouter un contrôle parallèle, que l'on qualifierait de concret. Ce n'est d'ailleurs pas ce qui est sous-entendu dans l'expression « contrôle concret ». Celle-ci fait référence à un contrôle unique, le contrôle de constitutionnalité, auquel est intégré le caractère concret. Il faut alors entendre cette forme de contrôle comme intégrant les « faits » (de manière large)

⁷⁰⁷ J. Pini, *Recherches sur le contentieux de constitutionnalité*, Thèse, Aix-en-Provence, 1997, p. 326.

comme filtre du contrôle abstrait originaire, organisant un « pur rapport de norme ». Dans cette hypothèse, le juge constitutionnel confronte l'acte en cause à la Constitution par le prisme du « concret ». L'image du prisme renvoie en outre à deux idées : c'est tout d'abord celle de la décomposition du raisonnement en autant d'éléments distincts et donc appréhendables dans leur ensemble et dans leur individualité de ce qui forme les enjeux réels de la décision que les juges constitutionnels s'appêtent à rendre : la concrétisation permet d'inscrire la motivation de la décision du juge constitutionnel dans une réalité ; elle n'est plus « nimbé[e] dans l'éther constitutionnel »⁷⁰⁸, ni homogène aux dépens des particularismes. En second lieu, le prisme renvoie à l'idée de déviation : l'intégration d'éléments de concrétisation du contrôle amène nécessairement à dévier la solution qui émerge de la confrontation, par comparaison à l'exercice d'un contrôle abstrait. A ce sujet, plus qu'une déviation, Gustavo Zagrebelsky évoque, à propos de la Cour constitutionnelle italienne, un véritable « renversement de perspective » : « *A l'origine, on disait : nous nous débarrassons de la loi contraire à la Constitution et, par voie de conséquence, nous protégeons les droits constitutionnels qu'elle a violés ; aujourd'hui, on devrait dire : nous protégeons les droits constitutionnels et, par conséquent, nous éliminons la loi qui les méconnaît* »⁷⁰⁹. D'un « pur rapport de norme » produisant des effets involontaires et par ricochet sur les situations individuelles ou plus générales, l'intégration d'éléments concrets fait basculer le contrôle de constitutionnalité dans la confrontation de normes nécessairement « vivantes », au sens du droit vivant tel que défini par la doctrine italienne⁷¹⁰. L'exercice d'un contrôle concret permet alors de faire émerger le caractère subjectif du contentieux constitutionnel.

Cependant, là encore, la définition ne permet pas de faire apparaître les différents degrés de concrétisation du contrôle. Selon les institutions et les cultures juridiques, l'approfondissement d'un contrôle concret sera plus ou moins encouragé : celui-ci suppose une action positive du juge en faveur de l'intégration d'éléments factuels qui n'étaient pas intrinsèquement liés à la norme contrôlée ou à la norme paramètre du contrôle. Dès lors que ces éléments s'imposent au juge et ne peuvent être détachés de la norme, il peut n'exercer qu'un contrôle abstrait, de norme à norme, l'une des deux supportant simplement un « passif » factuel sur lequel le juge n'a pas de prise. C'est l'exemple du Conseil constitutionnel français, qui, à quelques exceptions près, lorsqu'il est confronté à ce cas de figure, rejette les prétentions trop problématiques (on peut évoquer ici la décision sur le

⁷⁰⁸ D. Ribes, « Le réalisme du Conseil constitutionnel », *C.C.C.*, 2007, n° 22, p. 132.

⁷⁰⁹ G. Zagrebelsky, « Les caractères réaliste et concret du contrôle de constitutionnalité des lois en Italie », *C.C.C.*, n° 22, 2007, p. 154.

⁷¹⁰ Cette doctrine, désormais ancienne, propre à la Cour constitutionnelle italienne (on ne la retrouve pas par exemple devant le Tribunal constitutionnel espagnol), est issue d'une décision de la Cour de 1956 (décision n° 3 de 1956, *Giur. cost.* 1956, p. 568 et s.) à partir de laquelle le juge constitutionnel s'estime désormais « dûment » tenu de prendre en compte « *une interprétation jurisprudentielle constante qui confère au précepte législatif sa valeur effective dans la vie juridique, s'il est vrai – et cela est vrai – que les normes ne sont pas telles qu'elles apparaissent fixées dans l'abstrait, mais telles qu'elles sont appliquées dans l'œuvre quotidienne du juge qui s'attache à les rendre concrètes et efficaces* » (paragr. 6, « *Considerato in diritto* », traduction tirée de l'article de G. Zagrebelsky : « La doctrine du droit vivant », *A.I.J.C.*, 1986, vol. II, p. 56). Cette notion a fait l'objet de nombreux écrits, parmi lesquels la thèse de C. Severino, *La doctrine du droit vivant*, Coll. Droit public positif, Economica-PUAM, 2003, 282 p. ; T. Di Manno, « Réserve d'interprétation et « droit vivant » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in B. Mathieu et M. Verpeaux, *La constitutionnalisation des branches du droit*, Actes de l'atelier du III^e Congrès de l'Association française des constitutionnalistes, Economica – P.U.A.M., coll. Droit public positif, 1998, pp. 27-54 ; N. Maziau, « Brefs commentaires sur la doctrine du droit vivant dans le cadre du contrôle incident de constitutionnalité », *Recueil Dalloz*, 2011, n°8, pp. 529-535.

mariage entre personne du même sexe⁷¹¹ dans laquelle le Conseil constitutionnel laisse au législateur le soin de trancher la question, alors même que la Cour de cassation, dans sa décision de renvoi, invoquait comme justificatif au caractère nouveau le fait que « les questions posées font aujourd'hui l'objet d'un large débat dans la société, en raison, notamment, de l'évolution des mœurs et de la reconnaissance du mariage entre personnes de même sexe dans les législations de plusieurs pays étrangers ») ou élève son raisonnement à un niveau d'abstraction lui permettant d'échapper à l'emprise des faits : c'est par exemple le cas du contentieux relatif au principe d'égalité (et ses corollaires), invoqué quasi systématiquement dans les requêtes mais qui ne donne proportionnellement pas lieu à un nombre élevé de censure, le Conseil interprétant la notion de manière prudente⁷¹². Il limite ainsi son intervention quant à la détermination de la portée d'un droit dont l'aspect concret rejaillit à plusieurs niveaux : ainsi, le professeur Rubio Llorente décrit ce principe comme « le foyer de la tension entre le législateur et le juge, entre la politique et le Droit, et, par conséquent, son application est celle qui suscite le plus fréquemment les accusations d'activisme judiciaire ou d'abdication du juge face à l'arbitraire du législateur »⁷¹³.

La Cour italienne a une approche plus audacieuse sur ce point : elle s'est notamment reconnu la possibilité de confronter la loi, non seulement à la Constitution, mais aussi aux autres lois dès lors qu'elles interfèrent avec les dispositions contestées au nom du principe d'égalité⁷¹⁴. La concrétisation passe ici par la référence au contexte législatif dans lequel s'inscrit la norme objet du contrôle. La Cour illustre ici l'exercice d'un véritable contrôle concret : des éléments exogènes à la question de constitutionnalité sont intégrés dans le raisonnement du juge constitutionnel, associés à la norme, par un acte de volonté de celui-ci. De même, les lois qui entretiennent un « excès de généralité » de nature à « sacrifier les cas concrets » sont déclarées contraires à la Constitution⁷¹⁵.

La frontière entre contrôle concret et contrôle de l'opportunité de l'action du législateur, clairement et régulièrement rejeté par le Conseil constitutionnel⁷¹⁶, est toutefois tenue. Lorsque le Conseil affirme, dans un considérant de principe issu du contrôle *a priori* et actualisé, qu'il est « à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, d'adopter des dispositions nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité » et « que l'article 61-1 de la Constitution, à l'instar de l'article 61, ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement », il se place à un niveau d'abstraction élevé derrière lequel il peut se retrancher si nécessaire. Cette limite à l'étendue du contrôle du juge est confirmée par le Tribunal constitutionnel espagnol : il considère que « la Constitution, comme champ normatif,

⁷¹¹ CC, 2010-92 QPC, 28 janvier 2011, *Mme Corinne C. et autre [Interdiction du mariage entre personnes du même sexe]*, *J.O.* p. 1894.

⁷¹² F. Melin-Soucramanien, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ? », *C.C.C.*, n° 29, 2010, pp. 96-100.

⁷¹³ F. Rubio Llorente, « La igualdad en la jurisprudencia del tribunal constitucional », *Revista española de derecho constitucional*, n° 31, 1991, p. 35. Cité par F. Melin-Soucramanien, p. 99.

⁷¹⁴ L. Paladin, « Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza », *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, vol. I, Cedam, Padoue, 1985, p. 605. Cité par F. Melin-Soucramanien, p. 97.

⁷¹⁵ G. Zagrebelsky, « Les caractères réaliste et concret du contrôle de constitutionnalité des lois en Italie », art. cit., p. 157.

⁷¹⁶ CC, 2010-2 QPC, 11 juin 2010, *Mme Viviane L. [Loi dite « anti-Perruche »]*, *J.O.* p.10847, cons. 4 ; CC, 2010-39 QPC, 6 octobre 2010, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B. [Adoption au sein d'un couple non marié]*, *J.O.* p. 18154, cons. 9 ; CC, 2010-8 QPC, 18 juin 2010, *Epoux L. [Faute inexcusable de l'employeur]*, *J.O.* p. 11149, cons. 8.

laisse au législateur des marges plus ou moins importantes au sein desquelles il peut convertir en loi ses préférences idéologiques, ses options politiques et des jugements d'opportunité »⁷¹⁷. Il existe une variation de degré au sein des différentes cours constitutionnelles entre ce qu'elles estiment échapper complètement à leur compétence, le véritable jugement en opportunité introduisant une casuistique nuisible à l'objectivité et l'impartialité du juge, et le contrôle de l'objectif recherché par la disposition ou la norme contestée.

Enfin, le contrôle concret s'applique aussi bien à la norme contrôlée qu'à partir de la norme paramètre du contrôle : le juge constitutionnel peut interpréter ses normes de référence à la lumière d'éléments factuels généraux qui influent directement sur la portée du droit en cause. Le Conseil constitutionnel actualise ainsi par exemple la portée de la liberté de communication consacrée à l'article 11 de la Déclaration de 1789 en tenant compte de « l'état actuel des moyens de communication » et du « développement généralisé des services de communication au public en ligne » ainsi que de « l'importance prise par ces services dans la vie économique et sociale, notamment pour ceux qui exercent leur activité en ligne »⁷¹⁸. Le Tribunal constitutionnel peut également prendre en compte la « fonction sociale » du droit à la propriété privée « comme facteur déterminant de la délimitation juridique de son contenu », ce qui démontre que « la Constitution ne retient pas une dimension abstraite de ce droit mais une portée subjective [...] sous réserve des limitations imposées par la loi pour sauvegarder les droits ou intérêts légitimes d'autrui ou de l'intérêt général »⁷¹⁹.

La définition du contrôle concret apparaît donc particulièrement délicate à systématiser⁷²⁰ et la tâche n'est pas plus aisée lorsque l'on s'essaye à comparer les différentes appréciations de la notion par les cours constitutionnelles.

B) Une appréciation diversifiée du caractère concret du contrôle de constitutionnalité

Remettant en cause l'antagonisme classique entre modèle européen et modèle américain de justice constitutionnelle, le Professeur Rubio Llorente proposait dès 1996 de repenser la classification : il distingue ainsi entre le modèle qui « tend à assurer la constitutionnalité de la loi et, face à lui, celui qui vise à garantir l'effectivité des droits fondamentaux »⁷²¹. Cette distinction fait apparaître clairement la scission qui existe au sein même du modèle européen classique, dont le point névralgique se situe au niveau du type de contrôle exercé par le juge constitutionnel : l'hostilité manifeste du Conseil constitutionnel à l'égard du contrôle concret le situe en grande partie dans la première catégorie (1), là où le développement d'un contrôle partiellement subjectif permet aux juges espagnol et italien d'intégrer la seconde catégorie (2).

⁷¹⁷ Tribunal constitutionnel, sentence n° 11/1981 du 8 avril 1981.

⁷¹⁸ CC, 2010-45 QPC, 6 octobre 2010, *M. Mathieu P. [Noms de domaine Internet]*, *Rec.* p. 270. Cette argumentation n'est pas nouvelle cependant : R. A. Roux, « Liberté de communication dans la jurisprudence constitutionnelle française », *A.I.J.C.*, 1987, vol. III, pp.317-343.

⁷¹⁹ Tribunal constitutionnel, sentence n°37/1987 du 26 mars 1987, *Fondements juridiques*, par. 2.

⁷²⁰ Comme le relevait déjà C. Severino dans son ouvrage de 2003, *La doctrine du droit vivant*, *op. cit.*, et comme le constate à nouveau notamment M. Fatin-Rouge Stefanini : « La singularité du contrôle exercé *a posteriori* par le Conseil constitutionnel : la part de concret et la part d'abstrait », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n°38, 2013, p. 211 et s.

⁷²¹ F. Rubio Llorente, « Tendances actuelles de la justice constitutionnelle en Europe », *A.I.J.C.*, 1996, vol. XII, pp.16-17.

1° - L'affirmation ancienne d'un contrôle résolument abstrait appliquée à la QPC

Ce sont tout d'abord les textes qui ont encadré la compétence du Conseil constitutionnel en l'amenant à maintenir un contrôle éminemment objectif et abstrait : la loi organique du 10 décembre 2009, complétant l'ordonnance organique relative au Conseil constitutionnel du 7 novembre 1958, dispose en son article 23-9 que « *Lorsque le Conseil constitutionnel a été saisi de la question prioritaire de constitutionnalité, l'extinction, pour quelque cause que ce soit, de l'instance à l'occasion de laquelle la question a été posée est sans conséquence sur l'examen de la question* ». De même l'exigence d'un mémoire distinct de la requête initiale, prévue à l'article 23-1 de l'ordonnance et rappelée à l'article 23-5, vient-elle conforter la scission entre le procès de droit commun et le procès constitutionnel. Le Conseil constitutionnel a validé cet encadrement de ses fonctions nouvelles⁷²², en apportant des précisions sur l'interprétation de certaines dispositions. Il approuve par exemple l'exigence d'un écrit distinct et motivé au prétexte officiel de la célérité de la justice constitutionnelle : cela doit « permettre que la juridiction saisie puisse juger, dans le plus bref délai afin de ne pas retarder la procédure »⁷²³. Il précise ensuite que les mémoires et conclusions mentionnés à l'article 23-7 de l'ordonnance doivent être entendus restrictivement comme « l'écrit ou le mémoire " distinct et motivé " ainsi que les mémoires et conclusions propres à [la] question prioritaire de constitutionnalité » puisqu'il n'est « pas compétent pour connaître de l'instance à l'occasion de laquelle la question prioritaire de constitutionnalité a été posée »⁷²⁴. Enfin, sur l'article 23-9, le Conseil constate, en le verbalisant clairement, « qu'en déliant ainsi, à compter de la saisine du Conseil constitutionnel, la question prioritaire de constitutionnalité et l'instance à l'occasion de laquelle elle a été posée », le législateur a pris acte du caractère particulier de la décision constitutionnelle et surtout des effets qui s'y attachent en vertu de l'article 62 de la Constitution⁷²⁵. Cette position constitue cependant davantage un vestige du contrôle *a priori*, qui ne laissait pas d'autre opportunité du contrôle de la loi entrée en vigueur, qu'une véritable exigence relative au type de contrôle exercé par le juge.

Cela n'exclut en outre que la question du cas concret spécifique. Le Conseil pourra rejeter les prétentions précises et particulières à l'espèce, mais cela ne limite pas, dans l'absolu, sa capacité à prendre en compte le « fait général ».

La Cour italienne tranche la question dans le même sens, en consacrant l'autonomie du jugement de constitutionnalité, mais le Tribunal constitutionnel espagnol, rejoint sur ce point par les juridictions constitutionnelles allemande ou belge, autorise au contraire le désistement du recours constitutionnel, à moins qu'un motif d'intérêt général ne s'y oppose (renoncement qui est toutefois plus facilement admis pour les questions d'inconstitutionnalité que pour les recours)⁷²⁶.

⁷²² CC, 2009-595 DC, 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-I de la Constitution*, Rec. p.206.

⁷²³ *Idem*, cons.8.

⁷²⁴ *Idem*, cons.27.

⁷²⁵ *Idem*, cons. 31.

⁷²⁶ T. Santolini, « Les parties dans le procès constitutionnel en droit comparé », C.C.C., n° 24, 2008, pp. 122-130.

De même, l'appréciation des conditions de recevabilité de la question échappe au Conseil constitutionnel au profit de l'intervention des « juges du filtre » qui sont, là encore, une spécificité française du contrôle *a posteriori*. En Italie, le juge de droit commun détient le monopole de l'appréciation de la pertinence de la question posée (contrôle de la *rilevanza* ⁷²⁷), mais la décision de renvoi à la Cour constitutionnelle doit être motivée. Celle-ci peut alors opérer un contrôle de la motivation du juge *a quo* et éventuellement conclure à une décision de rejet pour défaut de motivation (*difetto di motivazione*) ⁷²⁸. Sous couvert du contrôle de la motivation, c'est bien un contrôle indirect de la pertinence de la question par rapport aux faits du litige qui est exercé ⁷²⁹.

Parmi les conditions de recevabilité de la QPC, il est notamment exigé que la question soulevée présente un lien avec l'instance : « *La disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites* » (art. 23-2 de la loi organique du 10 décembre 2009, relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution) : le lien avec l'instance initiale peut être très détendu, il n'est pas requis que la QPC conditionne l'issue du litige, la décision du juge constitutionnel conditionne simplement, *a minima*, la reprise du procès devant le juge du fond, celui-ci étant lié toutefois par la décision du juge constitutionnel. Sur ce point également, il apparaît que le mécanisme de la QPC est en retrait face aux autres systèmes étudiés : ainsi, devant le Tribunal constitutionnel espagnol, la loi organique n° 2/1979 sur le Tribunal constitutionnel précise dans son article 35, paragraphe 2 que le juge ou le tribunal « doit préciser la loi, ou disposition ayant rang de loi, dont la constitutionnalité est mise en cause, indiquer l'article de la Constitution que l'on estime violé et spécifier et justifier en quoi *l'issue* de la procédure dépend de la validité de ladite disposition » ⁷³⁰. L'exigence est semblable pour la question préjudicielle devant le juge italien ⁷³¹.

Dans le cadre de la QPC, le juge constitutionnel français réfute les moyens l'incitant à prendre en compte des considérations concrètes pour apprécier plus justement la constitutionnalité d'une disposition législative : il énonce ainsi clairement qu'il n'entend pas « introdui[re] de dissociation entre le contrôle abstrait *a priori* et le contrôle abstrait *a posteriori* ». Il précise ensuite que « [sa] retenue [...] tient à la nature de ses pouvoirs qui “ne sont pas de même nature que ceux du Parlement” et ne lui permettent pas de substituer son appréciation à celle du législateur. En ce sens, le fait que l'éventuelle erreur est prévisible (dans le contrôle *a priori*) ou qu'elle a pu être constatée (dans le contrôle *a posteriori*) n'est

⁷²⁷ Un double examen est effectué par le juge du fond : le contrôle de la pertinence de la question posée (la *rilevanza*) et le contrôle de la *non manifesta infondatezza*, c'est-à-dire de l'absence de manque de fondement manifeste de la question posée : la question doit être suffisamment sérieuse.

⁷²⁸ Par exemple : Cour const. it., n°38 de 1959, *G.U.* n°164 de 1959 : la Cour constate un « *difetto di motivazione* » en ce qui concerne la « *rilevanza* » de la part du juge *a quo*.

⁷²⁹ A. Allen, Conférence des Cours constitutionnelles européennes, Rapport général : « Les relations entre les Cours constitutionnelles et les autres juridictions nationales, y compris l'interférence en cette matière, de l'action des juridictions européennes », XII^{ème} Congrès, Bruxelles, Palais d'Egmont, 14-16 mai 2002, sur internet : <http://www.confcoconsteu.org/>, p.24.

⁷³⁰ Nous soulignons.

⁷³¹ G. Zagrebelsky, « Caractères réaliste et concret du contrôle de constitutionnalité des lois en Italie », art. cit., p.154.

pas de nature à modifier le contrôle qu'exerce le Conseil constitutionnel sur l'adéquation de la mesure contestée au but poursuivi »⁷³².

Le Conseil constitutionnel rejette plus largement toute forme de « considérations éthiques et sociales qui relèvent de [la] seule appréciation [du législateur] »⁷³³ : il en est ainsi par exemple des considérations entourant la législation autour de la question sensible de l'indemnisation du préjudice résultant de la naissance⁷³⁴, de la situation différente des couples homosexuels et hétérosexuels au regard des règles du droit de la famille⁷³⁵ ou des couples mariés ou non en matière d'établissement de la filiation adoptive⁷³⁶.

2° - Le développement d'un contentieux subjectif relatif devant les juges italien et espagnol

Le Tribunal constitutionnel espagnol occupe une position intermédiaire entre l'approche très formaliste, positiviste, du Conseil constitutionnel et l'activisme marqué de la Cour constitutionnelle italienne. Il estime que son rôle doit être limité à rendre une décision en droit : ainsi, « il y a lieu de faire abstraction de tout élément de jugement qui ne serait pas strictement juridique, étant donné que toute autre chose serait en contradiction avec l'impartialité et l'objectivité du jugement inhérent à la fonction juridictionnelle, qui ne peut s'en tenir à des critères et règles incluant les convictions personnelles, étrangères à ceux de l'analyse juridique »⁷³⁷. Cette précision de la fonction du juge constitutionnel espagnol intervient toutefois dans le cadre d'une requête concernant le droit à la vie de l'embryon, question éminemment compliquée, à la marge du droit, de considérations religieuses, morales ou sociétales. Pour autant, elle reflète en partie la position prudente du juge constitutionnel espagnol. Ainsi par exemple, le juge constitutionnel peut se saisir d'office de moyens n'ayant pas été soulevés dans la requête et les parties n'ont que le droit de demander que la question soit posée au juge constitutionnel et ne peuvent l'imposer⁷³⁸, le déclenchement de la procédure restant dès lors une « prérogative exclusive du juge »⁷³⁹. Jusqu'en 2007, la participation des parties au procès incident de constitutionnalité n'était d'ailleurs même pas admise⁷⁴⁰. Dans tous les cas, « tous ceux qui sont autorisés à agir devant le Tribunal constitutionnel [...] remplissent une fonction publique, celle de mettre en marche les mécanismes d'apurement de l'ordonnancement juridique »⁷⁴¹. Il existe donc une déconnexion apparente entre les prétentions concrètes des parties et le procès constitutionnel. De même,

⁷³² Commentaire de la décision CC, 2011-123 QPC, 29 avril 2011, *M. Mohamed T. [Conditions d'octroi de l'allocation adulte handicapé]* (J.O. du 30 avril 2011, p.7536), pp.9-10.

⁷³³ CC, 2010-2 QPC, 11 juin 2010, précitée, cons. 14.

⁷³⁴ *Idem*.

⁷³⁵ CC, 2010-92 QPC, 28 janvier 2011, précitée.

⁷³⁶ CC, 2010-39 QPC, 6 octobre 2010, précitée.

⁷³⁷ Tribunal constitutionnel, sentence n°53/1985 du 11 avril 1985, *Fondements juridiques*, par.1.

⁷³⁸ Tribunal constitutionnel, sentence n°130/1994 du 9 mai 1994, cité par P. Bon, « La question d'inconstitutionnalité en Espagne », *Pouvoirs*, n°137, 2011, p.134.

⁷³⁹ Tribunal constitutionnel, ordonnance n°148/1986 du 25 novembre 1986, cité par P. Bon, « La question d'inconstitutionnalité en Espagne », art. cit., p.134.

⁷⁴⁰ G. Fernandez Farreres, « La reforma de la Ley Organica del Tribunal constitucional », *Revista española de derecho constitucional*, n°81, 2007, pp.11-62. L'admission de l'intervention des parties au procès initial étant intervenue à la suite de la condamnation de l'Espagne par la Cour européenne des droits de l'homme pour violation du droit au procès équitable de l'article 6, par. 1 de la Convention (CEDH, *Ruiz Mateos c. Espagne*, 23 juin 1993, req. n° 12952/87).

⁷⁴¹ Tribunal constitutionnel, sentence n°11/1981 du 8 avril 1981, *Fondements juridiques*, par. 2.

« l'autonomie absolue dans le déroulement du procès de constitutionnalité de manière tout à fait indépendante du sort du procès principal »⁷⁴² est réaffirmée régulièrement par la Cour constitutionnelle italienne : ainsi dans un arrêt de 1965⁷⁴³, elle déclare que « même si les intérêts des parties sont présents dans le procès constitutionnel, ils n'ont pas à être pris en compte dans le jugement de constitutionnalité, car celui-ci doit être dirigé vers la seule satisfaction d'intérêts objectifs ».

Il existe cependant un certain nombre d'éléments permettant d'apporter un tempérament important à ce contrôle abstrait de principe. Il s'agit par exemple de l'intégration des antécédents judiciaires dans la décision rendue par la juridiction constitutionnelle : les faits de l'espèce et la procédure suivie pour parvenir devant le Tribunal constitutionnel est détaillée longuement avant de s'intéresser aux fondements juridiques et au raisonnement constitutionnel. Les sentences du juge italien doivent comprendre les indications des motifs de fait et de droit⁷⁴⁴. Le juge a ici non seulement une connaissance « passive » des faits de l'espèce (le Conseil constitutionnel également, lors de la plaidoirie des parties), mais il les intègre ensuite « activement », comme élément à part entière de sa décision, et donc de sa motivation.

Il faut également noter que la Constitution espagnole elle-même admet l'existence d'opinions particulières en marge de la décision officielle, qui bénéficient de la même publicité au *Bulletin officiel de l'Etat*⁷⁴⁵. Si cela ne préjuge en rien de l'exercice d'un contrôle concret – quand bien même il faudrait noter que c'est une pratique que l'on retrouve dans le modèle de la Cour suprême des Etats-Unis par exemple, mais également en Allemagne, où le juge constitutionnel est particulièrement avancé dans la concrétisation de son contrôle – cela donne tout de même un certain signal aux observateurs extérieurs. La décision adoptée par le Tribunal n'est pas figée, elle a l'apparence de la légitimité du fait de la place laissée à l'expression d'opinions différentes fondées sur des considérations diverses qui n'apparaissent pas forcément dans le cadre d'un contrôle abstrait et objectif.

Le fait que les ordonnances de saisine du Tribunal constitutionnel par le juge ordinaire, dans le cadre de la question d'inconstitutionnalité, soient très largement détaillées concernant les motifs d'inconstitutionnalité que ce dernier a relevé permet également d'instaurer une sorte de « dialogue fructueux » entre les deux juridictions⁷⁴⁶, l'absence de filtrage par une Cour suprême facilitant la transmission et, dans le même temps, l'influence de l'appréciation du juge du cas d'espèce sur le juge constitutionnel.

En outre, le Tribunal constitutionnel a affirmé expressément le caractère concret (au sens procédural) des questions d'inconstitutionnalité : il ne peut être saisi que de questions portant sur la loi appliquée, c'est-à-dire sur la norme interprétée et produisant des effets sur des situations particulières, et pour s'en assurer le Tribunal rappelle que le juge ordinaire n'est pas habilité à s'interroger sur la constitutionnalité de la loi en termes abstraits, il doit relever

⁷⁴² G. Azzariti, « Discours du Président de la Cour constitutionnelle », *Giur. cost.*, 1957, p. 886 : cité par R. Ricci, *Le procès constitutionnel en Italie – L'élaboration d'un droit processuel constitutionnel*, Coll. Droit public positif, Economica – P.U.A.M., 1996, p.49.

⁷⁴³ Cour const. it., n° 75 de 1965, 6 décembre 1965, cité par T. Santolini, « La question prioritaire de constitutionnalité au regard du droit comparé », *RFDC*, n° 93, 2013, p. 103.

⁷⁴⁴ Article 18 de la loi n°87 du 11 mars 1953 relative à l'organisation et au fonctionnement de la Cour constitutionnelle italienne.

⁷⁴⁵ Article 164 de la Constitution espagnole : « Les sentences de la Cour constitutionnelle sont publiées au *Bulletin officiel de l'Etat*, avec les opinions particulières, s'il y a lieu. »

⁷⁴⁶ P. Bon, « La question d'inconstitutionnalité en Espagne », art. cit., p.137.

une question de constitutionnalité au cours d'un cas concret, c'est-à-dire contester la loi en tant que norme appliquée ⁷⁴⁷.

Dans le cadre du recours d'*amparo* (recours en protection, en matière de garantie des droits fondamentaux) ⁷⁴⁸, les requêtes sont la plupart du temps dirigées contre un acte juridictionnel, un arrêt rendu par un juge de droit commun qui emporterait violation des droits fondamentaux de l'une des parties. Pour réexaminer la question, le tribunal constitutionnel doit nécessairement exercer un contrôle concret sur la décision contestée : les solutions qui s'offrent à lui lors du prononcé de sa décision en témoignent : il peut simplement reconnaître le droit, annuler la décision contestée ou rétablir le requérant dans l'intégralité de son droit. En cas d'annulation, le Tribunal peut également décider du renvoi de l'affaire devant le juge de droit commun afin que ce dernier substitue à l'acte juridictionnel inconstitutionnel un nouvel acte conforme à la décision du Tribunal. Plus encore, dès lors que l'annulation est prononcée pour un « motif de fond », le juge constitutionnel peut choisir le « rétablissement effectif de l'appelant dans la jouissance de ses droits », ce qui peut se traduire, dans certains cas par la reconnaissance d'une indemnisation de la victime ⁷⁴⁹. L'on ne peut que constater alors le dépassement de la position initiale tendant à classer dans le contrôle abstrait les recours constitutionnels devant le Tribunal. Quand bien même ces cas ne représentent pas évidemment une pratique quotidienne de l'institution, la marge de manœuvre existe et elle est acquise, le contrôle de constitutionnalité peut être dit concret.

Le même cheminement dans la réflexion semble pouvoir être concluant également concernant la Cour italienne. Sans revenir sur la notion de « droit vivant » qui illustre de la manière la plus éclatante la véritable concrétisation du contrôle de la *Corte costituzionale*, un exemple précis évoqué par le Professeur Zagrebelsky vient apporter un éclairage probant sur la question. Dans ce cas relatif au droit de la famille, et plus précisément au droit à l'adoption ⁷⁵⁰, une loi italienne prévoyait, comme condition à l'ouverture de la procédure d'adoption, l'existence d'une différence d'âge de dix-huit ans minimum et quarante ans maximum entre l'enfant et les parents adoptifs. Cette limite légale, considérée comme raisonnablement établie par le législateur ⁷⁵¹, « serait sortie indemne d'un contrôle de constitutionnalité abstrait » ⁷⁵². Cependant, un cas particulier se présenta à la Cour ⁷⁵³ : un couple, déjà parents adoptifs d'un enfant, dans le respect des limites d'âge imposées, souhaitait adopter le frère cadet de l'enfant. Cependant, la limite d'âge était dépassée dans son cas. L'application stricte de la loi aurait donc entraîné l'invalidation du processus d'adoption du second enfant. Cependant, la Cour se prononça favorablement, mettant en avant le principe

⁷⁴⁷ Tribunal constitutionnel, sentence n°166/2007 du 4 juillet 2007, *Fondements juridiques*, par.7. V. P. Bon, *ibid.*, p.135.

⁷⁴⁸ C. Ruiz Miguel, « L'*amparo* constitutionnel en Espagne : droit et politique », *C.C.C.*, n°10, 2001, pp. 90-98 ; P. Bon, art. cit., p.121 et s. ; L. Favoreu et W. Mastor, *Les Cours constitutionnelles*, Dalloz, 2011, pp. 117-118.

⁷⁴⁹ Tribunal constitutionnel, sentence n°186/2001 du 17 septembre 2001, *Fondements juridiques*, par. 9 et dispositif. Sur l'ensemble de cette question, voir : J. Vintro, « La protection des libertés », *Pouvoirs*, n° 124, « L'Espagne », pp. 101-103.

⁷⁵⁰ Cour const. it., n° 148 de 1992, 18 mars 1992, *G.U.* du 8 avril 1992 ; n°303 de 1996, 18 juillet 1996, *G.U.* du 31 juillet 1996. V. les développements de Gustavo Zagrebelsky à ce sujet : « Aspects abstraits et aspects concrets du contrôle de constitutionnalité des lois en Italie », *L.P.A.*, 25 juin 2009, n° 126, p. 13.

⁷⁵¹ Cour const. it., n° 303 de 1996, 18 juillet 1996, *G.U.* du 31 juillet 1996, *cons. in dir.* 3.

⁷⁵² G. Zagrebelsky, « Aspects abstraits et aspects concrets du contrôle de constitutionnalité des lois en Italie », *L.P.A.*, 25 juin 2009, n° 126, p. 13.

⁷⁵³ Cour const. it., n° 148 de 1992.

constitutionnel de protection des intérêts des mineurs et du maintien des liens familiaux et fraternels. Elle a ainsi estimé qu'il était davantage dans l'intérêt de l'enfant de ne pas être séparé de son frère que d'avoir des parents trop âgés (eu égard aux conditions légales). La Cour italienne reconnaît dans ce cas qu'elle doit motiver sa décision de manière concrète, en tenant compte des éléments de fait et de droit ⁷⁵⁴ : elle ne déclare pas la loi inconstitutionnelle, puisqu'elle établit une norme raisonnable de manière générale, mais elle admet une exception pour le cas particulier.

Dans une autre affaire relative à la même disposition législative ⁷⁵⁵, la Cour réaffirme sa jurisprudence : en l'espèce, l'un des deux parents dépassait la limite d'âge de quelques mois, mais l'enfant vivait depuis longtemps au sein de cette famille. Une fois encore, la Cour tranche dans le sens qu'elle estime le plus favorable au mineur (*favor minoris*).

Cela apparaît suffisamment, la prise en considération d'éléments concrets, le processus de concrétisation du contrôle de constitutionnalité, présente un intérêt majeur dès lors que l'esprit qui préside au contrôle de constitutionnalité est celui de la garantie des droits fondamentaux des individus. C'est sur ce point que doit se positionner plus clairement le Conseil constitutionnel français afin de lever toute ambiguïté sur la fonction qu'il s'est lui-même reconnu, malgré la volonté initiale des constituants, de protecteur des droits et libertés des individus.

II / Le Conseil constitutionnel sur la voie de ses modèles ?

Deux questions se posent ici : la première consiste à s'interroger sur l'influence que peuvent avoir les systèmes italien et espagnol sur le mécanisme de la QPC et la manière dont peut s'en saisir le juge constitutionnel : peut-on considérer que le Conseil constitutionnel suit un (des) modèle(s) en la matière (A) ? La deuxième interrogation est celle de savoir si la Haute juridiction française s'essaye à « imiter », ou du moins à s'inspirer, de ces systèmes européens dont elle est relativement proche ou si, au contraire, elle compose avec son statut historique de juridiction « d'exception » dans le paysage constitutionnel européen afin de faire émerger, au fil du temps, une mécanique du contrôle spécifique, adaptée à son fonctionnement particulier (B).

A) L'influence des modèles italien et espagnol sur le contentieux constitutionnel français a posteriori

Le Conseil constitutionnel lui-même, que ce soit dans ses décisions ou dans la doctrine qu'il produit, ne revendique pas expressément une quelconque influence d'un modèle étranger, si évidente que puisse apparaître la comparaison. Sur ce point, les modèles italien et espagnol soutiennent pourtant l'analogie.

Le caractère concret des mécanismes existant en Italie ou en Espagne, on l'a vu, est tout d'abord à relativiser, réduisant en cela l'écart avec le Conseil constitutionnel : en Espagne, le Tribunal constitutionnel tout comme la doctrine s'accordent à dire que le contrôle de

⁷⁵⁴ Cour const. it., n° 148 de 1992, *cons. in dir.* 3.

⁷⁵⁵ Cour const. it., n° 303 de 1996.

constitutionnalité dans le cadre de la question d'inconstitutionnalité « n'est dit concret que parce qu'il prend naissance à partir d'un cas concret »⁷⁵⁶ : le contrôle exercé porte sur la confrontation d'une norme inférieure à la norme constitutionnelle (entendue de manière plus large que les seuls droits et libertés garantis par la Constitution). La Cour italienne retient la même interprétation de son contrôle qui n'est concret qu'en tant qu'il conditionne l'issue du litige pendant devant le juge ordinaire⁷⁵⁷.

Cependant, la frontière entre contrôle abstrait et contrôle concret est poreuse, elle ne permet pas d'établir une classification efficace des systèmes. Ainsi, le fait que l'initiative du procès constitutionnel soit le fait d'un organe juridictionnel ou des parties à l'instance conduit à faire évoluer la question dont se saisit le juge constitutionnel, c'est la norme, l'interprétation de la disposition qui est concernée en tant qu'elle a produit des droits et obligations envers les particuliers : ce qui est demandé au juge constitutionnel, c'est se prononcer sur la constitutionnalité de la loi « à la lumière des droits en conflit lors du procès *a quo* », c'est un moyen pour les parties d'en préserver certains et d'en faire valoir d'autres⁷⁵⁸.

Le recours d'*amparo* espagnol, limité exclusivement aux allégations de violation des droits fondamentaux, constitue un recours subsidiaire ouvert notamment à tout justiciable dont les intérêts ont été lésés par différents types d'actes (hors dispositions législatives, il peut s'agir d'un acte parlementaire, administratif ou juridictionnel)⁷⁵⁹. Saisi la plupart du temps d'arrêts rendus par le juge ordinaire (conséquence du principe de subsidiarité) « accusé » de ne pas avoir suffisamment garanti les droits fondamentaux, le Tribunal constitutionnel est placé dans une position délicate, qui peut l'amener à remettre en cause directement les décisions du juge ordinaire (ce qui a pu créer des conflits entre les différents ordres de juridiction, tels que ceux qu'a connus l'Italie lors de l'essor de la doctrine du droit vivant⁷⁶⁰).

Les cours constitutionnelles italienne et espagnole sont l'illustration d'une forme de concrétisation du contrôle de constitutionnalité relativement prudente et mesurée, qui devrait en cela apporter la preuve de l'efficacité des techniques employées. En cela, l'évolution de la Cour italienne est très caractéristique : c'est l'activisme des juges constitutionnels qui, point par point, a permis de faire évoluer sa jurisprudence, et son rôle par extension, dans le sens d'une vigilance accrue dans le domaine des droits fondamentaux. Dans le même temps, l'on assistait à un mouvement de concrétisation du contrôle de constitutionnalité, par le développement de certaines techniques de contentieux et l'introduction progressive, notamment, de la logique du « droit vivant ». Dès lors, il est facile de concevoir que ces deux phénomènes ne sont pas indépendants mais que, au contraire, ils se nourrissent mutuellement.

Le Conseil constitutionnel a connu des transformations et évolutions, parfois radicales, son histoire est jalonnée de « grands tournants » (l'intégration du Préambule de la Constitution et des droits fondamentaux au bloc de constitutionnalité en 1971, l'ouverture de la saisine *a priori* en 1974 et désormais la QPC depuis 2008), mais cela ne s'est pas accompagné, dans son cas, d'une intégration de considérations factuelles à la motivation des décisions. Du moins l'institution s'en défend-elle consciencieusement, alors même que

⁷⁵⁶ P. Bon, « La question d'inconstitutionnalité en Espagne », art. cit., p. 140.

⁷⁵⁷ G. Zagrebelsky, « Caractères réaliste et concret du contrôle de constitutionnalité des lois en Italie », art. cit., p. 154.

⁷⁵⁸ F. Rubio Llorente, « Tendances actuelles de la justice constitutionnelle en Europe », art. cit., p. 22.

⁷⁵⁹ C. Ruiz Miguel, « L'*amparo* constitutionnel en Espagne : droit et politique », *C.C.C.*, n° 10, 2001.

⁷⁶⁰ C. Severino, *La doctrine du droit vivant*, op. cit., p. 57 et s.

semble émerger naturellement une tendance l'amenant vers une concrétisation « à couvert » du contrôle de constitutionnalité.

B) Une évolution vers une concrétisation « à couvert » du contrôle de constitutionnalité a posteriori

Mathieu Disant évoque à ce propos une « concrétisation contenue du contrôle »⁷⁶¹. En effet, le Conseil constitutionnel ne s'inspire qu'implicitement et précautionneusement des solutions dégagées par les cours constitutionnelles dont il est proche. Il n'a ainsi encore jamais censuré de disposition législative au motif que son application révélerait une inconstitutionnalité⁷⁶² : il évite avec prudence l'obstacle qui le ferait « tomber » dans le contrôle concret, alors même qu'il admet (certes rarement) cette hypothèse dans le cadre du contrôle *a priori* : c'est par exemple le cas dans l'affaire ayant conduit à la décision emblématique du 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, dans laquelle le Conseil semble démontrer qu'il prend en considérations, non seulement le rapport de normes objectif qui lui est soumis, mais également les effets concrets que serait susceptible de créer la législation contestée. Jean Rivero souligne cette particularité lorsqu'il déclare que « ce ne sont pas tant les dispositions mêmes de la loi qui inspiraient l'inquiétude, mais plutôt l'usage qui pouvait en être fait »⁷⁶³.

Cependant, le juge constitutionnel français, dans le cadre du contrôle *a priori*, réfute l'approche « réaliste » qu'on lui prête, il considère que « la seule éventualité d'abus contraires à la Constitution dans l'application d'une disposition législative n'entraîne pas l'inconstitutionnalité de celle-ci »⁷⁶⁴. De même, dans le cadre du contrôle incident *a posteriori*, le Conseil se retranche derrière l'interprétation objective et abstraite de la loi pour rejeter un moyen soulevé par le requérant, alors même que sa décision s'inscrit nécessairement dans un contexte juridique et politique marquant, qui ne lui permet pas d'échapper à la concrétisation et à la subjectivisation de son contrôle, quand bien même l'institution s'en défendrait absolument. C'est par exemple le cas lorsque les juges de la Haute Cour choisissent de trancher en défaveur du mariage entre personnes de même sexe : elle affirme alors que le droit de mener une vie familiale normale n'est pas atteint, du fait de l'existence d'autres dispositions légales organisant le concubinage ou le Pacs, de même que le principe d'égalité n'est pas méconnu, le législateur ayant estimé, dans le cadre de sa compétence, et selon son appréciation souveraine à laquelle le Conseil ne peut substituer la sienne, que les couples homosexuels et hétérosexuels n'étaient pas dans la même situation au regard des règles du droit de la famille⁷⁶⁵.

Cependant, le Conseil constitutionnel entre parfois dans un contrôle concret « à couvert » lorsqu'il fait jouer les différentes techniques juridictionnelles à sa disposition : ainsi, par le biais de ses réserves d'interprétation, peut apparaître en filigrane l'impact d'éléments de

⁷⁶¹ M. Disant, *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité – Cadre juridique, Pratiques jurisprudentielles*, Coll. Lamy Axe Droit, Lamy, 2011, p. 107.

⁷⁶² J.-J. Pardini, « La prise en compte des faits de l'espèce dans l'interprétation de la loi par le juge constitutionnel », *Cahiers du CDPC*, vol. 9, p. 19.

⁷⁶³ J. Rivero, « La garantie par le Conseil constitutionnel à l'occasion du contrôle de la Constitution », *AJDA*, 1971, p.537.

⁷⁶⁴ CC, 83-162 DC, 20 juillet 1983, *Loi relative à la démocratisation du secteur public*, *Rec.* p.49, cons. n° 85.

⁷⁶⁵ CC, 2010-92 QPC, 28 janvier 2011, précitée.

faits sur sa décision finale⁷⁶⁶. C'est également le cas lorsqu'il doit apprécier d'éventuels changements de circonstances de droit ou de fait, qui peuvent résulter de l'évolution de la norme constitutionnelle ou législative au regard de considérations concrètes dont le juge ne pourra faire abstraction⁷⁶⁷.

Le Conseil constitutionnel a également développé sa technique du contrôle de proportionnalité, dans le contrôle *a priori* en premier lieu ; technique qui l'emmène nécessairement sur la voie de l'appréciation de la « justification finaliste »⁷⁶⁸ de la violation éventuelle, par la norme législative, des droits et libertés garantis par la Constitution. Mais cette appréciation peut être plus ou moins approfondie, selon que le juge constitutionnel s'octroie ou non une marge de manœuvre efficace. Pourtant, le « domaine de prédilection du contrôle de proportionnalité reste [...] par nature celui du contrôle concret des normes, c'est-à-dire celui exercé dans le cadre d'un contexte défini »⁷⁶⁹. En effet, l'examen de la proportionnalité d'une mesure nécessite d'en apprécier les implications par rapport à l'objet de référence, d'examiner le « rapport logique entre les faits, la décision ou l'action »⁷⁷⁰. Le juge espagnol a, sur ce point, une approche particulièrement concrète, à l'image du juge constitutionnel allemand, du contrôle de proportionnalité : lorsqu'il contrôle, par exemple, la nécessité de la mesure en cause, le Tribunal constitutionnel va rechercher par le biais d'un contrôle véritablement concret « l'incidence factuelle » de la mesure sur le droit fondamental en cause et peut invoquer, dans certains cas, le principe de *favor libertatis*⁷⁷¹, en vérifiant, le cas échéant, que le législateur a retenu l'interprétation la plus favorable au droit fondamental en cause⁷⁷².

De même, l'objet du contrôle *a posteriori* peut se situer au-delà de la simple disposition législative : le Conseil constitutionnel accepte d'être saisi de la portée effective d'une loi lorsqu'elle résulte d'une interprétation jurisprudentielle constante⁷⁷³. L'apport de la doctrine

⁷⁶⁶ V. sur ce point notamment J.-J. Pardini, « La prise en compte des faits de l'espèce dans l'interprétation de la loi par le juge constitutionnel », art. cit., p.20. Pour certains auteurs, les réserves d'interprétations « expriment la concrétisation du contrôle de constitutionnalité, et finalement le réalisme du juge constitutionnel » (V. par exemple : D. Ribes, « Le réalisme du Conseil constitutionnel », *C.C.C.*, 2007, n° 22, p. 138 ; O. Dutheillet De Lamothe, « L'effectivité et l'efficacité du contrôle de constitutionnalité en France », sur internet : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/controlloi.pdf).

⁷⁶⁷ V. sur ce point les développements de M. Disant, *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité...*, op. cit., p.213 et s. La décision emblématique en la matière étant celle relative au régime de la garde à vue, censuré par le Conseil constitutionnel, dans laquelle il prend en compte des considérations concrètes caractérisant un changement de circonstances de fait justifiant le réexamen de la question (CC, 2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres [Garde à vue]*, *Rec.* p.179) : « la proportion [...] représente moins de 3 %... » (Cons. 16), « la pratique du traitement dit « en temps réel » des procédures pénales... » (Cons. 16), « entre 1993 et 2009, le nombre de ces fonctionnaires civils et militaires [...] est passé de 25 000 à 53 000 » (Cons. 17), « plus de 790 000 mesures de garde à vue ont été décidées en 2009 » (Cons. 18).

⁷⁶⁸ V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : figures récentes », *RFDC*, 2007, n° 70, pp. 269-295.

⁷⁶⁹ X. Philippe, « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères : l'exemple du contentieux constitutionnel », *L.P.A.*, 2009, n°46, p.13.

⁷⁷⁰ *Ibid.*

⁷⁷¹ V. par exemple : Tribunal constitutionnel, sentence n°98/2002 du 29 avril 2002.

⁷⁷² R. Bousta, « La « spécificité » du contrôle constitutionnel français de proportionnalité », *RIDC*, vol.59, n°4, 2007, p.870.

⁷⁷³ CC, 2010-39 QPC, 6 octobre 2010, précitée, cons. 2 ; CC, 2010-52 QPC, 14 octobre 2010, *Compagnie agricole de la Crau [Imposition due par une société agricole]*, *Rec.* p.283, cons. 4.

italienne du « droit vivant » est ici particulièrement caractéristique. Depuis l'entrée en vigueur de la QPC, cette doctrine qui apparaissait, jusqu'alors « difficilement transposable »⁷⁷⁴, semble finalement trouver une certaine place au sein du contentieux constitutionnel français. Le fait d'avoir encouragé un dialogue des juges plus effectif à travers l'instauration des mécanismes de filtrage des questions posées a sans doute contribué à faciliter ce développement. Le considérant de principe en la matière dispose ainsi qu'« en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à [la] disposition [contestée] »⁷⁷⁵. Le Conseil a poussé plus loin encore cet élargissement manifeste du contrôle abstrait en considérant l'hypothèse d'un changement de circonstances basé sur l'évolution de l'interprétation jurisprudentielle constante⁷⁷⁶. Il rappelle tout d'abord le principe de l'admissibilité de la contestation de cette interprétation mais rejette le moyen au motif que « la jurisprudence dégagée par la Cour nationale du droit d'asile n'a pas été soumise au Conseil d'État ; qu'il appartient à ce dernier, placé au sommet de l'ordre juridictionnel administratif, de s'assurer que cette jurisprudence garantit le droit au recours rappelé au considérant 87 de la décision du Conseil constitutionnel du 13 août 1993 ; que, dans ces conditions, cette jurisprudence ne peut être regardée comme un changement de circonstances de nature à remettre en cause la constitutionnalité des dispositions contestées ». La prise en compte de l'interprétation « consolidée »⁷⁷⁷ de la loi par les Cours suprêmes, et donc la logique du droit vivant, trouve ici une application exemplaire en matière de QPC.

D'autres éléments interviennent ensuite autour de la décision, qui peuvent exercer une certaine influence sur le caractère concret du contrôle exercé : la prise en compte des effets de ses décisions par le Conseil constitutionnel, par exemple, ne permet pas toutefois d'affirmer de manière définitive si celui-ci fait évoluer sa position par rapport au contrôle abstrait exercé *a priori* : la modulation des effets dans le temps de sa décision, outre le fait qu'elle était déjà possible, certes à la marge, dans le contrôle *a priori*, ne permet pas de distinguer les intérêts protégés par le juge constitutionnel dans les deux cas : la préservation de la sécurité juridique reste un objectif éminemment abstrait, qui peut être sous-tendu par des considérations concrètes implicites. En outre, la modulation dans le temps n'est que postérieure au contrôle lui-même, elle est une conséquence du type de contrôle exercé. Cela traduit cependant un mouvement de subjectivisation du contentieux, l'étape de la réinsertion de la norme législative dans le droit positif n'étant pas hermétiquement séparée de la prise de décision. Le juge constitutionnel atténue la portée du principe de constitutionnalité, nécessitant

⁷⁷⁴ C. Severino, *La doctrine du droit vivant*, *op. cit.*, p.127 et s.

⁷⁷⁵ La première décision qui pose le principe est la décision 2010-39 QPC, 6 octobre 2010, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B. [Adoption au sein d'un couple non marié]*, *J.O.* p. 18154, cons. 2. Il sera ensuite rappelé à plusieurs reprises : CC, 2010-52 QPC, 14 octobre 2010, *Compagnie agricole de la Crau [Imposition due par une société agricole]*, *Rec.* p. 283, cons. 4 ; CC, 2010-96 QPC, 4 février 2011, *M. Jean-Louis L. [Zone des 50 pas géométriques]*, *J.O.* du 5 février 2011, p.2354, cons. 4.

⁷⁷⁶ CC, 2011-120 QPC, 8 avril 2011, *M. Ismaël A. [Recours devant la Cour nationale du droit d'asile]*, *J.O.* du 9 avril 2011, p. 6364.

⁷⁷⁷ V. par exemple : T. Di Manno, « Réserve d'interprétation et « droit vivant » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in B. Mathieu et M. Verpeaux, *La constitutionnalisation des branches du droit*, Actes de l'atelier du III^e Congrès de l'Association française des constitutionnalistes, Economica – P.U.A.M., coll. Droit public positif, 1998, p. 31.

l'abrogation immédiate de l'acte en cause, entraînant parfois des « conséquences manifestement excessives »⁷⁷⁸.

Les modalités procédurales entourant la QPC donnent enfin au Conseil constitutionnel l'« apparence » d'une juridiction exerçant un contrôle concret : désormais, la qualification de « procès constitutionnel » n'est plus disputée à l'institution française, tout s'organisant en son sein comme un véritable procès judiciaire. Ainsi, le Conseil statue en audience publique, sauf exception motivée, après avoir entendu contradictoirement les observations des parties (article 23-10 de la loi organique relative à la QPC). La récusation des juges constitutionnels est également envisagée⁷⁷⁹ et le huis clos peut être prononcé⁷⁸⁰.

Les exigences du procès équitable sont imposées notamment par la Cour européenne des droits de l'homme, depuis son arrêt *Ruiz Mateos c. Espagne* du 23 juin 1993, lorsque l'intervention du juge constitutionnel est déterminante pour l'issue du litige, c'est-à-dire dès lors que « *les instances civiles et constitutionnelles apparaissent tellement imbriquées qu'à les dissocier on verserait dans l'artifice et l'on affaiblirait à un degré considérable la protection des droits des requérants* »⁷⁸¹. Sous cet angle, il pourrait sembler que le Conseil constitutionnel échappe à l'obligation de respect de ces exigences mais il s'est pourtant conformé aux règles en formulant précisément son règlement intérieur relatif à la QPC et en imposant une interprétation conforme au droit au procès équitable des dispositions de la loi organique relative à la QPC⁷⁸².

⁷⁷⁸ V. par exemple : CC, 2010-45 QPC, 6 octobre 2010, précitée, cons. 7.

⁷⁷⁹ Cette demande a été soulevée à plusieurs reprises devant le Conseil constitutionnel mais n'a jamais abouti à écarter autoritairement l'un des Sages (soit la demande est rejetée comme infondée, soit le ou les membre(s) concerné(s) choisi(ssen)t de se reporter, selon la procédure classique) : CC, 2011-142/145 QPC du 30 juin 2011, Départements de la Seine-Saint-Denis et autres [Concours de l'État au financement par les départements du RMI, du RMA et du RSA], *J.O.* du 1er juillet 2011, p. 11294 ; CC, 2011-143 QPC, 30 juin 2011, Départements de la Seine-Saint-Denis et de l'Hérault [Concours de l'État au financement par les départements de l'allocation personnalisée d'autonomie], *J.O.* du 1er juillet 2011, p. 11299 ; CC, 2011-208 QPC, 13 janvier 2012, Consorts B. [Confiscation de marchandises saisies en douane], *J.O.* du 14 janvier 2012, p. 752.

⁷⁸⁰ Le huis clos peut être ordonné en France sur le fondement de l'article 8, alinéa 3 du règlement intérieur du Conseil constitutionnel relatif à la QPC : « Le président peut, à la demande d'une partie ou d'office, restreindre la publicité de l'audience dans l'intérêt de l'ordre public ou lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des personnes l'exigent. Il ne peut ordonner le huis clos des débats qu'à titre exceptionnel et pour ces seuls motifs ». En Italie, l'article 15 de la loi n° 87 du 11 mars 1953 relative à la constitution et au fonctionnement de la *Corte costituzionale* dispose ainsi que « le Président peut ordonner le huis clos lorsque la publicité peut porter atteinte à la sécurité de l'État, à l'ordre public ou à la morale ou lorsque le comportement du public présent risque de troubler la sérénité des débats ». En Espagne, l'article 80 de la loi organique n°2/1979 du 3 octobre 1979 sur le Tribunal constitutionnel prévoit l'application des « préceptes de la loi organique du pouvoir judiciaire et du Code de procédure civile en matière de comparution dans un procès, de récusation et d'abstention, de publicité et de forme des actes, de communications et d'actes d'aide juridictionnelle, de jours et d'heures ouvrables, de calcul des délais, de délibération et de vote, de caducité, de renonciation et de désistement, de langue officielle et de police du parquet. »

⁷⁸¹ CEDH, *Ruiz Mateos c. Espagne*, précité, par. 59.

⁷⁸² CC, 2009-595 DC, 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, *Rec.* p. 206, cons. 28 : « Considérant que les dispositions des articles 23-4 à 23-7 doivent s'interpréter comme prescrivant devant le Conseil d'État et la Cour de cassation la mise en œuvre de règles de procédure conformes aux exigences du droit à un procès équitable [...] que, sous cette réserve, le législateur organique n'a pas méconnu l'étendue de sa compétence. »

Ces considérations de fait, les éléments « para-décisionnels », gravitent autour du contrôle, elles n'en font pas partie mais révèlent un contexte factuel prégnant auquel le juge constitutionnel est confronté, sans pouvoir sans doute complètement y échapper. Dans tous les cas, il s'agit d'un « procès à l'intérieur du procès » et par ce procédé, le juge constitutionnel est nécessairement lié à l'instance initiale et doit envisager sa réponse comme élément décisif de la poursuite de l'espèce devant le juge de droit commun.

En définitive, il semblerait que, même si certains éléments plaident en faveur d'une forme de concrétisation limitée, la juridiction constitutionnelle française envisage pour l'instant la procédure de question prioritaire de constitutionnalité selon la conception kelsénienne concernant l'intérêt des questions préjudicielles : Kelsen expliquait en 1928⁷⁸³ que l'introduction de questions préjudicielles de constitutionnalité ne devait permettre que d'offrir au juge constitutionnel une occasion nouvelle de confronter les normes inférieures à la norme suprême. Le cas concret n'apparaît que comme le prétexte au déclenchement d'un contrôle abstrait et objectif de la norme, le justiciable n'est pas pris en compte dans sa singularité, mais comme vecteur procédural.

Ainsi, le Conseil constitutionnel force sa nature pour conserver son particularisme, simplement transféré dans le cadre de la QPC, et par trop rigide pour une procédure dont la nature même requiert souplesse et adaptation. Il conserve le cadre formel du contrôle *a priori* qu'il tente d'imposer à la nouvelle procédure, trop vigoureuse pour le supporter longtemps. Sans doute, la Haute juridiction devra-t-elle se confronter un jour aux limites qu'elle s'est imposé et, atteignant ce point de contrainte indépassable, choisira-t-elle de basculer, dans un mouvement toujours maîtrisé, vers un contrôle concret de constitutionnalité plus approfondi qui, seul, révélera le véritable intérêt de la QPC. Xavier Philippe, à ce propos, prévoyait qu'il s'agirait « d'abord [...] d'un contrôle abstrait exercé sur une question concrète », mais envisageait déjà que « le fait qu'il y ait une "affaire" à l'origine du litige ne pourra pas laisser le juge constitutionnel indifférent et il y aura donc [...] inévitablement une forme de concrétisation »⁷⁸⁴.

Le juge constitutionnel recherche toujours l'interprétation « raisonnable »⁷⁸⁵ : mais la raison fait intervenir des considérations nécessairement subjectives, le caractère raisonnable est interprété différemment selon les systèmes juridiques et les juges constitutionnels : le Conseil constitutionnel l'exprime pour l'instant comme fortement lié à l'objectivité du contentieux. Au contraire, les juges italien et espagnol admettent beaucoup plus facilement que la concrétisation du contrôle et l'interprétation subjective puisse révéler l'interprétation véritablement « raisonnable », qui n'est pas figée mais doit nécessairement évoluer tant *ratione materiae* que *ratione temporis*. En outre, la complémentarité entre le contrôle classique *a priori* et la QPC ne suppose pas, comme le laisse entendre le Conseil constitutionnel, que le contrôle exercé doit être similaire. Au contraire, c'est l'altérité instituée par cette nouvelle procédure et l'adaptation du contrôle à l'esprit de ce mécanisme qui doit permettre d'articuler les deux types de recours que connaît désormais la Haute juridiction.

⁷⁸³ H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *RDP*, 1928, p. 246.

⁷⁸⁴ X. Philippe, « Rapprochements et divergences persistantes des systèmes juridiques de *Civil Law* et de *Common Law* », Entretiens et débats, *AIJC*, 2008, vol. XXIV, Economica – PUAM, p. 47.

⁷⁸⁵ Ch. Perelman, « L'interprétation juridique », *Archives de philosophie du droit – L'interprétation en droit*, 1972, n° 17, pp. 29-37.

La QPC propose en l'état un contrôle que l'on ne peut que qualifier d'abstrait et qui s'inscrit dans un contentieux « subjectivisé », équilibre subtil qui est lié également à la question de la motivation de ses décisions. Cause ou conséquence du maintien d'un contrôle abstrait, cette motivation demeure très laconique et « hyper-formaliste »⁷⁸⁶. Une motivation plus détaillée révélerait sans doute l'influence, parfois, de certains faits concrets, particuliers ou généraux, sur la décision du juge. L'institution que forme désormais la QPC dans le paysage constitutionnel français est cependant encore jeune eu égard aux expériences étrangères, notamment italienne et espagnole, et il faut lui reconnaître un développement qui, s'il est parfois modeste, demeure toutefois largement pacifié.

⁷⁸⁶ D. Barranger, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle – Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, 2012, n° 7, p. 5.

SECTION 4 - LE CONTRADICTOIRE DANS LE PROCES CONSTITUTIONNEL INCIDENT EN ITALIE

Thierry Santolini

*Maître de conférences à la Faculté de droit de l'Université du Sud Toulon-Var
CDPC Jean-Claude Escarras*

En Italie comme en France, le principe du contradictoire est destiné à protéger les plaideurs contre les manœuvres de l'adversaire et les négligences du juge. Après s'être affirmé en matière pénale et civile, il domine aujourd'hui le déroulement de la plupart des contentieux. En effet, avec la consécration des « droits de la défense », le contradictoire s'est peu à peu imposé comme un principe directeur du procès ayant une portée générale. Son application au contentieux constitutionnel s'explique par l'adéquation existant entre les notions de contradiction et de procès. La contradiction est indissociable du procès, elle répond à la logique du mécanisme processuel qui exige un conflit d'intérêts entre parties. Dès lors, l'organisation d'un débat équitable entre les plaideurs apparaît comme une nécessité à la fois matérielle et morale. Le procès constitutionnel n'échappe pas à la règle, comme dans n'importe quel autre procès un débat contradictoire s'y déroule. Cependant, les règles classiques du contradictoire, issues de la procédure civile, n'ont pu être appliquées sans adaptations. Ainsi, la contradiction a dû être structurée en tenant compte des spécificités du contentieux constitutionnel.

Le constituant et le législateur italiens ont inscrit le contrôle de constitutionnalité dans le cadre d'un procès inspiré du fonctionnement des juridictions ordinaires. En sorte que l'application des principes généraux du droit processuel au contentieux constitutionnel s'est imposée comme une évidence. Au surplus, ces règles étaient le gage d'une procédure démocratique destinée à garantir un traitement équitable des justiciables. Le juge constitutionnel ayant pour mission d'assurer la défense des droits fondamentaux des citoyens ne devait pas user de règles procédurales moins protectrices que les juges ordinaires.

Le choix du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois a, tout naturellement, imposé le modèle processuel comme mode de réalisation de ce contrôle. Répondant à cette logique, les textes de procédure constitutionnelle cherchent à organiser une véritable contradiction entre les parties (I). Dans ce but, ils déterminent les personnes ou les autorités habilitées à prendre part au procès incident en prenant soin de désigner des plaideurs aux intérêts opposés. Néanmoins, le débat contradictoire se déroulant devant le juge constitutionnel italien demeure limité et les tentatives d'élargissement se heurtent à de puissants impératifs fonctionnels (II).

I / L'organisation de la contradiction

La loi n° 87 de 1953, relative à la Cour constitutionnelle, prévoit que les parties du procès principal disposent d'un délai de vingt jours à partir de la notification de l'ordonnance de renvoi pour se constituer partie dans le procès constitutionnel incident. Ensuite, les parties ont la possibilité de présenter des mémoires et de consulter les mémoires déposés par les autres plaideurs jusqu'au douzième jour précédant l'audience. La loi de 1953 permet également au Président du Conseil des ministres de prendre part au procès constitutionnel incident dans les mêmes délais et les mêmes conditions que les parties du procès principal. Le

nombre de plaideurs potentiels est donc assez élevé. En prévoyant de telles dispositions, le législateur de 1953 souhaitait créer des conditions favorables au développement d'un important débat contradictoire devant la Cour constitutionnelle. L'idée d'un contentieux déclenché par une requête initiale se déroulant sans partie et sans contestation est ainsi totalement rejetée. Les mesures destinées à permettre la participation de divers contradicteurs dans le procès incident s'opposent à l'idée de l'absence de litige dans le contrôle de constitutionnalité des lois. En ce sens les parties sont la matérialisation ostensible du litige. L'existence du débat contradictoire confère ainsi une dimension clairement processuelle au contentieux constitutionnel⁷⁸⁷. En permettant à des personnes privées et publiques de prendre part au procès constitutionnel incident, le législateur a permis l'incarnation du contentieux et, par-là, sa meilleure appréhension par le juge.

Pour qu'un débat contradictoire puisse avoir lieu il faut naturellement qu'il y ait des parties, toutefois, dans le cadre du procès constitutionnel la chose n'est pas si évidente. En effet, les plaideurs du procès principal « peuvent » se constituer parties dans le procès constitutionnel, elles n'y sont pas obligées et ce même lorsqu'elles sont à l'origine de la question préjudicielle, puisque à la différence de ce qui a été prévu pour la QPC, en Italie, le juge *a quo* peut saisir d'office le juge constitutionnel indépendamment de toute sollicitation des parties. Ainsi, pour qu'il puisse y avoir débat contradictoire, il faut que les plaideurs, c'est-à-dire le demandeur et le défendeur, acceptent de se constituer parties dans le procès constitutionnel. Ce qui n'est pas toujours le cas, en particulier lorsque la question préjudicielle est soulevée d'office par le juge *a quo*. Il est même assez rare, lorsque la question est posée à la demande de l'une des parties, que les autres plaideurs acceptent de prendre part au procès constitutionnel.

Dans cette perspective, la présence des personnes habilitées à participer au procès est destinée à générer une contestation. Les éléments recherchés par le législateur de 1953 sont les traditionnels acteurs antagoniques du procès, à savoir le demandeur et le défendeur. Ces derniers sont les protagonistes indispensables au débat contradictoire. En s'opposant l'un à l'autre, ils réalisent la nécessaire dialectique processuelle. Or, si le rôle du demandeur est tout naturellement assumé par le requérant, la fonction de défendeur pose plus de problèmes. En effet, la participation du requérant, initiateur du contentieux, est acquise *a priori* ; en revanche, la présence d'un défendeur est plus aléatoire. Celui-ci fait parfois défaut, car il peut arriver qu'aucune des personnes pouvant assurer cette mission n'accepte d'en assumer la charge. Face à ce risque, le législateur a prévu des participations multiples et s'est attaché à sélectionner les personnes les plus intéressées au maintien en vigueur de la loi attaquée. Il avait même envisagé de permettre au Parlement de venir défendre la loi. Cette solution a cependant été abandonnée, car on a considéré qu'elle était attentatoire à la dignité du Parlement. Ce dernier ne pouvant être placé dans la situation d'un simple justiciable devant se défendre et justifier de ses choix devant un juge.

Dans ces conditions, on comprend pourquoi la présence du Président du Conseil des ministres présente une importance déterminante. C'est, en effet, un représentant du chef du Gouvernement qui assume, de façon quasi systématique, le rôle du défendeur. Rôle essentiel pour qu'un véritable débat contradictoire puisse avoir lieu. Il assume ce rôle même lorsque la loi n'a pas été adoptée à l'initiative du Gouvernement. Ainsi, il arrive assez fréquemment

⁷⁸⁷ En ce sens, L. D'Andrea, « Verso una democratizzazione del contraddittorio nel giudizio costituzionale incidentale », *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, p. 557 et s.

qu'un Président du Conseil défende une loi votée par une majorité adverse. Néanmoins, il arrive parfois qu'il n'y ait pas de débat contradictoire faute de contradicteur ! Pour décrire cette situation, la doctrine italienne utilise l'expression de « procès sans parties nécessaires » (*processo senza parti necessarie*) ou de procès à plaideurs éventuels (*a parti eventuali*).

Si les finalités du contentieux constitutionnel ne se limitent pas aux intérêts concurrents défendus par les parties. Néanmoins, leur affrontement renforce le caractère juridictionnel du contrôle de constitutionnalité et sert l'office du juge. Il offre, en effet, une illustration tangible d'une atteinte portée à la Constitution. Par ailleurs, les arguments présentés par les plaideurs nourrissent la réflexion du juge constitutionnel et facilitent ainsi sa décision. En permettant qu'un débat contradictoire ait lieu, le législateur de 1953 a inscrit le contrôle de constitutionnalité dans une logique contentieuse et processuelle. Par-là il a ancré ce dernier dans la tradition juridique qui fait du procès le support privilégié de l'activité juridictionnelle. Toutefois, les spécificités du contentieux constitutionnel ont imposé certaines limites à la contradiction se déroulant devant le juge constitutionnel.

II / Un contradictoire limité

Le caractère objectif du contrôle de constitutionnalité et les contraintes liées au problème de l'encombrement de la Cour constitutionnelle ont fortement influé sur les modalités du débat contradictoire. Ils ont, en particulier, conduit à limiter l'intervention des tiers et à privilégier une procédure essentiellement écrite.

Jusqu'en 1992 la Cour constitutionnelle refusait l'intervention des tiers. Toutes les demandes en ce sens étaient systématiquement rejetées. La Cour estimait que pour pouvoir devenir partie dans le procès constitutionnel incident il fallait remplir une condition impérative : avoir été partie dans le procès principal⁷⁸⁸. L'impossible intervention des tiers est liée à l'interprétation objective donnée par la Cour au contentieux préjudiciel⁷⁸⁹. Le recours incident est utilisé par le juge constitutionnel comme un moyen d'apurer l'ordonnancement juridique. Le caractère concret du contrôle est alors sensiblement réduit. Mais dans ce cas chaque citoyen possède un intérêt à agir contre une loi inconstitutionnelle, l'intervention dans le procès incident devrait donc être systématiquement permise. Poussée à l'extrême, la conception objective du contrôle de constitutionnalité engendre l'effet inverse de celui attendu. En voulant réduire l'influence des parties, la Cour justifie l'action d'une multitude d'intervenants. Face à ce risque, et sans craindre le paradoxe, la Haute instance s'est alors appuyée sur la nature préjudicielle du recours incident tout en maintenant une lecture objective du procès constitutionnel incident.

Le législateur de 1953 avait conféré la qualité de partie dans le contentieux préjudiciel aux seuls parties du procès *a quo*⁷⁹⁰. Ce principe a permis à la Cour de disposer d'un moyen

⁷⁸⁸ Cf. Cour constitutionnelle, ordonnance n° 25 du 21 juillet 1956, *Giurisprudenza costituzionale*, 1956, p.1025).

⁷⁸⁹ En ce sens, A. Vignola, *L'intervento dei terzi nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale*, Turin, Giappichelli, 2000, p. XII.

⁷⁹⁰ Lors de l'approbation de la loi n° 87 de 1953, le rapporteur attira l'attention de ses collègues sur le fait que « la décision de la Cour ayant pour but de censurer une loi inconstitutionnelle, tous les citoyens devraient être en principe habilités à agir ». Cf. « Compte rendu Tesauro », *Le Leggi*, 1953, p. 324, cette mise en garde amena le législateur à interdire l'intervention des tiers alors que le projet de loi présenté par le Gouvernement recommandait une telle institution.

décisif pour empêcher les interventions intempestives que la dimension objective du contrôle de constitutionnalité pouvait entraîner⁷⁹¹. En effet, le juge constitutionnel aurait pu être confronté à des interventions pléthoriques et se serait épuisé à diriger des débats contradictoires surabondants. Ce risque a conduit la Haute instance à maintenir dans toute sa rigueur une règle qu'elle a précisément assouplie dès que l'encombrement de son prétoire a été résorbé.

A partir de 1992, la Cour revient progressivement sur sa position⁷⁹². Elle permet l'intervention de certains tiers, mais elle agit avec prudence et circonspection. Elle exige que la personne souhaitant intervenir dans le procès constitutionnel soit « porteur d'un intérêt personnel et direct étroitement lié à l'issue du procès principal », elle exige également que le tiers n'ait pas eu la possibilité de prendre part au procès principal de telle sorte que la participation au procès constitutionnel constitue la seule possibilité pour le tiers d'assurer la défense de ses intérêts ». Par la suite, la Cour adopte une solution moins restrictive, elle admet l'intervention des tiers lorsque ces derniers peuvent exciper d'un intérêt « spécial »⁷⁹³.

Il est intéressant de noter que la même solution a été adoptée en France où le nouvel article 6 du règlement intérieur du Conseil constitutionnel autorise l'intervention pour les personnes justifiant, là aussi, d'un intérêt « spécial ». En Italie, le caractère assez vague de cette notion a permis à la Cour de décider, au cas par cas, sans que l'on puisse clairement déterminer quels sont les critères de recevabilité d'une demande d'intervention. D'une façon générale, on constate que les personnes publiques, les associations ou encore les ordres professionnels sont plus facilement autorisés à intervenir dans un procès constitutionnel qu'un simple particulier.

En autorisant l'intervention des tiers, la Cour constitutionnelle italienne cherche à enrichir le débat contradictoire du procès constitutionnel incident. Elle sélectionne ainsi les tiers qui disposent soit de compétences particulières soit d'une certaine représentativité. L'attitude de la Cour répond à l'idée développée par une partie de la doctrine italienne selon laquelle les parties du procès principal ne sont pas les personnes les plus aptes ni les plus légitimes pour prendre part au débat contradictoire se déroulant dans le cadre d'un procès constitutionnel. Les conséquences d'une éventuelle censure d'une loi dépassant largement les intérêts individuels des parties du procès principal, ces dernières ne sont pas nécessairement les plus compétentes ou les mieux placées pour animer un débat contradictoire de qualité. Selon cette partie de la doctrine, plus que de plaideurs, le procès constitutionnel a besoin de la présence d'experts ou d'*amici curiae* sur le modèle anglo-saxon. Par ailleurs, les parties du procès *a quo* peuvent n'être concernées qu'indirectement et ne pas présenter les situations les plus représentatives au regard de la question posée. En limitant le droit d'intervenir aux seules personnes défendant des intérêts collectifs ou à celles touchées de façon spécifique par la norme litigieuse la Cour sait que les arguments apportés par ce type d'intervenants auront une valeur emblématique et exemplaire propre à éclairer sa réflexion.

⁷⁹¹ Selon N. Trocker, « Note sul contraddittorio nel processo costituzionale delle libertà », *Foro italiano*, 1989, I, p. 674, « un contradictoire ouvert pouvait trouver un support dans le renvoi opéré par l'article 22, alinéa 1^{er} de la loi n° 87 de 1953 aux règles de la procédure suivie devant les formations contentieuses du Conseil d'État, règles parmi lesquelles ressort l'article 37 selon lequel "celui qui possède un intérêt à la contestation peut intervenir" ».

⁷⁹² Cf. Cour constitutionnelle, arrêt n° 314 du 1^{er} juillet 1992, *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, p. 2595.

⁷⁹³ Cf. Cour constitutionnelle, arrêt n° 456 du 23 décembre 1993, *Giurisprudenza costituzionale*, 1993, p. 3712.

En définitive, les parties du procès principal sont perçues comme des éléments perturbateurs du procès constitutionnel. Leurs intérêts subjectifs contrarient la nature objective du contentieux constitutionnel. De fait, on observe que la Cour constitutionnelle cherche à réduire le plus possible le débat contradictoire. En particulier, elle tend à éliminer la phase orale du débat. La loi de 1953 prévoit la tenue d'une audience où les parties, par l'intermédiaire de leurs avocats, peuvent présenter oralement leurs observations. Tel est le principe, mais la loi prévoit également que la Cour peut supprimer cette audience lorsqu'elle estime que la question ne nécessite pas la tenue d'un débat oral (sa décision est alors rendue *in camera di consiglio*). Cela devait rester une exception, mais l'exception est devenue la règle, de sorte que désormais la contradiction s'opère presque exclusivement par écrit devant le juge constitutionnel italien.

Cette attitude est principalement dictée par le souci de limiter l'encombrement. Cette lancinante préoccupation a conduit le juge constitutionnel italien à réduire le débat contradictoire et le rôle des parties. Toutefois, l'atteinte portée à ces dernières ne doit pas être surestimée dans la mesure où l'audience ne présente qu'un intérêt relatif pour les plaideurs du procès constitutionnel. En effet, les conclusions des parties ayant déjà fait l'objet d'un échange contradictoire par écrit, le débat oral n'apporte rien de plus au débat et n'a donc que peu d'influence sur l'issue du procès. Il se limite souvent à une simple reprise des arguments déjà présentés et développés dans les mémoires. Toujours très succinct, il apparaît davantage comme une formalité superflue que comme une étape indispensable du mécanisme décisionnel.

CHAPITRE 2 – LES SUITES DU CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE *A POSTERIORI*

SECTION 1 - « LA MODULATION DANS LE TEMPS DES EFFETS DES DECISIONS DES JUGES CONSTITUTIONNELS. PERSPECTIVES COMPARATIVES FRANCE – ESPAGNE – ITALIE »

Olivier Lecucq

*Professeur de droit public
Co-directeur de l'IE2IA*

Avant d'aborder plus avant le thème envisagé, une précision d'importance s'impose s'agissant du périmètre de l'étude envisagée. La comparaison sera circonscrite aux seuls cas français, espagnol et italien, de manière à être en adéquation et d'assurer la continuité avec le champ d'étude de la première partie du présent rapport d'ensemble qui, pour ce qui est des effets des décisions rendues en matière de contrôle de constitutionnalité par voie de question préjudicielle, se limitait à ces trois cas de figure. Le détour éventuel par d'autres systèmes étrangers doit ainsi être uniquement conçu, en tant que de besoin, comme un éclairage des trois systèmes appréhendés. Cela étant dit, l'échantillon des champs explorés s'avère à vrai dire suffisamment large et contributif pour que bon nombre des points et des conclusions livrés dans les lignes qui vont suivre apparaissent transposables à d'autres systèmes juridiques.

Toujours en préalable, il convient d'insister sur l'objet de l'analyse comparatiste et la méthode requise pour la mener. De ce point de vue, le cours donné par le professeur Xavier Magnon au XXIIIème Cours international de justice constitutionnelle d'Aix-en-Provence précisément sur le sujet de la modulation des effets dans le temps des décisions du juge constitutionnel constitue une référence de tout premier ordre, non seulement parce qu'il fournit un guide exemplaire de la méthode comparatiste mais aussi parce qu'il offre, sous un angle théorique, une typologie tout à fait remarquable des modèles et conceptions possiblement mis en œuvre en cette matière⁷⁹⁴.

A partir des explications de Xavier Magnon, l'on conviendra que la modulation des effets des décisions prononcées par le juge constitutionnel renvoie à l'hypothèse où le juge peut, en fonction de circonstances de natures diverses, faire varier les effets desdites décisions à partir d'une gamme d'effets le plus souvent riches, allant de l'effet rétroactif (*ex tunc*) pur et simple à l'effet abrogatif (*ex nunc*) différé dans le temps. Et de remarquer que cette possible latitude du juge trouve à s'appliquer et à se justifier surtout, même si ce n'est pas exclusif⁷⁹⁵,

⁷⁹⁴ X. Magnon, « La modulation des effets dans le temps des décisions du juge constitutionnel », XXIIIème Cours international de justice constitutionnelle, *Les effets des décisions des juridictions constitutionnelles*, Aix-en-Provence, *AJJC* XXVII-2011, p. 555.

⁷⁹⁵ L'on rencontre la technique de la modulation des effets des décisions également dans le cadre d'un contrôle *a priori* de constitutionnalité, ainsi que le montre par exemple la jurisprudence du Conseil constitutionnel depuis la décision n° 2008-564 DC, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, dans laquelle le

dans l'hypothèse d'un contrôle *a posteriori*, particulièrement par la voie de la question préjudicielle d'inconstitutionnalité⁷⁹⁶, dans la mesure où la décision juridictionnelle dont il s'agit intervient après que la loi est entrée en vigueur et a produit des effets (actes de développement et de concrétisation ou d'application), et que, ce faisant, la question de la variété des effets dans le temps d'une telle décision intéresse au premier chef la situation qui est antérieure à la date à laquelle elle a été prise. Quant à la palette des effets concernés potentiellement opératoires, elle est riche à s'y perdre. Pour reprendre la typologie de M. Magnon, l'on relève rien de moins que : la rétroactivité totale, la rétroactivité à une date donnée, les décisions d'effet immédiat, limitées ou non au procès en cours, ou au seul procès ayant généré la question préjudicielle, l'abrogation simple, l'abrogation survenue, l'abrogation différée avec date précise et renvoi vers le législateur ou pas⁷⁹⁷. Et moduler, c'est avoir pour le juge, dans une certaine mesure plus ou moins contrainte, la faculté de choisir entre ces divers effets.

Fort de ce cadre théorique, et à l'aide des textes, de la jurisprudence et de la doctrine afférents⁷⁹⁸, il est assez aisé de répertorier dans chacun des trois systèmes envisagés, France, Espagne, Italie, les effets des décisions rendues à l'issue d'une question préjudicielle d'inconstitutionnalité. Et de comparer donc ces derniers en recherchant ce qui leur est commun et ce qui ne l'est pas pour essayer de tracer à cet égard quelques pistes conclusives. C'est cette démarche qu'il est proposé de suivre mais dans une perspective cependant singulière qui est de nature à optimiser la grille de lecture des effets considérés.

L'on observera en effet que, dans chacun des systèmes étudiés et de manière plus ou moins marquée, la lecture *ad literam* des textes constitutionnels et des éventuelles législations organiques de développement enseigne que chaque système a privilégié assez strictement un modèle d'effets dans le temps des décisions du juge constitutionnel et que, malgré quelques éléments partagés, il n'y a pas de ce point de vue convergence ; mais que, cependant, de façon plus ou moins flagrante là encore, l'œuvre prétorienne a considérablement revisité et enrichi les modèles posés initialement, au point que les traits de divergence marqués initialement cèdent progressivement le pas à une convergence d'ensemble, en ce sens que, d'une part, la palette d'effets appliquée dans chacun des systèmes se révèle en définitive et en pratique quasiment identique, et que, d'autre part, la modulation de ces mêmes effets est conçue et mise en oeuvre à peu près de la même façon. Ce constat invite dès lors à insister sur le rôle du juge et sur la pratique jurisprudentielle de la modulation, car l'élargissement jurisprudentiel de la gamme des effets dans le temps et l'utilisation prétorienne qui en est faite témoignent

juge constitutionnel admet pour la première fois de différer les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité de la loi contrôlée *a priori*.

⁷⁹⁶ Entendu que la question préjudicielle d'inconstitutionnalité se prête davantage à la problématique que le recours direct lorsque ce dernier est conditionné par un délai après l'entrée en vigueur de la loi (cas existant par exemple dans le système allemand), et que, par ailleurs, les décisions juridictionnelles considérées ne peuvent être que des décisions déclarant l'inconstitutionnalité de la norme contrôlée.

⁷⁹⁷ X. Magnon, *op. cit.*, pp. 555-565.

⁷⁹⁸ En plus des contributions du présent rapport traitant du thème dans chacun des systèmes envisagés (V. *supra*), pour une présentation d'ensemble synthétique, l'on se référera en particulier à : P. Bon, « La modulation des effets dans le temps d'une annulation contentieuse. Le cas de l'Espagne », *RFDA*, 2004, p. 690 ; E. Cartier, « §2 : L'ambiguïté des effets de la déclaration d'inconstitutionnalité sur le procès », in *La question prioritaire de constitutionnalité. Etude sur le réagencement du procès et de l'architecture juridictionnelle française*, Université Lille 2, Rapport réalisé avec le soutien du GIP Mission de recherche Droit et Justice convention n° 10-19, p. 141 ; T. Di Manno, « La modulation des effets dans le temps de la Cour constitutionnelle italienne », *RFDA*, 2004, p. 700.

assurément d'une mécanique singulière de la pratique de la modulation dont les moteurs et les rouages sont en fait largement déterminés par le seul juge. Cette exploration aura vocation de compléter la grille de lecture en y ajoutant quelques colonnes, peut-être aussi en remettant en cause certaines des fondations théoriques que l'on tient pour acquises.

En utilisant ainsi comme fil conducteur commun aux trois systèmes étudiés l'évolution notable observée entre les textes et la pratique pour mieux identifier la mécanique essentiellement prétorienne de la modulation, nous présenterons, dans un premier temps, les modèles textuels relativement divergents fixés initialement, pour insister, dans un second temps, sur la pratique jurisprudentielle largement convergente suivie en définitive.

I / Des modèles textuels relativement divergents au départ

Les modèles envisagés à ce stade sont ceux qui découlent des prescriptions textuelles applicables déterminant les effets dans le temps des décisions des juges constitutionnels français, espagnol et italien, rendues en matière de questions préjudicielles d'inconstitutionnalité⁷⁹⁹. En fonction de la typologie rappelée plus haut, il apparaît qu'en application des textes, chacun des systèmes étudiés correspond à un type relativement distinct. A titre liminaire, l'on peut remarquer que la distinction procède d'abord de la nature des cadres textuels afférents, en ce sens que : dans le cas espagnol, la Constitution pose, assez sommairement, un certain nombre de règles (article 161.1) mais le renvoi à une loi organique de développement a conduit à ce que le régime des effets en cause soit précisé par des dispositions législatives organiques⁸⁰⁰ ; dans le cas italien, c'est le législateur ordinaire⁸⁰¹ qui est venu partiellement compléter, pour ne pas dire corriger, le dispositif inscrit à l'article 136 de la Constitution ; alors que, dans le cas de la France, il semble que le constituant de 2008 ayant introduit la question prioritaire de constitutionnalité et ayant à cette occasion modifié l'article 62 de la Constitution pour y insérer un nouvel alinéa 2 consacré aux effets dans le temps des décisions rendues à ce titre, ait jugé que le dispositif imaginé était suffisamment complet pour ne pas nécessiter de renvoi vers le législateur organique. Cette remarque permettant au passage de signaler qu'à la différence de ses homologues, la Constitution française ne prévoit les effets dans le temps des décisions du juge constitutionnel qu'en matière de QPC⁸⁰².

Toujours est-il que les modèles de référence initiaux des trois systèmes se différencient tant du point de vue du régime des effets mis à l'œuvre qu'au regard de la liberté laissée au juge constitutionnel pour l'appliquer. Un aperçu de chacun de ces deux aspects permettra d'en prendre la mesure.

⁷⁹⁹ Sachant que les effets correspondant valent aussi dans une large mesure pour les autres voies de droit permettant le contrôle de la loi. Ainsi, en Espagne par exemple, il n'est pas vraiment fait de distinction sur ce plan selon que l'on a affaire à une décision du Tribunal constitutionnel rendue sur question d'inconstitutionnalité, sur recours en inconstitutionnalité ou sur conflit de compétences entre organes. Sur ce point, v. en part., *Comentarios a ley organica del Tribunal constitucional*, Dir. J. J. Gonzalez Rivas, La Ley, 2010, p. 428.

⁸⁰⁰ V. la loi organique 2/1979 du 3 octobre 1979 relative au Tribunal constitutionnel modifiée (spéc. art. 39 et 40).

⁸⁰¹ Loi n° 87 du 11 mars 1953 relative aux normes sur la Constitution et le fonctionnement de la Cour constitutionnelle (art. 30 al. 3).

⁸⁰² Alors que, comme on le sait, la jurisprudence a également permis de faire varier les effets dans le temps d'une décision rendue par la voie du contrôle *a priori* de constitutionnalité.

A) Les modèles de référence initiaux

1° - Le modèle espagnol

Dans le modèle espagnol, deux principes constitutionnels sont à l'œuvre. Le premier, sur lequel il est inutile de s'attarder, est issu d'une lecture *a contrario* de l'article 164-2⁸⁰³ qui implique la sortie de vigueur d'une loi déclarée inconstitutionnelle. Le second, beaucoup plus contributif, ressort des articles 39 et 40 de la loi organique relative au Tribunal constitutionnel⁸⁰⁴ qui mettent en œuvre l'article 161-1 a) de la Constitution⁸⁰⁵ en prescrivant le couplage qui, sauf exception, est opéré entre déclaration d'inconstitutionnalité et nullité de la loi⁸⁰⁶ et duquel est tiré l'effet rétroactif, *ex tunc*, de l'annulation⁸⁰⁷.

En associant la déclaration d'inconstitutionnalité à celle de la nullité de la loi, la LOTC est fidèle aux conséquences radicales que l'on prête théoriquement au contrôle abstrait. L'inconstitutionnalité implique d'expulser la loi viciée de l'ordre juridique et la nullité remplit cet office de manière on ne peut plus orthodoxe puisqu'elle signifie que l'expulsion de l'ordre juridique produit ses effets dès l'origine même de la loi, en d'autres termes, la loi déclarée inconstitutionnelle est censée n'avoir jamais pu contredire la Constitution car elle n'aurait jamais existé. La conception objective emporte ainsi nécessité d'une « épuration » de l'ordonnement juridique, selon une logique d'ailleurs largement inspirée du système allemand conçu « comme un ordre juridique dans lequel l'exigence de régularité est censée s'appliquer de manière absolue »⁸⁰⁸. Or, il faut bien avoir conscience que le triptyque inconstitutionnalité – nullité – effet *ex tunc* prévalant en matière de questions d'inconstitutionnalité s'explique par le fait, rappelé par Pedro Cruz Villalon, que la fonction première conférée à cette voie de droit est de « servir (...) la suprématie objective de la Constitution sur la loi » et non de protéger les citoyens par rapport à la loi, cette dernière préoccupation revenant au recours d'*amparo* « mis à la portée de tout particulier tant pour les atteintes directes aux droits fondamentaux de la part des autorités publiques et même des particuliers que pour les atteintes indirectes portées par la loi par le biais de son application individuelle »⁸⁰⁹.

⁸⁰³ Aux termes duquel : « sauf si l'arrêt [du Tribunal constitutionnel] en dispose autrement, la loi restera en vigueur dans sa partie non affectée par l'inconstitutionnalité ».

⁸⁰⁴ *Préc.*

⁸⁰⁵ Selon lequel : « La déclaration d'inconstitutionnalité d'une norme juridique ayant rang de loi, interprétée par la jurisprudence, affectera cette dernière mais l'arrêt ou les arrêts rendus ne perdront pas la valeur de chose jugée ».

⁸⁰⁶ L'article 39-1 de la LOTC dispose en effet que : « Lorsque l'arrêt déclare l'inconstitutionnalité, il déclarera également la nullité des dispositions contestées ainsi que, le cas échéant, celle des autres dispositions de la même loi, disposition ou acte ayant force de loi auxquelles elle doit être étendue par voie de connexité ou de conséquence ».

⁸⁰⁷ Selon une interprétation là encore *a contrario* de l'article 40-1 (première partie) qui dispose que : « Les arrêts déclarant l'inconstitutionnalité de lois, dispositions ou actes ayant force de loi ne permettront pas de réviser des procès conclus par un arrêt revêtu de la force de chose jugée dans lequel auront été appliqués les lois, dispositions ou actes inconstitutionnels ».

⁸⁰⁸ X. Magnon, *op. cit.*, p. 557. Sur une présentation du modèle allemand, v. not. O. Jouanjan, « La modulation des effets des décisions des juridictions constitutionnelles et administratives en droit allemand », *RFDA*, 2004, p. 676.

⁸⁰⁹ « L'Espagne », in *Contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle*, PUAM, 2009, p. 130.

Le régime général, ainsi centré, comme on le voit, sur l'effet *ex tunc* des arrêts du Tribunal constitutionnel, connaît toutefois une exception détaillée dans l'article 40.1 de la LOTC⁸¹⁰. En effet, la déclaration d'inconstitutionnalité ne pourra pas avoir d'effet rétroactif à l'encontre des décisions de justice définitives qui auront fait application de la loi déclarée inconstitutionnelle. L'exception exprime ici l'exigence classique que la chose définitivement jugée ne saurait être remise en cause, et il n'est pas étonnant que cette limite soit présente dans chacun des systèmes étudiés. Notons cependant que la LOTC réserve une exception à l'exception en imposant l'effet *ex tunc* en matière de justice répressive (pénale ou administrative) à partir du moment où l'annulation de la norme considérée permettra « une réduction de la peine ou de la sanction ou une exclusion, une exemption ou une limitation de la responsabilité »⁸¹¹. On remarquera d'ailleurs que, en tout cas s'agissant de la question d'inconstitutionnalité, cette exception à l'exception représente l'hypothèse la plus fréquente où l'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité prononcée s'apparentera à une réelle nullité.

La lecture de la LOTC laisserait penser en définitive que, hormis le cas du respect dû à la chose jugée qui devient irréversible, le trinôme inconstitutionnalité – nullité – rétroactivité est celui qui caractérise le modèle espagnol, sachant que les premiers arrêts du Tribunal constitutionnel en la matière donnent à croire que le juge était bien disposé à maintenir fermement cette chaîne.

2° - Le modèle italien

La doctrine n'a pas un avis complètement tranché sur le rattachement du système italien à tel ou tel type d'effets dans le temps des décisions de la Cour constitutionnelle. Plus exactement, l'interprétation qui en est donnée et la manière de prioriser ou de classer les effets sont quelque peu nuancées⁸¹². Les différences de vue, à vrai dire très relatives, dans l'appréciation résultent du fait que les textes applicables ne livrent pas un modèle d'une clarté absolue. Cela étant dit, répertorier les effets et identifier, ce faisant, le modèle initialement privilégié en Italie ne pose en réalité pas de difficultés majeures.

L'article 136 dispose que : « Lorsque la Cour déclare l'inconstitutionnalité d'une règle de loi ou d'un acte ayant force de loi, la règle de loi cesse de produire effet dès le lendemain de la publication de la décision ». Le principe ici retenu est par conséquent celui de l'effet abrogatif, *ex nunc*, de la déclaration d'inconstitutionnalité – « dès le lendemain », et donc exclusivement pour le futur ! De sorte que « la déclaration d'inconstitutionnalité semblait n'avoir de prise que sur les situations constituées après la publication de la décision et non sur celles qui se seraient constituées avant »⁸¹³. Cependant, à la suite de l'introduction en 1948 du

⁸¹⁰ V. note 14.

⁸¹¹ Art. 40.1 *in fine*. Plus précisément, le trinôme inconstitutionnalité - nullité – rétroactivité reste opératoire « dans le cas des procès pénaux ou des procès contentieux administratifs concernant une procédure de sanction dans lesquels, du fait de la nullité de la norme qui aura été appliquée, il résulte une réduction de la peine ou de la sanction ou une exclusion, une exemption ou une limitation de responsabilité ».

⁸¹² Pour la doctrine française, v. P. Bon, *op. cit.*, p. 690 ; T. Di Manno, *op. cit.*, p. 700 ; O. Dubos et F. Melleray, « La modulation dans le temps des effets de l'annulation d'un acte administratif », *Dr. Adm.*, n° 8, 2004, étude 15, note 67 ; X. Magnon, *op. cit.*, p. 567. Pour la doctrine italienne beaucoup plus unanime, v. en part. A. Pizzorusso, « Art. 136 Costituzione », *in Comentario Breve de la costituzione*, sous la dir. de V. Crisafulli et L. Paladin, Padova, Il Mulino, 1988, p. 266 ; et R. Pinardi, *La corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità*, Milan, Giuffrè, 1993.

⁸¹³ T. Di Manno, *op. cit.*, p. 700.

procès incident de constitutionnalité ⁸¹⁴, la loi du 11 mars 1953 relative à la Cour constitutionnelle ⁸¹⁵ a complété le dispositif en énonçant que « les normes déclarées inconstitutionnelles ne peuvent plus être appliquées dès le lendemain de la publication de la décision » ⁸¹⁶. On a ainsi pu croire à une contradiction, inacceptable sur le plan de la hiérarchie des normes, entre la Constitution et la loi. En réalité, il convient de voir dans la loi de 1953 une sorte de complément aux préceptes constitutionnels. Et un complément déterminant puisqu'il aboutit à combiner un effet abrogatif reconnu de manière générale (art. 136 C) et un effet rétroactif limité aux procédures en cours, c'est-à-dire dans lesquelles la loi trouverait encore à s'appliquer malgré l'abrogation (art. 30 de la loi de 1953), effet que l'on a coutume d'appeler « la rétroactivité procédurale » ⁸¹⁷. Force est ainsi de constater, avec les professeurs Di Manno et Magnon, que le cadre textuel italien consacre le modèle de l'application immédiate générale de la déclaration d'inconstitutionnalité, c'est-à-dire dont l'effet vaut pour l'avenir ainsi que pour les situations en cours.

Contrairement, on le voit, au modèle espagnol, la Constitution italienne a ainsi fait sienne la théorie kelsenienne du législateur négatif au titre de laquelle la déclaration d'inconstitutionnalité équivaut à défaire ce que la loi a fait, la loi disparaissant de l'ordonnement juridique à compter de la publication de l'arrêt du juge constitutionnel déclarant son inconstitutionnalité. Cette option, choisie également par l'Autriche, connaît cependant un tempérament de poids qui était d'ailleurs, ainsi que le montre fort bien Xavier Magnon, recommandé par Hans Kelsen lui-même ⁸¹⁸. Et un tempérament somme toute logique tant il est vrai que, dans le cadre du procès incident ou de la question préjudicielle d'inconstitutionnalité, il est difficile sur le principe de ne pas tirer les conséquences de la déclaration d'inconstitutionnalité en particulier sur le litige qui a été à l'origine de la saisine du juge constitutionnel. C'est pourquoi la loi italienne de 1953 a introduit la rétroactivité procédurale des décisions de la Cour constitutionnelle de manière à « (obliger) les juges ordinaires à *ne plus appliquer* la loi déclarée contraire à la Constitution aux situations en cours, même si elles se sont constituées antérieurement à la publication de la décision » ⁸¹⁹.

3° - Le modèle français

L'année d'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité dans la Constitution française, 2008, explique que les prescriptions posées à l'article 62 alinéa 2 de la Constitution relatives aux effets des décisions du Conseil constitutionnel rendues à ce titre, s'avèrent, tout en étant très concises, plus complètes que dans les systèmes espagnol et italien ⁸²⁰. Le constituant français a en effet pu se servir des expériences étrangères pour élaborer son propre modèle. Sans démentir une telle source d'inspiration comme on le soulignera plus loin, les travaux préparatoires montrent cependant que la problématique des

⁸¹⁴ Loi constitutionnelle n° 1 du 9 février 1948 relative aux normes sur les procès de constitutionnalité et sur les garanties d'indépendance de la Cour constitutionnelle, *Gazzeta Ufficiale*, 20 février 1948, n° 43.

⁸¹⁵ *Préc.*

⁸¹⁶ Art. 30, al. 3, de la loi précitée.

⁸¹⁷ V. T. Di Manno, *op. cit.*, p. 701.

⁸¹⁸ X. Magnon, *op. cit.*, p. 558.

⁸¹⁹ T. Di Manno, *op. cit.*, p. 701.

⁸²⁰ Pour une analyse du dispositif mis en place, v. not., outre la contribution d'E. Cartier précitée, N. Tilli, « La modulation dans le temps des effets des décisions d'inconstitutionnalité a posteriori », *RDP*, 2010, p. 1591 et P. Puig, « Le Conseil constitutionnel et la modulation dans le temps des décisions QPC », *RTD civ.*, 2010, p. 517.

effets des décisions du Conseil constitutionnel rendues sur renvoi d'une QPC n'a pas en tant que telle retenu l'attention qu'elle méritait probablement⁸²¹, et qu'il a été peu discuté de la typologie des effets existante en droit comparé.

L'alinéa 2 de l'article 62 dispose que : « Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 [concernant la QPC] est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ». A suivre linéairement l'énoncé, le principe de l'abrogation générale semble s'imposer derechef, mais selon un mode alternatif car l'abrogation peut prendre effet dès la publication de la décision ou à une date ultérieure qui est fixée par la décision. La différence avec le texte italien saute donc aux yeux puisque, si, à l'instar de ce dernier, le principe de l'abrogation générale suit fidèlement la logique du législateur négatif, l'introduction de l'abrogation différée s'en éloigne quelque peu en permettant de suspendre l'inconstitutionnalité pendant une période déterminée, ou, si l'on préfère, de prolonger la constitutionnalité de la loi jusqu'à une date déterminée. A ce schéma s'ajoute un tempérament de taille qui introduit la rétroactivité dans le catalogue des effets constitutionnellement admis. Les effets antérieurement produits par la loi déclarée inconstitutionnelle peuvent être remis en cause dans les conditions et les limites définies par le juge. Contrairement au dispositif italien, le panel des effets rétroactifs visés n'est pas strictement déterminé et l'on peut en définitive imaginer des effets *ex tunc* dans des cas aussi nombreux que ceux qui sont admis par principe en Espagne sous l'effet du triptyque inconstitutionnalité – nullité – rétroactivité. Aussi, de la même manière qu'il a été constaté en Espagne, par principe sous la réserve de l'autorité de la chose jugée, et en Italie, de manière limitée, la rétroactivité paraît devoir nécessairement entrer en ligne de compte pour permettre en particulier l'effet de la décision aux situations en cours.

Autant dire immédiatement que la comparaison textuelle atteint à ce stade clairement ses limites dans la mesure où la palette des effets répertoriés dans le cas français doit, pour avoir du sens, être en réalité comparée à la pratique jurisprudentielle à l'œuvre en Espagne et en Italie et dont il apparaît qu'elle a considérablement étendu le champ des effets possibles des décisions des juges constitutionnels et largement introduit la technique de la modulation. La clef de compréhension du modèle français ressort d'ailleurs de ce que la problématique des effets qui nous occupent a d'emblée été placée sur le terrain de leur modulation et de la liberté détenue par le Conseil constitutionnel en la matière. De ce point de vue, la différence entre les systèmes initialement conçue est patente.

B - La liberté initiale du juge

La comparaison des cadres textuels des trois systèmes de référence révèle que le pouvoir réservé au juge dans la détermination des effets et leur manipulation se distingue nettement selon que l'on a affaire, d'un côté, à l'Espagne et à l'Italie, et, d'un autre côté, à la France. Là encore, il importe cependant de relativiser fortement la distinction car, comme il vient d'être dit, en ayant introduit la QPC en 2008, le constituant français a pu s'inspirer des modèles étrangers qui, tous, bien au-delà des textes, font une large place à la liberté du juge de choisir l'effet dans le temps de ses décisions et donc d'avoir recours à la technique de modulation.

⁸²¹ V. pour une exégèse des travaux, E. Cartier, *op. cit.*, pp. 143-146.

En Espagne et en Italie, les textes ne donnent toutefois pas prise à l'hésitation. Ce qui caractérise textuellement les effets dans le temps des décisions des cours constitutionnelles, c'est leur automaticité sans latitude du juge pour la contrarier en principe. La formulation de l'article 161.1 a) de la Constitution espagnole n'est pas heureuse car, pour identifier les effets des décisions qui sont prescrits, elle invite à en donner une lecture *a contrario*. Or, ce type d'interprétation ne va pas sans présenter quelques dangers, en particulier parce qu'il accentue la marge de l'interprétant et qu'à propos de l'article 161 a) l'on pouvait fort bien ne pas déduire davantage que ce qu'il énonçait strictement et considérer simplement qu'il posait une limite à la rétroactivité des décisions du Tribunal constitutionnel tenant au respect de l'autorité de la chose jugée, et laissait le législateur organique décider du point de savoir si lesdites décisions devaient avoir un effet *ex tunc*⁸²². Et, en étant construite sur le même schéma (on ne peut pas remettre en cause la chose jugée mais il n'est pas affirmé que les décisions ont de manière générale un effet *ex tunc*), l'article 40.1 de loi organique relative au Tribunal constitutionnel ne résout pas le problème. En revanche, son article 39.1 introduit sans contestation possible le couplage inconstitutionnalité – nullité, et leur confère un caractère automatique. Sachant que la préoccupation première du constituant dans le cadre de la question d'inconstitutionnalité était l'épuration de l'ordre juridique, le couple est en réalité trinôme dans l'idée, admise par Kelsen lui-même malgré les problèmes théoriques et pratiques qu'il y voyait, qu'à l'inconstitutionnalité et à la nullité devait être associé l'effet *ex tunc* de manière à assurer la pleine garantie de la Constitution⁸²³. Les termes de la LOTC plaident ainsi en faveur d'un lien indéfectible, automatique, entre l'inconstitutionnalité d'une loi et sa nullité (rétroactive) qui en serait la conséquence logique⁸²⁴. Les premières décisions du Tribunal constitutionnel en la matière confirment du reste ce point de vue, le juge n'hésitant pas à affirmer, avec une certaine emphase, que la déclaration d'inconstitutionnalité de la loi l'affecte *ex origine*, l'effet *ex tunc* de la déclaration étant par là-même l'effet de droit commun⁸²⁵. Le juge se retrouvant en conséquence devant l'effet accompli de ses propres décisions sans pouvoir, sur ce plan, infléchir la chaîne conséquentielle.

C'est à peu près au même constat que l'on aboutit dans le système italien tel qu'il est textuellement conçu. Ainsi qu'a pu l'écrire le professeur Gustavo Zagrebelsky, « à la différence de ce qui se passe dans d'autres systèmes de justice constitutionnelle, les effets des décisions d'inconstitutionnalité (de la Cour constitutionnelle italienne) sont intégralement prévus par le droit et se produisent de manière absolument automatique »⁸²⁶. Interdiction faite donc à la Cour constitutionnelle de chercher à moduler les effets dans le temps de ses déclarations d'inconstitutionnalité. Ces dernières sont, comme on le sait, d'application immédiate, pour l'avenir et pour les situations en cours. L'on peut à juste titre estimer que le cadre textuel est dans ces conditions « bien trop rigide et largement insuffisant pour amortir

⁸²² En ce sens v. J. Jiménez Campo, « Que hacer con la ley inconstitucional, in *La sentencia sobre la constitucionalidad de la Ley*, Tribunal Constitucional/CEC, Madrid, 1997, p. 62.

⁸²³ En ce sens, v. not. A. J. Gómez Montoro, *Artículo 39, in Comentarios a la ley orgánica del tribunal constitucional*, Tribunal constitucional/BOE, Madrid, 2001, pp. 582-583.

⁸²⁴ Et l'on remarquera qu'aux termes de l'article 39.1 de la LOTC toujours, l'effet radical des déclarations d'inconstitutionnalité affectent non seulement les préceptes législatifs contestés mais également ceux qui sont touchés par connexion ou conséquence.

⁸²⁵ V. en part. STC 14/81/4 et STC 60/86/1.

⁸²⁶ "Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle pronunce d'incostituzionalità : possibilità e limiti", in *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Actes du séminaire d'études tenu au Palais, de la Consulta, à Rome, le 23 et 24 novembre 1988, Milan, Giuffrè, 1989, p. 199 ; cité par T. Di Manno, *op. cit.*, p. 701.

l'impact d'une déclaration d'inconstitutionnalité sur l'ordre juridique » et que le constituant italien de 1947 et 1948⁸²⁷ n'avait certainement pas mesuré les exigences inhérentes à l'office d'un juge constitutionnel œuvrant dans le cadre d'un système de contrôle *a posteriori*⁸²⁸, le résultat n'en demeure pas moins que les textes ne lui consentent aucune marge de manœuvre.

La situation française détonne évidemment puisque, comme il a déjà été souligné, la modulation des effets dans le temps des décisions du Conseil constitutionnel rendues en matière de QPC et la liberté corrélatrice de ce dernier pour la mettre en oeuvre se trouvent au cœur du dispositif établi par l'alinéa 2 de l'article 62 de la Constitution. C'est le juge constitutionnel qui a la faculté de fixer à une date ultérieure l'effet abrogatif de la déclaration d'inconstitutionnalité qu'il prononce. C'est encore lui qui peut « [déterminer] les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ». La lecture des rapports parlementaires sur le projet de loi constitutionnelle de 2008⁸²⁹ atteste du reste que, plus que la palette des effets à établir, l'enjeu des discussions était surtout centré sur le degré de liberté à accorder au Conseil constitutionnel, en référence au pouvoir dont disposent en la matière les autres cours constitutionnelles et la Cour de justice de l'Union européenne, dont dispose aussi le Conseil d'Etat depuis sa décision *Association AC!* de 2004⁸³⁰ par laquelle la Haute juridiction administrative s'est reconnue un large pouvoir de modulation des effets dans le temps de ses décisions d'annulation. Et d'observer en définitive, avec le professeur E. Cartier, que les parlementaires ont fait un véritable « éloge de la souplesse »⁸³¹, que l'on retrouve fidèlement traduit dans le texte constitutionnel.

La référence faite aux cours constitutionnelles pour justifier l'introduction de la technique de la modulation des effets dans le temps dans le contentieux de la QPC visent à peu près toutes les juridictions européennes de cette nature, y compris le Tribunal constitutionnel espagnol et la Cour constitutionnelle italienne. Cela fait bien longtemps en effet que ces derniers se sont largement départis de l'application stricte de textes mal adaptés à la souplesse nécessaire, et inévitable, du contrôle *a posteriori*. C'est pourquoi, sous l'effet d'une jurisprudence particulièrement constructive en Espagne et en Italie, les modèles à l'étude convergent largement en pratique en laissant prise à la modulation des effets dans le temps des décisions concernées et à un ample pouvoir du juge en la matière.

II / Une pratique jurisprudentielle largement convergente à l'arrivée

Pour mettre en exergue la convergence des pratiques jurisprudentielles s'agissant des effets dans le temps des décisions des juges constitutionnels et les enseignements qu'il convient d'en tirer quant au pouvoir de modulation des juges constitutionnels y ayant trait, deux angles de vue seront privilégiés. Il s'agira, d'une part, de souligner l'impressionnant

⁸²⁷ Loi constitutionnelle du 9 février 1948 relative aux normes sur les procès de constitutionnalité et sur les garanties d'indépendance de la Cour constitutionnelle, préc.

⁸²⁸ T. Di Manno, *op. cit.*, p. 701.

⁸²⁹ J.-L. Warsmann, Rapport AN n° 892 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 constitutionnelle de modernisation des institutions de la Vème République, 15 mai 2008, pp. 443-444 ; J.-J. Huest, Rapport Sénat n° 387 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 constitutionnelle de modernisation des institutions de la Vème République, 11 juin 2008, pp. 179-180.

⁸³⁰ CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC! et autres*, req. n° 255886.

⁸³¹ *Op. cit.*, p. 144.

décalage qui existe en Espagne et en Italie entre les textes et la pratique jurisprudentielle, d'autre part, d'insister sur l'incontournable marge de manœuvre détenue par le juge constitutionnel.

A) Le surprenant décalage entre les textes et la pratique jurisprudentielle en Espagne et en Italie

On l'a souligné, les textes espagnol et italien afférents aux effets dans le temps des décisions des juges constitutionnels en circonscrivent rigoureusement la nature et le périmètre et, de plus, ne confèrent sur ce plan aucune latitude aux juges constitutionnels. Rétroactivité encadrée d'un côté, effet immédiat de l'autre, absence de pouvoir de modulation dans les deux cas. Or, le contrôle *a posteriori*, par voie de question préjudicielle de constitutionnalité en particulier, et compte tenu des conséquences susceptibles d'être produites par une déclaration d'inconstitutionnalité, ne saurait se satisfaire d'une telle rigidité. Le professeur Di Manno, à propos du cas italien, résume parfaitement les données du problème en ces termes : « le juge constitutionnel n'est (...) pas un automate qui exercerait son office sans tenir compte du contexte économique et social. Il ne saurait faire abstraction du bouleversement normatif et de la rupture dans l'ordre juridique que peut engendrer une déclaration d'inconstitutionnalité. Aussi bien, et pour cela, est-il de son devoir et de sa responsabilité de s'intéresser aux conséquences concrètes de ses décisions d'inconstitutionnalité. Il s'agit, d'ailleurs, là d'une obligation qui découle du principe de « la continuité » de l'ordre juridique »⁸³².

Pour éviter les conséquences indésirables sur la continuité de l'ordre juridique qu'une application stricte des prescriptions textuelles engendrerait, les juges constitutionnels espagnol et italien, à côté de l'utilisation de techniques de contournement du type de celle des réserves d'interprétation⁸³³, ont ainsi rivalisé d'imagination pour élargir la palette des effets dans le temps de leurs décisions et se reconnaître à cet égard un large pouvoir de modulation. Un rapide survol de l'apport jurisprudentiel permettra d'en prendre la mesure.

En Espagne, le juge constitutionnel a en de multiples occasions admis la rupture du lien, consacré par la Constitution et la loi organique relative au Tribunal constitutionnel, entre inconstitutionnalité – nullité – effets *ex tunc*, bien au-delà des limites tirées du seul respect de l'autorité de la chose jugée. L'effet *ex nunc* fait ainsi son apparition dans l'arrêt 45/1989⁸³⁴ dans lequel le juge reconnaît l'inconstitutionnalité d'une omission législative sans prononcer sa nullité puisque, censurée non pas à raison de ce que la loi dispose, mais à raison de ce qu'elle ne dispose pas, « il ne sert à rien de la déclarer nulle car cela ne corrige pas l'omission du législateur, ce qui ne peut être fait que par ce dernier »⁸³⁵ ; ce qui explique que le juge constitutionnel ait également admis par la suite de recourir aux arrêts dits « appellatifs », invitant ou enjoignant le législateur à intervenir pour résorber

⁸³² T. Di Manno, *op. cit.*, p. 701; sachant que, par « la continuité » de l'ordre juridique, il faut entendre que « la transformation du système normatif dans un sens conforme à la Constitution ne saurait se produire sans des solutions de continuité de nature à éviter l'ébranlement de l'édifice normatif tout entier » (*ibid.*).

⁸³³ Par lesquelles, en effet et comme on le sait, le juge constitutionnel évite en quelque sorte l'écueil des conséquences de l'effet d'une déclaration d'inconstitutionnalité en grevant la loi d'une interprétation plus ou moins constructive qui, selon la formule consacrée, en ôte le venin.

⁸³⁴ STC 45/1989 ; v. *AJJC* V-1989, p. 467 (et les références citées).

⁸³⁵ P. Bon, *op. cit.*, p. 692.

l'inconstitutionnalité⁸³⁶. A partir de l'arrêt du 1^{er} octobre 1998⁸³⁷, le champ d'application de l'effet *ex nunc* s'est étendu aux hypothèses dans lesquelles le juge a estimé que la nullité de la loi, pourtant déclarée inconstitutionnelle, risquait de provoquer un vide dans l'ordre juridique encore plus préjudiciable que l'irrespect de la régularité juridique, sans s'interdire là encore de différer l'effet abrogatif de sa décision et d'en appeler à l'intervention du législateur. S'ajoute à toutes ces disjonctions du couple inconstitutionnalité - nullité (rétroactive) d'origine jurisprudentielle, le principe, établi dès l'arrêt précité de 1989, selon lequel : « parmi les situations consolidées qui ne seraient être susceptibles de révision en conséquence de la nullité (déclarée) figurent non seulement celles résultant de jugements passés en force de chose jugée (art. 40.1 LOTC), mais aussi en application du principe de sécurité juridique (art. 9.3 CE), celles établies par des décisions administratives définitives ». Enfin, l'on aura compris qu'en élargissant la gamme des effets dans le temps de ses décisions, le juge espagnol s'est, par là-même, accordé le pouvoir de les moduler.

Même constat du côté du juge italien qui s'est en effet soustrait du carcan textuel en s'autorisant lui aussi à moduler les effets passés de ses décisions aussi bien d'ailleurs que leurs effets dans le futur. En reprenant fidèlement la typologie dressée par le professeur Di Manno⁸³⁸, l'on constate que la Cour constitutionnelle a ainsi été conduite à rendre : des décisions « d'inconstitutionnalité survenue » par lesquelles elle fixe le point de départ des effets rétroactifs de la déclaration d'inconstitutionnalité non pas à compter de l'entrée en vigueur de la loi, mais à partir de la survenue du vice d'inconstitutionnalité ; des décisions « d'inconstitutionnalité différée » par lesquelles, malgré la survenance de l'inconstitutionnalité de la loi à un moment donné, la Cour diffère dans le temps, c'est-à-dire à un autre moment, les effets rétroactifs de sa déclaration d'inconstitutionnalité ; les décisions « directives » par lesquelles le juge constitutionnel appelle l'intervention du législateur, soit en l'invitant à légiférer pour résorber le risque d'inconstitutionnalité, soit en constatant la constitutionnalité provisoire de la loi contrôlée qui commande l'intervention de la loi ; et les décisions d'« inconstitutionnalité reconnue mais non déclarée » par lesquelles la Cour reconnaît l'inconstitutionnalité de la loi dans ses motifs mais, pour préserver d'autres exigences de valeur constitutionnelle, s'abstient de le déclarer dans le dispositif de sa décision afin de « sauver la loi ». Inutile d'insister là encore sur l'étendue du pouvoir de modulation que s'est accaparé de son propre chef le juge constitutionnel italien et dont l'énumération de ces divers types de décisions porte témoignage.

Face à ce décalage impressionnant entre le texte et la pratique jurisprudentielle, de nombreuses voix se sont élevées pour inviter le constituant à y mettre fin dans la mesure du possible⁸³⁹. Quand bien même le juge s'efforce d'habiller sa « manipulation » de manière à ne pas la faire apparaître comme étant complètement déconnectée du fondement textuel, comme il en va par exemple du juge constitutionnel espagnol qui, régulièrement et sans convaincre⁸⁴⁰,

⁸³⁶ STC 235/1999 du 11 nov. 1999; v. AIJC XV-1999, p. 553.

⁸³⁷ STC 195/1998 ; v. AIJC XIV-1998, p. 726.

⁸³⁸ T. Di Manno, *op. cit.*; typologie elle-même établie en référence à celle communément admise par la doctrine italienne (*ibid.*).

⁸³⁹ En ce sens, v. par ex. J. Jimenez Campo, « La declaración de inconstitucionalidad de la ley », in *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, dir. F. Rubio Llorente et J. Jimenez Campo, McGraw-Hill, 1998, p. 124.

⁸⁴⁰ En ce sens, l'actuel secrétaire général du Tribunal constitutionnel, J. Jimenez Campo, a pu constater que ; « (ces) déclarations si implacables ne se sont jamais matérialisées dans la définition concrète que, le plus souvent, le Tribunal confère à la portée de ses jugements » (*ibid.*, p. 122).

reconnaît expressément la nullité de la déclaration d'inconstitutionnalité sans en tirer pourtant de conséquence en termes de rétroactivité, la distorsion est trop flagrante pour ne pas imposer une mise en accord des textes avec la réalité jurisprudentielle⁸⁴¹. Sous l'influence plus ou moins déclarée de la Cour constitutionnelle italienne elle-même, une Commission bicamérale pour les réformes constitutionnelles a bien essayé en 1997 de proposer une réforme de l'article 136 de la Constitution apte à le mettre un peu plus en phase avec la réalité jurisprudentielle en admettant que le juge constitutionnel diffère les effets de ses décisions⁸⁴². Mais peine perdue, le projet n'a pas été suivi d'effet.

Pourtant, au-delà de l'écart, pour ne pas dire la contradiction, entre le texte et la pratique difficilement acceptable juridiquement en lui-même, un autre problème de cette nature plaide également à sa résorption textuelle, celui de l'habilitation du juge. L'on peut en effet assez facilement convenir qu'un juge tient ses chefs de compétence d'un texte d'habilitation, la Constitution dans le cas du juge constitutionnel. L'habilitation fonde le juge à exercer tel office, et à refuser d'en exercer un nouveau s'il n'a pas été habilité à le faire⁸⁴³. Sans doute, le juge est-il souvent tenté, et parfois conduit, à retenir une interprétation extensive et permissive de ses attributions, de manière à aller mettre son nez dans des affaires dont la Constitution semblait lui interdire l'accès. Cette façon de s'extirper du corset textuel s'avère sans doute salutaire pour le bon fonctionnement de la justice constitutionnelle et, en définitive, de l'ordre juridique. Cependant, point trop n'en faut, et l'on peut sans trop de peine estimer, quelle que soit l'opportunité de leur œuvre prétorienne, que les juges espagnols et italiens n'étaient clairement pas habilités pour manœuvrer à ce point sur le terrain des effets dans le temps de leurs décisions. De ce point de vue, sans s'accorder quelques menus loisirs avec le texte de l'alinéa 2 de l'article 62 de la Constitution⁸⁴⁴, le Conseil constitutionnel se trouve dans une situation absolument différente puisqu'il bénéficie d'une sorte d'habilitation générale à la modulation qui semble juridiquement beaucoup plus adaptée à la situation.

Cela étant précisé, l'adéquation entre texte et pratique aura beau être assurée, il existera toujours une incontournable marge de manœuvre au profit du juge constitutionnel.

B) L'incontournable marge de manœuvre du juge constitutionnel

Incontournable, la marge de manœuvre du juge constitutionnel l'est car la modulation ressort directement de la détermination des intérêts publics contradictoires en présence et d'une opération essentiellement prétorienne destinée à les concilier. Or, ainsi maniée par le

⁸⁴¹ *Ibid.*, p. 124.

⁸⁴² Sur ce point, v. T. Di Manno, « La métamorphose de la Cour constitutionnelle », in *La réforme constitutionnelle en Italie. Commentaires sur le projet de la Commission bicamérales pour les réformes constitutionnelles*, dir. M. Baudrez, Economica-PUAM, 2002, p. 230.

⁸⁴³ A cet égard, l'on sait par ex. que la compétence d'attribution que se reconnaît le Conseil lui a permis à maintes reprises d'écarter son chef de compétence. Il ne tient ses pouvoirs, et leur étendue, que de la Constitution !

⁸⁴⁴ Interprétant le texte constitutionnel et, ce faisant, la liberté dont il dispose en la matière, le Conseil a ainsi pu préciser dans un considérant de principe que : « si, en principe, la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité et la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut appliquée dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel, les dispositions de l'article 62 de la Constitution réservent à ce dernier le pouvoir tant de fixer la date de l'abrogation et reporter dans le temps ses effets que de prévoir la remise en cause des effets que la disposition a produits avant l'intervention de la déclaration » (v. décision n° 2010-108 QPC, 25 mars 2011, *Mme Marie-Christine D. [Pension de réversion des enfants]*, cons. 5, *JORF*, 26 mars 2011).

juge, cette dernière opération présente un certain nombre de caractères ne manquant pas d'interpeller notamment quant à la manipulation des effets dans le temps à laquelle elle donne lieu.

1° - La détermination des motifs justifiant la modulation et la conciliation prétorienne entre intérêts contradictoires

Quel que soit le système juridique considéré, il se trouve un aspect tout à fait décisif qui échappe dans une très large mesure à la prescription textuelle, ce sont les raisons sur le fondement desquelles le juge constitutionnel choisira, au sein de la palette des effets dans le temps de ses décisions mise à sa disposition, celui le mieux adapté dans l'affaire qui lui est soumise. Si l'on excepte les limites, certes déterminantes mais tout compte fait réduites en nombre, posées par les textes, tenant par exemple dans le cas espagnol au respect de la chose jugée, les juges constitutionnels conservent en effet l'entière maîtrise de l'appréciation des motifs en considération desquelles ils vont estimer nécessaire de moduler l'effet dans le temps de leurs décisions dans tel ou tel sens.

Les motifs en présence constituent des « intérêts publics »⁸⁴⁵ susceptibles d'être affectés par les effets juridiques des décisions rendues, et dont la nécessaire protection est à même de justifier que le juge choisisse un effet plutôt qu'un autre. Ces motifs sont de plusieurs genres dont il n'est pas utile de dresser l'inventaire exhaustif pour en mesurer la variété et l'étendue. Le premier d'entre eux, par ordre en quelque sorte de prévalence et d'« incontournabilité », est assurément la sécurité juridique⁸⁴⁶ qui commande, ainsi que le souligne le professeur Xavier Magnon, de « préserver les effets produits par la norme au nom de l'exigence de prévisibilité dans la connaissance et l'application du droit en limitant les effets d'une censure à l'avenir », mais aussi dans le passé. Cette exigence majeure explique par exemple la préservation de l'autorité de la chose jugée qui est expressément garantie en Espagne mais plus généralement il faut la comprendre dans le sens d'un impératif de « continuité » de l'ordre juridique imposant que les effets juridiques des décisions de justice ne conduisent pas à déstabiliser l'édifice juridique et à anéantir par là-même également des intérêts privés. Il peut s'agir, en deuxième lieu, de la prise en compte des conséquences économiques de la décision et du contexte économique-financier dans lequel elle s'inscrit, en ce que le juge constitutionnel ne saurait évidemment être indifférent à la préservation des finances publiques (au vu du risque d'alourdissement des dépenses publiques ou au contraire de l'allègement des recettes publiques)⁸⁴⁷. La continuité du service public, par exemple d'un service social de crèches⁸⁴⁸, peut justifier, en troisième lieu, la modulation dans le temps de l'effet juridique de la décision de manière à ne pas risquer sa disparition même momentanée. La protection de l'environnement, en quatrième lieu, constitue aussi un motif de première importance nécessitant le cas échéant une modulation pour ne pas risquer d'y porter atteinte du fait d'une

⁸⁴⁵ X. Magnon, *op. cit.*, p. 577.

⁸⁴⁶ Pour la mise en exergue de cette exigence générale dans le cas français, on se référera en particulier à A. Borzeix, « La question prioritaire de constitutionnalité : quelle confiance légitime, quelle sécurité juridique ? », *RPD*, 2010, p. 981.

⁸⁴⁷ V. par ex. l'arrêt précité du Tribunal constitutionnel espagnol STC 45/1989 du 20 février 1989 qui concernait une loi imposant une imposition conjointe des couples mariés sans prendre en compte la date du mariage dans l'année et dont la contrariété au principe constitutionnel d'égalité était ce faisant avérée, et auquel le juge n'a reconnu qu'un effet *pro futuro* afin de préserver le bon fonctionnement de l'administration fiscale et les comptes publics.

⁸⁴⁸ V. l'arrêt de la Cour constitutionnelle italienne n° 370-2003 des 17-23 décembre 2003.

censure à l'effet immédiat⁸⁴⁹. Des objectifs constitutionnels peuvent plus largement, en cinquième lieu, être mobilisés, comme il en est allé à de multiples reprises de la sauvegarde de l'ordre public ou de la recherche des auteurs d'infractions⁸⁵⁰. En sixième lieu, et ils constituent peu ou prou des motifs tellement présents dans notre problématique, explicitement ou en filigrane, qu'ils auraient pu être placés en tête de liste, les droits fondamentaux dont la défense est susceptible de requérir le choix de tel ou tel effet. De multiples autres motifs sont encore et enfin à l'œuvre, comme l'évolution des techniques et des mœurs, des principes particuliers du type de ceux tirés des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (française), ou encore tout simplement des « impératifs d'intérêt général ». Ce à quoi s'ajoutent les hypothèses où le juge ne prend même pas le soin d'indiquer le ou les motifs impliqués dans l'opération de modulation⁸⁵¹.

L'opération conduisant le juge constitutionnel à moduler les effets dans le temps de ses décisions ressort ainsi d'une technique fort bien connue dans la théorie des droits fondamentaux, à savoir celle de la conciliation. Le choix de tel ou tel effet est en effet le produit de la confrontation entre des exigences antinomiques, la régularité juridique, d'un côté, qui implique d'empêcher la violation d'un précepte constitutionnel et, d'un autre côté, la préservation d'un intérêt de valeur également constitutionnelle que l'annulation ou l'abrogation de l'acte déclaré inconstitutionnel aurait pour effet de compromettre. Et qui dit conciliation dit balance des exigences constitutionnelles en cause, en ce sens, remarquablement expliqué par le Conseil d'État dans sa décision *Association AC ! et autres* de 2004⁸⁵², que la modulation interviendra lorsque les conséquences d'une annulation ou d'une abrogation s'avèrent manifestement excessives pour les intérêts publics et privés en présence. Le remède ne devant pas être plus préjudiciable que le mal, il appartiendra en conséquence au juge constitutionnel, comme il en va généralement dans le contentieux des droits fondamentaux, de soupeser les différents plateaux de la balance afin de déterminer l'effet dans le temps de sa décision le plus adapté à la résolution du litige qui lui est soumis.

Dans le cadre en particulier de la question préjudicielle d'inconstitutionnalité qui nous occupe ici, l'opération consistant à concilier des exigences contradictoires pour déterminer l'effet ne va cependant pas sans poser un certain nombre de problèmes.

2° - Les problèmes liés à la liberté du juge en matière de modulation

Trois problèmes seront plus particulièrement soulignés.

En premier lieu, la littérature juridique consacrée à la question d'inconstitutionnalité, les juges eux-mêmes lorsqu'ils en ont l'occasion, nous expliquent, avec plus ou moins de force – et de conviction – dans chacun des trois pays considérés, que le contrôle *a posteriori* opéré par voie de question préjudicielle de constitutionnalité, bien que déclenché à l'occasion d'un litige, demeure un contrôle de nature abstraite, un contrôle de norme à norme comme l'on a coutume de dire. La première conséquence attendue de l'examen de constitutionnalité, c'est en effet que l'ordre juridique soit purgé de tout ce qui pourrait être contraire à la Constitution ; c'est d'ailleurs, dans la mouvance des conceptions allemandes en la matière, la

⁸⁴⁹ V. en part. l'arrêt du Tribunal constitutionnel espagnol 195/1998 du 1^{er} oct. 1998 précité.

⁸⁵⁰ Par ex. décision CC n° 2010-14/22 QPC, *M. Daniel W. et autres [Garde à vue]*.

⁸⁵¹ V. par ex. décision CC n° 2012-235 QPC, *Association Cercle de réflexion et de propositions d'actions sur la psychiatrie [Dispositions relatives aux soins psychiatriques sans consentement]*, dans laquelle le juge fait valoir des « conséquences excessives » sans préciser ce sur quoi elles portent.

⁸⁵² Préc.

finalité que le constituant espagnol, dans un premier temps au moins, a très clairement donné à la question d'inconstitutionnalité, le recours d'*amparo* étant quant à lui destiné à protéger les situations particulières au regard des droits fondamentaux⁸⁵³. Beaucoup plus que dans les cas de la question d'inconstitutionnalité espagnole et du procès incident italien, les décisions QPC du Conseil constitutionnel révèlent clairement, compte tenu de la procédure contentieuse et de la formalisation du contrôle de constitutionnalité opérée (forme de la décision et structuration des motifs qu'elle comporte), qu'il est question de faire le procès d'un texte législatif sans considération du litige concret à l'occasion duquel il a été déclenché. Les moyens tirés du fond de l'affaire n'ont par conséquent pas en principe voix au chapitre.

Le découplage ainsi opérée entre le contrôle abstrait et le contrôle concret n'est toutefois pas aussi marqué dans la pratique du contrôle, et, pour s'en tenir encore au cas français, il suffit d'entendre les plaidoiries des parties lors des audiences QPC pour se rendre compte que la résolution de la question d'inconstitutionnalité est loin d'être complètement indifférente aux faits et au fond de l'affaire et que le juge constitutionnel ne l'ignore évidemment pas. Cette observation est renforcée dans le cadre de la modulation des effets dans le temps, dans la mesure où l'on aura compris que la manipulation des intérêts constitutionnels en présence implique nécessairement que le juge pénètre la réalité du terrain à la faveur d'une analyse conséquentielle des décisions qu'il a à rendre. En ne perdant pas de vue l'effet utile que celles-ci doivent produire, en particulier au profit de la partie à l'origine de la question préjudicielle d'inconstitutionnalité, car, ainsi que pouvait le revendiquer l'un des plus ardents promoteurs de l'exception d'inconstitutionnalité à la française, Robert Badinter, le but de l'entreprise est avant tout de permettre aux justiciables de faire valoir contre les lois qui leur sont appliquées la défense de leurs droits fondamentaux constitutionnels.

La prise en compte des conséquences de l'effet juridique des décisions des cours constitutionnelles sur les différents intérêts d'ordre constitutionnel en présence aux fins de détermination de l'effet dans le temps le plus adapté, conduit aussi, avec le professeur Emmanuel Cartier⁸⁵⁴, à dénoncer une lacune dans le processus de modulation. En effet, compte tenu des conséquences que peut emporter le choix de tel ou tel effet dans le temps à l'endroit des requérants, au point parfois d'écarter tout effet utile en leur faveur de la déclaration d'inconstitutionnalité, il y a de quoi regretter que « la détermination des effets à attacher à la décision échappe le plus souvent à toute discussion dans le cadre de l'instance et ne permet donc pas au justiciable de faire valoir systématiquement des arguments en faveur d'une application au litige contre ceux que pourraient invoquer le Conseil »⁸⁵⁵. Au regard des exigences de l'article 6 de la CEDH en matière de contradictoire, cette situation laisse perplexe, surtout, comme le fait remarquer M. Cartier, lorsqu'on la compare avec l'office du juge déterminé en la matière par le Conseil d'État dans sa décision *Association AC !* précitée, dans laquelle il est expressément indiqué que le juge administratif pourra procéder à la modulation dans le temps de ses décisions d'annulation « après avoir recueilli sur ce point les observations des parties ». Moins oubliée dans la pratique contentieuse des juges espagnols et italiens en raison notamment de leur tendance à « sur-motiver » leurs arrêts, la contradiction en matière de modulation, compte tenu de son impact, devrait en conséquence être beaucoup mieux formalisée.

⁸⁵³ V. P. Cruz Villallon, *op. cit.*

⁸⁵⁴ *Op. cit.*, p. 161.

⁸⁵⁵ *Ibid.*

En troisième lieu, le fait que, dans les trois cas de figure à l'étude (mais l'on pourrait aisément généraliser le propos), la détermination des motifs justifiant le recours à la modulation des effets relèvent d'une démarche prétorienne ; le fait aussi que les intérêts en présence ainsi que leur poids dans la balance sont évidemment plus ou moins propres à chacune des affaires soumises au juge constitutionnel, impliquent que l'effet dans le temps en définitive retenu par le juge soit dans une assez large mesure imprévisible. A propos de telle question préjudicielle d'inconstitutionnalité, bien malin en effet qui pourra anticiper sans risque d'erreur le choix qu'opérera le juge à l'instant pour lui de décider quel effet dans le temps il convient d'appliquer à sa décision en fonction des circonstances. On pourra le supposer par exemple en raisonnant par analogie ou en évaluant *a priori* la force des intérêts aux prises dans tel ou tel litige, mais, en l'absence d'une grille de lecture préétablie de la manière dont le juge résoudra la conciliation entre les intérêts antinomiques dans le cas d'espèce qui lui est soumis, la vérité n'appartient *in fine* qu'au seul juge. C'est à une pareille conclusion que l'on aboutit en matière de protection des droits fondamentaux car l'on ne connaît jamais vraiment à l'avance la pondération qui sera faite par la juridiction entre le respect dû aux droits fondamentaux et celui dû à des intérêts de même valeur qui leur sont antinomiques. Plusieurs techniques contentieuses parfaitement identifiables sont certes à l'œuvre, principalement le principe de proportionnalité qui se définit de manière générale comme l'exigence d'un rapport d'adéquation entre un moyen employé et le but qui lui est assigné trouvant à s'employer lorsque deux normes antinomiques entrent en collision et qu'il faut en conséquence déterminer le champ des sacrifices possiblement exigibles à chacune des normes en présence⁸⁵⁶. Cependant, si une telle exigence de proportionnalité est sans aucun doute au cœur du raisonnement du juge constitutionnel quand il a à déterminer les effets dans le temps de ses décisions en fonction des intérêts en présence qui doivent être conciliés, l'utilisation de cette technique ne permet pas, comme en matière de droits fondamentaux, de prévoir le résultat auquel elle aboutira. Là aussi le cadre juridique n'est pas en mesure de prédire avec une certaine exactitude le sort qui sera fait de la conciliation entre les intérêts en présence et, ce faisant, la modulation des effets dans le temps en définitive retenue. Cette incertitude étant du reste de nature à renforcer l'intérêt qu'il y aurait à ménager dans cette phase contentieuse une place beaucoup plus significative, en France mais aussi dans les autres systèmes étudiés, au principe du contradictoire.

En guise de conclusion, l'on soulignera que l'approche comparée des systèmes français, espagnol et italien, a montré que, quels que soient la précision des textes et le décalage dont ils peuvent souffrir avec la pratique jurisprudentielle, la modulation des effets dans le temps des décisions des juges constitutionnels est inévitable dans le cadre du contrôle *a posteriori* et elle constitue nécessairement une opération prétorienne puisqu'elle est le fruit d'une autre

⁸⁵⁶ Pour des études récentes sur ce principe en droit français, on se référera en particulier à : la XXV^{ème} Table ronde internationale de justice constitutionnelle, *Le juge constitutionnel et la proportionnalité*, Aix-en-Provence, 4-5 septembre 2010, *AJJC* 2009, et en particulier au rapport français très fouillé de V. Goessel-Le Bihan, pp. 191-212; Régis Fraisse, « Le Conseil constitutionnel exerce un contrôle conditionné, diversifié et modulé de proportionnalité », *LPA*, 2009, n° 46, p. 74 ; M.-A. Granger, *Constitution et sécurité intérieure. Essai de modélisation juridique*, thèse, Pau, 2010. Il importe aussi de faire mention de la thèse de X. Philippe, plus ancienne mais incontournable : *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Préface Charles Debbasch, Economica, PUAM, 1990. Pour une approche comparée, v. la thèse de G. Xynopoulos, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, en Allemagne, et Angleterre*, Préface Yves Gaudemet, LGDJ, BDP, 1995

opération destinée à concilier des intérêts de valeur constitutionnelle contradictoires dont les termes ne sont pas « prédéfinissables ». Or, compte tenu de l'importance de la détermination de l'effet dans le temps de la décision du juge constitutionnel, en particulier à l'égard de la partie à l'origine de la question d'inconstitutionnalité et plus largement des procès en cours, compte tenu aussi de la liberté dont dispose le juge constitutionnel en la matière et de l'incertitude qui plane sur le résultat de la pondération entre intérêts contradictoires qu'il opère, la technique de la modulation est de nature à complexifier, voire à tendre les rapports entre le juge constitutionnel et le juge *a quo*, car il ne faut pas oublier qu'il appartiendra toujours en définitive à ce dernier de statuer sur la ou les affaires pendantes et, pour se faire, de devoir appliquer ou ne pas appliquer la loi déclarée inconstitutionnelle.

**SECTION 2 – LES SUITES DES DECISIONS RENDUES PAR LES JURIDICTIONS
CONSTITUTIONNELLES DANS LE CADRE DE QUESTIONS
D’INCONSTITUTIONNALITE**

**ETUDE PORTANT SUR LES CONSEQUENCES DES DECLARATIONS
D’INCONSTITUTIONNALITE.**

Marthe Fatin-Rouge Stéfanini

*Directrice de recherches au CNRS,
Directrice adjointe de l’Institut Louis Favoreu-GERJC*

Karine Roudier

*Docteur en Droit
CDPC Jean-Claude Escarras, UMR 7318*

I / Introduction

Cette recherche s’intéresse à l’application des décisions du Conseil constitutionnel et de la Cour constitutionnelle italienne par le législateur et les juridictions ordinaires. La plupart des décisions rendues dans le cadre du contrôle de constitutionnalité par voie d’exception, en France et en Italie, s’adressent en effet soit au législateur, soit aux juridictions ordinaires, soit aux deux. Certaines s’adressent également à l’Administration cependant, cette dernière fait l’objet d’une attention moins grande de la part de la juridiction constitutionnelle que le Parlement et les juridictions de droit commun⁸⁵⁷. Nous avons choisi dans le cadre de cette étude de l’application des décisions des juridictions constitutionnelles de ne prendre en compte la question de cette application par l’Administration qu’à la marge.

Le choix de la comparaison avec l’Italie

Le choix de l’Italie sur la question des suites des décisions se justifie par la communicabilité des systèmes constitutionnels qui n’est plus à démontrer aujourd’hui⁸⁵⁸. Certes, des divergences dans la pratique du contrôle de constitutionnalité viennent contrarier une comparaison parfaite. Cependant, loin d’être un obstacle, elles permettent de composer une grille d’analyse très riche de la jurisprudence constitutionnelle en matière de suites des décisions rendues dans le cadre du contrôle incident de constitutionnalité des lois.

La France et l’Italie se sont construites sur un fonds constitutionnel commun qui permet une comparaison fournie et qui se trouve être renforcé par le fait que ces États se sont dotés

⁸⁵⁷ Voir en ce sens, pour la France, X. Magnon, « Premières réflexions sur les effets des décisions du Conseil constitutionnel. Quel(s) bénéfice(s) pour le citoyen de la question prioritaire de constitutionnalité ? », *RFDA*, 2011, pp. 767-768.

⁸⁵⁸ V. notamment : J-C. Escarras, « Sur deux études italiennes : de la communicabilité entre systèmes italien et français », *AJJC*, II, 1986, p. 15, 33 ; V. aussi *Liber amicorum Jean-Claude Escarras, La communicabilité entre les systèmes juridiques*, sous la direction de M. Baudrez et Th. Di Manno, Bruxelles, Bruylant, 2005 et, tout spécialement, S. Gambino, « Communicabilité et comparaison entre les systèmes juridiques – Méthode et recherche juridique en Italie », p. 71-106 ; J-J. Pardini, « Brèves réflexions sur les interactions entre les ordres juridiques », p. 131-159 ; C. Pinelli, « Sur la communicabilité entre les ordres juridiques », p. 161-166.

d'un même modèle concentré de justice constitutionnelle, qui a en charge de veiller à la préservation de Constitutions qui véhiculent des valeurs démocratiques convergentes. En outre, à la différence des questions préjudicielles de constitutionnalité existant en Allemagne, en Autriche, en Espagne ou encore en Belgique, la question préjudicielle de constitutionnalité en Italie a longtemps constitué le seul moyen de contrôler la constitutionnalité des lois, son rôle est donc prépondérant pour assurer la garantie des droits fondamentaux⁸⁵⁹. Comme en France, et à la différence des quatre autres États cités, aucune procédure de recours direct ouverte aux individus pour assurer la protection de leurs droits fondamentaux n'a été instaurée dans ce pays.

Le législateur organique français de 2009 s'est intéressé à l'expérience italienne de la question préjudicielle pour élaborer la procédure de QPC. Bien que le mécanisme retenu soit différent et que le contexte historique, institutionnel et même contentieux (ex. l'Italie ne connaît pas de contrôle *a priori* des normes) dans lequel la QPC intervient soit également différent, certaines questions relatives aux effets au sens large des décisions rendues présentent un intérêt ne serait-ce que pour mieux mettre en relief l'incidence de cette différence de contexte sur l'application des décisions du Conseil constitutionnel.

A la différence de l'Italie, et de manière générale, tirant les leçons des autres expériences européennes de contrôle *a posteriori*, le Conseil constitutionnel s'est vu reconnaître par le constituant un pouvoir très important de modulation des effets de ses décisions dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, pouvoir dont plusieurs cours européennes ne disposaient pas dès le départ mais dont elles se sont elles-mêmes dotées au fil du temps⁸⁶⁰. Ce pouvoir très important de modulation des effets dans le temps, qui conduit à accorder au Conseil constitutionnel la maîtrise des effets de ses décisions, témoigne d'une confiance importante accordée par le constituant et le législateur organique au juge constitutionnel français. Aussi peut-on estimer que si le contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité a tardé à être mis en place, il est arrivé au bon moment, dans une démocratie constitutionnelle mature ayant saisi l'importance de la justice constitutionnelle pour la garantie des droits et libertés fondamentaux.

L'Italie a adopté le contrôle *a posteriori* bien plus tôt, et dans un contexte historique très différent puisqu'il s'est agi de tourner la page de l'expérience fasciste de Mussolini. Dans ce contexte, la Cour constitutionnelle italienne, qualifiée de Cour dès le départ à la différence du Conseil constitutionnel français, a très vite tiré sa légitimité des fonctions importantes qui lui étaient accordées pour le développement et la consolidation de la démocratie. Elle a rapidement acquis une place décisive et respectée au sein des institutions italiennes. Cela étant, l'application de ses décisions par le Parlement et les juridictions ordinaires ne s'est pas faite sans difficulté mais s'opère aujourd'hui, et depuis plusieurs années désormais, dans un véritable climat de coopération.

La Cour constitutionnelle italienne s'est imposée au fil du temps comme un acteur central de l'ordre juridique italien mais pour autant, l'ensemble de son activité a mis en avant que la suprématie de la Constitution ne pouvait être assurée "qu'à plusieurs mains"⁸⁶¹. En effet, la Cour constitutionnelle a eu beau occuper un rôle de régulateur de l'ordre constitutionnel de premier rang, si les pouvoirs constitués ne suivaient pas ses décisions, son œuvre aurait été vouée à une forte relativité. C'est face à ce constat que la question des

⁸⁵⁹ Voir sur ce point l'étude de Paolo Passaglia dans le cadre de ce rapport.

⁸⁶⁰ Voir sur cette question, l'intervention d'O. Lecucq, dans ce rapport.

⁸⁶¹ Comme le note Th. Di Manno dans sa contribution à ce rapport.

“suites” des décisions de la Cour constitutionnelle par le législateur et le juge ordinaire intervient. Les effets des décisions de la Cour constitutionnelle italienne sont prévus par les textes – bien qu’ils ne le soient que partiellement – ; toutefois, si les destinataires de ces effets ne consentent pas à les appliquer ou, plus fréquemment, ne les appliquent pas comme la Cour le souhaite, l’intérêt de la jurisprudence constitutionnelle perd en efficacité. On ne peut en effet occulter une différence notable entre d’une part, la mise en place par le juge constitutionnel d’une véritable fonction dialectique de recommandation et de stimulation à destination du Parlement, du Gouvernement et des juges ordinaires et d’autre part, la réception concrète des messages de la juridiction constitutionnelle par ces mêmes organes. Une recherche sur les suites, c’est-à-dire l’application par le Parlement et les juridictions de droit commun des décisions du juge constitutionnel, permet ainsi de mesurer l’effectivité de la garantie juridictionnelle de la Constitution.

Les limites de la comparaison : les différences à prendre en compte

La Constitution italienne de 1948 prévoit le contrôle de constitutionnalité des lois à ses articles 134 et suivants. Il aura cependant fallu attendre les lois constitutionnelles n° 1 de 1948 et n° 1 de 1953 ainsi que la loi n° 87 de cette même année pour compléter la mise en place du contrôle de constitutionnalité des lois en Italie. C’est finalement le 23 avril 1956 que la Cour constitutionnelle italienne tint sa première séance publique. Depuis, l’activité de la Cour constitutionnelle n’a cessé de croître pour connaître différents « âges »⁸⁶². Si l’on s’en tient à la période des trois dernières années qui correspond à la période d’existence de la QPC en France, la Cour constitutionnelle italienne a rendu 548 décisions dans le cadre du contrôle de constitutionnalité par voie d’exception alors que le Conseil constitutionnel en a rendu 255. C’est dire si la jurisprudence constitutionnelle italienne en matière de contrôle par voie d’exception est fournie.

De son côté, il n’est pas inutile de rappeler que la France n’a pas découvert le contrôle de constitutionnalité avec la mise en œuvre de la procédure de QPC en 2010. Depuis 1958, le Conseil constitutionnel a été doté d’une compétence d’attribution pour contrôler la constitutionnalité des lois avant leur entrée en vigueur, compétence que le Conseil constitutionnel a su utiliser en faisant à la fois preuve d’« audace et de modération », pour reprendre les termes du Président Jean-Louis Debré, afin de parvenir à un niveau de garantie des droits fondamentaux équivalent à celui des autres juridictions constitutionnelles européennes. Le contrôle *a priori* de la constitutionnalité des lois ne s’est pas affaibli avec l’instauration de la QPC, il s’est adapté⁸⁶³, et a permis, en cinquante ans de contrôle de constitutionnalité, au Conseil constitutionnel de produire une jurisprudence fournie en matière de garantie constitutionnelle des droits fondamentaux. Toutefois, le Conseil constitutionnel français n’a pas bénéficié du contexte historique sur lequel la Cour italienne a pu s’appuyer pour s’affirmer face au législateur et aux juridictions ordinaires. Il a dû longtemps composer avec l’idée d’une souveraineté de la loi et avec le poids et la légitimité historique dont sont dotées les juridictions suprêmes des deux ordres, légitimité dont il ne bénéficiait pas.

Outre cette différence de contexte, l’abondante et longue jurisprudence de la Cour constitutionnelle en matière de contrôle par voie d’exception rend une confrontation parfaite ou complète entre les trois années de jurisprudence de la QPC française et les cinquante-six

⁸⁶² Voir sur ce point l’étude de Paolo Passaglia dans le cadre de ce rapport.

⁸⁶³ Voir en particulier B. Genevois, « Un exemple de l’influence du contrôle *a posteriori* sur le contrôle *a priori* : l’application de la jurisprudence Etat d’urgence en Nouvelle-Calédonie », *RFDA*, 2013, p. 1.

ans de jurisprudence de la question préjudicielle italienne difficile pour ne pas dire impossible. De plus, pour le cas italien, bien que la littérature soit déjà très abondante sur la question des suites des décisions par le Parlement et par les juges ordinaires, il n'existe pas, à ce jour, d'étude globale sur chacun de ses aspects à l'exception des deux écrits d'E. Lamarque consacrés aux juges ordinaires⁸⁶⁴. L'objectif de cette étude est donc de confronter les deux expériences d'une manière globale et de mesurer les enseignements qui peuvent être tirés de l'expérience italienne pour mieux appréhender le développement de la question prioritaire de constitutionnalité en France.

Dans cette optique, une méthodologie précise d'analyse a dû être retenue.

Méthodologie

Pour la France, il s'est agi d'une part d'analyser les effets attachés par le Conseil constitutionnel à chacune de ses décisions QPC et de voir ensuite la manière dont il en a été tenu compte par le Parlement et par les juridictions. En ce qui concerne le Parlement, il s'est agi de vérifier si la disposition abrogée a été remplacée et de quelle manière il a pris en compte les directives plus ou moins contraignantes qui lui ont été adressées. Si cette recherche a été relativement aisée en présence de dispositions codifiées, elle a été moins facile en présence de dispositions non codifiées ou lorsqu'une refonte plus importante d'un code a été effectuée prenant en compte de façon plus ou moins explicite les décisions du Conseil constitutionnel.

En ce qui concerne l'application des décisions QPC par les juridictions de droit commun, qu'il s'agisse des juridictions suprêmes de l'ordre administratif et judiciaire ou des juridictions inférieures de chacun de ces deux ordres, la méthode a consisté à répertorier les décisions QPC citées par les juridictions. La recherche a été effectuée à partir du site Legifrance. Cette base de donnée est assez incomplète. Si les décisions rendues par le Conseil d'État et la Cour de cassation y sont accessibles, il n'en va pas de même de toutes celles des cours d'appel (qu'elles soient administratives ou judiciaires) et des décisions des juridictions de première instance, ces dernières n'étant pratiquement jamais répertoriées. Il ne nous a donc pas été possible de recueillir matériellement les décisions de chaque juridiction. Toutefois, cette étude vise à dessiner certaines tendances.

Par ailleurs, les possibles divergences d'interprétation d'une décision du Conseil constitutionnel, ou absence d'application d'une jurisprudence du Conseil constitutionnel, sont susceptibles de remonter jusqu'aux juridictions suprêmes de chaque ordre propres à harmoniser ces divergences ou à remettre en cause les décisions ne respectant pas l'autorité de chose jugée par le Conseil constitutionnel. En outre, dans les décisions des juridictions judiciaires, les décisions QPC sont répertoriées beaucoup plus souvent par leur date que par leur numéro, ce qui rend la recherche plus difficile et plus aléatoire. Aussi avons nous décidé de nous concentrer sur les suites de quelques décisions seulement, d'autant que le contentieux de la constitutionnalité des lois touche à l'ensemble de l'ordre juridique⁸⁶⁵ donc se caractérise par une grande hétérogénéité des matières et des questions traitées qui ne sont pas toujours aisées à saisir avec justesse par des non spécialistes de chaque matière considérée.

⁸⁶⁴ Nous renvoyons à la bibliographie sur le procès incident de constitutionnalité en Italie à la fin du rapport.

⁸⁶⁵ On renverra sur ce point aux écrits de Louis Favoreu sur la constitutionnalisation du droit : voir notamment, « L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit », in *Mélanges Léo Hamon*, Paris, Economica, 1982, p. 235.

Nous avons par ailleurs choisi, pour la France, de limiter notre recherche aux décisions contenant des déclarations d'inconstitutionnalité et d'écarter les réserves d'interprétation. Avec la QPC, les décisions rendues sous réserves se multiplient (36 décisions de conformité sous réserves ou de non conformité partielle et réserves sur les 248 décisions rendues entre le mois de mai 2010 et la fin du mois de décembre 2012). Par conséquent, fort logiquement, le nombre de réserves devant être pris en considération par le Parlement et les juridictions administratives ou judiciaires est plus important. La réserve d'interprétation n'oblige pas le législateur à intervenir puisque la disposition législative reste en vigueur. La prise en considération de la réserve d'interprétation peut cependant s'inscrire dans une logique d'ajustement ou de prévention de la part du législateur, celui-ci tenant compte de la réserve lors de l'élaboration d'une nouvelle disposition législative.

L'examen des premières réserves d'interprétation délivrées par le Conseil constitutionnel dans le cadre des décisions QPC laisse entrevoir une certaine originalité par rapport aux réserves rendues dans le cadre du contrôle *a priori*⁸⁶⁶. Toutefois, en ce qui concerne les juridictions ordinaires, il s'agit ni plus ni moins de les appliquer de la même façon que les réserves émises sur une loi contrôlée *a priori*. La réserve rendue donne une interprétation au texte législatif applicable. Cependant, cette interprétation doit souvent être précisée et adaptée lors de ses applications par le juge ordinaire. Elle peut être l'occasion de faire évoluer des jurisprudences. Ainsi, la décision 8 QPC du 18 juin 2010 relative à la faute inexcusable de l'employeur, qui peut être complétée par la décision 127 QPC du 6 mai 2011 relative au régime spécial des marins, a-t-elle eu des conséquences sur la jurisprudence judiciaire en matière de régime de réparation⁸⁶⁷.

Ces réserves d'interprétation, plus nombreuses avec la QPC, peuvent également créer des tensions entre juges de droit commun et juge constitutionnel notamment lorsque, dans le cadre de la QPC, le contrôle du juge constitutionnel porte sur le droit vivant et abouti à l'interprétation d'une jurisprudence consolidée⁸⁶⁸.

Pour l'Italie, le nombre important de décisions rendues dans le cadre du contrôle par voie d'exception depuis 1956 nous a empêché de suivre l'application de chacune des décisions de la Cour par le Parlement et par le juge ordinaire. En revanche, ce même nombre important de décisions rendues sur une très longue période offre l'avantage de permettre une analyse avec un fort recul. Il est dès lors possible de dégager des grandes lignes dans l'application des décisions rendues dans le cadre du contrôle incident des lois et de mettre en exergue des tendances que l'on peut illustrer par des décisions qui ont retenues l'attention des

⁸⁶⁶ Voir A. Viala, « De la puissance à l'acte : la QPC et les nouveaux horizons de l'interprétation conforme », *RDP*, 2011, n° 4, pp. 965-996.

⁸⁶⁷ Voir notamment F. Guiomard, « Variations sur le thème de la réparation intégrale des préjudices nés d'une faute inexcusable : les suites de la décision du Conseil constitutionnel du 18 juin 2010 », *Le droit ouvrier*, octobre 2012, n° 771, pp. 678-686 ; H. Groutel, « Accident du travail avec faute inexcusable, subi par un élève de l'enseignement technique au cours d'un stage en entreprise », *Responsabilité civile et assurances*, 2013, n° 2, comm. 52 ; A. Seguin, « Faute inexcusable de l'employeur : précisions sur l'étendue de la réparation », *Dalloz*, Actualité, 17 avril 2012.

⁸⁶⁸ Voir sur ce point la communication de C. Severino, dans ce rapport. Voir également sur le site de l'Assemblée Nationale l'audition de V. Lamanda devant la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, 21 novembre 2012.

commentateurs de part leur impact sur l'ordre juridique et la pertinence des questionnements qu'elles ont soulevées.

Le choix de se concentrer sur les décisions d'inconstitutionnalité n'allait pas forcément de soi pour l'Italie. En effet, cette option méthodologique exclut qu'il soit fait mention dans cette recherche des cas de tensions nés en Italie suite aux décisions de rejet des questions préjudicielles de constitutionnalité. Cela peut surprendre car les problèmes d'application de la jurisprudence constitutionnelle par le législateur et les juridictions sont nés au regard des décisions de rejet.

En quelques mots, les décisions de rejet de la question préjudicielle de constitutionnalité produisent des effets *inter partes*. Se refusant de déclarer une antinomie entre la loi et la Constitution, qu'elle ne trouve pas dans la demande formulée par le juge *a quo*, la Cour rend une décision qui s'adresse de prime abord aux seules parties à ce procès. Or, elle a pris l'habitude dans les premiers temps de son activité, d'insérer dans les motifs de ces décisions des messages à destination du législateur afin qu'il réforme la norme qui n'est pas, en l'espèce, déclarée inconstitutionnelle mais qui pourrait l'être à l'occasion d'un futur examen de constitutionnalité. Ces messages peuvent prendre la forme d'une invitation délicate, d'un avertissement ou d'une menace expresse. Par ces messages, la Cour constitutionnelle est dans la recherche d'un dialogue avec le législateur, dialogue tout à fait constructif tant le juge constitutionnel démontre son souhait d'éviter la déclaration d'inconstitutionnalité au regard des conséquences parfois difficiles à maîtriser d'une telle sanction et du "symbole" qu'elle exprime à l'encontre de la loi.

On les trouve notamment au cours de l'examen de dispositions qui confèrent un bénéfice à certains sujets. Le juge constitutionnel italien évite ainsi de créer des vides juridiques trop préjudiciables à la « continuité » de l'ordre juridique et s'adresse principalement au seul législateur en sollicitant sur un ton plus ou moins menaçant son intervention afin de mettre la loi en meilleure harmonie avec la Constitution.

Les décisions de rejet sont aussi parfois dites « interprétatives » lorsque la Cour veille à ne pas prononcer des décisions ayant pour effet de faire disparaître la norme censurée du système juridique dès lors que l'interprétation de la disposition législative déférée peut lui permettre de déduire une compatibilité significative, de cette disposition avec la Constitution⁸⁶⁹. Les décisions de rejet dites "interprétatives" ont des effets *inter partes* qui vont cependant au-delà du simple rejet, « elles limitent en effet (ou, pour être plus exact, cherchent à limiter) »⁸⁷⁰ les interprétations de la disposition, et donc, en premier lieu, les pouvoirs interprétatifs des juges. Les arrêts interprétatifs de rejet ont une valeur simplement persuasive et non contraignante, exception faite pour le juge *a quo*. La Cour constitutionnelle italienne invite les juges ordinaires à abandonner les interprétations constitutionnellement incompatibles en faveur de celles conformes aux valeurs constitutionnelles. C'est donc dans cet espace « d'invitations » que les tensions entre la Cour constitutionnelle et les juridictions sont apparues.

⁸⁶⁹ Les décisions interprétatives de rejet naissent avec l'activité de la Cour : cf. *Cour const.* n° 8 de 1956. Elles se fondent sur le monopole reconnu à la Cour de pouvoir non seulement interpréter la Constitution mais aussi de pouvoir interpréter de manière autonome les dispositions législatives soumises à son examen sans être liée par la lecture proposée par le juge *a quo* (cf. la distinction entre disposition et la norme sur laquelle la doctrine italienne a largement débattue, par exemple *Cour const.* n° 84 de 1996). Voir *Cour const.* n° 46 de 2010 sur les articles 80 et 131 du d.P.R. n° 1124 de 1965.

⁸⁷⁰ P. Passaglia, *Le Juge constitutionnel et le Législateur. L'expérience italienne*, Sarrebrück, Editions universitaires européennes, 2011, p. 91.

Il s'agit toutefois de comparer ce qui est comparable et, en France, les décisions de rejet ou de conformité de la QPC bénéficient d'un effet *erga omnes*. L'impact est donc tout autre et les problèmes constatés en Italie n'ont pas lieu d'être imaginés pour la France.

En ce qui concerne l'Italie, les réserves d'interprétation apparaissent dans les décisions « manipulatives » ou « additives de principe » qui constituent la majeure partie des déclarations d'inconstitutionnalité par voie incidente. Si elles présentent de prime abord un intérêt limité au regard de leur application (puisque le juge constitutionnel fournit à travers ces « ajouts » les moyens pour que la continuité du droit soit préservé), il n'empêche qu'elles ont donné lieu à des rapports conflictuels entre la Cour constitutionnelle et les juridictions notamment. Il a donc été choisi de ne pas exclure systématiquement les décisions avec réserves d'interprétation en Italie.

L'examen des suites des décisions des juridictions constitutionnelles tend à souligner qu'elles sont liées aux effets tels que définis par les textes et par les juges eux-mêmes dans chaque décision. La question des effets des décisions des juridictions constitutionnelles fait l'objet d'une étude à part entière dans ce rapport (voir l'étude d'Olivier Lecucq). La présente étude se situe ainsi dans le prolongement de celle d'Olivier Lecucq, cependant quelques rappels sur les effets des décisions rendues par le Conseil constitutionnel français et la Cour constitutionnelle italienne sont nécessaires car essentiels pour bien saisir les conditions d'application de ces décisions. Aussi est-il utile de revenir rapidement sur l'évolution de ces conditions d'application des décisions des juges constitutionnels français et italien dans le cadre des questions d'inconstitutionnalités (II) puis de dresser une typologie des effets attachés aux décisions de ces mêmes juridictions (III) avant de présenter le bilan de la recherche quant aux suites données aux décisions des juridictions constitutionnelles par le législateur (IV) puis par les juridictions de droit commun (V).

II / Les évolutions de la jurisprudence constitutionnelle quant aux effets des décisions rendues

Bien que les textes aient posé le cadre des effets des décisions des juridictions constitutionnelles, celui-ci a été précisé par la suite par les juridictions elles-mêmes.

A) La maturation progressive de la jurisprudence du Conseil constitutionnel quant aux effets des décisions rendues

Deux périodes se dessinent, pour l'instant, quant à la détermination par le Conseil constitutionnel des effets de ses décisions :

- la première période va de la première décision QPC rendue jusqu'aux décisions 108 QPC et 110 QPC du 25 mars 2011 ;
- la seconde période s'ouvre avec ces décisions.

a) La période de doutes et de questionnements

Comme tout nouveau mécanisme, les premiers mois de mise en œuvre de la QPC, procédure inédite en France et différente des systèmes de question de constitutionnalité existant à l'étranger, ont donné lieu à des décisions qui ont pu poser quelques difficultés dans leur application. Si la doctrine s'est intéressée à la faculté dont dispose le Conseil

constitutionnel de moduler les effets de ses décisions dans le temps, la question de l'application par les juridictions ordinaires de ces décisions s'est surtout posée au seul moment où il s'est agi d'appliquer les décisions rendues par le Conseil constitutionnel.

Or, dans cette première période, les effets de ces décisions n'étaient pas toujours définis de manière précise en particulier en cas d'abrogation immédiate. Ainsi, plusieurs décisions ne contiennent aucune précision quant aux effets de la déclaration d'inconstitutionnalité, le Conseil constitutionnel se bornant, comme dans le cadre du contrôle *a priori* à relever l'inconstitutionnalité de la disposition. Ainsi en va-t-il de la décision 2 QPC du 11 juin 2010, Loi dite « Anti-Perruche », qui a donné lieu à des divergences d'interprétation par les deux ordres de juridictions⁸⁷¹, la décision 18 QPC du 23 juillet 2010, *Carte du combattant*, la décision 72/75/82 QPC, 10 décembre 2010, *Publication et affichage du jugement de condamnation*, la décision 67/86 QPC du 17 décembre 2010, *AFPA, Transferts de biens* et la décision 88 QPC du 21 janvier 2011, *Evaluation du train de vie*.

Cela a pu poser la question de l'application de la décision d'abrogation à l'instance dans laquelle a été soulevée la QPC et, au-delà, aux instances en cours.

Durant cette période, le Conseil constitutionnel était également à la recherche d'une délimitation de sa propre compétence. Ainsi, dans la décision 10 QPC du 2 juillet 2010, *Tribunaux maritimes commerciaux*, n'a-t-il pas hésité à se substituer au législateur quant à la détermination de la composition de ces tribunaux⁸⁷², alors qu'il se montrera plus déférent par la suite à l'égard du législateur dans des affaires similaires⁸⁷³.

A partir de la décision 33 QPC du 22 septembre 2010, *Cession gratuite de terrain*, le Conseil constitutionnel a rappelé dans quelques décisions le contenu de l'article 62 de la Constitution, avant de préciser les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité⁸⁷⁴.

S'agissant des décisions d'abrogation différée, le Conseil constitutionnel a prêté une attention plus importante aux effets qu'il entendait leur attacher dès la première décision QPC portant sur la cristallisation des pensions⁸⁷⁵. D'ailleurs, un titre relatif aux effets de la

⁸⁷¹ Voir ci-dessous.

⁸⁷² Le dernier considérant de la décision est, en effet, ainsi rédigé : « Considérant que l'abrogation de l'article 90 du code disciplinaire et pénal de la marine marchande est applicable à toutes les infractions non jugées définitivement au jour de la publication de la présente décision ; que, par suite, à compter de cette date, pour exercer la compétence que leur reconnaît le code disciplinaire et pénal de la marine marchande, les tribunaux maritimes commerciaux siégeront dans la composition des juridictions pénales de droit commun ».

⁸⁷³ Voir en particulier la décision 110 QPC du 25 mars 2011, *Commission départementale d'aide sociale* et la décision 250 QPC du 8 juin 2012, *Commission centrale d'aide sociale* dans lesquelles le Conseil constitutionnel utilise la formule « sans préjudice de modifications ultérieures de cet article ».

⁸⁷⁴ Décision n° 33 QPC du 22 septembre 2010, *Cession gratuite de terrains*, cons. n° 5. « Considérant qu'aux termes du deuxième alinéa de l'article 62 de la Constitution : « Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause » ; que la présente déclaration d'inconstitutionnalité prend effet à compter de la publication de la présente décision ; qu'elle peut être invoquée dans les instances en cours à cette date et dont l'issue dépend de l'application des dispositions déclarées inconstitutionnelles ».

⁸⁷⁵ Décision n° 1 QPC du 28 mai 2010, cons. n° 12. : « Considérant que l'abrogation de l'article 26 de la loi du 3 août 1981, de l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002 et de l'article 100 de la loi du 21 décembre 2006 a pour effet de replacer l'ensemble des titulaires étrangers, autres qu'algériens, de pensions militaires ou de retraite dans la situation d'inégalité à raison de leur nationalité résultant des dispositions antérieures à l'entrée en vigueur de l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002 ; qu'afin de permettre au législateur de remédier à l'inconstitutionnalité constatée, l'abrogation des dispositions précitées prendra effet à compter du 1er janvier

déclaration d'inconstitutionnalité est apparu, même si cela n'a pas été repris de façon systématique, permettant ainsi, du moins d'un point de vue formel, de mieux identifier la portée qu'entendait attacher le Conseil constitutionnel à la décision rendue.

b) Des éclaircissements bienvenus

Les décisions 108 et 110 QPC du 25 mars 2011 constituent un tournant dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel quant à la détermination des effets de ses décisions. En effet, dans ces deux décisions, le Conseil constitutionnel a délivré, sous la forme d'un *obiter dictum*, un mode d'emploi général de ses décisions en rappelant qu'il est le seul détenteur du pouvoir de modulation des effets de ses décisions, d'une part, et en indiquant, d'autre part, les effets de droit commun d'une déclaration d'inconstitutionnalité. Le considérant de principe est désormais le suivant :

« Considérant qu'aux termes du deuxième alinéa de l'article 62 de la Constitution : Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause » ; que, si, en principe, la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité et la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliquée dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel, les dispositions de l'article 62 de la Constitution réservent à ce dernier le pouvoir tant de fixer la date de l'abrogation et reporter dans le temps ses effets que de prévoir la remise en cause des effets que la disposition a produits avant l'intervention de cette déclaration » (108 QPC, cons. n° 5). Ces décisions ont été accompagnées d'une note d'information sur le site du Conseil constitutionnel explicitant la manière dont devaient être interprétées les décisions du Conseil constitutionnel en cas de déclaration d'inconstitutionnalité⁸⁷⁶. Cette note est plus précise que celle parue quelques mois plus tôt sous cette même rubrique mais visiblement insuffisante par rapport au nombre de questions que posait l'application des décisions du Conseil constitutionnel⁸⁷⁷. Quelques jours avant les premiers arrêts importants du Conseil d'État ayant à appliquer des décisions QPC⁸⁷⁸, le Conseil constitutionnel a fait œuvre de pédagogie et s'est attaché, à la demande des juridictions elles-mêmes, à être assez précis. Ainsi, depuis ces décisions ne relève-t-on qu'une seule décision, pendant la période de référence s'arrêtant au 31 décembre 2012, dans laquelle les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité n'ont pas été précisés⁸⁷⁹. Par conséquent, le

2011 ; qu'afin de préserver l'effet utile de la présente décision à la solution des instances actuellement en cours, il appartient, d'une part, aux juridictions de surseoir à statuer jusqu'au 1er janvier 2011 dans les instances dont l'issue dépend de l'application des dispositions déclarées inconstitutionnelles et, d'autre part, au législateur de prévoir une application des nouvelles dispositions à ces instances en cours à la date de la présente décision ».

⁸⁷⁶ Rubrique « A la Une », avril 2011, Les effets dans le temps des décisions QPC du Conseil constitutionnel (II).

⁸⁷⁷ Rubrique « A la Une », Juillet-Aout 2011, Les effets dans le temps des décisions QPC du Conseil constitutionnel (I).

⁸⁷⁸ CE, Ass., 13 mai 2011, *M'Rida* (1re espèce, concl. E. Geaffray), Lazarc (2e espèce, concl. J.-P. Thiellay), Delannoy et Verzèle (3e espèce, concl. J.-P. Thiellay), *RFDA*, 2011, p. 772 et p. 789.

⁸⁷⁹ Décision n° 159 QPC, 5 août 2011, *Droit de prélèvement dans la succession d'un héritier français*. Depuis janvier 2013, seule la décision 287 QPC du 15 janvier 2013, *Validation législative et rémunération pour copie privée II*, n'a pas fait l'objet de précision.

Conseil constitutionnel fort de l'expérience des suites des premières QPC, et notamment la décision 1 QPC du 28 mai 2010, *Cristallisation des pensions* et la décision 2 QPC du 11 juin 2010, *Loi « Anti-Perruche »*, a été particulièrement vigilant quant à la définition de la portée de ses décisions.

Il découle du mode d'emploi délivré dans les décisions 108 QPC et 110 QPC, une règle et des exceptions à cette règle. La règle est celle de l'effet immédiat de la déclaration d'inconstitutionnalité et celle de l'effet utile, ou « rétroactivité procédurale »⁸⁸⁰, de la déclaration d'inconstitutionnalité pour le litige ayant donné lieu à la QPC (« applicabilité immédiate procédurale »⁸⁸¹) et les instances en cours (« applicabilité immédiate contentieuse »⁸⁸²) à la date à laquelle la déclaration d'inconstitutionnalité a été rendue. Ce principe avait été posé par le Conseil constitutionnel dès la décision 595 DC du 3 décembre 2009 portant sur la loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution⁸⁸³. Le Conseil constitutionnel a rappelé que ce principe de l'effet utile était la règle de « droit commun » applicable même lorsque cela n'est pas précisé dans sa décision (voir rubrique *A la Une*, Avril 2011 sur le site du Conseil constitutionnel). Le Conseil constitutionnel a souligné que lorsque cet effet utile était rappelé dans des formules telles que « que la présente déclaration d'inconstitutionnalité prend effet à compter de la publication de la présente décision ; qu'elle peut être invoquée dans les instances en cours à cette date », de telles précisions ne visaient qu'à « expliciter » ce principe. Il a indiqué, par ailleurs, dans cette même note que « cette règle est d'ordre public pour le juge administratif ou judiciaire. Celui-ci ne peut, sauf mention expresse contraire dans la décision du Conseil constitutionnel, appliquer à une instance en cours une disposition législative déclarée inconstitutionnelle par le Conseil ».

Il en résulte que les exceptions à cette règle doivent toutes être expressément prévues par le Conseil constitutionnel.

B) La maturation progressive de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne quant aux effets des décisions rendues

Si Paolo Passaglia évoque trois étapes dans sa contribution lorsqu'il présente les différents « âges » du contrôle de constitutionnalité des lois⁸⁸⁴, une évolution des effets des décisions rendues par la Cour constitutionnelle italienne s'esquisse autour de deux grandes

⁸⁸⁰ T. Di Manno, *Recours devant le Conseil constitutionnel par la voie préjudicielle : la question prioritaire de constitutionnalité*, J. Cl. Libertés, fasc. 210.

⁸⁸¹ X. Magnon, « Premières réflexions sur les effets des décisions du Conseil constitutionnel. Quel(s) bénéfice(s) pour le citoyen de la question prioritaire de constitutionnalité ? », *RFDA*, 2011, p. 763.

⁸⁸² X. Magon, *précité*, p. 763.

⁸⁸³ Cons. n° 17 : « Considérant que ces dispositions imposent à la juridiction saisie de surseoir à statuer jusqu'à la décision du Conseil d'État ou de la Cour de cassation ou, s'il a été saisi, du Conseil constitutionnel, tout en réservant les cas où, en raison de l'urgence, de la nature ou des circonstances de la cause, il n'y a pas lieu à un tel sursis ; que, dans le cas où la juridiction statuera au fond sans attendre la décision du Conseil d'État ou de la Cour de cassation ou, s'il a été saisi, du Conseil constitutionnel, la juridiction saisie d'un appel ou d'un pourvoi en cassation devra, en principe, surseoir à statuer ; qu'ainsi, dans la mesure où elles préservent l'effet utile de la question prioritaire de constitutionnalité pour le justiciable qui l'a posée, ces dispositions, qui concourent au bon fonctionnement de la justice, ne méconnaissent pas le droit reconnu par l'article 61-1 de la Constitution ».

⁸⁸⁴ Voir sur ce point l'étude de Paolo Passaglia dans le cadre de ce rapport.

phases dans sa jurisprudence. La première se situe de la naissance de l'activité de la Cour en 1956 aux années 1990 et la seconde court des années 1990 à aujourd'hui, le point de rupture se situant au cours de l'année 1996. Schématiquement, la première phase correspond à une période durant laquelle la Cour a mis en place sa jurisprudence et a été confrontée à une forme « d'épuration » des vices de constitutionnalité des normes en vigueur adoptées avant et après l'adoption de la nouvelle Constitution. Le nombre de saisine du juge constitutionnel, par le biais de la question préjudicielle, n'a cessé de croître pendant cette période et a offert la possibilité à la Cour de « régler » ou d'ajuster les modalités d'application de ses décisions suite aux tensions constatées auprès des juges et du législateur. La seconde phase illustre une forme d'apaisement tant au niveau de l'évolution du nombre de saisine que des difficultés inhérentes au suivi des décisions sans qu'elles puissent être inexistantes.

1° - Le cadre textuel des effets des décisions de la Cour constitutionnelle

Les effets des décisions de la Cour constitutionnelle sont prévus par la Constitution italienne et la loi n° 87 de 1953.

Ainsi les décisions de la Cour constitutionnelle italienne produisent des effets “dans l'espace” qui varient de manière classique en fonction du type de dispositif. Les déclarations d'inconstitutionnalité d'une loi bénéficient, en vertu de l'article 136, alinéa 1^{er}, de la Constitution italienne, d'une autorité absolue de chose jugée. Leurs effets sont donc *erga omnes* et s'imposent au législateur et aux juges. À l'inverse, et contrairement à la situation française, l'autorité des décisions qui rejettent les questions préjudicielles de constitutionnalité se limitent aux parties au procès incident, leurs effets sont *inter partes*.

Les décisions de la Cour constitutionnelle italienne produisent également des effets “dans le temps” qui sont également organisés sur la base de la combinaison des articles 136, alinéa 1^{er} de la Constitution italienne et 30, alinéa 3, de la loi n° 87 de 1953⁸⁸⁵.

En vertu du premier de ces articles, « la norme de rang législatif déclarée contraire à la Constitution « cesse de produire des effets dès le lendemain de la publication de la décision » rendue par la Cour constitutionnelle ; le second précise que « les normes déclarées inconstitutionnelles ne peuvent plus être appliquées dès le lendemain de la publication de la décision ». Les effets des décisions d'inconstitutionnalité de la Cour constitutionnelle sont ainsi intégralement prévus par le droit et se produisent d'une manière absolument automatique grâce à l'articulation de ces deux articles⁸⁸⁶. Aussi, « l'effet de la décision de la Cour constitutionnelle se présente [...] pour le futur comme un effet substantiel analogue à l'abrogation ; pour le passé comme un effet processuel qui se répercute naturellement sur les situations substantielles en cours »⁸⁸⁷. En d'autres termes, les décisions d'inconstitutionnalité ont un effet abrogatif tout en leur concédant une rétroactivité “procédurale”⁸⁸⁸ qui oblige les

⁸⁸⁵ Article 30, alinéa 3 de la loi n° 87 de 1953.

⁸⁸⁶ G. Zagrebelsky, « *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle pronunce d'incoerenza costituzionale : possibilità e limiti* », in *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Actes du séminaire d'études tenu au Palais de la Consulta, à Rome, les 23 et 24 novembre 1988, Milan, Giuffrè, 1989, p. 199.

⁸⁸⁷ G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologne, Il Mulino, 1988, p. 266.

⁸⁸⁸ Nous renvoyons au rapport d'étape intermédiaire de la présente recherche sur les effets des décisions de la Cour constitutionnelle italienne et sur la question plus spécifique de la modulation des effets dans le temps des décisions de la Cour constitutionnelle à la présentation complète et détaillée du professeur Thierry Di Manno, « La modulation des effets dans le temps des décisions de la Cour constitutionnelle italienne »,

juges ordinaires à ne plus appliquer la loi déclarée contraire à la Constitution aux situations en cours, même si elles se sont constituées avant la publication de la décision⁸⁸⁹. On retrouve ici ce qui est dénommé en France “l’effet utile”.

La publication de ces arrêts de recevabilité au journal officiel italien confirme que la déclaration d’inconstitutionnalité s’impose à tous et, par conséquent, au législateur et au juge ordinaire. Elle présente également l’intérêt d’acter le retrait officiel de la disposition inconstitutionnelle de l’ordre juridique.

Si l’on s’en tient à cette présentation, c’est la clarté qui dicte les effets des décisions constitutionnelles en Italie. Or, la Cour constitutionnelle a très vite cherché à se soustraire à ce cadre strictement défini et notamment à la rigidité que représentait le choix binaire entre recevabilité ou rejet des questions préjudicielles et conséquences des décisions d’inconstitutionnalité.

2° - La modulation des effets des décisions par la Cour constitutionnelle : l’hétérogénéité des effets possibles

La modulation automatique imposée par les textes en Italie a pu s’avérer trop rigide et largement insuffisante pour amortir l’impact d’une déclaration d’inconstitutionnalité sur l’ordre juridique. La Cour constitutionnelle a rapidement eu conscience que ces décisions de recevabilité pouvaient produire des effets qui dépassaient très largement la simple déclaration d’inconstitutionnalité de la disposition déférée en ayant un impact considérable et plus général à l’intérieur de l’ordre juridique (par la création de situation de plus grande inconstitutionnalité, incidence sur l’exercice de l’activité juridictionnelle, conséquences économiques et sociales notamment). Or, le juge constitutionnel ne peut occulter le contexte économique et social dans lequel il prend place comme il ne peut ignorer le bouleversement normatif et la rupture dans l’ordre juridique que peut engendrer une déclaration d’inconstitutionnalité.

La Cour constitutionnelle a ainsi élaboré une typologie très sophistiquée de modèles de décisions qui lui ont permis de moduler les effets de ses décisions aussi bien dans l’espace que dans le temps. La multiplication des modèles de décisions n’a en aucun cas remis en cause les effets “naturels” des décisions de recevabilité et de rejet qui demeurent conditionnés par une autorité absolue ou relative de la chose jugée. En revanche, cela a permis à la Cour de nuancer ces effets dans le but d’impulser un véritable dialogue constructif avec le législateur et les juges ordinaires afin que les principes de certitude et de continuité⁸⁹⁰ du droit soient sauvegardés.

On constate alors qu’à partir du milieu des années quatre-vingt, la Cour constitutionnelle a voulu sortir du strict cadre textuel pour moduler elle-même les effets dans le temps de ses décisions d’inconstitutionnalité et ce, afin de faire « face à l’inertie endémique

RFDA, n° 4-2004, pp. 700-711 et à R. Pinardi, *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze d’incostituzionalità*, Milan Giuffrè, 1993.

⁸⁸⁹ Sur la notion de situations déjà accomplies (*rapporti esauriti*), V., notamment, G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologne, Il Mulino, 1988, p. 266 et s. ; R. Pinardi, *La Corte, i giudici ed il legislatore*, *op. cit.*, p. 24 et s.

⁸⁹⁰ Comme le note Th. Di Manno, « Ici, la « continuité » de l’ordre juridique ne doit pas être comprise comme la conservation ou l’immutabilité de l’ordre juridique. Par cette expression, il faut simplement entendre que la transformation du système normatif dans un sens conforme à la Constitution ne saurait se produire sans des solutions de continuité de nature à éviter l’ébranlement de l’édifice normatif tout entier », cf. « La modulation des effets », *op. cit.*, p. 701.

du législateur italien qui n'a jamais su répondre efficacement aux conséquences automatiques des déclarations d'inconstitutionnalité ». La Cour s'est « reconnue le pouvoir de “manipuler” les effets dans le temps de ces décisions comme elle s'était déjà octroyée, pour les mêmes raisons, celui de “manipuler” le contenu normatif des lois soumises à son contrôle ». La Cour constitutionnelle a ainsi développé des techniques juridictionnelles⁸⁹¹ pour dépasser les effets “automatiques” des articles 136 de la Constitution et 30 de la loi de 1953 et ainsi, moduler les effets de ses décisions en vue d'une meilleure application de ces dernières par le législateur et les juridictions.

Ces techniques se sont améliorées et précisées au fil du temps – pour connaître une pleine expansion dans les années quatre-vingt-dix – afin d'augmenter une forme de “pression” sur le législateur et les juridictions. Dans un premier temps, la Cour a nuancé les effets de ces décisions de rejet de la question préjudicielle pour ne pas heurter le législateur et elle appelait alors au bon vouloir des juridictions qui devaient par exemple, entendre correctement les décisions interprétatives de rejet et les décisions de rejet dites « précaires »⁸⁹². Dans un second temps, face à la mauvaise réception des décisions de rejet, la Cour a décidé de nuancer les effets des décisions d'inconstitutionnalité afin de concilier à la fois la possibilité de lancer un message au législateur, de donner les « clefs » aux juridictions pour continuer à agir et enfin, de préserver la sécurité juridique en évitant tout vide.

Ce pouvoir de modulation des effets de ses décisions par la Cour constitutionnelle doit cependant être appréhendé avec beaucoup de précautions. Si, dans les décisions, on constate une claire volonté de la Cour de moduler les effets de ces déclarations d'inconstitutionnalité, certains auteurs restent ancrés sur l'idée que, du point de vue formel, la Cour n'a pas le pouvoir de modulation. Si elle l'a tout de même utilisé, c'est en se référant, par exemple, au principe d'égalité, qui a conduit à limiter les effets rétroactifs des déclarations d'inconstitutionnalité. Autrement dit, en ne pouvant pas se prévaloir d'un pouvoir formalisé, la Cour ne peut agir sur les effets des arrêts que dans le cas où des exigences constitutionnelles l'imposent (par exemple, pour le respect du principe d'égalité). La modulation est donc moins l'exercice d'un pouvoir propre à la Cour que la mise en œuvre de principes constitutionnels qui seraient méconnus par une rétroactivité « normale » des effets de l'inconstitutionnalité.

III / Essai de typologie des effets des décisions

Le Conseil constitutionnel français et la Cour constitutionnelle italienne n'ont, à la base, pas disposé des mêmes prérogatives quant à la détermination des effets de leurs décisions. Si les pouvoirs de modulation par le Conseil constitutionnel des effets de ses décisions ont été importants dès l'instauration d'une procédure de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, entraînant une nouvelle rédaction de l'article 62 de la Constitution, il n'en a pas été de même pour la Cour constitutionnelle qui a déterminé elle-même, au fil du temps, et en réponse aux situations qu'elle a eu à gérer, différents effets qu'étaient susceptibles d'entraîner ses décisions. Dans ces conditions, et au

⁸⁹¹ Corte costituzionale, *Effetti temporali delle sentenze della Corte anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milan, Giuffrè, 1988 (actes du séminaire organisé par la Cour constitutionnelle italienne).

⁸⁹² Les premières répondent à une modulation des effets dans l'espace ; les secondes à une modulation des effets dans le temps et plus précisément dans le futur (cf. rapport d'étape intermédiaire sur les effets des décisions de la Cour constitutionnelle).

regard de 56 ans d'expériences, les effets des décisions de la Cour constitutionnelle italienne laissent apparaître beaucoup plus de subtilités, et c'était inévitable, que celles du Conseil constitutionnel après seulement trois années d'expériences en matière de question de constitutionnalité.

A) Essai de typologie des effets des décisions rendues par le Conseil constitutionnel dans le cadre de la procédure de QPC

Entre le 28 mai 2010 et le 27 décembre 2012, période de référence de notre étude, 248 décisions QPC ont été rendues (dont une QPC R en rectification). Durant cette période, 43 décisions d'abrogation immédiate et 25 décisions d'abrogation différée ont été rendues sur les 67 décisions de non-conformité totale ou partielle.

La typologie des effets attachés aux décisions rendues par le Conseil constitutionnel dans le cadre de la QPC est beaucoup plus complexe que la simple distinction entre l'abrogation immédiate et l'abrogation différée, comme certains auteurs ont pu le souligner⁸⁹³. Nous tenterons d'établir une classification générale des décisions de non-conformité rendues par le Conseil constitutionnel. Toutefois, force est de souligner que le Conseil constitutionnel rend des décisions véritablement « taillées sur mesure » c'est-à-dire répondant exactement aux conséquences du problème de droit qu'il a à traiter. Il apparaît, en outre, que les modalités des effets définis par le Conseil constitutionnel dépendent de l'objet des dispositions concernées par la déclaration d'inconstitutionnalité. Aussi, si l'on peut considérer que le contrôle de constitutionnalité effectué *a posteriori* reste un contrôle abstrait, les effets attachés à ces décisions ont un niveau de concrétisation indéniable. En témoigne la décision 52 QPC du 14 octobre 2010, *Compagnie agricole de la Crau*, par exemple, dont les effets décidés par le Conseil constitutionnel n'auraient peut-être pas été si généreux si les dispositions législatives abrogées avaient concerné 100 000 personnes et non une seule.

Qu'entendons-nous par cette notion de « concrétisation » ? Les effets des décisions du Conseil constitutionnel ne sont pas relatifs, ils valent à l'égard de tous comme le rappelle l'article 62 de la Constitution. Cependant cet effet absolu vaut pour l'avenir, c'est-à-dire à compter de l'entrée en vigueur de l'abrogation décidée. En revanche, pour le passé, les effets de la décision d'abrogation peuvent être limités par le Conseil constitutionnel au justiciable et aux seules instances en cours, parfois ils peuvent être élargis mais ils peuvent aussi être réduits puisque le Conseil constitutionnel peut décider de ne pas accorder d'effet utile à ses décisions. Les effets des décisions du Conseil constitutionnel sont donc adaptés en fonction des situations traitées. D'ailleurs, le rapporteur de chaque affaire « examine de façon systématique les conséquences de l'abrogation quant aux effets passés et à venir de l'abrogation »⁸⁹⁴. De ce fait, à chaque inconstitutionnalité constatée des effets différents sont-

⁸⁹³ Voir X. Magnon, « La modulation des effets dans le temps des décisions du juge constitutionnel », XXIII^e Cours international de justice constitutionnelle, *Les effets des décisions des juridictions constitutionnelles*, Aix-en-Provence, *AJIC* XXVII-2011, pp. 560-566 ; O. Lecuq, « La modulation dans le temps des effets des décisions des juges constitutionnels, Perspectives comparatives France – Espagne – Italie », dans ce rapport). Plus particulièrement pour la QPC : E. Cartier, *La Question prioritaire de constitutionnalité, Etude sur le réagencement du procès et de l'architecture juridictionnelle française*, E. Cartier (dir.), Rapport scientifique d'une recherche réalisée avec le soutien du GIP Mission de recherche Droit et justice, 2012, pp. 141-169.

⁸⁹⁴ R. Fraisse, « La procédure en matière de QPC devant le Conseil constitutionnel, considérations pratiques », *AJDA*, 2011, p. 1250.

ils susceptibles d'être attachés pour tenir compte des situations auxquelles cela doit s'appliquer ou, tout simplement, des conséquences concrètes emportées par la déclaration d'inconstitutionnalité⁸⁹⁵. Jean-Philippe Thiellay note ainsi qu'« il est impossible de résoudre dans le texte constitutionnel les questions très diverses qui se posent à la suite d'une déclaration d'inconstitutionnalité et les nombreuses QPC ayant conduit à déclarer l'inconstitutionnalité d'une disposition législative l'ont démontré. C'est du reste une tendance fondamentale du droit français, y compris constitutionnel : au « prêt-à-porter institutionnel » s'est peu à peu substituée une logique de « sur-mesure » voire de haute couture »⁸⁹⁶.

Ce souci est d'ailleurs si présent que l'essai de classification des effets attachés par le Conseil constitutionnel à ses décisions d'abrogation trouve ses limites dans l'hétérogénéité des solutions adoptées pour faire face à la grande diversité des situations régies par les dispositions législatives qui sont soumises à son contrôle.

Ainsi, dans la décision 15/23 QPC du 23 juillet 2012 relatif à l'article 575 du Code de procédure pénale, le Conseil constitutionnel précise que : « l'abrogation de l'article 575 est applicable à toutes les instructions préparatoires auxquelles il n'a pas été mis fin par une décision définitive à la date de publication de la présente décision »⁸⁹⁷.

Dans la décision 52 QPC, 14 octobre 2010, *Compagnie agricole de La Crau*, ce ne sont pas des instances qui sont visées mais des prélèvements déjà effectués (« cons. n° 9 (...) « que la présente déclaration d'inconstitutionnalité prend effet à compter de la publication de la présente décision ; qu'elle peut être invoquée à l'encontre des prélèvements non atteints par la prescription »). La censure ici prononcée a un caractère rétroactif en ce que la société requérante pourra demander que lui soient reversés les prélèvements déjà perçus dans la mesure où ils ne sont pas concernés par la prescription. Bien que rédigés en termes abstraits, conformément à la nature du contrôle opérée par le Conseil constitutionnel, la déclaration d'inconstitutionnalité ne concernait que le requérant, ce qui peut justifier, comme cela a été dit plus haut, cette extension des effets de la décision d'abrogation⁸⁹⁸.

Les effets de la décision 81 QPC du 17 décembre 2010, *Détention provisoire : réserve de compétence de la chambre de l'instruction*, visent pour leur part les décisions des chambres d'instruction⁸⁹⁹, ceux de la décision 107 QPC, du 17 mars 2011, *Contrôle de légalité des*

⁸⁹⁵ Voir à cet égard, par exemple, les commentaires de la décision 112 QPC du 1^{er} avril 2011, *Frais irrépétibles devant la Cour de cassation*, sur le site du Conseil constitutionnel, p. 7. Pour autant, il ne s'agit pas d'un contrôle concret, voir à cet égard le commentaire de la décision 200 QPC du 2 décembre 2011, *Pouvoir disciplinaire de la Commission bancaire* indiquant les limites du contrôle de constitutionnalité opéré par rapport à la pratique de la Commission bancaire quant au respect de l'exigence d'impartialité.

⁸⁹⁶ J.-P. Thiellay, « Les suites tirées par le Conseil d'État des décisions du Conseil constitutionnel, Conclusions sur Conseil d'État, Assemblée, 13 mai 2011, Mme Delannoy et M. Verzele ; Mme Lazare », *RFDA*, 2011, p. 774.

⁸⁹⁷ Cette disposition a été purement et simplement abrogée par le Conseil constitutionnel et le législateur n'a pas, pour l'instant, jugé utile de lui substituer un nouveau contenu.

⁸⁹⁸ Le Conseil d'État a tiré les conséquences de cette décision pour celui-ci : CE, 26 juillet 2011, *Compagnie agricole de la Crau*, n° 322419, commentaire B. Arvis, « Précisions du Conseil constitutionnel et du CE sur l'application dans le temps des décisions QPC », *AJDA*, 26 décembre 2011, pp. 2532-2535.

⁸⁹⁹ Cons. n° 8. « (...) que la présente déclaration d'inconstitutionnalité prend effet à compter de la date de publication de la présente décision ; que cessent de produire effet, à compter de cette date, les décisions par lesquelles une chambre de l'instruction s'est réservée la compétence pour statuer sur les demandes de mise en liberté et prolonger le cas échéant la détention provisoire ; qu'il en va de même en matière de contrôle judiciaire ou d'assignation à résidence avec surveillance électronique ».

actes des communes de Polynésie française visent des arrêtés municipaux⁹⁰⁰, la 222 QPC du 17 février 2012, *Définition du délit d'atteintes sexuelles incestueuses*, indique qu'à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel, « aucune condamnation ne peut retenir la qualification de délit « incestueux » prévue par cet article ; que, lorsque l'affaire a été définitivement jugée à cette date, la mention de cette qualification ne peut plus figurer au casier judiciaire »...

Au-delà de cette variété de formulation illustrant la diversité des objets sur lesquels portent les dispositions soumises au contrôle du Conseil constitutionnel, quelques grandes lignes peuvent être tracées permettant d'identifier les différents effets attachés aux décisions rendues.

La distinction entre abrogation avec effets immédiats et abrogation avec effets différés, tout d'abord, permet de différencier les décisions dans lesquelles le Conseil constitutionnel décide que l'abrogation de la disposition déclarée inconstitutionnelle prendra effet au jour de la publication de la décision et celles dans lesquelles les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité sont reportés à une date ultérieure.

L'abrogation, qu'elle soit immédiate ou différée, peut avoir des effets plus ou moins étendus sur le passé et pour l'avenir (dans le temps) mais également pour les situations à laquelle elle va s'appliquer (dans l'espace). L'étendue des effets de l'abrogation est décidée par la juridiction constitutionnelle lors de chaque décision rendue. Si le principe est celui de l'abrogation immédiate avec rétroactivité procédurale (1), les exceptions à ce régime de droit commun sont nombreuses⁹⁰¹. Elles sont plus ou moins précises. Cependant, certaines formules standards se retrouvent au fil du temps dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Il peut ainsi décider d'étendre l'effet utile accordé à ses décisions d'abrogation (2) tout comme il peut décider de le restreindre (3) voire de l'interdire (4). En cas d'abrogation différée, il peut également imposer au législateur de prévoir une rétroactivité de la nouvelle législation pour les instances suspendues à cet effet (5) tout comme il peut simplement laisser au législateur le soin de décider dans quelle mesure la nouvelle législation pourra avoir un effet rétroactif ; la rétroactivité des nouvelles dispositions est ainsi proposée (6).

1° – Le principe de l'abrogation immédiate avec rétroactivité procédurale

Comme nous l'avons souligné plus haut, le principe est que les abrogations immédiates ont un effet utile, ce qui signifie que l'abrogation de la disposition constitutionnelle doit profiter aux requérants et aux instances en cours au moment où la décision a été rendue. Ce sont les effets attachés automatiquement à toutes les décisions d'abrogation immédiate dont les effets n'ont pas été précisés ainsi qu'aux décisions dans lesquelles figure la formule « applicable aux instances en cours ». Cette application vaut pour les instances en cours au moment de la prise d'effet de la décision du Conseil constitutionnel c'est-à-dire de sa

⁹⁰⁰ Cons. n° 7 : « que la présente déclaration d'inconstitutionnalité a pour conséquence de rendre opposables au représentant de l'État les voies et délais de droit commun applicables en matière de contentieux administratif pour les arrêtés du maire autres que ceux pour lesquels un pouvoir de substitution est prévu par la loi ; qu'elle prend effet à compter de la publication de la présente décision au Journal officiel de la République française et s'applique aux instances en cours »,

⁹⁰¹ Pour un essai de classification des effets des décisions du Conseil constitutionnel dans le cadre de la procédure QPC, voir également E. Cartier, *rapport précité*, pp. 153-160.

publication. On peut également trouver ces mêmes termes assortis de précisions afin de faciliter le travail des autorités d'application⁹⁰². La notion d'instance en cours semble devoir être entendue de manière stricte comme désignant « toutes les situations dont le juge a été saisi mais sur lesquelles il ne s'est pas encore prononcé »⁹⁰³.

Une seconde expression se retrouve fréquemment dans les décisions du Conseil constitutionnel : « applicable à toutes les affaires non définitivement jugées »⁹⁰⁴. Cette expression semble avoir une portée plus large car elle concerne « tous les jugements ou arrêts non définitifs (...) susceptibles de faire l'objet d'un appel ou d'un recours en cassation »⁹⁰⁵. Les intéressés pourront ainsi bénéficier de l'abrogation s'ils forment un appel ou un pourvoi en cassation dans le respect des délais établis. Ce type d'effet peut être classé parmi ceux dans lesquels le Conseil décide d'une extension de l'effet utile (2).

2° – L'extension de l'effet utile

L'extension de l'effet utile fait partie des nombreuses exceptions que l'on retrouve dans les décisions du Conseil constitutionnel. L'application de la décision d'abrogation aux affaires non définitivement jugées en fait partie (voir ci-dessus, 1) mais le Conseil constitutionnel peut aller plus loin comme l'illustrent plusieurs affaires. La seule limite à son pouvoir de modulation est le respect d'autres principes constitutionnels ou, plus largement, d'autres intérêts publics. Olivier Lecucq souligne ainsi que la marge de manœuvre du juge constitutionnel quant à la détermination des effets de ses décisions « ressort directement de la détermination des intérêts publics contradictoires en présence et d'une opération essentiellement prétorienne destinée à les concilier »⁹⁰⁶.

Ainsi, l'effet rétroactif de l'abrogation sur des décisions devenues définitives en matière pénale serait également possible en France, si le Conseil constitutionnel le décidait. Cela n'a pas été le cas pour l'instant. Ainsi, l'abrogation de la disposition relative à la définition du harcèlement sexuel (décision 240 QPC) n'a pas entraîné la remise en cause des jugements définitifs. En revanche, en dehors de la matière pénale, le Conseil constitutionnel a accepté la remise en cause d'affaires déjà jugées. Ainsi dans la décision n° 218 QPC, 3 février 2012, *Condamnation d'un officier de carrière et perte de grade entraînant la cessation d'office de l'état militaire*, le Conseil constitutionnel précise que la déclaration d'inconstitutionnalité est applicable à toutes les instances en cours et « qu'elle peut également être invoquée à

⁹⁰² Voir, par exemple, la décision 107 QPC du 17 mars 2011, *Syndicat mixte chargé de la gestion du contrat urbain de cohésion sociale de l'agglomération de Papeete* « que la présente déclaration d'inconstitutionnalité a pour conséquence de rendre opposables au représentant de l'État les voies et délais de droit commun applicables en matière de contentieux administratif pour les arrêtés du maire autres que ceux pour lesquels un pouvoir de substitution est prévu par la loi ; qu'elle prend effet à compter de la publication de la présente décision au Journal officiel de la République française et s'applique aux instances en cours ».

⁹⁰³ X. Magnon, « Premières réflexions sur les effets des décisions du Conseil constitutionnel. Quel(s) bénéfice(s) pour le citoyen de la question prioritaire de constitutionnalité ? », *RFDA*, 2011, p. 763.

⁹⁰⁴ Voir les décisions 174 QPC du 6 octobre 2011, *Hospitalisation d'office en cas de péril imminent* ; 200 QPC, 2 déc. 2011, *Pouvoir disciplinaire de la Commission bancaire* ; 212 QPC du 20 janvier 2012, *Procédure collective : réunion à l'actif des biens du conjoint* ; 213 QPC, 27 janvier 2012, *COFACE, Suspension des poursuites en faveur de certains rapatriés* ; 240 QPC, 4 mai 2012, *Délit de harcèlement sexuel* ; 279 QPC, 5 octobre 2012, *Régime de circulation des gens du voyage* ; 285 QPC du 30 novembre 2012, *Obligation d'affiliation à une corporation d'artisans en Alsace-Moselle*.

⁹⁰⁵ *Ibidem*.

⁹⁰⁶ Voir étude dans ce rapport.

l'occasion des recours en annulation qui seraient formés, après la publication de la présente décision, à l'encontre des décisions portant cessation de l'état militaire intervenues en application de l'article L. 4139 14 du Code de la défense sur le fondement des dispositions déclarées inconstitutionnelles de l'article L. 311-7 du Code de justice militaire ». Sans cette précision ouvrant droit à un recours en annulation de décisions définitives, l'abrogation n'aurait été applicable qu'aux instances en cours.

L'effet utile de la déclaration d'inconstitutionnalité peut ainsi être étendu par le Conseil constitutionnel français au-delà des instances en cours et s'appliquer, par exemple, à toutes les situations régies par la disposition abrogée à partir de la date de la publication de la décision. Plusieurs cas peuvent être cités. Ce sont, par exemple, les conséquences attachées à l'abrogation de l'article L 7 du Code électoral par le Conseil constitutionnel par la décision 6/7 QPC du 11 juin 2010 qui vont permettre aux « intéressés de demander, à compter du jour de publication de la présente décision, leur inscription immédiate sur la liste électorale dans les conditions déterminées par la loi » (cons. n° 6)⁹⁰⁷. Il en va de même des conséquences attachées à l'abrogation des mots « possédant la nationalité française à la date de la présentation de leur demande ou domiciliés en France à la même date » dans la décision 18 QPC du 23 juillet 2010, *Carte du combattant*, qui permettra aux « membres des forces supplétives françaises » de demander la reconnaissance de la qualité de combattant et l'attribution de la carte de combattant. L'extension des effets de l'abrogation au-delà des instances en cours au moment où la décision est rendue se retrouve également dans les effets précisés par le Conseil constitutionnel de l'abrogation de l'article 222-31-1 du Code pénal lorsqu'il indique qu'à compter de la publication de la décision, « aucune condamnation ne peut retenir la qualification de crime ou de délit « incestueux » prévue par cet article ; que, lorsque l'affaire a été définitivement jugée à cette date, la mention de cette qualification ne peut plus figurer au casier judiciaire » (déc. n° 163 QPC, du 11 septembre 2011, *Définition des délits et crimes incestueux*)⁹⁰⁸.

A l'inverse, dans les décisions prononçant une abrogation avec effet immédiat, l'effet utile peut être limité.

3° – La limitation de l'effet utile

La limitation peut être d'ordre général avec, par exemple, la formule « que la présente déclaration d'inconstitutionnalité prend effet à compter de la publication de la présente décision ; qu'elle peut être invoquée dans les instances en cours à cette date *et dont l'issue dépend de l'application des dispositions déclarées inconstitutionnelles* »⁹⁰⁹ (voir par ex. 33 QPC, 22 septembre 2010, *Cession gratuite de terrains*, cons. 5 ; 78 QPC, 10 décembre 2010, *Société IMNOMA, Bilan d'ouverture*, cons. 8 ; 93 QPC du 4 février 2011, *Allocation de reconnaissance*, cons. 12 ; 97 QPC du 4 février 2011, *Taxe sur l'électricité*, cons. 5 ; 146 QPC, 8 juillet 2011, *Aides publiques en matière d'eau potable ou d'assainissement*, cons. 6 ; 176 QPC, 7 octobre 2011, *Cession gratuite de terrains II*, cons. 6).

Cette formule peut s'accompagner de certaines précisions à toutes fins utiles. Ainsi, dans la décision 128 QPC du 6 mai 2011, *Conseil d'administration de l'Agence France-*

⁹⁰⁷ Voir également, la décision n° 211 QPC, 27 janvier 2012, *Discipline des notaires*.

⁹⁰⁸ Voir également la décision n° 222 QPC, 17 février 2012, *Définition du délit d'atteintes sexuelles incestueuses*.

⁹⁰⁹ C'est nous qui soulignons.

Presse, le Conseil constitutionnel précise que la déclaration d'inconstitutionnalité : « peut être invoquée dans les instances en cours à cette date et dont l'issue dépend des dispositions déclarées inconstitutionnelles ; que, d'autre part, cette déclaration d'inconstitutionnalité est sans effet sur les décisions rendues antérieurement par le conseil d'administration de l'Agence France-Presse qui auraient acquis un caractère définitif au jour de la publication de la présente décision ».

La formule « et dont l'issue dépend de l'application des dispositions déclarées inconstitutionnelles », définit la marge de manœuvre dont disposent les juges chargés d'appliquer la décision du Conseil constitutionnel par rapport au litige qui leur est soumis. Le pouvoir d'appréciation du juge par rapport à l'impact sur le litige de l'inconstitutionnalité constatée par le Conseil constitutionnel est ici important. Pour éviter l'effet d'aubaine, le constat de l'abrogation de la disposition ne suffit pas à lui seul à permettre l'annulation d'actes administratifs, de procédures ou de décisions de justice qui seraient intervenus sur son fondement. Ainsi, suite à la décision 33 QPC, la Cour Administrative d'appel de Marseille n'a-t-elle pas tiré de conséquences de cette abrogation pour le litige qui lui était soumis dans une affaire jugée le 21 octobre 2010⁹¹⁰ alors qu'il en est allé différemment dans une autre affaire jugée quelques mois plus tôt⁹¹¹.

La formulation de l'effet limité dépend également de l'objet des dispositions qui sont soumises au contrôle du Conseil constitutionnel donc qui font l'objet de l'abrogation. Par exemple, dans la décision 110 QPC du 25 mars 2011, le Conseil constitutionnel précise que les décisions rendues antérieurement à la décision par les commissions départementales d'aide sociale (dont la composition a été censurée par le Conseil constitutionnel) « ne peuvent être remises en cause sur le fondement de cette inconstitutionnalité que si une partie l'a invoquée à l'encontre d'une décision n'ayant pas acquis un caractère définitif au jour de la publication de la présente décision » (cons. n° 9). Dans la décision 160 QPC du 9 septembre 2011, *Communication du réquisitoire définitif aux parties*, le Conseil constitutionnel précise : « 6. Considérant que cette déclaration d'inconstitutionnalité prend effet à compter de la date de publication de la présente décision ; que, d'une part, elle est applicable à toutes les procédures dans lesquelles les réquisitions du procureur de la République ont été adressées postérieurement à la publication de la présente décision ; que, d'autre part, dans les procédures qui n'ont pas été jugées définitivement à cette date, elle ne peut être invoquée que par les parties non représentées par un avocat lors du règlement de l'information dès lors que l'ordonnance de règlement leur a fait grief ». L'effet utile de l'abrogation est donc strictement encadré puisqu'il ne bénéficie qu'aux personnes répondant à ces deux conditions, c'est-à-dire celles ayant un « intérêt légitime à invoquer cette inconstitutionnalité »⁹¹².

Cette limitation peut aller jusqu'au refus de l'effet utile décidé par le Conseil constitutionnel.

4° – Le refus de l'effet utile

Dans certains cas, le Conseil constitutionnel va procéder à une « neutralisation » des effets rétroactifs de la décision d'abrogation⁹¹³. L'absence d'effet utile est la règle en cas d'abrogation différée, en revanche, elle constitue l'exception en cas d'abrogation immédiate.

⁹¹⁰ N° 08MA03841.

⁹¹¹ CAA Marseille 19 mai 2011, N° 09MA01735.

⁹¹² Commentaire de la 160 QPC sur le site du Conseil constitutionnel, p. 10.

⁹¹³ Voir notamment le commentaire sur le site du Conseil constitutionnel de la décision 286 QPC.

Cette absence d'effet utile apparue avec la décision 223 QPC du 17 février 2012 pour une abrogation immédiate est, cependant, de moins en moins exceptionnelle puisque trois autres décisions peuvent être répertoriées sur l'année 2012 : décision n° 228/229 QPC du 6 avril 2012, *Enregistrement audiovisuel des interrogatoires et des confrontations des personnes mises en cause en matière criminelle* (cons. 11) ; décision n° 284 QPC du 23 novembre 2012, *Droit des parties non assistées par un avocat et expertise pénale* (cons. 5) ; décision n° 286 QPC du 7 décembre 2012, *Saisine d'office du tribunal pour l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire* (cons. 8.).

La préservation de l'effet utile constitue en revanche l'exception dans le cas de l'abrogation différée. Ainsi, la grande majorité des décisions dans lesquelles le Conseil constitutionnel décide de reporter les effets de l'abrogation n'ont pas d'effet rétroactif (20 décisions sur les 25 décisions d'abrogation différées rendues). Cependant, usant de son pouvoir de modulation des effets de ses décisions, le Conseil constitutionnel peut décider que l'effet utile pour les requérants soit préservé. Cette préservation de l'effet utile se retrouve, pour l'instant, sous deux formulations qui soit imposent, soit proposent au législateur une rétroactivité procédurale de la nouvelle législation venant corriger l'abrogation découlant de la déclaration d'inconstitutionnalité.

5° - L'effet différé avec rétroactivité procédurale imposée

L'effet différé avec rétroactivité procédurale imposée consiste pour le Conseil constitutionnel à contraindre le législateur à prévoir des effets rétroactifs dans le cas de la nouvelle législation, rétroactivité qui vaudra dans les conditions que le Conseil constitutionnel détermine. Ainsi dans deux décisions, 1 QPC du 28 mai 2010, *Cristallisation des pensions* et 83 QPC du 13 janvier 2011, *Rente viagère d'invalidité*, a-t-il accompagné sa décision d'abrogation d'un effet suspensif des instances en cours et d'une demande adressée au législateur de prévoir de manière rétroactive une application de la nouvelle législation à ces instances.

Les décisions prévoyant ce type d'effet sont peu nombreuses, deux seulement sur les 25 décisions d'abrogation différée. Elles visent à préserver, dans un souci d'équité, l'effet utile de la déclaration d'inconstitutionnalité non par le bénéfice de l'abrogation mais par celui de la nouvelle législation. En revanche, la marge de manœuvre du législateur quant à la détermination de cette rétroactivité est des plus faibles. Si le législateur voit son pouvoir d'appréciation préservé quant aux moyens, c'est-à-dire à la façon dont cette rétroactivité sera prévue du moins sur le plan formel, il n'a pas de marge d'appréciation quant aux fins. L'autorité de chose jugée le contraint à prévoir la rétroactivité dans les conditions déterminées par le Conseil constitutionnel.

6° - L'effet différé avec rétroactivité proposée

Le Conseil constitutionnel peut enfin laisser le soin au législateur de décider s'il convient ou non d'accorder notamment un effet rétroactif à ses décisions. Dans ce cas, le Conseil constitutionnel accompagne ses décisions d'une clause de libre appréciation adressée au législateur quant aux suites qu'il entend donner à l'abrogation dans le cadre des nouvelles dispositions adoptées. Dans ce cas, le Conseil constitutionnel reste maître de la détermination des effets de ses décisions tout en acceptant que le législateur recouvre une marge de manœuvre importante découlant de l'exercice même du pouvoir législatif. Trois décisions sont concernées dans la période d'étude considérée (décisions n° 108, QPC, *Pension de réversion des enfants*, 112 QPC du 1^{er} avril 2011, *Frais irrépétibles devant la Cour de*

cassation et 190 QPC du 21 octobre 2011, *Frais irrépétibles devant la juridiction pénale*)⁹¹⁴. Contrairement à la rétroactivité procédurale imposée, le Conseil constitutionnel ne gère pas explicitement la situation transitoire. Ainsi, s'est-on demandé s'il convenait pour les juges de surseoir à statuer jusqu'à ce que le législateur se soit prononcé⁹¹⁵ ? Logiquement, un sursis à statuer devrait intervenir afin que le juge puisse éventuellement accorder le bénéfice d'une rétroactivité décidée par le législateur. Dans deux affaires dont il s'agissait de faire application de la décision 108 QPC, le Conseil d'État ne s'est prononcé qu'une fois que le législateur est intervenu⁹¹⁶.

B) Essai de typologie des effets des décisions rendues par la Cour constitutionnelle italienne dans le cadre de la procédure de question préjudicielle de constitutionnalité

Toutes les décisions d'inconstitutionnalité ont une autorité absolue de chose jugée et impliquent une abrogation de la disposition avec rétroactivité procédurale (1). Toutefois, la Cour constitutionnelle a élaboré différents types de décisions afin de s'adresser plus spécifiquement aux juridictions et/ou au législateur. En ce sens elle a modulé les effets de ses décisions dans l'espace (2). Aussi, elle a modulé les effets de ses décisions dans le temps afin de moduler la rétroactivité procédurale admise par le texte de l'article 30 de la loi n° 87 de 1953 (3). Il en résulte une grande variété d'effets possibles à l'instar de ce qui a été observé en France.

1° – Le principe de l'abrogation immédiate avec rétroactivité procédurale

En principe, la Cour constitutionnelle italienne ne peut choisir les effets qu'elle souhaite donner à ses décisions d'inconstitutionnalité. Comme cela a été présenté *supra*, ces effets sont intégralement prévus par les textes et se produisent de manière totalement automatique.

Les décisions d'inconstitutionnalité prennent effet dès le lendemain de la publication de la décision au journal officiel italien et la rétroactivité procédurale qui est concédée à cette déclaration a pour conséquence qu'elle s'applique aux parties au procès *a quo* et à toutes les procédures encore pendantes, même si elles se sont constituées antérieurement à la publication de la décision. Cela est le résultat de la combinaison de l'article 136 de la Constitution italienne et de l'article 30 de la loi n° 87 de 1953.

Aussi, certains observateurs ont noté que « La jurisprudence de la Cour constitutionnelle est allée encore plus loin en prévoyant cet effet rétroactif sur les procédures en cours ainsi que sur les décisions de l'administration non encore définitives et sur les droits

⁹¹⁴ Dans lesquelles on retrouve la formule suivante « que le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement ; que, par suite, il y a lieu de reporter au (...) la date de l'abrogation de cet article afin de permettre au législateur d'apprécier les suites qu'il convient de donner à cette déclaration d'inconstitutionnalité ».

⁹¹⁵ Voir X. Magnon, « Premières réflexions sur les effets des décisions du Conseil constitutionnel. Quel(s) bénéfice(s) pour le citoyen de la question prioritaire de constitutionnalité ? », *RFDA*, 2011, p. 765.

⁹¹⁶ CE, 4 mai 2012, req. n° 337490 et CE, 13 juin 2012, req. n° 358451.

non forclos, c'est-à-dire sur tous les litiges existants ou à naître mais relatifs à une application passée de la loi. La notion de procédure en cours a ainsi été considérablement élargie »⁹¹⁷.

Il est cependant logique que la déclaration d'inconstitutionnalité ne s'applique pas aux rapports et aux situations définitivement jugés. Aussi, faut-il entendre « instances en cours » par opposition aux situations qui ont fait l'objet d'une décision judiciaire définitive et ne peuvent plus être remises en cause devant un juge.

En Italie, la seule exception à cette règle très stricte se trouve dans la matière pénale : si la disposition déclarée inconstitutionnelle visait un crime ou délit réprimé pénalement, ces derniers disparaissent et les éventuelles condamnations prononcées sur cette base légale devenue inconstitutionnelle, même si elles étaient définitives et toujours en cours d'exécution, perdent tout effet juridique. Cette règle fait partie des effets de droit commun des décisions d'abrogation rendues par la Cour constitutionnelle italienne.

2° - La modulation des effets dans l'espace : la distinction entre décisions « interprétatives », « manipulatives » ou encore « additives de principe »

Les décisions d'inconstitutionnalité peuvent être « interprétatives », « manipulatives »⁹¹⁸ ou encore « additives de principe ». Ces nuances introduites par la Cour lui permettent d'exercer sa mission et de déclarer, si nécessaire, l'inconstitutionnalité d'une disposition sans pour autant créer un vide juridique ou rompre le principe de continuité du droit. Ainsi, les effets des décisions de recevabilité sont plus soutenus à l'égard du législateur (qui doit agir en fonction de la décision de la Cour) et/ou du juge ordinaire (qui se sert de la décision pour « lire » le droit en vigueur).

a) Décisions interprétatives de recevabilité ou d'inconstitutionnalité

À l'instar des décisions interprétatives de rejet, la Cour constitutionnelle rend une décision interprétative d'inconstitutionnalité (ou décisions interprétatives de recevabilité) lorsqu'elle se trouve en présence de dispositions susceptibles de recevoir diverses interprétations dont seulement une ou quelques-unes sont compatibles à la Constitution. Par cette catégorie de décision, la Cour déclare l'inconstitutionnalité, non pas d'une disposition mais d'une interprétation qu'on lui donne : la disposition reste donc en vigueur mais la déclaration de la Cour interdit qu'on lui donne une certaine interprétation.

La Cour constitutionnelle en a fait une utilisation abondante au cours de la première décennie de son activité afin de réagir au non-respect de la part des juges (et surtout de la Cour de cassation) des décisions interprétatives de rejet⁹¹⁹. Le développement de la théorie du droit vivant a incité la Cour constitutionnelle à abandonner cette catégorie de décisions⁹²⁰ au privilège de décisions d'inconstitutionnalité « simple » totale ou partielle.

⁹¹⁷ J-P. Thiellay, « Les suites tirées par le Conseil d'État des décisions du Conseil constitutionnel », RFDA, 2011, p. 774. cf. *Cour const.* n° 190 de 1970 et 404 de 1988 qui semblent illustrer cette extension tout en restant peu explicites comme le souligne l'auteur.

⁹¹⁸ Nous renvoyons ici à Th. Di Manno, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions « interprétatives » en France et en Italie*, Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 1997.

⁹¹⁹ Cf. la technique de la *doppia pronuncia*.

⁹²⁰ Voir cependant une résurgence récente : *Cour const.* n° 78 de 2007 et 395 de 2008.

b) Décisions “manipulatives”

Si les décisions interprétatives prennent leur source dans la possibilité de déduire d'un texte différentes significations concurrentes, une autre catégorie de décisions dites “manipulatives” [*manipolative*] se fonde sur la possibilité d'extraire de la disposition plusieurs fragments sur lesquels la Cour constitutionnelle peut “agir” pour transformer le sens normatif de la disposition, en le réduisant (décisions ablatives), en l'étoffant (décisions additives⁹²¹) ou en substituant une partie (décisions substitutives⁹²²).

Les décisions “manipulatives” présentent l'avantage d'assurer la conformité entre la loi et la Constitution sans qu'aucune intervention législative ultérieure ne soit nécessaire et sans que les conséquences négatives d'une décision d'inconstitutionnalité “simple” puissent se produire.

Pour autant, les décisions additives et substitutives n'ont pas manqué de soulever des questions quant à l'étendue de la compétence de la Cour constitutionnelle à agir sur le texte de loi. Afin d'éviter un usage abusif des décisions “manipulatives”, il a rapidement été souligné que la Cour, n'étant pas un législateur, ne pouvait pas adopter la logique de celui-ci et se trouvait donc dans l'impossibilité de “créer” des normes tout en pouvant les déduire. Autrement dit, « la Cour n'est pas “libre” comme l'est le législateur, de produire des dispositions, du moment qu'elle peut manipuler les dispositions existantes seulement dans la mesure où la manipulation est le fruit d'une déduction rigoureuse de contenus normatifs immédiatement imposés par la Constitution. Par conséquent, son pouvoir normatif n'est jamais un pouvoir de création libre, mais plutôt un strict pouvoir de reproduction en forme de disposition des exigences constitutionnelles »⁹²³.

Ce pouvoir peut être utilisé uniquement dans la mesure où la déduction des contenus se traduit par une composition « à rimes obligées » selon l'expression de V. Crisafulli⁹²⁴. Cela signifie que si pour remédier aux défauts d'une disposition, la solution n'est pas obligée (plusieurs « rimes » sont possibles), la Cour doit s'arrêter et laisser la place au seul pouvoir qui dispose d'une marge d'appréciation en la matière, c'est-à-dire au pouvoir législatif⁹²⁵. Or, si le législateur ne se conforme pas aux indications de la Cour, le problème demeure irrésolu. C'est pour cette raison que la Cour a parfois recouru à une nouvelle technique, celle des décisions additives de principe.

c) Les décisions additives de principe

Dans le but de dépasser l'impossibilité de rendre une décision additive lorsque plusieurs solutions s'offrent pour résoudre le vice d'inconstitutionnalité de la disposition déférée, la Cour a fait usage, dès lors que cela était possible, des décisions additives de principe qui ajoutent à la disposition censurée un principe – plutôt qu'une disposition – qui est le dénominateur commun des solutions éventuelles et auxquelles les juges sont habilités à faire

⁹²¹ *Cour const.* n° 190 de 1970, n° 68 de 1978 en matière de référendum, plus récemment n° 317 et 333 de 2009.

⁹²² *Cour const.* n° 15 de 1969, n° 168 de 2005.

⁹²³ P. Passaglia, *Le juge constitutionnel ...*, *op. cit.*, p. 93.

⁹²⁴ V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 2. *La Corte costituzionale*, Padoue, Cedam, 1984, p. 402 et s.

⁹²⁵ Ainsi, lorsqu'il existe une pluralité de solutions permettant de déclarer la norme constitutionnelle, et non pas une solution unique qui s'imposerait d'elle-même, la Cour décline sa propre compétence en affirmant qu'il appartient au législateur d'opérer un tel choix discrétionnaire et déclare la question irrecevable.

référence immédiatement, jusqu'à ce que le législateur intervienne et opère le choix discrétionnaire, afin de concrétiser, ainsi, le principe ⁹²⁶.

En d'autres termes et pour reprendre l'expression de V. Crisafulli, lorsque les « rimes » ne sont pas « obligées », la déclaration d'inconstitutionnalité s'associe, non à l'addition d'une disposition (ce qui serait impossible), mais à l'addition de contenus génériques dérivant d'un ou plusieurs principes, dont la mise en œuvre revient, en définitive, au législateur et, provisoirement, aux juges, appelés à appliquer le(s) principe(s) aux cas concrets, dans l'attente d'une réponse du législateur ayant une portée générale.

Avec cette catégorie de décision, la Cour constitutionnelle instaure un dialogue non seulement avec le législateur qui est appelé à colmater les défauts de la disposition législative mais aussi avec les juges sur lesquels reposent, dans l'attente de l'intervention législative, le devoir d'appliquer le principe énoncé dans la décision d'inconstitutionnalité.

Cette catégorie de décision a été utilisée dans les cas où la Cour constitutionnelle a estimé nécessaire d'étendre certains bénéfices d'ordres économiques et financier : « une telle extension implique une augmentation des dépenses pour l'État, sans que la Cour n'ait la possibilité d'indiquer comment faire face aux dépenses supplémentaires. La doctrine largement majoritaire exclut l'application à la Cour de la disposition de l'article 81, alinéa 4, de la Constitution, selon lequel « toute [...] loi qui comporte la création ou l'aggravation d'une charge publique doit indiquer les moyens d'y faire face » ; cependant, dans une situation de crise de l'État-providence, le juge constitutionnel ne saurait rester indifférent face à des décisions qui impliquent des aggravations significatives des dépenses publiques. De ce fait, si jusqu'au début des années quatre-vingt-dix la Cour ne prenait pas en considération les conséquences financières de ses déclarations d'inconstitutionnalité, plus récemment elle a eu tendance à faire intervenir autant que possible le législateur, adoptant soit des avertissements, soit des déclarations d'inconstitutionnalité qui laissent provisoirement en vigueur les dispositions censurées, soit, enfin, des décisions additives de principe, qui font appel aux juges pour une application prudente et au législateur pour une réponse prompte » ⁹²⁷.

Jusqu'à-là, on peut distinguer les deux premières catégories de décisions qui s'adressent principalement aux juridictions. La technique employée par la Cour a pour conséquence que si le législateur n'intervient pas pour « reprendre » la loi, l'ordre juridique n'est pas censé en pâtir.

La troisième catégorie de décisions poursuit quant à elle un double objectif : elle fait appel d'abord à la collaboration des juges et ensuite, à l'intervention du législateur.

3° - La modulation des effets des décisions dans le temps

La Cour constitutionnelle a aussi modulé les effets de ses décisions dans le temps et cet aspect est particulièrement intéressant puisqu'il nous renvoie à la modulation de la rétroactivité procédurale des décisions d'inconstitutionnalité.

Ainsi, la Cour agit sur les effets de ses décisions dans le passé pour contenir l'application « automatique » de l'article 30 de la loi n° 87 de 1953 qui implique qu'une loi

⁹²⁶ cf. notamment *Cour const.* n° 385 de 2005 et 77 de 2007.

⁹²⁷ P. Passaglia, *Le juge constitutionnel ...*, op. cit., p. 94 et E. Grosso, *Sentenze di spesa "che non costino"*, Turin, Giappichelli, 1992 ; *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c. della Costituzione*, Actes du Séminaire de Rome, Palais de la Consulta, des 8 et 9 novembre 1991, Milan, Giuffrè, 1993 ; C. Colapietro, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padoue, Cedam, 1996.

déclarée inconstitutionnelle ne doit plus s'appliquer à l'ensemble des situations en cours. La Cour constitutionnelle veut parfois jouer sur cette rétroactivité procédurale pour les procès en cours. Pour ce faire, elle considère que la disposition déférée ne présentait pas de vices de constitutionnalité lorsqu'elle est entrée en vigueur mais que l'inconstitutionnalité s'est constituée à un moment postérieur à cette prise d'effet. Cette modulation est destinée à favoriser une transition entre l'ancien et le nouveau régime qui soit la plus respectueuse possible des situations subjectives déjà constituées⁹²⁸. Les différentes décisions ainsi rendues peuvent se rapprocher de la typologie dégagée pour les décisions QPC.

a) La limitation de l'effet utile ou les décisions d'inconstitutionnalité survenue

La Cour constitutionnelle fixe « le point de départ des effets "rétroactifs" de la déclaration d'inconstitutionnalité non pas à compter de l'entrée en vigueur de la loi, mais à partir de la survenance du vice de constitutionnalité »⁹²⁹.

La loi ne présentait donc aucun vice d'inconstitutionnalité *ab initio*. Elle est devenue inconstitutionnelle à la suite d'événements – normatifs ou non – dont la vérification conditionne l'inconstitutionnalité. La dérogation à la règle générale de la rétroactivité des décisions de recevabilité consiste ici dans le fait que la disposition cesse de s'appliquer non pas du jour où elle est entrée en vigueur mais du moment où elle est devenue inconstitutionnelle. Cette évolution peut découler d'un changement du paramètre de constitutionnalité⁹³⁰ ou d'un changement dans les circonstances de droit ou de fait. Dans cette dernière hypothèse, la Cour constitutionnelle utilise une formule explicite puisqu'elle déclare la loi contraire à la Constitution « à partir du moment où ... »⁹³¹.

Comme le souligne Th. Di Manno, cette modulation des effets des décisions confère un large pouvoir discrétionnaire au juge constitutionnel qui devient en quelque sorte le « maître du temps ». La Cour constitutionnelle essaie donc de s'appuyer sur des éléments de faits objectifs afin de démontrer la survenance de l'inconstitutionnalité et évite de donner une date précise à laquelle la loi aurait « basculé » dans une « autre » période de vie⁹³².

Ce type de déclaration d'inconstitutionnalité ne fait pas encore partie du panel des effets attachés par le Conseil constitutionnel français à ses décisions mais cela pourrait être envisagé à l'avenir.

b) Le refus de l'effet utile ou les décisions d'inconstitutionnalité différée

La Cour constitutionnelle est ici confrontée à un conflit de valeurs entre celles que la déclaration d'inconstitutionnalité garanti et celles qui seraient affectées par cette même

⁹²⁸ G. Zagrebelsky, « Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle pronunce d'incostituzionalità : possibilità e limiti », in Corte costituzionale, *Effetti temporali delle sentenze della Corte anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milan, Giuffrè, 1988 (actes du séminaire organisé par la Cour constitutionnelle italienne), p. 197.

⁹²⁹ Th. Di Manno, « La modulation des effets dans le temps ... », *op. cit.*, p. 702.

⁹³⁰ Hypothèse de la législation issue de la période fasciste restée en vigueur après la nouvelle Constitution, la Cour a daté l'inconstitutionnalité à compter de l'entrée en vigueur de la Constitution, cf. *Cour const.* n° 1 de 1956, J. Tremeau, « La caducité des lois incompatibles avec la Constitution », *AJJC*, VI-1990, Economica-PUAM, 1992, p. 230 et s.

⁹³¹ Pour un changement dans les circonstances de droit, *Cour const.* n° 8 de 1976, 448 de 1991, 416 de 1992 ; pour un changement dans les circonstances de fait, *Cour const.* n° 202 de 1976, 519 de 1995.

⁹³² Th. Di Manno, « La modulation des effets dans le temps ... », *op. cit.*, p. 705.

déclaration. Elle parvient alors à assurer une forme de conciliation de ces valeurs en différant la prise d'effet de l'inconstitutionnalité en indiquant la date à partir de laquelle la disposition doit être considérée inconstitutionnelle ⁹³³.

Avec ces décisions, la Cour « parvient à réduire, voire à annihiler les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité sur les situations en cours, de manière à éviter que la « rétroactivité » habituelle de cette déclaration n'aboutisse à méconnaître d'autres exigences constitutionnelles ». Pour cela, la Cour « reconnaît l'inconstitutionnalité de la loi mais ne fait pas coïncider les effets rétroactifs de cette déclaration avec le moment où le vice d'inconstitutionnalité est apparu. Au contraire, malgré la survenance de l'inconstitutionnalité de la loi à un moment déterminé [...], la Cour préfère différer dans le temps c'est-à-dire à un autre moment, les effets rétroactifs de sa déclaration d'inconstitutionnalité » ⁹³⁴.

La dérogation à la règle de la rétroactivité est ici plus importante que dans le cadre de l'emploi des déclarations d'inconstitutionnalité survenue non seulement parce que la Cour constitutionnelle se concède une marge d'appréciation plus grande pour choisir le moment à partir duquel l'inconstitutionnalité apparaît mais aussi parce qu'une telle décision peut inciter à considérer que la disposition déclarée inconstitutionnelle est encore applicable au procès *a quo* ou au procès en cours.

À ce titre, la Cour constitutionnelle prend le risque de ne pas être suivie par les juges ordinaires qui pourraient se limiter à une interprétation automatique de la déclaration d'inconstitutionnalité de la disposition par la juridiction constitutionnelle et refuser toute modulation temporelle de la décision.

Dans un arrêt n° 50 de 1989, la Cour constitutionnelle a reconnu l'inconstitutionnalité originelle d'un décret du président de la République de 1972 qui avait exclu la publicité des audiences devant les commissions fiscales. Toutefois, afin d'éviter que la « rétroactivité normale » de cette déclaration d'inconstitutionnalité n'invalide, automatiquement, la procédure suivie pour des centaines de milliers d'affaires non encore définitivement tranchées, la Cour constitutionnelle a fait produire à sa décision seulement des effets *pro futuro*.

C'est pourquoi la Cour constitutionnelle précise dans son dispositif qu'elle déclare l'inconstitutionnalité de la disposition ayant fondée la question préjudicielle « à compter du jour suivant la publication de cette décision à la Gazzetta ufficiale de la République » et confirme que cette même disposition continue à s'appliquer à toutes les actions antérieurement engagées ». La Cour constitutionnelle décide ici de la non application de la rétroactivité procédurale de l'article 30 de la loi n° 87 de 1953. Sa décision a un effet simplement abrogatif.

L'appréciation de la Cour constitutionnelle prend ici en compte l'impact de la déclaration d'inconstitutionnalité sur l'ordre juridique : « Opérant un curieux « balancement entre les valeurs constitutionnelles », la Cour constitutionnelle semble, en définitive et pour le dire crûment, sacrifier la sécurité juridique et le principe d'égalité devant la loi sur l'autel d'un intérêt général dont la nature constitutionnelle semble loin d'être toujours avérée... Ce pouvoir de modulation que s'octroie la Cour constitutionnelle est discutable car cette dernière peut en vertu des textes déclarer l'inconstitutionnalité des lois et non régler les effets « rétroactifs » de ses décisions d'inconstitutionnalité, qui, au contraire, sont, comme on l'a dit, prévus par le droit et découlent, automatiquement, de la déclaration d'inconstitutionnalité. Si les décisions

⁹³³ Cour const. n° 501 de 1988 (pensions des magistrats admis à faire valoir leur droit à la retraite), 50 de 1989

⁹³⁴ Th. Di Manno, « La modulation des effets dans le temps », *op. cit.*, p. 705.

d'inconstitutionnalité survenue analysées précédemment s'inscrivent parfaitement dans le cadre des textes, « force est, donc, de constater que les décisions d'inconstitutionnalité différée y parviennent plus difficilement. Par ailleurs, en s'octroyant ce pouvoir de réduire elle-même les effets « rétroactifs » naturels de ses décisions d'inconstitutionnalité, la Cour constitutionnelle prend le risque de ne pas être suivie par les juridictions ordinaires et, en particulier, par la Cour de cassation. En effet, les juges ordinaires peuvent considérer que ces effets « rétroactifs » sont entièrement régis par le droit et se produisent, donc, automatiquement dès lors que la loi est déclarée contraire à la Constitution par la Cour constitutionnelle »⁹³⁵.

Ce choix de rendre une décision avec un simple effet abrogatif est isolé dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Au-delà de l'espèce présentée ci-dessus, on peut également citer l'arrêt n° 266 de 1988⁹³⁶.

Pour ces deux catégories de décisions d'inconstitutionnalité, la Cour constitutionnelle s'adresse tant aux juridictions qu'au législateur puisque vis-à-vis des premières, elle demande de respecter la date ou le moment qu'elle a choisi pour faire « démarrer » l'inconstitutionnalité ; vis-à-vis du second, elle demande de réagir si cela est nécessaire pour combler les lacunes que la disparition de la disposition crée.

c) Les décisions d'inconstitutionnalité reconnue mais non déclarée ou le refus d'effet utile

Pour achever la présentation des typologies des décisions rendues par la Cour et donc des effets attendus par cette dernière, il faut préciser que dans le cadre de la modulation des effets dans le futur de ses décisions, la Cour constitutionnelle italienne a rendu des décisions d'inconstitutionnalité reconnue mais non déclarée. Ces décisions font partie de la catégorie des décisions “*monito*” qui sont des décisions de rejet de la question préjudicielle. Elles méritent cependant quelques lignes car la Cour les utilise dans un objectif proche de celui des décisions avec effet abrogatif différé du Conseil constitutionnel tout en privilégiant une certaine « diplomatie » à l'endroit du législateur italien.

Avec ces décisions d'inconstitutionnalité reconnue mais non déclarée, la Cour constitutionnelle reconnaît ouvertement le contraste entre la disposition déferée et les principes constitutionnels au travers de formules qui ne laissent place à aucun doute quant à l'existence d'une situation d'inconstitutionnalité. Pour autant, la Cour rend une décision de rejet afin de respecter le pouvoir discrétionnaire du législateur et lui laisser l'opportunité d'intervenir rapidement pour “corriger” l'inconstitutionnalité pointée.

⁹³⁵ *Ibidem*.

⁹³⁶ D'après un ancien président de la Cour constitutionnelle, R. Granata, « le recours, très restreint à des arrêts de cette sorte - qui peuvent être rattachés à la catégorie de ceux ne faisant droit que partiellement à la requête, non pas quant à son objet mais quant aux effets dans le temps de l'inconstitutionnalité - exige une définition du point de départ de l'inconstitutionnalité. Il peut s'agir d'un événement déterminé ou de la survenance de facteurs normatifs, comme par exemple, la prise en compte d'un élément de comparaison nouveau pour l'application du principe d'égalité (cf. les arrêts n° 534/90, 176/92, 416/92) ou encore d'un processus de mise à mal ou de rupture des conditions qui avaient permis de considérer la loi comme étant compatible avec les principes constitutionnels. Cette rupture peut résulter de l'incidence sur le contenu de la norme de facteurs extra législatifs ou de l'affirmation d'une exigence annoncée par un arrêt d'avertissement. A cet égard, on peut se référer à la jurisprudence sur les conditions d'indemnisation des maladies professionnelles qui a abouti à la condamnation du système d'indemnisation reposant sur l'inscription de la maladie à un tableau (cf. les arrêts n° 140/1981 et 179/1988) », B. Genevois, « Entretien avec Roberto Granata », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 6, dossier Italie, 1999.

Ces décisions sont donc porteuses d'une « contradiction intrinsèque ». La Cour dans les motifs reconnaît explicitement l'inconstitutionnalité de la loi mais rend un dispositif de rejet afin de faire barrage aux effets abrogatifs de l'article 136 de la Constitution. La Cour constitutionnelle est consciente de l'inconstitutionnalité de la loi mais elle préfère la « sauver » pour le moment selon sa propre expression en raison de l'atteinte trop grave au principe de « continuité » de l'ordre juridique que son invalidation provoquerait. La seule contrepartie que la Cour a pu trouver à ce type de décisions est d'insérer une forme d'ultimatum à l'encontre du législateur, mais sans date butoir ⁹³⁷.

Dans les motifs de la décision n° 230 de 1987, à propos des garanties d'indépendance des magistrats de la Cour des comptes, la Cour constitutionnelle indique : « la lecture des dispositions contestées (...) montre qu'elles ne garantissent, sous aucun aspect, l'indépendance des magistrats de la Cour des comptes ». Malgré cette constatation d'inconstitutionnalité dépourvue de toute ambiguïté, la Haute instance déclare, *in fine*, l'irrecevabilité de la question de constitutionnalité posée au motif que « la pluralité des solutions exposées par les juges *a quibus* » implique que la détermination de ces garanties d'indépendance exigées par la Constitution « n'incombe pas à la Cour constitutionnelle qui est le juge des normes subordonnées et non leur producteur, mais au Parlement... A chacun son rôle ». Dans la décision n° 125 de 1992, la Cour constitutionnelle rappelle dans les motifs les exigences de redressement et de resocialisation des mineurs délinquants découlant d'une lecture combinée des articles 3, 27, alinéa 3, 30 et 31 de la Constitution puis elle reconnaît, expressément, que la loi contrôlée « n'est indubitablement pas en harmonie avec les principes » ainsi rappelés. Pourtant, elle conclut à l'irrecevabilité de la question en pointant, d'abord, l'impossibilité pour elle de rendre un arrêt additif sous peine d'envahir la sphère de discrétionnalité réservée au législateur, en raison de la « possibilité, afin de mettre la législation en cohérence avec les principes constitutionnels, d'une pluralité de solutions », et en soulignant, ensuite, le caractère impraticable de l'instrument de l'invalidation pure et simple de la loi en raison du « vide législatif » qui en résulterait et qui aboutirait à mettre en cause « la possibilité même pour les mineurs de bénéficier des mesures alternatives à la détention ». Toutefois, la Cour constitutionnelle prévient solennellement qu'elle pourrait toujours en venir à prononcer l'invalidation textuelle de la loi « si le législateur ne prenait pas, promptement, les mesures en la matière, conformes aux principes constitutionnels ».

En principe, l'intervention du législateur devrait être assurée lorsque la Cour rend des décisions qui « sauvent » provisoirement la disposition contestée tout en déclarant son inconstitutionnalité puisque le législateur se voit en effet contraint d'intervenir pour éviter que la déclaration d'inconstitutionnalité survienne et produise ses effets ordinaires, susceptibles d'entraîner des troubles majeurs dans l'ordre juridique ⁹³⁸. L'emploi du verbe au conditionnel est la conséquence de l'observation de la pratique, qui a vu à maintes occasions le législateur ne pas se conformer à ce genre de décisions. Le suivi de ces décisions prouve que le législateur ne se hâte pas à agir comme la Cour le lui demande. Cette inertie a pris de telles proportions que la Cour constitutionnelle a cherché un nouveau moyen pour éviter le développement de véritables dénis de justice qu'avouait ce type de décision. Ainsi, dans les années 80, elle a mis en place des arrêts d'inconstitutionnalité additifs de principe (cf. *supra*). Ils ne permettent pas de lutter contre les effets abrogatifs de l'article 136 de la Constitution mais ils permettent à la Cour de ne pas laisser de vides juridiques et de ne pas encourir le

⁹³⁷ cf. Th. Di Manno, « La modulation des effets dans le temps », *op. cit.*, p. 708-710 ; Cour const. n° 212 de 1986, 230 de 1987, 125 de 1992, 526 de 2000.

⁹³⁸ P. Passaglia, *Le juge constitutionnel*, *op. cit.*, p. 92.

reproche de n'avoir pas censuré une loi pourtant ouvertement inconstitutionnelle. Toutefois, la Cour n'a pas abandonné les décisions d'inconstitutionnalité reconnue mais non déclarée.

Le Conseil constitutionnel ne peut rendre ce genre de décisions puisque tout rejet de la QPC équivaut, aujourd'hui, à un brevet de constitutionnalité possédant une autorité absolue de chose jugée. Cela n'est pas regrettable si l'on considère que cette absence d'effet différé peut laisser perdurer dans l'ordre juridique une disposition inconstitutionnelle et réduit en conséquence considérablement le bénéfice d'une abrogation pour cause d'inconstitutionnalité pour l'ordre juridique et pour les justiciables. La continuité du droit prime ici sur le respect de l'Etat de droit qui suppose qu'une inconstitutionnalité avérée ne soit pas excessivement maintenue en vigueur.

IV / L'application des décisions QPC par le Parlement

La notion de Parlement exige quelques précisions en amont des développements à venir. En ce qui concerne la France, la notion de législateur ou de Parlement sera utilisée pour désigner uniquement le Parlement composé de l'Assemblée nationale et du Sénat.

En ce qui concerne l'Italie, ce législateur est également, en premier lieu, le Parlement composé de la Chambre des députés et du Sénat italien. Il faut y ajouter en second lieu et dans une certaine mesure, le Gouvernement. Le système normatif italien est en effet marqué par une forte production de textes sur la base des articles 76 et 77, alinéa 2 de la Constitution⁹³⁹, qui organisent, respectivement, l'adoption par le Gouvernement de décrets législatifs (*decreto legislativo*) et de décret-lois (*decreto legge*). Investi par ces textes constitutionnels d'une compétence d'initiative normative, le Gouvernement peut être visé par les décisions de la Cour constitutionnelle dans lesquelles cette dernière tente d'enrayer un vide juridique ou un problème de contradiction entre les normes en vigueur et la Constitution. En dernier lieu, il ne sera pas fait référence dans les développements qui suivent au législateur régional. État fortement régionalisé, le système normatif italien est caractérisé par une double compétence législative ce qui ne va pas sans soulever de nombreux conflits. Cependant, dans un souci de confrontation entre l'activité très fournie de la Cour constitutionnelle en matière de "suites" des décisions et la jurisprudence encore « jeune » du Conseil constitutionnel français, le choix de centrer la réflexion sur le législateur étatique nous a semblé plus pertinent et plus prudent pour éviter une dilution des réflexions comparatives.

⁹³⁹ Article 76 de la Constitution italienne : « L'exercice de la fonction législative ne peut être délégué au Gouvernement que si les principes et critères directeurs en sont établis et seulement pour une durée limitée et pour des objets définis ».

Article 77 de la Constitution italienne : « Sans délégation des Chambres, le Gouvernement ne peut adopter de décrets ayant la valeur d'une loi ordinaire.

Lorsque dans des cas extraordinaires de nécessité et d'urgence, le Gouvernement adopte, sous sa responsabilité, des mesures provisoires ayant force de loi, il doit, le jour même, les présenter aux Chambres pour leur conversion en loi ; même dissoutes, celles-ci sont spécialement convoquées et se réunissent dans les cinq jours.

Les décrets perdent toute efficacité *ab initio* s'ils ne sont pas convertis en lois dans les soixante jours qui suivent leur publication. Les Chambres peuvent toutefois régler par une loi les rapports juridiques créés par des décrets-lois non convertis ».

A) L'application des décisions du Conseil constitutionnel par le Parlement français

En ce qui concerne la France, depuis la mise en œuvre de la QPC, on ne note, à la différence de l'Italie, aucune forme de résistance de la part du législateur à la mise en œuvre des décisions du Conseil constitutionnel. En effet, loin de l'image d'un Parlement hostile au contrôle *a posteriori* de constitutionnalité des lois, -qui n'a pas, en 2008, fait l'objet des réticences exprimées lors des tentatives de réforme de 1990 et 1993-, les relations entre le Conseil constitutionnel et le Parlement depuis l'entrée en vigueur de la réforme semblent se placer sous le signe de la coopération voire de la collaboration. Ainsi après trois années de fonctionnement de la QPC aucun incident ne peut être noté dans l'application par le Législateur des décisions du Conseil constitutionnel.

Comme pour toute réforme, des ajustements sont souvent nécessaires de part et d'autre dans les premiers temps⁹⁴⁰. L'adoption de la QPC a un impact sur les conditions même de l'exercice du pouvoir législatif, l'intervention du législateur étant désormais imposée dans un but « curatif »⁹⁴¹ suite à certaines déclarations d'inconstitutionnalité provenant de décisions QPC. Cependant, d'une manière générale, le Conseil constitutionnel fait preuve de mesure dans son pouvoir de sanction et dans la contrainte qu'il exerce sur le Parlement à travers les effets qu'il décide d'attacher à une déclaration d'inconstitutionnalité⁹⁴². A partir de la typologie ci-dessus dressée des effets attachés par le Conseil constitutionnel aux décisions d'inconstitutionnalité rendues, quatre groupes se distinguent selon la teneur du message adressé au législateur :

Tout d'abord, l'abrogation différée sans effet rétroactif, sans effet utile : le législateur dispose alors d'un délai pour venir combler le vide provoqué par l'abrogation mais il n'a pas à faire rétroagir les dispositions nouvelles. Cette abrogation différée sans rétroactivité procédurale, c'est-à-dire sans effet sur les instances en cours, est justifiée par l'incidence trop importante de cette application à ces instances (par ex. annulation de procédures, de poursuites...). Dans ce cas, le législateur intervient dans les délais qui lui sont proposés et dans la mesure où cela est nécessaire.

Ce délai laissé au législateur n'est pas impératif en ce sens qu'aucun mécanisme ne sanctionne le législateur qui n'intervient pas avant la date butoir fixée par le Conseil constitutionnel. Ainsi, peut-on citer en particulier le fait que le législateur néo-calédonien, le Congrès de Nouvelle-Calédonie, ne soit pas encore intervenu pour modifier le Code du travail de Nouvelle-Calédonie suite à la décision 205 QPC du 9 décembre 2011, *Rupture du contrat de travail d'un salarié protégé* alors que le délai qui lui avait été fixé est dépassé. Il en découle que cette abrogation est désormais opposable par d'éventuels requérants depuis le 1er janvier 2013, le Congrès de Nouvelle-Calédonie perdant le bénéfice de cette abrogation

⁹⁴⁰ Au regard de l'impact des décisions QPC sur l'ordre du jour, le Président de l'assemblée Nationale a rappelé la nécessité de permettre au législateur de travailler dans la sérénité et de ne pas occulter les priorités d'intérêt national au bénéfice de législations répondant à des décisions rendues à partir de cas individuels (Voir C. Maugué et J.-H. Stahl, *La question prioritaire de constitutionnalité*, Paris, Dalloz, coll. Connaissances du droit, 2^{ème} édition, 2012, p. 231).

⁹⁴¹ Voir not. J. Benetti, « Les incidences de la QPC sur le travail législatif. D'une logique de prévention à une logique de correction des inconstitutionnalités », *Constitutions. Revue de droit constitutionnel appliqué*, 2011, n°1, pp. 42-45 ; C. Maugué et J.-H. Stahl, *précité*, p. 231, A. Vidal-Naquet, « Le réflexe constitutionnel du législateur et la QPC », in Magnon (X.), Bioy (X.), Mastor (W.), Mouton (S.), *Le réflexe constitutionnel. Question sur la question prioritaire de constitutionnalité*, Bruylant, 2013, pp. 124-125.

⁹⁴² Voir O. Dord, « La QPC et le Parlement : une bienveillance réciproque », *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 38, 2013, p. 35.

différée. Les contrats et décisions pris sur le fondement de la disposition abrogée peuvent donc, depuis le 1er janvier 2013, être contestés sur le fondement de son inconstitutionnalité.

Deuxième cas de figure, le juge constitutionnel peut décider de l'abrogation différée mais en imposant aux juridictions de suspendre les instances en cours et en demandant au législateur de prévoir une application rétroactive de la nouvelle législation à ces instances (ce que nous avons appelé « effet différé avec rétroactivité procédurale imposée »). Dans les deux décisions concernées (décisions 1 QPC du 28 mai 2010, *Cristallisation des pensions* et 83 QPC, du 13 janvier 2011, *Rente viagère d'invalidité*), le législateur a effectivement permis que l'abrogation puisse bénéficier aux instances en cours qui avait été suspendues, voire « aux intéressés », pour reprendre les termes des dispositions législatives consécutives à l'abrogation décidée dans la 1 QPC.

Troisième possibilité, le Conseil constitutionnel décide de l'abrogation différée avec une « réserve d'opportunité »⁹⁴³ adressée au législateur quant aux suites à donner : le législateur a la possibilité s'il le souhaite, de prévoir une rétroactivité des nouvelles dispositions applicables (ce que nous avons appelé « effet différé avec rétroactivité proposée »). Ces effets furent prononcés par le Conseil constitutionnel dans trois décisions : décisions n° 108 QPC du 25 mars 2011, *Pension de reversion des enfants*, 112 QPC du 1^{er} avril 2011, *Frais irrépétibles devant la Cour de cassation* et 190 QPC du 21 octobre 2011, *Frais irrépétibles devant la juridiction pénale*. Le législateur a prévu un aménagement des effets de la nouvelle disposition suite à la première décision seulement (article 162 de la loi n° 2012-1977 du 28 décembre 2011, Loi de finances pour 2012 venant modifier l'article L 43 du Code des pensions civiles et militaires de retraite) pour le cas où son application aboutirait à la révision d'une pension à un taux inférieur à celui accordé aux bénéficiaires par application de la législation antérieure⁹⁴⁴.

Dernier cas de figure, le plus répandu, l'absence de message c'est-à-dire lorsque le Conseil constitutionnel décide de l'abrogation immédiate de la disposition ou ne précise pas les effets de ses décisions : le législateur n'a pas de contrainte directement exprimée par le Conseil constitutionnel qui supposerait une intervention de sa part. Dans plusieurs cas, l'abrogation fait disparaître une disposition qui intervenait de manière dérogatoire par rapport à un régime principal ou instaurait une inégalité que l'abrogation fait disparaître. Par exemple, l'abrogation de l'article L-7 du Code électoral, prévoyant une peine automatique d'inéligibilité, laisse la possibilité au juge pénal de décider d'assortir certaines condamnations d'interdiction de droit civils, civiques et de famille sur le fondement de l'article L 432-17 du Code pénal, qui pour sa part permet de respecter le principe d'individualisation des peines. De la même façon, l'abrogation des dispositions « possédant la nationalité française à la date de la présentation de leur demande ou domiciliés en France à la même date » au troisième alinéa de l'article L. 253 bis du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre par la décision 18 QPC du 23 juillet 2010, *Carte du combattant*, n'affecte pas en elle-même la procédure d'attribution de la carte du combattant qui continue à être applicable sans cette disposition. En revanche, il est des cas où l'abrogation crée un vide juridique qui va obliger le législateur à intervenir rapidement sous peine d'être critiqué. Ce fut le cas, à la suite de l'abrogation prononcée dans la décision 240 DC, du 4 mai 2012, *Définition du harcèlement*

⁹⁴³ E. Cartier, *rapport précité*, p. 158.

⁹⁴⁴ Voir le III de l'article 162 repris dans une note figurant sous l'article L. 43 du Code des pensions civiles et militaires de retraite.

sexuel qui ne pouvait pas donner lieu à une décision d'abrogation différée. Cette abrogation, dans ce type de circonstances, crée donc une contrainte politique sur le législateur.

A l'occasion de cette décision, une difficulté a pu apparaître, en termes de calendrier législatif, pour combler le vide juridique laissé par l'abrogation immédiate de l'article 222-33 du Code pénal, d'autant que cette abrogation intervenait à quelques jours des élections législatives débouchant sur une nouvelle législature. Cependant, dans ce cas, le Conseil constitutionnel ne pouvait choisir de différer l'abrogation, il n'avait donc pas la possibilité de maîtriser les effets de sa décision dans le temps.

En revanche, le Conseil constitutionnel se montre particulièrement attentif au respect de ce type de contraintes sur le Parlement lorsqu'il prononce une abrogation avec effet différé⁹⁴⁵. La QPC apparaît même comme un facteur « dynamisant » pour le Parlement⁹⁴⁶. Ainsi, la QPC, et le vide juridique immédiat ou à venir, consécutif à une déclaration d'inconstitutionnalité peut être l'occasion pour le Parlement d'opérer une réforme que souvent d'aucuns savaient nécessaire mais qui ne faisait pas partie des priorités de l'ordre du jour fixé par le Gouvernement. Ainsi en a-t-il été de la question de la garde à vue, de celle des hospitalisations d'office et sans consentement pour raisons psychiatriques, de la définition du harcèlement sexuel, ou encore, parmi bien d'autres exemples, de la mise en œuvre du principe de participation du public figurant à l'article 7 de la Charte de l'environnement. En outre, la réforme consécutive à la QPC dépasse dans plusieurs cas, le seul problème d'inconstitutionnalité visé par la QPC. Il peut s'agir de réformes de grande ampleur (Ordonnance n°2012-92 du 26 janvier 2012 relative à la partie législative du code forestier tirant notamment les conséquences de la censure dans la décision 182 QPC⁹⁴⁷, loi n° 2012-1460 du 27 décembre 2012 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public tirant les conséquences de plusieurs décisions du Conseil constitutionnel appliquant l'article 7 de la Charte de l'environnement) ou de réformes prenant en considération le raisonnement du Conseil constitutionnel lors d'une déclaration d'inconstitutionnalité pour l'étendre à d'autres dispositions non censurées par le Conseil constitutionnel (loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge⁹⁴⁸) ou, plus généralement, de réformes soucieuses du respect de la jurisprudence du Conseil constitutionnel dans son ensemble pour éviter une nouvelle censure. L'effet performatif est ici à souligner car il démontre que la fonction du Conseil constitutionnel dans le paysage institutionnel français est désormais bien acceptée.

Il convient de noter également que, dans bien des cas, le législateur n'a pas estimé qu'il était nécessaire d'intervenir⁹⁴⁹, l'abrogation de la disposition inconstitutionnelle ne créant pas

⁹⁴⁵ Voir en ce sens le commentaire sur le site du Conseil constitutionnel de la décision 147 QPC du 8 juillet 2011, *Composition du tribunal pour enfants*, justifiant la longueur du délai de report (18 mois) par la teneur de la réforme à opérer et l'impact des échéances électorales de 2012 sur le calendrier parlementaire.

⁹⁴⁶ Voir en ce sens, J. Bonnet, « La revalorisation du Parlement et la QPC » in *La Fonction présidentielle sous le quinquennat Sarkozy*, Journée d'étude de la Commission Jeune Recherche Constitutionnelle, Saint-Etienne, 19 octobre 2012, étude à paraître à la Revue *Politèia*.

⁹⁴⁷ Décision n° 182 QPC du 14 octobre 2011, *Servitude administrative de passage et d'aménagement en matière de lutte contre l'incendie*.

⁹⁴⁸ Loi qui a fait suite aux abrogations prononcées dans les décisions 71 QPC et 135 /140 QPC. Voir également l'article 211 de la loi de finances pour 2011 tirant les conséquences de l'abrogation prononcée dans la décision 1 QPC.

⁹⁴⁹ Voir sur cette question G. Drago, « L'influence de la QPC sur le Parlement ou La loi sous la dictée du Conseil constitutionnel », *Juspoliticum*, n° 6, p. 6.

de vide juridique ⁹⁵⁰ ou l'état du droit consécutif à l'abrogation étant considéré comme satisfaisant ⁹⁵¹. Ainsi, n'a-t-il pas été jugé nécessaire de réécrire l'article 90 du code disciplinaire et pénal de la marine marchande abrogé par la décision 10 QPC du 2 juillet 2010, *Tribunaux maritimes commerciaux*, alors même que cette décision avait provoqué un certain émoi ⁹⁵², le Conseil constitutionnel indiquant de façon assez péremptoire que « pour exercer la compétence que leur reconnaît le code disciplinaire et pénal de la marine marchande, les tribunaux maritimes commerciaux siégeront dans la composition des juridictions pénales de droit commun » ⁹⁵³.

La réforme introduite en 2008 et consacrée en 2010 par l'entrée en vigueur de procédure de question prioritaire de constitutionnalité se place, après trois années de fonctionnement, sous le signe de la réussite quant au suivi qu'en assure le Parlement. Cette réussite est-elle due à un effet de nouveauté de la réforme ? L'expérience italienne, bien que s'étant construite dans un contexte et sur un socle différents, démontre que le risque de difficultés d'applications voire de tensions, inhérent au fonctionnement même de tout système de justice constitutionnelle dans une démocratie, ne peut être écarté.

B) L'application des décisions de la Cour constitutionnelle par le Parlement italien

L'examen des suites des décisions de la Cour constitutionnelle par le législateur n'a pas fait l'objet d'une étude globale en Italie. Cela s'explique sans aucun doute par le caractère éminemment politique de ces suites. En effet, lorsque la Cour déclare une disposition inconstitutionnelle, celle-ci est en vigueur depuis un certain nombre d'année et concerne une matière spécifique. Le Parlement peut souhaiter mettre à jour cette matière et il accueille alors la décision constitutionnelle avec joie. En revanche, il peut aussi ne pas vouloir intervenir dans cette même matière où que l'évolution du droit n'est à son sens pas encore stabilisée sur ce point ou qu'une réflexion plus profonde doit s'engager pour ne pas agir dans l'urgence d'un délai plus ou moins exprimé par le juge constitutionnel et faire « encore » une mauvaise loi. Ces réflexions valent aussi bien pour la France que l'Italie ⁹⁵⁴. Ensuite, en Italie, l'application des décisions de la Cour par le législateur dépend clairement de la bonne volonté du législateur ce qui a pour conséquence que parfois, les raisons de son inaction suite à une décision d'inconstitutionnalité sont totalement inexplicables. C'est en ce sens que le débat est politique et peut difficilement être traduit « scientifiquement » par le chercheur sauf à ne développer que de simples hypothèses soumises à une forte relativité. Cet aspect

⁹⁵⁰ Par ex. l'abrogation de l'article L 7 du Code électoral par la décision 6/7 QPC du 11 juin 2010, de l'article 575 du Code de procédure pénale par la décision 15/23 QPC du 23 juillet 2010 ou encore de l'article 706-88-2 du code de procédure pénale par la décision 223 QPC du 17 février 2012.

⁹⁵¹ Voir le quatrième cas de figure évoqué ci-dessus.

⁹⁵² Voir notamment J. Boudon, « Le Conseil constitutionnel s'est-il trompé de Constitution ? », *La semaine juridique, Edition générale*, octobre 2010, n° 40, pp. 1825-1827.

⁹⁵³ Il a fait preuve de plus de « diplomatie » lorsqu'il a censuré la composition des commissions d'aide sociale en indiquant « qu'à compter de cette date *et sans préjudice de modifications ultérieures de cet article*, les commissions départementales d'aide sociale siégeront dans la composition résultant de la présente déclaration d'inconstitutionnalité », décision 110 QPC du 25 mars 2011, cons. n° 9 (c'est nous qui soulignons). Il en va de même dans la décision 250 QPC du 8 juin 2012, *Composition de la Commission centrale d'aide sociale*.

⁹⁵⁴ J. Bonnet, « La revalorisation du Parlement et la QPC », *op. cit.*

politique s'estompe nettement lorsqu'il s'agit de l'application des décisions par les juridictions comme nous le verrons *infra*.

Il en résulte cependant que tout est affaire de susceptibilité. Nonobstant, l'application des décisions d'inconstitutionnalité par le législateur italien, partiellement régie par les textes (1), est globalement assurée et tend, d'ailleurs, à se normaliser avec le temps, preuve de l'intégration toujours plus forte de la justice constitutionnelle dans l'ordre juridique (2).

Le cadre textuel de l'application des décisions d'inconstitutionnalité par le législateur

L'exécution des décisions de la Cour constitutionnelle par le Parlement est partiellement organisée par les textes ce qui a incité la Cour constitutionnelle à développer différentes techniques pour impulser une réaction du législateur dans le respect de son pouvoir d'appréciation.

L'exécution des décisions de la Cour constitutionnelle italienne est réglementée par les actes qui régissent son activité⁹⁵⁵ mais de manière partielle. Seule l'exécution des décisions de recevabilité est organisée par l'article 30, alinéa 2, de la loi n° 87 de 1953. Cette article prévoit que l'arrêt qui déclare l'inconstitutionnalité d'une disposition législative doit être communiqué, dans les deux jours de son dépôt aux assemblées parlementaires ou à l'assemblée régionale intéressée « afin qu'elles adoptent, le cas échéant, les mesures » qu'elles estiment nécessaires. En ne visant que cette catégorie de décision, cette disposition se borne à prévoir l'exécution des décisions qui bénéficient déjà d'un effet *erga omnes*. La publication de ces arrêts de recevabilité au journal officiel italien prouve ainsi que la déclaration d'inconstitutionnalité s'impose à tous et par conséquent au législateur et au juge ordinaire. Elle présente également l'intérêt de retirer de manière officielle la disposition inconstitutionnelle de l'ordre juridique. Cet article ne résout toutefois pas la question plus cruciale de l'exécution des décisions de rejet des questions préjudicielles de constitutionnalité dont les effets *inter partes*, soulèvent plus de doutes quant à leur exécution par le législateur et le juge ordinaire. Seul le rapport de confiance existant entre les organes de l'État permet d'espérer le suivi de la décision et notamment des messages contenus dans ses motifs par le législateur ou des interprétations de la disposition législatives qui ont motivé le rejet de la question par la Cour⁹⁵⁶.

Les règlements des assemblées parlementaires sont un peu plus précis quant à la question de l'exécution des décisions mais ils présentent eux aussi de larges lacunes⁹⁵⁷.

L'article 108 du Règlement de la Chambre des députés prévoit que « tous les arrêts (sont donc exclues les ordonnances) sont distribués au sein de l'assemblée et envoyés à la commission compétente, qui doit, dans les trente jours suivants, examiner l'arrêt et donner son avis sur la nécessité éventuelle d'adopter des initiatives législatives pour faire suite à la décision ». Cet avis est formulé dans un document qui est transmis au Président de la Chambre des députés, au Président du Sénat, au Président du Conseil des ministres et au Président de la Cour constitutionnelle. Aucune autre action n'est prévue et surtout, aucune

⁹⁵⁵ P. Passaglia, *Le juge constitutionnel ...*, op. cit., p. 97.

⁹⁵⁶ Nous faisons ici référence aux décisions de rejet d'une manière générale et aussi, plus spécifiquement aux décisions interprétatives de rejet. Cf. Rapport intermédiaire sur la question des effets des décisions de la Cour constitutionnelle italienne.

⁹⁵⁷ N. Assini, « Il seguito (legislativo) delle sentenze della Corte costituzionale in Parlamento », *Scritti su La giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, Padoue, Cedam, 1985, vol. Ier, p. 21 et s.

sanction n'a été introduite pour les cas d'inertie de la commission compétente ou des autorités destinataires de cet avis.

L'article 139 du Règlement du Sénat limite, en principe, la communication et la transmission à la commission compétente des arrêts qui déclarent l'inconstitutionnalité d'un acte ou d'une disposition. Toutefois, le Président peut communiquer aux commissions tout autre arrêt qu'il estime opportun de soumettre à la connaissance des commissions pour examen. Celles-ci, lorsqu'elles retiennent qu'une initiative législative s'impose, rédigent un texte qui est transmis au Gouvernement et communiqué au Président de la Chambre des députés.

Les deux mécanismes ne sont donc pas efficaces pour organiser de manière certaine l'exécution concrète de l'ensemble des décisions de la Cour constitutionnelle par le législateur⁹⁵⁸ qui va, en conséquence, dépendre du bon vouloir de ce dernier.

On constate d'ailleurs que les Chambres ne mettent généralement pas en œuvre les instruments spécifiques prévus par leur règlement que nous venons de présenter. Elles semblent préférer aborder les questions soulevées par certaines décisions de la Cour constitutionnelle au cours de leur activité « quotidienne ». En outre, les éventuelles difficultés qui naissent du rapport Parlement – Cour constitutionnelle ne peuvent être attribuées à l'ignorance par le premier de la jurisprudence de la seconde. La lecture des actes parlementaires prouve que les membres des chambres sont constamment mis à jour de la jurisprudence constitutionnelle.

Il en ressort que devant cette application aléatoire des décisions d'inconstitutionnalité, la Cour a développé des dispositifs variés afin de s'assurer de la collaboration du législateur (nos développements *supra*). Toutes les tentatives de la Cour constitutionnelle n'ont pas toujours fonctionné si bien qu'elle est allée de plus en plus loin dans le degré de coercition qu'elle insinuait dans ses dispositifs tout en veillant à respecter le pouvoir discrétionnaire du législateur.

Ainsi, face à l'absence de réaction du législateur aux premiers « messages » lancés par la Cour dans les décisions de rejet de la question préjudicielle de constitutionnalité, celle-ci a commencé à rendre des décisions de recevabilité dites « manipulatives ». Il s'agissait pour la Cour de « moduler » le contenu de la loi. Ces décisions « manipulatives » présentent l'avantage d'assurer la conformité entre la loi et la Constitution sans qu'aucune intervention législative ultérieure ne soit nécessaire et sans que les conséquences négatives d'une décision d'inconstitutionnalité « simple » puissent se produire. Pour autant, les décisions additives et substitutives n'ont pas manqué de soulever des questions quant à l'étendue de la compétence de la Cour constitutionnelle à agir sur le texte de loi. Afin d'éviter un usage abusif des décisions « manipulatives », il a rapidement été souligné que la Cour, n'étant pas un législateur, ne pouvait pas adopter la logique de celui-ci et se trouvait donc dans l'impossibilité de « créer » des normes tout en pouvant les déduire. Ce pouvoir peut être utilisé uniquement dans la mesure où la déduction des contenus se traduit par une composition « à rimes obligées » selon l'expression de V. Crisafulli⁹⁵⁹. Cela signifie que si pour remédier aux défauts d'une disposition, la solution n'est pas obligée (plusieurs « rimes » sont possibles), la Cour doit s'arrêter et laisser la place au seul pouvoir qui dispose d'une marge d'appréciation en la

⁹⁵⁸ P. Passaglia, *Le juge constitutionnel ...*, op. cit., p. 98.

⁹⁵⁹ V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 2. La Corte costituzionale, Padoue, Cedam, 1984, p. 402 et s.

matière, c'est-à-dire au pouvoir législatif⁹⁶⁰. Or, si le législateur ne se conforme pas aux indications de la Cour, le problème demeure irrésolu. C'est pour cette raison que la Cour a parfois recouru à une nouvelle technique, celle des décisions additives de principe.

Avec ces décisions, la Cour ajoute à la disposition censurée un principe – plutôt qu'une disposition – qui est le dénominateur commun des solutions éventuelles et auxquelles les juges sont habilités à faire référence immédiatement, jusqu'à ce que le législateur intervienne et opère le choix discrétionnaire, afin de concrétiser, ainsi, le principe⁹⁶¹. En d'autres termes et pour reprendre l'expression de V. Crisafulli, lorsque les « rimes » ne sont pas « obligées », la déclaration d'inconstitutionnalité s'associe, non à l'addition d'une disposition (ce qui serait impossible), mais à l'addition de contenus génériques dérivant d'un ou plusieurs principes, dont la mise en œuvre revient, en définitive, au législateur et, provisoirement, aux juges, appelés à appliquer le(s) principe(s) aux cas concrets, dans l'attente d'une réponse du législateur ayant une portée générale. Avec cette catégorie de décision, la Cour constitutionnelle instaure un dialogue non seulement avec le législateur qui est appelé à colmater les défauts de la disposition législative mais aussi avec les juges sur lesquels repose, dans l'attente de l'intervention législative, le devoir d'appliquer le principe énoncé dans la décision d'inconstitutionnalité.

L'idée étant que la Cour constitutionnelle rend une décision d'inconstitutionnalité mais donne déjà au juge ordinaire les moyens d'appliquer la disposition ou la partie de disposition censurée, de manière conforme à l'esprit de la Constitution et, surtout, laisse au législateur toute sa compétence. Cela exprime une forme de respect à l'encontre du Parlement puisque la Cour certes censure la loi mais elle demande au législateur d'intervenir et pour ne pas créer de vide juridique, elle donne aux juges les « clefs » pour appliquer transitoirement la disposition déclarée inconstitutionnelle.

Toute l'œuvre de la Cour constitutionnelle italienne témoigne ainsi d'une prise en compte permanente du domaine de compétence du législateur⁹⁶².

La coopération globalement positive du législateur italien

L'expérience italienne prouve que le législateur réagit de manière contrastée aux décisions de la Cour constitutionnelle. Il en ressort donc un ensemble de réactions très variées de la part du législateur en matière d'exécution des décisions parmi lesquelles aucun fil conducteur ne permet une présentation générale tant ces réactions ne répondent à aucune logique juridique matérielle et/ou temporelle – la présentation chronologique est donc impossible – mais plutôt à une logique politique qui défie toute présentation scientifique et exclut notamment que l'on puisse toujours comprendre les motifs de refus d'exécution. Il n'en demeure pas moins que malgré quelques heurts notables – qui ont été fortement soulignés par la doctrine (a) – on peut dire aujourd'hui que les décisions de la Cour constitutionnelle sont

⁹⁶⁰ Ainsi, lorsqu'il existe une pluralité de solutions permettant de déclarer la norme constitutionnelle, et non pas une solution unique qui s'imposerait d'elle-même, la Cour décline sa propre compétence en affirmant qu'il appartient au législateur d'opérer un tel choix discrétionnaire et déclare la question irrecevable.

⁹⁶¹ cf. notamment *Cour const.* n° 385 de 2005 et 77 de 2007.

⁹⁶² Voir notamment les décisions d'inconstitutionnalité reconnue mais non déclarée au travers desquelles la Cour rend une décision de rejet afin de respecter le pouvoir discrétionnaire du législateur alors qu'elle reconnaît ouvertement le contraste entre la disposition déférée et les principes constitutionnels au travers de formules qui ne laissent place à aucun doute quant à l'existence d'une situation d'inconstitutionnalité. cf. rapport d'étape intermédiaire sur les effets dans le temps des décisions de la Cour constitutionnelle.

« généralement suivies »⁹⁶³ par le législateur tant la volonté de coopérer pour assurer la sécurité du système juridique est réelle (b).

a) Les résistances du législateur

Les difficultés d'application des décisions de la Cour constitutionnelle par le législateur existent et sont relayées par la doctrine dans de larges proportions. Toutefois, elles restent assez peu nombreuses. Elles se sont manifestées de manière variée jusqu'à présent.

Deux exemples illustrent ces difficultés nées, dans ces espèces de la tentative par le législateur de contourner la décision du juge constitutionnel⁹⁶⁴.

Le premier exemple a pour cadre le domaine très sensible en Italie de la radiotélévision.

En 1988, la Cour a invité le législateur à fixer des limites en matière de concessions des émissions afin d'éviter tout risque de position dominante, incompatible avec la garantie du droit à la libre expression de la pensée (arrêt du 14 juillet 1988, n° 826). Pour toute réponse, la loi du 6 août 1990, n° 223, a validé une situation de fait, permettant à un seul sujet de posséder trois chaînes de télévision. Cette réglementation a été confirmée par le décret-loi du 27 août 1993, n° 323, converti par la loi du 27 octobre 1993, n° 422, relative à la procédure d'attribution des concessions. La Cour constitutionnelle a été alors saisie du contrôle de constitutionnalité du décret-loi et, dans son arrêt du 7 décembre 1994, n° 420, elle a déclaré son inconstitutionnalité. Retenant que l'annulation de cette norme produirait des effets encore plus négatifs que son maintien, la Cour a confirmé, à titre purement provisoire, les concessions en vigueur, et donc la concentration de trois chaînes aux mains d'une seule entité. Pour toute réponse, juste avant que le délai fixé pour la validité provisoire des concessions ne s'écoule, le Gouvernement a adopté le décret-loi du 28 août 1996, n° 444, converti par la loi du 23 décembre 1996, n° 650, qui, « afin de se conformer à la décision de la Cour constitutionnelle du 7 décembre 1994 », a prolongé le délai. Le délai a été ensuite à nouveau prolongé par la loi du 31 juillet 1997, n° 249, qui a été soumise à son tour au contrôle de constitutionnalité. Dans l'arrêt du 20 novembre 2002, n° 466, la Cour a renouvelé la déclaration d'inconstitutionnalité, mais, à l'instar de ce qui avait été fait par le passé, elle a différé les effets de la déclaration, fixant au 31 décembre 2003 le délai définitif pour adopter une nouvelle réglementation. Le délai n'a pas plus été respecté par le législateur, mais en 2004 une nouvelle loi (la loi du 3 mai 2004, n° 112) a réformé le système de la radiotélévision : seize ans après la première invitation de la Cour, la nouvelle loi a confirmé la possibilité pour un seul sujet d'être propriétaire de trois chaînes de télévision. Toutefois, pendant ces seize ans, la technologie a avancé et donc, désormais, les trois chaînes qui transmettent par voie hertzienne sont en concurrence avec celles qui transmettent en numérique ; de ce fait, les exigences du pluralisme sont respectées, semble-t-il, en référence à la totalité des chaînes disponibles (aucun problème ne dérivant, apparemment, du fait que le sujet qui détient les trois chaînes hertziennes possède aussi un bon nombre de chaînes numériques). Le progrès technologique, ainsi qu'un certain adoucissement des esprits les plus critiques, ont donc permis au législateur de contourner les décisions du juge constitutionnel.

Un autre exemple concerne la question de l'immunité des hommes politiques. Dans cette espèce, il est plus délicat de savoir si le législateur a voulu faire preuve d'une réelle bonne volonté ou de malice à l'égard de la Cour constitutionnelle. Il a en effet suivi une

⁹⁶³ P. Passaglia, *Le juge constitutionnel ...*, *op. cit.*, p. 99.

⁹⁶⁴ Voir notamment les développements de P. Passaglia sur ces questions, *Ibidem*.

première décision d'inconstitutionnalité de la Cour, modifié la loi mais sans toutefois tirer toutes les conclusions de la décision, ce qui a pour conséquence que la Cour a censuré une seconde fois ⁹⁶⁵.

La Constitution italienne ne prévoit plus, depuis 1993, afin de pouvoir poursuivre un parlementaire la nécessité pour l'autorité judiciaire de demander une autorisation de l'assemblée à laquelle il appartient. En l'absence de cette autorisation, le Président du Conseil des ministres, qui a aussi le statut de parlementaire, n'a pas de protection vis-à-vis des poursuites fondées sur des délits qu'il aurait commis en dehors de l'exercice de ses fonctions gouvernementales (et notamment avant qu'il ne soit investi de ces fonctions). Le législateur a donc pris le soin d'éviter que le Président du Conseil ne soit poursuivi : à cette fin la loi du 20 juin 2003, n° 140, a été adoptée. Elle prévoyait la suspension des procès en cours contre les titulaires des hautes charges de l'État pendant leurs mandats.

La Cour constitutionnelle, par son arrêt du 20 janvier 2004, n° 24, a déclaré inconstitutionnelle cette loi, soulignant certains aspects la rendant non conforme à la Constitution. Il est à noter que dans le procès constitutionnel italien, lorsque l'on constate l'inconstitutionnalité d'une loi ou d'une disposition pour l'atteinte portée à une disposition de la Constitution, il n'est pas nécessaire d'examiner les griefs ultérieurs éventuellement évoqués. La déclaration d'inconstitutionnalité a engendré une tension notoire entre la majorité politique et l'autorité judiciaire lorsque le Président du Conseil à l'origine de la loi de 2003 est retourné au pouvoir, en 2008, après une période de deux ans à l'opposition. En effet, le Parlement a adopté la loi du 23 juillet 2008, n° 124, qui n'était autre qu'une répétition corrigée de la loi n° 140 de 2003 : les corrections correspondaient aux suggestions de l'arrêt n° 24 de 2004, ce qui semblait (à la majorité) suffisant pour éviter une nouvelle déclaration d'inconstitutionnalité. Saisie de la question à propos de la nouvelle loi, la Cour constitutionnelle, dans son arrêt du 19 octobre 2009, n° 262, a toutefois réitéré la déclaration de non-conformité, précisant que la réglementation des immunités des hautes charges de l'État ne pouvait être adoptée par une simple loi ordinaire mais nécessitait une loi constitutionnelle (l'argument n'avait pas été exposé dans la décision de 2004 en raison du principe d'économie processuelle mentionné ci-dessus).

Or, l'adoption d'une telle loi constitutionnelle n'était pas envisageable au vu du contexte politique ; ainsi, pour suspendre les procès contre le Président du Conseil, a été adoptée la loi du 7 avril 2010, n° 51, qui permettait aux membres du Gouvernement d'opposer leur empêchement à être présents aux audiences en raison de l'agenda du Gouvernement, l'opposition ayant pour effet d'imposer au juge le renvoi des audiences, faisant durer, dans le temps, le procès. Il s'agissait à l'évidence d'une démarche visant à contourner les décisions précédentes de la Cour ; et la Cour, saisie encore de cette nouvelle loi, l'a déclarée partiellement inconstitutionnelle dans son arrêt du 25 janvier 2011, n° 23. Les effets de cet arrêt ont eu comme principale conséquence de permettre au juge d'apprécier les raisons mêmes de l'empêchement concrètement opposé, et de décider, le cas échéant, de l'opportunité ou non du renvoi de l'audience. Le référendum du mois de juin 2011 a, ensuite, abrogé la loi (ou, pour mieux dire, ce qu'il restait de la loi), mettant fin, ainsi, à la confrontation entre le législateur et la Cour. Une confrontation qui a imposé, cette fois, au législateur de s'incliner face à la Constitution.

De manière très isolée, tout en ayant été illustré, le législateur a parfois essayé de contourner la décision du juge constitutionnel par une révision constitutionnelle. Cela est le

⁹⁶⁵ Là encore, la présentation de l'affaire revient à P. Passaglia, *Ibidem*.

cas avec la loi constitutionnelle n° 3 de 2001 et n° 1 de 2003 qui ont introduits des dispositions pour surmonter la décision n° 422 de 1995 déclarant les quotas par sexe dans les listes électorales inconstitutionnels. C'est aussi l'exemple de la réforme adoptée par la loi constitutionnelle du 23 novembre 1999, n° 2, qui a constitutionnalisé certains principes de procédure pénale, dans le but explicite de contrecarrer l'arrêt du 2 novembre 1998, n° 361, dans lequel la Cour avait déclaré l'inconstitutionnalité de la disposition du Code de procédure pénale introduite par la loi du 7 août 1997, n° 267. Cette loi excluait la force probatoire des déclarations rendues, au cours des enquêtes, par des personnes qui avaient ensuite refusé de se soumettre, au cours du procès, au contre-interrogatoire de l'accusé. La réforme impliquait de mettre à mal un bon nombre de procès concernant la mafia, fondés en large mesure sur les déclarations de « repentis » qui décident de collaborer avec la justice. Puisque la loi censurée était le résultat d'un compromis entre les différentes forces politiques sur un sujet politiquement très sensible, le Parlement a revendiqué son autorité en adoptant la loi constitutionnelle n° 2 de 1999, qui a inséré dans l'article 111 de la Constitution un certain nombre de principes concernant le procès équitable, dans le but de surmonter une jurisprudence constitutionnelle critiquée pour ne pas offrir suffisamment de garanties.

Enfin, de manière plus répandue, le législateur italien a parfois fait preuve d'indifférence, celle-ci est constatée après des déclarations d'inconstitutionnalité « simple » ou des décisions manipulatives. Cela peut paraître plus surprenant étant donné l'autorité absolue de chose jugée de ces décisions. Pour autant, la réaction passive du législateur se justifie parfaitement dès lors qu'une décision d'inconstitutionnalité manipulative n'a pas de conséquence directe sur l'ordre juridique. En effet, comme nous l'avons déjà noté, la Cour constitutionnelle rend ce genre de décision face à l'inertie du législateur à la suite des décisions de rejet. À travers elles, le juge constitutionnel italien fournit une manipulation de la disposition législative qui permet de l'interpréter de manière respectueuse à la Constitution. Aussi, ces décisions n'exigent aucune mise en œuvre de la part du législateur.

Cette indifférence est clairement constatée après les décisions de rejet simple ou de rejet interprétatif dans lesquelles la Cour constitutionnelle lance des messages à l'encontre du législateur dans les motifs et non dans le dispositif. En outre, ces deux types de décisions sont des décisions qui bénéficient d'une autorité relative de la chose jugée si bien que le législateur n'est pas « obligé » de suivre les demandes de la Cour sur le principe. Dans l'absolu, un suivi serait bienvenu. Ces décisions ont été exclues du périmètre de notre recherche puisqu'elles ne trouvent pas d'équivalent en France. Il nous semble toutefois intéressant de souligner comment la Cour s'y prend pour à la fois laisser l'espace nécessaire au législateur pour intervenir et remplir sa mission et épurer l'ordre juridique des dispositions inconstitutionnelles. Un exemple assez frappant peut ainsi appuyer nos propos en matière de révision des arrêts définitifs de condamnation et suite à une décision de la Cour européenne des droits de l'homme qui venait de condamner l'Italie : dans une première décision (n° 129 de 2008), la Cour constitutionnelle a adressé au législateur une invitation péremptoire [*pressante invito*] à introduire la possibilité dans certains cas de la révision des arrêts définitifs de condamnation et rejette la question de l'inconstitutionnalité de l'article 630, alinéa 1^{er} du code de procédure pénale. Le législateur n'a toutefois pas agi. Dès lors, dans une deuxième décision, n° 113 de 2011, la Cour constitutionnelle constate et souligne avec insistance l'inertie du législateur dans une matière très importante, rend une décision manipulative qui lui permet de déclarer l'article du code de procédure pénale inconstitutionnel « dans la partie où il prévoyait ». L'indifférence du législateur peut donc avoir un sens et être préjudiciable à l'ordre juridique.

Ces exemples soulignent ce que les italiens désignent comme la technique de la *doppia pronuncia* ou double décision, qui permet à la Cour de ménager le législateur en lui lançant dans un premier temps, un message et de le censurer, dans un second temps, lorsqu'il est resté sourd. Cela peut également être vu comme un contrôle « à double détente » ou « à deux temps » lorsque après une première déclaration d'inconstitutionnalité, la nouvelle loi revient au contrôle de la Cour constitutionnelle et ne correspond toujours pas aux exigences constitutionnelles ce qui l'oblige à rendre une deuxième déclaration d'inconstitutionnalité.

b) Une coopération réussie

Un des premiers signes de cette coopération réussie et qui se renforce au fil du temps est la prise en compte des décisions d'inconstitutionnalité dans les travaux parlementaires.

La doctrine italienne convient que le législateur se conforme assez bien aux décisions de la Cour constitutionnelle. Evidemment, il y a des tensions et parfois même des difficultés ce qui ne manque pas de faire dire à certains que le Parlement fait un usage plutôt désinvolte de la jurisprudence constitutionnelle en prenant peu en compte, dans le cadre des travaux parlementaires notamment, le rôle que la Cour occupe dans l'ordre juridique italien ⁹⁶⁶. Cependant, dans la majorité des cas, les décisions de la Cour constitutionnelle sont citées et constituent le pivot de certaines questions posées par les parlementaires au cours des débats ⁹⁶⁷.

Cela s'illustre par exemple, par la discussion au Sénat relative à la réorganisation de la direction étatique au cours de laquelle, pour tenter de contrer l'introduction du *spoils system* pour les dirigeants publics, il a été fait référence à l'ordonnance de la Cour n° 11 de 2005 qui précise la nécessité que le rapport de travail des dirigeants eux-mêmes conservent des caractéristiques telles qu'elles ne puissent s'opposer aux principes de l'article 97 de la Constitution ⁹⁶⁸. Dans le même esprit, avant le débat sur la délégation au Gouvernement du pouvoir de définir les normes générales sur l'éducation et les niveaux essentiels des prestations en matière d'enseignement et de formation professionnelle, la décision n° 226 de 1976 qui avait clarifié l'extension de l'obligation de confier la charge du financement des lois aussi au législateur « déléguant » ⁹⁶⁹ a été évoquée. On peut également souligner le rappel des décisions de la Cour constitutionnelle n° 10 et 11 de 2000 pour interdire l'ouverture du débat sur la mise à jour de l'article 68 de la Constitution ou de la décision n° 96 de 1981 qui a éliminé de l'ordre juridique le délit de plagiat au moment de la proposition de la loi destinée à introduire le délit de « manipulation mentale » ⁹⁷⁰. Parfois ce ne sont pas des jurisprudences isolées qui sont citées mais des lignes jurisprudentielles complètes sur lesquelles les parlementaires centrent leurs questions au cours des débats, motivées par la prétendue inconstitutionnalité de la future loi (voir par exemple les questions préjudicielles relatives au

⁹⁶⁶ C. Bergonzini, R. Bin, « La Corte costituzionale in Parlamento », www.robertobin.it/ARTICOLI/Corte%20in%20Parlamento.pdf, p. 10

⁹⁶⁷ *Ibidem*, p. 15.

⁹⁶⁸ Sénat, Assemblée, séance n. 152 du 09/04/2002, question du sénateur Bassanini.

⁹⁶⁹ Sénat, Assemblée, séance n. 348 du 05/03/2003, question du sénateur Ripamonti.

⁹⁷⁰ Sénat, Assemblée, séance n. 404 du 29/05/2003, question présentée par le sénateur Mancino et séance n. 820 du 16/06/2005, question du sénateur Zancan.

décret de délégation au Gouvernement en matière de réforme de l'ordonnancement judiciaire et au rapport entre le Conseil supérieur de la magistrature et le garde des Sceaux ⁹⁷¹).

Un second signe de la coopération entre la Cour constitutionnelle et le législateur se distingue lorsque ce dernier s'appuie sur l'évolution de la jurisprudence constitutionnelle pour justifier des réformes profondes de l'ordre juridique ⁹⁷². Une vaste réforme du droit de la famille a été rendue nécessaire suite à une série de déclarations d'inconstitutionnalité frappant le code civil de 1942 qui était construit sur une logique traditionnelle patriarcale fortement contestée lors de l'élaboration de la Constitution et qui s'est rapidement révélé dépassé par l'évolution de la société (cf. loi du 19 mai 1975, n° 151). Aussi, plusieurs déclarations d'inconstitutionnalité relatives au code de procédure pénale adopté au cours de la dictature fasciste ont incité le législateur à se conformer à la philosophie du procès pénal que la Cour constitutionnelle avait imposée (Décret président de la république du 22 septembre 1988 n° 447). Ces deux réformes illustrent l'œuvre de "nettoyage" de la Cour constitutionnelle au cours de ses premières années d'activités lorsqu'elle a eu à apprécier la constitutionnalité des lois adoptées avant la Constitution en vigueur.

Enfin, troisième signe, lorsque le thème de la loi revêt une importance particulière, le législateur répond présent aux appels de la Cour constitutionnelle et modifie les dispositions censurées. Cela n'empêche pas la Cour constitutionnelle de censurer une nouvelle fois la loi récemment modifiée lorsqu'elle estime que le législateur n'a pas vidé la loi de toute son inconstitutionnalité. L'exemple relatif à la loi sur l'immunité des titulaires des hautes charges de l'État est assez frappant (*supra*) et souligne combien il est difficile de savoir si le législateur a suivi la décision par bonne volonté et a commis une erreur en ne modifiant pas tous les aspects inconstitutionnels ou s'il a cherché une bonne réaction de principe en espérant que la loi serait de la sorte « sauvée » d'une éventuelle déclaration d'inconstitutionnalité. En d'autres termes, une telle attitude du législateur, positive dans le principe, pose la question de sa bonne foi ou de sa malice.

Pour achever ces développements relatifs à l'application par le législateur des décisions d'inconstitutionnalité, il faut souligner que la bonne ou la mauvaise application de ces décisions pourrait être appréciée par le Président de la République. En effet, en France comme en Italie, c'est ce dernier qui promulgue la loi. De fait, il devrait être investi de la responsabilité de vérifier que la loi qu'il promulgue est conforme à la jurisprudence constitutionnelle. En Italie, cette question est très prisee par la doctrine qui insiste pour une responsabilisation de l'action présidentielle sur ce point.

IV / Les suites des décisions QPC devant les juridictions ordinaires

Avec l'adoption de la question prioritaire de constitutionnalité, de nouvelles relations se sont instaurées entre les juges dits « ordinaires » et le Conseil constitutionnel. Ces relations sont nécessairement plus étroites, les juges administratifs et judiciaires figurant parmi les acteurs de la QPC dans la mesure où ils participent au filtrage des demandes de QPC soulevées par les justiciables. Ainsi, les juridictions de l'ordre administratif et celles de l'ordre judiciaire ne sont plus seulement réceptrices de la jurisprudence du Conseil constitutionnel dans le cadre de l'autorité de chose jugée de ses décisions, elles jouent

⁹⁷¹ Sénat, Assemblée, séance n. 678 du 20/10/2004. V. aussi Sénat, Assemblée, séance n. 906 du 2/11/2005, question du sénateur Calvi et séance n. 929 du 22/12/2005, question du sénateur Fassone.

⁹⁷² P. Passaglia, *Le juge constitutionnel ...*, op. cit., p. 94.

également un rôle moteur de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en ce sens qu'il leur appartient de décider de transmettre et de renvoyer une QPC au Conseil constitutionnel. Leur participation à l'application de la Constitution se situe donc désormais tant en amont qu'en aval.

S'agissant de leur fonction en aval qui concerne donc l'application des décisions du Conseil constitutionnel, leur tâche a été elle-même modifiée. Dans le cadre du contrôle *a priori*, il s'agissait d'appliquer la décision du Conseil constitutionnel de manière assez simple puisque les dispositions non conformes à la Constitution ne pouvaient entrer en vigueur donc faire l'objet d'une promulgation. Dès lors, la seule difficulté posée aux juridictions administratives et judiciaires concernait l'application des réserves d'interprétation qui étaient attachées à des dispositions déclarées conformes. Par ailleurs, l'autorité de chose jugée attachée aux décisions rendues par le Conseil constitutionnel a été appliquée de manière stricte par les juridictions administratives et judiciaires, celles-ci refusant en particulier les « réserves par ricochet ». En effet, bien que le Conseil constitutionnel ait appelé les juridictions ordinaires à appliquer dans certains cas la solution donnée au-delà du litige⁹⁷³, celles-ci s'y sont refusées⁹⁷⁴ préférant conserver la liberté de se laisser influencer ou non par les interprétations données par le Conseil constitutionnel⁹⁷⁵.

La mise en place du contrôle *a posteriori* de constitutionnalité à travers le mécanisme de la QPC renouvelle la problématique de la portée des décisions rendues par le Conseil constitutionnel et pose de nouvelles questions quant aux effets des décisions du Conseil constitutionnel.

Concernant le premier aspect, la portée des décisions rendues par le Conseil constitutionnel, la volonté du constituant était d'ouvrir une nouvelle voie de droit au justiciable en permettant le déclenchement d'une procédure de contrôle de constitutionnalité des lois qui leur sont applicables. Cette procédure permet de revaloriser la place de la Constitution au sein de l'ordre juridique et de parfaire l'état de droit. Dans un souci de cohérence et d'harmonie dans l'ordre juridique ne serait-il pas logique que les juges ordinaires s'inspirent systématiquement des interprétations de la Constitution données par le Conseil constitutionnel ? Même si les divergences de jurisprudence sont peu nombreuses doit-on seulement compter sur la seule bonne volonté des juridictions ordinaires pour ne pas dégager des interprétations de la Constitution différentes de celles données par le Conseil constitutionnel ? Ce souci de cohérence est d'autant plus important qu'à travers le filtre se développe un contrôle diffus de constitutionnalité en particulier dans le cadre des décisions de non renvoi des juridictions suprêmes. Ce débat est très important aujourd'hui et donne lieu à une doctrine abondante⁹⁷⁶.

⁹⁷³ Dans une décision n° 89-258 DC du 8 juillet 1989, *Dix de Renault*, le Conseil constitutionnel a considéré que « si l'autorité attachée à une décision du Conseil constitutionnel déclarant inconstitutionnelles des dispositions d'une loi ne peut en principe être invoquée à l'encontre d'une autre loi conçue en des termes distincts, il n'en va pas ainsi lorsque les dispositions de cette loi, bien que rédigées sous une forme différente ont, en substance, un objet analogue à celui des dispositions législatives déclarées contraires à la Constitution », cons. n° 13.

⁹⁷⁴ CE, sect., 22 juin 2007, *Lesourd* et Cour de cassation, ass. Plén., 10 octobre 2001, *Breisacher*.

⁹⁷⁵ Pour une critique de cette approche voir Marc Guillaume, in B. Mathieu, M. Verpeaux (dir.), *L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2010, pp. 121-131.

⁹⁷⁶ Cette question était déjà très débattue avant 2010 (Voir en particulier M. Disant, *L'autorité de chose jugée interprétée des décisions du Conseil constitutionnel*, LGDJ, Paris, 2010, T. 135) et ce débat se présente sous un nouveau jour depuis la mise en œuvre de la procédure de QPC : Voir notamment B. Mathieu, M.

L'expérience italienne montre que la question de la portée des décisions de la Cour constitutionnelle ne s'est pas non plus résolue d'emblée.

Rappelons déjà qu'en Italie, le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* représente la majeure partie de l'activité de la Cour constitutionnelle au point que dès le début de son activité, les juges de droit commun ont été qualifiés par P. Calamandrei de « portiers » ou « concierge » du palais de la *Consulta*. Cette expression soulignait combien il a été immédiatement admis que ce contrôle de constitutionnalité ne pouvait fonctionner sans une étroite et intelligente collaboration de l'ensemble des juges.

Pour autant, dans la première période suivant la mise en place de la Cour constitutionnelle, les juges n'ont pas mis une vraie bonne volonté pour accepter le contenu des décisions rendues par la Haute instance. Evidemment, ils ne pouvaient rien faire contre les décisions d'inconstitutionnalité « sèche » ou « simple ». La clarté de l'article 136 de la Constitution ne leur permettait pas de se soustraire à l'autorité absolue de chose jugée prévue par cette disposition. La Cour de cassation n'en a pas moins essayé de se soustraire à cet article en agissant comme si elle n'avait pas eu connaissance du numéro du journal officiel publiant la déclaration d'inconstitutionnalité afin d'appliquer une disposition qui venait d'être déclarée inconstitutionnelle. Aussi, de nombreuses tensions sont nées quant à l'application des décisions dites interprétatives et « manipulatives » parce que les juges se sont autorisés à discuter l'étendue de l'autorité de chose jugée de ces interprétations et autres manipulations opérées par le juge constitutionnel. Ainsi, les tensions les plus fortes entre la Cour constitutionnelle et les juridictions sont nées à la suite des décisions interprétatives de rejet de la question préjudicielle (décision dans lesquelles la Cour rejette la question en donnant la lecture constitutionnelle de la disposition législative déférée). Les juridictions ont parfois refusé de suivre l'interprétation de la Cour étant donné que ces décisions ont un effet *inter partes* et donc une autorité relative de chose jugée⁹⁷⁷. Cependant, elles ne seront pas examinées ici puisque nos propos se concentrent sur les décisions d'inconstitutionnalité.

C'est pourquoi nous reviendrons plus longuement sur la portée des décisions manipulatives qui sont des décisions d'inconstitutionnalité dans les développements à venir.

Depuis la seconde moitié des années quatre-vingt-dix, force est de constater que malgré ces tensions, les relations entre la Cour constitutionnelle et l'autorité judiciaire se sont résorbées au point de devenir tout à fait ponctuelles. Cela s'explique en grande partie par le fait que la Cour constitutionnelle a fini par se faire accepter par les juges de droit commun et par les cours suprêmes, comme un confrère éminent qui se distingue d'eux seulement par la diversité des fonctions qui lui sont confiées. Ainsi, il a été admis que la Cour constitutionnelle était le spécialiste des conflits entre la Constitution et les lois et devait à ce titre jouir d'une compétence exclusive⁹⁷⁸. Dès lors, un consensus s'est créé pour admettre que ses décisions ne

Verpeaux (dir.), *L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2010, 163 p. et le dossier sur « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 30, 2011, en ligne sur le site du Conseil constitutionnel. Ce débat est également très présent dans la doctrine privatiste et pénaliste depuis 2010.

⁹⁷⁷ Voir notamment la question de la « guerre des Cours » qui a opposé dans les années 60 la Cour de cassation et la Cour constitutionnelle qui a eu pour objet la question de l'étendue du pouvoir interprétatif de la loi par le juge constitutionnel qui risquait de s'opposer à la doctrine du droit vivant développée par la Cour de cassation, cf. notamment C. Severino, *La doctrine du droit vivant*, Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 2003. Le conflit s'est résolu lorsque le juge constitutionnel s'est conformé à l'interprétation consolidée de la disposition par les juges de cassation

⁹⁷⁸ Pour les prémisses de cette admission, cf. Cass, 1^{ère} civ, 21 juillet 1995, n° 7950.

devaient pas se discuter et devaient être appliquées dans les procès civils, administratifs et pénaux. C'est en conséquence une « juste » répartition des tâches qui s'est opérée avec le temps pour la suprématie de la Constitution et le respect de la sécurité et de la continuité de l'ordre juridique.

En conclusion, la question de la portée des décisions de la Cour constitutionnelle italienne auprès des juridictions de droit commun, ont – tout comme les rapports avec le législateur et ceux concernant les autres aspects de l'application des décisions constitutionnelles – tout d'abord connu une phase de « définition » avant de s'éclaircir pour être, aujourd'hui, apaisés.

Pour en revenir à la France et concernant le second aspect, plus technique, évoqué ci-dessus, c'est-à-dire les questions nouvelles posées par l'introduction de la procédure QPC quant aux effets des décisions du Conseil constitutionnel, ce renouvellement tient notamment au fait que les conséquences de la procédure sont différentes pour deux raisons : d'une part, parce qu'il s'agit d'un contrôle *a posteriori* qui conduit en cas d'inconstitutionnalité à l'abrogation de la disposition en vigueur ; d'autre part, parce que le Conseil constitutionnel a la faculté de déterminer les effets de ses décisions tant dans le temps que dans l'espace

Par conséquent, la tâche des juridictions ordinaires chargées d'appliquer la jurisprudence du Conseil constitutionnel est devenue plus complexe. Il ne s'agit plus seulement de vérifier l'interprétation qu'a pu donner le Conseil constitutionnel de telle ou telle disposition mais de tenir compte des effets de l'abrogation de la disposition déclarée inconstitutionnelle sur les litiges dont elles sont saisies.

Par conséquent, que ce soit pour la France ou l'Italie, le juge ordinaire qui devra appliquer la décision du juge constitutionnel sera confronté à toutes sortes de situations. Dans de nombreux cas, il devra déterminer dans quelles conditions la décision d'abrogation est applicable au litige et a des conséquences sur la solution du litige, à partir des effets indiqués, ou non, de manière plus ou moins précise dans la décision délivrée par la juridiction constitutionnelle. Parfois, il interviendra après que le législateur ait corrigé la loi et devra définir si et dans quelles conditions la nouvelle loi est applicable au litige qui lui est soumis. En cas d'abrogation différée, il devra également déterminer s'il y a lieu de surseoir à statuer en attendant la nouvelle législation, et décider des solutions applicables aux litiges qui seraient nés ou lui auraient été soumis entre le moment où l'abrogation a été décidée et celui de l'entrée en vigueur de la nouvelle législation.

Il en ressort que la diversité des situations auxquelles est confronté le juge de droit commun dans l'application des décisions est encore plus importante que la diversité des effets attachés aux décisions du Conseil constitutionnel et de la Cour constitutionnelle italienne dont nous avons essayé de dresser une typologie. Par ailleurs, comme le montre, pour la France notamment, les divers rebondissements qui ont suivi la décision *Garde à vue*, les juges ordinaires sont confrontés plus rapidement, plus souvent et de diverses manières à l'application d'une décision QPC. Pour reprendre les propos de Guillaume Drago, « le tempo du législateur n'est pas le même que le tempo des juges. Le rythme du contentieux est à l'évidence devenu plus rapide que celui de la législation »⁹⁷⁹.

Les trois premières années d'application des décisions rendues par le Conseil constitutionnel en matière de QPC montrent que quelques difficultés ont pu apparaître dès le

⁹⁷⁹ G. Drago, « L'influence de la QPC sur le Parlement ou La loi sous la dictée du Conseil constitutionnel », *Juspoliticum*, n° 6, p. 11.

départ quant à la détermination par le juge ordinaire de la marge de manœuvre dont il dispose lorsqu'il s'agit d'appliquer la décision du Conseil constitutionnel à un litige en cas de déclaration d'inconstitutionnalité. Ces difficultés ont fait émerger des questionnements importants auxquels trois années de jurisprudence ne permettent pas de répondre de manière définitive. En effet, face aux difficultés d'application des décisions du Conseil constitutionnel, l'une des requêtes principales des juridictions de droit commun, plus précisément des juridictions suprêmes de ces ordres, consiste à demander au Conseil constitutionnel d'être plus précis dans la détermination des effets qui sont attachés à ses décisions⁹⁸⁰. Il apparaît donc que les efforts déjà fournis par le Conseil constitutionnel en particulier depuis les décisions 108 QPC et 110 QPC du 25 mars 2011, ainsi que les précisions apparaissant à la Une de son site, sont encore insuffisantes aux yeux des juges chargés d'appliquer ces décisions dans des cas concrets.

Cela pose deux questions en particulier. La première concerne le rôle et la compétence du Conseil constitutionnel : Jusqu'à quel degré de précision le Conseil constitutionnel peut-il aller dans les effets qu'il attache à ses décisions ? Est-il possible pour le juge constitutionnel de tout prévoir et est-ce véritablement son rôle ? Le pouvoir de modulation des effets de ses décisions dont dispose le Conseil constitutionnel est très important, est-il pour autant illimité ? En devenant très précis dans les effets déterminés, le Conseil constitutionnel bien qu'il exerce un contrôle abstrait sur le fond, ne fait-il pas évoluer sensiblement le contrôle *a posteriori* vers un contrôle concret ? D'ailleurs, n'est-ce pas la vocation même du contrôle *a posteriori* de constitutionnalité, et bien que le Conseil constitutionnel s'en défende, que de se concrétiser du fait qu'il porte sur des lois appliquées⁹⁸¹ ? Ne se maintient-il pas artificiellement dans l'illusion d'un contrôle abstrait *a posteriori* pour ne pas froisser les autres institutions et, en particulier, les juridictions suprêmes ?

La seconde question tient au rôle et à la compétence des juridictions de droit commun : De quelle marge de manœuvre disposent-elles par rapport aux effets déterminés par une décision du Conseil constitutionnel ? En particulier, étant liés par l'autorité de chose jugée (même au sens strict), peuvent-ils interpréter les effets définis par le Conseil constitutionnel et dans quelle mesure ?

Les réponses à ces questions sont pour l'instant embryonnaires en France (A). Cependant, ces mêmes questions se sont posées en Italie sans pour autant avoir trouvé de réponses définitives tant la systématisme en la matière est impossible à dégager puisque juge constitutionnel et juges de droit commun recherchent avant tout la solution la plus adaptée à la sécurité juridique (B).

A) L'application des décisions QPC de non conformité à la Constitution par les juridictions françaises de droit commun

Les questions posées quant aux rôles respectifs de juge constitutionnel concernant la détermination puis l'interprétation des effets des décisions du Conseil constitutionnel ne

⁹⁸⁰ Voir « Bilan de la question prioritaire de constitutionnalité », Audition de J.-M. Sauvé et B. Stirn, par la Commission des lois de l'Assemblée nationale, 21 novembre 2012, site du Conseil d'Etat, p. 6 et l'audition ce même jour de V. Lamanda sur le site de l'Assemblée nationale, *précité*.

⁹⁸¹ Voir sur ce point M. Fatin-Rouge Stéfanini, « La singularité du contrôle exercé a posteriori par le Conseil constitutionnel : la part de concret et la part d'abstrait », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 38, 2013, pp. 211-216.

trouvent pas de réponses claires aujourd'hui. Après trois ans de fonctionnement et près de 300 décisions QPC rendues, un certain nombre de difficultés, abondamment commentées par la doctrine pour certaines, sont apparues lors des premières applications des décisions du Conseil constitutionnel en particulier à la suite des décisions 1 QPC, *Cristallisation des pensions*, 2 QPC, *Loi anti-Perruche*, 10 QPC, *Tribunaux maritimes commerciaux* ou encore 14/22 QPC, *Garde à vue*⁹⁸². Ces difficultés liées à l'application des décisions du Conseil constitutionnel semblent s'être atténuées du moins du point de vue des juridictions administratives⁹⁸³. Les indications données par le Conseil constitutionnel ont été très précieuses pour les juges chargés d'appliquer les décisions du Conseil constitutionnel. Pour autant tous les problèmes n'ont pas été résolus de ce seul fait, les juges ayant eux-mêmes à interpréter les dispositions des décisions relatives aux effets, par exemple la notion « d'instances en cours » ou encore à déterminer précisément les effets rétroactifs d'une déclaration d'inconstitutionnalité. Par ailleurs, juridictions administratives et juridictions judiciaires n'ont pas appréhendé les précisions apportées par le Conseil constitutionnel de la même manière.

L'obiter dictum des décisions 108 QPC et 110 QPC a été expressément repris par le Conseil d'État qui s'est efforcé à son tour de définir la façon dont devaient être appliquées les décisions du Conseil constitutionnel en s'appuyant tant sur l'article 62 de la Constitution que sur les précisions de la décision 108 QPC⁹⁸⁴. Ainsi a-t-il affirmé: « Considérant qu'il résulte des dispositions précitées de l'article 62 de la Constitution qu'une disposition législative déclarée contraire à la Constitution sur le fondement de l'article 61-1 n'est pas annulée rétroactivement mais abrogée pour l'avenir à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision ; que, par sa décision n° 2010-108 QPC en date du 25 mars 2011, le Conseil constitutionnel a jugé que "si, en principe, la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité et la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliquée dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel, les dispositions de l'article 62 de la Constitution réservent à ce dernier le pouvoir tant de fixer la date de l'abrogation et reporter dans le temps ses effets que de prévoir la remise en cause des effets que la disposition a produits avant l'intervention de cette déclaration". Le Conseil d'État souligne ainsi le principe de la compétence exclusive du Conseil constitutionnel pour déterminer les effets d'une déclaration d'inconstitutionnalité. Il ajoute : « Considérant que, lorsque le Conseil constitutionnel, après avoir abrogé une disposition déclarée inconstitutionnelle, use du pouvoir que lui confèrent les dispositions précitées, soit de déterminer lui-même les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause, soit de décider que le législateur aura à prévoir une application aux instances en cours des dispositions qu'il aura prises pour remédier à l'inconstitutionnalité constatée, il appartient au juge, saisi d'un litige relatif aux effets produits par la disposition déclarée inconstitutionnelle, de les remettre en

⁹⁸² Après trois années de QPC, ce sont toujours ces mêmes cas qui sont évoquées devant la Commission des lois par les représentants de la juridiction administratives et judiciaires lors de l'audition du 21 novembre 2012.

⁹⁸³ Voir « Bilan de la question prioritaire de constitutionnalité », Audition de J.-M. Sauvé et B. Stirn, par la Commission des lois de l'Assemblée nationale, 21 novembre 2012, p. 6.

⁹⁸⁴ Voir en particulier CE, Ass., 13 mai 2011, *M'Rida*, concl. Geaffray. Le Conseil d'État est venu apporter des précisions par la suite au fil des questions d'application qu'il a eu à résoudre dans le cadre des litiges qui lui ont été soumis. Voir plus largement, X. Domino et A. Bretonneau, « Les suites de la QPC : histoire et géographie du dialogue des juges », *AJDA*, 2011, pp. 1136-1150.

cause en écartant, pour la solution de ce litige, le cas échéant d'office, cette disposition, dans les conditions et limites fixées par le Conseil constitutionnel ou le législateur »⁹⁸⁵.

Des précisions ont été apportées par la suite. Ainsi, dans un arrêt du 4 mai 2012, il a complété les considérants ci-dessus en énonçant que « lorsque ni le Conseil constitutionnel ni le législateur ne déterminent les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition déclarée inconstitutionnelle a produits sont susceptibles d'être remis en cause, il appartient au juge d'écarter, pour la solution du litige, le cas échéant d'office, cette disposition ; Considérant, toutefois, que si, compte tenu des motifs qui sont le support nécessaire de la décision du Conseil constitutionnel et eu égard à l'objet du litige, les parties ne peuvent utilement demander aucune remise en cause des effets de la disposition déclarée inconstitutionnelle en se prévalant des droits et libertés auxquels le Conseil constitutionnel a jugé que cette disposition portait atteinte, il appartient au juge de faire application de la disposition en cause pour le règlement du litige »⁹⁸⁶. Dans cette affaire, le Conseil d'État a accepté d'appliquer au requérant les dispositions de l'article L. 43 du code des pensions civiles et militaires de retraite abrogée par le Conseil constitutionnel dans la décision 108 QPC en considérant que la censure ne concernait pas directement l'hypothèse ayant donné lieu au litige qui lui était soumis. Il a ainsi fait une interprétation restrictive de l'abrogation décidée par le Conseil constitutionnel en se fondant sur le raisonnement du Conseil constitutionnel, faisant de ce fait revivre pour cette situation la disposition abrogée.

De son côté, la Cour de cassation a également essayé de définir la marge de manœuvre des juridictions judiciaires, au fil des litiges qui lui étaient soumis. Dans les suites de la décision relative à la loi *Anti-Perruche*, elle n'a pas hésité à interpréter le silence du Conseil constitutionnel quant à la portée rétroactive de son abrogation pour faire revivre la jurisprudence Perruche et ce, malgré le fait que cette décision soit intervenue après que le Conseil constitutionnel ait précisé sa jurisprudence dans les décisions du 25 mars 2011 et sur son site⁹⁸⁷. Ce qui conduit à considérer que la Cour de cassation ne se sent pas liée par cet *obiter dictum*. Il y a lieu de souligner d'ailleurs qu'aucun jugement ou arrêt des juridictions judiciaires disponible sur la base Legifrance ne se réfère aux décisions 108 QPC ou 110 QPC du Conseil constitutionnel⁹⁸⁸.

Quant au Conseil constitutionnel, tout en restant fortement marqué par un souci de ne pas transformer la QPC en contrôle de constitutionnalité concret, il s'efforce d'être suffisamment précis. Il doit toutefois veiller à ne pas empiéter sur la compétence de la juridiction ordinaire dans la mise en œuvre de la décision. C'est ce juste équilibre entre compétence du juge constitutionnel et compétence du juge de droit commun quant aux effets des décisions d'inconstitutionnalité rendues dans le cadre de QPC qui devra se dessiner dans les années qui viennent.

Les quelques points abordés ci-dessous ne sont quelques unes des réponses aux nombreuses questions que peut poser l'application des décisions QPC par les juridictions de droit commun. Il convient cependant de relever que toutes les décisions d'abrogation ne donnent pas forcément lieu au développement d'un contentieux devant les juridictions de

⁹⁸⁵ CE, Ass., 13 mai 2011, *M'Rida*, précité.

⁹⁸⁶ CE, 4 mai 2010, *Ministre du budget, des comptes publics et de la réforme de l'Etat c. Mme Diderot*, Req. 337490, *AJDA*, 2012, p. 980.

⁹⁸⁷ Cass. civ., 15 décembre 2011, pourvoi n° 10-27.473 abondamment commentée par la doctrine voir ci-dessous, *Etudes de quelques suites des décisions d'inconstitutionnalité QPC*.

⁹⁸⁸ Recherche qui a été faite à partir des numéros puis de la date de ces décisions.

droit commun, pour plusieurs raisons. Tout d'abord, ces décisions peuvent prévoir une abrogation pour l'avenir sans effet utile : dans ce cas, le litige se poursuivra au fond sans bénéfice de l'abrogation pour le requérant ni pour les instances en cours suspendues⁹⁸⁹ dans l'attente de la décision du Conseil constitutionnel⁹⁹⁰. Ensuite, et plus rarement, la QPC peut ne concerner que la situation du requérant et dans ce cas, en dehors du litige, dans lequel la QPC a été soulevée il n'y aura pas d'autres instances⁹⁹¹. De la même façon, l'effet utile de la décision d'abrogation peut être limité diminuant de ce fait le nombre de litiges concernés par la décision⁹⁹². Enfin, certaines décisions du Conseil constitutionnel ont des effets au-delà du litige et des instances en cours, qui s'adressent à l'administration par exemple, en dehors de tout contentieux. Ainsi, la décision 6/7 QPC du 11 juin 2010, Article L. 7 du Code électoral, « permet aux intéressés de demander, à compter du jour de publication de la (...) décision, leur inscription immédiate sur la liste électorale dans les conditions déterminées par la loi ». Il s'agira alors pour les personnes concernées de s'adresser à l'administration compétente, en l'occurrence la mairie, afin que la décision du Conseil constitutionnel soit appliquée⁹⁹³. Toutefois un contentieux pourrait naître par la suite d'un refus d'application de la décision du Conseil constitutionnel, ou d'une interprétation restrictive ou neutralisante de cette décision par voie de circulaire⁹⁹⁴.

Trois questions seront abordées : L'application de la décision au litige et aux instances en cours (1) ; la compatibilité des effets d'un contrôle de constitutionnalité et de ceux d'un contrôle de conventionnalité (2) ; l'utilisation d'une décision QPC à l'occasion d'une nouvelle demande de QPC (3).

1° – L'application de la décision au litige, aux instances en cours ou aux affaires non définitivement jugées

La préservation de l'effet utile de la déclaration d'inconstitutionnalité suppose, en cas d'abrogation immédiate, que l'auteur de la QPC puisse bénéficier de l'abrogation de la disposition litigieuse. L'abrogation immédiate a donc un effet rétroactif sur sa situation. Ainsi, par un arrêt du 16 juin 2010, la Cour de cassation tire les conséquences de l'abrogation de l'article L 7 du Code électoral par le Conseil constitutionnel dans sa décision 6/7 QPC du 11 juin 2010⁹⁹⁵. La Cour de cassation annule partiellement l'arrêt de la Cour d'appel de Papeete, du 24 septembre 2009, en ce qu'elle a rejeté la demande de relèvement des incapacités résultant de l'application de l'article L. 7 du code électoral et prononcé une peine complémentaire d'inéligibilité.

⁹⁸⁹ Sauf exceptions prévues à l'article 23-3 de la loi organique sur le Conseil constitutionnel.

⁹⁹⁰ Voir par exemple, décision 286 QPC du 7 décembre 2012, Saisine d'office du tribunal pour l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire.

⁹⁹¹ Ceci est le cas de la décision 52 QPC, 14 octobre 2010, *Compagnie agricole de la Crau*.

⁹⁹² Voir par exemple, les effets de la décision 110 QPC du 25 mars 2011, *Composition de la Commission départementale d'aide sociale* dans laquelle le Conseil constitutionnel indique : « il y a lieu, en l'espèce, de prévoir que les décisions rendues antérieurement par ces commissions ne peuvent être remises en cause sur le fondement de cette inconstitutionnalité que si une partie l'a invoquée à l'encontre d'une décision n'ayant pas acquis un caractère définitif au jour de la publication de la présente décision ».

⁹⁹³ Voir notamment la circulaire du ministre de l'intérieur du 20 juillet 2010 (IOCA1019440C) relative à l'abrogation de l'article L. 7 du code électoral.

⁹⁹⁴ Voir R. Grand, « Contrôle du juge sur une circulaire interprétant une décision de justice », *Dalloz, actualité*, 9 mai 2012 à propos d'une circulaire intervenue à la suite de la décision Garde à vue (14/22 QPC).

⁹⁹⁵ Pourvoi n° 09-86558. Voir également, Cass, 2^e ch. civ, 9 décembre 2010, pourvoi n° 10-60206.

En ce qui concerne l'application de la décision d'abrogation aux instances en cours ou aux affaires non définitivement jugées, l'inconstitutionnalité de la disposition législative, constatée par une décision de non-conformité de la juridiction constitutionnelle, est un moyen d'ordre public qui doit être soulevé par le juge pour les instances en cours⁹⁹⁶ au sens strict du terme. Ainsi dans le cadre d'un litige (instance en cours), l'office du juge consistera à apprécier les incidences de l'abrogation en fonction du cadre défini par le Conseil constitutionnel. En fonction de l'objet d'une disposition législative abrogée, les conséquences d'une décision d'abrogation pour le litige ou les instances en cours peuvent être déclinées à l'infini : il se peut que l'abrogation de la disposition ne permette plus de prononcer une sanction⁹⁹⁷, conduise à l'annulation d'une délibération⁹⁹⁸, ou d'une décision administrative⁹⁹⁹, d'une élection¹⁰⁰⁰, ou que cette abrogation modifie une procédure en cours au bénéfice des intéressés¹⁰⁰¹, ou encore leur ouvre droit à un avantage jusque là refusé¹⁰⁰² ... Toutefois, dans de nombreux cas, l'intervention de la décision d'abrogation ne produira pas de ce seul fait de tels effets. Encore faudra-t-il que la solution du litige en dépende. D'ailleurs, le Conseil constitutionnel a indiqué à de maintes occasions que la déclaration d'inconstitutionnalité « peut être invoquée dans les instances en cours (à compter de la publication de la décision) et dont l'issue dépend des dispositions déclarées inconstitutionnelles »¹⁰⁰³. Cette formule détermine une marge d'appréciation du juge en fonction des faits dans chaque litige rencontré et qui peuvent conduire à ce que les requérants ne tirent pas de bénéfice de la disposition abrogée pour des motifs divers¹⁰⁰⁴.

En matière pénale, l'abrogation d'une disposition fondant une incrimination conduira au prononcé d'un non-lieu lorsque la QPC a été soulevée devant le juge d'instruction et à une relaxe si elle a été soulevée devant le tribunal correctionnel ou de police¹⁰⁰⁵.

Si un acte administratif se fonde sur la disposition litigieuse, celui-ci devient irrégulier et peut en principe être annulé¹⁰⁰⁶. A ce propos, s'est posée devant le juge administratif la question de la combinaison de l'effet d'une décision d'abrogation d'une disposition

⁹⁹⁶ Le caractère « d'ordre public pour le juge administratif ou judiciaire » de cette règle est affirmé par le Conseil constitutionnel dans le communiqué relatif aux effets dans le temps des décisions QPC du 15 avril 2011. Voir également, Conseil d'Etat, Ass., 13 mai 2011, (2 espèces) *Delannoy et Verzele, Lazare*, concl. Thiellay, *RFDA*, 2011, p. 778. Voir également, conclusions Seulin, CAA Paris, 11 avril 2011, *Mme Aouina* (req. 09PA04360), *AJDA*, 21 nov. 2011, pp. 2244-2245.

⁹⁹⁷ Décision 161 QPC du 9 septembre 2011, *Sanction de la rétention de précompte des cotisations sociales agricoles*.

⁹⁹⁸ 146 QPC du 8 juillet 2011, *Aides publiques en matière d'eau potable ou d'assainissement*.

⁹⁹⁹ Voir 181 QPC du 13 octobre 2011, *Objection de conscience et calcul de l'ancienneté dans la fonction publique* ou encore 218 QPC du 3 février 2012, *Condamnation d'un officier de carrière et perte de grade entraînant la cessation d'office de l'état militaire*.

¹⁰⁰⁰ 128 QPC du 6 mai 2011, *Conseil d'Administration de l'Agence France-Presse*.

¹⁰⁰¹ 15/23 QPC du 23 juillet 2010, *Article 575 du code de procédure pénale*.

¹⁰⁰² 18 QPC, 23 juillet 2010, *Carte du combattant*.

¹⁰⁰³ Voir par exemple, les décisions 33 QPC, 93 QPC, 146 QPC, 176 QPC, 181 QPC...

¹⁰⁰⁴ CAA Paris, 11 avril 2011, *Mme Aouina* (req. 09PA04360), *AJDA*, 21 nov. 2011, pp. 2244-2245. Décision dans laquelle se posait la question des effets de l'abrogation consécutive à la décision 93 QPC du 4 février 2011, *Allocation de reconnaissance*.

¹⁰⁰⁵ Voir X. Magnon, « Premières réflexions sur les effets des décisions du Conseil constitutionnel. Quel(s) bénéfice(s) pour le citoyen de la question prioritaire de constitutionnalité ? », *RFDA*, 2011, p. 770.

¹⁰⁰⁶ Voir CE, 9 juillet 2010, req. n° 339081. Comm. C. De la Mardière, « La QPC par le moyen du recours en excès de pouvoir : un boulevard est ouvert », *Constitution*, 2011, p. 99.

législative pour inconstitutionnalité avec le caractère rétroactif d'une annulation pour excès de pouvoir d'un acte qui serait intervenu sur le fondement de cette loi. Cette difficulté est intervenue, en particulier, à la suite d'une décision d'abrogation différée. Dans cette affaire, il s'agissait pour le Conseil d'État de tirer les conséquences, pour le requérant ayant soulevé la QPC à l'occasion d'un recours en excès de pouvoir, de l'abrogation avec effet différé de l'article L 511-2 du Code de l'environnement par la décision 183/184 QPC du 14 octobre 2011. Le Conseil d'État a fait prévaloir l'effet différé de l'abrogation sur la rétroactivité des effets attachés à l'annulation d'un acte réglementaire en énonçant que « l'absence (dans la décision du Conseil constitutionnel) de prescriptions relatives à la remise en cause des effets produits par le second alinéa de l'article L 511-2 avant son abrogation doit, en l'espèce, (...) être regardée comme indiquant que le Conseil constitutionnel n'a pas entendu remettre en cause les effets que la disposition déclarée contraire à la Constitution avait produit avant la date de son abrogation »¹⁰⁰⁷.

Bien évidemment, si le Conseil constitutionnel demande aux juridictions de surseoir à statuer dans les instances dont l'issue dépend de l'application des dispositions jugées inconstitutionnelles, en attendant l'intervention des nouvelles dispositions législatives (Par ex. décision 1 QPC, du 28 mai 2010, *Cristallisation des pensions*), les décisions de justice statuant sans attendre méconnaissent l'autorité de chose jugée par le Conseil constitutionnel¹⁰⁰⁸.

Au-delà des instances en cours, l'abrogation peut être considérée par le Conseil constitutionnel comme applicable aux « affaires non définitivement jugées ». Il peut en résulter une annulation totale ou partielle de la décision d'une juridiction inférieure pour défaut de base légale. Par exemple, suite à l'abrogation immédiate et « applicable à toutes les instances jugées non définitivement » à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel de l'article 100 de la loi n° 97-1269 du 30 décembre 1997¹⁰⁰⁹, prévoyant une suspension provisoire des poursuites à l'encontre des personnes rapatriées d'Algérie en attendant que l'autorité administrative compétente se soit prononcée sur leur dossier, les décisions de suspension des poursuites fondées sur cette disposition ont été privées de base légale. Cela s'est traduit par une annulation des jugements et arrêts fondés sur cette disposition¹⁰¹⁰. De la même façon, suite à la décision du 240 QPC, 4 mai 2012, *Délit de harcèlement sexuel* abrogeant l'article 222-33 du Code pénal relatif à la définition du délit de harcèlement sexuel, les personnes poursuivies sur le fondement de cette incrimination ont pu bénéficier d'un non-lieu sur ce point ou d'une annulation du jugement ou de l'arrêt au cas où une condamnation aurait déjà été prononcée sur ce fondement¹⁰¹¹. L'annulation peut être suivie d'un renvoi devant une autre juridiction¹⁰¹².

¹⁰⁰⁷ CE, 14 nov. 2012, *Association France nature Environnement*, req. n° 340539, voir not. X. Domino et A. Bretonneau, « Chronique générale de jurisprudence administrative française », *AJDA*, 17 décembre 2012, n° 43/2012, pp. 2377-2378.

¹⁰⁰⁸ CE, 6 décembre 2012, *Ministre de la défense et des anciens combattants c. Mme Aymn l'euve Chahid*, req. 342215, comm. C. Biget, *AJDA*, 17 déc. 2012, n° 43, p. 2356.

¹⁰⁰⁹ Décision 213 QPC du 27 janvier 2012, *COFACE [Suspension des poursuites en faveur de certains rapatriés]*.

¹⁰¹⁰ Cass. 2^e civ., 6 décembre 2012, pourvoi 11-26549, F-P+B. Voir M. Kebir, « QPC : application d'une décision d'inconstitutionnalité à une instance en cours », *Dalloz, Actualité*, 17 janvier 2013.

¹⁰¹¹ Voir notamment Cass. crim., 6 juin 2012, n°11-82.063 et Cass. crim. 25 septembre 2012, n° 12-84766.

¹⁰¹² Voir, par exemple, Cass. crim., 14 nov. 2012, pourvoi n° 12-80988 : application de la décision 163 QPC du 16 septembre 2011, *Définition des délits et crimes incestueux*, au litige conduisant à annuler un

En revanche, les affaires définitivement jugées ne peuvent pas être remises en cause, y compris en matière pénale (à la différence de l'Italie où les jugements définitifs, en matière pénale seulement, peuvent être remis en cause par une déclaration d'inconstitutionnalité de la Cour constitutionnelle). Toutefois, dans le cas où la juridiction n'aurait pas pu surseoir à statuer ou si elle devait statuer dans un délai limité ne permettant pas d'attendre que le Conseil constitutionnel se soit prononcé sur la conformité à la Constitution d'une disposition litigieuse soulevée à l'occasion du litige, le justiciable a la possibilité d'introduire une nouvelle instance suite à la décision du Conseil constitutionnel, conformément à l'interprétation que le Conseil a donné de l'article 23-3 de la loi organique dans la décision 595 DC du 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution* ¹⁰¹³.

2 – La compatibilité des effets d'un contrôle de constitutionnalité et de ceux d'un contrôle de conventionnalité ¹⁰¹⁴

Les effets d'une déclaration d'inconstitutionnalité posent la question de la place pour un contrôle de conventionnalité de la disposition litigieuse en particulier lorsque la déclaration d'inconstitutionnalité n'est pas accompagnée d'un effet utile pour les requérants et les instances en cours. Dans son arrêt *M'Rida* du 13 mai 2011, le Conseil d'État répond à cette question en indiquant « qu'il appartient, par suite, au juge du litige, s'il n'a pas fait droit à l'ensemble des conclusions du requérant en tirant les conséquences de la déclaration d'inconstitutionnalité d'une disposition législative prononcée par le Conseil constitutionnel, d'examiner, dans l'hypothèse où un moyen en ce sens est soulevé devant lui, s'il doit, pour statuer sur les conclusions qu'il n'a pas déjà accueillies, écarter la disposition législative en cause du fait de son incompatibilité avec une stipulation conventionnelle ou, le cas échéant, une règle du droit de l'Union européenne dont la méconnaissance n'aurait pas été préalablement sanctionnée » ¹⁰¹⁵. Là encore, le Conseil d'État se situe dans la continuité du Conseil constitutionnel qui a affirmé que la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité n'est pas incompatible avec un contrôle de conventionnalité de la loi litigieuse ¹⁰¹⁶.

Il en découle qu'un requérant qui n'aurait pas pu bénéficier des conséquences d'une déclaration d'inconstitutionnalité - soit que le Conseil constitutionnel décide de ne pas donner

arrêt de la Cour d'assises de l'Eure condamnant le requérant pour viols aggravés qualifiés d'incestueux alors qu'à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel « aucune condamnation ne peut retenir la qualification de crime ou de délit "incestueux" ». L'affaire a été renvoyée devant la Cour d'assise du Calvados.

¹⁰¹³ Cons. 18 : « Considérant, toutefois, que la dernière phrase du dernier alinéa de l'article 23-3 peut conduire à ce qu'une décision définitive soit rendue dans une instance à l'occasion de laquelle le Conseil constitutionnel a été saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité et sans attendre qu'il ait statué ; que, dans une telle hypothèse, ni cette disposition ni l'autorité de la chose jugée ne sauraient priver le justiciable de la faculté d'introduire une nouvelle instance pour qu'il puisse être tenu compte de la décision du Conseil constitutionnel ; que, sous cette réserve, l'article 23-3 n'est pas contraire à la Constitution ».

¹⁰¹⁴ Cette question étant traitée dans une autre contribution de ce même rapport la question ne sera que très rapidement évoquée.

¹⁰¹⁵ Voir dans le même sens, par exemple, CE, 13 janvier 2012, req. 340662, dans laquelle est opéré un contrôle de conventionnalité portant sur une période non concernée par la disposition législative rétroactive en application de la décision d'abrogation du Conseil constitutionnel (1 QPC).

¹⁰¹⁶ Décisions 595 DC du 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, cons. 14 et 605 DC du 12 mai 2010, *Jeux d'argent et de hasard en ligne*, cons. 13

d'effet utile à une déclaration d'abrogation avec effet immédiat, soit qu'il décide de reporter les effets dans le temps de la décision sans autoriser une rétroactivité du nouveau dispositif aux instances en cours ou un régime transitoire applicable aux instances en cours -, pourrait en revanche bénéficier de l'effet immédiat, mais relatif, d'une reconnaissance de l'inconventionnalité de la disposition litigieuse¹⁰¹⁷. Cette question s'est en particulier posée dans le cadre des suites de la décision 14/22 QPC du 30 juillet 2012 relative à la garde à vue¹⁰¹⁸. La chambre criminelle de la Cour de cassation avait, dans un premier temps, tout en reconnaissant l'inconventionnalité de cette procédure, décide de reporter les effets de cette inconventionnalité afin de s'aligner sur l'effet différé prononcé par le Conseil constitutionnel dans la décision du 30 juillet 2010¹⁰¹⁹. Cependant, le 15 avril 2011, au lendemain de l'adoption de la loi sur la garde à vue, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation n'a pas suivi la position de la chambre criminelle du 19 octobre 2010 et décida de ne pas écarter l'effet immédiat de l'inconventionnalité de la procédure de garde à vue censurée par le Conseil constitutionnel¹⁰²⁰.

Se pose également la question de l'influence d'une appréciation de constitutionnalité sur l'appréciation d'un moyen d'inconventionnalité.

Les juges quels qu'ils soient ne fonctionnent pas en vase clos. Il n'est plus à démontrer, même si cela n'apparaît pas explicitement dans ses décisions, que le juge constitutionnel français s'inspire de la jurisprudence européenne et que la jurisprudence constitutionnelle évolue sous l'influence européenne. Dès lors, est-ce qu'une disposition déclarée inconventionnelle est susceptible d'être également considérée comme inconstitutionnelle ? Et inversement, une disposition déclarée inconstitutionnelle a-t-elle plus de risque d'être également reconnue inconventionnelle ?

Sans avoir suffisamment de recul sur la jurisprudence concernant cette question, on peut avancer que les risques de divergences sont rares mais ils existent. En témoigne par exemple, un arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris du 18 juin 2012, *Fondation d'entreprise Louis Vuitton pour la création et Ville de Paris*¹⁰²¹ se prononçant sur l'incompatibilité d'une disposition législative avec la CEDH alors que cette même disposition avait été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans une décision 224 QPC du 24 février 2012.

3° – L'utilisation d'une décision QPC dans le cadre de la procédure de filtrage

La mise en place de la question prioritaire de constitutionnalité a un impact sur le rapport qu'ont les juges administratifs et judiciaires aux décisions rendues par le Conseil constitutionnel. Ainsi, jusqu'en 2010, il n'était fait référence aux décisions du Conseil constitutionnel que lorsqu'il s'agissait de tenir compte de l'autorité de la chose jugée par le Conseil constitutionnel par rapport à la loi qu'ils avaient à appliquer. Il s'agissait d'une application stricte de l'article 62, les juridictions administratives et judiciaires refusant d'accorder à la jurisprudence du Conseil constitutionnel dans son ensemble une autorité

¹⁰¹⁷ Voir sur cette question notamment S. Platon, « Les interférences entre l'office du juge ordinaire et celui de juge constitutionnel : « malaise dans le contentieux constitutionnel » ? », *RFDA*, 2012, pp. 644-645.

¹⁰¹⁸ Voir ci-dessous, *Etudes de quelques suites des décisions d'inconstitutionnalité QPC*.

¹⁰¹⁹ Cass. crim. 19 octobre 2010, pourvois n° 10-82306, 10-85051 et 10-82902 (3 arrêts) publiés au bulletin.

¹⁰²⁰ Cass. Ass. Plén., 15 avril 2011, pourvois n° 10-30316, n° 10-30313, n° 10-30242, n°10-17049.

¹⁰²¹ Concl. S. Vidal, *RFDA*, 2012, p. 650.

« persuasive de la chose jugée »¹⁰²². Or, ce rapport à la jurisprudence du Conseil constitutionnel a été modifié par le fait que, désormais, juridictions administratives et juridictions judiciaires sont chargées de filtrer les demandes de QPC soulevées et de ce fait, doivent entre autres vérifier si la disposition n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel. Ainsi, les références aux décisions rendues par le Conseil constitutionnel se sont multipliées dans les visas des jugements et arrêts rendus par les juridictions du filtre¹⁰²³. Ces dernières doivent également vérifier si la question est nouvelle ou sérieuse. A cette fin, les juridictions n'hésitent plus à transposer au cas qu'ils ont à examiner le raisonnement suivi par le Conseil constitutionnel à propos d'une autre disposition pour en déduire que la question ne présente pas de caractère sérieux¹⁰²⁴. De leur côté, les requérants utilisent la motivation des décisions déjà rendues par le Conseil constitutionnel comme argument au soutien d'une QPC. Une décision QPC est donc susceptible d'engendrer une nouvelle demande de QPC sur une disposition différente avec, à l'appui de la demande de QPC, un raisonnement se calquant sur celui suivi par le Conseil constitutionnel dans une décision précédente¹⁰²⁵.

Il arrive également que la nouvelle législation adoptée suite à une QPC donne lieu à une nouvelle procédure QPC. Dans ce cas, la juridiction devra examiner le caractère nouveau ou sérieux de la question posée en appréciant la portée de la déclaration d'inconstitutionnalité découlant de la première QPC soumise au Conseil constitutionnel¹⁰²⁶. Si la juridiction suprême décide de renvoyer la demande de QPC au Conseil constitutionnel, celui-ci pourra pratiquer un contrôle à « double détente » comme cela s'est déjà produit en particulier dans la décision n° 2011-191/194/195/196/197 QPC du 18 novembre 2011, *Garde à vue II*. De la même façon, ce contrôle à double détente peut être pratiqué dans le cadre de l'examen *a priori* de la constitutionnalité d'une loi qui intervient en réponse à une déclaration d'inconstitutionnalité.

Il se peut que le juge du filtre estime que, dans sa décision, le Conseil constitutionnel ne s'est pas prononcé sur la question telle qu'elle est posée¹⁰²⁷, ce qui pourrait laisser place éventuellement à un nouveau renvoi. Cela pose la question de la portée de la déclaration de conformité ou de non conformité du Conseil constitutionnel, critère apprécié par les juridictions du filtre mais également contrôlé par le Conseil constitutionnel lui-même.

¹⁰²² Comme l'illustrent en particulier les arrêts *Lesourd* pour le Conseil d'État (CE, sect., 22 juin 2007, *Lesourd*) et *Breisacher* pour la Cour de cassation (C. Cass. Ass. Plein. 10 oct. 2001, *Breisacher*). Sur cette question voir notamment J. Arrighi de Casanova, « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel vue du Conseil d'État », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 30-2011, pp. 23-29 et O. Desaulnay, « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel vue par la Cour de cassation », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 30-2011, pp. 31-48.

¹⁰²³ Voir sur ce point, J. Arrighi de Casanova, précité, p. 27.

¹⁰²⁴ Voir les décisions du Conseil d'État, 31 mai 2010, *Exbrayat*, 18 juin 2010, *Société Canal +* et 14 octobre 2010, *Replinger*, citées par J. Arrighi de Casanova, précité, p. 28.

¹⁰²⁵ Voir par exemple, l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation rejetant une demande de renvoi de QPC dans laquelle le requérant se fondait sur le raisonnement suivi par le CC dans la décision 81 QPC du 17 décembre 2010, *Détention provisoire : réserve de compétence de la chambre de l'instruction* : Cass. crim. 11 octobre 2011, pourvoi n° 11-86128.

¹⁰²⁶ Voir par exemple, CE, 13 juin 2012, req. n° 358451, comm. E. Martin et E. Batot, « La question prioritaire de constitutionnalité « à double détente » », *Droit administratif*, n° 8, Août 2012, comm. 75.

¹⁰²⁷ Voir en ce sens, CE, 4 mai 2012, *Ministre du budget, des comptes publics et de la réforme de l'Etat c. Mme Diderot*, Req. 337490

Bien évidemment, l'autorité de chose jugée découlant de l'article 62 de la Constitution implique que si une nouvelle demande de QPC porte sur la disposition qui vient d'être abrogée par le Conseil constitutionnel, la demande de QPC devient sans objet¹⁰²⁸.

Les questions soulevées par l'application des décisions d'inconstitutionnalité par les juridictions se révèlent être très techniques. On pourrait alors penser que l'expérience italienne va permettre de les résoudre en indiquant la voie à suivre. Pourtant, il n'en est rien, du moins pas de manière aussi précise que l'on pourrait l'augurer.

B) L'application des décisions de recevabilité de la question préjudicielle par les juridictions italiennes de droit commun

L'application des décisions d'inconstitutionnalité rendues par la Cour constitutionnelle dans le cadre du contrôle incident de constitutionnalité a évolué entre les deux grandes périodes auxquelles nous avons fait référence (1956-1996 et 1996-à nos jours). Mais c'est surtout au cours des quarante premières années de l'activité de la Cour constitutionnelle qu'elle a connu une réelle mutation.

Cette première période se scinde en trois phases. La première phase débute en 1956 et s'achève à la moitié des années 70. Elle correspond à une période au cours de laquelle les tentatives de la Cour constitutionnelle sont systématiquement repoussées et ses propositions sont ignorées par les juridictions. Les expériences de la Cour sont donc mal reçues et il se crée un équilibre très précaire entre les deux acteurs. La seconde phase, de la moitié des années 70 à la fin des années 80, est une période de cohabitation plus pacifique. La Cour constitutionnelle renonce à stimuler autant les juges que dans la période précédente et cherche à éviter les tensions. Les juges récompensent les efforts de la Haute instance. Le tout est baigné par le changement culturel de l'ordre juridique. La Cour constitutionnelle accorde sa confiance aux juges qui, après des attitudes de résistance (première période) méritent cette confiance parce qu'ils ont fini par considérer la jurisprudence de la Cour comme essentielle et s'appuient énormément sur la Constitution dans le sens de la jurisprudence constitutionnelle. Enfin, la troisième phase s'étale de la fin des années 80 à l'année 1996. Elle est caractérisée par une consolidation de la relation entre les juges et la Cour constitutionnelle qui, animée par des petites secousses, va de l'avant et se stabilise positivement. Ces petites secousses vont être des petits sauts qui vont rapprocher un peu plus les deux acteurs. Elles proviennent, en majorité, de la Cour constitutionnelle elle-même. Ainsi, au cours de la seconde « grande » période, soit après 1996, chacun des acteurs veut rester sur cet acquis stable et agréable et avancent « main dans la main » : toutes les règles des rapports sont désormais codifiées et elles sont répétées, fortifiées et parfois même extrémisées pour créer un véritable « bloc » judiciaire face au pouvoir législatif. Les diverses questions soulevées par l'application des décisions de la Cour constitutionnelle par les juridictions ordinaires sont toutes nées au cours de la première phase et trouvent dès lors une présentation en trois temps, calquée sur les trois phases de la première période.

Si les questions soulevées par l'application des décisions QPC par les juridictions françaises sont proches de celles qui se sont posées en Italie, nous avons opté pour une présentation différente. Tout d'abord, concernant la question de la compatibilité entre le

¹⁰²⁸ Voir, par exemple, par application de l'abrogation de l'article 7 découlant de la décision 6/7 QPC du 11 juin 2010, Cass. crim., 9 juillet 2010, pourvoi n° 10-80852.

contrôle de constitutionnalité et le contrôle de conventionnalité, les difficultés ont été sérieuses mais elles semblent aujourd'hui avoir disparu grâce à une forme d'organisation mise au point par l'ensemble des juges. Nous renvoyons sur ce point à l'intervention de F. Jacquolot¹⁰²⁹. Ensuite, concernant la question de l'utilisation d'une décision QPC dans le cadre d'une procédure de filtrage, la situation italienne va fournir des éléments de réflexions qui devront cependant être lus avec le système spécifique du contrôle de constitutionnalité par voie d'exception italien qui se distingue de la procédure de QPC française (1). Enfin, concernant la question majeure de l'application de la décision au litige, aux instances en cours ou aux affaires non définitivement jugées, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle et des juridictions de droit commun apporte quelques enseignements limités de prime abord mais riches de réflexions dans le sens où si cette question – très controversée – connaît aujourd'hui une forme de clarification, elle est toujours soumise à des nuances (3). Afin de présenter cet aspect de l'application des décisions d'inconstitutionnalité par les juridictions, nous devons aborder au préalable la question de la portée des décisions manipulatives qui après avoir été extrêmement controversée illustre parfaitement la collaboration étroite qui s'est consolidée au fil du temps entre les juges constitutionnel et ordinaire (2).

Ainsi, la situation italienne doit permettre à la fois le réconfort et la réflexion pour l'observateur du système français. Le réconfort tout d'abord parce que les questions qui se posent en France se sont déjà posées en Italie et elles ont trouvé, certes avec le temps, des réponses conformes à la volonté d'assurer la suprématie du texte constitutionnel et des principes qu'il véhicule. La réflexion ensuite, parce que la raréfaction voire la disparition, de ces tensions doit être appréhendées par l'ensemble des acteurs du système juridique français comme le fruit d'un travail commun entre les juges qui ont fini par chercher à préserver, là encore, les principes de sécurité et de continuité de l'ordre juridique si bien que dans cet esprit, les difficultés majeures trouvent toujours une issue positive.

1° - L'utilisation d'une décision de la Cour constitutionnelle dans le cadre de la procédure de filtrage

La situation italienne est très différente de la situation française pour deux raisons majeures. D'une part, le filtre des questions préjudicielles soumises à la Cour constitutionnelle par le juge *a quo* n'est pas assuré par les Cours suprêmes mais par la Cour constitutionnelle elle-même. D'autre part, les décisions de rejet ou de conformité ne délivrent jamais un brevet de constitutionnalité à la disposition déferée au juge constitutionnel par le juge *a quo*. Les effets de ces décisions sont *inter partes* et ils interdisent seulement au juge qui a soulevé la question préjudicielle déclarée infondée de reposer la *même* question dans le cadre du *même* procès incident. En revanche, une décision de rejet n'exclut en aucun cas que d'autres juges – ou le même juge mais dans le cadre d'un *nouveau* procès – présentent à la Cour la même question préjudicielle car la Cour pourrait finalement l'accueillir¹⁰³⁰. La question du filtrage des questions préjudicielles en Italie se pose donc en d'autres termes qu'en France.

On peut aussi noter que la Cour constitutionnelle a dès son installation décidé de se montrer très tolérante au regard des questions (re)soumises à son examen. Ainsi pour rejeter

¹⁰²⁹ Voir sur cette question, l'intervention de F. Jacquolot, dans ce rapport.

¹⁰³⁰ Cf. la question relative à une disposition du code pénal qui prévoyait seulement l'adultère de la femme en tant que délit et non celui du mari (art. 559 du code pénal). La question a été une première fois rejetée car déclarée non fondée (Cour const.. n° 64 de 1961) et par la suite admise (Cour const.. n° 126 de 1968).

une question préjudicielle, elle n'a jamais déclarée une disposition conforme à la Constitution mais la question non fondée. Cette nuance terminologique est très significative.

Cette attitude lui a permis tout d'abord de développer le contentieux par voie incidente en veillant à ce que les juges ne ferment pas la porte à la constitutionnalisation du système ; ensuite, elle ne voulait pas qu'une décision de rejet déclarant la disposition conforme à la Constitution puisse avoir des retombées sur les autres jugements en cours pour lesquels il devait être fait application de la disposition législative examinée ¹⁰³¹.

Il résulte en outre que tout juge devra écarter une question préjudicielle sur une disposition ayant déjà fait l'objet d'une décision d'inconstitutionnalité. Nous savons qu'en France, l'inconstitutionnalité de la disposition législative (constatée par une décision déclarant la non conformité de la disposition) est un moyen d'ordre public qui doit être soulevé par le juge. En Italie, cela ne se résout pas dans les mêmes termes mais l'effet est identique. En raison des effets des décisions d'inconstitutionnalité qui sont clairement établis par les textes, la déclaration d'inconstitutionnalité est publiée au journal officiel italien et bénéficie d'un effet *erga omnes*. En conséquence, il est acquis que les juges ordinaires ne doivent plus faire application de la disposition déclarée inconstitutionnelle et la logique veut que si cette même disposition venait à être contestée au cours d'un procès, le juge *a quo* devrait automatiquement l'écarter et refuser, le cas échéant, une question préjudicielle à son encontre. Si le juge occultait cet aspect et soumettait tout de même la question à la Cour, cette dernière rejeterait sa recevabilité au motif qu'elle n'est pas fondée. Le dispositif de la deuxième décision de la Cour (celle portant sur la question ayant comme objet une disposition déjà déclarée inconstitutionnelle) était, dans le passé, de « manifesta infondatezza » ; plus récemment la Cour a employé le dispositif de « manifesta inammissibilità » et, enfin, elle a commencé à utiliser le dispositif de « restituzione degli atti al giudice a quo ».

2° - La portée des décisions manipulatives

Les tensions créées par les décisions manipulatives témoignent d'une forme de paradoxe entre la volonté de la Cour constitutionnelle de faciliter l'application de ces décisions en favorisant la réaction des juges et la susceptibilité des juges qui ont rapidement vu dans le développement des divers dispositifs une forme d'empiétement sur leur pouvoir d'interprétation.

Ainsi, les premières tensions sont apparues au cours de la phase d'expérimentation de la Cour constitutionnelle. À peine entrée en fonction, elle éprouve les techniques mises à sa disposition, notamment les dispositifs de recevabilité de la question préjudicielle. A tort sans doute, la Cour constitutionnelle a parfois fait durer dans le temps ces essais et c'est cette durée quelque peu excessive qui a fini par tendre les rapports.

Au départ, de 1961 à 1976 environ, la Cour constitutionnelle a rendu des décisions de recevabilité « au sens de la motivation » et obligeait en conséquence les juges à lire tous les motifs, parfois longs, de la décision. Or, cela a plutôt incité les juges à ne pas lire la décision et donc à ne pas l'appliquer ou, plus fréquemment à ne pas la lire correctement et l'appliquer de manière erronée. Ces décisions vont être par la suite remplacées par des décisions d'inconstitutionnalité « dans la partie où ... », beaucoup plus claires et qui contiennent dans le dispositif tout ce qui sert à l'acteur sur le terrain pour appliquer la décision.

¹⁰³¹ cf. notamment *Cour const.* n° 7 de 1958.

Dans ce même souci d'efficacité, la Cour constitutionnelle a rendu des décisions manipulatives qui présentaient l'avantage de ne pas exiger d'intervention de la part du législateur qui s'était montré jusque là peu enclin à réagir dans des délais raisonnables aux appels de la juridiction constitutionnelle lancés dans les décisions de rejet de la question préjudicielle. Dans le domaine de l'application des décisions manipulatives, les tensions sont apparues du côté des juges de droit commun et non de la Cour qui essayait de leur éviter de se trouver face à un vide juridique.

Beaucoup de problèmes sont notamment venus de la chambre pénale de la Cour de cassation à laquelle on a parfois attribué une certaine jalousie envers la Cour constitutionnelle en raison de la place et du prestige qu'elle a réussi à gagner auprès des juridictions suprêmes et des organes politiques. Cela a d'ailleurs été décrit par la doctrine comme un « stupide esprit de revanche à l'encontre de l'organe constitutionnel accusé d'avoir dérobé à la Cour de cassation pouvoir et dignité »¹⁰³².

L'hostilité s'est notamment manifestée au cours de ce que la doctrine a qualifié de « guerre » entre les juges, qui a connu un pic en 1965, sur le droit à l'assistance d'un défenseur au cours de l'instruction du procès pénal. La sortie du conflit semble avoir permis un accord sur deux points : une première victoire de la Cour de cassation qui est arrivée à s'imposer au regard des décisions interprétatives de rejet en décidant qu'elles ne la liaient en aucun cas parce que l'interprétation de la loi est toujours le devoir de chaque juge ; une victoire de la Cour constitutionnelle qui a gagné la partie sur les décisions « manipulatives » puisqu'elle a réussi à attribuer aux décisions de recevabilité « dans la partie où ... » des effets obligatoires généraux au sens de l'article 136 de la Constitution pour tout ce qui était contenu dans le dispositif. Elle a ainsi réussi à atteindre ce qu'elle espérait depuis le début de cette guerre en assurant à tous les accusés l'assistance technique d'un défenseur au cours du procès alors qu'à l'époque, le climat de tension qui régnait sur ce sujet ne permettait pas de penser que cela serait un jour acquis.

Cette victoire de la Cour constitutionnelle doit cependant être relativisée puisque rapidement, les juges de droit commun n'ont pas donné une exacte application aux décisions d'inconstitutionnalité et plus précisément aux décisions manipulatives. Cette mauvaise application des décisions de la Cour constitutionnelle par les juges a été qualifiée de rébellion par la doctrine.

Au cours de la première phase des rapports Cour constitutionnelle-juges de droit commun, la formation pénale de la Cour de cassation a en effet continué à appliquer les règles relatives à l'assistance d'un défenseur comme si la Cour constitutionnelle n'avait jamais rendu une décision manipulative sur ce sujet¹⁰³³. Or, elle l'avait fait mais les juges pénaux ne s'en souciaient donc pas. Il aura fallu qu'un décret-loi intervienne sur ce sujet pour confirmer la position de la Cour constitutionnelle et que les juges pénaux appliquent finalement cette position. Ce n'est donc pas la bonne volonté des juges mais l'intervention législative qui a permis à la rébellion de se tasser dans cette hypothèse.

Cette rébellion est toutefois isolée et au cours de la seconde phase, les juges de droit commun et la Cour constitutionnelle entretiennent de bonnes relations quant aux effets *erga*

¹⁰³² G.Vassali, « Interpretazione giudiziale e Corte costituzionale », in *La giustizia penale*, 1966, I, c. 132. Cette suspicion a été confirmée par un président de section de la même Cour de cassation publié à la revue de l'Union des magistrats : G. COLLI, « Corte di cassazione e Corte costituzionale (sconfinamenti da evitare) », in *Rassegna della magistratura*, 1965, p. 393.

¹⁰³³ *Cour const.* n° 190 de 1970.

omnes de ces décisions. Il ne reste que la doctrine pour discuter du bien-fondé des décisions manipulatives (mise en doute de la compétence de la cour à « agir » sur la loi ou dans des limites très précises etc ..). L'autorité judiciaire, à l'inverse admet totalement l'intérêt de ces décisions dès lors que la Cour constitutionnelle ne peut arriver à une telle solution par le biais des décisions interprétatives. Elle considère aussi qu'une décision d'inconstitutionnalité « sèche » ne présenterait aucun intérêt voire mettrait en péril la sécurité juridique. Dès lors, les juges sont très heureux que la Cour prenne l'initiative de cette manipulation de la loi qui leur est interdite. Ils vont même jusqu'à la demander dans leur ordonnance de renvoi. Le juge constitutionnel approuve la démarche et demande régulièrement aux juges de préciser la version de la manipulation qu'ils souhaitent obtenir. La Cour constitutionnelle va même jusqu'à déclarer non admissible les ordonnances qui restent trop vagues sur la manipulation souhaitée. C'est donc une véritable interdépendance entre les juges qui se crée et se renforce.

On note évidemment quelques rébellions encore au cours de cette seconde phase mais elles sont moins fréquentes et surtout, portent sur des aspects juridiques moins graves. En outre, les juges n'ont plus jamais ignoré une décision de la Cour constitutionnelle. Les rébellions de cette période consistent plutôt en une mauvaise application de la manipulation proposée dans la décision ou en une non application totale de la disposition comme si la Cour constitutionnelle avait prononcé une décision d'inconstitutionnalité « totale »¹⁰³⁴.

Au cours de la troisième période, de 1990 à aujourd'hui, il n'y a plus eu de signes de rébellion. Les juges ordinaires ne discutent plus les décisions de la Cour constitutionnelle et les appliquent sans discuter avec la nette conscience que la décision introduit de petites modifications à la loi¹⁰³⁵.

L'application des décisions additives de principe en est clairement la preuve. D'après les juges de droit commun, ces décisions modifient le texte de loi et imposent de décider des diverses possibilités d'application et ce jusqu'aux limites que se fixent les juges eux-mêmes dans le respect des principes mentionnés par la Cour constitutionnelle dans le dispositif de la décision¹⁰³⁶.

La Cour constitutionnelle continue à demander aux juges d'indiquer dans leur ordonnance de renvoi la manipulation dont ils ont besoin pour décider sur le cas concret, sans violer la constitution. On voit ainsi apparaître des décisions qui opèrent une manipulation véritablement très précise comme si elles avaient été taillées sur mesure pour le cas concret faisant l'objet du procès *a quo*. Un des exemples les plus flagrants est une décision qui déclare l'inconstitutionnalité de la disposition de loi relative à l'adoption des mineurs « dans la partie où elle ne prévoit pas que le juge puisse décider de l'adoption en appréciant exclusivement l'intérêt du mineur quand l'âge d'un des conjoints adoptant est supérieur de plus de 40 ans à l'âge de l'adopté alors que cette différence reste dans les limites de celle qui existe généralement entre parents et enfants, et alors que la non adoption crée un dommage grave pour le mineur »¹⁰³⁷.

¹⁰³⁴ Voir la liste dressée par E. Lamarque, « Il seguito delle sentenze manipolative della Corte costituzionale presso i giudici comuni », in *Effetivita e seguito delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotta e P. Veronesi, Esi, Naples, 2006, p. 103.

¹⁰³⁵ *Ibidem*, p. 95.

¹⁰³⁶ A. Guazzarotti, « L'autoapplicabilità delle sentenze additive du principio nella prassi dei giudici comuni », *Giur. Cost.*, 2002, p. 3438 et s.

¹⁰³⁷ *Cour const.* n° 303 de 1996.

La manipulation permet aussi à la Cour constitutionnelle d'ouvrir une brèche dans le dispositif législatif et permet ainsi aux juges qui avaient les mains liées avant la décision de se sentir plus libres. Ils peuvent ainsi trouver dans chaque cas la solution qui correspond à l'application la plus constitutionnelle qui soit ¹⁰³⁸.

Les décisions manipulatives deviennent donc le fruit d'un travail commun. Les juges les acceptent parce qu'ils les considèrent indispensables ¹⁰³⁹.

Là où un juge n'arrive pas tout seul à trancher, il demande à la Cour constitutionnelle d'intervenir et de manipuler la loi. La Cour constitutionnelle essaie alors de résoudre la question avec une décision interprétative et si elle n'y parvient pas, va sur le terrain de la manipulation indiquée par le juge *a quo*. Cela a pour effet que par la suite, tous les juges appliquent la décision. C'est donc une fusion entre les acteurs du monde judiciaire qui s'opère avec des fonctions respectives totalement complémentaires. On peut dire que la Cour constitutionnelle est un juge entre les juges et les juges sont promus au rang de juge des lois. Les juges ont même reconnu aux décisions constitutionnelles la qualité d'actes juridictionnels pour sceller la fraternité et appliquent en conséquence le critère de la totalité, en d'autres termes, le dispositif doit se lire à la lueur de sa motivation ¹⁰⁴⁰.

3° - L'application de la décision au litige, aux instances en cours ou aux affaires non définitivement jugées

Cet aspect doit être appréhendé avec les développements précédents. Les difficultés relatives à l'étendue des effets des décisions d'inconstitutionnalité naissent à la même période que celles relatives à la portée des décisions manipulatives. Elles sont même en réalité liées puisque la résistance de la Cour de cassation sur la rétroactivité procédurale normalement acquise aux décisions d'inconstitutionnalité s'explique comme une forme de revanche sur la victoire – pourtant précaire – de la Cour constitutionnelle au sujet de la portée des décisions manipulatives.

Dans une décision *Tarantini*, la Cour de cassation a en effet décidé que l'assistance d'un défenseur était obligatoire seulement dans les procès pénaux qui ont atteint la phase de l'instruction préliminaire après la décision de la Cour constitutionnelle. Cette position implique que dans les autres procès encore pendants, la décision constitutionnelle ne produit aucun effet et c'est la norme déclarée inconstitutionnelle qui continue à s'appliquer en vertu du principe *tempu regit actum* ¹⁰⁴¹.

Face à cela, la Cour constitutionnelle a peu de marge de manœuvre si ce n'est que de répéter que l'article 30 de la loi n° 87 de 1953 est le corollaire de l'article 136 de la Constitution en conséquence de quoi tous deux imposent que la décision d'inconstitutionnalité agisse « aussi sur les situation pendantes », « sauf dans les cas expressément prévus par la loi et sauf dans les hypothèses de situations juridiques devenues

¹⁰³⁸ C. Salazar, « Guerra e pace » nel rapporto Corte-parlamento : riflessioni su pecche e virtu delle additive di principio quali decisioni atte a rimediare alle « ommissione inconstituzionali » del legislatore », *Corte costituzionale e Parlamento*, A. Rugggeri, Giuffrè, Milan, 2000, p. 279 et s.

¹⁰³⁹ *Cour const.* n° 204 de 2004 dans laquelle la Cour a modifié le texte de loi, initialement composé de onze mot en un texte d'une soixantaine de mots. Les juges administratifs et les sections réunies de la cassation y ont adhéré sans rechigner.

¹⁰⁴⁰ Cass. Sez. Un. Civ. 24 octobre 1984, n. 5401 et cass. Sez. Un. Pen. 6 mars 1992, Piccillo et autres.

¹⁰⁴¹ Cass. Sez. Un. Pen., 24 juin 1966, Tarantini.

irrévocables »¹⁰⁴². La Cour constitutionnelle n'a pourtant pas été écoutée. Comme le constate la doctrine de l'époque, elle a dû « fermer un œil, voire les deux »¹⁰⁴³. Ainsi la Cour constitutionnelle finit pas accepter que les problèmes qui surgissent au regard de ladite rétroactivité des décisions constitutionnelles de recevabilité « sont évidemment des problèmes d'interprétation et doivent pourtant être résolus par les juges de droit commun dans leur domaine respectifs de leurs compétences institutionnelles »¹⁰⁴⁴.

Au cours de la seconde phase des rapports entre la Cour constitutionnelle et les juges de droit commun, la Cour de cassation est venue sur le terrain de la Cour constitutionnelle pour nier officiellement la décision Tarantini et l'application du principe *tempus regit actum*¹⁰⁴⁵. A ce stade, on peut dire que la rétroactivité des décisions d'inconstitutionnalité revêt des effets incertains puisque la formation civile de la Cour de cassation et les juges administratifs suivent la Cour constitutionnelle alors que la formation pénale de la Cour de cassation résiste¹⁰⁴⁶.

Il faudra donc attendre la troisième phase pour voir un approfondissement de la coordination entre la juridiction commune et constitutionnelle grâce à la formulation par les juges suprêmes des deux ordres de juridiction de règles spécifiques sur ce point. Ces règles peuvent se résumer ainsi : en distinguant les rapports pendants de ceux définitifs, chaque juge doit assurer la plus grande efficacité rétroactive à la décision d'inconstitutionnalité de manière compatible avec les normes qui organisent le procès. Chaque juridiction suprême décline alors cette règle selon sa propre « personnalité ».

Ainsi, la formation pénale de la Cour de cassation va rester réticente à se « lier les mains » et préfère se montrer attentive aux exigences de politique criminelle qui conseillent de ne pas prendre à la légère la rétroactivité sur les procès pénaux qui ont déjà atteint un stade avancé en raison des conséquences qui seront produites sur la libération de l'accusé et sur le décompte de la prescription. Elle affirme génériquement que la décision d'inconstitutionnalité survenue au cours du procès s'applique dès lors qu'existent les conditions processuelles pour son application¹⁰⁴⁷.

A l'extrême opposé, on trouve le Conseil d'Etat, enclin à appliquer d'office la décision constitutionnelle à tous les procès au cours desquels la même question aurait pu être posée.

Dans une position intermédiaire, la Cour de cassation civile, à compter d'une décision de 1992, a décidé qu'elle ne peut appliquer d'office la décision d'inconstitutionnalité si elle concerne un aspect ou un profil de la disposition qui n'a pas constitué l'objet de l'exception d'inconstitutionnalité et qui n'a pas été investi ni directement, ni indirectement, des motifs de recours et donc concerne une question non soumise à l'examen du juge de la constitutionnalité¹⁰⁴⁸.

¹⁰⁴² *Cour. Const.* n° 127 de 1966.

¹⁰⁴³ Selon l'expression de Leopoldo Elia, « La Corte ha chiuso un occhio (e forse tutti e due) », *Giur. cost.*, 1970, p. 946 au sujet de *Cour const.* n° 49 de 1970.

¹⁰⁴⁴ *Cour. Const.*, n° 49 de 1970.

¹⁰⁴⁵ Cass. Sez. Un. Pen. 7 juillet 1984, Galante.

¹⁰⁴⁶ F. Saja, « L'efficacia nel tempo delle sentenze di accoglimento », in *Quaderni costituzionali*, 1989, p. 11.

¹⁰⁴⁷ Cass. Sez. IV pen. 15 juillet 1996, Tesser.

¹⁰⁴⁸ Cass. Sez. Un. Civ., n. 1368 de 1992, C. Mainardis, « Effetti delle decisioni di incostituzionalità e preclusioni processuali (qualche osservazione su un orientamento della Cassazione civile) », in « *Effettività e seguito delle tecniche decisorie della Corte costituzionale* », R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto e P. Veronesi, Esi, Naples, 2006, p. 120 et s.

Tous les juges semblent chercher à donner à la décision de la Cour constitutionnelle la plus grande extension du point de vue temporel de manière à éviter, dans la mesure du possible, que la situation des parties à leurs procès reste régie sur la base d'une disposition déjà déclarée inconstitutionnelle. Cependant, ils veillent à prendre en compte les « autres » intérêts publics parmi lesquels, en premier lieu, se place la définition des procès eux-mêmes en des temps raisonnables. Cet intérêt peut dans certaines circonstances imposer une remise en question de la règle de la rétroactivité des décisions d'inconstitutionnalité, notamment lorsque cette dernière intervient sur les dispositions relatives aux phases initiales des procès ou sur la notification des actes processuels ou sur les incompatibilités des juges.

Au cours de la troisième phase, quelques doutes persistent sur cette question de la rétroactivité des décisions constitutionnelles de recevabilité mais, globalement, il y a une forme d'osmose entre la Cour constitutionnelle et les juges de droit commun étant donné qu'une certaine harmonie semble être atteinte dans cette coordination entre les fonctions de chacun. Cela est d'autant plus palpable que la Cour constitutionnelle se montre très à l'écoute voire partage les mêmes préoccupations que celles manifestées par les juridictions et c'est désormais la Cour constitutionnelle elle-même qui tente de limiter les effets rétroactifs de certaines de ses décisions et notamment celles qui peuvent produire de lourdes conséquences sur les comptes publics.

Cette osmose se confirme par une décision récente de la formation pénale de la Cour de cassation qui a modulé elle-même, en les augmentant, le champ d'action temporel des décisions d'inconstitutionnalité. La Cour de cassation devait se prononcer dans une affaire relative à la circonstance aggravante de clandestinité. Il est très clair, en vertu de l'article 673 du code de procédure pénale, que les jugements pénaux passés en force de chose jugée peuvent être révoqués si une déclaration d'inconstitutionnalité intervient quant à la disposition qui fonde l'incrimination. Cet article ne dit toutefois mot sur les conséquences d'une décision d'inconstitutionnalité qui porterait sur les autres aspects du traitement pénal. Une décision de la Cour constitutionnelle a justement déclaré la circonstance aggravante de clandestinité inconstitutionnelle. La Cour de cassation a ainsi jugé que dans cette espèce, le mécanisme de la révocation ne pouvait s'appliquer. Toutefois, elle estime que l'article 136 de la Constitution, lu à la lueur des principes de l'article 27 du même texte (personnalité et proportionnalité de la peine) lui impose de ne pas exécuter une décision de condamnation définitive pour la portion de peine qui dépend de la circonstance aggravante de clandestinité qui vient d'être déclarée inconstitutionnelle ¹⁰⁴⁹.

* * * *

Pour décrire les rapports Cour constitutionnelle-juges de droit commun, E. Lamarque dit qu'il faut être deux pour danser un tango. L'image est effectivement parfaite parce qu'il faut toujours être deux pour faire fonctionner cette danse passionnante à schéma libre, sans chorégraphie prédéfinie qu'est le système de contrôle par voie incidente en Italie et parce que si la danse ne fonctionne pas, la responsabilité doit être partagée. En outre, ce même auteur estime que l'image du tango suggère aussi que la connaissance de la technique, du style et la fidélité aux schémas expérimentaux ne suffit pas à assurer un contrôle de constitutionnalité efficace et capable de protéger de manière efficace les droits des citoyens. Il faut aussi

¹⁰⁴⁹ Cass. Sez. I pen. 27 octobre 2011, n. 977 et Cour const. N° 249 de 2010.

l'oreille, l'harmonie, le rythme et la confiance réciproque¹⁰⁵⁰. C'est dire combien les réponses aux questions que soulève la pratique du contrôle incident de constitutionnalité des lois doivent être lues avec prudence puisque soumises à évolution selon le sens que les juges accorderont à ces différents critères.

La comparaison avec l'expérience italienne révèle également que si le partage des rôles entre juridictions suprêmes et juge constitutionnel n'est pas bien net au niveau du filtrage, il l'est beaucoup plus, en tous cas dans les textes, au niveau des effets des décisions du Conseil constitutionnel celui-ci disposant de la maîtrise exclusive de ces effets dans le temps et dans l'espace. Dès lors les juridictions de droit commun doivent se contenter de tirer les conséquences des effets définis par le Conseil constitutionnel, ce qui leur laisse une marge de manœuvre très étroite qui les confine dans une fonction de juge du concret. Peut-être que cette prérogative majeure du Conseil constitutionnel à laquelle doivent se soumettre les juridictions de droit commun est trop importante aux yeux de certains juges. Elle a pourtant été dictée par le pouvoir constituant et l'étude des suites des décisions des juridictions constitutionnelles permet de mesurer ô combien le Conseil constitutionnel français dispose-là d'une prérogative importante.

C'est ainsi que l'on peut noter que si de prime abord, nous pensions que le Conseil constitutionnel français avait fort à apprendre de la longue expérience du contrôle de constitutionnalité italien par voie incidente, cette réflexion doit être pondérée à l'issue de cette présentation. On ne peut nier que l'expérience italienne apporte des enseignements et une vision positive de la collaboration entre les différents acteurs dans la mise en œuvre des décisions rendues sur question préjudicielle. Néanmoins, en seulement trois années, le Conseil constitutionnel a mis en place une jurisprudence extrêmement élaborée et précise pour encadrer l'application de décisions QPC qui n'a rien à envier à celle mise en place par son homologue italien. Cela s'explique sans doute par la maturité de l'ensemble des acteurs français qui étaient prêts à recevoir ce nouveau mécanisme de contrôle de constitutionnalité des lois.

Le bilan globalement positif de l'application des décisions d'inconstitutionnalité par le législateur et les juridictions confirme ainsi la place majeure occupée par les juridictions constitutionnelles dans les États de droit contemporains. Cette étude souligne également que le respect de la Constitution ne peut reposer uniquement sur la juridiction constitutionnelle. Si le rapport de force entre juge constitutionnel et législateur est inhérent au principe même d'un contrôle de constitutionnalité, celui qui a pu s'instaurer entre juridictions de droit commun et juridiction constitutionnelle apparaît plutôt contre-productif et peut être surmonté. En effet, quel est l'intérêt de cette concurrence pour l'État de droit ? La protection des droits fondamentaux n'est-elle pas l'affaire de tous ? Législateur, gouvernants, juridictions, administrations, avocats, associations, citoyens... apparaissent ainsi comme autant d'acteurs qui participent à l'effectivité de la Constitution et au bon fonctionnement des mécanismes institués.

¹⁰⁵⁰ E. Lamarque, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Laterza, Rome, 2012, p. 101.

SECTION 3 - ETUDES DE QUELQUES SUITES DES DECISIONS D'INCONSTITUTIONNALITE QPC

Marthe Fatin-Rouge Stéfanini

*Directrice de recherches au CNRS,
Directrice adjointe de l'Institut Louis Favoreu-GERJC*

Les suites de quelques décisions QPC ont été étudiées de façon plus précise ci-dessous à partir de la typologie esquissée pour les décisions du Conseil constitutionnel dans le document intitulé « **Les suites des décisions rendues par les juridictions constitutionnelles dans le cadre de questions d'inconstitutionnalité - Etude portant sur les conséquences des déclarations d'inconstitutionnalité** ».

Cette typologie énonce un principe, celui de l'abrogation immédiate avec rétroactivité procédurale, et de nombreuses exceptions ainsi répertoriées : l'extension de l'effet utile, la restriction de l'effet utile, le refus de l'effet utile, l'abrogation différée avec rétroactivité procédurale imposée et l'abrogation différée avec rétroactivité proposée.

Outre le principe, cinq situations ont été étudiées à partir des formules se retrouvant le plus fréquemment dans les décisions du Conseil constitutionnel : **l'extension de l'effet utile aux** « affaires non définitivement jugées », l'abrogation immédiate sans rétroactivité procédurale, l'abrogation différée sans rétroactivité procédurale, l'abrogation différée avec rétroactivité procédurale imposée et l'abrogation différée avec rétroactivité proposée ¹⁰⁵¹.

A) Décisions d'abrogation immédiate

L'abrogation immédiate constitue la règle, cette abrogation peut s'accompagner d'une rétroactivité procédurale plus ou moins étendue en application du pouvoir de modulation du juge constitutionnel. La rétroactivité procédurale au sens strict concerne le litige à l'origine de la QPC et les instances en cours. Au sens large du terme, elle concerne également les affaires non définitivement jugées. Cette rétroactivité procédurale peut également être limitée voire refusée.

1 - L'abrogation immédiate avec rétroactivité procédurale

Conformément aux précisions apportées par le Conseil constitutionnel lors de l'examen de la loi organique relative à l'article 61-1, puis dans les décisions 108 QPC et 110 QPC du 25 mars 2011, le principe est que les décisions d'abrogation immédiate ont un effet utile c'est-à-dire qu'elles bénéficient normalement aux parties qui ont soulevé la QPC et aux instances en cours. Ce sont les effets attachés automatiquement à toutes les décisions d'abrogation immédiate dont les effets n'ont pas été précisés ainsi qu'aux décisions dans lesquelles figure la formule « applicable aux instances en cours ». Si depuis le 25 mars 2011, le Conseil constitutionnel prend soin de définir les effets attachés à chaque décision, à deux exceptions

¹⁰⁵¹ D'autres situations sont étudiées de façon moins approfondie dans le document ci-dessus mentionné dont quelques cas d'application de la formule « qu'elle peut être invoquée dans les instances en cours à cette date et dont l'issue dépend de l'application des dispositions déclarées inconstitutionnelles ».

près¹⁰⁵², cela n'a pas toujours été le cas dans les premières décisions rendues par le Conseil constitutionnel. Or, certaines questions sont d'une telle complexité que les juges ordinaires ont pu rencontrer des difficultés d'application des décisions du Conseil constitutionnel et de la législation consécutive à ces décisions.

Les suites de la décision 2 QPC du 11 juin 2010, Loi dite « Anti-Perruche »

Les suites de la décision 2 QPC du 11 juin 2010, *Loi dite « Anti-Perruche »* constituent une illustration de cette situation, le Conseil constitutionnel n'ayant apporté aucune indication sur la remise en cause des effets passés de la disposition déclarée contraire à la Constitution. En effet, dans cette décision, le Conseil constitutionnel a déclaré contraire à la Constitution les dispositions de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 prévoyant la rétroactivité « aux instances en cours, à l'exception de celles où il a été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation » du dispositif de la loi « Anti-Perruche »¹⁰⁵³ n° 2002-303 du 4 mars 2002. En revanche, il a maintenu le reste du dispositif. Cette loi impose aux parents d'une personne handicapée de démontrer une faute caractérisée d'un professionnel ou d'un établissement de santé pour pouvoir engager leur responsabilité. Elle limite, dans ce cadre, la réparation à l'indemnisation du préjudice moral et renvoie à la solidarité nationale en ce qui concerne la réparation du préjudice matériel. Cependant, au regard notamment du dernier considérant¹⁰⁵⁴, les effets de cette abrogation ont été interprétés différemment par le Conseil d'État et la Cour de cassation, le manque de précision du Conseil constitutionnel offrant à ces dernières l'opportunité de faire revivre, ou survivre, leurs jurisprudences, déjà contradictoires, antérieures à la loi de 2002¹⁰⁵⁵. Le Conseil d'État a considéré que la censure du Conseil constitutionnel ne portait que sur l'application de ce dispositif aux instances en cours au

¹⁰⁵² Décisions n° 159 QPC, 5 août 2011, *Droit de prélèvement dans la succession d'un héritier français* et 287 QPC du 15 janvier 2013, *Validation législative et rémunération pour copie privée II*.

¹⁰⁵³ Dans un arrêt Perruche du 17 novembre 2000, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation avait admis la réparation intégrale du préjudice subi par un enfant né handicapé suite au fait que sa mère avait contracté la rubéole durant sa grossesse ; or, suite à une erreur de diagnostic, ce handicap n'avait pu être décelé à temps pour lui permettre de recourir à l'avortement qu'elle aurait souhaité. Cet arrêt allait à l'encontre de la jurisprudence du Conseil d'État, sect., 14 février 1997, *CH de Nice contre Quarez*.

¹⁰⁵⁴ Le considérant n° 23 de la décision selon lequel « Considérant que le paragraphe I de l'article 1er de la loi du 4 mars 2002 susvisée est entré en vigueur le 7 mars 2002 ; que le législateur l'a rendu applicable aux instances non jugées de manière irrévocable à cette date ; que ces dispositions sont relatives au droit d'agir en justice de l'enfant né atteint d'un handicap, aux conditions d'engagement de la responsabilité des professionnels et établissements de santé à l'égard des parents, ainsi qu'aux préjudices indemnisables lorsque cette responsabilité est engagée ; que, si les motifs d'intérêt général précités pouvaient justifier que les nouvelles règles fussent rendues applicables aux instances à venir relatives aux situations juridiques nées antérieurement, ils ne pouvaient justifier des modifications aussi importantes aux droits des personnes qui avaient, antérieurement à cette date, engagé une procédure en vue d'obtenir la réparation de leur préjudice ; que, dès lors, le 2 du paragraphe II de l'article 2 de la loi du 11 février 2005 susvisée doit être déclaré contraire à la Constitution », qualifié de « considérant mystère » par P. Deumier, « L'après QPC de l'anti-Perruche, épisode 1 », *RTD Civ.*, 2012, p. 71.

¹⁰⁵⁵ Voir notamment X. Bioy, « Nouvelles décisions relatives aux suites de la loi « anti-perruche », *Constitutions*, 2011, p. 403 ; D. Cristol, « L'application dans le temps du dispositif « anti-perruche » : les monologues de la Cour de cassation et du Conseil d'État », *Revue de droit sanitaire et social*, 2012, p. 366 ; P. Deumier, « L'après QPC de l'anti-perruche, épisode 1 », précité et « L'après QPC de l'anti-Perruche, épisode 2 », *RTD Civ.*, 2012, p. 75 ; N. Maziau, « Constitutionnalité et conventionnalité au regard des motifs de la décision n° 2010-2 QPC du Conseil constitutionnel », *Dalloz*, 2012, p. 297 ; D. Vigneau, « La guerre des « trois » aura bien lieu », *Dalloz*, 2012, p. 323.

moment de l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002¹⁰⁵⁶. En revanche, n'est pas concerné par la censure le dispositif prévoyant une application de la loi de 2002 aux « faits antérieurs n'ayant pas donné lieu à une instance ». L'auteur de la QPC, dont le litige relevait de cette seconde situation, n'a donc pas pu tirer profit de l'abrogation¹⁰⁵⁷ à la différence des requérants du second litige qui étaient concernés par la disposition censurée.

La Cour de cassation a, pour sa part, considéré que le champ de l'abrogation n'étant pas clairement défini dans la décision Conseil constitutionnel, la Cour d'appel avait pu à juste titre refuser d'appliquer les dispositions de la loi de 2002 (revenant sur la jurisprudence *Perruche*) à des faits antérieurs à cette loi¹⁰⁵⁸. Il en résulte, par conséquent, pour la Cour de cassation, l'application du droit antérieur à cette loi donc la résurrection de la jurisprudence *Perruche*¹⁰⁵⁹. Pour faire revivre cette jurisprudence, la Cour de cassation s'est appuyée dans son arrêt sur l'absence de motifs suffisamment « clairs et précis » au soutien du dispositif dans la décision rendue par le Conseil constitutionnel concernant les effets de celle-ci. La lecture du commentaire autorisé de cette décision, aux conséquences fort complexes à déterminer, sur le site du Conseil constitutionnel était susceptible de donner quelques indices, ceux-ci indiquant que « la suppression de cette disposition du droit transitoire laissant immédiatement place à l'application des règles de droit commun relatives à l'application de la loi dans le temps, il n'était pas nécessaire que le Conseil fixe des règles transitoires quant aux effets dans le temps de cette déclaration d'inconstitutionnalité ». Cependant, le commentaire n'est pas la décision. Concrètement, ces divergences d'interprétation conduisent à des situations inégales selon que les patientes aient été suivies au cours de leur grossesse par une clinique privée, auquel cas elles bénéficient de l'interprétation de la Cour de cassation, ou par un hôpital public, auquel cas elles se voient appliquer l'interprétation délivrée par le Conseil d'Etat. Un nouvel épisode pourrait donc intervenir cette fois devant la Cour européenne des droits de l'Homme pour trancher cette question d'interprétation de la décision du Conseil constitutionnel¹⁰⁶⁰.

Toutes les décisions QPC dont les effets n'avaient pas été précisés n'ont pas entraîné des difficultés d'interprétation par les juridictions ordinaires comme en témoignent les suites des décisions 18 QPC du 23 juillet 2010, *Carte du combattant*¹⁰⁶¹, 67/86 QPC du 17

¹⁰⁵⁶ CE, ass., 13 mai 2011, *Lazare*, req. 329290 et *Delannoy, Verzele*, req. 317808, concl. Thiellay, *RFDA*, pp. 772-788. X. Magnon, « Des suites de la censure de la loi anti-perruche par le Conseil constitutionnel devant le Conseil d'Etat », *RFDC*, p. 869 ; M. Verpeaux, « Les suites tirées par le Conseil d'Etat des décisions du Conseil constitutionnel » *RFDA*, 2011, p. 806.

¹⁰⁵⁷ CE, ass., 13 mai 2011, *Lazare*, req. 329290.

¹⁰⁵⁸ Cass. civ., 15 décembre 2011, pourvoi n° 10-27.473.

¹⁰⁵⁹ Par ailleurs, même après l'adoption de la loi de 2002, la Cour de cassation avait écarté pour inconstitutionnalité la rétroactivité de la loi pour les dommages survenus avant le 7 mars 2002 (Cass. Ass. Plén., 8 juillet 2008, pourvoi n°07-12159).

¹⁰⁶⁰ Voir N. Maziau, *précité*.

¹⁰⁶¹ Dans cette décision l'exigence d'une condition de nationalité et de domiciliation posée par le troisième alinéa de l'article 253 bis du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre a été considérée contraire au principe d'égalité. Les termes litigieux ont été abrogés. A compter de cette date, la carte de combattant ne pouvait plus être refusée pour ce motif. Le requérant a pu bénéficier de cette abrogation (CE, 17 octobre 2012, N° 354874) ainsi que toutes les affaires dans lesquelles cette disposition constituait le motif de refus de l'attribution de la carte. En outre, dans plusieurs cas, cela s'est traduit par des injonctions adressées aux autorités administratives compétentes (préfecture), suite à des conclusions soulevées en ce sens, d'attribuer la carte de combattant dans un délai déterminé (voir par ex. CAA de Paris, 22 novembre 2011, N° 10PA03807).

décembre 2010, *AFPA - Transfert de biens publics* ¹⁰⁶² ou encore la décision 72/75/82 QPC, 10 décembre 2010, *Publication et affichage du jugement de condamnation* ¹⁰⁶³. Toutefois, après quelques mois de fonctionnement, le Conseil constitutionnel a donc redoublé d'attention quant à la détermination des effets dans le temps de ses décisions quitte à devoir s'intéresser de très près aux conséquences concrètes engendrées par une abrogation.

2 - L'abrogation immédiate avec effet utile pour « les affaires non définitivement jugées » à la date de publication de la décision

Cette formule se retrouve fréquemment dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel ¹⁰⁶⁴. Il s'agit d'une extension de la rétroactivité procédurale au sens strict du terme en s'appliquant au delà d'une instance en cours.

Les suites de la décision 240 QPC du 4 mai 2012, Loi relative à la définition du harcèlement sexuel

Par la décision 240 QPC du 4 mai 2012, le Conseil constitutionnel a abrogé l'article 222-33 du Code pénal relatif à la définition du délit de harcèlement sexuel au motif d'une atteinte au principe de légalité des délits et des peines en raison du manque de clarté et de précision de la définition donnée par ce texte. Cette abrogation immédiate avait fait grand bruit en créant un vide juridique ¹⁰⁶⁵ et ne permettant plus aux procédures en cours se basant sur cette disposition d'aboutir, au détriment des victimes. Un collectif d'association avait d'ailleurs manifesté son mécontentement reprochant au Conseil constitutionnel de ne pas avoir prononcé une abrogation différée, ce qu'il ne pouvait faire sans remettre en cause le principe de rétroactivité *in mitius*. Dans ce contexte, le législateur ne pouvait qu'intervenir rapidement. Cette inconstitutionnalité était pourtant prévisible et depuis la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002, les spécialistes de droit pénal et les parlementaires eux-mêmes savaient que cette disposition devait être réformée car, par manque de précision, elle conduisait notamment à ce que de nombreuses affaires soient classées sans suite. Cependant, c'est dans un contexte bouleversé par l'élection présidentielle et les élections législatives du printemps 2012 que cette abrogation est intervenue, ralentissant de ce fait la procédure conduisant à l'adoption du nouveau texte. La loi n° 2012-954 relative au harcèlement sexuel a été adoptée le 6 août 2012 après mise en œuvre de la procédure accélérée. Elle s'est accompagnée d'une circulaire ¹⁰⁶⁶.

¹⁰⁶² Le Conseil d'État en a accordé le bénéfice au requérant : CE, 5 octobre 2011, n° 326332.

¹⁰⁶³ Dans ce cas, il s'est agi pour la juridiction de cassation de tirer simplement les conséquences de l'abrogation prononcée par le décision du Conseil constitutionnel : Plusieurs affaires sont concernées : Cour de cass. ch. crim. 23 mars 2011, n° 10-83645, prononçant l'annulation partielle d'un arrêt en ce qu'il comportait une peine complémentaire d'affichage et de publication décidée sur le fondement de la disposition déclarée inconstitutionnelle. Voir dans le même sens, par ex. Cass. crim. 13 juin 2012, n° 11-86269 ; Cass. crim., 26 septembre 2012, n° de pourvoi : 11-83359 11-83743 ; Cass. crim., 5 décembre 2012, n° 11-89012.

¹⁰⁶⁴ Voir par ex. 174 QPC du 6 octobre 2011, *Hospitalisation d'office en cas de péril imminent* ; 200 QPC, 2 décembre 2011, *Pouvoir disciplinaire de la Commission bancaire* ; 212 QPC du 20 janvier 2012, *Procédure collective : réunion à l'actif des biens du conjoint* ; 213 QPC, 27 janvier 2012, *COFACE, Suspension des poursuites en faveur de certains rapatriés* ; 240 QPC, 4 mai 2012, *Délit de harcèlement sexuel* ; 279 QPC, 5 octobre 2012, *Régime de circulation des gens du voyage* ; 285 QPC du 30 novembre 2012, *Obligation d'affiliation à une corporation d'artisans en Alsace-Moselle*.

¹⁰⁶⁵ M. Véron, « Harcèlement sexuel – Un vide juridique ? » ? *Droit pénal*, juin 2012, pp. 32-33.

¹⁰⁶⁶ Circ. CRIM n° 2012-15 du 7 août 2012 de présentation des dispositions de droit pénal et de procédure pénale de la loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel.

Au regard de l'émotion provoquée par cette décision, des directives avaient été données aux juridictions en ce qui concerne les affaires en cours au moment de la décision d'abrogation par le Conseil constitutionnel qui sont rappelées par la circulaire ¹⁰⁶⁷. La nouvelle disposition pénale ne pouvant pas être rétroactive, la question se posait de savoir quelles possibilités s'offraient aux victimes des faits commis avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi engagée dans une procédure pénale ayant pris fin avec la décision du Conseil constitutionnel. Tout d'abord, la circulaire rappelle que « si une juridiction d'instruction ou de jugement a été saisie avant la décision du Conseil constitutionnel du 4 mai 2012 de poursuites engagées sur le fondement de l'article 222-33 du code pénal, l'éventuelle requalification des faits, si cette requalification s'avère juridiquement possible, constitue non pas une possibilité mais un devoir pour la juridiction. (...) C'est donc uniquement dans les cas où les faits dont elle a été saisie ne peuvent constituer aucune infraction pénale, comme par exemple des violences, du harcèlement moral ou des tentatives d'agression sexuelle, que la juridiction doit constater l'extinction de l'action publique ». La circulaire insiste également sur la nécessité d'informer les victimes de la possibilité de saisir le juge civil et l'attention particulière que devra accorder le bureau d'aide juridictionnelle aux demandes de ces victimes ¹⁰⁶⁸. En outre, le législateur a prévu une disposition transitoire. L'article 12 de la loi du 6 août 2012 prévoit que « Lorsque, en raison de l'abrogation de l'article 222-33 du code pénal résultant de la décision du Conseil constitutionnel n° 2012-240 QPC du 4 mai 2012, le tribunal correctionnel ou la chambre des appels correctionnels constate l'extinction de l'action publique, la juridiction demeure compétente, sur la demande de la partie civile formulée avant la clôture des débats, pour accorder, en application des règles du droit civil, réparation de tous les dommages résultant des faits qui ont fondé la poursuite ainsi que le paiement d'une somme qu'elle détermine au titre des frais exposés par la partie civile et non payés par l'Etat ». Si aucune juridiction pénale n'a été saisie, les victimes conservent la possibilité d'obtenir réparation sur le plan civil sur le fondement du principe de responsabilité découlant de l'article 1382 du Code civil ¹⁰⁶⁹.

Le législateur a donc, alors que cela n'était pas requis par le Conseil constitutionnel, veillé particulièrement à aménager, dans la mesure de ce qui était constitutionnellement possible, les effets de l'abrogation pour les victimes.

La Cour de cassation a fait application de la décision d'abrogation aux affaires dont elle était saisie ¹⁰⁷⁰.

Elle a considéré par ailleurs, dans un arrêt du 11 juillet 2012 ¹⁰⁷¹, que la décision 240 QPC du 4 mai 2012 ne constituait pas un changement de circonstances de nature à justifier que la disposition relative au harcèlement moral, dont la conformité avait déjà été vérifiée par le Conseil constitutionnel en 2002 ¹⁰⁷², puisse faire l'objet d'un renvoi en QPC devant le Conseil constitutionnel.

¹⁰⁶⁷ Point 4.4.2.

¹⁰⁶⁸ Point 4.4.2. b)

¹⁰⁶⁹ Voir G. Beaussonie, « Loi relative au harcèlement sexuel », *Revue de sciences criminelles*, 2013, pp. 906 et ss.

¹⁰⁷⁰ Notamment Cass. crim., 6 juin 2012, n°11-82.063 et Cass. crim. 25 septembre 2012, n° 12-84766.

¹⁰⁷¹ Plusieurs demandes de renvoi rejetées dont Cass. crim., 11 juillet 2012, n°11-88.114.

¹⁰⁷² Décision n° 2002-455 DC du 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, cons. 80-86.

3 - L'abrogation immédiate sans rétroactivité procédurale

Cette absence d'effet utile apparue avec la décision 223 QPC du 17 février 2012 pour une abrogation immédiate est de moins en moins exceptionnelle. Quatre décisions peuvent être répertoriées : décision n° 223 QPC du 17 février 2012, *Garde à vue en matière de terrorisme : désignation de l'avocat* (9. Considérant que l'abrogation de l'article 706-88-2 du code de procédure pénale prend effet à compter de la publication de la présente décision ; qu'elle est applicable à toutes les gardes à vue mises en œuvre à compter de cette date) ; décision n° 228/229 QPC du 6 avril 2012, *Enregistrement audiovisuel des interrogatoires et des confrontations des personnes mises en cause en matière criminelle* (11. Considérant que l'abrogation des septièmes alinéas des articles 64-1 et 116-1 du code de procédure pénale prend effet à compter de la publication de la présente décision ; qu'elle est applicable aux auditions de personnes gardées à vue et aux interrogatoires des personnes mises en examen qui sont réalisés à compter de cette date) ; la décision n° 284 QPC du 23 novembre 2012, *Droit des parties non assistées par un avocat et expertise pénale* (5. Considérant que cette déclaration d'inconstitutionnalité prend effet à compter de la date de publication de la présente décision ; qu'elle est applicable à toutes les décisions ordonnant une expertise prononcées postérieurement à la publication de la présente décision) et 286 QPC du 7 décembre 2012, *Saisine d'office du tribunal pour l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire* (8. Considérant que cette déclaration d'inconstitutionnalité prend effet à compter de la date de la publication de la présente décision ; qu'elle est applicable à tous les jugements d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire rendus postérieurement à cette date).

Trois de ces décisions concernent la procédure pénale. La dernière visait une procédure de redressement judiciaire (286 QPC). Dans ces quatre cas, l'abrogation de la disposition (223 QPC et 228/229 QPC) ou de quelques mots dans une disposition (284 QPC et 286 QPC) n'a pas créé de vide juridique, soit parce que d'autres dispositions étaient applicables, soit parce que ce qui subsistait de la disposition restait applicable en l'état. L'intervention du législateur n'était donc pas nécessairement requise ou du moins sans urgence. L'absence d'effet utile visait à ne pas remettre en cause l'ensemble des procédures en cours, ce qui aurait des conséquences trop importantes tant en matière pénale (ce qui en rendant les procédures en cours irrégulières irait à l'encontre des objectifs de prévention de l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions) qu'en matière de redressement judiciaire car cela fragiliserait toutes les procédures en cours ouverte d'office par un tribunal de commerce. Cette absence d'effet utile n'est généralement pas bien comprise par les justiciables, en particulier ceux ayant introduit la QPC. Cela s'est manifesté notamment, de la part des requérants à l'origine de la 284 QPC, par une requête en rectification d'erreur matérielle à l'encontre de la décision 284 QPC afin de demander au Conseil constitutionnel qu'il « complète sa décision par une précision propre à en assurer l'effet utile ». Cette requête a été rejetée par le Conseil constitutionnel dans la décision n° 284R QPC du 27 décembre 2012 dans laquelle il a estimé que : « 2. Considérant qu'en demandant que le Conseil constitutionnel « complète sa décision par une précision propre à en assurer l'effet utile », Mme L. remet en cause la décision du Conseil constitutionnel sur les conditions dans lesquelles cette déclaration d'inconstitutionnalité prend effet ; qu'elle ne demande pas la rectification d'une erreur matérielle ; qu'il s'ensuit que sa requête doit être rejetée ».

Concernant la décision 228/229 QPC en particulier, la Cour de cassation tiré les conséquences de cette abrogation immédiate en refusant d'appliquer la déclaration

d'inconstitutionnalité au litige au cours duquel les QPC avaient été soulevées (Cass. crim., 10 mai 2012, pourvoi n° 11-87.328) ¹⁰⁷³.

L'absence d'effet utile constitue la règle en cas d'abrogation différée.

B) Décisions d'abrogation différée

En cas d'abrogation différée, les effets de l'abrogation de la disposition déclarée inconstitutionnelle sont reportés à une date fixée par le Conseil constitutionnel. Ce délai permet au législateur de réagir pour éviter les conséquences « manifestement excessives »¹⁰⁷⁴ ou tout simplement non souhaitées ¹⁰⁷⁵, d'une déclaration d'inconstitutionnalité et parfois la mise en cause d'autres droits, principes constitutionnels ou objectifs de valeur constitutionnelle ¹⁰⁷⁶ (ex. : les objectifs de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions ¹⁰⁷⁷, les exigences de protection de la santé et de prévention des atteintes à l'ordre public ¹⁰⁷⁸, la méconnaissance du principe fondamental reconnu par les lois de la République relatif à la justice pénale des mineurs ¹⁰⁷⁹). De ce fait, le législateur agit sous une contrainte, celle du temps, car son inertie risquerait selon les cas d'entraîner des conséquences plus ou moins importantes voire inconstitutionnelles.

Le Conseil constitutionnel accorde d'une manière générale un délai suffisant pour permettre au législateur d'intervenir.

¹⁰⁷³ C. Girault, « Suites de l'abrogation immédiate des septièmes alinéas des articles 64-1 et 116-1 du Code de procédure pénale », *Dalloz*, Actualité, 7 juin 2012.

¹⁰⁷⁴ Dans la décision 45 QPC du 6 octobre 2010, *Noms de domaine internet*, le Conseil constitutionnel relève « qu'en égard au nombre de noms de domaine qui ont été attribués en application des dispositions de l'article L. 45 du code des postes et des communications électroniques, l'abrogation immédiate de cet article aurait, pour la sécurité juridique, des conséquences manifestement excessives ». Parfois ces conséquences manifestement excessives ne sont pas expressément précisées par le Conseil constitutionnel : par ex. 182 QPC du 14 octobre 2011, *Servitude administrative de passage et d'aménagement en matière de lutte contre l'incendie* ou encore 208 QPC du 13 janvier 2012, *Confiscation des marchandises saisies en douane*.

¹⁰⁷⁵ 1 QPC, 28 mai 2010, *Cristallisation des pensions* : « Considérant que l'abrogation de l'article 26 de la loi du 3 août 1981, de l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002 et de l'article 100 de la loi du 21 décembre 2006 a pour effet de replacer l'ensemble des titulaires étrangers, autres qu'algériens, de pensions militaires ou de retraite dans la situation d'inégalité à raison de leur nationalité résultant des dispositions antérieures à l'entrée en vigueur de l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002 ». Voir également 108 QPC du 25 mai 2011, *Pension de réversion des enfants* : « Considérant que l'abrogation de l'article L. 43 du code des pensions civiles et militaires de retraite aura pour effet, en faisant disparaître l'inconstitutionnalité constatée, de supprimer les droits reconnus aux orphelins par cet article » ; 112 QPC du 1^{er} avril 2011, *Frais irrépétibles devant la Cour de cassation* : « Considérant que l'abrogation de l'article 618-1 du code de procédure pénale aura pour effet, en faisant disparaître l'inconstitutionnalité constatée, de supprimer les droits reconnus à la partie civile par cet article » ou encore 262 QPC du 13 juillet 2012, *Association France Nature Environnement* : « que l'abrogation immédiate des dispositions déclarées contraires à la Constitution aurait pour seul effet de faire disparaître les dispositions permettant l'information du public sans satisfaire aux exigences du principe de participation de ce dernier ».

¹⁰⁷⁶ Qui peut d'ailleurs faire partie de ces « conséquences manifestement excessives ».

¹⁰⁷⁷ Décisions 14/22 QPC du 30 juillet 2012, *Garde à vue* ; décision 32 QPC du 22 septembre 2010, *Retenue douanière*.

¹⁰⁷⁸ Décision 71 QPC du 26 novembre 2010, *Hospitalisation sans consentement* ; décision 135/140 QPC du 9 juin 2011, *Hospitalisation d'office*.

¹⁰⁷⁹ 147 QPC du 8 juillet 2011, *Composition du tribunal pour enfants*.

Sur le fond, le juge constitutionnel doit avoir le souci d'orienter ou, du moins, d'informer le législateur sur la portée d'une disposition constitutionnelle, par rapport à la question que doit traiter le législateur, sans se substituer à lui. D'ailleurs, il a rappelé à de nombreuses reprises, comme il le fait par ailleurs dans l'exercice du contrôle *a priori*, qu'il « ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement »¹⁰⁸⁰. On peut, cependant, noter que, dans le cadre du contrôle *a posteriori*, le Conseil constitutionnel peut être plus facilement tenté de donner des indications si précises qu'il en résultera en pratique une faible marge d'appréciation pour le législateur.

Le Conseil constitutionnel est, en effet, confronté à des lois appliquées, mises en œuvre par des textes réglementaires ou donnant lieu à des pratiques dont il a nécessairement connaissance. Le juge bien que constitutionnel ne peut s'abstraire des réalités. La difficulté pour le juge constitutionnel est de situer la limite de son interprétation pour ne pas empiéter sur la marge d'appréciation du législateur. D'ailleurs, il arrive parfois que ce qui ne peut être dit dans la décision se trouve un peu plus explicité dans les commentaires en ligne sur le site du Conseil constitutionnel ou fasse tout simplement l'objet de ces échanges officiels, mais nécessaires et efficaces, entre ceux qui confectionnent la loi et ceux qui la contrôlent.

La marge de manœuvre dont dispose le législateur est variable en fonction des conséquences entraînées par l'abrogation. S'il s'agit, par exemple, d'éviter la mise en cause d'autres principes, règles ou objectifs de valeur constitutionnelle, la contrainte pesant sur le législateur est très importante¹⁰⁸¹.

Jusqu'à présent, le législateur a fait preuve de réactivité¹⁰⁸², les délais accordés par le Conseil constitutionnel ont été mis à profit¹⁰⁸³. Notons que parfois l'abrogation différée ne vise pas le législateur mais les autorités administratives. Ce fut le cas dans la décision 192 QPC du 10 novembre 2011, *Secret défense*, dans lequel plusieurs dispositions législatives ont été abrogées avec un effet différé de quelques jours puisque la date de l'abrogation avait été reportée au 1^{er} décembre 2011. Le Conseil constitutionnel avait justifié ce report par la nécessité de « permettre à l'autorité administrative de tirer les conséquences de cette inconstitutionnalité ». Ce qui a été fait par l'adoption de l'arrêté du 30 novembre 2011 portant approbation de l'instruction générale interministérielle n° 1300 sur la protection du secret de la défense nationale.

1 – L'abrogation différée sans rétroactivité procédurale

Cette situation concerne la majorité des abrogations différées décidées par le Conseil constitutionnel. Pour notre période de référence, cela concerne 20 décisions : 14/22 QPC du 30 juillet 2010, *Garde à vue*, 32 QPC du 22 septembre 2010, *Retenue douanière*, 45 QPC du 6 octobre 2010, *Retenue douanière*, 71 QPC du 26 novembre 2010, *Hospitalisation sans consentement*, 135/140 QPC du 9 juin 2011, *Hospitalisation d'office*, 147 QPC du 8 juillet 2011, *Composition du Tribunal pour enfants*, 182 QPC du 14 octobre 2011, *Servitude administrative de passage et d'aménagement en matière de lutte contre l'incendie*, 183/184

¹⁰⁸⁰ Voir par exemple, décision n° 14/22 QPC du 30 juillet 2010, cons. n° 30.

¹⁰⁸¹ Voir sur ce point, A. Vidal-Naquet, « Le réflexe constitutionnel du législateur et la QPC », in Magnon (X.), Bioy (X.), Mastor (W.), Mouton (S.), *Le réflexe constitutionnel. Question sur la question prioritaire de constitutionnalité*, Bruylant, 2013, pp. 125-127.

¹⁰⁸² Voir en ce sens, A. Vidal-Naquet, précitée, pp. 129-132.

¹⁰⁸³ Mis à part en ce qui concerne la décision 205 QPC qui concerne le législateur de Nouvelle-Calédonie.

QPC du 14 octobre 2011, *Projets de nomenclature et de prescriptions générales relatives aux installations classées pour la protection de l'environnement*, 192 QPC du 10 novembre 2011, *Secret défense*, 203 QPC du 2 décembre 2011, *Vente des biens saisis par l'administration douanière*, 205 QPC du 9 décembre 2011, *Code du travail de Nouvelle-Calédonie, rupture du contrat de travail d'un salarié protégé*, 208 QPC du 13 janvier 2012, *Confiscation de marchandises saisies en douane*, 226 QPC du 6 avril 2012, *Conditions de prise de possession d'un bien ayant fait l'objet d'une expropriation pour cause d'utilité publique*, 235 QPC du 20 avril 2012, *Soins psychiatriques sans consentement* ; 262 QPC du 13 juillet 2012, *Projets de règles et prescriptions techniques applicables aux installations classées pour la protection de l'environnement soumises à autorisation*, 268 QPC du 27 juillet 2012, *Recours contre l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État*, 269 QPC du 27 juillet 2012, *Dérogations aux mesures de préservation du patrimoine biologique et principe de participation du public*, 270 QPC du 27 juillet 2012, *Délimitation des zones de protection d'aires d'alimentation des captages d'eau potable et principe de participation du public*, 282 QPC du 23 novembre 2012, *Autorisation d'installation de bâches publicitaires et autres dispositifs de publicité*, 283 QPC du 23 novembre 2012, *Classement et déclassé de sites*.

Les suites de la décision 14/22 QPC du 30 juillet 2010, Garde à vue

Dans cette décision, le Conseil constitutionnel déclare non conforme à la Constitution plusieurs dispositions du Code de procédure pénale relatives à la garde à vue. Cette déclaration d'inconstitutionnalité n'était pas une surprise au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en particulier quant à l'assistance d'un avocat au cours de la garde à vue¹⁰⁸⁴. Cela avait eu pour conséquence de créer un malaise parmi les juridictions de fond, certaines écartant l'application de la procédure prévue par le code au motif de son inconventionnalité, les autres continuant à l'appliquer¹⁰⁸⁵. Le Conseil constitutionnel a estimé que l'abrogation de cette disposition devait être reportée au 1^{er} juillet 2011 au motif que « l'abrogation immédiate des dispositions contestées méconnaîtrait les objectifs de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions et entraînerait des conséquences manifestement excessives » (cons. 30). Il a également précisé que « les mesures prises avant cette date en application des dispositions déclarées contraires à la Constitution ne peuvent être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité », écartant par la même toute éventualité d'une interprétation rétroactive de cette abrogation pour les instances en cours ou les requérants ayant déposé les demandes de QPC à l'origine de la décision du 30 juillet 2010. Avant l'adoption de la nouvelle loi s'est ouverte une période durant laquelle a été maintenue la procédure de garde à vue censurée par le Conseil constitutionnel, l'inconstitutionnalité ne prenant effet qu'à partir du 1^{er} juillet 2011. Or, durant cette période, la procédure française de garde à vue a été clairement déclarée incompatible avec l'article 6 de la CEDH par un arrêt du 14 octobre 2010 de la Cour européenne des droits de l'Homme condamnant la France¹⁰⁸⁶. La Cour de cassation a alors tiré les conséquences à la fois de la décision du Conseil constitutionnel et de la jurisprudence de la CEDH dans trois arrêts rendus le 19 octobre 2010¹⁰⁸⁷. Le contrôle de la conventionnalité de la procédure de

¹⁰⁸⁴ Voir en particulier CEDH, 27 novembre 2008, *Salduz c. Turquie* et 13 octobre 2009, (gr. ch.), *Danayan c. Turquie*.

¹⁰⁸⁵ Voir notamment A. Marion et M. Hass, « Tandis que les gardes à vue explosent, la garde à vue implose », *Droit pénal*, Dossier, 2010, n° 3, p. 11.

¹⁰⁸⁶ CEDH, 14 octobre 2010, *Brusco c. France*.

¹⁰⁸⁷ Cass. crim. 19 octobre 2010, pourvois n° 10-82306, 10-85051 et 10-82902 (3 arrêts) publiés au bulletin.

garde à vue aurait dû, en application de la décision de la Cour européenne des droits de l'Homme, la conduire à écarter la loi française maintenue en vigueur par le Conseil constitutionnel. Or, tout en reconnaissant l'inconventionnalité de cette procédure, la Cour de cassation décida de s'aligner sur l'effet différé prononcé par le Conseil constitutionnel dans la décision du 30 juillet 2010. Elle annula alors les arrêts ayant écarté l'application de la loi pour inconventionnalité au motif d'un risque d'« atteinte au principe de sécurité juridique et à la bonne administration de la justice » toute en reconnaissant que, dans deux des trois affaires qui lui étaient présentées, la chambre d'instruction avait fait « une exacte application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme »¹⁰⁸⁸. Les effets de l'inconventionnalité sont donc à leur tour différés jusqu'à l'intervention de la nouvelle loi et, au plus tard, le 1^{er} juillet 2011, au grand dam des intéressés, de leurs avocats, du Syndicat de la magistrature et de la doctrine¹⁰⁸⁹. Ce faisant, la Cour de cassation fait application de la circulaire du 30 juillet 2010 de la Directrice des Affaires criminelles et des Grâces du Ministère de la justice. Deux autres circulaires suivront, dans le même sens, le 19 octobre 2010 et le 4 novembre 2010, cette dernière insistant sur la nécessité d'éviter une rupture d'égalité entre les justiciables¹⁰⁹⁰. Cependant, toutes les juridictions ne suivront pas ces directives ; certaines annulant de façon immédiate les procédures de garde à vue en application de la Convention européenne des droits de l'Homme et au mépris de la jurisprudence de la Cour de cassation, créant ainsi une « protection des droits fondamentaux à géométrie variable »¹⁰⁹¹. Nouveaux rebondissements, le 15 avril 2011, au lendemain de l'adoption de la loi sur la garde à vue, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation ne suit pas la position de la chambre criminelle du 19 octobre 2010 quant au droit applicable durant

¹⁰⁸⁸ Cass. crim. 19 octobre 2010, pourvois n° 10-85051 et n° 10-82306 (extraits de ce dernier) : « Attendu qu'en prononçant ainsi, la chambre de l'instruction a fait l'exacte application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

Attendu que, toutefois, l'arrêt encourt l'annulation dès lors que les règles qu'il énonce ne peuvent s'appliquer immédiatement à une garde à vue conduite dans le respect des dispositions législatives en vigueur lors de sa mise en oeuvre, sans porter atteinte au principe de sécurité juridique et à la bonne administration de la justice ;

Que ces règles prendront effet lors de l'entrée en vigueur de la loi devant, conformément à la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010, modifier le régime juridique de la garde à vue, ou, au plus tard, le 1^{er} juillet 2011 ».

¹⁰⁸⁹ Voir notamment, S. Torcol, « Les effets dans le temps de la déclaration d'inconstitutionnalité et la protection des droits fondamentaux après la question prioritaire de constitutionnalité sur la garde à vue », *CRDF*, n° 9, 2011, pp. 76-83.

¹⁰⁹⁰ Voir S. Torcol, *précité*, p. 78. Le Conseil d'État a d'ailleurs été saisi d'un recours en excès de pouvoir formé contre cette circulaire fondé en particulier sur un moyen tiré du non respect de la Convention européenne des droits de l'Homme. Le Conseil d'État a rejeté ce recours de manière très diplomate (voir CE, 24 avril 2012, req. n° 345301, : « Considérant que la circulaire attaquée n'a pas d'autre objet que de commenter la jurisprudence constitutionnelle et judiciaire, en vigueur à la date de son édicton, relative aux dispositions du code de procédure pénale concernant la garde à vue et de prescrire aux magistrats du ministère public de s'y conformer en mettant en oeuvre strictement les dispositions pertinentes du code de procédure pénale, toujours applicables, dans l'attente de l'entrée en vigueur de la loi destinée à les mettre en conformité avec les exigences constitutionnelles et conventionnelles ; que, dès lors, le moyen tiré de ce que cette circulaire serait entachée d'illégalité en ce qu'elle prescrirait de continuer à appliquer des dispositions du code de procédure pénale contraires aux stipulations de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et en ce qu'elle ferait obstacle, fût-ce pour une durée déterminée, à l'application immédiate des principes découlant de ces stipulations, ne peut qu'être écarté ». Voir commentaire R. Grand, « Contrôle du juge sur une circulaire interprétant une décision de justice », *Dalloz, actualité*, 9 mai 2012.

¹⁰⁹¹ Voir les affaires citées par S. Torcol, *précité*, p. 79.

la période transitoire. Dans quatre arrêts, elle décide de ne pas écarter l'effet immédiat de l'inconventionnalité de la procédure de garde à vue censurée par le Conseil constitutionnel ¹⁰⁹² et prononce une annulation dans l'une des affaires qui lui était soumise ¹⁰⁹³. La chambre criminelle a suivi cette position dans plusieurs arrêts rendus le 31 mai 2011 ¹⁰⁹⁴.

La Cour européenne des droits de l'homme a été saisie de la conformité à la Convention des arrêts rendus par la Cour de cassation le 19 octobre 2010, différant l'application de l'inconventionnalité de la procédure initiale. La saga de l'application de la décision du Conseil constitutionnel n'est donc pas terminée ; elle constitue, certes, un cas d'étude très intéressant pour la doctrine mais, comme dans l'affaire *Perruche*, cette cacophonie juridique reste incompréhensible pour les justiciables.

Le législateur est intervenu par la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue. Cette loi vient également remédier à l'inconstitutionnalité décelée par le Conseil constitutionnel dans la décision 32 QPC du 22 septembre 2011, *Retenue douanière*. Elle tire les conséquences des décisions du Conseil constitutionnel mais également celles de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Elle n'a rien prévu quant à la période transitoire, conformément, au demeurant, à la décision du Conseil constitutionnel. Ses conditions d'entrée en vigueur sont définies à l'article 26 : « La présente loi entre en vigueur le premier jour du deuxième mois suivant sa publication au Journal officiel et au plus tard le 1er juillet 2011.

La présente loi est applicable aux mesures de garde à vue prises à compter de son entrée en vigueur ».

Le Conseil constitutionnel a pu exercer un contrôle à « double détente » sur ces dispositions. Il a, en effet, été saisi de plusieurs QPC relatives au régime de la garde à vue instauré par la loi « correctrice » du 14 avril 2011, sur lesquelles il s'est prononcé et dont il a pu confirmer la conformité à la Constitution dans la décision n° 191/194/195/196/197 QPC du 18 novembre 2011, *Garde à vue II*.

Les suites des décisions censurant le non-respect de l'article 7 de la Charte de l'environnement

La loi n° 2012-1460 du 27 décembre 2012 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement ¹⁰⁹⁵ est intervenue consécutivement à six décisions QPC rendues par le Conseil constitutionnel mettant en cause plusieurs dispositions du Code de l'environnement ¹⁰⁹⁶. Si les effets dans l'espace de ces décisions sont identiques (l'absence d'effets rétroactifs pour les procédures en cours, ou celles qui seraient organisées avant la date de report fixée par le Conseil constitutionnel), les dates d'abrogation des dispositions litigieuses étaient fixées au 1^{er} janvier 2013 pour trois décisions (183/184 QPC, 262 QPC, 270 QPC) rendues entre le 14 octobre 2011 et le 27 juillet 2012, et au 1^{er} septembre 2013 pour les trois autres dont celles de novembre 2012. Si la date du 1^{er} janvier 2013 était assez éloignée de la première décision rendue (le 14 octobre 2011), elle

¹⁰⁹² Cass. Ass. Plén., 15 avril 2011, pourvois n° 10-30316, n° 10-30313, n° 10-30242, n°10-17049.

¹⁰⁹³ Pourvoi n°10-17049.

¹⁰⁹⁴ Cass. crim., 31 mai 2011, pourvois n° 10-80034, n° 11-81412, n° 10-88293, n° 10-88809.

¹⁰⁹⁵ JO, 28 déc. 2012, p. 20578.

¹⁰⁹⁶ Décisions n° 183/184 QPC du 14 octobre 2011 ; 262 QPC du 13 juillet 2012 ; 269 QPC et 270 QPC du 27 juillet 2012 ; 282 QPC et 283 QPC du 23 novembre 2012.

était en revanche assez proche pour celles rendues en juillet 2012. Cette circonstance a justifié la mise en œuvre de la procédure accélérée par le Gouvernement. Quant aux deux dernières décisions rendues, datant du 23 novembre 2012, on aurait pu s'attendre à ce qu'elles se manifestent sous forme d'amendements au texte dont les travaux étaient largement avancés. A cette date, la première lecture devant chaque assemblée était achevée et la Commission mixte paritaire devait se prononcer. Les deux nouvelles décisions du Conseil constitutionnel n'ont pas donné lieu à amendements sur le projet de loi. Madame Delphine Batho, Ministre de l'écologie, lors de la séance du 13 décembre 2012 a simplement fait allusion à ces décisions pour indiquer que le nouveau projet de loi n'apparaissait pas contraire aux dernières indications données par le Conseil constitutionnel ¹⁰⁹⁷.

Notons que cette loi ne constitue pas seulement une « réaction » aux censures du Conseil constitutionnel, ce n'est pas son seul objet car elle s'inscrit également dans le cadre des axes politiques du nouveau gouvernement en matière environnementale ¹⁰⁹⁸. Dans l'élaboration de cette loi, le législateur à la fois corrige le texte pour le rendre conforme à la Constitution mais, comme en attestent les travaux préparatoires, se montre également attentif aux messages que fait passer le Conseil constitutionnel pour éviter, dans la mesure du possible, des censures ultérieures. Ainsi en va-t-il, par exemple, de la notion d'« incidence sur l'environnement », prévue à l'article 7 de la Charte, dont le Conseil constitutionnel est amené à préciser les contours au fil de sa jurisprudence ¹⁰⁹⁹. Le Parlement a également eu un souci de

¹⁰⁹⁷ Assemblée nationale, 1^{ère} séance du jeudi 13 décembre 2012, compte rendu intégral sur le site de l'Assemblée Nationale : « Vous le savez, depuis que le projet vous a été soumis en première lecture, le contexte juridique de nos discussions a évolué, puisque le Conseil constitutionnel a rendu, le 23 novembre dernier, deux décisions sur des questions prioritaires de constitutionnalité relatives à la méconnaissance de l'article 7 de la Charte de l'environnement. Ces décisions ont confirmé que nous sommes sur la bonne voie. Le Conseil constitutionnel a ainsi jugé contraire à l'article 7 le fait de limiter le champ d'application de la procédure actuelle de participation électronique aux seuls actes réglementaires. Le projet de loi y répond, puisque nous étendons ce dispositif aux décisions d'espèce et aux décisions individuelles. Le Conseil constitutionnel a également confirmé, en statuant sur un arrêté municipal pris en matière de réglementation de la publicité, que les décisions des collectivités locales entraînent bien dans le champ du principe de participation du public, ce qui confirme la nécessité de l'ordonnance prévue à l'article 7 du projet.

Le Conseil constitutionnel a également précisé que n'étaient concernées par le principe de participation que les décisions ayant une incidence « directe et significative » sur l'environnement. Le projet de loi mentionne, quant à lui, les décisions ayant « une incidence » sur l'environnement. Nous maintenons cette formule, qui est celle de la Charte de l'environnement et qui sera sans doute interprétée à la lumière de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Pour le reste, c'est-à-dire la procédure concrète à respecter pour appliquer le principe de participation, le juge constitutionnel n'a rien dit. Nous sommes donc renvoyés à notre imagination et à notre efficacité ».

¹⁰⁹⁸ Voir B. Delaunay, « La réforme de la participation du public », *AJDA*, 18 février 2013, n° 6/2013, p. 345.

¹⁰⁹⁹ Voir en particulier la décision 282 QPC du 23 novembre 2012, cons. 16 : « 16. Considérant que l'article 7 de la Charte de l'environnement prévoit que le principe de participation du public s'exerce « dans les conditions et les limites définies par la loi » ; qu'en prévoyant que ne doivent être regardées comme « ayant une incidence sur l'environnement » que les décisions qui ont une incidence « directe et significative » sur l'environnement, le législateur a fixé au principe de participation du public des limites qui ne méconnaissent pas les exigences de l'article 7 de la Charte de l'environnement ». Pour autant certains parlementaires craignent que l'absence de précision sur cette notion d'incidence entraîne de nouvelles censures, voir A. Leboeuf, Assemblée nationale, séance du 13 décembre 2012, « Nous sommes en effet en droit de nous interroger sur sa conformité avec la décision rendue le 23 novembre dernier par le Conseil constitutionnel, qui a statué sur une nouvelle question prioritaire de constitutionnalité relative à l'article L.120-1 du code de l'environnement. À cette occasion, le Conseil constitutionnel a bien précisé que n'étaient concernées par le principe de participation que les décisions ayant une incidence directe et significative sur l'environnement. Or, le présent texte fait simplement référence aux décisions ayant une incidence sur l'environnement. En maintenant cette formulation, différente de celle utilisée par le Conseil constitutionnel et qui donne un

simplification et d'efficacité pour répondre aux impératifs de constitutionnalité. Ainsi, l'article L. 120-1 du Code de l'environnement, dans sa rédaction issue de cette loi, définit la procédure de droit commun de participation du public aux décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement. Les procédures particulières jugées par le Conseil constitutionnel contraires à l'article 7 de la Charte de l'environnement ont été simplement supprimées pour relever désormais de la procédure de consultation directe du public instaurée à l'article L. 120-1. Les modalités de la procédure mise en place visent à permettre une participation « effective » du « public », que ne prévoyaient pas certaines procédures antérieures qui se limitaient à permettre aux personnes intéressées de présenter des observations, sans qu'une prise en compte de celles-ci par l'administration ne soit garantie¹¹⁰⁰.

Les déclarations d'inconstitutionnalité ont donc eu un effet moteur dans l'élaboration d'un nouveau texte avant le 1^{er} janvier 2013, conduisant la législature à se saisir pleinement de la portée du principe de participation du public tel qu'énoncé à l'article 7 de la Charte de l'environnement et précisé par la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Quant aux conséquences de ces déclarations d'inconstitutionnalité devant les juridictions ordinaires, une recherche sur Legifrance laisse apparaître que seule la décision 183/184 QPC est citée par la jurisprudence administrative. Trois arrêts du Conseil d'État ont été rendus en 2012 tirant les conséquences d'une absence d'effet utile y compris pour les parties ayant soulevé la QPC. Dans le premier, du 13 juillet 2012¹¹⁰¹, il s'agissait d'une instance introduite après que le Conseil constitutionnel ait rendu sa décision. Le Conseil d'État rappelle que, certes, l'article L. 511-2 du Code de l'environnement a été déclaré contraire à la Constitution par le Conseil constitutionnel, cependant il souligne d'une part que le Conseil constitutionnel n'a pas entendu remettre en cause les effets antérieurement produits par cette disposition et d'autre part, qu'en l'espèce les requêtes ayant été introduites postérieurement à la décision du Conseil constitutionnel, la déclaration d'inconstitutionnalité est, « en tout état de cause, sans incidence dans la présente instance ».

Dans le second arrêt, du 14 novembre 2012¹¹⁰², il s'agissait pour le Conseil d'État de tirer les conséquences, pour les parties ayant soulevé la QPC dans le cadre d'un recours en excès de pouvoir, de la déclaration d'inconstitutionnalité de l'article L. 511-2 du Code de l'environnement. Après avoir rappelé que, dans la décision du Conseil constitutionnel, « l'absence de prescriptions relatives à la remise en cause des effets produits par le second alinéa de l'article L. 511-2 avant son abrogation doit, en l'espèce, eu égard, d'une part, à la circonstance que la question prioritaire de constitutionnalité a été soulevée à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre un acte réglementaire, d'autre part, à la circonstance que le Conseil constitutionnel a décidé de reporter dans le temps les effets abrogatifs de sa décision, être regardée comme indiquant que le Conseil constitutionnel n'a pas entendu remettre en cause les effets que la disposition déclarée contraire à la Constitution avait produits avant la date de son abrogation ». Il en tire la conséquence d'une

périmètre beaucoup plus large au champ des décisions qui seront concernées par le principe de participation du public, nous pouvons nous interroger sur la sécurité juridique du dispositif que ce texte propose ».

¹¹⁰⁰ Voir la décision 283 QPC du 23 novembre 2012, cons. 26 et 27 et les commentaires en ligne sur le site du Conseil constitutionnel.

¹¹⁰¹ Req. n° 353565.

¹¹⁰² Req. n° 340539. D. Poupeau, « Conséquences d'une déclaration d'inconstitutionnalité différée dans le temps », *Dalloz*, Actualité, 28 nov. 2012.

inapplicabilité de la déclaration d'inconstitutionnalité au litige. L'avantage de l'annulation d'une décision administrative consécutive à un recours en excès de pouvoir est ainsi neutralisé par l'effet différé sans rétroactivité procédurale de la déclaration d'inconstitutionnalité de la disposition législative sur le fondement de laquelle cette décision administrative est intervenue.

Enfin, dans l'arrêt du 26 décembre 2012 1103, le Conseil d'État a également appliqué au litige l'article 511-2 dans la version censurée par le Conseil constitutionnel même si l'abrogation de cette disposition prenait effet quelques jours plus tard.

2 - L'abrogation différée avec rétroactivité procédurale imposée

L'effet différé avec rétroactivité procédurale imposée consiste pour le Conseil constitutionnel à contraindre le législateur à prévoir des effets rétroactifs dans le cadre de la nouvelle législation, rétroactivité qui vaudra dans les conditions que le Conseil constitutionnel détermine. Cette rétroactivité s'accompagne d'une demande adressée aux juridictions de surseoir à statuer jusqu'à ce que la nouvelle législation intervienne.

Deux décisions sont concernées dans notre période de référence (28 mai 2010- 30 décembre 2012) : la décision 1 QPC et la décision 83 QPC.

Les suites de la décision 1 QPC du 28 mai 2010, *Cristallisation des pensions*

Dans la décision 1 QPC du 28 mai 2010, relative à la cristallisation des pensions, le Conseil constitutionnel a déclaré inconstitutionnels l'article 26 de la loi n° 81-734 du 3 août 1981 de finances rectificative pour 1981, l'article 68 de la loi n° 2002-1576 du 30 décembre 2002 de finances rectificative pour 2002, à l'exception du paragraphe VII et l'article 100 de la loi n° 2006-1666 du 21 décembre 2006 de finances pour 2007, à l'exception du paragraphe V en ce qu'ils portent atteinte au principe d'égalité.

Le Conseil constitutionnel a décidé de reporter les effets de l'abrogation découlant de cette non-conformité à la Constitution au 1^{er} janvier 2011. Toutefois, au regard des effets de cette abrogation différée pour les instances en cours, le Conseil constitutionnel a demandé que les juridictions sursoient à statuer jusqu'à l'intervention des nouvelles dispositions législatives qui elles-mêmes devaient prévoir une application de la nouvelle législation aux instances en cours à la date à laquelle la décision a été rendue¹¹⁰³. Le Conseil constitutionnel a ainsi entendu préserver l'effet utile de la déclaration d'inconstitutionnalité, malgré l'effet différé de l'abrogation, introduisant ainsi une exception (l'effet utile) à l'exception (l'effet différé), ce qui suppose donc une rétroactivité du nouveau dispositif mis en place. L'intervention du

¹¹⁰³ Req. 357152.

¹¹⁰⁴ Décision n° 1 QPC du 28 mai 2010, cons. n° 12 : « Considérant que l'abrogation de l'article 26 de la loi du 3 août 1981, de l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002 et de l'article 100 de la loi du 21 décembre 2006 a pour effet de replacer l'ensemble des titulaires étrangers, autres qu'algériens, de pensions militaires ou de retraite dans la situation d'inégalité à raison de leur nationalité résultant des dispositions antérieures à l'entrée en vigueur de l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002 ; qu'afin de permettre au législateur de remédier à l'inconstitutionnalité constatée, l'abrogation des dispositions précitées prendra effet à compter du 1er janvier 2011 ; qu'afin de préserver l'effet utile de la présente décision à la solution des instances actuellement en cours, il appartient, d'une part, aux juridictions de surseoir à statuer jusqu'au 1er janvier 2011 dans les instances dont l'issue dépend de l'application des dispositions déclarées inconstitutionnelles et, d'autre part, au législateur de prévoir une application des nouvelles dispositions à ces instances en cours à la date de la présente décision ».

législateur s'est trouvée donc particulièrement encadrée à la fois dans le temps mais également dans le contenu et la portée de sa nouvelle loi puisqu'il était tenu de faire bénéficier les instances en cours du nouveau dispositif. Ces contraintes constitutionnelles se sont traduites par l'adoption de l'article 211 de la loi de finances pour 2011¹¹⁰⁵, et de dispositions permettant sa mise en application¹¹⁰⁶. L'article 211 de la loi de finances pour 2011, outre le fait qu'il permet de remédier à l'inconstitutionnalité constatée par le Conseil constitutionnel dans la décision 1 QPC, permet une décrystallisation complète des pensions civiles et militaires des ressortissants des pays ou territoires ayant appartenu à l'ancien empire colonial français. Par conséquent, il porte également sur des dispositions dont le Conseil constitutionnel n'avait pas été saisi.

Le point VI de cet article prévoit « Le présent article est applicable aux instances en cours à la date du 28 mai 2010, la révision des pensions prenant effet à compter de la date de réception par l'administration de la demande qui est à l'origine de ces instances » et le point XI énonce que « Le présent article entre en vigueur au 1er janvier 2011 ».

Enfin, le point X de l'article 211 prévoit : « 2. L'abrogation de l'article 100 de la loi n° 2006-1666 du 21 décembre 2006 de finances pour 2007 résultant de la décision du Conseil constitutionnel n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010 ne peut avoir pour effet de placer les intéressés, à compter du 1er janvier 2011, dans une situation moins favorable que celle qui serait résultée de l'application des dispositions abrogées ».

La constitutionnalité de la rédaction de l'article 211, qui tire donc les conséquences de la décision 1 QPC, n'a pas été expressément examinée par le Conseil constitutionnel qui a été saisi de la conformité à la Constitution de cette loi de finances dans le cadre de l'article 61 de la Constitution (décision n° 622 DC du 28 décembre 2010, Loi de finances pour 2011). La conformité de cette disposition à la Constitution n'était pas mise en cause par les requérants et le Conseil constitutionnel lui-même n'a, ni sur le fond ni sur la forme, soulevé de grief d'office à son encontre. Il n'y a donc pas eu de contrôle à double détente sur cette disposition ; d'ailleurs, dans ses visas, le Conseil constitutionnel ne fait pas référence à la décision 1 QPC.

Une recherche sur le site Legifrance indique que 35 décisions provenant des juridictions administratives ont été rendues entre le 1^{er} janvier 2011 et le 1^{er} mars 2013 faisant référence à ces nouvelles dispositions et appliquant la décision 1 QPC du Conseil constitutionnel. Parmi celles-ci, se trouve la décision d'assemblée du Conseil d'Etat, du 13 mai 2011, *M'Rida* qui constitue l'une des premières décisions d'application d'une décision QPC décidant d'une non conformité à la Constitution, qui plus est avec effet différé. Cette décision est particulièrement importante car c'est à partir de trois décisions rendues ce même jour que la haute juridiction administrative va définir les grandes lignes de la mise en œuvre concrète des décisions rendues par le Conseil constitutionnel dans le cadre de QPC¹¹⁰⁷. Le litige dont avait à

¹¹⁰⁵ Loi n° 2010-1657 du 29 décembre 2010.

¹¹⁰⁶ Arrêté du 30 décembre 2010 portant application du décret n° 2010-1691 du 30 décembre 2010 pris en application de l'article 211 de la loi n° 2010-1657 du 29 décembre 2010 de finances pour 2011 et décret n° 2010-1691 du 30 décembre 2010 pris en application de l'article 211 de la loi n° 2010-1657 du 29 décembre 2010 de finances pour 2011.

¹¹⁰⁷ Après avoir rappelé l'article 62 de la Constitution et le considérant n° 5 de la décision 108 QPC du 25 mars 2011, le Conseil d'État énonce : « Considérant que, lorsque le Conseil constitutionnel, après avoir abrogé

connaître le Conseil d'État n'était pas celui à l'origine de la QPC, pour autant, et conformément aux précisions apportées par le Conseil constitutionnel dans les décisions 108 QPC et 110 QPC du 25 mars 2011, la censure décidée par le Conseil constitutionnel devait bénéficier à l'ensemble des instances en cours sauf si le Conseil constitutionnel en décidait différemment. Ce moyen doit d'ailleurs être soulevé d'office par le juge dans le litige en cours dans lequel cette disposition est applicable. En outre, en l'espèce, se posait la question de l'applicabilité du nouveau dispositif législatif aux pensions de réversion, question qui n'était pas expressément réglée par la loi. En considérant que le IV de l'article 211 de la loi « doit être regardé comme s'appliquant aussi aux demandes de pension de réversion », le Conseil d'État étend les effets de la décision du Conseil constitutionnel et la portée de la loi afin d'en accorder le bénéfice aux requérants. Ce faisant, le Conseil d'État répond pleinement au souci de « l'effet utile » de la décision du Conseil constitutionnel au regard des litiges qu'il a à connaître suite à la censure prononcée ¹¹⁰⁸. Par ailleurs, dans cette même décision, le Conseil d'État souligne qu'un moyen d'inconventionnalité peut intervenir en complément d'un moyen d'inconstitutionnalité soulevé d'office par le juge, comme c'était le cas en l'espèce, dans la mesure où le moyen d'inconstitutionnalité ne permet pas d'obtenir pleinement satisfaction au fond ¹¹⁰⁹.

Plusieurs autres décisions sont intervenues dans lesquelles le juge administratif a apprécié dans quelle mesure les requérants pouvaient bénéficier de l'effet utile de la déclaration d'inconstitutionnalité et des nouvelles dispositions législatives applicables ¹¹¹⁰.

Les suites de la décision n° 83 QPC du 13 janvier 2011, *Rente viagère d'invalidité*

La décision n° 83 QPC du 13 janvier 2011 a déclaré contraire à la Constitution la première phrase du cinquième alinéa de l'article L. 28 du code des pensions civiles et militaires de retraite pour violation du principe d'égalité. Le Conseil constitutionnel a reporté

une disposition déclarée inconstitutionnelle, use du pouvoir que lui confèrent les dispositions précitées, soit de déterminer lui-même les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause, soit de décider que le législateur aura à prévoir une application aux instances en cours des dispositions qu'il aura prises pour remédier à l'inconstitutionnalité constatée, il appartient au juge, saisi d'un litige relatif aux effets produits par la disposition déclarée inconstitutionnelle, de les remettre en cause en écartant, pour la solution de ce litige, le cas échéant d'office, cette disposition, dans les conditions et limites fixées par le Conseil constitutionnel ou le législateur ».

¹¹⁰⁸ Considérant que, pour statuer sur la demande de pension de réversion présentée par Mme A par le jugement attaqué du 13 décembre 2006, le tribunal administratif de Poitiers s'est exclusivement fondé sur les dispositions de l'article 68 de la loi de finances rectificative pour 2002 et sur celles de l'article 71 de la loi de finances pour 1960 ; qu'afin de préserver l'effet utile de la décision précitée du Conseil constitutionnel à la solution de l'instance ouverte par la demande de Mme A, en permettant au juge du fond de remettre en cause, dans les conditions et limites définies par le paragraphe VI de l'article 211 de la loi de finances pour 2011, les effets produits par les dispositions mentionnées ci-dessus, il incombe au juge de cassation, après avoir sursis à statuer comme l'y invitait la décision du Conseil constitutionnel, d'annuler, sans qu'il soit besoin pour lui d'examiner les moyens du pourvoi dont il est saisi, le jugement attaqué ; ».

¹¹⁰⁹ Sur cet arrêt voir notamment Conclusions Edouard Geffray, *RFDA*, 2011, p. 789 ; X. Domino et A. Bretonneau, « Les suites de la QPC : histoire et géographie du dialogue des juges », *Chronique de jurisprudence administrative française*, *AJDA*, 13 juin 2011, pp. 1136-1146 ; X. Magnon, « L'inconstitutionnalité de la cristallisation des pensions devant le Conseil d'État : dubia in meliorem partem interpretari debent », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 88, octobre 2011, p. 865-869 ; M. Verpeaux, « Les suites tirées par le Conseil d'État des décisions du Conseil constitutionnel », *RFDA*, 2011, p. 806.

¹¹¹⁰ Voir par exemple, CE, 23 janvier 2012, req. 340662.

les effets de l'abrogation au 1^{er} janvier 2012 tout en demandant une suspension des instances en cours et une application rétroactive des nouvelles dispositions législatives à ces instances. Le législateur s'est conformé à cette décision en adoptant l'article 163 de la loi n° 2011-1977 du 28 décembre 2011 de finances pour 2012 qui dispose notamment : « III.-Le présent article est applicable aux instances en cours à la date du 13 janvier 2011, la révision des pensions prenant effet à compter de la date de réception par l'administration de la demande qui est à l'origine de ces instances. IV.-Sous réserve des dispositions du III, le présent article entre en vigueur le 1er janvier 2012 ».

Comme dans le cas précédent, bien que cette loi de finances ait été soumise au Conseil constitutionnel ¹¹¹¹, aucun grief n'a été invoqué par les requérants ni soulevé d'office par le Conseil constitutionnel à l'encontre de cette disposition. La constitutionnalité des dispositions consécutives à la décision 83 QPC n'a donc pas été expressément examinée par le Conseil constitutionnel.

L'application aux instances en cours de cette nouvelle disposition législative n'a donné lieu qu'à une seule décision répertoriée à ce jour sur le site de Legifrance. Il s'agit de l'affaire dans laquelle le requérant avait soulevé une QPC et demandé le renvoi au Conseil constitutionnel ¹¹¹². Dans cette décision du 13 juin 2012, tenant compte de la décision du Conseil constitutionnel et de la loi intervenant en application de cette décision, le Conseil d'État annule le jugement du Tribunal administratif rejetant la demande dans laquelle le requérant contestait le montant de sa rente viagère d'invalidité. Cette décision est particulièrement intéressante car à l'occasion de ce pourvoi en cassation le requérant a soulevé une nouvelle QPC à l'encontre de l'article 163 de la loi de finances pour 2011 faisant application de la décision du Conseil constitutionnel 83 QPC. Cependant, analysant de manière très précise le caractère sérieux des moyens soulevés, le Conseil d'État a décidé qu'il n'y avait pas lieu de renvoyer cette QPC devant le Conseil constitutionnel, d'autant que parmi les moyens d'inconstitutionnalité soulevés se trouvait un moyen tiré de l'incompatibilité de l'article 163 de la loi de finances pour 2011 avec la Convention européenne des droits de l'homme.

3 - L'abrogation différée avec rétroactivité proposée

Le Conseil constitutionnel laisse parfois au législateur le soin d'apprécier s'il convient ou non d'accorder un effet rétroactif à ses décisions après avoir rappelé qu'il ne disposait pas d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement. Cette situation concerne trois décisions : 108 QPC, 112 QPC et 190 QPC. L'étude des suites a consisté ici à examiner si le législateur a décidé, dans ces cas, d'un effet rétroactif des nouvelles dispositions, sachant qu'il n'y était pas contraint par la décision du Conseil constitutionnel.

Dans la décision 108 QPC du 25 mars 2011, *Pension de réversion des enfants*, le Conseil constitutionnel a constaté que : « 6. (...) l'abrogation de l'article L. 43 du code des pensions civiles et militaires de retraite aura pour effet, en faisant disparaître l'inconstitutionnalité constatée, de supprimer les droits reconnus aux orphelins par cet article ;

¹¹¹¹ Décision n° 644 DC du 28 décembre 2012, Loi de finances pour 2012.

¹¹¹² Conseil d'Etat, 9ème et 10ème sous-sections réunies, 13 juin 2012, pourvoi n° 338828.

que le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement ; que, par suite, il y a lieu de reporter au 1er janvier 2012 la date de l'abrogation de cet article afin de permettre au législateur d'apprécier les suites qu'il convient de donner à cette déclaration d'inconstitutionnalité ».

Le législateur a modifié l'article L. 43 du Code des pensions civiles et militaires à l'occasion de l'adoption de la loi de finances pour 2012, n° 2012-1977 du 28 décembre 2011. L'article 162 précisément vient modifier cette disposition et dans le code des pensions, sous l'article L. 43 figure une note tirée du III de l'article 162 qui dispose :

« III. - Le I est applicable à compter du 1er janvier 2012. Dans les cas où son application conduit à une révision et à une liquidation d'une pension inférieure à ce que percevait l'ayant cause du fonctionnaire avant le 1er janvier 2012, cet ayant cause conserve le bénéfice de l'ancienne pension jusqu'à la notification par l'administration du nouveau montant calculé conformément à l'article L. 43 du code des pensions civiles et militaires de retraite, dans sa rédaction issue de la présente loi. Le trop-perçu ne peut faire l'objet d'aucune demande de l'administration tendant à la répétition des sommes indûment versées ».

Deux décisions ont été rendues par le Conseil d'État mettant en application l'article L. 43, dans sa nouvelle version, du Code des pensions civiles et militaires et la décision 108 QPC ¹¹¹³. Dans la décision du 4 mai 2012, outre son considérant de principe relatif à l'application des décisions du Conseil constitutionnel, le Conseil d'État précise que « lorsque ni le Conseil constitutionnel ni le législateur ne déterminent les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition déclarée inconstitutionnelle a produits sont susceptibles d'être remis en cause, il appartient au juge d'écarter, pour la solution du litige, le cas échéant d'office, cette disposition ;

Considérant, toutefois, que si, compte tenu des motifs qui sont le support nécessaire de la décision du Conseil constitutionnel et eu égard à l'objet du litige, les parties ne peuvent utilement demander aucune remise en cause des effets de la disposition déclarée inconstitutionnelle en se prévalant des droits et libertés auxquels le Conseil constitutionnel a jugé que cette disposition portait atteinte, il appartient au juge de faire application de la disposition en cause pour le règlement du litige ».

Dans cette affaire, le Conseil d'État se livrant à une interprétation restrictive de l'abrogation prononcée par le Conseil constitutionnel, a jugé que la version censurée de l'article L. 43 pouvait être appliquée au litige, la situation de la requérante étant différente de la question examinée par le Conseil constitutionnel. Il a également considéré que les nouvelles dispositions étaient applicables à la requérante à partir du 1^{er} janvier 2012.

Dans la décision du 13 juin 2012, le Conseil d'État a jugé les nouvelles dispositions applicables au litige lorsqu'il s'est agi d'examiner la nouvelle QPC soulevée par la requérante à l'encontre des nouvelles dispositions législatives adoptées. Il a écarté cette demande de QPC pour défaut de caractère sérieux.

Dans la décision 112 QPC du 1^{er} avril 2011, *Frais irrépétibles devant la Cour de cassation*, le Conseil constitutionnel a décidé « 9. Considérant que l'abrogation de l'article 618-1 du code de procédure pénale aura pour effet, en faisant disparaître l'inconstitutionnalité constatée, de supprimer les droits reconnus à la partie civile par cet article ; que le Conseil

¹¹¹³ CE, 4 mai 2012, *Ministre du budget, des comptes publics et de la réforme de l'Etat c. Mme Diderot*, Req. 337490, *AJDA*, 2012, p. 980 et CE, 13 juin 2012, req. n° 358451. La recherche sur Legifrance a été faite à partir des mots-clés « 2011-1977 » (le numéro de la loi de finances pour 2012) et « 108 QPC ».

constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement ; que, par suite, il y a lieu de reporter au 1er janvier 2012 la date de l'abrogation de cet article afin de permettre au législateur d'apprécier les suites qu'il convient de donner à cette déclaration d'inconstitutionnalité ». Dans les commentaires sur le site du Conseil constitutionnel, il apparaît que le Conseil constitutionnel se montre très attentif aux conséquences concrètes de cette abrogation, en l'occurrence un retour à l'état du droit antérieur à la loi du 15 juin 2000. Le commentaire donne quelques indications à toutes fins utiles pour le législateur et la Cour de cassation : « Dans l'hypothèse où le législateur manifeste son intention d'étendre le bénéfice des dispositions de l'article 618-1 du CPP à la personne poursuivie et innocentée, en prévoyant simultanément l'application des nouvelles dispositions aux instances en cours devant la Haute juridiction judiciaire, la question se posera à elle de différer sa réponse, voire de surseoir à statuer, à une demande d'indemnisation formée par une personne concernée avant l'adoption de la loi, pour qu'elle puisse bénéficier des nouvelles dispositions ».

Cette disposition a été modifiée par l'article 65 de la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles qui dispose simplement « Lorsqu'une demande en cassation formée par la personne poursuivie ou par la partie civile a été rejetée, la cour peut condamner le demandeur à payer à l'autre partie la somme qu'elle détermine, au titre des frais non payés par l'Etat et exposés par celle-ci. La cour tient compte de l'équité ou de la situation économique du demandeur pour décider du prononcé de cette condamnation et en fixer le montant ». Rien n'est indiqué quant à l'application des nouvelles dispositions. Cette loi a été soumise au contrôle du Conseil constitutionnel dans le cadre de l'article 61 de la Constitution mais cette disposition n'a pas été examinée par le Conseil constitutionnel (décision n° 641 DC du 8 décembre 2011). Aucune décision de la justice judiciaire ne fait directement référence à la décision 112 QPC sur le site de Legifrance. Il ne nous a pas été matériellement possible d'examiner chaque arrêt dans lequel la Cour de cassation fait application de l'article 618-1 du Code de procédure pénale.

La décision 190 QPC du 21 octobre 2011, *Frais irrépétibles devant les juridictions pénales* a déclaré pour sa part l'inconstitutionnalité de deux dispositions : articles 475-1 et 800-2 du code de procédure pénale, également modifiés par l'article 65 de la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, l'article 65 de la loi a modifié ces deux dispositions en même temps qu'elle a modifié l'article 618-1 du Code de procédure pénale.

CONCLUSION PARTIE 2

En France, l'impact attendu du contrôle *a posteriori* sur l'office du juge constitutionnel a surtout été d'ordre procédural : l'existence de parties, l'officialisation du contradictoire et l'instauration d'une audience publique devaient imprimer au fonctionnement du Conseil constitutionnel une tournure foncièrement nouvelle, quels qu'aient pu être les efforts accomplis antérieurement pour juridictionnaliser la procédure du contrôle des lois. Si cette évolution est en effet d'importance dans sa globalité, tout en elle ne paraît cependant pas aussi décisif que prévu. Ainsi, en l'état, l'audience publique apporte peu de plus-value à l'échange des mémoires écrits, ce qui rejoint l'expérience de l'Italie et de l'Espagne. Notre pays est au demeurant le seul dans lequel les parties au procès principal sont aussi systématiquement représentées devant le Conseil constitutionnel. Cette question renvoie à une ambiguïté fondamentale du contrôle de la loi sur renvoi du juge ordinaire, tenant à son enracinement dans un litige concret et à son traitement objectif par le juge constitutionnel. La France est celui des trois pays étudiés qui valorise le plus le rôle des parties devant ce dernier, probablement en conséquence de ce que la QPC a été présentée comme un droit des justiciables. Toutefois, et paradoxalement, elle est aussi celui des trois pays où le contentieux constitutionnel *a posteriori* est le plus abstrait et objectif.

A l'inverse de la procédure suivie, résolument novatrice, le raisonnement du Conseil constitutionnel demeure le plus souvent celui d'une confrontation abstraite de norme à norme, cadre duquel il semble ne pas vouloir s'émanciper pour ne pas outrepasser sa fonction. Car la méfiance manifestée vis-à-vis d'un contrôle concret renvoie bien à la question du positionnement respectif des différentes juridictions. Elle réveille apparemment la crainte d'un juge constitutionnel se transformant – selon une terminologie d'ailleurs impropre sur le plan technique – en Cour suprême ayant le pouvoir, se mêlant du litige au fond, de « réviser » les jugements des Cours suprêmes historiques. Or, les faits ou l'expérience auxquels fait référence l'adjectif de concret sont pluriels et ne renvoient pas qu'à ceux de l'espèce à l'origine de la question posée ; en outre, leur interférence avec l'office du juge constitutionnel peut intervenir à différents stades et de différentes façons.

Si certaines formes de « concrétisation » du contrôle opéré par le Conseil constitutionnel existent d'ores et déjà, cela reste toutefois dans une bien moindre mesure qu'en Italie et en Espagne. Il faut le regretter car tenir par trop à distance les faits et la vie de la loi contrôlée prive du principal avantage du contrôle *a posteriori* sur le contrôle *a priori*. L'artifice que constitue l'affirmation d'un contrôle inchangé se révèle d'ailleurs dans les difficultés de transposition de certaines techniques juridictionnelles. Ainsi, dans le cadre de l'article 61 alinéa 2 C, les décisions de conformité sous réserve encadraient déjà le pouvoir d'interprétation des juridictions ordinaires ; encore n'interféraient-elles pas par hypothèse avec l'interprétation existante, la disposition n'étant pas encore entrée en vigueur. Au contraire, ce risque d'interférence est inhérent au contrôle *a posteriori*, et rend l'usage de la technique plus délicat.

L'étude du droit comparé suggère en définitive que l'exercice à la fois plus étendu et plus assumé d'un contrôle concret à différents titres serait à l'avantage des justiciables, aussi bien pour identifier des inconstitutionnalités que pour en déterminer les conséquences. Sur ce versant des effets, en particulier des effets dans le temps, de la décision du juge constitutionnel français, le constituant a fait le choix d'un pouvoir de modulation étendu du Conseil. Le bien-fondé de ce choix ressort de la confrontation avec la jurisprudence des Cours espagnole et italienne, qui ont dû affirmer ce même pouvoir en l'absence de texte. En effet, de même qu'il ne peut ignorer le vécu de la loi pour apprécier sa constitutionnalité, le juge constitutionnel statuant *a posteriori* ne peut occulter l'impact de sa décision sur l'ordre juridique dans lequel elle produit ses effets. Cette prise en compte amène à une diversification considérable des dispositifs dans les trois pays étudiés. Si certaines solutions peuvent à l'occasion se distancier, la tendance globale de ce point de vue est bien celle d'une convergence frappante. Les décisions d'inconstitutionnalité requièrent souvent une suite de la part du législateur et/ou des juges ordinaires, appelés à œuvrer au même titre que le juge constitutionnel au respect de la constitution. Il existe donc bien une forme de concrétisation du contentieux constitutionnel *a posteriori* également dans ses effets, le juge de la loi devant se soucier des retombées pratiques de sa décision. A cet égard, si la technique de la modulation de ces effets permet de tenir compte des intérêts opposés dans chaque espèce, elle ne saurait sans raison solide faire obstacle au bénéfice d'une déclaration d'inconstitutionnalité par le requérant à l'origine du renvoi de la question. Or, les hypothèses dans lesquelles un tel effet utile est absent, malgré le principe proclamé par le Conseil constitutionnel lui-même, sont loin d'être négligeables. De ce point de vue et une nouvelle fois, la comparaison ne paraît pas à l'avantage du système français de contrôle de constitutionnalité *a posteriori*.

— **Partie 3** —

Le contentieux de constitutionnalité et son environnement

Articulation et évolution des contrôles

INTRODUCTION PARTIE 3

On sait que le mécanisme français de contrôle de constitutionnalité sur renvoi du juge ordinaire doit son caractère prioritaire au droit international et surtout européen. Cette priorité d'examen devait éviter que l'invocation simultanée du droit constitutionnel et du droit conventionnel ne conduise le juge du filtre à privilégier le second, dont il est plus familier. La place prise, dès avant 2008, par le contrôle de conventionnalité de la loi par le juge ordinaire constitue une réelle spécificité française, précisément favorisée par l'inexistence d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Néanmoins, le poids de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg se fait sentir partout en Europe ; quant à l'emprise du droit de l'Union européenne, elle dépasse pour sa part le domaine des droits et libertés. La comparaison entre pays européens paraissait donc particulièrement indiquée sur ces questions d'articulation des contrôles de constitutionnalité d'une part, de conventionnalité et d'unionité d'autre part.

Enfin, compte tenu de l'expérience de l'Espagne et de l'Italie dans le domaine de la question de constitutionnalité, il a paru utile d'en proposer un bilan d'ensemble, par-delà les différents aspects traités par ailleurs. Le lecteur français y puisera matière à réflexion sur les évolutions possibles, tout aussi bien qu'improbables, de la QPC française et, sans doute plus généralement, sur la notion de justice constitutionnelle.

CHAPITRE 1 – L'ARTICULATION DES CONTROLES

SECTION 1 - LE PROCES INCIDENT DE CONSTITUTIONNALITE ITALIEN ET LE RENVOI PREJUDICIEL DEVANT LA CJUE : LA QUESTION DE LA DOUBLE PREJUDICIALITE

Laura Montanari

Professeuse à l'Université d'Udine

Un aspect très intéressant de l'analyse du contrôle incident de constitutionnalité en Italie est celui des rapports avec le renvoi préjudiciel devant la Cour de justice. A cet égard, on doit préciser qu'il n'y a pas de réglementation spécifique, mais la définition de la question de la double préjudicialité trouve sa justification dans l'évolution des rapports entre le droit national et le droit communautaire (aujourd'hui droit de l'Union européenne). Il peut donc être utile de diviser ce rapport en deux parties principales: la première consacrée aux rapports entre les deux systèmes juridiques (I); la deuxième dédiée spécifiquement à la question de la double préjudicialité (II). Ensuite, quelques considérations sur l'évolution plus récente de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle par rapport au droit de l'Union européenne (III) concluront ce rapport.

I / Les rapports entre le droit italien et le droit de l'Union européenne

A) Tout d'abord, il est nécessaire de clarifier certains aspects qui rendent la situation italienne différente de la situation française, même si, dans les dernières années, les deux expériences ont eu tendance à se rapprocher. En effet, ceux-ci sont importants pour comprendre l'évolution qu'a connue l'Italie dans cette matière.

En fait, en Italie, et ceci jusqu'à la réforme constitutionnelle de 2001, on n'avait aucune disposition dans la Constitution consacrée aux rapports entre le droit international conventionnel et le droit national, contrairement à la Constitution française qui, par son article 55, a prévu à cet effet une réglementation spécifique¹¹⁴. Par conséquent, les normes des traités internationaux avaient, dans le système juridique italien, la même position que la loi ordinaire. Plus précisément, en Italie, il n'est pas suffisant de ratifier les traités internationaux pour que le droit international conventionnel produise ses effets dans le droit national. Ce qui est nécessaire, c'est d'adopter une loi d'exécution, c'est-à-dire une procédure d'adaptation du droit national au droit international conventionnel. Les normes de « dérivation internationale » sont - par conséquent - mises au même niveau que la loi d'exécution. Dans le cas contraire, le traité international lie l'Etat sur le plan international, dans ses rapports avec

¹¹⁴ Voir G. Zagrebelsky, *Manuale di diritto costituzionale*, I. Il sistema delle fonti del diritto, Turin, Utet, 1992; pour un exposé détaillé de la matière A. Bonomi, *Il 'limite' degli obblighi internazionali nel sistema delle fonti*, Turin, Giappichelli, 2008.

les autres Etats, mais il ne peut pas être appliqué sur le plan interne. Autrement dit, les individus ne peuvent pas l'utiliser directement dans les rapports juridiques et devant les juges nationaux.

La situation en France est très différente : dans un premier aspect, la ratification est la condition suffisante pour que le traité produise ses effets au niveau interne (article 53); dans un deuxième aspect, la Constitution prévoit aussi que le droit international conventionnel prévaut sur le droit national en conflit (art. 55) ¹¹¹⁵.

Après la réforme constitutionnelle de 2001, le nouvel article 117 de la Constitution italienne prévoit que le législateur (national et régional) doit respecter les obligations qui dérivent des obligations internationales. Par conséquent, en Italie aussi, le droit international conventionnel l'emporte donc maintenant sur la loi contraire (art. 117, alinéa 1: « Le pouvoir législatif est exercé par l'État et par les Régions dans le respect de la Constitution et des engagements nés de l'ordonnancement communautaire et des obligations internationales ») ¹¹¹⁶.

B) A partir de ces considérations, on peut maintenant analyser la position que les juges ordinaires (et la Cour constitutionnelle) ont assumée par rapport au droit communautaire (aujourd'hui, droit de l'Union européenne). J'utiliserai ici la formule « juges ordinaires » ou « juges de droit commun » pour indiquer tous les juges différents de la Cour constitutionnelle: juges judiciaires, administratifs etc.

Il est nécessaire d'examiner trois arrêts célèbres de la Cour constitutionnelle italienne qui ont progressivement défini la position du droit de l'Union européenne ainsi que le rôle des juges ordinaires. Ces arrêts sont directement liés à certaines décisions bien connues de la Cour de justice, que l'on va citer pour mieux comprendre l'évolution de la situation italienne. On est face à un conflit entre d'une part la Cour constitutionnelle, qui cherche à appliquer, pour le

¹¹¹⁵ Pour mettre en évidence la différence par rapport à la Constitution italienne, on peut citer les deux articles pertinents suivants : article 53 « 1. Les traités de paix, les traités de commerce, les traités ou accords relatifs à l'organisation internationale, ceux qui engagent les finances de l'État, ceux qui modifient des dispositions de nature législative, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes, ceux qui comportent cession, échange ou adjonction de territoire, ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi. 2. *Ils ne prennent effet qu'après avoir été ratifiés ou approuvés.* 3. Nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire n'est valable sans le consentement des populations intéressées » (souligné par nous) et article 55 « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ».

A la lumière de l'article 54, qui prévoit un contrôle *a priori* facultatif des traités internationaux, on peut ajouter que ceux-ci sont subordonnés à la Constitution : article 54 « Si le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier ministre, par le président de l'une ou l'autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution ». Voir T.-S. Renoux, M. de Villiers (sous la dir. de), *Code constitutionnel*, Paris, LexisNexis.

¹¹¹⁶ Cette réforme a été l'objet de plusieurs commentaires, surtout pour la partie concernant la position du droit international conventionnel. Par rapport au droit de l'Union européenne, comme on le verra, les nouvelles dispositions n'ont pas modifié le cadre défini par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Voir G. Serges, *Art. 117, 1° al.*, in *Commentario alla Costituzione*, R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (sous la dir. de), vol. III, Turin, UTET, 2006, p. 2213 et s. et F. Ghera, *I vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali nei confronti della potestà legislativa dello Stato e delle Regioni*, in F. Modugno, P. Carnevale (sous la dir. de), *Trasformazioni della funzione legislativa*, Milan, Giuffrè, 2003, p. 47 s.

droit de l'Union, les critères qui sont valables d'ordinaire pour résoudre les antinomies entre les sources de droit, et d'autre part la Cour de justice, qui affirme la position particulière du droit de l'Union, c'est-à-dire le principe de sa primauté.

Costa/Enel. La première décision est liée à une question qui a également été traitée par la Cour de justice : il s'agit en fait de la célèbre affaire *Costa/Enel* de 1964. A l'origine, tout a commencé par un « petit juge » italien (« giudice conciliatore » de Milano) qui a effectué deux renvois, l'un à la Cour constitutionnelle italienne et l'autre à la Cour de justice européenne. La décision de la Cour de justice peut donc être considérée comme une sorte de réponse à la position assumée par la Cour constitutionnelle italienne.

Et c'est justement cette dernière, qui a été adoptée le 7 mars 1964¹¹¹⁷, que nous allons examiner à présent. L'objet du contrôle était la loi de nationalisation de la production et de la distribution de l'énergie électrique qui, selon l'opinion du juge de renvoi, ne respectait pas le droit communautaire. C'est pour cette raison que le juge a décidé de surseoir à statuer et de saisir la Cour constitutionnelle, de façon à vérifier si la loi italienne était inconstitutionnelle ou pas. Le paramètre utilisé était l'article 11 de la Constitution, qui prévoit la possibilité que l'Italie accepte des limitations de souveraineté pour participer aux organisations internationales ayant pour but de garantir la paix¹¹¹⁸. Selon le juge, il y avait un cas d'inconstitutionnalité indirecte, pour violation d'une norme interposée : la loi nationale, contraire au droit communautaire, serait également contraire de façon indirecte à l'article 11 de la Constitution¹¹¹⁹.

La Cour constitutionnelle adopte alors une position très rigide. Elle affirme qu'on ne peut pas appliquer l'article 11 au droit communautaire et que, dans tous les cas, la loi d'exécution du Traité instituant la Communauté européenne n'a pas la capacité de donner à ce dernier une position particulière¹¹²⁰. Autrement dit, les normes européennes ont la même force que la loi d'adaptation. Elles se situent donc au même niveau qu'une loi ordinaire. Cela

¹¹¹⁷ Cour constitutionnelle, arrêt n° 14 du 7 mars 1964. Toutes les décisions de la Cour constitutionnelle italienne peuvent être consultées sur le site www.giurcost.it. Pour ce qui est de l'évolution des rapports entre la Cour constitutionnelle et la Cour de justice, on peut se référer aux manuels de Droit de l'Union européenne, par exemple U. Villani, *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, Bari, Cacucci, 2010, ainsi que, pour une perspective de droit constitutionnel, P. Costanzo, L. Mezzetti, A. Ruggeri, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Turin, Giappichelli, 2010, 284 ss. ; voir aussi L. Daniele (sous la dir. de), *La dimensione internazionale ed europea nell'esperienza della Corte costituzionale*, Naples, ESI, 2006 ; N. Zanon (sous la dir. de), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Naples, ESI, 2006 ; C. Pagotto, *La disapplicazione della legge*, Milan, Giuffrè, 2008.

¹¹¹⁸ Article 11 : « L'Italie répudie la guerre comme moyen d'attenter à la liberté des autres peuples et comme mode de solution des différends internationaux ; elle consent, dans des conditions de réciprocité avec les autres Etats, des limitations de souveraineté nécessaires à un ordre assurant la paix et la justice entre les Nations ; elle suscite et favorise les organisations internationales qui poursuivent un tel objectif ».

¹¹¹⁹ Voir M. Siclari, *Le "norme interposte" nel giudizio di costituzionalità*, Padoue, Cedam, 1992.

¹¹²⁰ Dans un commentaire récent sur les rapports entre la Cour constitutionnelle italienne et la Cour de justice, Oreste Pollicino affirmait que « If it is possible to identify an 'original sin' that negatively influenced the relationship between the then European Community and the Italian legal order from its inception, it was the incorporation of the Treaty of Rome into the Italian legal system through legislation with the rank of ordinary law, rather than constitutional law » : O. Pollicino, « The Italian Constitutional Court and the European Court of Justice : a Progressive Overlapping between the Supranational and the Domestic Dimension » in M. Claes, M. de Visser, P. Popelier, C. Van de Heyning, *Constitutional Conversations in Europe*, Intersentia Publishing Ltd, Cambridge, 2012, p. 101 ss., 103.

signifie que le juge doit appliquer les critères ordinaires réglementant les rapports entre les sources de droit, en l'occurrence le critère chronologique.

Il est évident que la Cour de justice ne pouvait pas accepter cette solution car celle-ci aurait mis en cause la primauté du droit européen. Par conséquent, la décision de la Cour de justice sur le même cas a affirmé - comme il est bien connu - que le droit européen prévaut sur le droit national contraire. Cette décision a été adoptée le 15 juillet 1964, donc la succession temporelle concourt à la qualifier comme étant une réponse à la Cour italienne.

On peut citer, à ce propos, les paroles de la Cour de justice :

« en instituant une Communauté de durée illimitée, dotée d'institutions propres, de la personnalité, de la capacité juridique, d'une capacité de représentation internationale et plus particulièrement de pouvoirs réels issus d'une limitation de compétences ou d'un transfert d'attributions des États à la Communauté, ceux-ci ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains et créé ainsi un corps de droit applicable à leurs ressortissants et à eux-mêmes; attendu que cette intégration de dispositions qui proviennent de source communautaire, au droit de chaque pays membre, et plus généralement les termes et l'esprit du traité, ont pour corollaire l'impossibilité pour les États de faire prévaloir, contre un ordre juridique accepté par eux sur une base de réciprocité, une mesure unilatérale ultérieure qui ne saurait ainsi lui être opposable; que la force exécutive du droit communautaire ne saurait, en effet, varier d'un État à l'autre à la faveur des législations internes ultérieures, sans mettre en péril la réalisation des buts du traité visée à l'article 5 (2), ni provoquer une discrimination interdite par l'article 7 »¹¹²¹.

Frontini. Comme cela s'est produit en Allemagne avec les fameux arrêts *Solange*, cette décision ouvre également en Italie une période de conflit entre la Cour constitutionnelle et la Cour de justice. Après la décision européenne sur le cas *Costa/Enel*, la Cour constitutionnelle a modifié sa position et a décidé d'utiliser l'article 11 pour justifier la position spéciale du droit européen. En particulier, on peut citer la décision n° 183, *Frontini*, du 27 décembre 1973, dans laquelle la Cour constitutionnelle reconnaît la supériorité du droit communautaire sur la base de la limitation de souveraineté que l'Italie a acceptée par la ratification du traité sur la Communauté européenne; c'est-à-dire une limitation de souveraineté, justifiée à la lumière de l'article 11 de la Constitution¹¹²². Cependant, le raisonnement de la Cour est encore caractérisé par une vision qui place le système national au centre de la question. En effet, la Cour constitutionnelle affirme sa compétence à décider les cas de conflit entre la loi nationale et le droit européen. Le juge ordinaire ne peut pas décider de « ne pas appliquer » la loi nationale en conflit avec le droit européen, mais il doit demander à la Cour constitutionnelle de prononcer l'inconstitutionnalité de la loi pour violation de l'article 11 de la Constitution.

Une fois encore, la Cour constitutionnelle cherche à utiliser les critères ordinaires de résolution des conflits de normes, mais elle veut surtout affirmer par là son pouvoir de « dire le dernier mot ». Cette position ne peut pas être acceptée par la Cour de justice, qui dans son arrêt *Simmenthal* du 9 mars 1978 affirme que :

« le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel »¹¹²³

¹¹²¹ Cour de justice, arrêt n° 6/64 du 16 juillet 1964, *Rec.* 01141.

¹¹²² Cour constitutionnelle, arrêt n° 183 du 18 décembre 1973.

¹¹²³ Cour de justice, arrêt n° 106/77 du 9 mars 1978, *Rec.* 00629.

Granital. Le conflit entre les deux Cours était inacceptable, donc, à la fin, la Cour constitutionnelle a dû se rendre à la Cour de justice. Avec l'arrêt n° 170, *Granital* du 8 juin 1984 ¹¹²⁴, la Cour constitutionnelle a modifié radicalement sa position et a reconnu que chaque juge ordinaire a le pouvoir d'évaluer le respect du droit européen et, en cas de conflit, d'appliquer le droit communautaire et de ne pas appliquer le droit national. C'est une solution très particulière pour l'Italie. Lors de la création de la Loi fondamentale, le Constituant n'a pas voulu donner aux juges ordinaires le pouvoir de ne pas appliquer la loi. Il a donc opté pour une forme de contrôle concentré de constitutionnalité, tandis que, immédiatement après l'entrée en vigueur de la Constitution (toujours dans le courant de l'année 1948), le législateur constitutionnel a introduit le contrôle par voie incidente, ce qui a joué un rôle fondamental dans notre système de justice constitutionnelle. Après la décision *Granital*, on assiste en Italie à une forme de contrôle diffus, en relation au droit de l'Union européenne. Ce que les juges ne peuvent pas faire par rapport à la Constitution ils peuvent en revanche le faire par rapport au droit de l'Union européenne.

La décision *Granital* marque un point de passage fondamental dans la jurisprudence constitutionnelle. Les juges ordinaires ont le devoir d'assurer le respect du droit de l'Union européenne, en se rapportant directement à la Cour de justice, qui est l'interprète final du droit de l'Union. De cette façon, la Cour constitutionnelle s'est posée dans une position défilée. Entre autre, je dois signaler que, jusqu'en 2008, la Cour constitutionnelle n'a jamais envoyé de question à la Cour de justice. Elle ne se considérait pas comme étant un juge national au sens du traité de l'Union européenne sur le renvoi préalable ¹¹²⁵.

Le point fondamental fixé par la décision *Granital* est l'affirmation du pouvoir/devoir pour le juge ordinaire de ne pas appliquer le droit national dans tous les cas de conflit avec le droit européen. L'avant-propos de la Cour constitutionnelle met en évidence le fait que le système européen et le système national sont deux ordres juridiques distincts mais coordonnés. Par conséquent, dans les matières de compétence de l'Union, on ne peut pas prendre en considération le droit interne contraire au droit communautaire.

« Il y a un point fixe dans la définition par la jurisprudence, des rapports entre le droit communautaire et le droit national : les deux systèmes sont définis comme étant autonomes et distincts, bien que coordonnés, selon la répartition des compétences fixée et garantie par le Traité ».

Le droit interne n'est pas abrogé ou déclaré invalide ; il reste en vigueur mais il ne peut pas être appliqué. Dans les décisions suivantes, la Cour a précisé que cette solution n'exclut pas « l'exigence que les Etats-membres fassent des modifications ou des abrogations nécessaires à leur propre droit national dans le but de le purger d'éventuels conflits ou discordances avec les normes communautaires prédominantes » (arrêt n° 389 de 1989).

¹¹²⁴ Cour constitutionnelle, arrêt n° 170 du 8 juin 1984.

¹¹²⁵ On peut citer la décision n° 536 de 1995 dans laquelle la Cour, en reprenant l'arrêt n° 13 de 1960, affirme que « la Cour constitutionnelle ne peut pas être considérée comme la "jurisdiction nationale" à laquelle fait référence l'art. 177 du traité instituant la Communauté économique européenne [aujourd'hui art. 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union], puisque la Cour ne peut pas faire partie des organes juridictionnels, ordinaires ou spéciaux soient-ils, en raison des nombreuses et profondes différences entre la tâche attribuée à la première, sans précédent dans l'ordre juridique italien, et les tâches bien connues et historiquement consolidées comme étant propres aux organes juridictionnels » : Cour constitutionnelle, arrêt n° 536 du 15 décembre 1995.

C'est-à-dire que les exigences de la sécurité juridique imposent que le législateur modifie la loi nationale pour éviter qu'une norme contraire au droit communautaire reste en vigueur, même si les juges sont obligés de ne pas l'appliquer.

Par ailleurs, on doit préciser que la Cour se réserve une possibilité de contrôle sur le droit de l'Union, dans les cas (qui jusqu'aujourd'hui ne se sont jamais vérifiés) de violation des libertés et des principes fondamentaux de la Constitution italienne. On parle de « controlimiti » à l'ouverture au droit européen. Dans ces cas-là, la Cour constitutionnelle peut vérifier la constitutionnalité du droit de l'Union, en analysant la loi d'exécution des Traités pour la partie concernée.

Il faut signaler qu'en France la situation est très différente. Le Conseil constitutionnel n'a jamais voulu exercer un contrôle sur le respect des traités internationaux. Par conséquent, c'est à partir des années soixante-dix du siècle dernier que les juges ordinaires ont commencé à le faire, à travers ce qu'on appelle le contrôle de conventionalité. Dans les cas où la loi ne respecte pas les traités internationaux en général, ou le droit de l'Union européenne en particulier, le juge ordinaire est tenu de ne pas l'appliquer et de donner sa préférence au droit d'origine externe ¹¹²⁶.

II / La question de la double préjudicialité

Dans le cadre que j'ai défini auparavant, on va maintenant analyser les rapports entre les questions de constitutionnalité et celles liées au droit européen.

La question que les juges italiens ont affrontée concerne les cas où ils soupçonnent qu'une loi, qui doit être appliquée pour adopter une décision, ne respecte pas la Constitution, mais qu'elle présente également des problèmes liés au droit de l'Union européenne. Comme je l'ai expliqué auparavant, dans tous les cas de conflit entre la loi et le droit européen - ou bien, pour être plus précise, le droit européen qui est directement applicable dans les systèmes juridiques nationaux - les juges ordinaires sont tenus d'appliquer le droit européen et de ne pas appliquer le droit national. S'ils ont des difficultés d'interprétation concernant le droit européen, ils doivent saisir la Cour de justice, qui est la seule interprète du droit de l'Union.

A partir de la décision 170/1984, la Cour constitutionnelle a toujours confirmé que le droit interne en conflit avec le droit de l'Union ne peut pas être appliqué par un juge ordinaire. Par conséquent, elle a déclaré inadmissibles tous les recours de constitutionnalité soulevés dans ces cas-là, à partir de la décision n° 113 de 1985. La question ne serait pas pertinente ¹¹²⁷,

¹¹²⁶ Il s'agit de la fameuse décision *IVG* du 15 janvier 1975 dans laquelle le Conseil constitutionnel a exclu la possibilité de se prononcer sur les conflits entre les lois et les traités internationaux. Par conséquent, la Cour de cassation, avec son arrêt *Société des cafés J. Vabre* de la même année, et le Conseil d'Etat avec son arrêt *Nicolo* de 1989, ont commencé à exercer le contrôle de conventionalité par rapport au droit international : voir P. Gaïa, *Le Conseil constitutionnel et l'insertion des engagements internationaux dans l'ordre juridique interne*, Economica/PUAM, Paris/Aix-en-Provence, 1991 et L. Favoreu, L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2007. Pour une étude comparée sur les rapports entre les systèmes européens et les systèmes nationaux, voir G. Martinico, O. Pollicino (sous la dir. de), *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws*, European Law Publishing, 2010 et L. Montanari, *I diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, Turin, Giappichelli, 2002.

¹¹²⁷ En italien le mot utilisé est « rilevante » dans le sens que le procès ne peut pas être résolu indépendamment de la décision sur la question de constitutionnalité (article 23 de la loi n° 87 de 1953).

dans la mesure où la loi contestée ne pourrait pas être utilisée pour prendre une décision sur l'affaire en question ¹¹²⁸.

Dans sa jurisprudence, la Cour constitutionnelle a élaboré une distinction fondamentale – par rapport au droit européen – entre le droit qui est immédiatement applicable par un juge national et celui qui ne peut pas être immédiatement appliqué.

C'est à partir de cette distinction que nous allons maintenant réfléchir à la jurisprudence constitutionnelle italienne.

A) Le droit européen immédiatement applicable

En relation à la question de la double préjudicialité, le cas le plus important est celui du droit européen immédiatement applicable. Cette hypothèse est identifiée par la Cour constitutionnelle en utilisant les définitions élaborées par la Cour de justice. Par conséquent, le droit immédiatement applicable n'est pas uniquement constitué par les règlements européens ¹¹²⁹, mais aussi par le droit découlant des décisions de la Cour de justice ; par les principes généraux prévus dans les Traités ; par les directives quand leur délai d'exécution est expiré et qu'elles sont suffisamment détaillées.

Dans son *arrêt n° 113 de 1985* la Cour constitutionnelle, après avoir rappelé la décision n° 170 de 1984, affirme que :

« le droit communautaire [...] entre en vigueur et le reste, dans notre territoire, sans que ses effets ne soient affectés par la loi ordinaire de l'Etat; et ce chaque fois que le droit communautaire présente le caractère d'applicabilité immédiate. Ce principe [...] est valable non seulement pour le droit créé par les organes de la Communauté européenne [on était en 1985 et l'Union européenne n'existait pas encore] sous forme de règlement, mais aussi pour les prévisions résultant, comme dans le cas en question, des arrêts d'interprétation de la Cour de justice » ¹¹³⁰.

Ici le point de référence était un principe du droit communautaire mis en avant par la Cour de justice.

Certains auteurs ont contesté cette opinion, parce que l'utilisation de la jurisprudence de la Cour de justice en tant que source de droit ne prend pas en compte ses particularités : d'un côté, les arrêts sont strictement liés aux cas de fond, de l'autre côté, la jurisprudence peut changer dans le temps.

On peut également citer l'*arrêt n° 64 de 1990*. Cette décision concerne en réalité l'admissibilité d'un référendum abrogatif (qui est également de la compétence de la Cour constitutionnelle), mais, en cette occasion, la Cour constitutionnelle a pris en considération l'applicabilité des directives. En particulier, la Cour constitutionnelle cite la jurisprudence de la Cour de justice qui identifie les critères de référence, en affirmant que « dans tous les cas

¹¹²⁸ Voir M. Cartabia, « Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di doppia pregiudizialità comunitaria e costituzionale », *Foro italiano*, 1997, p. 222 et s. ; F. Ghera, « Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente delle sentenze interpretative della Corte di giustizia », *Giurisprudenza costituzionale*, 2000, p. 1193 s. et L. Daniele, *Corte costituzionale e pregiudiziale comunitaria: alcune questioni aperte*, Centro di documentazione europea – Università di Catania – Online Working Paper 2009, n° 16.

¹¹²⁹ Les Traités européens prévoient que « Le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre » (actuellement, l'article 288 Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne).

¹¹³⁰ Cour constitutionnelle, arrêt n° 113 du 19 avril 1985.

où les dispositions d'une directive apparaissent comme étant, du point de vue de leur contenu, inconditionnelles et suffisamment précises, les particuliers sont fondés à les invoquer à défaut de mesures d'application prises dans les délais, à l'encontre de toute disposition nationale non conforme à la directive » (Cour de justice, 24 mars 1987, n° 286/85) ¹¹³¹.

Dans les années plus récentes la jurisprudence de la Cour de justice a élargi le concept de droit directement applicable. Je me réfère en particulier à la décision *Küküdeveci* où la Cour, dans le but de préciser la définition et le domaine d'application (même entre les particuliers) du principe de non discrimination en matière de travail, a pris en considération une directive et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ¹¹³².

Une fois identifié le droit européen directement applicable, on peut prendre en considération les cas où l'on fait face, dans le même temps, à une question de droit européen ainsi qu'à une question de constitutionnalité, c'est-à-dire qu'on a un double caractère préjudiciel. Dans ces hypothèses, la Cour constitutionnelle italienne déclare l'inadmissibilité de l'exception d'inconstitutionnalité. Selon elle, l'autorité judiciaire doit définir avant tout le rapport avec le droit de l'Union européenne. En cas de conflit, le juge appliquera le droit de l'Union et, par conséquent, la question de constitutionnalité sera dépourvue de pertinence.

Pour illustrer cette situation, il peut être utile d'analyser, entre autres, deux décisions : la première est l'*ordonnance n° 255 de 1999* ¹¹³³. Le juge *a quo*, en l'occurrence le Tribunal de Florence, a proposé à la Cour constitutionnelle une question de constitutionnalité concernant une loi en matière de droit du travail en contestant la violation des articles 38 (droits sociaux liés au travail) et 3 (principe d'égalité) de la Constitution. En l'espèce, la situation était aussi réglementée par une directive européenne, de sorte que, avant que la Cour constitutionnelle ne prenne une décision, la Cour de justice a décidé sur un renvoi interprétatif qui avait eu, indirectement, comme objet la même disposition que celle soumise aux juges constitutionnels ¹¹³⁴.

La Cour constitutionnelle affirme que, par effet de cette décision interprétative, a été introduite dans le système juridique national une prescription incompatible avec celle de la loi ordinaire contestée, de manière que cette dernière ne peut plus être appliquée. Selon la Cour constitutionnelle, « la question analysée retombe de cette façon dans le domaine du droit communautaire destiné à avoir une application immédiate et nécessaire dans le territoire de l'Etat (déc. 113 de 1985) ; ceci implique l'obligation de rendre les actes au juge *a quo*, pour qu'il vérifie si la pertinence de la question de constitutionnalité proposée est toujours présente ».

La Cour constitutionnelle confirme donc le caractère prioritaire de la question de droit communautaire et, dans le même temps, la responsabilité du juge ordinaire, qui est appelé à

¹¹³¹ Cour constitutionnelle, arrêt n° 64 du 8 janvier 1990.

¹¹³² Cour de justice, arrêt C- 555/07 du 19 janvier 2010 ; voir F. Fontanelli, « I principi generali dell'ordinamento UE dopo Küküdeveci. Riflessioni sull'efficacia indiretta orizzontale e sul principio di solidarietà », *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2010, p. 1145 et s.

¹¹³³ Cour constitutionnelle, ordonnance n° 255 du 11 juin 1999.

¹¹³⁴ La Cour de justice a été saisie par un juge de Venise, qui devait appliquer la même loi, mais qui avait des doutes sur son rapport avec une directive européenne directement applicable. On sait que la Cour de justice n'a un pouvoir décisif que sur le droit de l'Union, à travers le renvoi de validité ou le renvoi interprétatif. Dans cette dernière hypothèse, cependant, la Cour de justice - en donnant une interprétation du droit de l'Union européenne selon laquelle un État membre ne peut pas adopter certaines solutions - offre, de façon indirecte, une indication sur l'applicabilité de la loi nationale.

vérifier - dans tous les cas lui étant soumis - si l'espèce relève du domaine du droit de l'Union et s'il y a une incompatibilité.

On retrouve la même position dans un *arrêt* plus récent, le n° 284 de 2007, concernant une loi italienne en matière de jeux et de paris clandestins ¹¹³⁵. Selon le juge *a quo* la loi était en conflit avec plusieurs articles de la Constitution : les articles n° 3 (principe d'égalité), n° 41 (liberté d'initiative économique) et les articles n° 10 et n° 11, ces derniers étant en relation avec le droit de l'Union, notamment la garantie de la liberté de circulation et d'établissement. A partir de la même loi, on avait déjà eu une décision d'interprétation de la Cour de justice, qui a laissé au juge national la tâche de vérifier si la solution adoptée par le législateur, limitant la liberté de circulation et d'établissement, est justifiée à la lumière du droit de l'Union. Après cet arrêt, la Cour de cassation italienne a considéré qu'il y avait des raisons justifiant la solution adoptée au niveau national. Le juge *a quo*, en l'occurrence le Tribunal de Macerata, n'était pas d'accord avec cette interprétation de la Cour de Cassation. Par conséquent, il a décidé de saisir la Cour constitutionnelle, en raison également de la complexité des rapports entre les juges nationaux impliqués dans ce cas.

La Cour constitutionnelle a déclaré la question irrecevable. Avant tout, la Cour a exclu la possibilité de vérifier directement, à la lumière de l'article 11 de la Constitution ¹¹³⁶, le respect du droit communautaire, estimant que les normes européennes pertinentes étaient directement applicables. Ensuite, elle a exprimé deux considérations qu'on peut citer directement : « la question de compatibilité avec le droit communautaire constitue un *prius* sur le plan logique et juridique par rapport à la question de constitutionnalité, car elle concerne l'applicabilité même de la norme censurée et donc la pertinence de la question ». Par conséquent, selon la Cour, « la question doit être déclarée inadmissible, du fait qu'il n'est pas de sa propre compétence, mais de celle du juge ordinaire, de vérifier [...] si les normes de droit interne applicables dans ce cas sont en conflit avec les normes de droit européen dotées d'effet direct et d'en tirer les conséquences ». Pour ce faire, il peut éventuellement utiliser le renvoi préjudiciel à la Cour de justice.

La position maintenue jusqu'aujourd'hui par la Cour constitutionnelle est cohérente avec celle définie dans la décision *Granital* de 1984. La primauté du droit de l'Union européenne est assurée directement par les juges ordinaires, sans aucune intervention de la Cour constitutionnelle. L'avant-propos de cette conclusion est permis par une lecture du point de vue dualiste des rapports entre le système national et le système européen. Il s'agit de deux systèmes coordonnés mais distincts. C'est pour cette raison que l'on peut dire que les juges ordinaires ont une « double casquette » : ce sont des juges nationaux quand ils appliquent le droit interne mais ce sont des juges européens quand ils appliquent le droit de l'Union. Dans le premier cas, ils sont en relation avec la Cour constitutionnelle, en revanche dans le deuxième cas, ils sont en rapport avec la Cour de justice de l'Union européenne. Dans ce cadre, la priorité est donnée à la question relative au droit communautaire, qui peut conditionner la pertinence de la question de constitutionnalité.

En France, où le contrôle de conventionalité est apparu à la suite du refus du Conseil constitutionnel de vérifier le respect des traités internationaux, l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité a créé des difficultés quant à la coordination avec le renvoi préjudiciel à la Cour de justice. Le conflit, déterminé par la décision de la Cour de cassation

¹¹³⁵ Cour constitutionnelle, arrêt n° 284 du 4 juillet 2007.

¹¹³⁶ L'article 10 de la Constitution n'est pas pertinent, étant donné qu'il ne s'applique qu'au droit international général.

de saisir la Cour de justice plutôt que le Conseil constitutionnel, est une question bien connue ¹¹³⁷.

Il est probablement plus facile de comprendre ces différentes positions à la lumière de l'évolution historique de ces deux systèmes. La solution adoptée en Italie concerne le conflit entre la Cour constitutionnelle et la Cour de justice que l'on a vu auparavant et manifeste la difficulté, pour la Cour constitutionnelle italienne, de définir son propre rôle à l'intérieur du réseau complexe de systèmes juridiques européens. En revanche, la situation française s'inscrit dans un cadre très différent. L'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité donne au Conseil constitutionnel la possibilité de renforcer son rôle sur le plan de la protection des droits fondamentaux, en relation également avec les autres systèmes qui opèrent en Europe. Le contrôle de conventionalité n'est pas mis en discussion mais, dans les cas de double préjudicialité, la volonté du législateur était celle de privilégier en première instance l'intervention des juges constitutionnels nationaux et seulement par la suite celle des juges européens (dans les différentes formes qui caractérisent les deux systèmes européens de protection des droits). Dans le cas du droit de l'Union européenne, toutefois, comme on l'a déjà vu en analysant l'expérience italienne, cette solution est difficilement conciliable avec le principe de primauté du droit européen, qui ne peut accepter la soumission du contrôle du juge ordinaire sur le respect des normes communautaires à un passage ultérieur face au Conseil constitutionnel.

B) Le droit de l'Union européenne n'est pas directement applicable

Pour mieux comprendre la situation italienne et, en particulier, son évolution plus récente, il faut considérer maintenant les cas où le droit de l'Union européenne n'est pas directement applicable. En effet, dans ces cas-là, la Cour constitutionnelle a le pouvoir de statuer ¹¹³⁸.

¹¹³⁷ Voir, entre autres, X. Magnon, « La QPC face au droit de l'Union : la brute, les bons et le truand », *Revue française de droit constitutionnel*, 2010, n° 84, p. 761 et s. Il s'agit du cas *Melki et Abdeli*, où la Cour de cassation a décidé de soulever la question préjudicielle devant la Cour de justice plutôt que la QPC devant le Conseil constitutionnel, contrairement à ce que prévoit la loi organique d'application de l'art. 61-1 de la Constitution. La Cour de justice, dans l'arrêt C-188/10 et 189/10, du 22 juin 2010, a confirmé sa décision *Simmenthal* du 1978, mais dans le même temps a reconnu aux juges ordinaires la charge de vérifier si la législation nationale sur la QPC peut être interprétée conformément aux exigences du droit de l'Union. En particulier, elle demande que les juridictions nationales restent libres « -de saisir, à tout moment de la procédure qu'elles jugent approprié, et même à l'issue de la procédure incidente de contrôle de constitutionnalité, la Cour de toute question préjudicielle qu'elles jugent nécessaire ; -d'adopter toute mesure nécessaire afin d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union, et -de laisser inappliquée, à l'issue d'une telle procédure incidente, la disposition législative nationale en cause si elles la jugent contraire au droit de l'Union » : voir L. Fabiano, « L'eccezione « prioritaria » di costituzionalità francese deve cedere il passo alla pregiudizialità comunitaria : la pronuncia *Melki-Abdeli* della Corte di giustizia », *DPCE online*, n° 4/2010, <http://www.dpce.it/online>

¹¹³⁸ Il faut rappeler que la Cour constitutionnelle a reconnu sa compétence pour vérifier le respect du droit de l'Union européenne également en cas de renvoi direct sur les lois régionales. Cette jurisprudence remonte à la décision n° 384 de 1994. En cas de renvoi direct, il n'y a en effet pas de juge ordinaire pouvant ne pas appliquer la loi contestée, il est donc nécessaire que la Cour intervienne. Il faut souligner que, à l'origine, le contrôle sur les lois régionales était un contrôle *a priori*, tandis que c'est désormais un contrôle *a posteriori*, mais ayant un délai très réduit de soixante jours. Par sa décision n° 406 de 2005, la Cour a confirmé sa jurisprudence à cet égard, en utilisant le nouveau paramètre constitué par l'article 117 de la Constitution : voir R. Calvano, « La Corte costituzionale «fa i conti» per la prima volta con il nuovo art. 117 comma 1

Les normes de référence sont, comme on l'a vu, l'article 11 et, après la réforme de 2001, également l'article 117 de la Constitution.

La Cour a appliqué cette solution en relation aux directives et, plus récemment, aux décisions-cadres de l'Union européenne prises dans le domaine du troisième pilier (GAI) avant la réforme de Lisbonne ¹¹³⁹.

L'arrêt 227 de 2010, ayant comme objet une décision-cadre, mérite une analyse spécifique. Cette décision concerne une question très discutée, celle du mandat d'arrêt européen et des procédures de remise des personnes condamnées entre les Etats-membres de l'Union européenne, qui est prévu dans la décision-cadre n° 2002/584/GAI ¹¹⁴⁰.

En particulier, la loi d'exécution de la décision-cadre, la loi 69 de 2005, prévoit que le pouvoir de l'autorité judiciaire de ne pas remettre le sujet condamné à un autre pays, mais de lui faire exécuter sa condamnation en Italie, est limité aux citoyens italiens, excluant ainsi les étrangers. Le juge *a quo* a retenu que cette solution ne respecte pas la décision-cadre et, de manière plus générale, qu'elle est contraire au principe de non-discrimination en raison de la nationalité, prévu par l'article 12 du Traité communautaire (devenu aujourd'hui l'article 18 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne).

Le juge a soulevé une exception de constitutionnalité, en retenant que la loi italienne est contraire aux articles 3 (principe d'égalité) et 27 (sur la fonction rééducative de la peine) de la Constitution et également à l'article 117 de la Constitution, du moment qu'elle est contraire au droit de l'Union.

On a vu qu'à partir de la décision *Granital*, la Cour constitutionnelle n'accepte pas de vérifier le respect du droit de l'Union européenne. Mais dans ce cas-là, le droit de l'Union n'est pas directement applicable par le juge ordinaire, et il s'agit donc d'une situation différente.

Selon la version du Traité de l'Union à l'époque en vigueur, les décisions-cadres lient les Etats quant à leur résultat, mais laissent à la compétence des autorités nationales le fait de décider des moyens et des formes pour l'atteindre (art. 34). La Cour constitutionnelle relève donc que les décisions-cadres ont le même caractère que les directives.

Ensuite, la Cour italienne rappelle la jurisprudence de la Cour de justice. En général, cette jurisprudence affirme qu'il y a une obligation d'interprétation du droit national conforme à la lettre et au but des décisions-cadres. En l'espèce, plusieurs arrêts interprétatifs de la Cour de justice ont reconnu que la personne exclue du bénéfice de ne pas être remis (comme c'est le cas des étrangers en Italie) peut faire valoir le dommage dérivant de la violation du droit de l'Union européenne.

Il est intéressant de remarquer que dans sa décision la Cour constitutionnelle reconnaît que pour le juge *a quo* il était impossible d'effectuer une interprétation conforme au droit de l'Union. Il existe plusieurs décisions de la Cour de Cassation excluant l'applicabilité de la

Cost. Una svista o una svolta monista nella giurisprudenza costituzionale sulle «questioni comunitarie»? », *Giurisprudenza costituzionale*, 2005, p. 4436 s. On peut citer aussi la décision n° 439 de 2008.

¹¹³⁹ Voir Cour constitutionnelle arrêt n° 317 du 18 juillet 1996 ; arrêt n° 276 du 11 juin 1999, arrêt n° 284 du 4 juillet 2007.

¹¹⁴⁰ Cour constitutionnelle arrêt n° 227 du 21 juin 2010 ; voir E. Pistoia, « Una nuova pronuncia della Corte costituzionale sui rapporti tra diritto nazionale e diritto europeo », *Rivista di diritto internazionale*, 2011, p. 79 s.

norme contestée aux étrangers. Il s'agit – selon la Cour constitutionnelle – d'un cas de « droit vivant ».

Le contraste entre cette interprétation et le droit de l'Union ne peut pas être résolu par le fait de ne pas appliquer le droit national en faveur du droit de l'Union, parce que ce dernier n'est pas doté d'effet direct. La seule possibilité est donc celle du contrôle de constitutionnalité. Le juge ordinaire a eu, par conséquent, raison de soulever la question incidente de constitutionnalité sur ce point.

Ce raisonnement est bien illustré dans la phrase suivante:

« l'hypothèse d'inconstitutionnalité de la loi nationale ayant pour cause l'exécution incorrecte d'une décision-cadre est rapportable aux cas dans lesquels, selon la jurisprudence de cette Cour, le juge ordinaire n'a pas le pouvoir de ne pas appliquer la loi nationale, mais seulement celui de pouvoir/devoir soulever la question de légitimité constitutionnelle pour la violation des articles 11 et 117 de la Constitution, intégrés par la norme pertinente de l'Union européenne, alors que, comme dans le cas en question, il est impossible d'exclure cette contrariété en utilisant les outils interprétatifs ordinaires acceptés par l'ordre juridique national ».

Il faut préciser que, alors que le juge *a quo* n'avait proposé comme paramètre que l'article 117 de la Constitution, la Cour constitutionnelle en revanche a retenu devoir également prendre en considération l'article 11 qui, à son avis, constitue le point de référence fondamental pour définir les rapports entre le système juridique national et celui de l'Union européenne ¹¹⁴¹.

Mais, la Cour a fait un autre pas très important. Elle précise que, pour résoudre la question incidente de constitutionnalité, elle doit forcément prendre en considération les principes et la jurisprudence de la Cour de justice concernant l'interprétation de la décision-cadre. Dans sa motivation, la Cour constitutionnelle analyse donc plusieurs décisions de la Cour de justice sur le thème objet du contrôle, pour définir la *ratio* de la norme européenne. En particulier, la possibilité de ne pas remettre la personne condamnée à un autre Etat exprime la volonté de favoriser la réintégration sociale du condamné. A ce moment-là, l'Etat-membre peut refuser de remettre la personne lorsqu'elle est bien intégrée dans la société civile. Mais cette situation est liée à des conditions factuelles et sociales, qui dépendent de la résidence stable sur le territoire de l'Etat plutôt que du rapport de citoyenneté. Par conséquent, la Cour constitutionnelle estime que la loi est inconstitutionnelle là où elle ne prévoit pas la possibilité pour le juge de refuser la remise du citoyen d'un autre pays de l'Union Européenne qui, légalement et effectivement, a sa résidence sur le territoire italien.

A mon avis, au-delà de la question de la solution au fond, cette décision est très importante pour comprendre l'évolution de la jurisprudence italienne par rapport au droit de l'Union. Elle confirme tout d'abord très clairement la possibilité d'effectuer un contrôle incident sur la loi pour violation du droit de l'Union (qui n'est pas directement applicable). Ensuite, elle manifeste surtout une intéressante ouverture de la Cour constitutionnelle au droit de l'Union et à la jurisprudence de la Cour de justice. Pour décider de la question soumise à son examen, la Cour constitutionnelle a dû interpréter le droit de l'Union, qui figure comme norme interposée. Pour ce faire, elle doit forcément se confronter avec la Cour de justice qui est le dernier interprète de ce droit.

¹¹⁴¹ On peut lire dans la motivation de sa décision que « Cette Cour, dès lors qu'elle a été appelée à définir le rapport entre droit national et droit européen, a identifié le fondement de ce rapport dans l'article 11 de la Constitution ».

III / L'évolution plus récente de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle par rapport au droit de l'Union Européenne.

La *décision 227* de 2010, fait partie, à mon avis, d'un parcours qui a conduit, dans les années plus récentes, à un changement important de l'attitude de la Cour constitutionnelle par rapport au droit de l'Union européenne.

Cette nouvelle tendance s'insère dans le cadre plus général de la redéfinition des rapports avec le niveau européen entendu au sens large, c'est-à-dire non seulement le système de l'Union Européenne mais aussi celui de la Convention européenne des droits de l'homme. Les célèbres *décisions jumelles 348 et 349* de 2007, qui définissent la position de la CEDH dans le système italien à la lumière de l'article 117 de la Constitution, ont donné à la Cour constitutionnelle l'opportunité de préciser les particularités du système de l'Union européenne. Celles-ci ont été définies par différence, ou mieux – à mon avis – elles ont été utilisées par la Cour constitutionnelle dans le but de limiter l'impact de la CEDH au moment où cette dernière a été reconnue comme paramètre interposé pour le contrôle de constitutionnalité¹¹⁴². Mais, dans tous les cas, en lisant les arguments de la Cour, on peut percevoir une attention particulière au système de l'Union Européenne et au rôle qu'il a assumé grâce à l'évolution du processus d'intégration.

L'année suivante il y a eu une autre décision fondamentale, qui confirme la volonté de la Cour constitutionnelle d'abandonner sa position marginale, remontant à l'arrêt *Granital*, quant au droit de l'Union. Par son ordonnance n° 103 de 2008, la Cour constitutionnelle a, pour la première fois, effectué un renvoi préjudiciel à la Cour de justice¹¹⁴³. Jusque-là, comme mentionné auparavant, la Cour affirmait qu'elle n'était pas juge national aux termes du droit européen. Elle ne pouvait donc pas effectuer le renvoi préjudiciel. Dans le cas en question, soulevé par voie directe, la Cour a radicalement changé son interprétation et a affirmé que

« la Cour constitutionnelle, bien qu'ayant une position particulière en tant qu'organe suprême de garantie constitutionnelle dans le système italien, est une juridiction nationale aux termes de l'art. 234, par. 3, du Traité CE et que c'est, en particulier, une juridiction de dernière instance [...] : par conséquent, en cas de contrôle par voie principale, elle est légitimée à soulever la question préjudicielle (d'interprétation) face à la Cour de justice ».

En particulier, dans le contrôle de constitutionnalité par voie directe, la Cour est la seule juge du cas et, par conséquent, si elle ne peut pas faire le renvoi interprétatif à la Cour de justice, il existe un risque que ne soit pas garanti le principe européen de l'application uniforme du droit de l'Union.

Dans la même décision, la Cour donne une nouvelle définition des rapports entre le système juridique national et le système européen. En particulier, elle affirme que

« l'Italie, en ratifiant les Traités communautaires, est entrée au sein du système communautaire, c'est-à-dire d'un système juridique autonome, *intégré* et coordonné avec le système national; et que dans le même temps elle a également transféré, sur la base de l'article 11 de la Constitution, l'exercice de pouvoirs législatifs, [...] dans les matières prévues par les traités mêmes ».

¹¹⁴² Voir L. Montanari, « La difficile definizione dei rapporti con la CEDU alla luce del nuovo art. 117 della Costituzione: un confronto con Francia e Regno Unito », in *Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia*, Naples, Jovene, 2009, p. 459 et s.

¹¹⁴³ Voir S. Bartole, « Pregiudiziale comunitaria ed "integrazione" di ordinamenti », *Le Regioni*, 2008, p. 898 et s. et I. Spingo, « La Corte costituzionale e la *vexata questio* del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia », www.osservatoriosullefonti.it, 2/2008.

Il faut se rappeler que dans le passé la Cour avait utilisé la formule « autonomes et *distincts*, bien que coordonnés ». Aujourd'hui par contre, elle adopte le mot « intégré » pour exprimer, à mon avis, le fait de reconnaître la complexité du cadre européen où les différents systèmes juridiques s'intègrent entre eux. Cette situation implique aussi, nécessairement, une relation – ou bien, pour utiliser un terme à la mode, un dialogue – entre tous les juges qui opèrent dans les différents systèmes. La Cour constitutionnelle est maintenant partie active de ce réseau, tout comme les juges ordinaires, et peut contribuer de plusieurs façons au processus de construction du droit de l'Union.

SECTION 2 – LA CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME ET LE PROCES INCIDENT DE CONSTITUTIONNALITE : LES PERSPECTIVES CROISEES DE LA « PRIORITE » EN FRANCE ET EN ITALIE

Fanny Jacquelot

*Maître de Conférences
Université Jean Monnet Saint-Etienne
Directrice-adjointe du CERCRID*

Le système de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après CEDH) a cela d'original qu'il n'impose pas aux États membres du Conseil de l'Europe d'adopter un positionnement précis au regard du droit international¹¹⁴⁴. Monisme et dualisme peuvent donc coexister au regard des prescriptions du texte conventionnel à condition que les États qui en sont les dépositaires satisfassent à l'obligation de résultat de respecter les engagements qu'il leur impose.

La France et l'Italie s'inscrivent dans une telle perspective avec d'un côté la Constitution du 4 octobre 1958 qui a fait le choix du monisme et la Constitution du 27 décembre 1947 qui a fait celui du dualisme juridique.

Le monisme français est plutôt récent puisqu'avant l'entrée en vigueur de la Constitution de 1946, les traités ou conventions internationales devaient faire l'objet d'une mesure de réception (promulgation par le Président de la République) pour produire des effets juridiques en droit interne. Toutefois, preuve qu'un tel positionnement n'est jamais figé¹¹⁴⁵, le système français a fini par opter pour le monisme à compter de cette date, qui sera confirmé au travers de l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958. Suite à l'intervention de la décision *IVG* n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 (*Rec.* p.19) du Conseil constitutionnel, le contrôle de conventionnalité effectué par les juges de droit commun va d'ailleurs garantir l'essentiel de la protection des droits fondamentaux dans le système français, comblant les limites du contrôle *a priori* de constitutionnalité.

De son côté, le dualisme italien correspond à une tradition à la fois historique et théorique. La partition géographique de l'État italien puis sa réunification a généré une volonté accrue de créer un système autonome, centré sur lui-même et délesté de toute ingérence extérieure. Les théories dualistes apparaissent ainsi en Italie dans le cadre de la théorie volontariste, développée en particulier par Anzilotti¹¹⁴⁶, selon laquelle ce n'est pas le droit international qui soumet l'État mais c'est l'État qui détermine la mesure de son engagement international. Le dualisme juridique italien (qui s'appuiera aussi sur les théories allemandes du dualisme emmenées par Triepel notamment) considère ainsi que l'ordre juridique interne est totalement dissocié de l'ordre juridique international. C'est ce qui explique, en partie, que la Constitution italienne de 1947 va rester, pendant de nombreuses

¹¹⁴⁴ Cour EDH, arrêt du 6 février 1976, *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives*, Série A n° 20, §20 ; Cour EDH, *James et autres c. Royaume Uni*, 21 février 1986, série A, n° 98 ; Cour EDH, *Daddi c. Italie*, 2 juin 2009, requête n° 15476/09.

¹¹⁴⁵ En ce sens voir, en particulier, J. Dhommeaux, « Monismes et dualismes en droit international des droits de l'homme », *Annuaire français de droit international*, XLI, 1995, pp. 447-468.

¹¹⁴⁶ D. Anzilotti, *Cours de droit international*, Editions Panthéon Assas, Paris, 1999.

années, plus que laconique sur ses rapports avec le droit international ¹¹⁴⁷, excluant toute confrontation directe et d'ordre hiérarchique entre les normes internes et les normes externes.

Conformément à une telle logique, la CEDH a été réceptionnée, dans l'ordre juridique italien, par la loi ordinaire n° 848 du 4 août 1955 dont elle a épousé le statut juridique. Ce rang de loi ordinaire n'a toutefois pas été sans poser la question du respect, par l'Italie, de ses engagements conventionnels qui pouvaient, dès lors, être remis en cause par la seule volonté du législateur. La Cour constitutionnelle italienne a néanmoins considéré, qu'en l'absence de disposition expresse de la Constitution, les normes conventionnelles ne pouvaient se prévaloir d'un positionnement distinct de celui que leur accorde leur norme de transposition ¹¹⁴⁸.

Dans un arrêt n° 10 du 19 janvier 1993, la juridiction constitutionnelle avait pourtant émis la possibilité d'assimiler la CEDH à une source « atypique » du système qui la prémunirait de tout risque d'abrogation ou de modification par la loi ordinaire postérieure ¹¹⁴⁹. Cependant, la Haute instance n'a pas exploré davantage cette voie, qui ne reposait d'ailleurs sur aucune argumentation précise ¹¹⁵⁰. Elle a donc, par la suite, repris le cours de sa jurisprudence, entretenant ainsi le flou sur la place de la CEDH dans l'ordre juridique et contribuant de manière plus ou moins avouée à créer un sentiment d'impunité à l'égard des condamnations européennes pour violation structurelle du droit de la Convention.

En Italie, le procès incident de constitutionnalité a donc été, au cours de ces années, « à l'abri » de la CEDH, celle-ci étant dépourvu d'effet direct et de statut juridique clairement déterminé. Cela n'a toutefois pas empêché la Cour constitutionnelle de faire du droit de la Convention une source d'inspiration lui permettant d'interpréter la loi nationale à la lumière de ses prescriptions. Mais cela ne pouvait s'apparenter à un véritable contrôle de conventionnalité.

La France et l'Italie ont donc développé des logiques plutôt antagonistes en matière de rapport entre leur système interne de protection des droits fondamentaux et la CEDH, avec un système français centré sur le contrôle de conventionnalité contre un système italien qui l'excluait presque totalement.

Deux révisions constitutionnelles, entrées en vigueur de manière presque concomitante dans chacun des deux pays, vont provoquer un croisement des expériences, offrant dès lors la possibilité d'une lecture combinée des rapports entre le procès incident de constitutionnalité et la CEDH. Il s'agit, pour l'Italie, de la révision de la Constitution issue de la loi constitutionnelle n° 3 du 18 octobre 2001 qui est entrée en vigueur en 2006. Celle-ci a, en effet, inséré, dans le texte constitutionnel, un nouvel article 117, alinéa 1^{er}, qui soumet, pour la première fois de manière expresse, le législateur au respect de ses obligations issues du droit international (et du droit européen). Pour la France, il s'agit de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 qui introduit, dans le paysage juridique national, un procès incident de

¹¹⁴⁷ Tout au plus pouvait-on faire mention des articles 10 et 11 de la Constitution italienne de 1947 qui se réfèrent d'une part aux « normes du droit international généralement reconnues » auxquelles l'ordre juridique interne s'adapte automatiquement et d'autre part aux « limitations de souveraineté » auquel l'État italien consent pour assurer « la paix et la justice entre les Nations ».

¹¹⁴⁸ CC it., arrêt n° 188 du 22 décembre 1980, *Giur. cost.*, 1980, p. 1612 et s.

¹¹⁴⁹ Cour constitutionnelle italienne, arrêt n° 10 du 19 janvier 1993, *Giur. cost.*, 1993, p. 52 et s., note de E. Lupo, « Il diritto dell'imputato straniero all'assistenza dell'interprete tra codice e convenzioni internazionali ».

¹¹⁵⁰ L. Montanari, « La difficile definizione dei rapporti con la CEDU alla luce del nuovo art. 117 della Costituzione : un confronto con Francia e Regno Unito », *Dir. pubbl. Comp.*, 2008, I, pp. 204-215, spéc. p. 205.

constitutionnalité permettant, enfin, au Conseil constitutionnel d'intervenir *a posteriori*, c'est-à-dire après l'entrée en vigueur de la loi.

La révision constitutionnelle italienne place ainsi la question conventionnelle sur l'échiquier de la protection des droits fondamentaux jusque-là occupé par le seul procès incident de constitutionnalité tandis que la révision constitutionnelle française fait intervenir le contrôle de constitutionnalité dans un espace monopolisé par le seul contrôle de conventionnalité vis-à-vis de la CEDH.

Les Cours constitutionnelles française et italienne se sont ainsi retrouvées à la croisée des chemins, appelées à s'interroger sur la place du procès incident de constitutionnalité dans l'architecture interne de la protection des droits fondamentaux. En France, le législateur organique ¹¹⁵¹ lui a ainsi expressément conféré une « priorité » qui sera validée par le juge constitutionnel lors de sa décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009 ¹¹⁵². En Italie, c'est la Cour constitutionnelle qui a pris l'initiative d'assurer une préséance en faveur du contrôle de constitutionnalité, sans pour autant utiliser de vocable spécifique.

Au-delà des particularismes d'ordre sémantique, les discours se sont recouverts au travers de la consécration d'une « préférence constitutionnelle » obtenue par le tracé d'une voie à suivre pour garantir la protection des droits fondamentaux (I). Cette voie s'est avérée cependant tout sauf linéaire, dans la mesure où elle a pu être empruntée à contre-sens et produire, dès lors, des effets inversés (II).

I / La « préférence constitutionnelle » ou le chemin tout tracé de la protection des droits fondamentaux en droit interne

La motivation essentielle qui a conduit la France et l'Italie à introduire une « préférence constitutionnelle » peut se résumer dans la volonté de maîtriser le parcours juridictionnel des requérants et le travail du juge de droit commun dans la protection des droits fondamentaux en droit interne. Pour cela, il s'est agi d'imposer un cadre prédéterminé à l'avance permettant de réunir toutes les conditions nécessaires pour que le procès incident de constitutionnalité puisse se tenir avant le contrôle de conventionnalité (A) et ne conférer à ce dernier qu'une place purement résiduelle (B).

A) L'antériorité du contrôle de constitutionnalité

Les expériences française et italienne ont chacune introduit un mécanisme de « préférence constitutionnelle » permettant de promouvoir le procès incident de constitutionnalité. Les modalités pour y parvenir sont certes différentes mais les deux systèmes étudiés se rejoignent, plus qu'on ne l'aurait pensé de prime abord, dans les effets produits, par cette préséance, sur la place du contrôle de conventionnalité en droit interne.

L'Italie semble, de son côté, avoir envisagé une « préférence » plus dure en s'attachant à ne donner de visibilité qu'au seul contrôle de constitutionnalité. La « priorité » française peut, de ce point de vue, s'analyser comme étant plus modérée dans la mesure où elle n'est

¹¹⁵¹ Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution du 4 octobre 1958.

¹¹⁵² Conseil constitutionnel, n° 2009-595 DC, 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, *Rec.*, p. 206.

pas conçue pour occulter la CEDH mais pour empêcher la confusion des contrôles et permettre au moyen d'inconstitutionnalité de suivre un cheminement procédural à part.

Cette radicalité italienne découle, en grande partie, du dualisme obstiné dont la Cour constitutionnelle a fait montre au moment de tirer les conséquences de la révision constitutionnelle de 2001. Le nouvel article 117, alinéa 1^{er}, de la Constitution de 1947 l'appelait, sans aucun détour possible, à se prononcer clairement sur la place de la Convention dans l'ordre juridique interne avec toutes les implications que cela devait avoir sur la pérennité du contrôle incident de constitutionnalité.

Par deux arrêts n° 348 et 349 de 2007 ¹¹⁵³, elle a donc posé les fondations de toute une construction jurisprudentielle qu'elle n'a eu de cesse de consolider depuis. Son objectif, dès 2007, était de maintenir le contrôle de constitutionnalité comme fer de lance de la protection des droits fondamentaux en droit interne. Pour cela, elle a choisi l'option d'interpréter le nouvel article 117, alinéa 1^{er}, comme le promoteur d'une exigence constitutionnelle de respect par le législateur de ses obligations internationales, et en particulier, des prescriptions du droit de la Convention. En conséquence, toute question relative à la compatibilité d'une loi par rapport à la Convention est, en réalité, une question de constitutionnalité qui *doit* lui être posée par le juge *a quo* par le truchement du procès incident de constitutionnalité.

Ce qui est en jeu, selon la Cour constitutionnelle, c'est de savoir si le législateur, en ne respectant pas les prescriptions conventionnelles, n'a pas manqué aux obligations que lui impose l'article 117, alinéa 1^{er}. Tout effet direct de la Convention en droit interne est donc proscrit. La confrontation de la loi à la CEDH ne peut se faire que dans le cadre du procès incident de constitutionnalité et donc, par voie de conséquence, uniquement par l'intermédiaire de la juridiction constitutionnelle. C'est la raison pour laquelle la Cour constitutionnelle italienne a-t-elle exigé, à compter d'un arrêt n° 129 de 2008 ¹¹⁵⁴ que toute question de conventionnalité soit posée exclusivement au regard de l'article 117, alinéa 1^{er}, de la Constitution sous peine d'irrecevabilité, faisant du moyen d'inconventionnalité un moyen « non-autonome » devant nécessairement être combiné à la disposition constitutionnelle précitée. Le contrôle de constitutionnalité est donc le passage obligé pour examiner la compatibilité de la loi au texte conventionnel et de ce fait, il le précède nécessairement.

La priorité française apparaît en comparaison plus édulcorée puisqu'ici la Constitution ne fait pas « écran » entre la Convention et la loi. Cette dernière est, en réalité, placée en « tête à tête » avec le texte constitutionnel. Il s'agit d'une priorité qui commande au juge de droit commun, contrairement au cas italien, de repérer le moyen d'inconstitutionnalité parmi les autres autres moyens invoqués par les parties, pour le traiter en premier. Cela permet d'obtenir une question de constitutionnalité à contenu strictement constitutionnel, dégagé de toute interférence ou combinaison à vocation externe.

L'on retrouve ici la logique de la décision *IVG* du 15 janvier 1975 du Conseil constitutionnel qui, avec le recul, ne peut se résumer toute entière à une vision minimaliste du champ de compétence de la Haute instance. Bien plus qu'une lecture exhaustive de la Constitution, cette prise de position est le reflet d'un choix conscient en faveur d'une conception spécifique du contrôle de constitutionnalité. En affirmant qu'il n'était pas habilité, lorsqu'il était saisi sur le fondement de l'article 61 de la Constitution, à exercer un contrôle de conventionnalité, le Conseil constitutionnel a clairement pris le parti d'individualiser la

¹¹⁵³ Cour constitutionnelle italienne, arrêts n° 348 et n° 349 du 24 octobre 2007, *G.U.* du 31 octobre 2007.

¹¹⁵⁴ V. Sciarabba, « Il problema dell'intangibilità del giudicato tra Corte di Strasburgo, giudici comuni, Corte costituzionale e... legislatore? », *Forum dei Quaderni costituzionali*, <http://www.forumcostituzionale.it>.

confrontation de la loi au texte constitutionnel, considérant que seuls des paramètres de constitutionnalité au sens propre du terme pouvaient être invoqués¹¹⁵⁵. C'est la raison pour laquelle, dans la logique du juge constitutionnel français, la confrontation de la loi à la Constitution est distincte de celle à la Convention : une loi peut être conforme à l'une et pas à l'autre parce que le contenu des paramètres est distinct. C'est ce qui implique l'existence d'une dissociation des contrôles et en particulier, un contrôle de conventionnalité confié aux juges de droit commun.

Le Conseil constitutionnel a ainsi déposé « les premiers cailloux sur le long cheminement qui allait conduire à la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 »¹¹⁵⁶. La logique de séparation des contrôles prônés depuis l'origine a donné naissance à une mécanique propre à maintenir intacte cette séparation dans le cadre de la réforme. C'est ainsi que les nouveaux articles 23-2 et 23-5 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958 modifiée ont pu être lus comme permettant de procéder à l'opération matérielle de dissociation des moyens d'inconstitutionnalité des autres moyens et en particulier des moyens de conventionnalité¹¹⁵⁷. Cela a permis, par exemple, à la Cour de cassation de déclarer, à plusieurs reprises, irrecevables les questions de constitutionnalité mettant en cause la conformité de la loi à la CEDH¹¹⁵⁸.

Toujours dans la même logique, l'ordonnance précitée a imposé que ces moyens d'inconstitutionnalités soient consignés dans un mémoire distinct et motivé (article 23-1) de manière à pouvoir être immédiatement repérables par le juge et bénéficiaire, ainsi, d'un traitement prioritaire.

Ces différents procédés ont donc permis de ne faire remonter, au Conseil constitutionnel, que les moyens d'inconstitutionnalité à l'exclusion de tous les autres. Le juge constitutionnel a d'ailleurs précisé, dans sa décision n° 2009-595 DC du 3 novembre 2009, que ne devaient lui être transmis que les mémoires et conclusions des parties concernant la QPC (et non l'ensemble des documents afférents à la procédure au cours de laquelle la question a été soulevée).

Il est ainsi significatif de relever que, malgré des angles de vue très différents, les expériences française et italienne se sont rejointes dans une même logique qui est celle de garantir l'antériorité du procès incident de constitutionnalité sur le contrôle de conventionnalité de la loi vis-à-vis de la CEDH. Qu'il y ait association ou non des contrôles, la place de la Convention est pensée pour n'être que résiduelle dans la mise en œuvre de la protection des droits fondamentaux dans l'ordre interne.

¹¹⁵⁵ Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs étendu sa position au contrôle de constitutionnalité effectué dans le cadre de la QPC (décision du 12 mai 2010, n° 2010-605 DC, *Loi relative à l'ouverture de la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, JO du 13 mai 2010, p. 8897) : « il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, saisi en application de l'article 61 ou de l'article 61-1 de la Constitution, d'examiner la compatibilité d'une loi avec les engagements internationaux et européens de la France... ».

¹¹⁵⁶ X. Magnan (sous la dir. de), *et alii, La question prioritaire de constitutionnalité*, Litec, 2010, p. 5.

¹¹⁵⁷ M. Guillaume, « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », *Les nouveaux Cahiers du CC*, n° 32, 2011, pp. 67-95, spéc. p. 69.

¹¹⁵⁸ Cass, QPC, 4 juin 2010, n° 12053, pourvoi n° 10-90.033 ; Cass, QPC, 25 juin 2010, n° 12056, pourvoi n° 10.82.506.

B) La résidualité du contrôle de conventionnalité

La « préférence » organisée, en France et en Italie, en faveur du procès incident de constitutionnalité circonscrit le champ du contrôle de conventionnalité pour ne lui accorder qu'une place de second choix. La différence qui existe, toutefois, entre les deux expériences, c'est qu'en France il s'est agit d'en réduire le périmètre alors qu'en Italie il convenait de lui donner une existence tangible en traçant les contours.

Encore une fois, la logique prioritaire française peut apparaître, au premier abord, comme étant plus contenue par rapport à l'Italie. Le dispositif français semble, tout du moins en théorie, laisser plus d'espace au contrôle de conventionnalité, dans la mesure où le juge de droit commun a la possibilité de l'effectuer une fois la procédure de la QPC arrivée à son terme. Il y a donc une perspective conventionnelle au bout du procès incident de constitutionnalité, ce qui n'est pas nécessairement le cas dans la construction jurisprudentielle italienne issue des arrêts de 2007. En effet, dans le contexte italien, la confrontation de la loi à la Convention peut très bien ne pas avoir lieu si les critères posés pour pouvoir effectuer un tel contrôle ne sont pas remplis.

Cette situation découle, tout particulièrement, de la position qui a été attribuée à la CEDH par la Cour constitutionnelle dans l'ordre juridique interne. Celle-ci considère, en effet, que la Convention fait partie de la catégorie des « normes interposées ». Elle a donc valeur de loi ordinaire du fait de sa norme nationale de réception mais bénéficie d'une « force de résistance » face à la loi postérieure. La Convention se situe ainsi à un rang « infraconstitutionnel »¹¹⁵⁹ qui implique que tout examen de conformité entre la loi et la CEDH fasse l'objet d'une vérification préalable de compatibilité entre cette dernière et la Constitution. Il convient, explique le juge constitutionnel italien, d'« éviter le paradoxe qu'une norme législative soit déclarée inconstitutionnelle sur la base d'une autre norme infraconstitutionnelle, à son tour contraire à la Constitution » (§4.7 de l'arrêt n° 348 de 2007).

En conséquence, si la norme conventionnelle s'avérait en inadéquation avec le texte constitutionnel dans son ensemble¹¹⁶⁰, la Cour constitutionnelle pourrait aller jusqu'à l'« extraire » de l'ordre juridique interne et écarter toute confrontation de la loi à la Convention.

C'est ainsi que dans un arrêt n° 93 de 2010, la juridiction constitutionnelle a vérifié si les normes conventionnelles en cause (relatives à la publicité du procès) était compatibles avec le texte constitutionnel¹¹⁶¹. Dans un arrêt n° 230 du 8 octobre 2012, elle a, pour la première fois¹¹⁶², tiré toutes les conséquences de la confrontation. Elle a fait valoir que le

¹¹⁵⁹ La Cour constitutionnelle italienne va confirmer sa position notamment dans un arrêt n° 236 de 2011 (point 9).

¹¹⁶⁰ La Cour constitutionnelle italienne applique ici une « théorie de la double limite » élargie en ce qui concerne la CEDH. En effet, elle exige non seulement sa compatibilité avec les dispositions essentielles de la Constitution et les principes fondamentaux du système mais aussi avec l'ensemble du texte de la charte constitutionnelle.

¹¹⁶¹ Dans le même ordre d'idée, voir également, l'arrêt n° 196 de 2010 de la Cour constitutionnelle italienne.

¹¹⁶² En ce sens, V. Napolconi, « Muntamento di giurisprudenza *in bonam partem* e revoca del giudicato di condanna : altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai *dicta* della Corte di Strasburgo. Nota a Corte costituzionale, 8 ottobre 2012 (dcp. 12 ottobre 2012) n. 230, Pres. Quaranta, Rel. Frigo », *Diritto penale contemporaneo*, n° 3-4/2012, pp. 164-176, spéc. p. 173.

Voir également, A. Ruggeri, « Penelope alla Consulta : tesse e sfilata la tela dei suoi supporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai tratti identificativi della struttura dell'ordine interno o distintivi rispetto

principe conventionnel de légalité pénale était moins étendu que celui consacré dans l'article 25 de la Constitution italienne de 1947 (en particulier en ce qui concerne la réserve de loi en faveur du législateur pour la protection des libertés et droits fondamentaux), ce qui l'a amené à conclure que la norme conventionnelle (telle qu'interprétée par le juge de Strasbourg) avait ici perdu sa capacité à compléter les paramètres constitutionnels sur lesquels s'appuie la juridiction constitutionnelle. La Cour constitutionnelle s'est donc limitée à confronter la loi au seul texte constitutionnel, évinçant tout contrôle de conventionnalité.

Dans ces arrêts n° 348 et 349, la juridiction constitutionnelle a d'ailleurs posé les verrous nécessaires pour que celui-ci ne s'émancipe pas du cadre ainsi déterminé. En 2007, la signature du Traité de Lisbonne et la perspective qu'il contenait relative à l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH posait, en effet, la question de savoir si cela n'était pas nature à modifier les modalités d'intégration de la CEDH pour lui donner un effet direct et l'arracher à sa condition de « norme interposée ».

La Cour constitutionnelle italienne a rejeté, *ab initio*, la théorie de la « communautarisation » de la CEDH. Pour elle, il n'était pas possible de faire reposer la Convention sur l'article 11 de la Constitution comme c'était le cas pour le droit communautaire (aujourd'hui « droit de l'Union européenne ») dans la mesure où ce dernier repose sur une logique bien distincte de celle qui anime l'ordre juridique de l'UE. Selon elle, il était prématuré, voire inapproprié, de tirer des conséquences d'une future adhésion de l'UE à la CEDH dont les conséquences juridiques restaient à définir. C'est la raison pour laquelle la juridiction constitutionnelle a maintenu sa position jurisprudentielle, même après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. Dans un arrêt n° 80 du 11 mars 2011¹¹⁶³, elle a donc, à nouveau, rejeté la possibilité de doter la Convention du même statut juridique que le droit de l'Union européenne en soulignant que l'objectif de l'article 6 du Traité de Lisbonne était de se référer à la Convention européenne des droits de l'homme à titre de source d'inspiration mais non comme fondement direct de la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique européen. Le ton a donc clairement été donné par la Cour constitutionnelle italienne, il n'y aura pas de « chemin communautaire » pour la CEDH¹¹⁶⁴.

Certains auteurs ont pourtant pensé que cette jurisprudence ne pouvait être que transitoire et céder devant les impératifs du système de la Convention. Or, un arrêt du 24 avril 2012¹¹⁶⁵ rendu par la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après CJUE) permet, aujourd'hui de penser le contraire. En effet, dans cet arrêt, la CJUE a relativisé les conséquences de la future adhésion de l'Union européenne à la CEDH. En l'espèce, elle avait été saisie, par le Tribunal de Bolzano, d'une question préjudicielle visant à déterminer la portée de l'article 6 du TUE. En particulier, le juge italien demandait si cette disposition imposait aux juges nationaux de désappliquer les normes internes contraires au droit de la CEDH. La Cour de justice a considéré que le traité sur l'UE ne règlementait pas les rapports

alla struttura dell'ordine convenzionale (« prima lettura » di Corte cost. n. 230 del 2012) », <http://www.giurcost.org>.

¹¹⁶³ Cour constitutionnelle, arrêt n° 80 du 11 mars 2011, *Gazzetta Ufficiale*, du 16 mars 2011. Voir, pour un commentaire, F. Jacquilot, « Le refus d'une Convention européenne des droits de l'homme à géométrie variable : la neutralisation des effets du Traité de Lisbonne par la Cour constitutionnelle (arrêt n° 80 du 11 mars 2011) », *AJJC*, XXVI-2011, *Economica-PUAM*, 2012, pp. 897-899.

¹¹⁶⁴ Par analogie, voir, P. Barile, « Il camino comunitario della Corte », *Giur.cost.*, 1973, p. 2401 et s.

¹¹⁶⁵ CJUE, arrêt du 24 avril 2012, aff C-571/10, *Kamberaj*. Voir en particulier les commentaires : A. Basilio, « Disapplicazione di leggi interne contrastanti con la CEDU ? Il punto di vista della Corte di Giustizia », *Rivista telematica giuridica dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, n° 3/2012, du 25 septembre 2012

entre les ordres internes et la CEDH, pas plus qu'il ne déterminait les prérogatives du juge national face à la CEDH. Elle a conclu que l'article 6 n'imposait pas à ce dernier de désappliquer les normes nationales au profit des normes conventionnelles, renvoyant au seul droit national la charge de déterminer la teneur des rapports entre la Convention et l'ordre interne.

Par cet arrêt, les juges de droit commun italiens ¹¹⁶⁶ ont perdu, en la Cour de Luxembourg, un hypothétique allié qui aurait pu valider les tentatives expérimentées par certains de faire produire à la CEDH un effet direct sur le fondement de l'article 6 du TUE. En revanche, la Cour constitutionnelle s'est trouvée renforcée dans sa position jurisprudentielle issue des arrêts de 2007, laissant augurer de sa pérennisation pendant encore de nombreuses années. Cette position du juge européen est d'ailleurs également utile à l'analyse du système français dans la mesure où il aurait pu, utilement, être soutenu que la « communautarisation » de la Convention militait pour remettre en cause l'ordre de traitement des contrôles, au regard, en particulier, de ce qui a été posé par la CJUE dans son arrêt *Melki* ¹¹⁶⁷. On peut donc penser, au vu de cet arrêt de 2012, qu'il devrait y avoir, également en France, maintien de la logique prioritaire au regard de la Convention.

Cependant, même si dans l'expérience française le contrôle de conventionnalité est censé pouvoir se tenir, indépendamment de l'issue du contrôle de constitutionnalité, la réalité du dispositif peut conduire, comme en Italie, à lui conférer une place tout aussi résiduelle. En effet, le placement en seconde position du contrôle de conventionnalité peut conduire à en faire une simple « coquille », vidée de sa substance par le contrôle préalable de constitutionnalité.

Les apparences sont certes trompeuses. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 3 décembre 2009, a certes souligné que la priorité avait « pour seul effet d'imposer, en tout état de cause, l'ordre d'examen des moyens soulevés devant la juridiction saisie », ce qui permettait de comprendre que le juge de droit commun conservait, après avoir étudié la QPC et éventuellement renvoyé au juge constitutionnel, la possibilité d'effectuer un contrôle de conventionnalité au regard de la CEDH.

Cependant, les interactions constantes entre les systèmes internes et externes en matière de droits fondamentaux (plus particulièrement en France qu'en Italie du fait de la logique moniste de la Constitution de 1958) ont conduit le juge constitutionnel français à faire de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme un paramètre d'interprétation des dispositions constitutionnelles. Même si celui-ci reste discret sur la question ¹¹⁶⁸, il n'en demeure pas moins qu'il « s'inspire directement de la Convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg » ¹¹⁶⁹, comme en atteste, par exemple,

¹¹⁶⁶ Voir, en particulier, Cass, sec. I pénale, arrêt *Dorigo*, n° 2800 du 25 janvier 2007, *Dorigo*, *Rivista diritto internazionale*, 2007, p. 601 et s. ; Conseil d'État, arrêt n° 1220 du 2 mars 2010 (G. Colavitti, C. Pagotto, « Il Consiglio di Stato applica direttamente le norme CEDU grazie al Trattato di Lisbona : l'inizio di un nuovo percorso ? Nota a Consiglio di Stato, sent. 2 marzo 2010, n. 1220 »), *Rivista dell'Associazione dei costituzionalisti*, n° du 02.07.2010, <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>.

¹¹⁶⁷ CJUE, *Melki* du 22 juin 2010, aff. C-188/10.

¹¹⁶⁸ Le Conseil constitutionnel n'a fait référence qu'une seule fois, de manière expresse, à un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme : *Leyla Sahin c. Turquie*, affaire n° 4774/98 du 29 juin 2004 (CC, décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Rec., p. 173).

¹¹⁶⁹ O. Dutheillet de Lamothe, *L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le Conseil constitutionnel*, 13 février 2009, site du Conseil constitutionnel.

sa jurisprudence relative à la « matière pénale » ou encore à l'impartialité et l'indépendance des juridictions.

Lors du contrôle effectué dans le cadre des décisions QPC, le droit de la Convention est parfois prépondérant en tant qu'élément de référence pour l'instruction de l'affaire. On peut citer, par exemple, le dossier documentaire relatif à la décision du 30 juillet 2010 sur la *Garde à vue*¹¹⁷⁰ qui contient 42 pages dédiées aux dispositions conventionnelles pertinentes et à la jurisprudence afférente de la Cour européenne des droits de l'homme.

Dans ces conditions, le procès incident de constitutionnalité peut conduire à « épuiser » le contrôle de conventionnalité. Dans d'autres hypothèses, c'est la portée même du contrôle à la CEDH qui peut être neutralisée. En effet, dans l'affaire relative à la « cristallisation des pensions »¹¹⁷¹, le Conseil constitutionnel¹¹⁷² a censuré plusieurs dispositions législatives qui avaient pourtant été validées, quelques années plus tôt, par le Conseil d'État au titre du contrôle de conventionnalité¹¹⁷³. Il a ainsi, indirectement, annihilé la portée du contrôle de conventionnalité, lui faisant perdre rétrospectivement de son intérêt.

Au final, les deux expériences italienne et française de « préférence constitutionnelle » ont consacré au travers de la « préférence constitutionnelle » une mécanique similaire de balancier qui a pu générer l'inverse de ce qui était escompté en penchant résolument avec le système de la Convention.

II / L' « impondérable conventionnel » ou les effets inversés de la logique préférentielle

Les systèmes de préférence constitutionnelle tels qu'ils ont été envisagés en France et en Italie conduisent, tout particulièrement, à opposer le moyen d'inconstitutionnalité au moyen d'inconventionnalité pour minorer ce dernier au profit du premier. Cependant, il est arrivé que, dans certains cas de figure, cette même logique ait pu générer des effets contraires à ce qui était prévu non seulement en produisant des hypothèses de « priorité conventionnelle » (A) mais aussi en laissant s'infiltrer, au cœur des dispositifs en place, des potentialités propres à un repositionnement inopiné de la CEDH (B).

¹¹⁷⁰ Conseil constitutionnel, décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, *Garde à vue*, *Rec.*, p. 179.

¹¹⁷¹ L'affaire concernait des pensions qui avaient été accordées en faveur des ressortissants des pays ou territoires ayant appartenu à l'Union française ou à la Communauté ou ayant été placés sous le protectorat ou sous la tutelle de la France. Ces pensions avaient ensuite fait l'objet d'une conversion en une simple indemnité insusceptible de réévaluation. Cette cristallisation avait été justifiée sur le fondement d'un critère de nationalité.

¹¹⁷² CC, décision n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010, *Consorts L.* (cristallisation des pensions), *Rec.*, p. 91.

¹¹⁷³ Le Conseil d'État avait été saisi de la conformité du dispositif de cristallisation au droit de la Convention. Dans un arrêt du 30 novembre 2001, *M. Diop* (ass., 30 novembre 2001, *Ministre de la défense c. M. Diop*, req. n° 212179, concl. Jean Courtial) il avait ainsi considéré que le fait de fonder un tel principe de cristallisation sur le seul critère de la nationalité des bénéficiaires était contraire à l'article 14 de la Convention combiné à l'article 1^{er} du protocole additionnel.

Par la suite, ces pensions avaient fait l'objet d'abord d'une décristallisation partielle (avec notamment la loi de finances rectificative n° 2002-1576 du 30 décembre 2002) et d'une décristallisation totale (loi de finances pour 2007, n° 2006-1666 du 21 décembre 2006). Pour cela, le législateur avait prévu que ces revalorisations devaient s'appliquer au regard d'un critère de résidence. Le Conseil d'État a affirmé la conventionnalité de ce nouveau dispositif s'appuyant, en particulier, sur la marge d'appréciation reconnue aux États membres du Conseil de l'Europe pour mettre leur droit interne en adéquation avec les exigences de la CEDH. (Sec., avis, 18 juillet 2006, *Ka*, n° 286122 ; Sec., 18 juillet 2006, *Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI)*, req. n° 274664)

A) Les hypothèses de priorité conventionnelle

D'apparence monolithique, les dispositifs français et italien de préférence constitutionnelle ont révélé, au fur et à mesure, de leur mise en œuvre, des failles architecturales grevant d'une certaine porosité le mécanisme mis en place en faveur du procès incident de constitutionnalité, et conduisant à l'auto-production d'hypothèses de priorités conventionnelles.

En France, la re-combinaison d'un certain nombre d'éléments de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité permet ainsi d'aboutir à une telle priorité conventionnelle. En particulier, le fait que le moyen d'inconstitutionnalité soit considéré uniquement comme un élément de la « stratégie judiciaire »¹¹⁷⁴ des parties a pour conséquence de jeter une incertitude sur le fait de savoir si la protection des droits fondamentaux en cause dans le procès passera nécessairement par le truchement du procès incident de constitutionnalité. Le juge de droit commun n'ayant pas le droit de soulever d'office un tel moyen, celui-ci est dépendant des parties qui pourront décider de retourner le processus de préséance et d'invoquer prioritairement la CEDH. Une hypothèse de ce genre peut, en effet, survenir, si le requérant considère qu'il peut gagner du temps et s'appuyer sur une jurisprudence favorable de la Cour européenne des droits de l'homme.

La perspective d'une priorité inversée en faveur de la Convention est, dans une certaine mesure, presque encouragée par le dispositif procédural de la QPC, en ce que le fait de ne pas invoquer immédiatement le moyen d'inconstitutionnalité n'est pas préjudiciable aux parties. L'ordonnance organique de 1958 modifiée permet, en effet, de soulever un moyen d'inconstitutionnalité à tous les stades de la procédure¹¹⁷⁵. En d'autres termes, il aura été possible de soulever d'abord, en première instance, le moyen d'inconventionnalité, et ensuite, que ce soit en appel ou en cassation, le moyen d'inconstitutionnalité.

A cela, il convient d'ajouter que tout dysfonctionnement dans la procédure même de la QPC peut entraîner une désaffection des parties vis-à-vis du procès incident de constitutionnalité pour se rabattre vers le contrôle de conventionnalité. On pense, notamment, aux derniers chiffres relatifs aux délais de traitement des questions de constitutionnalité devant les juges judiciaires qui dépassent, dans certaines zones, les cent jours, s'écartant ouvertement de l'exigence de statuer « sans délai » posée par l'ordonnance organique de 1958 modifiée¹¹⁷⁶.

La « priorité » française permet ainsi aux parties de faire un « bilan coûts et avantages » entre le moyen d'inconstitutionnalité et celui d'inconventionnalité¹¹⁷⁷. Le système français

¹¹⁷⁴ M. Guillaume, « QPC : textes applicables et premières décisions », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 29, 2010, p. 21 et spéc., p. 31.

¹¹⁷⁵ L'ordonnance organique de 1958 modifiée relative au Conseil constitutionnel prévoit que le moyen d'inconstitutionnalité peut être soulevé, pour la première fois, devant le juge d'appel (article 23-1) ou encore devant le juge suprême (article 23-5).

¹¹⁷⁶ Selon les chiffres énoncés lors des auditions de la Commission des lois du 21 novembre 2012, il apparaît qu'en 2012, le délai moyen de traitement est monté à 86 jours avec des juridictions qui dépassent les 100 jours comme la Cour d'appel de Colmar (104 jours), ou encore la Cour d'appel de Montpellier (187 jours).

¹¹⁷⁷ Il conviendra de comparer les temps du procès (le moyen d'inconventionnalité vis-à-vis de la CEDH est plus rapide à étudier car il ne fait intervenir que le juge de droit commun), les effets de la décision de justice en fonction des moyens invoqués (la décision de constitutionnalité intervenue dans le cadre de la QPC a un effet absolu contre un effet relatif pour la décision d'inconventionnalité vis-à-vis de la CEDH).

peut donc être lu « à rebours » et favoriser ce que l'on voulait résorber. Cela signifie également que la concurrence entre les contrôles n'est pas nécessairement évitée. Elle peut ainsi au contraire s'en trouver ravivée.

Même si elle pouvait apparaître moins perméable, la configuration italienne contient également en germe les éléments susceptibles de faire produire à la Convention une sorte d'« effet boomerang ». Certes, devant le juge de droit commun, il n'y a pas d'alternative entre le moyen d'inconstitutionnalité et celui d'inconventionnalité puisque, formellement, celui-ci n'est saisi que de questions relatives à la conformité à la Constitution ¹¹⁷⁸. C'est donc directement devant la juridiction constitutionnelle que le moyen d'inconventionnalité peut prendre une importance inattendue et incontournable.

Dans une ordonnance n° 150 de 2012, la Cour constitutionnelle italienne s'est prononcée suite à la saisine de trois juges *a quo* (Florence ¹¹⁷⁹, Catane ¹¹⁸⁰, Milan ¹¹⁸¹) à propos de la constitutionnalité de la loi n° 40 du 19 février 2004 portant normes en matière de la procréation médicalement assistée. Selon ces derniers, l'article 4 de cette loi, en interdisant le don hétérogène de gamètes, contrevenait aux articles 8 et 14 de la CEDH tels qu'interprétés par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt du 1^{er} avril 2010 ¹¹⁸². A cette époque, le juge européen avait, en effet, considéré, à propos de dispositions analogues du droit autrichien, qu'une telle limitation portait atteinte au droit de bénéficier des techniques d'aide médicale à la procréation.

Le problème auquel était confronté ici la Cour constitutionnelle était que la jurisprudence invoquée par les juges de renvoi venait de faire l'objet d'un revirement de jurisprudence suite à un arrêt de la Grande Chambre de la Cour EDH en date du 3 novembre 2011 ¹¹⁸³, donc postérieur aux ordonnances précitées. Dans cet arrêt, le juge de Strasbourg considérait finalement que les États disposaient d'une marge d'appréciation en la matière et que l'interdiction du don hétérogène de gamètes n'était pas incompatible avec les exigences de la Convention.

Relevant que les juges de renvoi avaient tous soulevé devant elle la question de la constitutionnalité de la loi au regard de l'article 117, alinéa 1^{er}, de la Constitution en relation avec les articles 8 et 14 de la CEDH tels qu'interprétés par l'arrêt de 2010 ¹¹⁸⁴, la Cour constitutionnelle a considéré que l'arrêt de 2011 était un élément nouveau auquel les juges *a quo* devaient être confrontés dans la mesure où ils ont l'obligation de s'appuyer sur les dispositions conventionnelles telles qu'interprétées par la Cour européenne ¹¹⁸⁵. Or, ce nouvel arrêt donnait une interprétation toute autre des articles 8 et 14 de la Convention.

¹¹⁷⁸ Pour être plus précis, la Cour constitutionnelle italienne permet désormais au juge de droit commun de tenter de concilier, par la voie de l'interprétation la loi et le droit de la Convention. Ce n'est qu'en cas d'échec que cela devient une question de constitutionnalité devant être transmise par le canal du procès incident de constitutionnalité.

¹¹⁷⁹ Ordonnance n° 19/2011 du 6 septembre 2010.

¹¹⁸⁰ Ordonnance n° 34/2011 du 21 octobre 2010.

¹¹⁸¹ Ordonnance n° 163/2011 du 2 février 2011.

¹¹⁸² Cour EDH, arrêt du 1^{er} avril 2010, *S.H et autres c. Autriche*, n° 57813 (sur cet arrêt, voir, en particulier, M. D'Amico, B. Liberali (a cura di), *Il divieto di donazione dei gameti. Fra corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'Uomo*, FrancoAngeli, Milano, 2012).

¹¹⁸³ Cour EDH, Grande Chambre, arrêt du 3 novembre 2011, *S.H et autres c. Autriche*, Req. n° 57813/00.

¹¹⁸⁴ La Cour constitutionnelle souligne que les juges *a quo* ont largement synthétisé et cité des passages entiers de l'arrêt de 2010 de la Cour EDH.

¹¹⁸⁵ En ce sens voir, en particulier, Cour constitutionnelle italienne, arrêt n° 236 de 2011 et arrêt n° 78 de 2012.

Ce « *novum* » comme le qualifie l'ordonnance de 2012 impose dès lors, selon la juridiction constitutionnelle, la « restitution des actes » [*restituzione degli atti*] aux juges de renvoi.

Pour la première fois, la Cour constitutionnelle italienne a donc ordonné, en raison de la survenance d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, la restitution des actes aux juges *a quo*, tout comme elle le fait d'ailleurs lorsqu'il s'agit de la Cour de justice de l'UE¹¹⁸⁶. La différence c'est qu'en l'espèce, elle a répondu à la préjudicialité constitutionnelle par une préjudicialité conventionnelle, court-circuitant son propre schéma jurisprudentiel tel qu'issu des arrêts de 2007.

Certains auteurs n'ont toutefois pas manqué de faire valoir que, mis à part le Tribunal de Florence qui avait fondé son argumentation sur le seul moyen tiré de l'article 117, alinéa 1^{er}, en combinaison avec les articles 8 et 14 de la Convention, les deux autres juges de renvoi avaient également invoqué des moyens d'inconstitutionnalité strictement internes, considérant que cette loi contrevenait aussi aux articles, 2, 3, 29, 31 et 32 de la Constitution de 1947.

Or, comme cela a été relevé, il est « singulier que face à plusieurs moyens d'inconstitutionnalité, la Cour constitutionnelle décide de rejeter une question et, de la déclarer irrecevable ou d'en ordonner la restitution, seulement au regard de l'un des paramètres invoqués »¹¹⁸⁷. La Cour constitutionnelle aurait, en effet, pu statuer, d'abord, sur la constitutionnalité de la loi de 2004 au regard des dispositions constitutionnelles susvisées, et en cas de rejet, restituer les actes aux juges *a quo*.

Si elle ne l'a pas fait, c'est qu'elle a été obligée de prédéterminer un autre ordre de traitement des moyens à l'image d'une « question prioritaire de conventionnalité ; prioritaire, surtout, par rapport à la question de constitutionnalité au sens strict du terme »¹¹⁸⁸. Pour expliquer cette chronologie inversée, l'ordonnance de 2012 explique que cela découle de l'ordre d'agencement des questions de constitutionnalité telle que formulées par les juges *a quo*. Ceux-ci auraient demandé à la juridiction constitutionnelle, de se prononcer, « *in linea*

¹¹⁸⁶ Voir, notamment, Cour constitutionnelle italienne, ordonnances n° 225 de 1999, n° 62 de 2003, n° 125 de 2004, nn° 241 et 268 de 2005, n° 252 de 2006, n° 179 de 2011.

Toutefois, dans l'ordonnance n° 150 de 2012 étudiée, la Cour constitutionnelle refuse de qualifier la survenance de l'arrêt de la Grande Chambre de 2011 de *jus superveniens* comme elle le fait lorsqu'il s'agit d'un arrêt de la Cour de justice de l'UE. Certains auteurs considèrent, pourtant, que le terme « *novum* » qui est préféré ici subi un traitement identique à ce dernier mais permet d'éviter de faire de la CEDH une source du droit équivalente aux sources internes : en ce sens, A. Ruggeri, « La Corte costituzionale, i parametri 'conseguenziali' e la tecnica dell'assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte cost. n. 150 del 2012 e dell'anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione medicalmente assistita) », Rubrica 'Studi e Commenti', Sezione Studi, 2012, <http://www.giurcost.org>. Voir également : I. Pellizzone, « Sentenza della Corte europea sopravvenuta e giudizio di legittimità costituzionale : perché la restituzione degli atti non convince. Considerazioni a margine dell'ord. n. 150 del 2012 della Corte costituzionale », *AIC*, n° 3/2012, 25 septembre 2012.

¹¹⁸⁷ A. Morrone, « *Shopping* di norme convenzionali ? A prima lettura dell'ordinanza n. 150/2012 della Corte costituzionale », *Forum di quaderni costituzionali*, 2012.

Voir également, V. Magrini, « La scelta della restituzione degli atti nell'ordinanza della Corte costituzionale n. 150/2012 », *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n° 3/2012, du 25 septembre 2012.

¹¹⁸⁸ A. Morrone, *op. cit.*

preliminare » [de manière préalable] par rapport aux autres moyens ¹¹⁸⁹, au travers de l'article 117, alinéa 1^{er}, C. sur la compatibilité entre la loi n° 40 de 2004 et le droit de la Convention.

L'examen de la constitutionnalité de la loi est donc renvoyé à une ultérieure saisine (qui n'est qu'éventuelle) de la part des juges *a quo*, après que ceux-ci aient été mis en mesure de procéder à une nouvelle appréciation de celle-ci au regard des nouveaux paramètres conventionnels. La question de la constitutionnalité de la loi, au sens strict, passe donc au second plan, malgré la Cour constitutionnelle, qui justifie cette « priorité conventionnelle » comme permettant d'éviter « une altération de la structure incidente du procès de constitutionnalité ».

De façon complètement paradoxale, la juridiction constitutionnelle italienne a entendu sauvegarder le procès incident de constitutionnalité en traitant d'abord la question conventionnelle. Cependant, ce qu'il faut comprendre, c'est que la Haute instance avait, d'une certaine manière les mains liées par sa propre jurisprudence issue des arrêts de 2007. En imposant l'imbrication des contrôles, elle a créé un rapport d'interaction entre ces derniers qui implique, dans certaines hypothèses, de devoir résoudre le problème de conventionnalité pour pouvoir effectuer le contrôle de constitutionnalité.

La logique préférentielle que l'on retrouve en Italie et en France peut donc produire un résultat contraire à ce pourquoi elle a été instituée. Elle peut renverser l'alternative mais aussi faire preuve d'une certaine porosité et permettre, en opposition avec sa volonté initiale, un repositionnement plus favorable du contrôle de conventionnalité.

B) Les potentialités infiltrées de repositionnement de la CEDH

L'échelonnement successif des moyens d'inconstitutionnalité et d'inconventionnalité a été initialement conçu afin d'éviter que ceux-ci ne soient traités en même temps, et plus particulièrement, que le contrôle vis-à-vis de la CEDH n'éclipse le procès incident de constitutionnalité. Cependant, là-encore, ce schéma de pensée a montré qu'il n'était pas univoque mais, qu'au contraire, il contenait toute une palette de potentialités permettant de réinterpréter le positionnement conféré à la CEDH.

Si l'on considère, notamment, que les jurisprudences constitutionnelles française et italienne se sont construites, comme on l'a souligné, sur une prise de position en direction d'une certaine vision du contrôle de constitutionnalité et des rapports de système, on en déduit qu'un positionnement contraire aurait été envisageable. Cela est corroboré par le fait que ce dernier n'était pas véritablement imposé par leurs textes constitutionnels respectifs.

Tout comme l'article 55 de la Constitution de 1958 n'obligeait pas nécessairement à la séparation des contrôles, l'article 117, alinéa 1^{er}, n'impliquait pas forcément leur rattachement. D'ailleurs, la mise en perspective de ces deux dispositions constitutionnelles fait ressortir des similitudes d'ordre matériel que n'ont d'ailleurs pas manqué de relever certains auteurs de la doctrine italienne ¹¹⁹⁰.

De cela, il est alors possible de retenir que la dissociation des contrôles n'est pas la seule voie possible pour le Conseil constitutionnel de même que leur jonction n'est pas immuable en Italie. Dans un cas comme dans l'autre, il y a une possibilité de traiter autrement

¹¹⁸⁹ Cas mis à part du Tribunal de Florence qui a soulevé uniquement le moyen tiré de l'inconstitutionnalité de la loi au regard de l'article 117, alinéa 1^{er}, de la Constitution.

¹¹⁹⁰ En ce sens, G. Guarino, « Costituzione italiana e integrazione europea: aiuti di stato, "distrazione" amministrativa e costi impropri per le imprese », 2008, *Consulta online*, pp.1-25.

ces deux contrôles, non pas sur le modèle de la simultanété qui a été notamment décidée en France vis-à-vis du droit de l'UE ¹¹⁹¹, mais sous l'angle d'un processus « sous surveillance », qui resterait donc sous le contrôle de l'organe de justice constitutionnelle.

Sans aller jusqu'à dire que la Cour constitutionnelle italienne pourrait, sur le fondement de l'article 117, alinéa 1^{er}, reconnaître à la CEDH un effet direct, il s'agit de montrer que la préférence constitutionnelle peut conduire non pas à graduer les contrôles mais à leur permettre une existence concomitante. Il a été ainsi suggéré d'octroyer la possibilité aux juges de droit commun de « désappliquer » les normes internes manifestement incompatibles avec la CEDH tout en maintenant la compétence de la Cour constitutionnelle qui ne serait « sollicitée que pour les cas particuliers » ¹¹⁹². Une telle configuration serait tout à fait compatible avec les prescriptions de l'article 117 précité.

C'est d'ailleurs une logique analogue que l'on a pu trouver dans certains arrêts de la juridiction constitutionnelle italienne. En effet, tirant le raisonnement de ses arrêts de 2007 dans un autre sens que celui habituellement utilisé, elle a, dans un arrêt n° 311 de 2009 ¹¹⁹³, reconnu l'existence d'une complémentarité entre les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité. Dans un arrêt n° 317 de la même année ¹¹⁹⁴, elle a ajouté qu'il convenait, en la matière, d'effectuer un « bilan d'efficacité comparé » entre les deux contrôles afin de retenir, au cas par cas, celui qui fournit la protection la plus adéquate. La Cour constitutionnelle a reconnu, tout en restant pourtant sur la base jurisprudentielle de 2007, une logique opposée d'indépendance des contrôles, affirmant implicitement qu'une loi contraire à la Convention n'est pas forcément contraire à la Constitution (et vice-versa). Même si cette position jurisprudentielle a sérieusement été atténuée par un arrêt n° 80 de 2011, il reste que le dispositif italien a montré qu'il pouvait être interprété, en l'état, dans un sens opposé à ce qui prévaut actuellement.

Il en est de même pour la « priorité » française qui, tout en ayant été instituée pour séparer les contrôles, a pu être réinterprétée dans le sens de leur réunion devant le prétoire du Conseil constitutionnel statuant en tant que juge électoral.

¹¹⁹¹ Suite au renvoi préjudiciel effectué devant la CJUE par la Cour de cassation à propos de la compatibilité de la « priorité » de la question de constitutionnalité au droit de l'Union européenne, le Conseil constitutionnel a pris position en faveur d'une telle simultanété (ce qui a permis d'ailleurs à la Cour de justice de ne pas relever d'obstacles à la mise en œuvre de la procédure du procès incident de constitutionnalité français au regard des exigences des traités, CJUE, *Melki* du 22 juin 2010, aff. C-188/10).

Dans sa décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, *loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, le juge constitutionnel a affirmé que l'article 61-1 de la Constitution et la loi organique nouvelle « ne privent pas davantage les juridictions administratives et judiciaires, y compris lorsqu'elles transmettent une question prioritaire de constitutionnalité, de la faculté ou, lorsque leurs décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, de l'obligation de saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle » (cons. 15).

Il a été suivi en ce sens par le Conseil d'État dans un arrêt du 14 mai 2010, *Rujovic* (req. N° 312305, *RTDC*, 2010, obs. P. Deumier).

¹¹⁹² G. Cataldi, « Convenzione europea dei diritti umani e ordinamento italiano. Una storia infinita ? », *Diritti umani e diritto internazionale*, 2, 2008, pp. 321-347, p. 338.

¹¹⁹³ Cour constitutionnelle italienne, arrêt n° 311 du 16 novembre 2009, *Gazzetta Ufficiale* du 2 décembre 2009. Voir, en particulier, O. Pollicino, « Margine di apprezzamento, art 10, c. 1, Cost. e bilanciamento 'bidirezionale' : evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale ? », *Quaderni costituzionali*, 16 décembre 2009, in <http://www.forumcostituzionale.it/site/>

¹¹⁹⁴ Cour constitutionnelle italienne, arrêt n° 317 du 30 novembre 2009, *Gazzetta Ufficiale* du 9 décembre 2009.

Lors des travaux préparatoires à la loi organique du 10 décembre 2009, la question de compétence de ce dernier pour statuer sur une QPC lorsqu'il est saisi d'un tel contentieux a été âprement débattue. Faute de consensus mais aussi de visibilité à long terme sur les enjeux de la réforme dans son ensemble, il avait été décidé de laisser le choix au juge constitutionnel ¹¹⁹⁵.

Un choix qui s'est avéré, au final, tout à fait relatif dans la mesure où renoncer à connaître d'une QPC dans ce domaine revenait à laisser le champ libre à un contrôle de conventionnalité qui avait déjà toute sa place en matière électorale ¹¹⁹⁶. Le risque était donc bel et bien, pour le Conseil constitutionnel, de consacrer, par défaut, une sorte de « priorité conventionnelle » générée par son propre refus de statuer sur le moyen d'inconstitutionnalité. Cela signifie que le système tel qu'il avait toujours été conçu contenait une telle aspérité qu'il allait falloir résoudre un jour ou l'autre. Et c'est la configuration même de la réforme de 2008 qui va pousser le Conseil constitutionnel à réunir les deux contrôles alors qu'elle avait été créée pour les séparer.

Par sa décision du 12 janvier 2012 ¹¹⁹⁷, le Conseil constitutionnel est donc revenu sur son refus de contrôler la constitutionnalité de la loi lorsqu'il était saisi en matière électorale ¹¹⁹⁸, pour statuer sur une question prioritaire de constitutionnalité déposée dans le cadre d'un contentieux relatif aux élections sénatoriales.

De ce fait, le juge constitutionnel a ouvert la possibilité de réaliser en même temps, pour la première fois devant lui, les deux contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité. Cet assemblage s'est traduit avant tout par un choix procédural qui aurait pu être tout autre. En effet, le Conseil constitutionnel a décidé de rendre, en la matière, une décision unique. En d'autres termes, il a traité dans la même décision du fond et du moyen d'inconstitutionnalité. Le même schéma de présentation a ensuite été repris dans les décisions du 18 octobre 2012 ¹¹⁹⁹ et du 15 février 2013 ¹²⁰⁰ concernant, cette fois, le contentieux des élections législatives.

Certains ¹²⁰¹ auraient souhaité deux décisions séparées : c'est-à-dire l'une statuant sur la QPC, l'autre sur le contentieux électoral en tant que tel. Un tel schéma aurait, soit-disant, permis de continuer à séparer le contrôle de constitutionnalité et le contrôle au fond. Cependant, le Conseil constitutionnel a considéré que cette logique de dissociation n'avait pas à s'appliquer ici dans la mesure où la configuration en cause s'échappait de la logique initiale de l'ordonnance organique de 1958 modifiée ¹²⁰². En effet, en l'espèce, il ne s'agissait pas de

¹¹⁹⁵ M. Warsmann, Assemblée nationale, rapport n° 892 déposé le 15 mai 2008 au nom de la Commission des lois. Dans le même sens, Sénat, rapport n° 637 déposé le 29 septembre 2009 au nom de la Commission des lois.

¹¹⁹⁶ Conseil constitutionnel, décision n° 88-1082/1117, 21 octobre 1988, *A.N., Val d'Oise, 5^{ème} circ.*

¹¹⁹⁷ Conseil constitutionnel, décision n° 2011-4338 SEN du 12 janvier 2012, *JO*, 14 janvier 2012, p. 750.

¹¹⁹⁸ Conseil constitutionnel, décision n° 80-889, 2 décembre 1980, Sénat, *Eure*.

¹¹⁹⁹ CC, n° 2012-4565/4567/4568/4574/4575/4576/4577 AN, 18 octobre 2012, *Val-de-Marne (1^{ère} circ.)*, *JO*, 19 octobre 2012, p. 16299. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel a rejeté la QPC au motif que celui-ci avait déjà statué sur la constitutionnalité de la loi organique du 10 juillet 1985 dans sa décision du 10 juillet 1985.

¹²⁰⁰ CC, n° 2012-4580/4624 AN du 15 février 2013, *A.N.*, Français établis hors de France (6^{ème} circ.). Dans cette décision, le Conseil constitutionnel a rejeté la QPC au motif qu'il s'était déjà prononcé sur les dispositions législatives invoquées dans une décision antérieure n° 2011-628 DC du 12 avril 2011.

¹²⁰¹ R. Ghevontian, « Un janus jurisprudentiel : à propos de la décision n° 2011-4538 du CC du 12 janvier 2012-Sénat Loiret », *Constitutions*, 2012, p. 343 et s.

¹²⁰² C'est ce qui explique, d'ailleurs, que dans les visas de la décision du 12 janvier 2012 il n'y ait pas de référence à l'article 59 de la Constitution de 1958 pas plus qu'au règlement de procédure du 4 février 2010.

statuer sur renvoi d'un juge suprême mais en la forme de l'exception d'inconstitutionnalité. Le moyen d'inconstitutionnalité devait donc être considéré comme faisant partie intégrante d'un processus unique de contrôle.

Certes, de cette façon, celui-ci pouvait dès lors être confronté directement à une exception d'inconventionnalité. Cependant, le refus de rendre deux décisions séparées permettait d'éliminer toute ambiguïté également de ce point de vue. En effet, l'adoption de deux décisions aurait conduit, en cas de double exception (de conventionnalité et de constitutionnalité) au pire à un dédoublement de personnalité du juge constitutionnel et au mieux à une cacophonie jurisprudentielle tout à fait indésirable. Il convenait donc, avant que la situation ne se présente concrètement, de garantir en amont la cohérence d'un tel système en exploitant les potentialités du système quitte à obtenir une inversion de ce qui était initialement prévu.

Reste à savoir maintenant comment le juge constitutionnel ordonnera, à l'intérieur même de sa décision, les moyens d'inconstitutionnalité et d'inconventionnalité. Pour autant, ici, la succession des moyens perd de son importance puisqu'ils se succèdent dans une seule et même décision, leur permettant de produire, en quelque sorte, un « effet groupé » qui n'est pas sans parer la Convention d'un positionnement plus valorisant.

La « préférence constitutionnelle » expérimentée en France et en Italie s'est donc affirmée, au fil du temps, comme une mécanique plutôt subtile, aux équilibres fragiles et complexes, susceptible de générer autant d'effets vertueux que d'effets inversés.

Elle a même permis d'invertir les positionnements initiaux des juridictions constitutionnelles française et italienne avec un Conseil constitutionnel placé en position de concentrer, entre ses mains, les deux contrôles et une Cour constitutionnelle italienne tentée de les dissocier ou d'en reconnaître l'autonomie réciproque. Pour autant, cette inversion des situations ne saurait conduire à la permutabilité des solutions mais plutôt à la recherche d'une voie de compromis destinée à canaliser la dynamique préférentielle ou prioritaire pour ne pas en subir les effets secondaires.

**SECTION 3 - LA CONCILIATION DES CONTROLES INCIDENTS DE
CONSTITUTIONNALITE FRANÇAIS ET BELGE AVEC L'EXIGENCE DE
PRIMAUTE DU DROIT DE L'UNION EUROPEENNE : PRIORITE A LA
BENEVOLENCE ¹²⁰³ AU CARREFOUR DES DROITS FONDAMENTAUX**

Anne-Sophie Tabau

*Maître de conférences en droit public, Université Paris 13,
PRES Sorbonne Paris Cité, membre du CERAP et chercheur associé au CERIC*

La fresque de Constant Montald ornant l'escalier d'honneur de la faculté de droit de la Sorbonne s'intitule *La France et la Belgique élèvent leurs enfants aux sources du droit et de la justice*. « Dans un paysage irréel et cependant possible dans sa réalité fleurie, coule paisiblement une source où s'abreuvent des enfants, des beaux adolescents, écoutant les conseils que leur donnent des femmes douces et belles. C'est une scène à la fois idéale et humaine où les personnages, dans une atmosphère de parfaite sérénité et d'harmonie, malgré le vague qui l'enveloppe, expriment cependant poétiquement l'idée de paix ¹²⁰⁴. Cette représentation du rapprochement de la France et la Belgique autour d'un système juridique partagé, incitant à la comparaison ¹²⁰⁵, illustre assez justement la dynamique commune de conciliation des contrôles incidents de constitutionnalité en matière de droits fondamentaux dans les ordres juridiques de ces deux Etats avec « l'exigence existentielle de primauté » ¹²⁰⁶ du droit de l'Union européenne.

Certes, le contrôle de constitutionnalité des lois par voie d'exception est bien plus récent en France qu'en Belgique. La Belgique s'en est dotée, en matière de droits fondamentaux, dès 1989 ¹²⁰⁷, tandis que l'instauration de ce contrôle résulte, en France, seulement de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions. Pourtant, l'idée est aussi ancienne qu'en Belgique ¹²⁰⁸. Sa concrétisation s'était, toutefois, heurtée à certaines critiques, parmi lesquelles celle de l'inutilité d'un tel contrôle. Ainsi, certains avançaient que l'existence du contrôle de conventionnalité de la loi, exercé par les juridictions de droit commun au regard des règles protectrices des droits fondamentaux, rendrait superflue l'exception d'inconstitutionnalité. Néanmoins, la confusion seulement imparfaite entre les droits protégés par la Constitution et ceux proclamés dans les conventions internationales et la différence entre les effets des deux contrôles ont conduit les promoteurs de la révision constitutionnelle à considérer, au contraire, que l'existence du contrôle de

¹²⁰³ Qu'il nous soit permis d'emprunter ce mot à G. Canivet, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales, Eloge de la bénévolence des juges », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n°4, 2005, pp. 797-817.

¹²⁰⁴ J. Delville, « Notice sur Constant Montald », *Annuaire de l'Académie royale des sciences, des lettres et des beaux-arts de Belgique*, Vol. 114-115, 1948, p. 72.

¹²⁰⁵ F. Delpérée, « Un exemple de dialogue constitutionnel, La question préjudicielle et la question prioritaire », in *Liège, Strasbourg, Bruxelles : parcours des droits de l'Homme, Liber Amoricum Michel Melchior*, Limal, Anthemis, 2010, p. 767.

¹²⁰⁶ M. Pescatore, *L'ordre juridique des Communautés européennes, étude des sources du droit communautaire*, Presses universitaires de Liège, 1975, p. 227.

¹²⁰⁷ Loi spéciale du 6 janvier 1989 relative à la Cour d'arbitrage, modifiée, en ce qui concerne la procédure des questions préjudicielles, par la Loi spéciale du 9 mars 2003 et par la Loi spéciale du 12 juillet 2009.

¹²⁰⁸ Le 14 juillet 1989, relayant une déclaration de Robert Badinter dans *le Monde*, le Président F. Mitterand y voyait déjà « un grand, un très grand progrès démocratique ».

conventionnalité appelait la mise en place d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori*.

La confrontation de ces arguments témoigne, en tout cas, de la difficile conciliation entre les deux types de contrôle. Leur juxtaposition soulève, notamment, des questions dans les situations où une même loi s'avèrerait contraire à un droit fondamental protégé à la fois par la Constitution et par le droit conventionnel. Quel type de contrôle faire prévaloir dans une pareille hypothèse ? Par ailleurs, comment assurer la protection de la Constitution dans l'ordre juridique interne sans attenter à l'exigence existentielle de primauté du droit de l'Union européenne (UE), dans les situations où la loi en cause entre dans son champ d'application ?

Assurément ces questions sont délicates, dans la mesure où elles s'inscrivent dans le débat récurrent sur la hiérarchie des normes entre la Constitution et le droit international, et plus spécifiquement entre la Constitution et le droit de l'Union européenne ¹²⁰⁹. Or, les positions de la Cour Constitutionnelle belge, comme du Conseil Constitutionnel français ne sont pas sans équivoque à cet égard. En effet, tous deux admettent leur compétence pour contrôler, avant leur ratification, la conformité des Traités internationaux avec la Constitution ¹²¹⁰ et considèrent que l'obligation de transposition du droit de l'UE résulte d'une obligation constitutionnelle ¹²¹¹. Néanmoins, ni la Cour Constitutionnelle belge, ni le Conseil Constitutionnel français n'ont jamais explicitement affirmé la primauté de la Constitution sur le droit de l'Union européenne ¹²¹². En revanche, la primauté du droit de l'UE sur les droits nationaux, découlant de l'exigence d'une application uniforme du droit de l'Union européenne ¹²¹³, a été exprimée très tôt par la Cour de justice ¹²¹⁴, y compris à l'égard du droit constitutionnel ¹²¹⁵.

La règle de priorité du contrôle de constitutionnalité vis-à-vis du contrôle de conventionnalité, qui constitue le point commun le plus évident entre les contrôles incidents de constitutionnalité français et belge, ne concerne pas directement cette hiérarchie (I). Si elle nuance les conséquences d'une primauté du droit de l'UE – et en particulier des droits

¹²⁰⁹ F. Delpérée, « La Constitution belge et le droit communautaire », in *Droits nationaux, droit communautaire ; influences*

croisées, en hommage à Louis Dubouis, Paris, La documentation Française, 2000, pp. 71-76 ; L. Favoreu, « La Constitution française et le droit communautaire », in *ibid.*, pp. 77-80 ; F. Châtel, « Les rapports de système entre le droit constitutionnel et le droit européen, développements récents », *Revue du Marché commun de l'Union européenne*, n°509, 2007, pp. 361-372 ; G. Canivet, « Constitutions nationales et ordre juridique communautaire, contre-éloge de la tragédie », in *L'Union européenne : union de droit, union des droits, Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 611-624.

¹²¹⁰ Articles 54 et 61-2 de la Constitution française. Voir à cet égard, A. Levade, « Le Conseil constitutionnel, régulateur des rapports de systèmes », in B. Mathieu (Dir.), *1958-2008, Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 729-752. Article 3§2 de la Loi spéciale du 6 janvier 1989. Voir à cet égard, T. Bombois, « La restriction des compétences de la Cour d'arbitrage à l'égard des traités internationaux », in A. Rassin-Rolland, D. Renders, M. Verdussen (Dir.), *La Cour d'arbitrage 20 ans après, analyse des dernières réformes*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 147-148.

¹²¹¹ Article 88-1 de la Constitution française et Article 34 de la Constitution belge.

¹²¹² Le Conseil constitutionnel a seulement jugé que, si la suprématie normative du droit de l'UE n'est pas, en général, contraire à la Constitution, doit en être exceptée la norme constitutionnelle elle-même, située au sommet de l'ordre juridique interne. Voir Cons. Const., 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, 2004-505 DC et Cons. Const., 20 décembre 2007, *Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*, 2007-560 DC.

¹²¹³ CJCE, arrêt du 21 février 1991, *Zuckerfabrik*, aff. C-143/88 et C-92/89, *Rec. p. I-415*.

¹²¹⁴ CJCE, arrêt du 15 juillet 1964, *Costa c/ ENEL*, aff. 6/64, *Rec. p. 1194*.

¹²¹⁵ CJCE, arrêt du 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, *Rec. p. 1125*.

fondamentaux de l'UE – vis-à-vis de ceux protégés par les Constitutions belge et française, elle n'exclut pas le contrôle de conventionnalité par les juridictions ordinaires, ne limite pas les effets de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) et n'apporte pas de modifications formelles à la hiérarchie des normes. Dès lors, il apparaît que la conciliation des contrôles incidents de constitutionnalité français et belge avec l'exigence de primauté du droit de l'UE s'inscrit dans un contexte de pluralisme juridique, c'est-à-dire de coexistence de plusieurs ordres juridiques qui interagissent (II). Or, l'étude de ces interactions témoigne de l'accueil bienveillant, dans les ordres juridiques français et belge, des règles provenant de l'ordre juridique de l'UE, lequel, à son tour, s'emploie à reconnaître et préserver les spécificités des ordres juridiques nationaux.

I / L'ordonnancement chronologique des contrôles incidents de constitutionnalité et d'unionité

Sans le dire expressément, l'instauration en France comme en Belgique d'une règle de priorité au profit du contrôle de constitutionnalité incident réaffirme les compétences de la Cour Constitutionnelle et du Conseil Constitutionnel (A). Toutefois, le rôle de filtrage dévolu aux juridictions de renvoi en France, de même que les exceptions prévues en Belgique à l'obligation de renvoi témoignent, en même temps, d'une solution pragmatique, de compromis, avec une certaine dimension symbolique, qui ne pourra, néanmoins, fonctionner de façon satisfaisante qu'en coopération loyale (B).

A) La priorité du contrôle incident de constitutionnalité

Les règles française et belge de priorité – parfois qualifiées de « coquetteries constitutionnelles »¹²¹⁶ – sont liées, d'une part, à l'histoire des rapports entre droit interne et droit international et, d'autre part, au développement des contrôles de conventionnalité, dans le domaine des droits fondamentaux (1). Cela contribue à expliquer que rapidement des doutes aient été émis quant à la conformité de ces règles avec les exigences du droit de l'UE (2).

1 - Les justifications de la priorité

La Loi organique française confère la priorité aux moyens tirés de l'inconstitutionnalité sur ceux tirés de l'inconventionnalité¹²¹⁷. Cette règle a été inspirée du mécanisme récemment adopté par le Parlement belge¹²¹⁸. L'une et l'autre visent, en effet, non pas à substituer le

¹²¹⁶ X. Philippe, « Brèves réflexions sur la question prioritaire de constitutionnalité dans une perspective comparatiste : le juge *a quo*, juge du filtre ou "juge constitutionnel négatif" ? », *Revue belge de droit constitutionnel*, n°2-3, 2011, p. 150.

¹²¹⁷ Loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution (ci-après « Loi organique »), Art. 23-2§3 : « *En tout état de cause, la juridiction doit, lorsqu'elle est saisie de moyens contestant la conformité d'une disposition législative, d'une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution et, d'autre part, aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur la transmission de la question de constitutionnalité au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation* ».

¹²¹⁸ Loi spéciale du 12 juillet 2009 modifiant la Loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage (devenue Cour constitutionnelle) (ci-après « Loi spéciale »), Art. 26§4 : « *lorsqu'il est invoqué devant une juridiction qu'une loi... viole un droit fondamental garanti de manière totalement ou partiellement analogue par une disposition du titre II de la Constitution ainsi que par une disposition de droit européen ou de droit*

contrôle de constitutionnalité au contrôle de conventionnalité, mais plutôt à aménager un « ordre chronologique »¹²¹⁹ d'examen. En France, comme en Belgique, le contrôle de constitutionnalité incident précède le contrôle de conventionnalité. La priorité ainsi posée est donc de nature procédurale. Il ne s'agit pas de savoir quel instrument - de la Constitution ou du droit international, dont le droit de l'UE - a la primauté dans l'ordre juridique interne, mais de déterminer quel juge doit, en premier, procéder à son examen. Comme le relève le sénateur Francis Delpérée, face au risque que le citoyen ne perde parfois son chemin dans le dédale juridictionnel, il y avait lieu « *d'installer plus de poteaux indicateurs, et plus de signaux de priorité sur les routes de France et d'ailleurs* »¹²²⁰.

Toutefois, un élément, en particulier, distingue les règles de priorité française et belge et témoigne de ce que, s'ils ont tous deux privilégiés le contrôle de constitutionnalité, les législateurs français et belges ne l'ont pas fait dans le même but. En effet, la règle de la priorité ne s'applique, en Belgique, qu'en cas de « concours des droits fondamentaux »¹²²¹, tandis qu'en France cette priorité jouera quelle que soit la nature des moyens d'inconstitutionnalité. Par conséquent, en Belgique, si la loi est invoquée comme étant à la fois non conforme à un droit fondamental garanti par la Constitution et non conforme au droit de l'UE « non fondamental », le juge *a quo* ne sera pas tenu de poser d'abord la question préjudicielle à la Cour constitutionnelle. Il pourra, s'il estime que c'est nécessaire, d'abord procéder au contrôle de conventionnalité de la loi, si besoin est, en posant une question préjudicielle à la Cour de Justice et, en cas de contrariété, considérer que la question préjudicielle en appréciation de constitutionnalité n'a plus lieu d'être¹²²².

Cette différence conduit à penser que la Loi organique du 10 décembre 2009 vise à assurer la prééminence de la Constitution au sein de l'ordre juridique interne français¹²²³, alors

international, la juridiction est tenue de poser d'abord à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle sur la compatibilité avec la disposition du titre II de la Constitution ».

¹²¹⁹ D. Rousseau, « La Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité : pourquoi tant de méfiance ? », *Gazette du Palais*, 25-27 avril 2000, p. 20.

¹²²⁰ F. Delpérée, « Un exemple de dialogue constitutionnel, La question préjudicielle et la question prioritaire », *op. cit.*, p. 763.

¹²²¹ A. Rizzo, « Les incertitudes du juge face au concours de droits fondamentaux », *Revue belge de droit constitutionnel*, n°2, 2012, p. 115 : « le concept (...) désigne la situation dans laquelle des droits et libertés sont garantis de manière totalement ou partiellement analogue, dans la Constitution et dans les conventions internationales relatives aux droits de l'Homme ».

¹²²² Il existe également des situations mixtes comme en témoigne l'affaire *Pelckmans Turnhout contre Walter Van Gastel Balen*, au titre de laquelle le Tribunal de commerce d'Anvers, par un jugement du 27 octobre 2011, a posé une question préjudicielle à la Cour de justice, pour savoir si la loi en cause entrainait ou non dans le champ d'application d'une directive de l'UE et, si tel était le cas, si elle y était conforme, mais aussi une question préjudicielle de constitutionnalité à la Cour constitutionnelle, pour savoir si la loi était contraire au principe d'égalité et de non-discrimination combinés avec la liberté de commerce et d'industrie. Or, cette question préjudicielle de constitutionnalité impliquait un concours des droits fondamentaux, comme en témoigne l'arrêt de la Cour constitutionnelle n°119/2012 du 18 octobre 2012, renvoyant à la Cour de justice l'appréciation de la conformité de la directive au principe d'égalité.

¹²²³ Voir, notamment, le rapport du Sénat français, seconde session extraordinaire de 2008-2009, n° 637, p. 45, disponible en ligne à l'adresse : <http://www.scnat.fr/rap/108-637/108-6371.pdf>, page consultée le 27 janvier 2013. Voir également Cons. Const., 3 décembre 2009, n°2009-595 DC : « en imposant l'examen par priorité des moyens d'inconstitutionnalité avant les moyens tirés du défaut de conformité d'une disposition législative aux engagements internationaux de la France, le législateur organique a entendu garantir le respect de la Constitution et rappeler sa place au sommet de l'ordre juridique interne » (considérant 14).

que la Loi spéciale du 12 juillet 2009 a, quant à elle, pour objectif essentiel d'assurer la coexistence harmonieuse des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité ¹²²⁴.

En effet, en Belgique, depuis l'arrêt *Le Ski* rendu par la Cour de cassation en 1971 ¹²²⁵, les juridictions ordinaires se sont reconnues le droit d'écarter de l'examen d'un dossier les dispositions de droit interne, fussent-elles conformes à la Constitution, qui iraient à l'encontre de dispositions de droit international, et notamment de droit de l'UE, directement applicables. Cette dernière précision semble même avoir disparu d'un ensemble de décisions de justice. C'est pour éviter que le contrôle de conventionnalité ne permette ainsi de court-circuiter le contrôle de constitutionnalité que la règle de priorité a été introduite en Belgique.

Il en résulte, qu'en cas de concours des droits fondamentaux, les cas de figure où le juge *a quo* sera conduit, en pratique, à apprécier la conventionnalité de la norme interne en cause seront plus limités. En effet, si la règle de la priorité ne l'empêche nullement, une fois l'examen de constitutionnalité effectué, de procéder, directement ou par le biais d'un renvoi préjudiciel à la Cour de justice, au contrôle de la compatibilité de cette norme avec les droits fondamentaux de l'UE, un tel examen serait sans objet s'il résulte de celui conduit par la Cour constitutionnelle que la norme interne en cause n'est pas conforme à la Constitution. En effet, dans cette hypothèse, la norme interne sera écartée pour la résolution du litige et un éventuel renvoi préjudiciel serait alors, sans doute, déclaré irrecevable à défaut de lien direct avec la résolution du litige.

En France, en revanche, les juridictions ordinaires n'ont pas admis la supériorité du droit international, même d'effet direct, sur la Constitution ¹²²⁶. Le contrôle de conventionnalité des lois que les juges de l'ordre administratif et judiciaire réalisent depuis plus de deux décennies ¹²²⁷ est donc demeuré formellement distinct du contrôle de leur constitutionnalité. Or, la règle de priorité s'inscrit clairement dans ce souci de spécialisation des juges et dans l'affirmation que la conventionnalité n'est pas incluse dans la constitutionnalité. En effet, l'affaire *Arcelor* ¹²²⁸ ayant démontré qu'en substance, les normes de référence de ces deux contrôles pouvaient être très proches et même « équivalentes », il fallait éviter qu'une part significative des questions de constitutionnalité soit attirée sur le terrain de la conventionnalité, au risque de conduire à une confusion préjudiciable. Or, l'un des objectifs de la création d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* consistait à replacer la Constitution au sommet de la hiérarchie de l'ordre juridique français. Il est, en effet, apparu anormal que tous les juges puissent écarter une loi nationale au motif de son inconventionnalité alors que le respect de la Constitution ne pouvait être invoqué. Si l'inconventionnalité avait dû faire écran à l'inconstitutionnalité, cette anomalie aurait

¹²²⁴ En ce sens, document parlementaire du Sénat belge, 2007-2008, n°4-12/4, pp. 2-4, disponible en ligne à l'adresse :

<http://www.senate.be/www/webdriver?MItabObj=pdf&MIcolObj=pdf&MInamObj=pdfid&MItypeObj=application/pdf&MIvalObj=67110017>, page consultée le 27 janvier 2013.

¹²²⁵ Cass, arrêt du 27 mai 1971, *Le Ski*, *Pas.*, 1971, I, p. 886.

¹²²⁶ CE, 30 octobre 1998, *M. Sarran, M. Levacher et autres* et pour le droit de l'UE, CE, 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*, n° 226514, p. 624. Concernant la Cour de cassation voir Cass, Ass. Plén., 2 juin 2000, *Fraise*. Toutefois, certains auteurs considèrent que, dans cette affaire, la Cour de cassation a éludé la question du droit de l'UE. Voir A. Rigaux et D. Simon, « Droit communautaire et Constitution française : une avancée significative de la Cour de cassation, à propos de l'arrêt *Fraise* du 2 juin 2000 », *Europe*, août septembre 2000, chron 8.

¹²²⁷ Cass, 24 mai 1975, *Jacques Vabres* ; CE, 20 octobre 1989, *Nicolo*.

¹²²⁸ CE, ass., 8 fév. 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, n° 287110.

subsisté ¹²²⁹.

Rapidement, toutefois, la question de la conformité de ces règles de priorité avec l'exigence de primauté du droit de l'UE et l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) ¹²³⁰ a été soulevée.

2 - La conformité de la priorité au droit de l'Union européenne

La question de la conformité de la règle de priorité vis-à-vis du droit de l'UE a fait l'objet d'une saga judiciaire bien connue ¹²³¹. Sans revenir sur le détail, il convient de retenir de ces affaires que pour que la règle de priorité soit conforme au droit de l'Union européenne, certaines conditions doivent être remplies.

Ainsi, avant même que la Cour de justice n'ait statué sur les conditions dans lesquelles la nouvelle procédure de question prioritaire de constitutionnalité (QPC) peut être ou non considérée comme conforme au droit de l'UE, le Conseil constitutionnel indiqua, d'une part, que le juge qui transmet une QPC, s'il doit statuer dans l'urgence ou dans un délai déterminé, peut le faire sans attendre la décision du Conseil constitutionnel et appliquer immédiatement le droit de l'UE. Il précisa, en outre, que dans les autres hypothèses, le juge peut adopter

¹²²⁹ Il n'en demeure pas moins que dans un cas comme celui de l'affaire *Arcelor*, où ce n'est pas une loi mais un règlement transposant une directive de l'UE qui est en cause, la proximité entre les droits fondamentaux garantis par la Constitution et par le droit de l'UE continuera de conduire le Conseil d'Etat à requalifier le moyen d'inconstitutionnalité en moyen d'inconventionnalité afin de renvoyer l'appréciation de la validité de la directive à la Cour de justice.

¹²³⁰ « La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel:

a) sur l'interprétation des traités,

b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union.

Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des États-membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question.

Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour.

Si une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale concernant une personne détenue, la Cour statue dans les plus brefs délais. »

¹²³¹ Voir, notamment, H. Labayle, « Question prioritaire de constitutionnalité et question préjudicielle : ordonner le dialogue des juges ? », *Revue française de droit administratif*, n° 4, 2010, pp. 659-678 ; P. Cassia, E. Saulnier-Cassia, « La QPC peut-elle être « prioritaire » ? », *Recueil Dalloz*, 2010, pp. 1636 et s ; D. Simon, A. Rigaux, « 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, pp. 63-83 ; S. Brondel, « La CJUE énonce les conditions de la conventionnalité de la question prioritaire de constitutionnalité », *Actualité juridique du droit administratif*, n° 22, 2010 pp. 1231 et s ; P. Manin, « La question prioritaire de constitutionnalité et le droit de l'Union européenne », *Actualité juridique du droit administratif*, n° 39, 2010, pp. 2188-2196 ; A. Levade, « Priorité n'est pas primauté ou comment articuler contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité », *Constitutions*, n° 2, 2010, pp. 229-232 ; A. Levade, E. Saulnier-Cassia, « Dialogue contradictoire autour de l'arrêt de la Cour de justice : le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité est-il compatible avec le droit de l'Union ? », *Constitutions*, n° 4, 2010, pp. 519-524 ; D. Simon, « Les juges et la priorité de la question prioritaire de constitutionnalité : discordance provisoire ou cacophonie durable ? », *Revue critique de droit international privé*, n° 1, 2011, pp. 1-20 ; F. Donnat, « La Cour de justice et la QPC : chronique d'un arrêt prévisible et imprévu », *Recueil Dalloz*, 2010, pp. 1640 et s ; X. Magnon, « La QPC face au droit de l'Union : la brute, les bons et le truand », *Revue française de droit constitutionnel*, Vol. 84, n° 4, 2010, pp. 761-791 ; R. Mehdi, « French Supreme Courts and European Union Law : between Historical Compromise and accepted Loyalty », *Common Market Law Review*, Vol. 48, 2011, p. 456-473.

toutes les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires afin de suspendre, dans l'attente de la réponse à la QPC, les effets de la loi qu'il estimerait être incompatibles avec le droit de l'UE. Enfin, selon le Conseil constitutionnel, le fait de transmettre une QPC ne prive pas les juridictions administratives et judiciaires de leur faculté, ou ne les libère pas de leur obligation, de saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle en application de l'article 267 TFUE, le cas échéant, concomitamment à la transmission de la QPC ¹²³².

Dès le 14 mai 2010, le Conseil d'Etat, se faisant l'écho de cette décision, jugeait que les dispositions relatives à la QPC ne font pas obstacle à ce que le juge administratif, juge de droit commun de l'application du droit de l'UE, en assure l'effectivité, soit en l'absence de QPC, soit au terme de la procédure d'examen de celle-ci, lorsque l'urgence le commande, pour faire cesser immédiatement tout effet éventuel de la loi contraire au droit de l'UE. Le Conseil d'Etat précisait, à son tour, que le juge administratif dispose toujours de la possibilité de poser à tout instant, dès qu'il y a lieu de procéder à un tel renvoi, une question préjudicielle à la Cour de justice ¹²³³.

Tenant manifestement compte des positions raisonnables adoptées par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat français et, sans doute, dans un souci pacificateur, la Cour de justice conditionna la validité du mécanisme de la QPC au respect de certaines exigences. Le caractère prioritaire de la procédure de constitutionnalité ne peut empêcher une juridiction de poser une question préjudicielle à la Cour de justice, et ce, quel que soit le moment de la procédure. En l'absence de question préjudicielle, le contrôle de constitutionnalité ne peut, par ailleurs, s'opérer qu'à la condition que la juridiction au fond ne soit pas empêchée de protéger provisoirement les droits que détient le justiciable en vertu du droit de l'UE. Enfin, le juge de renvoi doit pouvoir laisser la disposition législative inappliquée si elle est contraire au droit de l'UE, nonobstant la réponse préalable relative à sa constitutionnalité.

De la même manière, en Belgique, le Conseil d'Etat s'est prononcé sur la question de la compatibilité de la question préjudicielle de constitutionnalité avec la primauté du droit de l'UE. Au terme d'un rappel minutieux de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg, le Conseil d'Etat belge conclut que celle-ci « *ne semble pas (...) interdire, non seulement de maintenir un contrôle de constitutionnalité, mais en outre d'organiser un ordre d'examen des questions qui se posent au juge saisi, spécialement de l'obliger à commencer par l'examen de la compatibilité constitutionnelle de la règle nationale* » ¹²³⁴, invoquant au surplus, au soutien de son raisonnement, le « *principe de l'autonomie procédurale reconnue notamment par l'arrêt Unibet* » ¹²³⁵.

Cet ordre d'examen semble ne pas exclure, au regard de la jurisprudence du même Conseil d'Etat belge, que la question de constitutionnalité et la question de compatibilité avec le droit de l'UE fassent l'objet d'un double renvoi simultané, l'un à la Cour constitutionnelle, l'autre à la Cour de justice. En effet, quelques jours après avoir rendu l'avis précité, la haute juridiction administrative a décidé de surseoir à statuer, de prendre acte de l'obligation de renvoyer à la Cour constitutionnelle résultant de l'article 26 de la Loi spéciale relative à la Cour constitutionnelle, mais aussi de saisir simultanément la Cour de justice, et de suspendre le jugement au fond jusqu'à ce que la Cour constitutionnelle et la Cour de justice aient

¹²³² Cons. Const., 10 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, 2010-605DC.

¹²³³ CE, 14 mai 2010, *M. Rujovic*.

¹²³⁴ CE, avis du 3 mars 2009, n° 45.905/AG, point 8.

¹²³⁵ *Ibid.*, point 11.

répondu à ces deux questions ¹²³⁶. Or, malgré la tentative du gouvernement belge de faire déclarer ce renvoi à la Cour de justice irrecevable au motif que « *la juridiction de renvoi n'expliquerait pas les raisons pour lesquelles elle n'aurait pas attendu, pour saisir la Cour, que la Cour constitutionnelle se prononce sur d'autres questions qu'elle lui a posées dans le cadre des mêmes affaires* » ¹²³⁷, la Cour de justice admet sa compétence en se fondant simplement sur le fait que « *les décisions de renvoi fournissent les motifs qui ont conduit la juridiction de renvoi à interroger la Cour* » ¹²³⁸.

Le Tribunal de première instance de Liège a également saisi la Cour de justice d'une question préjudicielle visant à clarifier les choses : les traités s'opposent-ils à ce qu'une loi nationale impose un recours préalable devant la Cour constitutionnelle au juge national qui constate qu'un citoyen contribuable est privé de la protection juridictionnelle effective qui lui est garantie « *sans que ce juge puisse assurer immédiatement l'applicabilité directe du droit communautaire au litige qui lui est soumis* » ¹²³⁹ ?

L'ordonnance rendue le 1^{er} mars 2011 reformule la demande du tribunal belge. La Cour de justice indique que « *la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 234 CE s'oppose à une législation d'un État-membre qui, d'une part, impose aux juridictions de cet État-membre de saisir préalablement la juridiction nationale chargée d'exercer le contrôle de constitutionnalité des lois d'une question relative à la conformité d'une disposition de droit interne avec un droit fondamental garanti de manière totale ou partielle par le droit de l'Union et qui, d'autre part, lie les juridictions dudit État-membre quant à l'appréciation portée en droit par la juridiction nationale chargée d'exercer le contrôle de constitutionnalité des lois* » ¹²⁴⁰. La question aurait pu viser la QPC sans que cela soit de nature à surprendre. Les observations déposées par le gouvernement belge devant la Cour de justice lors de l'audience du 2 juin 2010 dans l'affaire Melki et Abdeli ¹²⁴¹, et celles présentées par la France dans l'affaire Chartry ¹²⁴², se comprennent d'autant mieux dans ce contexte.

Le renvoi par la Cour à sa « *jurisprudence constante* » et, spécialement, à son arrêt *Melki et Abdeli* ¹²⁴³, illustre d'ailleurs la similarité des problématiques. Rappelant que la logique même du renvoi préjudiciel impose « *que le juge national soit libre de saisir, à tout moment de la procédure qu'il juge approprié, la Cour de justice de toute question qu'il juge nécessaire* » ¹²⁴⁴, elle confirme donc que l'article 234 du Traité sur la Communauté européenne - devenu 267 TFUE - « *s'oppose à une législation d'un État-membre qui instaure une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité des lois nationales, pour autant que le caractère prioritaire de cette procédure a pour conséquence d'empêcher (...) toutes les autres juridictions nationales d'exercer leur faculté ou de satisfaire à leur obligation de saisir la*

¹²³⁶ Voir, notamment, CE, Section du contentieux, arrêt du 27 mars 2009, *Boxus et Roua*, n° 191-950.

¹²³⁷ CJUE, arrêt du 18 octobre 2011, *Boxus et autres*, aff. jointes C-128/09 à C-131/09, C-134/09 et C-135/09, non pub.

¹²³⁸ *Ibid.*

¹²³⁹ CJUE, ordonnance du 1^{er} mars 2011, *Claude Chartry c/ Etat belge*, aff. C-457/09, *Rec. p.* 1-819. A. Levade, « Ordonnance d'incompétence : la Cour de justice n'examine pas le caractère prioritaire de la question préjudicielle de constitutionnalité belge », *Constitutions*, 2011, p. 330.

¹²⁴⁰ *Ibid.*, point 18.

¹²⁴¹ CJUE, arrêt du 22 juin 2010, *Aziz Melki et Sélim Abdeli*, aff. C-188/10 et C-189/10, *Rec. p.* 1-5667.

¹²⁴² CJUE, ordonnance du 1^{er} mars 2011, *Claude Chartry c/ Etat belge*, *op. cit.*

¹²⁴³ CJUE, arrêt du 22 juin 2010, *Aziz Melki et Sélim Abdeli*, *op. cit.*

¹²⁴⁴ CJUE, ordonnance du 1^{er} mars 2011, *Claude Chartry c/ Etat belge*, *op. cit.*, point 19.

Cour de questions préjudicielles »¹²⁴⁵.

Les conditions ainsi posées pour que la règle du traitement prioritaire des contrôles incidents de constitutionnalité belge et français soient conformes au droit de l'UE anéantissent-elles la priorité ? Il est possible de considérer que tel n'est pas le cas, car, à de rares exceptions près¹²⁴⁶, le juge du fond a généralement le choix de renvoyer ou non devant la Cour de justice¹²⁴⁷. A cet égard, il est intéressant de relever que selon la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH), le fait pour une juridiction interne suprême de ne pas renvoyer une affaire devant la Cour de justice dans le cadre de la procédure du renvoi préjudiciel ne viole pas l'article 6§1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CSDHFLF), pourvu que cette décision de non-renvoi soit motivée¹²⁴⁸. En l'absence de renvoi, le juge du fond devra toujours poser la question de constitutionnalité, avant de décider, le cas échéant, d'écarter ou non la loi sur la base des engagements européens de la France ou de la Belgique. C'est en cela que les questions préjudicielles demeurent prioritaires, ou, devrait-on dire, préalables, si bien que la compatibilité de cette règle avec les principes d'équivalence et d'effectivité peut continuer d'être mise en doute¹²⁴⁹. Or, cette priorité n'est pas absolue.

B) Les tempéraments à la règle de priorité

Les jurisprudences précitées confirment donc la validité de la règle de priorité, organisant la succession des contrôles en cas de concours des droits fondamentaux et même, plus largement en France, en cas de concours entre droit constitutionnel et droit de l'UE. Toutefois, il convient de relever que le filtrage des QPC en France, de même que les exceptions à l'obligation faite aux juridictions belges de renvoyer la question préjudicielle à la Cour constitutionnelle, viennent apporter un tempérament à cette analyse (1). En outre, l'autorité susceptible de soulever l'exception de constitutionnalité conditionne, en pratique, le jeu de la règle de priorité (2).

1 - Les exceptions et filtres du renvoi des questions préjudicielles de constitutionnalité

La Loi organique française confie aux juges *a quibus*, ainsi qu'aux juridictions suprêmes de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif, le rôle de filtrer la transmission des QPC¹²⁵⁰. Mise à part l'originalité toute française du double filtrage¹²⁵¹, le système belge est

¹²⁴⁵ *Ibid.*, point 20.

¹²⁴⁶ CJCE, arrêt du 6 octobre 1982, *CILFIT*, aff. 283/81, *Rec.* p. 34-15, tempère considérablement l'obligation de renvoi en interprétation des juridictions de dernière instance. Pour un exemple d'obligation de renvoi voir CJUE, 15 janv. 2013, *Krizan et a.*, aff. C-416/10, non pub.

¹²⁴⁷ En ce sens, voir CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, *Rec.* p. 629 ; CJUE, 5 oct. 2010, *Elchinov*, aff. C-173/09, *Rec.* p. I-8889.

¹²⁴⁸ CEDH, arrêt du 20 sept 2011, *Ullens De Schooten et Rezabeck c/ Belgique*.

¹²⁴⁹ R. Mehdi, « French Supreme Courts and European Union Law : between Historical Compromise and accepted Loyalty », *op. cit.*, p. 465.

¹²⁵⁰ Voir les Articles 23-2 et 23-4 de la Loi organique, tout en étant noté, que les deux articles diffèrent seulement concernant la dernière condition : « 1° La disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ; 2° Elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances ; 3° La question est nouvelle ou présente caractère sérieux ».

comparable à celui instauré en France, en ce qu'il prévoit également plusieurs exceptions à l'obligation de renvoyer les questions préjudicielles de constitutionnalité, qui sont très proches, sur le plan matériel, des critères de filtrage français. L'objectif, dans les deux cas, est d'éviter d'encombrer les juridictions constitutionnelles, notamment du fait de manœuvres dilatoires.

Toutefois, le système belge d'exceptions se distingue du système français de filtrage, dans la mesure où la Loi spéciale prévoit des exceptions non pas seulement à l'obligation de renvoi, mais également au caractère prioritaire du renvoi préjudiciel par rapport au contrôle de conventionnalité.

Ainsi, les quatre exceptions à l'obligation de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle ¹²⁵², prévues par l'article 26§2 de la Loi spéciale ¹²⁵³ s'appliquent aussi en cas de concours des droits fondamentaux, ce qui n'appelle pas de commentaire particulier, l'objectif étant, là aussi, d'éviter d'encombrer inutilement la Cour constitutionnelle et les manœuvres dilatoires.

En revanche, les trois autres catégories d'exception à l'obligation de renvoyer une question préjudicielle par priorité à la Cour constitutionnelle en cas de concours des droits fondamentaux sont intéressantes lorsque l'on s'interroge sur l'articulation entre contrôle de constitutionnalité incident et contrôle de conventionnalité ou d'unionité.

En effet, tout d'abord, la Loi spéciale prévoit également, qu'en cas de concours de droits fondamentaux, sont dispensées de renvoyer par priorité la question de constitutionnalité les juridictions qui sont saisies d'une demande urgente appelant une décision qui « *n'a qu'un caractère provisoire* », et les juridictions qui interviennent « *au cours d'une procédure d'appréciation du maintien de la détention préventive* » ¹²⁵⁴.

L'article 26 § 3, ajoute cependant une exception à l'exception en précisant que ces juridictions restent tenues d'interroger la Cour si elles ont un « doute sérieux » sur la constitutionnalité de la loi. Il prévoit ensuite une exception à l'exception de l'exception, en

¹²⁵¹ Pour une approche comparée entre les systèmes français et belge sur ce point, voir X. Philippe, « Brèves réflexions sur la question prioritaire de constitutionnalité dans une perspective comparatiste : le juge *a quo*, juge du filtre ou "juge constitutionnel négatif" ? », *Revue belge de droit constitutionnel*, n°2-3, 2001, pp. 147-158.

¹²⁵² Les deux premières exceptions valent pour toutes les juridictions. Les deux dernières ne peuvent être invoquées par les juridictions dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours, c'est-à-dire la Cour de cassation et le Conseil d'Etat.

¹²⁵³ Le juge *a quo* ne sera pas tenu de renvoyer la question de constitutionnalité, y compris en cas de concours des droits fondamentaux, si :

- il est incompétent ou lorsque l'« affaire » pendante devant lui est irrecevable, sauf évidemment, si le problème de constitutionnalité soulevé affecte la disposition législative qui fonde le constat d'incompétence ou d'irrecevabilité.

- la Cour « *a déjà statué sur une question ou un recours ayant un objet identique* ». Pour pouvoir parler d'objet identique, il faut que la même norme soit en cause et qu'un grief identique soit soulevé à son encontre.

- le juge estime que la loi « *ne viole manifestement pas* » les règles dont la Cour assure le respect (théorie de l'acte clair). Le juge exercera indéniablement un premier test de constitutionnalité mais celui-ci ne peut être tel qu'il reviendrait à se substituer au test qu'opérerait la Cour constitutionnelle si elle avait été saisie.

- Le juge estime que la réponse à la question soulevée n'est « *pas indispensable pour rendre sa décision* ».

¹²⁵⁴ Ces exceptions, prévues à l'Article 26§3 de la Loi spéciale, et auquel renvoie l'Article 26§4 de la Loi spéciale, s'appliquent également en dehors de la situation de concours des droits fondamentaux.

indiquant que, même en cas de doute sérieux de constitutionnalité, le juge de l'urgence et du provisoire et le juge de la détention préventive peuvent se dispenser d'interroger la Cour constitutionnelle si celle-ci est déjà saisie d'une question préjudicielle ou d'un recours en annulation « *ayant le même objet* » que celui faisant l'objet du doute sérieux.

Ce régime d'exceptions applicable aux situations d'urgence et, en particulier, de privation de liberté est intéressant au regard des règles similaires applicables à la QPC en France ¹²⁵⁵, dont on peut penser qu'elles ont contribué à emporter la conviction de la Cour de justice selon laquelle la procédure était conforme au droit de l'Union européenne ¹²⁵⁶.

Notons, en outre, que pour les procédures urgentes ou impliquant un détenu qui ne rentrent pas dans le champ d'application de l'article 26§3 de la Loi spéciale du 6 janvier 1989, la Cour de cassation n'a pas hésité à justifier des refus de poser une question préjudicielle de constitutionnalité en se fondant, entre autres, sur les exigences du délai raisonnable et de bref délai formulées par les articles 5§3 et 5§4 CSDHLF ¹²⁵⁷.

En plus des exceptions déjà mentionnées, la réforme de 2009 a ajouté deux nouvelles exceptions à l'obligation de poser par priorité une question préjudicielle, qui sont particulièrement intéressantes dans la perspective d'une conciliation entre contrôle de constitutionnalité incident et contrôle d'unionité.

La première exception étend la théorie de l'acte clair aux hautes juridictions. Cette

¹²⁵⁵ Voir l'Article 23-3 de la Loi organique :

« Lorsque la question est transmise, la juridiction sursoit à statuer jusqu'à réception de la décision du Conseil d'État ou de la Cour de cassation ou, s'il a été saisi, du Conseil constitutionnel. Le cours de l'instruction n'est pas suspendu et la juridiction peut prendre les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires.

Toutefois, il n'est sursis à statuer ni lorsqu'une personne est privée de liberté à raison de l'instance ni lorsque l'instance a pour objet de mettre fin à une mesure privative de liberté.

La juridiction peut également statuer sans attendre la décision relative à la question prioritaire de constitutionnalité si la loi ou le règlement prévoit qu'elle statue dans un délai déterminé ou en urgence. Si la juridiction de première instance statue sans attendre et s'il est formé appel de sa décision, la juridiction d'appel sursoit à statuer. Elle peut toutefois ne pas surseoir si elle est elle-même tenue de se prononcer dans un délai déterminé ou en urgence.

En outre, lorsque le sursis à statuer risquerait d'entraîner des conséquences irrémédiables ou manifestation excessives pour les droits d'une partie, la juridiction qui décide de transmettre la question peut statuer sur les points qui doivent être immédiatement tranchés.

Si un pourvoi en cassation a été introduit alors que les juges du fond se sont prononcés sans attendre la décision du Conseil d'État ou de la Cour de cassation ou, s'il a été saisi, celle du Conseil constitutionnel, il est sursis à toute décision sur le pourvoi tant qu'il n'a pas été statué sur la question prioritaire de constitutionnalité. Il en va autrement quand l'intéressé est privé de liberté à raison de l'instance et que la loi prévoit que la Cour de cassation statue dans un délai déterminé. »

Voir également l'article 23-5 de la Loi organique : « (...) Lorsque le Conseil constitutionnel a été saisi, le Conseil d'État ou la Cour de cassation sursoit à statuer jusqu'à ce qu'il se soit prononcé. Il en va autrement quand l'intéressé est privé de liberté à raison de l'instance et que la loi prévoit que la Cour de cassation statue dans un délai déterminé. Si le Conseil d'État ou la Cour de cassation est tenu de se prononcer en urgence, il peut n'être pas sursis à statuer. »

¹²⁵⁶ Voir, à cet égard, le point 57 de l'arrêt rendu dans l'affaire Melki et Abdeli, *op. cit.*: « (...) l'article 267 TFUE ne s'oppose pas à une telle législation nationale, pour autant que les autres juridictions nationales restent libres (...) d'adopter toute mesure nécessaire afin d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union (...). »

¹²⁵⁷ P. Nihoul, « Les questions préjudicielles », in Commission européenne pour la démocratie par le droit, *L'exception d'inconstitutionnalité*, 2012, CDL-JU(2012)027, p. 9, disponible en ligne à l'adresse : [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-JU\(2012\)027-f.aspx](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-JU(2012)027-f.aspx), page consultée le 21 février 2013.

exception, déjà contenue dans l'article 26§2 alinéa 3 de la Loi spéciale, ne s'appliquait toutefois qu'aux juridictions dont les décisions étaient susceptibles de recours. Désormais, tant la Cour de cassation que le Conseil d'Etat sont habilités, eux aussi, à refuser de saisir la Cour constitutionnelle s'ils estiment que la disposition législative en cause ne viole manifestement pas l'une des dispositions constitutionnelles dont la Cour constitutionnelle doit garantir le respect.

L'existence de cette exception à la règle de priorité aurait dû, à elle seule, réfréner la décision de renvoi du Tribunal de première instance de Liège auprès de la Cour de justice dans l'affaire *Charty*, la règle de priorité ne trouvant pas à s'appliquer en l'espèce puisque la Cour constitutionnelle avait déjà statué sur la conformité de la disposition litigieuse avec la Constitution. La question de principe se justifiait toutefois puisque le juge de Liège aurait dû se prononcer sur la conventionnalité d'une loi ayant bénéficié d'un brevet de Constitutionnalité. Or, il a été rappelé que, sur ce point, la Cour de justice a clairement indiqué qu'un brevet de constitutionnalité des lois n'empêche pas le contrôle ultérieur de leur conventionnalité.

En France, si les juges *a quibus* ou les juridictions suprêmes peuvent filtrer les QPC au motif que la disposition contestée a « déjà été déclarée conforme à la Constitution »¹²⁵⁸, il est possible d'émettre quelques doutes sur l'applicabilité de cette disposition dans l'hypothèse où cette juridiction serait saisie « de moyens contestant la conformité d'une disposition législative, d'une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution et, d'autre part, aux engagements internationaux de la France »¹²⁵⁹. En effet, la règle de priorité à l'œuvre en pareille situation est énoncée dans la Loi organique immédiatement après la liste des critères du filtrage des QPC et débute par les mots « en tout état de cause (...) », ce qui est de nature à faire naître une certaine ambiguïté. Cela signifie-t-il qu'en cas de concours entre les droits fondamentaux constitutionnels et le droit de l'UE, les critères de filtrage ne trouvent pas à s'appliquer ? Si la question mérite d'être soulevée, une telle interprétation semble toutefois excessive. En effet, la règle de priorité française n'est pas conçue tout à fait de la même manière qu'en Belgique. Dans l'ordre juridique belge, en cas de concours des droits fondamentaux, le juge *a quo* a l'obligation de transmettre de manière prioritaire la question préjudicielle de constitutionnalité à la Cour constitutionnelle, sauf exceptions. En France, les juges *a quibus* ou les juridictions suprêmes ne sont pas tenus de transmettre prioritairement la question de constitutionnalité, mais « de se prononcer par priorité sur la transmission de la question de constitutionnalité »¹²⁶⁰. Par conséquent, il n'est pas inconcevable que, lors de cet examen prioritaire de l'opportunité de transmettre la question de constitutionnalité, ces juridictions s'appuient sur l'un des critères de filtrage, en particulier sur le fait que le Conseil constitutionnel s'est déjà prononcé sur la conformité de la disposition en cause à l'égard de la Constitution, pour procéder immédiatement au contrôle de conventionnalité, c'est-à-dire sans transmettre au préalable la question au Conseil constitutionnel.

Il faut bien admettre, toutefois, que le caractère prioritaire du contrôle incident de constitutionnalité n'est pas véritablement remis en cause, dans une telle hypothèse, dans la mesure où les juridictions constitutionnelles belge et française auront eu l'opportunité de se prononcer sur la constitutionnalité de la disposition en cause. Tout au plus, peut-on considérer qu'il est tempéré aux yeux des justiciables concernés puisqu'il ne trouvera pas à s'appliquer

¹²⁵⁸ Articles 23-2 et 23-4 de la Loi organique.

¹²⁵⁹ Article 23-2§3 de la Loi organique.

¹²⁶⁰ *Ibid.*

dans le cadre de leur propre litige.

La seconde exception prévue à l'article 26§4 de la Loi spéciale belge, également applicable à l'ensemble des juridictions, constitue, quant à elle, une innovation dans la mesure où elle consacre la théorie de « l'acte éclairé »¹²⁶¹. Cette exception à l'obligation de renvoi dispense, en effet, le juge judiciaire ou administratif belge de l'obligation d'interroger prioritairement la Cour constitutionnelle lorsqu'il ressort de la jurisprudence d'une juridiction internationale qu'une disposition de droit international ou de droit de l'UE est manifestement violée. En cas de concours des droits fondamentaux constitutionnels et de l'UE, le juge belge ne devra donc donner la priorité au contrôle de constitutionnalité que si la violation du droit de l'UE n'est pas évidente au regard de la jurisprudence de la CJUE.

Dès lors, il est très peu probable que le juge du fond soit en mesure d'écarter directement, c'est-à-dire sans poser de question préjudicielle à la Cour de Justice, une loi précédemment renvoyée à la Cour constitutionnelle et jugée conforme à la Constitution, au motif de sa contrariété avec un droit fondamental de l'UE. En effet, si le juge du fond décide d'écarter une norme de droit interne qu'il estime contraire à un droit fondamental de l'UE sans préalablement interroger la Cour de Justice, ce sera, en principe¹²⁶², parce qu'il peut se fonder sur la jurisprudence existante de la Cour de Justice. Or, selon l'art. 26§4 de la Loi spéciale, dans cette hypothèse, il n'aura pas eu à saisir en priorité la Cour constitutionnelle à titre préjudiciel. En cas de doute quant à la compatibilité d'une norme de droit interne avec les droits fondamentaux de l'UE, jugée compatible avec la Constitution par la Cour constitutionnelle, le juge du fond interrogera donc la Cour de justice, mais ne l'écartera vraisemblablement pas immédiatement lui-même.

En France, les critères de filtrage relatifs au caractère sérieux et nouveau de la QPC pourraient-ils être mobilisés dans l'hypothèse où il ressort de la jurisprudence d'une juridiction internationale, et en particulier la Cour de justice, que la norme internationale ou de l'UE est manifestement violée par la loi en cause ? L'esprit de la Loi organique de 2009 étant de ne pas priver le Conseil constitutionnel de la possibilité de se saisir de ces questions dès lors que subsiste un doute sur certaines conditions de renvoi, il conduit à penser que le fait qu'une juridiction internationale se soit déjà prononcée en substance sur la contrariété de la loi en cause avec le droit de l'UE ne suffira pas pour lui ôter tout caractère sérieux ou nouveau. L'exercice auquel se livrent les juridictions suprêmes françaises n'est sur ce point qu'« un contrôle de l'évidence »¹²⁶³. Il faut y voir la volonté du juge de renvoi « *de ne pas empiéter sur la compétence dévolue en cette matière au juge constitutionnel* »¹²⁶⁴. La déconnexion opérée en France entre le contrôle de constitutionnalité et le contrôle de conventionnalité plaide également en ce sens. C'est d'ailleurs la position qui a été retenue par le Conseil d'Etat dans l'affaire *Laban*¹²⁶⁵. Les dispositions renvoyées au Conseil constitutionnel dans cette affaire, qui ont donné lieu à déclaration d'inconstitutionnalité, avaient préalablement été jugées par le Conseil d'Etat compatibles avec les dispositions de la CSDHLF¹²⁶⁶. De même, le Conseil d'Etat a choisi de transmettre une QPC au Conseil

¹²⁶¹ P. Nihoul, « Les questions préjudicielles », *op. cit.*

¹²⁶² Sauf à être dans l'hypothèse d'un acte clair, voir CJCE, arrêt du 6 octobre 1982, *CILFIT*, *op. cit.*

¹²⁶³ A. Lallet, X. Domino, « An I ap. QPC », *AJDA*, p. 386.

¹²⁶⁴ C. Maugué, J.-H. Stahl, *La question prioritaire de constitutionnalité*, Paris, Dalloz, Connaissance du droit, 2011, p. 67

¹²⁶⁵ CE, 14 avril 2010, *Labane*, n° 336753.

¹²⁶⁶ CE, Section, avis du 18 juillet 2006, *Ka*, n° 286122, *Lebon* p. 349 et décision du même jour *GISTI*, n° 274664, *Lebon* p. 353.

constitutionnel ¹²⁶⁷ relative à une loi préalablement remise en cause par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ¹²⁶⁸, que le Conseil constitutionnel a également déclarée contraire à la Constitution ¹²⁶⁹.

Contrairement à la situation belge, il n'est donc pas certain que le juge du fond, saisi à la fois de moyens d'inconstitutionnalité et de moyens d'inconventionnalité et ayant transmis la QPC, considère qu'il soit nécessaire, suite à un brevet de constitutionnalité, de saisir d'une question préjudicielle la Cour de justice, étant donné que le caractère nouveau ou sérieux d'une question de constitutionnalité n'implique pas *ipso facto* le caractère nouveau ou sérieux ¹²⁷⁰ de la question d'unionité.

2 - L'autorité soulevant la question préjudicielle de constitutionnalité

En indiquant que la règle de la priorité du contrôle constitutionnel s'applique lorsque la juridiction *a quo* « est saisie de moyens contestant la conformité d'une disposition législative (...) aux droits garantis par la Constitution (...) » ¹²⁷¹, le législateur organique français semble avoir voulu laisser subsister la possibilité pour les parties à l'instance de préférer le contrôle de conventionnalité. Il suffirait pour cela que celles-ci, en toute connaissance de cause, choisissent de ne pas soulever le moyen d'inconstitutionnalité. Le doute sur ce point était également permis concernant la Belgique, les mots « *lorsqu'il est invoqué* » ¹²⁷² pouvant laisser penser qu'il faut que le justiciable ait expressément « invoqué » la violation d'une disposition de la Constitution pour que la Cour constitutionnelle puisse être saisie à titre préjudiciel.

Cette situation présente l'avantage d'offrir une stratégie juridictionnelle aux justiciables dans le sens qu'ils estiment le plus protecteur de leurs droits fondamentaux. Elle peut toutefois également sembler regrettable. Elle risque de conduire à un « forum shopping », lui-même susceptible de nuire à la cohérence des interprétations données à la conformité d'une même législation vis-à-vis de la Constitution et vis-à-vis du droit de l'UE ou plus largement du droit conventionnel, selon l'affaire.

C'est sans doute ce qui explique qu'en Belgique, il ait été considéré que « *c'est le contenu de l'exception qui compte et non pas la référence formelle à une disposition relative*

¹²⁶⁷ CE, 14 avril 2010, *M^{me} L.*, n° 329290.

¹²⁶⁸ CEDH, 6 octobre 2005, Grande Chambre, n° 11810/03, *Maurice c/ France* et n° 1513/03, *Draon c/ France*.

¹²⁶⁹ Cons. Const., 11 juin 2010, n° 2010-2 QPC.

¹²⁷⁰ Il convient de préciser que ce n'est pas exactement en ces termes que les juridictions nationales sont dispensées de renvoyer une question préjudicielle à la Cour de justice. En effet, celles-ci sont tenues de renvoyer à la Cour de justice les questions remettant en cause la validité d'un acte du droit de l'UE et, pour les juridictions de dernier ressort, celles supposant l'interprétation du droit de l'UE, sauf si la norme de l'UE n'est sujette à aucune difficulté d'interprétation ou qu'elle ne présente aucune pertinence avec la résolution du conflit pendant devant ces juridictions. Celles-ci sont, de même, libérées de l'obligation de poser une question préjudicielle à la Cour de justice si la question soulevée est matériellement identique à une question ayant déjà fait l'objet d'une décision à titre préjudiciel dans une espèce analogue, ou formant une jurisprudence établie de la CJUE résolvant le point de droit en cause, quelle que soit la nature des procédures qui ont donné lieu à cette jurisprudence, et même à défaut d'une stricte identité des questions en litige. Il en va de même lorsque le litige est simulé.

¹²⁷¹ Article 23-2§3 de la Loi organique, nous soulignons.

¹²⁷² Article 26§4 de Loi spéciale.

aux droits de l'Homme (...) »¹²⁷³. Il s'ensuit que le fait qu'une partie n'ait pas invoqué formellement la violation d'un article de la Constitution ne constitue pas un argument suffisant pour conclure qu'une question préjudicielle ne doit pas être posée à la Cour constitutionnelle. Autrement dit, il revient au juge belge d'examiner si la violation d'un droit constitutionnel est invoquée en substance. La Cour de cassation et le Conseil d'Etat avaient estimé pour leur part que ce n'était pas conforme à leurs règles de procédure¹²⁷⁴, mais le Sénat a balayé cet argument, estimant que la Loi spéciale était une *lex specialis* vis-à-vis de ces règles procédurales¹²⁷⁵. Par conséquent, en Belgique, le juge *a quo* peut, et même doit, soulever d'office la question de constitutionnalité lorsqu'une violation de la Constitution est invoquée en substance, car il s'agit là d'une question d'ordre public.

Rien de tel n'est envisagé en France. C'est même l'inverse qui est explicitement prévu par la Loi organique dans son article 23§1 : « *Devant les juridictions relevant du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation, le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution est, à peine d'irrecevabilité, présenté dans un écrit distinct et motivé. Un tel moyen (...) ne peut être relevé d'office* »¹²⁷⁶. Or, si le juge français ne soulève pas d'office le moyen d'inconstitutionnalité, il peut arriver qu'il soulève d'office le moyen d'inconventionnalité¹²⁷⁷. C'est pourquoi certains auteurs ont pu parler, à l'égard de la QPC, de mécanisme « aménagé » de question préjudicielle¹²⁷⁸.

Il en résulte que si la règle de la priorité fait du moyen d'inconventionnalité un moyen subsidiaire lorsqu'est également invoqué un moyen d'inconstitutionnalité, il en va tout autrement lorsque le moyen exclusif invoqué par le requérant est un moyen d'inconventionnalité. Dans cette dernière hypothèse, en principe, le moyen d'inconstitutionnalité est bel et bien contourné, voire ignoré. A cet égard l'affaire *M'Rida* est intéressante en ce qu'elle révèle une troisième configuration, l'inconstitutionnalité y apparaissant de manière « accidentelle »¹²⁷⁹ et revêtant un caractère « complémentaire »¹²⁸⁰.

¹²⁷³ T. Moonen, « Concours de droits fondamentaux ou concours de juridictions ? Evaluation des réformes de 2009 de la Loi spéciale sur la Cour constitutionnelle », *Revue belge de droit constitutionnel*, n°3-4, 2011, p. 127. Voir également l'amendement Delpérée et Vandenberghe visant la mise en concordance avec le texte néerlandais : Doc. Parl., Sénat belge, 2007-2008, *op. cit.*, p. 1.

¹²⁷⁴ T. Moonen, « Concours de droits fondamentaux ou concours de juridictions ? Evaluation des réformes de 2009 de la Loi spéciale sur la Cour constitutionnelle », *op. cit.*, p. 128.

¹²⁷⁵ Doc. Parl. Sénat belge, 2008-2009, *Projet de loi spéciale modifiant l'article 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage*, rapport n°4-12/8, p. 5, disponible en ligne à l'adresse : <http://www.senate.be/www/webdriver?MltabObj=pdf&MlcolObj=pdf&MlnamObj=pdfid&MItypeObj=application/pdf&MlvalObj=67111108>, page consultée le 4 février 2013.

¹²⁷⁶ Voir également, en ce qui concerne les juridictions suprêmes, l'Article 23-5 de la Loi organique.

¹²⁷⁷ Les juridictions de l'ordre judiciaire pratiquent le relevé d'office des moyens tirés du droit de l'UE depuis fort longtemps. Pour un exemple récent, voir Cass., com., 10 févr. 2009, n° 07-13.448, 07-13.562. Si les juridictions administratives sont restées longtemps plus réticentes, il semble que la jurisprudence évolue. Voir, CE, sect., 20 déc. 2000, *Géniteau* et CE, 20 nov. 2002, *Sté Golden-Harvest-Zelder*. En tant que juge de cassation, en revanche, le Conseil d'Etat estime que la violation du droit de l'UE n'est pas un moyen d'ordre public (CE, 1er juin 1994, *Letierce*). Les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel se montrent beaucoup plus souples et n'écartent pas nécessairement le relevé d'office (CAA Paris, 1^{er} juin 2005, *M. Julien*).

¹²⁷⁸ X. Philippe, « Brèves réflexions sur la question prioritaire de constitutionnalité dans une perspective comparatiste : le juge *a quo*, juge du filtre ou "juge constitutionnel négatif" ? », *op. cit.*, p. 149.

¹²⁷⁹ X. Magnon, « L'inconstitutionnalité de la cristallisation des pensions », *Revue française de droit constitutionnel*, Vol. 88, n°4, 2011, pp. 868-869.

¹²⁸⁰ *Ibid.*

par rapport à l'inconventionnalité. En effet, dans cette affaire, le juge a soulevé d'office l'inconstitutionnalité dans la mesure où elle venait d'être prononcée par le Conseil constitutionnel au titre d'un autre procès. Le Conseil d'État a ainsi jugé « *qu'il appartient, par suite, au juge du litige, s'il n'a pas fait droit à l'ensemble des conclusions du requérant en tirant les conséquences de la déclaration d'inconstitutionnalité d'une disposition législative prononcée par le Conseil constitutionnel, d'examiner, dans l'hypothèse où un moyen en ce sens est soulevé devant lui, s'il doit, pour statuer sur les conclusions qu'il n'a pas déjà accueillies, écarter la disposition législative en cause du fait de son incompatibilité avec une stipulation conventionnelle ou, le cas échéant, une règle du droit de l'Union européenne dont la méconnaissance n'aurait pas été préalablement sanctionnée* ». Le moyen d'inconventionnalité complète donc, dans cette troisième configuration, l'inconstitutionnalité pour faire éventuellement droit aux prétentions du requérant qui n'auraient pas été satisfaites par la seule inconstitutionnalité.

La règle de la priorité s'applique donc en France comme en Belgique seulement si certaines circonstances sont réunies. Elle ne suffit pas, à elle seule, à ordonner le contrôle de conventionnalité et de constitutionnalité. Par conséquent, la conciliation de ces deux types de contrôle passe également par leur interaction.

II / L'interaction des contrôles de constitutionnalité incident et d'unionité

Bien qu'en France le Conseil constitutionnel, comme les juridictions ordinaires, s'évertuent à distinguer les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité, il est indéniable que l'instruction (A) et les effets (B) des deux contrôles génèrent des interactions entre l'un et l'autre, étant donné la proximité des droits protégés. Le phénomène est d'ailleurs identique en Belgique quoique plus assumé.

A) L'instruction des contrôles

L'interaction désigne la réaction, ou encore l'influence, réciproque de deux phénomènes l'un vis-à-vis de l'autre. Le mouvement décrit n'est donc ni hiérarchique, ni unidirectionnel. Cette expression, empruntée aux sciences physiques, apparaît dès lors particulièrement adaptée pour témoigner de la pénétration du droit de l'UE au sein du contrôle de constitutionnalité, en France comme en Belgique (1), mais aussi de la prise en compte des autres sources de protection des droits fondamentaux par la CJUE dans le cadre de son contrôle du droit de l'UE (2).

1 - La pénétration du droit de l'Union européenne dans le contrôle de constitutionnalité

La Cour constitutionnelle belge peut exercer un contrôle de constitutionnalité des normes législatives transposant des actes de droit dérivé de l'UE, ce qui peut la conduire à poser des questions préjudicielles en appréciation de validité du droit de l'UE à la Cour de justice (a), et il arrive qu'elle intègre ce droit dérivé lui-même dans son contrôle de constitutionnalité, ce qui est susceptible de l'inciter à poser une question préjudicielle en interprétation du droit de l'UE à la Cour de justice (b). Il convient donc d'envisager successivement ces deux cas de figure pour rendre compte de ce, qu'en France, ce n'est pas tant la nature et les conditions de ce dialogue qui diffèrent que les acteurs qui y participent.

a) *Le contrôle de constitutionnalité du droit de l'Union européenne*

En principe, le droit de l'UE ne peut pas faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité incident, que ce soit en France ou en Belgique. Il n'y a donc pas de risque de conflit frontal entre la Constitution et le droit de l'UE, ce qui participe à la coexistence harmonieuse de l'une et de l'autre. En effet, tout d'abord, si la question ne se pose guère en France, la QPC ne pouvant porter sur une loi de ratification d'un traité, il convient de relever que depuis la Loi spéciale de 2003, les questions préjudicielles de constitutionnalité ne peuvent plus porter en Belgique sur les lois de ratification des traités constituant l'Union européenne ¹²⁸¹.

Par ailleurs, l'article 34 de la Constitution belge et l'article 88-1 de la Constitution française confèrent une sorte de brevet de constitutionnalité au droit dérivé de l'UE, dans la mesure où l'application des Traités européens dérive d'une obligation constitutionnelle. Cela signifie que si, au cours d'un litige, un justiciable invoque la contrariété d'un acte de droit dérivé de l'UE ou d'une loi transposant en tous points une directive de l'UE, vis-à-vis de la Constitution, cela ne pourra pas faire l'objet d'un contrôle incident de constitutionnalité.

La Cour constitutionnelle belge n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur ce type de conflit direct entre le droit dérivé de l'UE et la Constitution. En revanche, le Conseil constitutionnel a pu confirmer son incompétence pour contrôler la conformité avec les droits fondamentaux garantis par la Constitution d'une loi transposant mot pour mot une directive de l'UE, car cela reviendrait à contrôler la constitutionnalité de la directive elle-même et qu'il ne le peut pas car cela remettrait en cause le monopole de la CJUE ¹²⁸². Saisi par le Conseil d'Etat d'une QPC, le Conseil constitutionnel a ainsi refusé de contrôler les dispositions d'une loi dès lors que celles-ci reprennent littéralement les dispositions inconditionnelles et précises d'une directive de l'Union européenne ¹²⁸³, en renvoyant à la compétence de la seule CJUE pour contrôler la conventionnalité de ladite directive ¹²⁸⁴. La Cour de justice a d'ailleurs indiqué que la priorité était inversée dans une telle hypothèse ¹²⁸⁵. Sachant cela, les juges *a quibus* chargés du filtrage, ou encore les juridictions suprêmes, ne renverront pas désormais ces questions devant le Conseil constitutionnel. En revanche, si le moyen d'inconstitutionnalité n'a pas été soulevé par les justiciables, le juge pourra reformuler le moyen d'inconstitutionnalité en moyen d'inconventionnalité. Toutefois, il y a une exception : si la directive et donc la loi touchent « l'identité constitutionnelle de la France » ¹²⁸⁶. Or, en établissant, dans une telle hypothèse, que « l'encadrement dans un délai strict de la durée d'examen par les juridictions nationales ne saurait faire échec au renvoi préjudiciel relatif à

¹²⁸¹ T. Bombois, « La restriction des compétences de la Cour d'arbitrage à l'égard des traités internationaux », in A. Rasson-Rolland, D. Renders, M. Verdussen (Dir.), *La Cour d'arbitrage 20 ans après, analyse des dernières réformes*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 129-195.

¹²⁸² Cons. Const., 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, n° 2004-496 DC, considérant 7.

¹²⁸³ Cons. Const., 17 décembre 2010, *Kamel D.*, n° 2010-79 QPC.

¹²⁸⁴ *Ibid.*

¹²⁸⁵ CJUE, 2010, *Melki et Abdeli*, *op. cit.*

¹²⁸⁶ Cons. Const., 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, n° 2004-496 DC. Sur cette question voir C. Grewe et J. Rideau, « L'identité constitutionnelle des EM de l'UE : flash back sur le coming-out d'un concept ambigu », in *Chemins d'Europe – Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 343 et s. Voir aussi J-D. Mouton, « Réflexions sur la prise en considération de l'identité constitutionnelle des Etats-membres de l'Union européenne », in *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits, Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, *op. cit.*, pp. 145-154.

la validité de la directive », la Cour de justice ne demande rien de moins au Conseil constitutionnel que de procéder à un tel renvoi ¹²⁸⁷.

Par conséquent, si le juge *a quo* venait à être saisi d'un moyen d'inconstitutionnalité mettant en cause un acte de droit dérivé de l'UE, que ce soit directement ou à travers une loi la transposant mot pour mot, il est fort probable que celui-ci refuserait de transmettre la QPC, pour incompétence manifeste de la Cour constitutionnelle, à moins qu'il ne considère que cette loi de transposition, et donc la directive elle-même, met en cause l'identité constitutionnelle de la France.

De surcroît, en dehors de cette hypothèse, il existe encore un risque de contrariété entre le droit de l'UE et la Constitution, dans la mesure où les juridictions constitutionnelles belge et française seront, en vertu du jeu des règles de priorité et nonobstant les exceptions à ces règles, compétentes pour contrôler la constitutionnalité des lois appliquant le droit de l'UE, lorsque celui-ci laisse une marge de manœuvre aux Etats-membres.

Il convient toutefois de noter une différence notable entre la France et la Belgique sur ce point, qui n'est pas sans incidence sur le dialogue des juges. En effet, le Conseil constitutionnel, à la différence de la Cour constitutionnelle, n'intégrera pas dans le champ de son contrôle le droit de l'UE. En d'autres termes, il se penchera sur l'examen de la constitutionnalité de la loi sans considérer son fondement dans le droit de l'Union européenne ¹²⁸⁸, si bien qu'il pourrait être conduit à délivrer un brevet de constitutionnalité à une loi, dont l'application risque de devoir être écartée si l'acte de droit dérivé, sur le fondement duquel elle a été adoptée, est ultérieurement invalidé par la Cour de justice. Ce sera donc le juge *a quo* et non le Conseil constitutionnel qui opérera un dialogue avec la Cour de justice.

La situation est différente en Belgique. Si la Cour constitutionnelle se considère incompétente pour connaître directement de la conformité du droit de l'UE par rapport à la Constitution, il arrive, néanmoins, qu'elle intègre indirectement le droit de l'UE dans le champ de son contrôle de constitutionnalité des lois le mettant en œuvre.

Ainsi, la Cour constitutionnelle pourra-t-elle être conduite à contrôler indirectement la constitutionnalité du droit de l'UE si la question préjudicielle dont elle est saisie porte sur une loi prise sur le fondement d'un acte de droit dérivé de l'UE, lui-même contraire au droit primaire de l'UE et, en particulier, à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Toutefois, pour ce faire, la Cour constitutionnelle renverra à son tour une question préjudicielle en appréciation de validité à la Cour de justice, sauf si elle estime qu'il résulte de la jurisprudence de la CJUE que l'acte de droit dérivé en cause est conforme au droit primaire de l'UE.

Si la Cour de justice invalide l'acte de droit dérivé, la Cour constitutionnelle sera tenue d'invalider également la norme législative interne. A défaut, la Belgique encourrait un recours en manquement du fait de son juge ¹²⁸⁹. Toutefois, l'invalidité de la loi ne sera pas prononcée

¹²⁸⁷ En ce sens, voir R. Mehdi, « French Supreme Courts and European Union Law : between Historical Compromise and accepted Loyalty », *op. cit.*, pp. 472-473.

¹²⁸⁸ L. Favoreu, « La prise en compte du droit international et communautaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Etudes offertes à A. Plantey*, Paris, Pedone, 1995, pp. 33-44.

¹²⁸⁹ CJCE, arrêt du 30 septembre 2003, *Köbler*, aff. C-224/01, *Rec.* p. I-10239.

par la Cour constitutionnelle sur le fondement de son inconventionnalité, mais sur celui de son « inconstitutionnalité médiate »¹²⁹⁰.

En revanche, il est arrivé, dans le cadre d'un recours en annulation devant la Cour constitutionnelle, que l'interprétation donnée au droit fondamental en cause par la Cour de justice, sur renvoi préjudiciel, ne corresponde pas à l'interprétation plus protectrice qu'en donne la Cour constitutionnelle dans sa jurisprudence. Autrement dit, même si la Cour de justice n'invalide pas la norme de droit dérivé que transpose la norme interne faisant l'objet du recours en annulation, la Cour constitutionnelle peut tout de même être conduite à déclarer la norme inconstitutionnelle pour « inconstitutionnalité immédiate »¹²⁹¹, si besoin est, par le biais d'une interprétation restrictive de la loi, ce qui revient à vider la directive elle-même de sa portée. Ce faisant, la Belgique s'expose à un recours en manquement devant la CJUE, pour mauvaise transposition de la directive en cause¹²⁹². Or, il est possible, qu'à l'avenir, la Cour constitutionnelle développe ce type de raisonnement dans le cadre du renvoi préjudiciel en constitutionnalité. En pareille hypothèse, il ne serait pas exclu que le juge *a quo* saisisse à son tour la Cour de justice, cette fois-ci non pas pour apprécier la validité de la directive en cause, mais pour interpréter ladite directive et en tirer les conséquences sur la validité de la loi ainsi réinterprétée par la Cour constitutionnelle. Or, en cas de contradiction des interprétations, le juge du fond serait tenu d'appliquer la directive telle qu'interprétée par la Cour de justice, quitte à s'écarter de l'interprétation donnée à la loi par la Cour constitutionnelle.

Le dialogue que la Cour constitutionnelle consent à entretenir avec la Cour de justice, concernant l'utilisation par le législateur belge de sa marge d'appréciation dans l'application du droit de l'UE, contribue à l'affirmation de la compétence de la Cour constitutionnelle. Certes, elle est tenue de suivre la décision de la Cour de justice en cas d'invalidité de l'acte de droit dérivé de l'UE que la loi transpose, mais dans l'hypothèse inverse, c'est bien la Cour constitutionnelle qui décidera de l'applicabilité au litige de la loi en cause, quitte à en donner une interprétation restrictive, plus protectrice des droits fondamentaux que celle du droit de l'UE par la Cour de justice. Or, cette prise de pouvoir pourrait s'avérer coûteuse, si *in fine*, la Belgique venait à être condamnée en manquement par la CJUE. Toutefois, d'une part, on imagine mal la Commission européenne user de son pouvoir discrétionnaire en ce sens¹²⁹³. D'autre part, il arrive que, même en cas d'inconstitutionnalité immédiate, la Cour

¹²⁹⁰ Selon l'expression employée par M. Verdussen, « La Cour constitutionnelle partenaire de la Cour de justice de l'Union européenne », *Revue belge de droit constitutionnelle*, n°2-3, 2011, pp. 93-96. Pour un exemple dans le cadre du recours en annulation, voir CJUE, Grande chambre, arrêt du 1^{er} mars 2011, *ASBL*, aff. C-236/09, *Rec.* p. I-00773. Pour un commentaire, voir L. Burgogue-Larsen, « Quand la CJUE prend au sérieux la Charte des droits fondamentaux, le droit de l'Union est déclaré invalide », *AJDA*, 2011, p. 967. L'hypothèse ne s'est, en revanche, encore jamais produite dans le cadre d'un renvoi préjudiciel en constitutionnalité. Toutefois, pour un exemple de validation de la loi en cause dans le cadre d'un renvoi préjudiciel en constitutionnalité, suite à la validation du droit de l'UE dans le cadre d'un renvoi préjudiciel par la Cour constitutionnelle à la Cour de justice, voir CC, arrêt du 24 février 2011, n°28/2011.

¹²⁹¹ Selon l'expression employée par M. Verdussen, *ibid.*, pp. 91-93. Pour un exemple dans le cadre d'un recours en annulation voir CC, arrêt du 23 janvier 2008, n°10/2008. Pour un commentaire voir P. Martens, « La Cour constitutionnelle belge et les cours européennes », in E. Bribosia, L. Scheek, A. Ubeda de Torres (Dir.), *L'Europe des Cours, loyautés et résistances*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 329. Il n'existe pas encore, en revanche, d'exemple dans le cadre d'une question préjudicielle de constitutionnalité.

¹²⁹² Le risque est d'ailleurs plus important dans le cadre d'un recours en annulation que dans celui d'un renvoi préjudiciel en constitutionnalité, étant donné l'autorité absolue de chose jugée des arrêts en annulation de la Cour constitutionnelle.

¹²⁹³ En effet, cela reviendrait à mettre en lumière une protection des droits fondamentaux moins étendue dans l'ordre juridique de l'UE que dans celui de la Belgique.

constitutionnelle tienne compte de la nécessité de transposer le droit de l'UE pour faire preuve d'une certaine tolérance, en maintenant provisoirement certaines dispositions de la loi jugée inconstitutionnelle ¹²⁹⁴.

Dans ce contexte, le refus du Conseil constitutionnel de poser des questions préjudicielles à la Cour de justice apparaît quelque peu obstiné, nonobstant ses arguments relatifs au délai contraint dans lequel il se doit de statuer. Pour éviter qu'une loi mettant en œuvre le droit de l'UE ne produise d'effets, en raison de sa contrariété avec les droits fondamentaux protégés par la Constitution, le Conseil constitutionnel sera nécessairement conduit à déclarer la loi en cause non conforme à la Constitution, court-circuitant tout dialogue entre le juge *a quo* et la Cour de justice, ce qui aurait pour conséquence, non seulement, de priver la Cour de justice de l'occasion d'invalidier l'acte de droit dérivé de l'UE en cause, mais aussi, d'exposer la France à un recours en manquement, cette fois-ci plus probable ¹²⁹⁵. Un scénario moins radical serait que le Conseil constitutionnel donne, lui aussi, une interprétation restrictive de la loi mettant en œuvre le droit de l'UE, sans pour autant la déclarer inconstitutionnelle. Toutefois, le juge *a quo* serait alors, plus vraisemblablement qu'en Belgique, conduit à soumettre la loi, telle qu'interprétée par le Conseil constitutionnel, à l'appréciation de la Cour de justice. Or, si cette dernière venait à considérer que le droit de l'UE ne peut pas être interprété de cette manière, le juge *a quo* n'aurait d'autres solutions que de contourner l'interprétation restrictive de la loi donnée par le Conseil constitutionnel. Si les résultats du dialogue des juges sont donc assez proches en France et Belgique, il est par conséquent peut-être plus confortable pour le juge *a quo* de se tourner seulement vers la juridiction constitutionnelle, et que celle-ci saisisse à son tour la Cour de justice, pour que la juridiction constitutionnelle évalue la constitutionnalité de la norme interne transposant l'acte de droit dérivé de l'UE, à la lumière de la compatibilité de cet acte avec le droit primaire de l'Union européenne ¹²⁹⁶.

b) Le droit de l'Union européenne comme norme de référence du contrôle de constitutionnalité

En France, le droit de l'UE ne peut pas servir de norme de référence du contrôle de constitutionnalité. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs expressément écarté cette hypothèse dans le cadre spécifique de la QPC, suite au retentissant renvoi préjudiciel opéré par la Cour de Cassation française à la Cour de justice, dans l'affaire *Melki et Abdeli*. Dès le 12 mai 2010, soit quelques jours seulement après le renvoi de la Cour de Cassation ¹²⁹⁷, il a rendu une décision ¹²⁹⁸ où il rappelait de manière éclatante que l'interprétation donnée par cette juridiction à la QPC n'était pas conforme à sa jurisprudence *IVG* ¹²⁹⁹. Le Conseil confirma, en

¹²⁹⁴ Pour un exemple, voir CC, arrêt du 23 juin 2011, n°112/2011 et les commentaires de M. Verdussen, « La Cour constitutionnelle partenaire de la Cour de justice de l'Union européenne », *op. cit.*, pp. 92-93.

¹²⁹⁵ En effet, la Cour de justice ne s'étant pas prononcée sur la validité du droit dérivé de l'UE, il ne serait pas question de remettre en cause sa capacité à protéger les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'UE, et ce, d'autant plus que la France ne pourrait pas soulever d'exception d'illégalité sur le fondement de la violation du droit primaire de l'UE. A ce dernier égard, voir CJCE, arrêt du 25 avril 2002, *Commission c/ France*, C-52/00, *Rec. p.* I-3827.

¹²⁹⁶ N. Cariat, « Quelques réflexions quant à la compatibilité de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle avec le droit de l'Union européenne », *Journal des Tribunaux*, 2011, p. 578.

¹²⁹⁷ Ref.

¹²⁹⁸ Cons. Const., *Jeux d'argent et de hasard en ligne*, *op. cit.*

¹²⁹⁹ Cons. Const., *IVG*, *op. cit.*, cons. 2 à 7. Voir également Cons. Const., 23 juillet 1991, *Loi portant diverses dispositions relatives à la fonction publique*, 91-293 DC, cons. 4 et 5 ; 24 juillet 1991, *Loi portant diverses*

effet, qu'il n'était pas juge de la conventionnalité des lois, et ce nonobstant la référence qui y est faite à l'art. 88-1 C° 58¹³⁰⁰ en vertu de laquelle le Conseil constitutionnel a pu considérer que « *la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle* »¹³⁰¹. Ainsi, le Conseil Constitutionnel crut bon de préciser que s'il peut contrôler la violation manifeste par le législateur de son obligation de transposer les directives¹³⁰², par exception à son refus de principe de connaître de la conventionnalité des lois, cette obligation ne figure pas au nombre des « *droits et libertés que la Constitution garantit* » au sens de l'art. 61-1 de la Constitution, de sorte que cette obligation ne saurait être invoquée dans le cadre d'une QPC.

Cette position de principe du Conseil constitutionnel implique qu'il reviendra au juge *a quo* d'intégrer le droit de l'UE dans son appréciation de la validité de la norme interne en cause. Il aura donc le « dernier mot » si au cours d'un litige une loi est déclarée d'abord conforme à la Constitution, puis contraire au droit de l'UE. Si la loi est déclarée contraire à la Constitution, en revanche, le juge *a quo* n'aura plus besoin d'exercer un quelconque examen de conventionnalité, puisque l'objet de ce contrôle aura disparu, et toute tentative de renvoi préjudiciel devant la Cour de justice serait probablement déclarée irrecevable, puisque la réponse à la question posée n'aurait plus de lien avec la résolution du litige.

Il convient, encore, de relever que les conséquences du refus de principe du Conseil constitutionnel de connaître de la conventionnalité des lois sur la cohérence des appréciations conduites et du jeu de la règle de la priorité en termes de perte de pouvoir du juge *a quo* doivent être relativisées. En effet, le Conseil constitutionnel a pu utiliser, implicitement, le droit international comme modèle d'interprétation de la Constitution¹³⁰³. A titre d'illustration de ce « dialogue sans paroles »¹³⁰⁴, il est possible de citer la décision du Conseil

dispositions d'ordre économique et financier, 91-298 DC, cons. 20 et 21 ; 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, 99-416 DC, cons. 13 et 16.

¹³⁰⁰ L'article 88-1 de la Constitution dispose : « *La République participe à l'Union européenne constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007.* »

¹³⁰¹ Cons. Const., 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, 2004-496 DC, cons. 7.

¹³⁰² Cons. Const., 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, n° 2006-540 DC ; Cons. Const., 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, 2006-543 DC.

¹³⁰³ Particulièrement topique est ici l'alignement du Conseil constitutionnel, dans le cadre de son contrôle *a priori*, sur la CEDH quant aux conditions de compatibilité des validations législatives avec le droit à un procès équitable : CEDH, 28 oct. 1999, *Zielinski et Pradal & Gonzalez et autres c. France*, n°24846/94 et Cons. const., 29 déc. 1999, *Loi de finances rectificative pour 1999*, 99-425-DC. Pour d'autres exemples, voir S. Platon, « *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français* », Paris, LGDJ, 2008, pp. 563 et s. La jurisprudence de la CJUE est aussi une source d'inspiration pour le Conseil constitutionnel. Il en est ainsi lorsque le problème soulevé touche de près des questions de droit communautaire (voir, par exemple, sur la notion de résidence dans un Etat de l'UE, Cons. Const., 20 mai 1998, *Loi organique relative au vote des ressortissants européens aux élections municipales*, n° 98-400 DC). Cette influence se manifeste aussi au-delà. Par exemple, le Conseil constitutionnel a « acclimaté » au droit interne la notion de « confiance légitime » en la déclinant au travers de principes de valeur constitutionnelle, comme celui selon lequel l'économie des contrats légalement conclus ne doit pas être remise en cause par le législateur sans motifs suffisants d'intérêt général. Voir, Cons. Const., 10 juin 1998, *loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*, décision n° 98-401 DC.

¹³⁰⁴ O. Dutheillet de Lamothe, « Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'Homme : un dialogue sans parole », *Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2008, p. 403.

constitutionnel du 30 juillet 2010¹³⁰⁵, dans laquelle il fait référence aux « *circonstances particulières* »¹³⁰⁶ pouvant justifier une restriction des droits de la défense dans le cadre d'une garde à vue, ce qui semble être un renvoi qui ne dit pas son nom à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme¹³⁰⁷. Or, cette interprétation conforme, bien qu'implicite, devrait aboutir dans la plupart des cas, à ce que le juge *a quo* ne démente pas la validité de la norme bénéficiant d'un brevet de constitutionnalité en se fondant sur l'inconventionnalité de la norme interne. Cela devrait également être de nature à compenser l'absence de contrôle de conventionnalité en cas d'inconstitutionnalité préalable.

La Cour constitutionnelle belge adopte, quant à elle, une approche plus franche. Depuis 2004, elle a ainsi développé une méthode conciliatoire dite « du tout indissociable » en vertu de laquelle les garanties consacrées par le droit international « *constituent un ensemble indissociable avec les garanties inscrites dans les dispositions constitutionnelles en cause* », de telle sorte que lorsqu'est alléguée la violation d'une norme constitutionnelle, « *la Cour tient compte, dans son examen, des dispositions de droit international qui garantissent des droits ou libertés analogues* »¹³⁰⁸. Dans ce contexte, la Cour n'hésite pas quant à elle à se référer explicitement, mais jamais exclusivement¹³⁰⁹, au droit primaire de l'Union européenne, dont la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et au droit dérivé de l'Union européenne.

En outre, la Cour constitutionnelle a développé une seconde méthode faisant entrer le droit international parmi ses normes de référence. Il s'agit de la méthode combinatoire, grâce à laquelle la Cour constitutionnelle a pu étendre sa compétence en combinant la notion d'égalité avec l'ensemble des droits et libertés consacrés par la Constitution ou les traités internationaux liant la Belgique, de manière à considérer que dès le moment où elle est discriminatoire, toute violation d'un droit fondamental constitue une violation du droit à l'égalité et à la non-discrimination et relève donc de sa compétence¹³¹⁰. Bien que depuis 2003, l'ensemble des droits fondamentaux reconnus par le Titre II, ainsi que les articles 170, 172 et 191 de la Constitution fassent partie des compétences de la Cour Constitutionnelle¹³¹¹, elle continue d'utiliser la méthode combinatoire pour aller au-delà et intégrer dans les normes de référence de son contrôle celles qui ne sont pas intégrées dans le bloc de constitutionnalité mais qui sont consacrées par des traités internationaux liant la Belgique. Dans ce contexte, la Cour se réfère, là encore, au droit primaire de l'UE, dont la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, à la jurisprudence de la CJUE et au droit dérivé de l'UE.

Que la Cour constitutionnelle utilise la méthode conciliatoire ou la méthode combinatoire pour inclure dans ses paramètres de constitutionnalité le droit de l'UE, en cas de

¹³⁰⁵ Cons. const., 30 juill. 2010, *Daniel W. et autres*, 2010-14/22-QPC.

¹³⁰⁶ *Ibid.*, considérant 28.

¹³⁰⁷ CEDH, 27 nov. 2008, *Salduz c/ Turquie*, n° 36391/02. Pour d'autres exemples, voir M. Guillaume « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, Vol. 32, n°3, 2011, pp. 88-91.

¹³⁰⁸ CC, arrêt du 22 juillet 2004, n°136/2004.

¹³⁰⁹ Les normes internationales ne sont jamais utilisées de manière autonome, c'est-à-dire sans l'entremise d'une norme de droit interne.

¹³¹⁰ Jusqu'en 2003, seuls le droit à l'égalité et à la non-discrimination (Articles 10 et 11) et les droits liés à l'enseignement (Article 24) relevaient de la compétence de la Cour constitutionnelle.

¹³¹¹ S. Depré, V. Ost, « La Cour d'arbitrage et les droits fondamentaux du Titre II de la Constitution », in A. Rassin-Rolland, D. Renders, M. Verdussen (Dir.), *La Cour d'Arbitrage 20 ans après, analyse des dernières réformes*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 81-107.

doute, elle pourra poser une question préjudicielle en interprétation à la Cour de justice ¹³¹². Dans le cadre de son contrôle incident de constitutionnalité, il est même arrivé qu'elle le fasse parallèlement au renvoi d'une question préjudicielle à la Cour de justice par le juge *a quo* ¹³¹³, sans que cela n'empêche la Cour de justice de répondre à l'une et à l'autre de ces questions ¹³¹⁴. Rappelons, toutefois, que ceci ne repose que sur la bonne volonté de la Cour constitutionnelle qui n'y est pas formellement contrainte dans le cadre d'un renvoi préjudiciel en appréciation de constitutionnalité, puisque dans ce cas, elle n'est pas la juridiction de dernier degré. D'ailleurs, il arrive que la Cour constitutionnelle considère qu'« *il ne peut raisonnablement y avoir de doute quant à la compatibilité des normes législatives en cause avec le droit de l'Union européenne* » ¹³¹⁵ pour se dispenser de poser à la Cour de justice une question préjudicielle en interprétation.

Dans la mesure où la Cour Constitutionnelle peut elle-même procéder au contrôle indirect de la conformité de la loi en cause avec les droits fondamentaux de l'UE, si besoin par le biais d'un renvoi préjudiciel, il est encore moins probable qu'en France, que le juge *a quo* belge s'écarte de l'interprétation ainsi donnée par la Cour constitutionnelle des droits fondamentaux de l'UE. Toutefois, cette situation n'est pas impossible, puisque le juge *a quo* n'est lié par l'arrêt de la Cour constitutionnelle qu'en ce qui concerne l'appréciation de constitutionnalité et n'est donc pas tenu par l'interprétation que la Cour a éventuellement donnée au droit de l'Union européenne ¹³¹⁶. En revanche, à la différence de la situation française, en toute hypothèse, le juge *a quo* belge sera tenu de suivre l'arrêt préjudiciel de la Cour de justice si la Cour constitutionnelle, lors de son examen, lui a renvoyé une question en interprétation ou en appréciation de validité. Il en va, d'ailleurs, de même dans l'hypothèse inverse. En effet, il est arrivé que le juge *a quo* opère un renvoi préjudiciel à la Cour de justice en même temps qu'un renvoi préjudiciel à la Cour constitutionnelle, laquelle, pour répondre, a décidé, à son tour, de poser une question préjudicielle à la Cour de justice. Or, la Cour de justice, après avoir relevé que « *le Conseil d'État s'était auparavant lui-même interrogé sur la compatibilité de ce même décret avec le droit de l'Union et avec la convention d'Aarhus, et avait à ce sujet saisi la Cour de justice des demandes de décision préjudicielle qui ont fait l'objet de l'arrêt du 18 octobre 2011, Boxus e.a.* » ¹³¹⁷, s'est référé audit arrêt préjudiciel pour répondre à la Cour constitutionnelle ¹³¹⁸.

Cette intégration du droit international dans les normes de référence du contrôle de Constitutionnalité en Belgique est donc de nature à favoriser la conciliation entre le contrôle incident de constitutionnalité et l'exigence de primauté du droit de l'UE, par la Cour constitutionnelle elle-même, tandis qu'en France cette conciliation sera du ressort du juge *a quo*. De ce point de vue, il est possible de considérer que la Constitution et la juridiction constitutionnelle retrouvent davantage leur prééminence en Belgique qu'en France.

¹³¹² CJUE, arrêt du 21 oct 2010, *J. B.*, aff. C-306/09, *Rec.* p. I-10341.

¹³¹³ CC, arrêt du 30 mars 2010, n°30/2010.

¹³¹⁴ CJUE, grande chambre, 18 octobre 2011, *Boxus et autres*, *op. cit.* et CJUE, 16 février 2012, *Marie-Noëlle Salvay e.a.*, aff. C-182/10, non pub.

¹³¹⁵ CC, arrêt du 24 novembre 2011, n°180/2011, B.16.2. et B.13.9.

¹³¹⁶ En ce sens, Doc. Parl., Chambre des Représentant de Belgique, 2008-2009, n°52-1283/4, p.4, disponible en ligne à l'adresse : <http://www.dekamer.be/FLWB/pdf/52/1283/52K1283004.pdf>, page consultée le 10 février 2013.

¹³¹⁷ CJUE, 16 février 2012, *Marie-Noëlle Salvay e.a.*, *op. cit.*, point 21.

¹³¹⁸ *Ibid.*, points 30 à 42 et 45 à 51.

C'est d'autant plus vrai, que dans les deux cas, des conflits de sources pourraient surgir et qu'ils seront tranchés, en Belgique, principalement par la Cour constitutionnelle, tandis qu'en France cela ressortira de la compétence du juge *a quo*. Toutefois, deux éléments viennent nuancer cette analyse. D'une part, la résolution de conflit de sources en Belgique ne sera pas seulement l'apanage de la Cour constitutionnelle, le juge *a quo* pouvant également y être confronté. D'autre part, le potentiel de conflits de sources est plus élevé en Belgique qu'en France.

Dans ce dernier cas, le juge *a quo* n'aura à connaître que des conflits de source entre le droit de l'UE et une autre source conventionnelle, comme c'était déjà le cas avant l'introduction de la procédure de la QPC. Il n'aura pas, en revanche, à se prononcer sur un conflit de sources entre la Constitution et le droit conventionnel européen, puisqu'il ne se penchera sur l'examen de la conventionnalité de la disposition contestée qu'en cas de brevet de constitutionnalité préalable.

A l'inverse, en Belgique, non seulement l'utilisation de la méthode combinatoire pourrait engendrer un conflit de sources entre le droit de l'UE et celui de la CSDHFL, lorsqu'un droit fondamental consacré par l'un et par l'autre ne reçoit pas exactement la même définition, mais en outre, l'utilisation de la méthode conciliatoire pourrait, à la fois, engendrer un conflit entre les sources européennes et entre ces dernières et la Constitution.

Or, il résulte d'une lecture combinée de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle et de la CEDH que ces conflits de sources seront tranchés en faveur de l'interprétation donnée par le droit de l'UE et la CJUE à chaque fois qu'est en cause une norme de droit interne mettant en œuvre un acte de droit dérivé de l'UE sans aucune marge de manœuvre des autorités nationales. En effet, dans cette hypothèse, le droit de l'UE bénéficie d'une « *présomption de protection équivalente* »¹³¹⁹. Dès lors, en se rangeant à l'interprétation donnée par le droit de l'UE à un droit fondamental également garanti par la CSDHFL, la Belgique n'encourrait pas une condamnation ultérieure par la CEDH, quand bien même l'interprétation donnée par la Cour de Luxembourg du droit en cause différerait de celle donnée par la Cour de Strasbourg. Par ailleurs, la Cour constitutionnelle a développé une jurisprudence coopérative au titre de laquelle elle estime ne pouvoir s'écarter de l'appréciation de la CJUE lorsqu'est en cause un acte de l'UE ne laissant aucune marge de manœuvre aux Etats-membres, sous peine de porter atteinte à l'unité du droit de l'UE et au principe de sécurité juridique¹³²⁰.

Il faut noter, cependant, que cette présomption n'est pas irréfragable et qu'elle tombe en cas d'insuffisance manifeste de protection. De même, la jurisprudence coopérative de la Cour constitutionnelle pourrait trouver une limite dans ce que son homologue français a qualifié « d'identité constitutionnelle ». Or, dans ces cas, comme dans celui où est en cause une norme de droit interne mettant en œuvre un acte de droit dérivé de l'UE qui laisse une marge d'appréciation aux autorités nationales, il semble que la résolution du conflit de sources nécessitera de privilégier celle garantissant le niveau le plus élevé de protection des droits fondamentaux. Une telle solution est en effet conforme tout à la fois à la CSDHFL¹³²¹ et au droit belge. En revanche, la validité de cette analyse au regard du droit de l'UE est à nuancer au regard de la jurisprudence récente de la Cour de justice. En effet, elle a été saisie par le Tribunal constitutionnel espagnol d'une question préjudicielle formulée en ces termes :

¹³¹⁹ CEDH, arrêt du 30 juin 2005, *Bosphorus c/ Irlande*, no 45036/98.

¹³²⁰ CC, arrêt du 13 juillet 2005, n°124/2005. Voir également CC, arrêt du 24 juillet 2009, n°128/2009, B.8.2.

¹³²¹ Article 53 de la CSDHFL.

« l'article 53 de la Charte, interprété de façon systématique en liaison avec les droits reconnus aux articles 47 et 48 de la Charte, permet-il à un État membre de subordonner la remise d'une personne condamnée par défaut à la condition que la condamnation puisse être révisée dans l'État demandeur, conférant ainsi à ces droits un niveau de protection plus élevé que celui qui découle du droit de l'Union européenne, afin d'éviter une interprétation limitant ou portant atteinte à un droit fondamental reconnu par la Constitution de cet État-membre ? »¹³²². Il s'agissait donc de savoir si un État-membre peut faire prévaloir une conception plus exigeante de la protection des droits fondamentaux que celle reconnue par le droit de l'Union. Or, la Cour de justice s'y oppose, considérant qu'une « une telle interprétation de l'article 53 de la Charte ne saurait être retenue »¹³²³. Elle précise, à cet égard, que la possibilité offerte aux standards nationaux d'offrir une protection plus importante est limitée par « la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union »¹³²⁴. Comme le relève l'un des premiers commentaires sur cette affaire, « cette logique est imparable mais sa lecture pose évidemment problème du point de vue du citoyen, privé d'une garantie nationale plus favorable, car le jeu de la confiance mutuelle conduit ici à un abaissement de sa protection »¹³²⁵.

Il résulte de ce qui précède que, dans la majorité des cas, les conflits de sources seront résolus au profit du droit de l'UE et de l'interprétation donnée par la CJUE. C'est d'autant plus vrai que les exceptions à cette règle n'auront que peu de chances de se réaliser en pratique, étant donné l'attitude bienveillante de la CJUE à la fois à l'égard de la CSDHDF et des identités constitutionnelles des États-membres de l'UE.

2 - La prise en compte des autres sources de protection des droits fondamentaux par la Cour de justice de l'Union européenne

De son côté, la CJUE fait preuve d'une certaine « bénévolence » que ce soit à l'égard des droits protégés par la CSDHDF tels qu'interprétés par la Cour de Strasbourg¹³²⁶ ou à l'égard de l'identité constitutionnelle des  tats-membres¹³²⁷.

Le conflit de sources européennes peut ainsi être évité étant donné le lien très étroit entre les droits fondamentaux de l'UE et la CSDHDF. En effet, la CJUE se réfère depuis longtemps à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme¹³²⁸. En outre, l'article 6 3 du Traité sur l'Union européenne (TUE) mentionne expressément la CSDHDF comme source des droits fondamentaux dans l'UE. Enfin, la Charte des droits fondamentaux

¹³²² CJUE, arrêt du 26 février 2013, *Melloni*, aff. C-399/11, non pub.

¹³²³ *Ibid.*, point 57.

¹³²⁴ *Ibid.*, point 60.

¹³²⁵ H. Labayle, « Mandat d'arrêt européen et degré de protection des droits fondamentaux, quand la confiance se fait aveugle », *Réseau universitaire européen droit de l'espace de liberté, sécurité et justice*, 3 mars 2013, disponible en ligne à l'adresse : <http://www.gdr-elsj.eu/2013/03/03/cooperation-judiciaire-penale/mandat-d-arret-europeen-et-degre-de-protection-des-droits-fondamentaux-quand-la-confiance-se-fait-aveugle/>, page consultée le 4 mars 2013.

¹³²⁶ Voir, notamment, O. De Schutter, « L'influence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur la Cour de justice des Communautés européennes », *CRIDHO Working paper*, 2005/7 ; G. Harpaz, « The European Court of Justice and its Relations with the European Court of Human Rights : the Quest for Enhanced reliance, Coherence and Legitimacy », *Common Market Law Review*, 2009, pp. 105-141.

¹³²⁷ D. Simon, « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence de l'Union européenne », in L. Burgogue-Larsen (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Pedone, Cahiers européens, 2011, pp. 27-43.

¹³²⁸ CJCE, arrêt du 18 juin 1991, *ERT*, aff. C-260/89, *Rec.* p. I-2964.

de l'Union européenne comporte des clauses de sauvegarde qui garantissent qu'on ne descendra pas en deçà du niveau de protection offert par la CSDHFLF, tout en permettant qu'on aille au-delà, c'est-à-dire à un niveau de protection plus élevé¹³²⁹ et, par ailleurs, assurent une interprétation conforme « aux standards strasbourgeois » des définitions et limitations applicables aux droits proclamés de part et d'autre¹³³⁰.

Toutefois, la Cour de justice a récemment jugé que « *la référence que fait l'article 6, paragraphe 3, TUE à la CEDH n'impose pas au juge national, en cas de conflit entre une règle de droit national et la CEDH, d'appliquer directement les dispositions de ladite convention, en écartant l'application de la règle de droit national incompatible avec celle-ci* »¹³³¹.

Il arrive, en outre, que la CJUE ou que la Charte de l'Union européenne s'écarte de la CSDHFLF et de la jurisprudence strasbourgeoise que ce soit pour garantir un niveau plus élevé de protection ou pour remplir des objectifs particuliers à l'UE. Le premier cas de figure étant tout à fait admis par la CSDHFLF¹³³², seul le deuxième pourrait donner lieu à un conflit de sources entre les droits fondamentaux européens, qui *in fine* pourrait placer le juge *a quo* ou la Cour constitutionnelle dans une situation délicate. Toutefois, l'adhésion de l'UE à la CSDHFLF¹³³³ devrait contribuer à réduire ces cas de figure.

Le conflit entre les constitutions nationales, ou plus justement entre le « noyau dur constitutionnel » des Etats-membres et le droit de l'UE est également contourné par l'attitude bienveillante et conciliatrice dont a fait preuve la CJUE jusqu'à présent. Le principe du respect par l'UE de l'identité nationale des Etats-membres est d'ailleurs affirmé à plusieurs reprises dans le droit primaire de l'UE¹³³⁴. La CJUE ne fait pas souvent expressément référence à l'obligation de respecter l'identité constitutionnelle des Etats-membres¹³³⁵, mais le principe n'en est pas moins omniprésent dans la jurisprudence de la Cour. On le retrouve sous des dénominations diverses¹³³⁶, qui traduisent l'existence d'une culture de l'autonomie procédurale exprimant le respect des règles jugées par les juridictions nationales comme essentielles dans l'ordre juridique interne. L'arrêt rendu par la Cour de justice dans l'affaire *Melki et Abdeli* l'illustre remarquablement en matière de contrôle de constitutionnalité incident. L'exigence existentielle de la primauté du droit de l'UE doit ainsi être « *contrebalancée par la recherche d'un équilibre parfois subtil et souvent évolutif avec les composantes inhérentes à l'autonomie des Etats-membres, de manière à éviter les ingérences*

¹³²⁹ Article 53.

¹³³⁰ Article 52§3.

¹³³¹ CJUE, grande chambre, arrêt du 24 avril 2012, *Kamberaj*, aff. C-571/10, *non pub.*, point 63.

¹³³² Article 53 CSDHFLF.

¹³³³ Conformément à l'article 6§2 du TUE.

¹³³⁴ Article 6§3 TUE, article 4§2 TUE et préambule de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

¹³³⁵ Pour un exemple, voir CJCE, Grande chambre, arrêt du 16 décembre 2008, *Michaniki AE*, aff. C-213/07, *Rec. p. I-9999*.

¹³³⁶ Le verrou constitutionnel conduit la Cour à estimer tantôt que le droit de l'UE ne peut imposer la création de nouvelles voies de droit, tantôt que l'engagement de la responsabilité d'un Etat du fait des décisions juridictionnelles nationales exige des conditions restrictives renforcées pour tenir dûment compte des contraintes nationales liées au principe de la séparation des pouvoirs, ou encore que le droit de l'UE ne peut imposer le relevé d'office des moyens tirés du droit de l'UE dans les hypothèses où le droit national réserve aux parties la responsabilité de la délimitation du litige.

disproportionnées dans les règles jugées fondamentales des ordres juridiques nationaux »¹³³⁷.

Toutefois, que ce soit devant la CJUE ou devant les juridictions constitutionnelles, la notion d'identité constitutionnelle reste difficile à définir¹³³⁸. Par ailleurs, la jurisprudence de la CJUE a toujours confirmé la suprématie du droit de l'UE sur le droit national, y compris constitutionnel, en cas de « choc frontal » entre une disposition nationale inhérente à l'identité constitutionnelle d'un Etat membre et l'application du droit de l'UE. L'affaire *Melki et Abdeli* peut également être lue en ce sens. En effet, la Cour de justice y condamne formellement la priorité de la QPC si elle avait pour effet, comme le prétendait la Cour de cassation, de priver d'effet l'obligation pour le juge du fond d'écarter immédiatement la loi incompatible avec le droit de l'UE et d'empêcher ce dernier de procéder à tout moment à un renvoi préjudiciel.

Néanmoins, si l'on cesse de raisonner en termes de hiérarchie normative et de rapports de systèmes, mais que l'on opte pour une lecture sous l'angle du pluralisme juridique, qui marque l'originalité du processus d'intégration européen, on s'aperçoit que l'identité constitutionnelle des Etats-membres se confond, dans une très large mesure, avec l'identité constitutionnelle de l'UE elle-même, l'UE étant fondée sur les principes constitutionnels communs aux Etats-membres. Les situations d'analogie entre les droits fondamentaux garantis par les Constitutions des Etats-membres et par le droit de l'UE ne doivent, donc, pas surprendre.

Dès lors, il est compréhensible que la CJUE ait développé des techniques juridictionnelles en vue d'éviter les conflits avérés entre le droit de l'UE et le droit constitutionnel des Etats-membres, comme la reconnaissance d'une marge d'appréciation non négligeable aux Etats-membres dans des domaines sensibles¹³³⁹.

B) Les effets des contrôles

En France, à la différence de la Belgique, l'effet du contrôle incident de constitutionnalité et celui du contrôle de conventionnalité ne sont pas identiques. En effet, le premier a un effet abrogatif, tandis que le second n'a qu'un effet suspensif (1). Si cela contribue à déconnecter ces deux contrôles, et à donner l'apparence de la supériorité du contrôle incident de constitutionnalité sur le contrôle de conventionnalité, l'analyse des effets dans le temps de chacun des contrôles peut conduire à penser l'inverse (2).

I - L'autorité des décisions résultant du contrôle incident de constitutionnalité

Les décisions rendues suite à un contrôle incident de constitutionnalité n'ont pas la même autorité en France et Belgique. En effet, les décisions QPC du Conseil constitutionnel sont revêtues de l'autorité absolue de chose jugée, ce qui signifie qu'une loi déclarée non conforme à la Constitution sera abrogée de l'ordre juridique français. C'est pourquoi le contentieux issu de la QPC est qualifié d'abstrait ou encore d'objectif, même s'il né d'un contentieux subjectif ou concret. En revanche, lorsque le juge *a quo* français se prononce sur

¹³³⁷ D. Simon, « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence de l'union européenne », in L. Burgogues-Larsen (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Pedone, Cahiers européens, 2011, p. 32.

¹³³⁸ *Ibid.*

¹³³⁹ Voir par exemple, CJCE, arrêt du 14 octobre 2004, *Omega Spielhallen- und Automatenstellungs-GmbH*, aff. C-36/02, *Rec.* p. I-9609.

la conventionnalité d'une disposition législative, l'effet de sa décision est la non-application de celle-ci dans l'affaire en cause. Cette différence a pu être présentée comme témoignant de la « supériorité fonctionnelle » du contrôle de constitutionnalité sur le contrôle de conventionnalité ¹³⁴⁰.

Toutefois, l'abrogation, par le juge constitutionnel, d'une disposition législative jugée inconstitutionnelle, n'est pas si « supérieure » du point de vue du justiciable. En effet, à l'inverse de la constatation de l'inconventionnalité d'une loi, qui implique une obligation de réparation ¹³⁴¹, l'abrogation non rétroactive des lois inconstitutionnelles ne permet pas la réparation des conséquences dommageables engendrées par l'application de cette loi ¹³⁴², sauf si le Conseil constitutionnel en décide autrement ¹³⁴³.

Les décisions préjudicielles de la Cour constitutionnelle belge ne bénéficient quant à elles que d'une autorité relative de chose jugée. En d'autres termes, la loi non conforme à la Constitution belge ne sera pas appliquée dans le cadre du litige au cours duquel a été renvoyée la question préjudicielle, mais elle ne disparaîtra pas de l'ordonnancement juridique.

Néanmoins, cette autorité relative de chose jugée est « renforcée » ¹³⁴⁴, en ce sens que non seulement les arrêts préjudiciels de la Cour constitutionnelle ont une portée obligatoire pour la juridiction qui a interrogé la Cour ainsi que pour toute autre juridiction appelée à statuer dans la même affaire, mais qu'en outre, ils ont une portée « dissuasive » ¹³⁴⁵ dans la mesure où, ultérieurement, toute juridiction sera dispensée de poser une question préjudicielle de constitutionnalité soulevée par une partie qui aurait le même objet que la question tranchée par l'arrêt. Par conséquent, ces autres juridictions devront aussi se conformer à la décision préjudicielle de la Cour constitutionnelle. Ainsi, bien que la déclaration d'inconstitutionnalité prononcée par la Cour constitutionnelle en réponse à une question préjudicielle n'ait pas une autorité *erga omnes* comparable à celle d'un arrêt d'annulation, elle exprime néanmoins un constat d'invalidité dont l'autorité « rayonne au-delà du litige initial » ¹³⁴⁶ à ceux dont la solution serait liée à l'application de la norme censurée. En effet, tout juge pourra refuser d'appliquer la norme déclarée irrégulière et aucun ne pourra la considérer comme valide, sans nouvelle saisine de la Cour constitutionnelle.

Percevant l'enjeu d'un tel effet de ses arrêts préjudiciels, la Cour constitutionnelle a admis l'intervention devant elle des personnes établissant que la réponse qu'elle s'apprête à donner à une question préjudicielle va très probablement avoir des implications sur leur situation personnelle ¹³⁴⁷.

Par ailleurs, il existe tout de même une voie pour faire disparaître de l'ordonnancement

¹³⁴⁰ X. Philippe, « La question prioritaire de constitutionnalité dans une perspective comparatiste : les effets des décisions du juge constitutionnel dans le contrôle *a posteriori* », *Revue belge de droit constitutionnel*, n°2-3, 2011, p. 159.

¹³⁴¹ CE, Ass., 8 février 2007, *Gardedieu*, *Rec.* p. 78.

¹³⁴² En ce sens, voir D. Simon, « Conventionnalité et constitutionnalité », *Pouvoirs*, n°137, 2011, p. 30.

¹³⁴³ Article 62, alinéa 2 de la Constitution de 1958 : « *Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause* ».

¹³⁴⁴ F. Delpérée et A. Rasson-Roland, *La Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Larcier, 1996, p. 108.

¹³⁴⁵ J. van Compernell, M. Verdussen, « La réception des décisions d'une cour constitutionnelle sur renvoi préjudiciel - L'exemple de la Cour d'arbitrage de Belgique », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 14 (Dossier : La justice dans la constitution), mai 2003.

¹³⁴⁶ *Ibid.*

¹³⁴⁷ CC, arrêt du 4 mars 2008, n° 44/2008.

juridique la norme déclarée inconstitutionnelle. L'article 4, alinéa 2 de la Loi spéciale sur la Cour constitutionnelle ouvre, en effet, un nouveau délai de six mois à dater de la publication de l'arrêt de la Cour constitutionnelle pour demander l'annulation de la loi litigieuse. Cette réouverture du délai n'est toutefois pas sans limite. Ainsi, la Cour a récemment jugé que « *l'article 4, alinéa 2 (...) ne saurait être appliqué à une disposition législative qui ne faisait pas l'objet de la question préjudicielle sur laquelle la Cour a statué par un arrêt ouvrant un nouveau délai de recours de six mois, sauf si cette disposition est indissociablement liée à la disposition législative qui a fait l'objet de la question préjudicielle précitée. Il ne peut pas non plus être appliqué à une disposition législative qui faisait l'objet de la question préjudicielle précitée lorsque le moyen d'annulation allègue une inconstitutionnalité que la Cour avait déclarée non établie dans l'arrêt rendu sur la question préjudicielle* »¹³⁴⁸. Toutefois, peu d'arrêts ont été prononcés dans ce cadre, ce qui témoigne de l'intérêt limité des justiciables mais aussi, de manière plus surprenante, des institutions pour cette procédure.

Il convient, enfin, de relever que l'effet des arrêts préjudiciels rendus par la Cour constitutionnelle s'inspire des règles fixant la portée des arrêts rendus par la Cour de justice sur les questions préjudicielles. En effet, les arrêts interprétatifs de la Cour de justice bénéficient d'une autorité générale de chose interprétée¹³⁴⁹. Si cela n'empêche pas les autres juges de la juridiction de renvoi de poser à nouveau une question d'interprétation sur un autre point ou s'ils veulent plus de précisions¹³⁵⁰, cela signifie que dans leur application du droit de l'UE ils devront tenir compte de l'interprétation précédemment donnée par la Cour. En outre, les arrêts préjudiciels de la Cour de justice constatant l'invalidité du droit dérivé de l'UE sont pourvus d'une autorité générale de chose jugée¹³⁵¹. Ainsi, bien que l'acte ne disparaisse pas, *ipso facto*, de l'ordre juridique de l'UE, en plus du juge ayant formé le renvoi préjudiciel, les institutions de l'ensemble des Etats-membres et celles de l'UE devront en tirer les conséquences. Autrement dit, « *il appartient en premier lieu aux autorités nationales de tirer les conséquences, dans leur ordre juridique, de la déclaration d'une telle invalidité, prononcée dans le cadre de l'article [267 TFUE]* »¹³⁵², ce qui peut impliquer la réparation du préjudice en raison de l'application par cet Etat membre de l'acte de droit de l'UE invalide. En outre, les institutions de l'UE devront prendre les mesures nécessaires pour remédier à l'illégalité constatée, ce qui peut impliquer, au-delà de l'abrogation de l'acte, l'engagement de la responsabilité de l'Union européenne¹³⁵³.

Il résulte de cette comparaison que si l'autorité des décisions QPC rendues par le Conseil constitutionnel confère au contrôle incident de constitutionnalité français un caractère abstrait, tandis que celui conduit par la Cour constitutionnelle belge sur renvoi préjudiciel relève davantage du contrôle de « micro-constitutionnalité », il convient de nuancer les

¹³⁴⁸ CC, arrêt du 30 octobre 2012, n° 134/2012, B.4.2

¹³⁴⁹ CJCE, arrêt du 27 mars 1963, *Da Costa*, aff. 28/62, *Rec.* p. 59.

¹³⁵⁰ En toute hypothèse, il est exigé du juge de renvoi qu'il expose les raisons pour lesquelles il estime encore nécessaire de reposer des questions à la Cour de justice. Voir, en ce sens, CJCE, ordonnance du 11 mai 1999, *Anssens*, aff. C-325/98, *Rec.* p. I-2969.

¹³⁵¹ CJCE, arrêt du 13 mai 1981, *International Chemical Corp.*, aff. 66/80, *Rec.* p. 1191. Certains auteurs se demandent, toutefois, si la notion « d'autorité de chose jugée » est appropriée pour qualifier les conséquences des arrêts préjudiciels de la Cour de justice, dans la mesure où il n'existe pas, dans le cadre de cette voie de droit, de litige entre les parties. Voir, par exemple, J. Molinier, J. Lotarski, *Droit du contentieux de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2010, p. 132.

¹³⁵² CJCE, arrêt du 30 octobre 1975, *Rey Soda*, aff. 23/75, *Rec.* p. 1279.

¹³⁵³ TPICE, arrêt du 20 mai 1999, *H & R Ecroyd c/ Commission*, aff. T-220/97, *Rec.* p. II-1677, points 55 et 56.

implications pratiques d'une telle différence. Il ne saurait, en particulier, en être déduit une « supériorité » du premier et non pas du second par rapport au contrôle de conventionnalité, ni même d'ailleurs une prééminence de l'un et de l'autre par rapport au contrôle de conventionnalité, comme en témoigne l'analyse des effets dans le temps des décisions résultant du contrôle incident de constitutionnalité.

2 - Les effets dans le temps des décisions résultant du contrôle incident de constitutionnalité

En principe, les décisions QPC du Conseil Constitutionnel ont un effet *ex nunc*, c'est-à-dire que l'abrogation d'une loi déclarée contraire à la Constitution a lieu au moment de la publication de la décision du Conseil Constitutionnel. Toutefois, celui-ci peut décider de différer dans le temps les effets de sa décision¹³⁵⁴. Or, cette modulation dans le temps des décisions du Conseil constitutionnel peut engendrer des conséquences non négligeables sur l'articulation entre le contrôle de constitutionnalité incident et le contrôle de conventionnalité. En effet, si le Conseil Constitutionnel déclare une disposition législative inconstitutionnelle mais qu'il prononce le maintien temporaire de son application, le juge *a quo* pourrait tout de même avoir à l'écarter pour non-conformité au droit de l'UE, en vertu du principe de primauté du droit de l'UE.

Certes, le risque peut être relativisé par le souci du Conseil constitutionnel de préserver l'effet utile de la QPC pour le justiciable qui l'a posée¹³⁵⁵, mais le danger est loin d'être inexistant. L'hypothèse n'a d'ailleurs pas tardé à se produire après l'introduction de la nouvelle procédure de QPC, bien qu'en l'espèce était en cause non pas le droit de l'UE mais la CSDHLF.

Ainsi, dès juillet 2010, le Conseil constitutionnel a censuré, dans le cadre d'une QPC transmise par la Cour de cassation, les articles 62, 63, 63-1 et 77 du Code de procédure pénale et les alinéas 1er à 6 de son article 63-4 en ce qu'ils ne permettent pas à la personne interrogée dans le cadre d'une garde à vue de bénéficier de l'assistance effective d'un avocat. Toutefois, le Conseil a reporté l'effet de sa décision d'abrogation au 1^{er} juillet 2011, de manière à laisser le temps au législateur de remplacer les dispositions abrogées, en évitant des annulations de garde à vue en cascade et un vide juridique¹³⁵⁶. Par ailleurs, la CEDH avait déjà eu l'occasion d'estimer, dans deux arrêts visant la Turquie¹³⁵⁷, que l'impossibilité pour une personne gardée à vue, de bénéficier de l'assistance d'un avocat méconnaissait la CSDHLF. La Cour de cassation devait donc également se prononcer sur ce point, puisque la disposition législative, bien qu'inconstitutionnelle, demeurait applicable en l'espèce. Respectant la décision du Conseil constitutionnel, la Cour de cassation a, toutefois, elle aussi choisi de reporter dans le temps les effets de sa déclaration d'inconventionnalité¹³⁵⁸, et ce, en dépit de la condamnation de la France par la CEDH quelques jours seulement auparavant, pour des faits régis par le droit français en vigueur en 1999, attestant de l'absence de limitation *ratione temporis* de

¹³⁵⁴ Article 62 de la Constitution.

¹³⁵⁵ Cons. Const., 3 décembre 2009, *Loi organique*, 2009-595 DC. Voir également Cons. Const. 28 mai 2010, 2010-1 QPC ; Cons. Const., 11 juin 2010, 2010-6/7 QPC et Cons. Const., 2 juillet 2010, 2010-10 QPC.

¹³⁵⁶ Cons. const., 30 juill. 2010, *Daniel W. et autres*, 2010-14/22 QPC.

¹³⁵⁷ CEDH, 27 novembre 2008, *Salduz c. Turquie*, n°36391/02 ; CEDH, 13 oct. 2009, *Dayanan c. Turquie*, n°7377/03.

¹³⁵⁸ Crim., 19 octobre 2010, n° 10-82.306 ; Crim., 19 octobre 2010, n° 10-82.902 et Crim., 19 octobre 2010, n° 10-85.05.

l'inconventionnalité, et donc un risque de condamnation systématique de la France en cas de prorogation de l'application des dispositions inconventionnelles ¹³⁵⁹. Les critiques occasionnées par cette prise de position de la Cour de cassation, dans la mesure où il paraissait inconcevable que la procédure de garde à vue, pourtant déclarée contraire à la Constitution et à la CSDHDF continue d'être appliquée, ont été quelque peu apaisées par un nouvel arrêt de la Cour de cassation du 15 avril 2011, où elle accepta d'appliquer immédiatement son constat d'inconventionnalité ¹³⁶⁰. Néanmoins, il faut dire que la loi établissant le nouveau régime de garde à vue avait été adoptée la veille, si bien qu'il paraît excessif de parler de véritable revirement de jurisprudence. Ce contexte était, en effet, de nature à rassurer la Cour de cassation écartelée entre son obligation de respecter la limitation dans le temps des effets de l'abrogation, du fait d'une décision du Conseil constitutionnel revêtue à son égard de l'autorité imposée par l'article 62 de la Constitution, et l'obligation d'écarter sans délai la loi nationale contraire à la CSDHDF, dans la mesure où ni la Convention, ni la jurisprudence de la Cour ne reconnaissent aux juridictions nationales le pouvoir de moduler dans le temps les effets de la contrariété avec la CSDHDF.

La réaction de la Cour de cassation aurait-elle été plus tranchée si, à la place du droit de la CSDHDF, avait été en cause le droit de l'UE, en raison de l'exigence de primauté et du risque de mise en cause de la responsabilité de la France du fait des décisions juridictionnelles ?

Il est possible de le penser au regard de l'arrêt de la grande chambre de la Cour de justice du 8 septembre 2010, dans lequel la Cour a certes souligné avec insistance l'autonomie respective des contrôles de constitutionnalité et de compatibilité avec le droit de l'UE, mais a ajouté que la limitation dans le temps du constat d'inconstitutionnalité opéré par la Cour constitutionnelle fédérale allemande « *ne saurait faire obstacle à ce qu'une juridiction nationale qui constaterait que cette même réglementation méconnaît des dispositions d'effet direct du droit de l'union (...), décide, conformément au principe de primauté du droit de l'Union, de ne pas appliquer ladite réglementation dans le cadre du litige dont elle est saisie* » ¹³⁶¹. Cette solution, déjà esquissée dans l'arrêt *Filipiak*, signifie que « *la primauté du droit communautaire impose au juge national d'appliquer le droit communautaire et de laisser inappliquées les dispositions nationales contraires, indépendamment de l'arrêt de la juridiction constitutionnelle nationale qui a décidé l'ajournement de la perte de force obligatoire des mêmes dispositions, jugées inconstitutionnelles* » ¹³⁶².

Toutefois, il convient également de souligner la possibilité pour la Cour de justice de limiter dans le temps l'effet de ses arrêts préjudiciels ¹³⁶³ et de ses arrêts en annulation ¹³⁶⁴. Interrogée sur le point de savoir si les juridictions nationales pouvaient agir par analogie avec le pouvoir dont la Cour de justice dispose de différer les effets dans le temps de l'annulation d'un acte de l'UE, de la déclaration d'invalidité d'un tel acte ou encore de l'interprétation du droit de l'UE, la Cour a répondu qu'« *à supposer même que des [considérations impérieuses de sécurité juridique] soient de nature à conduire, par analogie et à titre exceptionnel, à une*

¹³⁵⁹ CEDH, 5e sect., 14 oct. 2010, *Brusco c. France*, n° 1466/07.

¹³⁶⁰ Cass., Ass. plén., 15 avr. 2011, n° 10-17.049, 10-30.313, 10-30.316 et 10-30.242.

¹³⁶¹ CJUE, Grande chambre, arrêt du 8 septembre 2010, *WinnerWetten GmbH*, aff. C-409/06, *Rec.* p. I-8015.

¹³⁶² CJCE, arrêt du 19 novembre 2009, *Krzysztof Filipiak c. Dyrektor Izby Skarbowej w Poznaniu*, aff. C-314/08, *Rec.* p. I-11049.

¹³⁶³ Voir, notamment, CJCE, arrêt du 22 décembre 2008, *Régie Networks*, aff. C-333/07, *Rec.* p. I-10807.

¹³⁶⁴ Art. 264 al. 2 TFUE.

suspension provisoire de l'effet d'éviction exercé par une règle de droit de l'Union directement applicable à l'égard du droit national contraire à celle-ci », les conditions d'une telle suspension « *ne pourraient être déterminées que par la seule Cour* »¹³⁶⁵. Cela exclut donc toute compétence des juridictions nationales pour moduler, de leur propre chef, les conséquences de l'incompatibilité d'une disposition nationale avec une règle de droit de l'UE.

Le contrôle de conventionnalité des lois par le juge ordinaire peut donc neutraliser le caractère différé de la déclaration d'inconstitutionnalité par le Conseil constitutionnel, puisque « *la disposition législative dont il avait ordonné la survie temporaire se trouve concrètement mise à mort avant l'échéance du sursis octroyé* »¹³⁶⁶. Pour éviter cette situation, le Conseil constitutionnel s'est accordé le droit d'enjoindre les juridictions, saisies de litiges où l'application des dispositions déclarées inconstitutionnelles sont en cause, de surseoir à statuer jusqu'à la date à laquelle il a différé les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité¹³⁶⁷. Or, une telle stratégie pourrait s'avérer contre-productive si elle conduisait à l'avenir les requérants à soulever exclusivement les moyens d'inconventionnalité, empêchant la transmission de toute QPC.

La problématique se pose également en Belgique, même si, en principe, seuls les effets des arrêts rendus sur recours en annulation peuvent être modulés dans le temps¹³⁶⁸, les tentatives visant à conférer le même pouvoir à la Cour au contentieux préjudiciel ayant échoué. Toutefois, des considérations liées à l'insécurité juridique que cela pouvait provoquer - des situations individuelles acquises, parfois de longue date¹³⁶⁹, pouvant être remises en cause - et au caractère dissuasif que l'éventuelle mise en jeu de la responsabilité du législateur belge pouvait provoquer sur le plein exercice du contrôle de constitutionnalité incident, ont conduit la Cour à estimer qu'elle se devait d'avoir égard aux répercussions que peut avoir sa décision sur d'autres situations que celle qui a fait l'objet de la question préjudicielle¹³⁷⁰. Elle a néanmoins précisé à ces occasions que « *le maintien des effets doit être considéré comme une exception à la nature déclaratoire de l'arrêt rendu au contentieux préjudiciel. Avant de décider de maintenir les effets d'un tel arrêt, la Cour doit constater que l'avantage tiré de l'effet du constat d'inconstitutionnalité non modulé est disproportionné par rapport à la perturbation qu'il impliquerait pour l'ordre juridique* »¹³⁷¹. De même, dans une autre espèce, et, alors même que la Cour constitutionnelle n'avait pas différé les effets de son arrêt préjudiciel, la Cour de cassation a décidé de limiter dans le temps l'effet de l'inconstitutionnalité constatée par la Cour, au nom de la confiance légitime des requérants dans les dispositions légales et des exigences impératives de sécurité juridique¹³⁷². Toutefois, comme en France, si la loi devait être non conforme au droit de l'UE, l'effet de cette inconventionnalité serait immédiat, à moins que la CJUE n'en ait disposé autrement.

¹³⁶⁵ CJUE, arrêt du 8 sept. 2010, *Winner Wetten*, *op. cit.*

¹³⁶⁶ S. Platon, « Les interférences entre l'office du juge ordinaire et celui du Conseil Constitutionnel : « malaise dans le contentieux constitutionnel » ? », *Revue française de droit administratif*, 2012, p. 639.

¹³⁶⁷ Cons. const., 30 juill. 2010, *Daniel W. et autres*, 2010-14/22 QPC.

¹³⁶⁸ Article 8, alinéa 2 de la Loi spéciale.

¹³⁶⁹ Les questions préjudicielles ne sont pas limitées dans le temps et peuvent donc porter sur des normes applicables depuis un certain temps.

¹³⁷⁰ CC, arrêt du 4 juillet 1991, n° 18/91, B.10 ; CC, arrêt du 7 juillet 2011, n° 125/2011, B.5.5.

¹³⁷¹ *Ibid.*

¹³⁷² P. Nihoul, « Les questions préjudicielles », *op. cit.*

Conclusion :

En France comme en Belgique, le contrôle incident de constitutionnalité et le contrôle de conventionnalité des lois n'en ont donc pas fini d'interagir, et ce, malgré la volonté des législateurs organiques de limiter cette interférence en donnant un caractère prioritaire aux contrôles incidents de constitutionnalité. Il en résulte une nette porosité entre l'office des juges chargés, en Europe, de garantir la protection des droits fondamentaux, qui se nourrit, en particulier, de la proximité substantielle entre droits fondamentaux constitutionnels et droits fondamentaux « conventionnels ». La principale différence entre les deux Etats vient de ce qu'en France, cette perméabilité s'exerce entre l'office du juge ordinaire et celle du Conseil constitutionnel, tandis qu'en Belgique, elle implique également une relation de la Cour constitutionnelle avec la CJUE, voire avec la CEDH.

Faut-il s'en émouvoir pour autant ? La mise en cohérence ou en harmonie des différents systèmes juridiques ne passe-t-elle pas nécessairement par ce dialogue permanent ? L'approche pluraliste nous invite à considérer que tel est le cas.

Toutefois, ce dialogue des juges doit être assorti de la « *pleine conscience de ce que la souveraineté de chacune de ces juridictions a pour limite un devoir, à tout le moins moral, de cohérence et de cohésion* »¹³⁷³ de la protection des droits fondamentaux. Or, cette bénévolence des juges passe par diverses techniques juridiques qui s'équilibrent entre elles et font du contrôle incident de constitutionnalité une voie de droit complémentaire par rapport au contrôle de conventionnalité. Ainsi, la reconnaissance de l'équivalence des protections comme élément de confiance d'un système envers l'autre trouve son pendant dans l'exigence du respect d'un seuil de protection minimal. De même, l'affirmation de la primauté du droit de l'UE n'empêche pas, en vertu du principe de subsidiarité, l'octroi d'une marge de manœuvre nationale, ni le respect des identités constitutionnelles des Etats-membres.

¹³⁷³ J-M. Sauvé, « La mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité dans la juridiction administrative », Intervention lors de l'audience solennelle de rentrée du tribunal administratif de Lyon, lundi 12 septembre 2011, disponible en ligne à l'adresse : <http://www.conseil-etat.fr/fr/discours-et-interventions/la-mise-en-oeuvre-de-la-question-prioritaire-de-constitutionnalite-dans-la.html>, page consultée le 24 février 2013.

SECTION 4 - L'ARTICULATION DE LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE AVEC LES AUTRES MECANISMES DE CONTESTATION JURIDICTIONNELLE DE LA LOI

Marc Guerrini

Doctorant à l'Université d'Aix-Marseille

Membre de l'ILF-GERJC

La question prioritaire de constitutionnalité fut introduite en France quelque peu « sur le tard » et, par voie de conséquence, est venue se greffer dans un environnement juridique déjà occupé par des mécanismes contentieux destinés à juger soit de la validité, soit de l'applicabilité de la loi. La question est donc de savoir de quelle manière ces mécanismes allaient s'accommoder, et s'articuler avec, le nouveau contrôle de constitutionnalité *a posteriori*.

On peut relever dans un premier temps une absorption partielle de certains mécanismes de contestation juridictionnelle de la loi par la QPC. Cependant, on note dans un second temps que tous ces mécanismes n'ont pas fait l'objet d'une telle absorption ce qui conduit à s'interroger, s'agissant de ces derniers, sur les clefs d'articulation pertinentes vis-à-vis de la QPC.

I / L'absorption partielle par la QPC des autres mécanismes de contestation juridictionnelle de la loi

L'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité a altéré l'équilibre préexistant entre les différents mécanismes de contestation juridictionnelle de la loi. Ce rééquilibrage semble conduit par une forme de « gravité » de la question prioritaire qui est venue réabsorber le terrain qu'occupaient les mécanismes concernés à savoir la théorie de l'abrogation implicite et le contrôle de constitutionnalité *a priori* de la loi. Cette absorption, bien qu'elle ne soit que partielle, a eu des effets sur la physionomie de notre justice constitutionnelle.

A) Les manifestations de l'absorption par la QPC des autres mécanismes de contestations juridictionnelles de la loi

L'accentuation du caractère concentré du contrôle de constitutionnalité. Le premier mécanisme à avoir tiré les conséquences de l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité est celui de l'abrogation implicite qui permet au juge administratif de constater l'abrogation implicite d'une loi au motif qu'elle serait devenue incompatible avec une norme constitutionnelle entrée en vigueur postérieurement à son adoption. La parenté entre cette démarche et le contrôle de constitutionnalité de la loi ne fait pas de doute, cette technique ayant pu être qualifiée de « *crypto-contrôle de constitutionnalité* »¹³⁷⁴ et perçue comme une forme de contournement de la théorie de la loi-

¹³⁷⁴ Roux (J.), « QPC et contrôle de caducité des dispositions législatives incompatibles avec une norme constitutionnelle postérieure », *JCP G*, n° 51, 20 décembre 2000, p. 1285.

écran. Cependant, dès lors qu'il existe désormais un mécanisme spécifiquement consacré au contrôle de constitutionnalité de la loi *a posteriori*, le juge administratif en a tiré toutes les conséquences. Cela est observable dans l'arrêt du Conseil d'Etat du 15 juillet 2010 *Compagnie agricole de la Crau*¹³⁷⁵ et dans la décision du Conseil constitutionnel consécutive à une question prioritaire de constitutionnalité renvoyée par le Conseil d'Etat dans le cadre de cette même affaire¹³⁷⁶. Furent ici contestées certaines dispositions législatives antérieures à 1958 au regard du principe d'égalité devant les charges publiques. Le juge administratif était donc face à un cas classique d'examen de l'abrogation implicite de la loi et il avait d'ailleurs déjà été amené à se prononcer sur les mêmes dispositions législatives quasiment un an jour pour jour auparavant, concluant à l'absence de caractère inconciliable de ces dernières avec la Constitution de 1958, refusant ainsi de constater leur abrogation¹³⁷⁷. En dépit de cette décision antérieure, le juge administratif va accepter de transmettre la question prioritaire au Conseil constitutionnel. Il apparaît évident que la théorie de l'abrogation implicite se trouve en partie absorbée par les nouvelles compétences du Conseil constitutionnel qui accepte de contrôler la constitutionnalité d'une loi antérieure à 1958. Comme le souligne Jérôme Roux, « *par ce renvoi, le Conseil d'Etat a implicitement estimé que, malgré son antériorité par rapport à la norme constitutionnelle invoquée, cette loi relevait bien du contrôle préjudiciel de constitutionnalité, ce que le Conseil constitutionnel a évidemment confirmé* »¹³⁷⁸. On voit donc que cette forme de contournement de l'écran législatif a été en partie absorbée par la question prioritaire, accentuant alors le caractère concentré du contrôle de constitutionnalité au profit du Conseil constitutionnel.

L'accentuation du rôle du citoyen dans la mise en œuvre de la justice constitutionnelle. Se posait alors la question de l'articulation des contrôles *a priori* et *a posteriori* de constitutionnalité. Une affaire allait permettre au juge constitutionnel de préciser certaines modalités d'articulation entre les deux contrôles : c'est le cas des saisines blanches dans sa décision 630 DC du 26 mai 2011¹³⁷⁹. Le juge constitutionnel articule les deux contentieux sur deux points : d'une part en jouant sur les modalités d'examen des dispositions législatives contestées et d'autre part par sur l'examen d'office de certains motifs d'inconstitutionnalité.

Le juge constitutionnel va dans un premier temps préciser, pour la première fois dans le cadre du contrôle *a priori*, la notion d'examen spécial. En effet, pour qu'une disposition législative ne puisse plus être contestée par voie de QPC, il faut qu'elle ait fait l'objet d'un examen spécial par le Conseil constitutionnel c'est-à-dire que la disposition législative ait fait l'objet d'un contrôle spécifique du juge constitutionnel, concrétisé tant dans les motifs de sa décision que dans son dispositif. Puis, dans un second temps, le Conseil constitutionnel définit les modalités de contrôle des saisines blanches. Il estime ainsi que dans un pareil cas, il n'est pas nécessaire d'examiner spécialement les dispositions législatives déferées et consent à s'autolimiter dans son contrôle afin de préserver le droit des citoyens de contester ces dispositions à travers une QPC. Il n'examinera alors que le respect de la procédure législative qui n'est pas considéré comme un droit ou une liberté au sens de l'article 61-1 de la

¹³⁷⁵ CE, 15 juillet 2010, *Compagnie agricole de la Crau*, req. n° 322419.

¹³⁷⁶ CC, décision n° 2010-52 QPC du 14 octobre 2010, *Compagnie agricole de la Crau*.

¹³⁷⁷ CE, 27 juillet 2009, *Compagnie agricole de la Crau*, req. n° 295637.

¹³⁷⁸ Roux (Jérôme), « QPC et contrôle de caducité des dispositions législatives incompatibles avec une norme constitutionnelle postérieure », *op. cit.*

¹³⁷⁹ CC, décision n° 2011-630 DC du 26 mai 2011, *Loi relative à l'organisation du championnat d'Europe de football de l'UEFA en 2016*, Journal officiel du 2 juin 2011, p. 9553

Constitution. De la même manière, les méthodes d'examen du Conseil constitutionnel semblent également évoluer au-delà même du cas des saisines blanches. En effet, présent à la Faculté de droit d'Aix-en-Provence début 2012, le Président Debré affirmait que depuis peu, le Conseil hésitait désormais dans le cadre de son contrôle *a priori* à se prononcer sur des dispositions législatives non expressément visées par la saisine en étendant son contrôle à l'ensemble de la loi comme c'était le cas jusqu'alors. Cette autolimitation vise également à préserver les potentialités d'action des citoyens à travers la QPC. On constate ainsi dans ces cas que la volonté d'assurer aux citoyens la préservation de leur faculté d'actionner une QPC entraîne également une absorption partielle du contrôle *a priori* dans le contrôle *a posteriori* par autolimitation du juge constitutionnel.

B) Le caractère partiel de l'absorption par la QPC des autres mécanismes de contestation juridictionnelle de la loi

L'absorption qui est précédemment évoquée n'est cependant pas totale. Son caractère partiel est lié au fait que les différents mécanismes concernés n'ont pas un champ d'application strictement identique même s'ils mobilisent tous la même norme, à savoir la Constitution. Le contrôle *a priori* de constitutionnalité mobilise l'ensemble du bloc de constitutionnalité tout comme la théorie de l'abrogation implicite dès lors que la disposition législative contestée devant le juge administratif est antérieure à 1958. Si cette dernière est postérieure à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958, cette théorie ne pourra concerner que les normes constitutionnelles issues de révisions constitutionnelles comme c'était le cas dans l'arrêt du Conseil d'Etat *Association France nature environnement*¹³⁸⁰, dans lequel le contrôle était opéré au regard de la Charte de l'environnement. Or, la question prioritaire de constitutionnalité ne concerne que les seuls droits et libertés que la Constitution garantit au sens de l'article 61-1, il est alors logique qu'elle ne puisse totalement absorber ces mécanismes.

S'agissant de la théorie de l'abrogation implicite, cette dernière pourra conserver un intérêt pour constater l'incompatibilité de dispositions législatives avec des normes constitutionnelles postérieures exclues du champ des droits et libertés que la Constitution garantit. Ainsi, dans son arrêt *Société Eky* du 12 février 1950¹³⁸¹ le juge administratif contrôla une disposition législative au regard des principes constitutionnels de la répartition des compétences issus des articles 34 et 37 de la Constitution, ce qui ne peut être admis dans le cadre de la QPC que sous certaines conditions restrictives : qu'il y ait un impact sur un droit ou une liberté que la Constitution garantit et que la loi soit postérieure à 1958.

De même, s'agissant du contrôle *a priori* de la loi, dans le cas des saisines blanches précédemment évoqué, le Conseil constitutionnel, malgré l'autolimitation qu'il opère, vérifie le respect de la procédure législative car, étant exclu des droits et libertés que la Constitution garantit, ce dernier ne pourra plus être soulevé dans le contrôle *a posteriori*. Mais ce raisonnement pourrait et devrait être étendu. En effet, le juge constitutionnel a également estimé que ne pouvaient être invoqués à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité le principe de consentement à l'impôt¹³⁸², la possibilité de consulter les électeurs en cas de création ou de modification d'une collectivité territoriale à statut

¹³⁸⁰ CE, 12 janvier 2009, *Association France nature environnement*, req. n° 289080.

¹³⁸¹ CE, 12 février 1960, *Société Eky*, Lebon p. 101.

¹³⁸² CC, décision n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010, *Kimberly Clark*.

particulier ¹³⁸³, le principe de péréquation financière entre collectivités territoriales ¹³⁸⁴, le principe selon lequel les langues régionales appartiennent au patrimoine de la France ¹³⁸⁵ ainsi que l'exigence constitutionnelle de transposition des directives de l'Union européenne ¹³⁸⁶. En suivant la logique du juge constitutionnel, dès lors que les requérants n'invoquent aucun grief dans le cadre du contrôle *a priori*, il serait souhaitable que ce dernier procède à l'examen d'office des dispositions législatives susceptibles de méconnaître l'une de ces normes constitutionnelles dans la mesure où la loi déferée, une fois en vigueur, ne pourra plus faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité sur leur fondement.

On constate donc que l'entrée en vigueur de la QPC a engendré une absorption partielle des autres mécanismes de contestation juridictionnelle de la loi. Cependant, parmi ces mécanismes, le contrôle de conventionnalité occupe une place particulière et ne saurait faire l'objet d'une telle absorption. Le Conseil constitutionnel l'a lui-même affirmé dans sa décision relative aux jeux en ligne ¹³⁸⁷ en estimant que les deux contrôles étaient bien exclusifs l'un de l'autre et que la question prioritaire ne saurait avoir pour effet de priver les justiciables de l'exercice postérieur d'un contrôle de conventionnalité de la loi. Reste alors à déterminer quels vont être les leviers de l'articulation de ces deux contrôles.

II / Les nouvelles clefs d'articulation de la QPC avec les autres moyens de contestation juridictionnelle de la loi : l'effet utile pour le citoyen du moyen soulevé

Il convient de laisser de côté la question du caractère prioritaire de la QPC qui fait l'objet d'autres rapports. Il est évident que la « priorisation » de la question de constitutionnalité est la première clef d'articulation de ces deux moyens de contestation de la loi. Cette forme d'articulation par le biais de l'instauration d'une priorité d'examen concerne les cas où les moyens d'inconstitutionnalité et d'inconventionnalité sont soulevés par les requérants de manière simultanée. La question qui conserve un intérêt particulier est celui du choix alternatif entre ces deux moyens, autrement dit, les enseignements de la jurisprudence récente quant aux facteurs qui pourraient influencer les citoyens et leurs conseils dans le choix de soulever un moyen d'inconstitutionnalité ou un moyen d'inconventionnalité. De ce point de vue, il semble que l'effet utile du moyen soulevé devra être pris en compte par le requérant dans ce choix. Reste alors à savoir quels sont les éléments qui vont déterminer une telle utilité. Il est possible de relever trois types de situations en dehors de l'invocation simultanée des moyens d'inconstitutionnalité et d'inconventionnalité.

A) L'invocation exclusive du moyen d'inconstitutionnalité

On retrouve ici certains aspects déjà largement évoqués, le choix exclusif du moyen d'inconstitutionnalité va être préféré par certains types de requérants (tels que les

¹³⁸³ CC, décision n° 2010-12 QPC du 2 juillet 2010, *Commune de Dunkerque*.

¹³⁸⁴ CC, décision n° 2010-29/37 QPC du 22 septembre 2010, *Commune de Besançon et autres* – Instruction CNI et passeports.

¹³⁸⁵ CC, décision n° 2011-130 QPC du 20 mai 2011, *Mme Cécile L. et autres* - Langues régionales.

¹³⁸⁶ CC, décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*.

¹³⁸⁷ *Ib.id.*

associations) qui vont rechercher une abrogation de la loi plutôt qu'une simple non application de la loi découlant du contrôle de conventionnalité. De même, le choix exclusif du contrôle de constitutionnalité s'imposera dès lors qu'il n'existe pas d'équivalent conventionnel de la norme supposée méconnue. L'intérêt de la question prioritaire trouve ici tout son sens car il était impossible jusqu'alors de contester une loi entrée en vigueur au regard de telles normes dans la mesure où, d'une part il n'existait pas de mécanisme de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* et, d'autre part, le contrôle de conventionnalité ne pouvait être mobilisé à travers une norme équivalente, une telle norme étant absente des catalogues européens et internationaux de protection des droits fondamentaux. Cet intérêt est déjà perceptible dans la mesure où le Conseil constitutionnel a intégré à la catégorie des droits et libertés que la Constitution garantit certaines normes ne trouvant pas d'équivalent conventionnel. On peut ainsi citer le principe d'indépendance des enseignants chercheurs¹³⁸⁸ qui bénéficie pour la première fois d'une protection contre les atteintes potentielles de la loi au stade de son application. Le Conseil constitutionnel a également commencé à inclure dans les droits et libertés que la Constitution garantit certaines dispositions de la Charte de l'environnement¹³⁸⁹, Charte qui contient un certain nombre de dispositions ne trouvant pas d'équivalent au niveau conventionnel¹³⁹⁰. On constate donc, à travers ces quelques exemples, que la Constitution trouve désormais à travers ces droits et libertés garantis une dynamique absente du contrôle de conventionnalité de la loi.

B) L'invocation du moyen d'inconventionnalité en lieu et place du moyen d'inconstitutionnalité

Il est possible d'identifier des facteurs objectifs qui peuvent conduire le justiciable à préférer le contrôle de conventionnalité au contrôle de constitutionnalité. En effet, le contrôle de conventionnalité conserve ses avantages propres et, bien souvent, il semble présenter une utilité pratique supérieure pour le requérant. Le caractère concret du contrôle est indéniable et dénote à côté de la QPC qui reste cantonnée dans une certaine forme d'abstraction. Pour illustrer ces propos, il est possible de citer une affaire examinée par la Chambre criminelle de la Cour de cassation en décembre 2011¹³⁹¹. Cette dernière fut saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité contestant certaines dispositions du Code pénal et du Code de procédure pénale fixant les conditions de motivation des arrêts d'assises au regard du principe d'égalité entre les personnes poursuivies devant les juridictions pénales, du respect des droits de la défense et de l'obligation de motiver les décisions en matière répressive. La question visait plus spécifiquement le fait que, s'agissant des Cours d'assises spécialement composées lesquelles comprennent uniquement des magistrats professionnels, les dispositions du code de procédure pénale, telles qu'interprétées par la Cour de cassation qui juge de façon constante que l'ensemble des réponses, reprises dans l'arrêt de condamnation, qu'en leur intime conviction, magistrats et jurés ont donné aux questions posées conformément à l'arrêt de renvoi, tient lieu de motifs suffisants aux arrêts de Cours d'assises statuant sur l'action publique. Était également invoquée une méconnaissance de l'article 6§1 de la CEDH. La

¹³⁸⁸ Décision N° 2010-20/21 QPC du 6 août 2010, *M. Jean C. et autres- Loi Université*.

¹³⁸⁹ Décision N° 2011-116 QPC du 8 avril 2011, *M. Michel Z. et autre - Troubles du voisinage et environnement*.

¹³⁹⁰ Cassia (Paul), « Le renvoi préjudiciel en appréciation de constitutionnalité, une question d'actualité », *RFDA*, 2008, p. 877.

¹³⁹¹ C.Cass. crim., 7 décembre 2011, n° 10-85.713 (publié).

Chambre criminelle estima que la question de constitutionnalité était sérieuse et renvoya au Conseil constitutionnel. Ce dernier s'est prononcé sur les dispositions contestées dans sa décision du 1^{er} avril 2011¹³⁹². Il a déclaré les dispositions législatives conformes à la Constitution au motif qu'« *il résulte de l'ensemble des garanties relatives aux débats devant la cour d'assises et aux modalités de sa délibération, que le grief tiré de ce que les dispositions critiquées laisseraient à cette juridiction un pouvoir arbitraire pour décider de la culpabilité d'un accusé doit être écarté* ». La Cour de cassation entreprit alors un contrôle de conventionnalité de la loi au regard de l'article 6§1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Elle souligna que « *sont reprises dans l'arrêt de condamnation les réponses qu'en leur intime conviction, les magistrats composant la Cour d'assises d'appel spécialement composée, statuant dans la continuité des débats, à vote secret et à la majorité, ont données aux questions sur la culpabilité, les unes, principales, posées conformément au dispositif de la décision de renvoi, les autres, subsidiaires, soumises à la discussion des parties* » et « *qu'en cet état, et dès lors qu'ont été assurés l'information préalable sur les charges fondant la mise en accusation, le libre exercice des droits de la défense ainsi que le caractère public et contradictoire des débats, il a été satisfait aux exigences conventionnelles et légales invoquées* ». On note de manière flagrante que les deux contrôles ont des modalités d'examen bien différentes même si en l'espèce, les dispositions législatives contestées échappent à une condamnation tant au niveau constitutionnel qu'au niveau conventionnel. Mais ici, le caractère abstrait du contrôle de constitutionnalité dénote quelque peu à côté de la concrétisation du contrôle de conventionnalité au regard du droit au procès équitable. En effet, le juge constitutionnel dans sa décision effectue un contrôle purement abstrait de norme à norme arrivant à la conclusion que les dispositions législatives contestées ne sont pas « en soi » contraires à la Constitution. Quant au contrôle de conventionnalité, effectué par la chambre criminelle consécutivement à la réponse du Conseil, il consiste à vérifier non seulement que les dispositions législatives ne sont pas en elles-mêmes contraires à l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme mais également qu'en l'espèce les exigences conventionnelles ont bien été respectées. C'est ainsi que la Cour conclut en jugeant qu'« *en cet état, et dès lors qu'ont été assurés l'information préalable sur les charges fondant la mise en accusation, le libre exercice des droits de la défense ainsi que le caractère public et contradictoire des débats, il a été satisfait aux exigences conventionnelles et légales invoquées* ». Il serait alors possible d'avancer que, peut-être, tant que le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* restera cantonné dans l'abstraction qui le caractérise encore à l'heure actuelle, il aura parfois moins d'intérêt (bien que conservant ses avantages propres) pour un requérant que le contrôle de conventionnalité car il ne permettra encore et toujours que de sanctionner une non conformité entre une disposition législative et une norme constitutionnelle, fermant les yeux sur les non conformités factuelles révélées par l'application de ces mêmes dispositions législatives.

C) L'invocation du moyen d'inconventionnalité au soutien du moyen d'inconstitutionnalité

L'étude de la jurisprudence des juges du filtre révèle que, bien souvent, le droit conventionnel vient au soutien de la question de constitutionnalité. L'idée qui transparaît consiste à dire qu'un doute sur la conventionnalité de la loi - sans que le moyen soit

¹³⁹² CC, décision n° 113/115 QPC du 1^{er} avril 2011, *M. Xavier P. et autre – Motivation des arrêts d'Assises*.

formellement soulevé - légitime l'exigence d'un renvoi au Conseil constitutionnel afin que ce dernier examine sa conformité à la Constitution. C'est ainsi que, régulièrement, les avocats généraux près la Cour de cassation (qu'ils aillent dans le sens d'un renvoi ou d'un non renvoi) entremêlent au sein de leurs conclusions des arguments de constitutionnalité et des arguments de conventionnalité ce qui pourrait apparaître étonnant. Le caractère sérieux de la question est ainsi, parfois, apprécié à travers le prisme du droit européen.

∴

L'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité dans le contentieux français de la loi a engendré un certain nombre d'adaptations dans la mesure où cette dernière a dû s'articuler à des mécanismes préexistants qui tous ont pour objet d'apprécier la validité ou l'applicabilité de la loi. Bien que les manifestations de telles adaptations soient parfaitement visibles, ces dernières ne témoignent pas pour autant d'un véritable bouleversement. L'équilibre entre les différentes voies contentieuses de contestation de la loi ne semble pas se trouver profondément modifié par l'introduction de la question prioritaire. En effet, la théorie de l'abrogation implicite, très peu mobilisée par le juge administratif, fait l'objet d'une absorption qui d'une part, comme nous l'avons souligné, n'est que partielle et qui, d'autre part, répond parfaitement à la logique d'un modèle concentré de justice constitutionnelle. Par ailleurs, le contrôle de conventionnalité conserve toute son importance devant les juridictions ordinaires et les rapports qu'il entretient avec le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* de la loi semblent éclaircis, à de rares exceptions près, dans l'esprit du juge désormais appelé à perpétuer l'exercice d'un tel contrôle tout en jouant le rôle de filtre en matière de QPC. Enfin, si un effet d'absorption partielle du contrôle *a priori* de constitutionnalité par la QPC a pu être observé, notamment dans le cas des saisines blanches du Conseil constitutionnel, on note dans le même temps que « depuis l'entrée en vigueur de la QPC, le nombre de saisines *a priori* a augmenté dans des proportions considérables »¹³⁹³. Cette augmentation des saisines *a priori* du juge constitutionnel témoigne du fait que la volonté parfois affirmée du Conseil d'autolimiter son contrôle afin de préserver le droit des citoyens d'actionner une question prioritaire de constitutionnalité s'avère amplement compensée par la volonté des autorités de saisine *a priori* de promouvoir un contrôle davantage préventif que curatif. Ainsi, comme a pu le souligner Marc Guillaume « sans doute [...] les parlementaires préfèrent saisir le juge constitutionnel avant qu'un particulier ne le fasse via la QPC »¹³⁹⁴. Ainsi, il semble pour l'heure exclu de voir évoluer la situation française vers une raréfaction du contrôle *a priori* au profit d'un développement inversement proportionnel du contrôle *a posteriori* et qui justifierait, comme cela fut le cas en Espagne où le premier fut perçu comme un simple outil d'obstruction entre les mains de l'opposition parlementaire¹³⁹⁵, à une disparition de ce dernier.

¹³⁹³ Audition de M. Marc Guillaume, secrétaire général du Conseil constitutionnel, Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, mercredi 21 novembre 2012, séance de 9 heures 30, compte rendu n° 16, Présidence de M. Jean-Jacques Urvoas.

¹³⁹⁴ *Ib.id.*

¹³⁹⁵ V. Bon (P.), « Présentation du Tribunal constitutionnel espagnol », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 2, mai 1997.

CHAPITRE 2 – L'EVOLUTION DES QUESTIONS DE CONSTITUTIONNALITE EN ITALIE ET EN ESPAGNE : QUELS ENSEIGNEMENTS POUR LA FRANCE ?

SECTION 1 – LES AGES DU CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE DES LOIS PAR VOIE D'EXCEPTION EN ITALIE

Paolo Passaglia

*Maître de Conférences à l'Université de Pise
Coordonnateur scientifique pour le droit comparé du Service des Études
de la Cour constitutionnelle de la République italienne*

Introduction

Le contrôle de la constitutionnalité des lois et des actes ayant force de loi par voie d'exception a toujours été la clef de voûte du système italien de justice constitutionnelle. La constatation fait l'objet d'un consensus au sein de la doctrine italienne. Ce ne sont pas seulement les constitutionnalistes qui la partagent, car l'aspect du système italien qui est le plus fréquemment évoqué dans les études de droit comparé est justement l'importance que celui-ci attribue à cette voie d'accès à la juridiction constitutionnelle, dont l'Italie est considérée la « terre d'élection »¹³⁹⁶. Il ne s'agit sûrement pas d'une simplification excessive, mais plutôt d'une approximation tout à fait tolérable, car ce type de compétence a absorbé la plupart des efforts des juges constitutionnels tout au long de l'histoire de la Cour constitutionnelle. Il n'empêche que des précisions et des nuances sont nécessaires : le poids du contrôle par voie d'exception a connu des modifications majeures au fil des ans, mais c'est aussi sa portée qui a changé de manière considérable, au point qu'une tentative de périodisation ne paraît pas dépourvue de tout intérêt, notamment dans le cadre d'une comparaison avec l'expérience de la question prioritaire de constitutionnalité en France, où l'histoire de la procédure récemment mise en place est encore largement à écrire.

En effet, l'étude du cas italien pourrait faire surgir des tendances qui ne sont pas nécessairement italiennes et sont donc susceptibles d'une certaine généralisation, d'où la possibilité d'imaginer, en regardant l'évolution du système italien, des scénarios pour l'avenir – plus ou moins proche – de la question prioritaire de constitutionnalité.

Cet exercice pourrait même contribuer à éviter au Conseil de la rue Montpensier quelques-unes des difficultés qui ont embarrassé de temps en temps la Cour du Palais de la Consulta. L'espoir correspond, d'ailleurs, à un des buts les plus courants du droit comparé, ce qui autorise à le cultiver, tout en admettant d'emblée un certain embarras dans la proposition de rapprochements entre deux systèmes, comme les systèmes italien et français, qui ont été conçus et qui ont évolué de manière très différente et qui, à la suite seulement de la réforme constitutionnelle française de 2008, ont acquis des similitudes non négligeables.

¹³⁹⁶ Cf. M. Fromont, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, Dalloz, 1996, p. 58.

I / Une ébauche de périodisation

Si l'objectif de cette communication est d'analyser l'évolution du contrôle par voie d'exception en Italie, à l'évidence une périodisation s'impose. Mais la tâche n'est pas des plus simples, car on a du mal à trouver des éléments de rupture dans l'histoire de la jurisprudence constitutionnelle italienne, notamment si l'on se réfère aux compétences de la Cour et à leur mise en œuvre ; c'est, en effet, la continuité qui paraît plutôt émerger comme mot d'ordre ¹³⁹⁷. La continuité, toutefois, n'est pas un obstacle insurmontable à la périodisation, en contribuant, tout au plus, à offrir des arguments critiques envers n'importe quelle périodisation qui soit proposée. Les critiques sont à prendre en compte, ainsi que le risque de l'arbitraire, dans les choix opérés : ceci n'est toutefois pas suffisant pour s'abstenir de la périodisation, d'autant plus que celle-ci n'a aucune valeur euristique, et ne poursuit que l'objectif de faciliter l'exposition de l'analyse que nous allons mener.

Pour illustrer les choix qui sont à la base du discours que nous allons aborder, une métaphore peut être proposée : l'évolution du contrôle par voie d'exception peut être décrite en se référant aux grands âges de la vie des êtres humains. L'histoire du contrôle par voie d'exception, en effet, suggère quatre grandes phases. La première est celle qui va de la conception à la naissance, en 1956. La deuxième est celle qui correspond à l'enfance, et qui est suivie par l'âge adulte. Le passage s'est produit en 1975 : dans l'ordre juridique italien, la majorité légale – qui était auparavant fixée à vingt-et-un ans – a été abaissée, par la loi du 8 mars 1975, n° 39, à dix-huit ans. Nous pouvons donc imaginer que la Cour constitutionnelle a profité de cet abaissement, en atteignant ainsi la majorité à dix-neuf ans. La quatrième phase, la phase actuelle, s'est ouverte au cours des années quatre-vingt-dix : on peut considérer – pour les raisons que nous verrons – l'année 1996 comme le moment du passage à cette phase. La dénomination de cette dernière phase s'avère plutôt délicate, d'où l'opportunité de renvoyer toute tentative de définition au moment où nous prendrons en considération les années les plus récentes.

II / Une conception tourmentée suivie par une très longue gestation

Il est sans doute paradoxal que la compétence principale de la Cour constitutionnelle ne figure pas dans le texte de la Constitution, qui se limite à reconnaître au juge constitutionnel le pouvoir de juger « des questions relatives à la légitimité constitutionnelle des lois et des actes, ayant force de loi, de l'État et de Régions » (article 134 de la Constitution).

Une telle omission de la part du constituant s'explique par la méfiance, voire l'aversion d'une partie considérable des députés à l'Assemblée constituante, vis-à-vis d'un organe qui serait appelé à contrôler l'œuvre du législateur. La difficulté d'arriver à un compromis sur les dispositions portant sur la Cour constitutionnelle est, d'ailleurs, très bien illustrée par les deux renvois (article 137) à la loi constitutionnelle ¹³⁹⁸ et à la loi ordinaire ¹³⁹⁹, issus d'un

¹³⁹⁷ Sur l'histoire de la Cour constitutionnelle, voir F. BONINI, *Storia della Corte costituzionale*, Rome, Nuova Italia Scientifica, 1996 ; E. Cheli, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri: una nuova edizione aggiornata*, Bologne, il Mulino, 1999 ; C. Rodotà, *Storia della Corte costituzionale*, Rome – Bari, Laterza, 1999 ; P. Carnevale – C. Colapietro (sous la direction de), *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive: a cinquant'anni dalla pubblicazione della prima sentenza della Corte costituzionale*, Atti del convegno tenuto a Roma il 14-15 giugno 2006, Turin, Giappichelli, 2008 ; E. Lamarque, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Rome – Bari, Laterza, 2012.

¹³⁹⁸ Article 137, alinéa 1^{er} : « Une loi constitutionnelle fixe les conditions, les formes, les délais dans lesquels des

amendement présenté par Giuseppe Arata, député communiste, dont l'objectif était celui de bloquer ou, du moins, de retarder autant que possible l'entrée en fonction d'une institution que le secrétaire de son parti, Palmiro Togliatti, définissait comme une « bizarrerie », manifestant ainsi l'adhésion à la théorie soviétique de dérivation jacobine qui visait à concentrer tous les pouvoirs dans les mains du peuple et de ses représentants.

Ce n'est donc que par une loi constitutionnelle complémentaire adoptée par l'Assemblée constituante que le contrôle par voie d'exception a été introduit ¹⁴⁰⁰. Il s'agit de l'article 1^{er} de la loi constitutionnelle du 9 février 1948, n° 1, qui est ainsi rédigé : « La question de constitutionnalité d'une loi ou d'un acte ayant force de loi [...] soulevée d'office ou par une des parties au cours du procès et non considérée par le juge manifestement à rejeter, est renvoyée à la Cour constitutionnelle pour qu'elle rende sa décision ».

La disposition était assez laconique pour laisser sans réponse des questions fondamentales, et notamment celle concernant le rapport entre le procès en cours et la question de constitutionnalité : le caractère préjudiciel de celle-ci n'ayant pas été expressément reconnu, on aurait pu imaginer les solutions les plus diverses, parmi lesquelles on ne pouvait même pas exclure *a priori* l'idée du procès ordinaire comme simple occasion pour saisir la Cour de n'importe quelle question. Trois aspects étaient néanmoins bien clairs : en premier lieu, l'initiative visant à soulever la question pouvait dériver de tout acteur du procès, et donc du juge comme des justiciables comme du parquet ; en deuxième lieu, le juge se voyait quand même réserver une compétence de filtrage, car c'était à lui qui revenait le premier contrôle sur le fond de la question ; enfin – et surtout – la nature du contrôle était très particulière, car le juge devait se limiter à constater que la question n'était pas dépourvue de tout fondement.

La nécessité qu'une loi (cette fois de rang ordinaire) précise les principes et les normes régissant le déclenchement du contrôle par voie d'exception n'était quand même pas contestable. Ce sera la loi du 11 mars 1953, n° 87, qui mettra en œuvre les dispositions constitutionnelles portant sur la Cour. Pour ce qui a trait au contrôle par voie d'exception, l'article 23 mettra en exergue le caractère préjudiciel de la question de constitutionnalité par rapport à l'issue du litige en cours, qui « ne [pourra] être défini indépendamment de la décision sur la question de constitutionnalité » et qui sera suspendu à partir du renvoi de celle-ci jusqu'à la décision de la Cour constitutionnelle ¹⁴⁰¹.

jugements de légitimité constitutionnelle peuvent être proposés, ainsi que les garanties d'indépendance des juges de la Cour ».

¹³⁹⁹ Article 137, alinéa 2 : « Une loi ordinaire fixe les autres règles nécessaires à la constitution et au fonctionnement de la Cour ».

¹⁴⁰⁰ À propos de l'élaboration des dispositions constitutionnelles concernant la Cour constitutionnelle, voir C. Mezzanotte, *Il giudizio sulle leggi. Le ideologie del costituente*, Milan, Giuffrè, 1979 ; G. D'Orazio, *La genesi della Corte costituzionale*, Milan, Giuffrè, 1981 ; G. Ferrari, « La difficile nascita della Corte costituzionale », *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1988, n°s 81-82, p. 5 et suiv. ; P. Costanzo, « L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale nei lavori preparatori dell'assemblea costituente », in P. Costanzo (sous la direction de), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Atti del Convegno di Imperia, 12-13 maggio 1995, Turin, Giappichelli, 1996, p. 7 et suiv. ; C. Margiotta Broglio, « La Corte costituzionale italiana e il modello kelseniano », *Quaderni costituzionali*, 2000, p. 333 et suiv. ; G. Volpe, « L'accesso alla giustizia costituzionale : le origini di un modello », in R. Romboli (sous la direction de), *L'accesso alla giustizia costituzionale : caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Naples, Esi, 2006, p. 3 et suiv.

¹⁴⁰¹ Sur le caractère préjudiciel du procès constitutionnel et sur la condition de « rilevanza » qui en dérive, voir M. Cappelletti, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milan, Giuffrè, 1957 ; G. Zagrebelsky,

Même si la loi de 1953 revêt une importance non négligeable, justement pour ces précisions (ainsi que pour la réglementation d'autres aspects de détail), il est clair que, dès 1948, le choix fondamental avait été fait : en l'absence d'un recours direct du particulier, le système italien de justice constitutionnelle connaîtra une seule voie d'accès ouverte à la généralité des justiciables et cette voie passera par la juridiction ordinaire ¹⁴⁰².

Il s'agissait d'un choix qui était aussi surprenant que risqué.

La surprise venait, en premier lieu, du fait que le contrôle par voie d'exception, en 1948, était sans doute un choix original, tout en n'étant pas une « invention ». En effet, la surprise la plus grande venait des modèles dont le législateur constitutionnel pouvait s'inspirer. L'exception d'inconstitutionnalité transmise à un juge spécial pour que celui-ci la décide avait été déjà expérimentée en Italie, lorsque la loi du 7 janvier 1929, n° 4, portant normes générales pour la répression de la méconnaissance des lois sur les finances publiques, avait prévu un contrôle des sections unies de la Cour de cassation – sur renvoi d'un juge du fond – sur l'applicabilité d'une disposition portant sur des infractions financières. Il s'agissait d'une ébauche de contrôle de la constitutionnalité de certaines lois qui avait été mise en place par le régime fasciste, à l'évidence dans le but d'assurer le plus grand respect de la politique budgétaire de l'État. L'association entre le contrôle par voie d'exception et l'existence d'un régime non-démocratique aurait bien pu être faite, d'autant plus que d'autres expériences pouvaient venir à l'esprit, notamment en raison du fait que ce type de contrôle avait été introduit en Autriche, en 1929, par une réforme de la Constitution de 1920 adoptée par un régime que Hans Kelsen n'avait pas hésité à qualifier de « mi-fasciste », en soulignant qu'il tendait « à réduire le contrôle démocratique sur la constitutionnalité des lois » ¹⁴⁰³. Sans doute moins connu (par les députés italiens), mais pas moins emblématique, aurait pu être le Projet

« La rilevanza, un carattere normale ma non necessario della questione incidentale di legittimità costituzionale », *Giurisprudenza costituzionale*, 1969, p. 1001 et suiv. ; F. Pizzetti – G. Zagrebelsky, « “Non manifesta infondatezza” e “rilevanza” nell’instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi », Milan, Giuffrè, 1974 ; V. Onida, « Note su un dibattito in tema di “rilevanza” delle questioni di costituzionalità delle leggi », *Giurisprudenza costituzionale*, 1978, p. 997 et suiv. ; N. Trocker, « La pregiudizialità costituzionale », *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1988, p. 796 et suiv. ; F. Dal Canto, « La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale », in E. Malfatti, R. Romboli e E. Rossi (sous la direction de), *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”*, Atti del seminario di Pisa svoltosi il 25-26 maggio 2001, Turin, Giappichelli, 2001, p. 145 et suiv. ; G.P. Dolso, *Giudici e Corte alle soglie del giudizio di costituzionalità*, Milan, Giuffrè, 2003 ; L. Azzena, *La rilevanza nel sindacato di costituzionalità dalle origini alla dimensione europea*, Naples, Jovene, 2012.

¹⁴⁰² Le contrôle par voie d'exception fait l'objet d'un grand nombre d'ouvrages et de contributions de la part de la doctrine italienne. Sans pouvoir présenter une bibliographie exhaustive, on doit mentionner, du moins, les suivants : G. Abbamonte, *Il processo costituzionale italiano. Il sindacato incidentale*, Naples, Jovene, 1957 ; F. Modugno, « Riflessioni interlocutorie sull'autonomia del giudizio costituzionale », *Rassegna di diritto pubblico*, 1966, p. 221 et suiv. ; A. Giardino Carli, *Giudici e Corte costituzionale. Gli elementi diffusi del nostro sistema di giustizia costituzionale*, Milan, Giuffrè, 1988 ; Corte costituzionale, *Giudice a quo e promovimento del processo costituzionale*, Milan, Giuffrè, 1990 ; A. Spadaro, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Naples, Edizioni Scientifiche Italiane, 1990 ; A.M. Nico, *L'accentramento e la diffusione nel giudizio sulle leggi*, Turin, Giappichelli, 2007 ; S. Bagni, *La questione incidentale nel controllo di costituzionalità. I sistemi italiano e spagnolo a confronto nel quadro dei modelli elaborati dalla dottrina*, Bologne, Clueb, 2007 ; L. Delli Priscoli – P.G. Demarchi, *L'eccezione di incostituzionalità: profili processuali*, Bologne, Zanichelli, 2008 ; N. Pignatelli, *Le “interazioni” tra processo amministrativo e processo costituzionale in via incidentale*, Turin, Giappichelli, 2008.

¹⁴⁰³ Cf. H. Kelsen, « Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution », *The Journal of Politics*, vol. IV, 1942, n° 2, p. 183.

de Constitution rédigé sous le régime de Vichy, qui, à l'article 37, introduisait un contrôle par voie d'exception très proche de celui qui sera mis en place en Italie.

En réalité, ces quelques exemples n'avaient qu'une valeur très limitée : le contrôle par voie d'exception était, en 1948, moins une procédure associée aux dictatures qu'une grande inconnue. Autrement dit, lorsqu'on introduisait cette compétence, on ne savait pas vraiment ce qu'elle pourrait devenir. Ceci augmentait considérablement les risques d'un échec, qui aurait mis à mal non seulement le contrôle *a posteriori* des lois mais aussi le système de justice constitutionnelle en général.

La solution retenue par la loi constitutionnelle n° 1 de 1948 était, en soi, le résultat d'un compromis entre la position des libéraux, qui prônaient l'introduction d'un contrôle diffus à l'américaine (dont un embryon avait été entrevu avant le fascisme¹⁴⁰⁴), et celle qui cherchait à limiter autant que possible les pouvoirs de la nouvelle institution. Dans la situation italienne de l'après-guerre, la solution finalement adoptée cachait le risque que la justice constitutionnelle n'arrive pas à jouer un rôle significatif au sein de l'ordre juridique : l'œuvre d'épuration ayant été très partielle et superficielle, un certain nombre de juges ordinaires se révélaient compromis avec le fascisme et, en tout état de cause, la grande majorité d'entre eux (dont surtout ceux qui siégeaient dans les plus hautes instances) avait achevé leurs études et s'était formé bien avant que les principes inspirateurs de la République se répandent sur les ruines matérielles et morales de la dictature. En d'autres termes, le choix de laisser aux juges le pouvoir de saisir la Cour pouvait bien se révéler le moyen par lequel raréfier les questions soulevées, jusqu'à les rendre trop peu nombreuses pour que la Cour constitutionnelle puisse donner son empreinte au nouveau régime. La tradition hostile à tout empiètement des juges sur le domaine politique et même un passé caractérisé par des tendances légicentristes (atténuées seulement en raison du développement considérable des pouvoirs normatifs de l'Exécutif) autorisaient un certain pessimisme. Le fait même que l'article 101, alinéa 2, de la Constitution énonce le principe selon lequel « les juges ne sont soumis qu'à la loi » pouvait se prêter à des interprétations stérilisantes, quoique l'emploi du terme « loi » ne soit pas à rapporter à l'acte législatif, étant évidemment le vestige d'un positivisme radical qui définissait le droit en se référant uniquement au droit positif et qui assimilait l'essentiel de celui-ci à la production législative.

Au lendemain de l'adoption de la loi constitutionnelle n° 1 de 1948, personne n'était donc en mesure de prévoir ce que le contrôle par voie d'exception deviendrait, tout résultat étant possible et donc toute prévision étant hasardeuse. En général, il s'agissait, pour certains, d'une tentative extrême de chercher à briser le développement futur de l'institution chargée de veiller sur l'activité du législateur ; pour d'autres, il s'agissait d'un pari sur l'attitude des juges.

¹⁴⁰⁴ Sur la justice constitutionnelle italienne précédente à l'avènement de la République et à l'entrée en fonction de la Cour constitutionnelle, voir F. Racioppi, « Il sindacato giudiziario sulla costituzionalità delle leggi », *La legge*, 1905, p. 705 et suiv. ; A. Pizzorusso, « Garanzie costituzionali », *Commentario della Costituzione*, sous la direction de G. Branca, article 134, Bologne – Rome, Zanichelli – Il Foro italiano, 1981, p. 43 et suiv. ; F. Roselli, « Giudici e limiti al potere legislativo vigente lo Statuto albertino », *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1986, p. 476 et suiv. ; J. Luther, *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'Ottocento*, Turin, Giappichelli, 1990, p. 190 et suiv. ; P. Costanzo, « Disposizioni transitorie e finali I-XVIII. Leggi costituzionali e di revisione costituzionale (1948–1993) », *Commentario della Costituzione*, sous la direction de G. Branca et de A. Pizzorusso, disp. trans. VII, Bologne – Rome, Zanichelli – Il Foro italiano, 1995, p. 143 et suiv. ; M. Bignami, *Costituzione flessibile, Costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848-1956)*, Milan, Giuffrè, 1997, p. 27 et suiv.

En reprenant la métaphore de la vie humaine, on peut dire qu'au moment de la conception on ne savait pas vraiment ce qui allait naître. Et même tout au long de la gestation, on aurait eu du mal à dégager des idées plus précises. Les expériences précédentes n'étant pas très parlantes et les techniques échographiques n'ayant pas encore vu le jour (hors de toute métaphore, le droit comparé ne pouvant pas aider à imaginer des scénarios pour l'avenir de la Cour constitutionnelle), le contrôle par voie d'exception est resté une énigme jusqu'au moment où la Cour a été concrètement mise en place.

La gestation a pourtant été bien plus longue que la période naturelle chez les êtres humains : les premières décisions de la Cour n'arriveront, en effet, que huit ans après la loi constitutionnelle n° 1 de 1948 et trois ans après la loi ordinaire qui la mettait en œuvre. À vrai dire, la longueur de la gestation n'est pas un trait qui est propre au contrôle par voie d'exception ni même à la Cour constitutionnelle : la Constitution républicaine a connu, pendant un certain temps, des obstacles très forts à sa mise en œuvre, qui ont conduit à une diffusion retardée des principes affirmés par l'Assemblée constituante. La Cour constitutionnelle n'a donc été qu'une des institutions qui ont dû attendre pour voir le jour ; les huit ans de retard se sont même révélés une anticipation par rapport à d'autres mises en place : par exemple, pour le Conseil supérieur de la magistrature il faudra attendre 1958, tandis que pour les Régions ordinaires l'espace d'une génération sera écoulé lorsqu'elles commenceront leur activité, au début des années soixante-dix. Autant dire que si le contrôle de la constitutionnalité des lois par voie d'exception a connu une gestation très longue, cela dérive moins de sa conception tourmentée que de la situation générale du système italien de l'après-guerre et de la difficulté de celui-ci à réaliser les engagements pris avec l'histoire lors de la chute du fascisme¹⁴⁰⁵.

III / Une enfance « héroïque »

Toutes les études portant sur l'histoire de la Cour constitutionnelle soulignent le rôle fondamental que l'institution a joué dans l'avancée des valeurs républicaines et dans l'élimination des réglementations issues du régime fasciste¹⁴⁰⁶. Un rôle que l'on pourrait qualifier d'« héroïque », du moins si l'on tient compte de l'immobilisme du législateur et de la difficulté qui était propre à une institution qui venait d'être mise en place de se substituer (voire, en quelque sorte, de censurer indirectement pour omission) les représentants du peuple¹⁴⁰⁷.

¹⁴⁰⁵ Sur le retard dans la mise en place de la Cour constitutionnelle, voir P. Costanzo, « Aspetti tecnici dell'esperienza storica di controllo di costituzionalità "diffuso" nell'ordinamento italiano », in *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, Padoue, Cedam, 1995, p. 247 et suiv. ; M. Bignami, *op. cit.*, p. 149 et suiv., A. Simoncini, « L'avvio della Corte costituzionale e gli strumenti per la definizione del suo ruolo : un problema storico aperto », *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, p. 3065 et suiv. ; U. De Siervo, « L'istituzione della Corte costituzionale : dall'Assemblea costituente ai primi anni di attività della Corte », in P. Carnevale – C. Colapietro (sous la direction de), *op. cit.*, p. 55 et suiv.

¹⁴⁰⁶ Contrairement à ce qui s'est produit en Allemagne et, plus tard, en Espagne, l'entrée en vigueur de la Constitution n'a pas produit l'abrogation (implicite) de toute législation antérieure contraire, mais son inconstitutionnalité survenue, d'où la nécessité pour la Cour constitutionnelle d'intervenir afin d'éliminer des dispositions incompatibles avec la nouvelle Constitution que les juges étaient autrement obligés d'appliquer. Cette interprétation des rapports entre la Constitution et les lois antérieures a été énoncée par la Cour même dès sa première décision (arrêt du 14 juin 1956, n° I).

¹⁴⁰⁷ Sur le contrôle des omissions législatives, voir C. Mortati, « Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore », in *Raccolta di scritti*, Milan, Giuffrè, 1972,

Malgré ces difficultés, la Cour a donc réussi, dès les premières années, à s'imposer au sein de l'ordre juridique, ce qui a été rendu possible par l'efficacité des voies d'accès à la Cour et, en particulier, de celle qui avait été conçue comme la voie « ordinaire », c'est-à-dire, justement, l'exception d'inconstitutionnalité.

Une telle constatation se fonde, bien évidemment, sur la « qualité » des décisions rendues et sur leur impact ; en outre, quelques éléments statistiques peuvent également venir à son appui ¹⁴⁰⁸.

Le succès du contrôle par voie d'exception résulte, en premier lieu, du nombre des renvois opérés par les juges ordinaires au cours des premières années d'activité de la Cour. D'abord, il est à remarquer que chaque année les renvois ont dépassé le seuil de la centaine, à l'exception des 52 renvois de 1958 et des 95 de 1960 ¹⁴⁰⁹. Ce qui compte plus encore est, toutefois, que le nombre s'est progressivement (mais très rapidement) élevé, pour atteindre, dès 1961, le chiffre de 200 par année, en dessous duquel on n'est resté qu'en 1964, lorsque les renvois ne sont pas allés au-delà de 193. L'augmentation des renvois s'est poursuivie pendant plusieurs années, jusqu'à dépasser les 400 à partir de 1969 (avec une seule exception : les 395 de 1970) et atteindre les 550 en 1974, l'année que nous avons identifiée comme la dernière de l'« enfance ». Une telle augmentation a conduit à une concentration progressive du contentieux constitutionnel sur le contrôle par voie d'exception ¹⁴¹⁰ : sur le total des affaires parvenues à la Cour chaque année, les ordonnances de renvoi ne sont jamais descendues en dessous de 65 % (en 1958), mais ce qui compte plus encore est que l'on a assisté à une montée assez significative de ce taux, car si jusqu'en 1963 le contrôle par voie d'exception occupait – hormis en 1958 – 78,89 % (en 1963) à 92,95 % (en 1961) du contentieux devant la Cour, dans la période successive il n'est plus descendu sous 87,97 % (en 1965), exception faite de l'année 1972 (83,04 %), et a parfois même atteint un quasi-monopole, notamment en 1969, lorsque 96,73 % des affaires soumises à la Cour ont été des ordonnances de renvoi.

La Cour constitutionnelle, pour sa part, a certainement favorisé le développement de cette voie d'accès et a su en tirer profit. Le risque de se voir peu sollicitée par les juges ou même de faire l'objet d'un boycott de la part, notamment, des juridictions suprêmes, a poussé la Cour à adopter une attitude très large dans le contrôle de la subsistance des conditions requises pour soulever les questions de constitutionnalité. C'est ainsi, par exemple, que les notions de « juge » et de « procès », qui avaient été insérées par la loi constitutionnelle n° 1 de 1948 afin d'introduire deux conditions cumulatives nécessaires pour soulever la question, ont longtemps été conçues comme quasiment alternatives, d'où la possibilité de saisir la Cour offerte à tout sujet qui, même en ne faisant pas partie de l'ordre judiciaire, se trouve exercer une fonction assimilable à celle du juge. De même, une fois la condition subjective acquise (c'est-à-dire, le sujet étant un « juge »), la Cour a ouvert la voie à des questions soulevées au

vol. III, p. 923 et suiv. ; I. Villaverde Menéndez, « L'incostituzionalità per omissione dei silenzi del legislatore », *Giurisprudenza costituzionale*, 1996, p. 3961 et suiv. ; G. Longo, *Sull'omissione legislativa come ipotesi di controllo del politico*, Lecce, Pensa, 2006.

¹⁴⁰⁸ Les éléments statistiques auxquels nous ferons référence sont tirés de l'« *Appendice statistica* » insérée dans *1956-2006. Cinquant'anni di Corte costituzionale*, Rome, Corte costituzionale, 2006, p. 1895 ss. ; ces éléments ont été mis à jour (pour la période 2006-2012) sur la base de ceux qui sont diffusés chaque année par la Cour. Ces statistiques figurent dans l'annexe n° 6 du rapport.

¹⁴⁰⁹ Voir le Tableau n° 1 et le Diagramme 1a en annexe.

¹⁴¹⁰ Voir le Tableau n° 1 et le Diagramme 1b en annexe.

cours de procédures non-contentieuses, à propos desquelles l'existence d'un « procès » était loin d'être incontestable ¹⁴¹¹.

Cette attitude « bienveillante » à l'égard des saisines a permis de neutraliser la méfiance – voire parfois l'hostilité – de la Cour de cassation, qui a cherché pendant un certain temps à conforter son rôle en marginalisant la nouvelle institution ¹⁴¹². La Cour constitutionnelle a donc créé des conditions favorables pour s'imposer comme le garant de la Constitution et, avant tout, comme son paladin vis-à-vis d'une classe politique souvent très (trop, dirait-on) prudente dans la mise en œuvre de la révolution juridique projetée par l'Assemblée constituante.

L'importance des affaires traitées n'a pas empêché que même du point de vue quantitatif l'activité de la Cour connaisse un développement considérable. Cela était évidemment indispensable afin d'assurer l'efficacité du contrôle par voie d'exception : en l'absence de délais fixés pour la décision des affaires en instance, le fait d'assurer la décision la plus rapide possible, d'un côté, répondait à un impératif de justice et, de l'autre, évitait que les juges ordinaires (et les parties des procès en cours) puissent avancer des réserves vis-à-vis d'une procédure dont la longueur aurait pu dissuader de soulever des questions à l'égard de dispositions dont l'inconstitutionnalité ne paraissait pas évidente. Autrement dit, pour que le contrôle par voie d'exception puisse s'imposer comme la voie d'accès « de droit commun » dans le système italien de justice constitutionnelle, la Cour a dû, dès le début de son activité, démontrer constamment sa capacité à maîtriser un nombre élevé et grandissant de saisines.

Pour preuve d'une telle maîtrise on peut faire référence aux éléments statistiques concernant le nombre des affaires traitées et le nombre des décisions par année ¹⁴¹³. Là aussi on constate une montée du nombre d'affaires traitées, même si l'augmentation a été moins progressive que celle des saisines ¹⁴¹⁴. En effet, dans les dix premières années d'activité, trois fois seulement le chiffre a dépassé le seuil des deux centaines : en 1956 (201), en 1962 (233) et en 1963 (286) ; dans la même période, trois fois on est resté en dessous de la centaine : en 1958 (74), en 1959 (64) et en 1961 (91). L'augmentation est démontrée par le fait que, depuis

¹⁴¹¹ Sur les notions de « juge » et de « procès » dans le cadre du contrôle par voie d'exception, voir P. Giocoli Nacci, *L'iniziativa nel processo costituzionale incidentale*, Naples, Jovene, 1963 ; B. Caravita, *Corte "giudice a quo" e introduzione al giudizio sulle leggi*, Padoue, Cedam, 1985 ; R. Romboli, « Poteri decisori o istruttori, funzioni amministrative o giurisdizionali, legittimazione del giudice a quo », *Giurisprudenza costituzionale*, 1986, I, p. 756 et suiv. ; P. Ciarlo – G. Pitruzzella – R. Tarchi (sous la direction de), *Giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Turin, Giappichelli, 1997 ; S. Bartole, « I requisiti dei procedimenti giurisdizionali e il loro utilizzo nella giurisprudenza costituzionale », *Giurisprudenza costituzionale*, 1999, p. 190 et suiv. ; S. Panizza, « L'autorità giudiziaria », in R. Romboli (sous la direction de), *op. cit.*, p. 85 et suiv. ; C. Pinelli, « La nozione di giudice "a quo" fra indici di esercizio della giurisdizione e domande di giustizia costituzionale », in A. Pace (sous la direction de), *Corte costituzionale e processo costituzionale*, Milan, Giuffrè, 2006, p. 838 et suiv. ; A. Oddi, « La nozione di "giudice a quo" », in R. Balduzzi – P. Costanzo (sous la direction de), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Turin, Giappichelli, 2007, p. 28 et suiv.

¹⁴¹² Les rapports entre la Cour constitutionnelle et la Cour de cassation ont connu, surtout au cours des années soixante, des moments de tension très forte, au point que l'on a parlé même d'une « guerre » entre les deux Cours : à ce sujet, voir G. Campanelli, *Incontri e scontri tra Corte suprema e Corte costituzionale in Italia e in Spagna*, Turin, Giappichelli, 2005, p. 217 et suiv.

¹⁴¹³ Le chiffre des décisions n'est pas coïncident à celui des affaires tranchées, car la Cour, et notamment par une décision de son Président, a le pouvoir de traiter conjointement plusieurs affaires pour les décider, le cas échéant, dans une même décision : cf. l'article 15 des Normes complémentaires concernant les procès devant la Cour constitutionnelle, adoptées par la même Cour le 7 octobre 2008.

¹⁴¹⁴ Voir le Tableau n° 2 et le Diagramme 2a en annexe.

1966, le nombre d'affaires traitées n'est jamais descendu sous les 150 par an et, surtout, par la constatation que, depuis 1969, le nombre a toujours dépassé les trois centaines, pour arriver finalement à franchir, en 1974, le seuil des cinq centaines (538).

Ces chiffres sont confirmés par les statistiques concernant le nombre des décisions rendues dans le cadre du contrôle par voie d'exception, qui ont dépassé pour la première fois la centaine en 1962 et qui, depuis, sont restées en dessous de ce seuil seulement en 1965 (87) et en 1966 (95), avant de dépasser, en 1974, le seuil des deux centaines (275) ¹⁴¹⁵.

La Cour constitutionnelle a donc cherché à intensifier son activité au fur et à mesure que le nombre des saisines augmentait. La tâche n'a été remplie que dans les premières années, car la progression du nombre des saisines a engendré une accumulation des affaires à traiter ¹⁴¹⁶. À la fin de l'année 1961 les ordonnances de renvoi en attente de décision dépassaient déjà les deux centaines (204), mais jusqu'à la fin de l'année 1963 on pouvait constater une oscillation : en deux ans, le montant s'était en effet réduit à la moitié (108). À partir de 1964, toutefois, le chiffre a augmenté sans cesse, la seule réduction étant celle de l'année 1970 (-60 par rapport à la fin de l'année précédente) ; et parfois l'augmentation a été assez significative, en dépassant la centaine (+106 à la fin de l'année 1965 par rapport à l'année précédente ; +109 en 1969 ; +101 en 1973) ou même en s'approchant des deux centaines (+171 en 1971). À la suite de cette progression, à la fin de 1974, les ordonnances de renvoi à traiter étaient 818, un chiffre qui correspondait, à peu près, au nombre d'affaires traitées par la Cour dans les deux ans précédents. Cela pouvait commencer à poser des problèmes d'efficience, bien que le pire soit encore à venir.

Malgré ladite difficulté, un bilan de l'« enfance » du contrôle par voie d'exception ne saurait être que positif, tant sur le plan du développement de cette compétence que sur le plan de l'empreinte de la Cour sur le système constitutionnel italien. L'augmentation du contentieux par voie d'exception, du reste, a fortement conditionné l'activité de la Cour, jusqu'à devenir la variable fondamentale du total des affaires traitées et des décisions rendues. En effet, le contrôle par voie d'exception a couvert pas moins des sept dixièmes du total des affaires traitées (le taux minimal étant 71,15 %, en 1958) pour arriver, parfois, à dépasser les 95 % (en 1970 : 96,60 % ; en 1963 : 95,97 % ; en 1973 : 95,66 %) ¹⁴¹⁷. De même, les décisions rendues, hormis l'an 1956 (58,82 %), ont toujours dépassé les deux tiers du total, et à partir de 1962 ont toujours couvert plus des quatre cinquièmes, sauf en 1966 (73,08 %) et en 1967 (76,28 %), avec un taux maximal de 93,66 %, en 1970 ¹⁴¹⁸. Des tels taux confirment de manière indiscutable l'idée reçue selon laquelle la montée en puissance de la Cour constitutionnelle dans l'ordre juridique italien a été le résultat du succès du contrôle par voie d'exception : il est évident que sans une telle compétence la Cour n'aurait eu que des occasions relativement rares pour « faire parler » la Constitution et pour en assurer le respect vis-à-vis de l'action des pouvoirs constitués. Il est aussi évident que la Cour aurait été tout autre chose sans les questions de constitutionnalité, son rôle étant moins celui de garant suprême des droits et principes constitutionnels que celui d'un arbitre dans les litiges entre l'État et les Régions et entre les pouvoirs de l'État.

En d'autres termes, dès les premières années d'activité de la Cour, le contrôle de la constitutionnalité des lois par voie d'exception a marqué le système de justice

¹⁴¹⁵ Voir le Tableau n° 4 et le Diagramme 4a en annexe.

¹⁴¹⁶ Voir le Tableau n° 3 et le Diagramme 3a en annexe.

¹⁴¹⁷ Voir le Tableau n° 2 et le Diagramme 2b en annexe.

¹⁴¹⁸ Voir le Tableau n° 4 et le Diagramme 4b en annexe.

constitutionnelle, en devenant ainsi le trait le plus caractéristique de l'expérience italienne. Les décennies à venir ne pouvaient que confirmer cette conclusion.

IV / Les soucis de l'âge adulte

On sait qu'avec l'âge adulte, les premiers soucis arrivent. Le contrôle par voie d'exception n'a pas dérogé à cette règle, bien que cette compétence n'ait pas connu, à proprement parler, de crises ou même de graves difficultés : les soucis sont plutôt dérivés des défis auxquels la Cour s'est vue confrontée et qui ont eu des répercussions majeures sur le contrôle de la constitutionnalité des lois par voie d'exception ainsi que sur les autres compétences du juge constitutionnel.

Entre 1977 et 1979, la Cour a été appelée à juger sur la responsabilité pénale de deux ministres accusés de corruption dans le cadre de l'affaire Lockheed. Il s'agissait de la première fois que cette compétence était exercée. Et ce sera même la dernière : l'article 134 de la Constitution, dans sa version originale, réservait à la Cour le pouvoir de juger le Président de la République et les ministres lorsque leur responsabilité pénale était mise en cause ; en 1989, une réforme de la Constitution a limité cette réserve au Président de la République, en attribuant le pouvoir de juger les ministres à la juridiction pénale ordinaire¹⁴¹⁹. Les raisons qui ont inspiré la réforme sont sans doute à rechercher dans l'expérience de la décennie précédente : le procès instauré devant la Cour s'est révélé très long et pas tout à fait satisfaisant sur le plan des garanties pour les accusés ; mais ce qui a conduit le Parlement à intervenir est surtout le fait que le procès a été à l'origine de problèmes non négligeables du point de vue de l'organisation et du fonctionnement de la Cour constitutionnelle.

Le « procès Lockheed », en effet, a profondément marqué la vie de l'institution, à tel point qu'il a perturbé toute son activité juridictionnelle, en imposant un ralentissement sensible du rythme de décision. Le nombre de décisions rendues entre 1975 et 1979 est assez parlant : au total, la Cour s'était maintenue au dessus des deux centaines tant en 1975 (251) qu'en 1976 (275), pour ensuite commencer une descente qui l'aurait conduite, en 1978, à rester – pour la première fois depuis 1961 – en dessous de la centaine (95)¹⁴²⁰. Dans la même période, on a vu d'abord une augmentation des affaires traitées, pour ensuite connaître une diminution substantielle : en considérant toutes les compétences de la Cour, au cours de l'année 1976 le chiffre avait pour la première fois dépassé les sept centaines (765), pour redescendre, l'année suivante, sous les cinq centaines (485) et, en 1978, à 223, avant de remonter quelque peu, une fois le « procès Lockheed » terminé, en atteignant en 1979 le chiffre de 436¹⁴²¹.

Alors que la « capacité décisionnelle » de la Cour connaissait une crise majeure, le nombre de saisines était loin de se réduire : en 1975, le chiffre a dépassé pour la première fois les sept centaines et n'est plus retourné en dessous (exception faite des 672 de l'an 1977), pour finalement franchir, en 1979, le seuil du millier (1085)¹⁴²².

¹⁴¹⁹ À propos de cette réforme, voir A. Cariola, « La responsabilità penale del Capo dello Stato e dei Ministri : disegno costituzionale e legge di riforma », *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1990, p. 40 et suiv.

¹⁴²⁰ Voir le Tableau n° 4 et le Diagramme 4a en annexe.

¹⁴²¹ Voir le Tableau n° 2 et le Diagramme 2a en annexe.

¹⁴²² Voir le Tableau n° 1 et le Diagramme 1a en annexe.

La conséquence ultime a été une accumulation très importante des affaires à traiter, qui avaient dépassé pour la première fois le millier en 1975 (1147) et qui arriveront, à la fin de l'année 1979, à 2582.

Le contrôle par voie d'exception n'est évidemment pas ressorti indemne de cette crise, pour la simple et bonne raison que cette voie d'accès est restée la compétence absolument prépondérante dans le cadre du contentieux constitutionnel. Par rapport au total, les taux des décisions rendues à la suite du contrôle par voie d'exception, ainsi que des affaires traitées et des saisines sont restés à peu près constants tout au long de la période 1975 à 1979. Parmi les décisions rendues, le contrôle par voie d'exception n'est jamais allé en dessous de 72,63 % (en 1978) et est même arrivé à 89,64 % (en 1975) ¹⁴²³. En ce qui concerne les affaires traitées, on est resté en dessous – mais de peu – des neuf dixièmes du total seulement en 1978 (88,34 %) ¹⁴²⁴. Des pourcentages tout à fait comparables ont été enregistrés pour les saisines, le minimum étant de 89,23 %, en 1978 : il n'est pas sans portée, du moins du point de vue symbolique, que le dépassement, en 1979, du millier des saisines totales a coïncidé avec le dépassement du même seuil par les ordonnances de renvoi (1028, soit 94,75 % du total) ¹⁴²⁵. L'augmentation des ordonnances de renvoi à traiter voyait le dépassement des mêmes seuils psychologiques enregistrés pour l'ensemble des affaires à traiter : le millier étant dépassé en 1975 (1059), quatre ans plus tard on assistera au franchissement de la barre des deux milliers (2354) ¹⁴²⁶.

Les années quatre-vingt s'ouvraient donc avec le fardeau des affaires à traiter, qui pesait sur la Cour en général, mais en particulier sur le contrôle par voie d'exception : c'était évident que seule la solution des difficultés de celui-ci aurait pu résoudre les difficultés de l'institution.

Tout au long de la décennie, la Cour a cherché à augmenter sa « capacité décisionnelle ». Il s'agissait de la seule possibilité pour réduire les affaires en instance, car le nombre d'ordonnances de renvoi arrivées à la Cour n'a pas connu de réduction significative : entre 1980 et 1988, chaque année la Cour a reçu au moins huit cents saisines de la part des juges, exception faite de 1981 (669), et pour deux ans consécutifs (1983 et 1984) le chiffre a même largement dépassé le millier, en atteignant le record absolu de 1384 (en 1984) ¹⁴²⁷.

La « productivité » de la Cour dans le cadre du contrôle par voie d'exception peut être mesurée, d'abord, en faisant référence au nombre de décisions rendues par an, qui s'est accru assez constamment au cours des années quatre-vingt, pour arriver, en 1988, au chiffre le plus élevé de l'histoire de la Cour : au cours d'une seule année, les décisions rendues ont dépassé le millier (1170) pour l'ensemble des compétences de la Cour ¹⁴²⁸. 76,58 % ont été rendus à la suite d'ordonnances de renvoi (896) : il est à noter que ce pourcentage est un des plus bas de l'« âge adulte » de la Cour (seulement en 1978 le contrôle par voie d'exception est resté en dessous de cette valeur) ; autant dire que la centralité de cette compétence par rapport à la vie de l'institution a été invariablement confirmée tout au long de l'« âge adulte », le taux se maintenant toujours au dessus des quatre cinquièmes (à quatre exceptions près : 1977, 1978,

¹⁴²³ Voir le Tableau n° 4 et le Diagramme 4b en annexe.

¹⁴²⁴ Voir le Tableau n° 2 et le Diagramme 2b en annexe.

¹⁴²⁵ Voir le Tableau n° 1 et le Diagramme 1b en annexe.

¹⁴²⁶ Voir le Tableau n° 3 et le Diagramme 3a en annexe.

¹⁴²⁷ Voir le Tableau n° 1 et le Diagramme 1a en annexe.

¹⁴²⁸ Voir le Tableau n° 4 et le Diagramme 4a en annexe.

1988 et 1993) et parfois même dépassant les neuf dixièmes (en 1982 : 94,74 % ; en 1984 : 95,47 % ; en 1987 : 90,48 %) ¹⁴²⁹.

Le rapport entre le montant des affaires traitées au total et les ordonnances de renvoi traitées au cours de chaque année confirme de manière incontestable, d'un côté, l'augmentation progressive de la « capacité décisionnelle » de la Cour et, de l'autre, l'importance du contrôle par voie d'exception. À partir de l'an 1980, le nombre des ordonnances de renvoi traitées par année a connu une percée : alors qu'auparavant le sommet avait été atteint avec 705 en 1976, en 1980 le nombre était déjà de 981, pour dépasser, pendant le quinquennat 1984-1988, le millier, avec le nouveau sommet, en 1988, de 1731 ¹⁴³⁰. Dans ces années-là, l'attention pointée sur le contrôle par voie d'exception a fait en sorte qu'il couvre presque invariablement 90 % du total des affaires traitées (le pourcentage le plus bas étant celui de 1988 : 83,26) ¹⁴³¹.

L'augmentation des affaires traitées est progressivement arrivée, d'abord, aux mêmes niveaux du nombre des saisines, pour ensuite le dépasser bien nettement. Par conséquent, jusqu'en 1986, le chiffre des affaires à traiter à la fin de l'année était resté au dessus des deux milliers, et avait même touché, en 1983 (3090) et en 1984 (3087), les trois milliers ¹⁴³². Dans ce cadre, les ordonnances de renvoi couvraient la plupart du contentieux ¹⁴³³, en arrivant jusqu'à 2706 ordonnances à traiter à la fin de l'an 1983. À partir de 1987, la réduction des affaires en instance est devenue sensible (-707 affaires au total et -625 ordonnances de renvoi par rapport à l'année précédente), avant de devenir « spectaculaire » en 1988 (-1183 au total et -911 ordonnances de renvoi).

L'année 1988 a donc été une année charnière : les efforts pour traiter le plus grand nombre possible d'affaires ont été maximaux, ce qui a permis de sortir des difficultés liées à l'accumulation des affaires en instance. Dès l'année suivante, une réduction des décisions et des affaires traitées pouvait être entrevue, car la crise était désormais terminée. En effet, la période 1989 à 1995 est une période pendant laquelle les éléments statistiques sont assez homogènes. Les saisines au total ont connu une progression, sans pour autant qu'aucune percée se manifeste : les 834 saisines de l'année 1989 ont doucement augmenté jusqu'aux 957 de 1994 ; pareillement, les ordonnances de renvoi sont passées des sept centaines (698) en 1989 aux huit centaines des années 1992 à 1994 (respectivement : 807, 809 et 803) ; seulement en 1995 une montée significative s'est manifestée, avec 1055 saisines, dont 951 par voie d'exception ¹⁴³⁴. Même pour ce qui a trait aux affaires traitées, le rythme a été assez uniforme, puisque la Cour a traité un nombre d'affaires par an compris entre les 829 de 1991 et les 1045 de 1989, avec la seule exception de 1992, année pendant laquelle les affaires traitées n'ont été que 714 ; dans le cadre du contrôle par voie d'exception, les valeurs sont comprises entre les 717 de 1991 et les 925 de 1989, l'exception de 1992 se proposant à nouveau en raison des 595 ordonnances de renvoi traitées ¹⁴³⁵. En général, le poids du contrôle par voie d'exception, tant pour les saisines que pour les affaires traitées, s'est confirmé au dessus des quatre cinquièmes, sans toutefois ne plus dépasser les neuf dixièmes, abstraction

¹⁴²⁹ Voir le Tableau n° 4 et le Diagramme 4b en annexe.

¹⁴³⁰ Voir le Tableau n° 2 et le Diagramme 2a en annexe.

¹⁴³¹ Voir le Tableau n° 2 et le Diagramme 2b en annexe.

¹⁴³² Voir le Tableau n° 3 et le Diagramme 3a en annexe.

¹⁴³³ Voir le Tableau n° 3 et le Diagramme 3b en annexe.

¹⁴³⁴ Voir le Tableau n° 1 et le Diagramme 1a en annexe.

¹⁴³⁵ Voir le Tableau n° 2 et le Diagramme 2a en annexe.

faite des saisines enregistrées au cours de l'année 1995, lorsque les ordonnances de renvoi ont couvert 90,14 % du total ¹⁴³⁶.

L'allure redevenue « normale » du contentieux constitutionnel a donné lieu à une stabilité relative du nombre des affaires à traiter, qui n'a plus augmenté de manière significative après la réduction à 624 (dont 578 ordonnances de renvoi) à la fin de 1988 ¹⁴³⁷. En 1990 on a atteint la valeur minimale, avec 337 saisines à traiter, dont 281 ordonnances de renvoi (pour trouver des chiffres moins élevés il fallait remonter à l'année 1966). Par la suite, une augmentation progressive s'est vérifiée, conduisant en 1995 à des valeurs similaires à celles de 1988 (658 au total, dont 602 ordonnances de renvoi), qui étaient en tout état de cause bien en dessous de celles qui avaient caractérisé la période de la crise : les six centaines d'affaires en instances représentaient, en effet, un montant inférieur à celui de l'an 1971 (701), qui n'avait pourtant marqué que le début d'une progression qui allait durer pour plus de dix ans.

À l'« âge adulte » les engagements sont plus lourds qu'au cours de l'enfance. Il faut donc que l'on ait la capacité de les maîtriser de manière efficace, tant sur le plan de l'emploi du temps que sur celui de la qualité des réponses aux requêtes et aux sollicitations. La Cour constitutionnelle a eu quelques difficultés à entrer dans le nouveau rôle que l'âge imposait et a failli se trouver submergée par les responsabilités. Petit à petit, au cours des années quatre-vingt, elle a réussi à se doter de moyens aptes à faire face aux nouveaux défis. Ces défis n'étaient plus d'ordre qualitatif : la Cour avait déjà fait la preuve qu'elle était un excellent garant de la Constitution et un acteur institutionnel capable de jouer à plusieurs reprises un rôle de suppléance vis-à-vis du législateur dans la mise en œuvre des principes constitutionnels. Les véritables défis étaient donc plutôt d'ordre quantitatif : la Cour devait arriver à réduire, voire éliminer l'accumulation des affaires en instance, afin de rendre ses décisions dans des délais raisonnables. À cette fin, la Cour a employé deux atouts décisifs, c'est-à-dire le changement des critères de filtrage des questions et la simplification des procédures aboutissant à la décision des affaires ¹⁴³⁸.

Sur le premier point, on a pu constater, au paragraphe précédent, qu'au début de son activité la Cour a opté pour une attitude assez bienveillante vis-à-vis des questions qu'on lui adressait, en acceptant de juger sur le fond un certain nombre de saisines dont la recevabilité n'était pas incontestable. Sur la base du succès que le contrôle par voie d'exception avait connu et du nombre croissant des ordonnances de renvoi, le risque d'être condamnée à jouer un rôle marginal n'existait plus ; le problème était plutôt celui de limiter – pour ainsi dire – ce succès. Il n'était plus nécessaire de conserver une attitude visant à limiter les cas d'irrecevabilité, car il s'agissait, désormais, d'éviter la dérive du contrôle par voie d'exception découlant de critères de recevabilité trop généreux. En d'autres termes, la Cour a dû progressivement restreindre les situations permettant de soulever des questions et les autorités ayant le pouvoir de saisine pour freiner le rythme d'augmentation des ordonnances de renvoi ; c'est dans ce cadre que l'attitude bienveillante des premières années a laissé la place à une jurisprudence assez restrictive à l'égard du pouvoir de soulever des questions de constitutionnalité.

¹⁴³⁶ Voir les Tableaux n^{os} 1 et 2 et les Diagrammes 1b et 2b en annexe.

¹⁴³⁷ Voir le Tableau n^o 3 et le Diagramme 3a en annexe.

¹⁴³⁸ Pour l'analyse des innovations des années quatre-vingt visant à réduire le nombre des affaires en instance, voir R. Romboli (sous la direction de), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1987-1989)*, Turin, Giappichelli, 1990 ; R. Romboli (sous la direction de), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Atti del seminario di Pisa del 5 maggio 1990, Turin, Giappichelli, 1991.

La Cour constitutionnelle a agi aussi sur son propre fonctionnement, afin de réduire les temps nécessaires pour arriver à une décision, par le biais du recours de plus en plus massif à des procédures simplifiées. À ce propos, il est à souligner que les décisions de la Cour peuvent être adoptées par arrêt ou par ordonnance¹⁴³⁹ ; celle-ci est une décision qui est, en principe, moins importante (elle ne comporte jamais un dispositif d'inconstitutionnalité) et qui est adoptée à la suite d'une procédure plus rapide par rapport à celle aboutissant à un arrêt : aux termes de l'article 18 de la loi n° 87 de 1953 et des Normes complémentaires dont la Cour s'est dotée, la Cour est autorisée à rendre des ordonnances dans le cas de questions qui sont « manifestement » à rejeter ou dont l'irrecevabilité est « manifeste »¹⁴⁴⁰.

Effectivement, dans les années quatre-vingt, le choix entre arrêt et ordonnance a connu des changements majeurs. Au cours des premières décennies d'activité, la forme « normale » des décisions avait été l'arrêt : au cours de trois ans seulement (1958, 1962 et 1978) le nombre d'ordonnances rendues dans le cadre du contrôle par voie d'exception avait dépassé celui des arrêts et, du moins jusqu'à l'année 1976, la règle était plutôt celle d'avoir un nombre d'arrêts doublant celui des ordonnances (ce qui s'est produit à quatorze reprises), en arrivant même à couvrir (en 1966 et en 1967) les quatre cinquièmes du total des décisions rendues à la suite d'ordonnances de renvoi des juges¹⁴⁴¹. Dans la décennie 1983 à 1992, par contre, le nombre des arrêts n'a été supérieur (et de peu) à celui des ordonnances qu'en 1986, et pour trois ans consécutifs (1988 à 1990) est même resté en dessous d'un tiers du total des décisions suivant des exceptions d'inconstitutionnalité, ce qui s'était auparavant avéré seulement au cours d'une année très particulière (pour les raisons que nous avons exposé plus haut), c'est-à-dire en 1978. La Cour a donc élevé le standard identifiant l'importance d'une affaire, pour créer les conditions d'un recours souvent massif à la procédure simplifiée aboutissant à une décision par voie d'ordonnance. Une telle orientation a tiré son origine de la nécessité de réduire les affaires en instance qui s'étaient accumulées à la fin des années soixante-dix, mais, une fois la crise terminée, elle n'a pas été démentie. On peut constater, en effet, qu'après une très courte période caractérisée par une nouvelle (légère) prépondérance des arrêts (en 1993 et en 1994) et par un cas d'égalité (en 1995), l'ordonnance est redevenue la forme « ordinaire » de décision : pour preuve, depuis 1996, le bilan annuel des décisions rendues dans le cadre du contrôle par voie d'exception a toujours vu une majorité d'ordonnances. On peut donc conclure, sur ce point, que la situation particulière des années quatre-vingt a produit des effets qui ont survécu à la réduction des affaires en instance ; ces effets se sont ainsi stabilisés, en contribuant à rendre la procédure devant la Cour sans doute plus rapide, mais aussi – peut-être – parfois quelque peu hâtive.

V / La maturité atteinte (... ou s'agit-il d'un troisième âge précoce ?)

Les quarante ans sont l'âge de la maturité. L'expérience commence à influencer les choix et les comportements, et permet souvent de regarder les uns et les autres sous des angles

¹⁴³⁹ Voir A. Pizzorusso, « Sentenza e ordinanza della Corte costituzionale », *Novissimo Digesto italiano, Appendice*, Turin, Utet, 1987, p. 47 et suiv.

¹⁴⁴⁰ À ce propos, voir R. Romboli, « Passato e avvenire della "manifesta infondatezza" », *Giurisprudenza costituzionale*, 1983, I, p. 1120 et suiv. ; M. Luciani, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padoue, Cedam, 1984 ; V. Angiolini, *La "manifesta infondatezza" nei giudizi costituzionali*, Padoue, Cedam, 1988 ; A. Anzon, « Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale », *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, p. 3199 et suiv.

¹⁴⁴¹ Voir le Tableau n° 6 et les Diagrammes 6a et 6b en annexe.

nouveaux. On change, parce qu'on se concentre sur certaines choses et on en néglige d'autres ; on a tendance à gérer les efforts, laissant parfois de côté la générosité du passé au profit d'une plus grande introspection.

À l'instar de ce qui se produit pour les êtres humains, autour des quarante ans même le contrôle de la constitutionnalité des lois par voie d'exception a connu des changements majeurs. On ne saurait identifier un moment précis de la transformation, celle-ci étant plutôt le fruit d'un processus assez long, déclenché par plusieurs événements et par certains choix opérés par la Cour constitutionnelle. Avant de rechercher les causes de la transformation, il paraît utile de fournir quelques éléments permettant de mesurer son ampleur. À cette fin, le recours aux chiffres est le plus neutre et le plus efficace des moyens.

Le premier aspect à analyser est l'évolution des saisines. L'année qui ouvre la phase de la maturité, 1996, est celle qui a vu le plus grand nombre de saisines au total (1500), dont 91,93 % étaient des ordonnances de renvoi, qui ont atteint un chiffre de 1379, soit un chiffre pratiquement identique au sommet qui avait été atteint en 1984 (1384)¹⁴⁴². Au fil des ans, toutefois, les ordonnances de renvoi se sont réduites en nombre et en taux par rapport au total des saisines. Dans une première période, c'est-à-dire jusqu'en 2004, la réduction a été assez contenue et a connu des oscillations, puisque le seuil du millier a été franchi encore par deux fois (en 2003 et en 2004) et on est resté en dessous des huit centaines seulement en 1999 (754) et, surtout, en 2002, lorsque les 584 saisines ont marqué la valeur minimale depuis 1974. Même pour ce qui a trait au poids des ordonnances de renvoi sur le total des saisines, la réduction a été contenue : dans la période 1997 à 2004, les ordonnances ont toujours couvert au moins les quatre cinquièmes des saisines, sauf en 2002 (lorsqu'elles ne sont pas allées au-delà de 77,15 %).

C'est néanmoins dans la période 2004 à 2012 que la réduction s'est accentuée : aux 596 ordonnances de 2005 ont suivi deux ans où le chiffre est retourné à des valeurs assez proches de ceux des années quatre-vingt-dix (701 en 2006 et 857 en 2007), pour ensuite s'écouler constamment bien en dessous des cinq centaines ; en 2011 notamment, les 286 ordonnances dont la Cour a été saisie ont représenté la valeur la plus basse depuis 1967, et en 2012 on n'a fait guère mieux (310). La réduction des valeurs absolues s'est répercutée sur le poids des ordonnances de renvoi sur le total des saisines, qui est progressivement descendu jusqu'à 57,73 %, en 2012. Alors qu'auparavant les ordonnances avaient toujours couvert au moins les trois quarts des saisines, avec la seule exception de l'an 1958, depuis 2007 elles ne sont plus arrivées à dépasser ce seuil.

L'analyse des affaires traitées fournit des résultats similaires. Là aussi on a assisté à une réduction progressive du contrôle par voie d'exception qui, tout en perdant du terrain, a quand même confirmé des chiffres et des pourcentages « traditionnels », pour ainsi dire, jusqu'en 2005, bien que des oscillations significatives aient eu lieu. En effet, dans la décennie 1996 à 2005, en cinq occasions le nombre d'affaires traitées dans le cadre du contrôle par voie d'exception a dépassé le millier, mais dans un cas on n'est pas allé au-delà des 435 (en 2003), soit la valeur la plus basse depuis 1979¹⁴⁴³. Les rapports entre le contrôle par voie d'exception et le contentieux constitutionnel en général ont suivi la même tendance, car le nombre d'affaires traitées à la suite d'ordonnances de renvoi a couvert au moins 87 % du total, exception faite de 2005 (lorsque l'on s'est tout de même approché de 85 %) et surtout de 2003 ; années au cours desquelles les ordonnances de renvoi traitées n'ont représenté que

¹⁴⁴² Voir le Tableau n° 1 et les Diagrammes 1a et 1b en annexe.

¹⁴⁴³ Voir le Tableau n° 2 et les Diagrammes 2a et 2b en annexe.

71,43 % du total, soit la valeur qui été la plus basse après celles de 1958 et de 1964. Depuis 2006, les oscillations n'ont pas disparu, mais la tendance à la réduction s'est faite bien plus évidente. En effet, le seuil du millier n'a plus été dépassé, et l'on ne s'en est approché qu'au cours de deux années, avec 945 et 797 affaires traitées (en 2007 et en 2008, respectivement) ; avant et surtout après, les affaires traitées se sont réduites dramatiquement, jusqu'à descendre, en 2012 à 260, soit la valeur la plus basse – hormis celle de l'année 1978 – depuis 1968. Ces chiffres s'associent à une réduction considérable de l'influence du contrôle par voie d'exception sur l'ensemble du contentieux : avant 2010, le contrôle par voie d'exception avait toujours couvert pas moins des sept dixièmes des affaires traitées chaque année, alors qu'au cours de ces trois dernières années dans deux cas on est resté bien en dessous de ce seuil, en dépassant à peine celui des six dixièmes (61,06 % en 2010 et 60,75 % en 2012).

Une confirmation ultérieure de cette véritable « crise » du contrôle par voie d'exception peut venir du nombre de décisions rendues chaque année. À cet égard aussi, la phase de la maturité est à diviser en deux parties. Au cours de la première, le nombre de décisions s'est maintenu assez élevé, avec des valeurs comprises entre les 350 de 2001 et les 451 de 2002. De même, les taux du contrôle par voie d'exception sur l'ensemble du contentieux se sont conformés à ceux de la tradition, en se situant entre 78,30 % (en 2001) et 87,64 % (en 1996)¹⁴⁴⁴. C'est toutefois à partir de 2003 que la crise du contrôle par voie d'exception s'est manifestée en plein jour : au cours des dix dernières années, la Cour a rendu au maximum 333 décisions, correspondant à 74,16 % du total du contentieux constitutionnel de l'an 2008. Au cours des autres années, le contrôle n'a pas franchi le seuil de 70 %, ce qui ne s'était vérifié auparavant qu'en 1956 et en 1958 ; dès 2010, on est descendu en dessous de 60 % et, dès 2011, le nombre de décisions a été inférieur aux deux centaines (la dernière fois que cela s'était produit remontait à 1981). En 2012, enfin, la descente a touché des niveaux que l'on aurait eu du mal même à imaginer il y a quelques années : les décisions n'ont été que 141 (depuis 1969, seulement dans la période 1977 à 1979 les valeurs avaient été plus basses) ; et – ce qui compte plus encore – le contrôle par voie d'exception, eu égard à l'ensemble du contentieux constitutionnel, a perdu la majorité absolue (44,62 %) et même la majorité relative, ayant été dépassé par le contrôle par voie d'action.

L'analyse des aspects quantitatifs devrait être associée à celle de la qualité des décisions. Cela ne nous est pas possible ici, car à ce propos une étude spécifique serait nécessaire. Cependant, si l'on compare les données concernant le nombre des décisions et celles des affaires traitées, on s'aperçoit qu'il existe une divergence assez forte entre les deux : cela s'explique par le recours massif à la décision conjointe de plusieurs affaires. Une telle constatation n'est pas sans conséquence à l'égard de l'appréciation du nombre des ordonnances de renvoi : en effet, on a pu remarquer qu'au cours de la dernière décennie, le nombre de saisines a été assez élevé à certains moments (notamment en 2003 et en 2004, lorsqu'un contentieux considérable s'est développé, par exemple, à l'égard de la discipline de la condition des étrangers). Le nombre était, toutefois, purement fictif, car à propos de certaines dispositions plusieurs dizaines d'ordonnances de renvoi, transmises par différents juges, ont posé des questions identiques, qui ont ensuite fait l'objet d'une décision unitaire : autant dire que même les chiffres qui auraient pu donner un soutien à la thèse contraire à l'existence d'une crise du contrôle par voie d'exception sont des chiffres dont la portée s'avère très relative. De surcroît, les décisions rendues ont souvent pris la forme d'ordonnances, preuve du peu d'importance que la Cour a souvent réservée aux questions

¹⁴⁴⁴ Voir le Tableau n° 4 et les Diagrammes 4a et 4b en annexe.

soulevées par de nombreux juges. La tendance à privilégier les ordonnances par rapport aux arrêts a conduit, entre 2001 et 2007, à adopter dans les trois quarts voire les quatre cinquièmes des cas la forme la moins solennelle de décision¹⁴⁴⁵. Plus récemment, les rapports se sont quelque peu rééquilibrés, ce qui pourrait peut-être découler de la réduction des ordonnances de renvoi et de la sélection « naturelle » des questions qui en est la conséquence. Il n'en reste pas moins que l'on ne saurait aisément démentir l'impression que les arrêts sont devenus exceptionnels dans le cadre du contrôle par voie d'exception : en 2012, par exemple, leur nombre a été de 56, ce qui signifie que la Cour a considéré que pas plus de cinq questions chaque mois méritaient un examen approfondi. Pour le reste, la procédure simplifiée aboutissant à une ordonnance (de rejet ou de non recevabilité) a été considérée suffisante.

L'ensemble des éléments que l'on vient de mentionner, comparés à ceux des quarante premières années d'activité de la Cour, autorisent une certaine inquiétude, au point que l'on peut se demander si, par hasard, ce n'est pas tellement de maturité qu'il faut parler mais plutôt d'un prélude au troisième âge, marqué par une réduction significative des énergies et – peut-être – par l'arrivée à court terme du moment de la retraite. La question peut paraître iconoclaste, mais elle n'est sans doute pas blasphème : même un Président de la Cour constitutionnelle, lors de l'entretien annuel avec la presse, est arrivé à reconnaître que la fonction de « Cour des conflits » était en train de se substituer à la fonction traditionnelle de « Cour des droits », qui est celle qui caractérise le contrôle par voie d'exception¹⁴⁴⁶.

Or, le contrôle de la constitutionnalité des lois par voie d'exception a caractérisé, dès son origine, le système italien de justice constitutionnelle, au point que les juristes et les juges italiens ont toujours manifesté – et non sans fondement – un attachement tout particulier à cette compétence. Que reste-t-il de cet « amour » ? Si ce n'était pas que les feuilles où sont imprimées les décisions de la Cour sont encore bien vivantes dans l'ordre juridique, on serait tenté de répondre à Charles Trenet par les mots de Jacques Prévert, en se plaignant que le vent du nord les a emportées. Et, en effet, le vent du nord, en provenance de Strasbourg et de Luxembourg, a soufflé. C'est justement à partir des années quatre-vingt-dix que l'on a commencé à s'interroger sur l'avenir de la Cour constitutionnelle et sur son rôle de protection des droits fondamentaux une fois qu'elle se trouve confrontée non seulement à la Cour européenne des droits de l'homme, mais aussi à une Cour de justice, à laquelle le procès d'intégration de l'Union européenne offrait de plus en plus d'occasions pour intervenir hors des questions strictement économiques. La concurrence des Cours supranationales a donné aux justiciables, dans plusieurs domaines et sur un grand nombre de problèmes, des alternatives à la question de constitutionnalité. Et si l'évolution des Cours européennes a engendré la crainte que l'on soit en présence du « prodrome d'une douce euthanasie de la jurisprudence constitutionnelle nationale sur les droits »¹⁴⁴⁷, c'est – bien évidemment – la voie d'accès à la Cour constitutionnelle conçue pour protéger les droits des justiciables qui risque de subir les conséquences les plus graves¹⁴⁴⁸.

¹⁴⁴⁵ Voir le Tableau n° 6 et les Diagrammes 6a et 6b en annexe.

¹⁴⁴⁶ Cf. V. Onida, *La giustizia costituzionale nel 2004. Introduzione del Presidente*, Palazzo della Consulta, 20 gennaio 2005, disponible sur l'internet à la page http://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_annuali/Relazione%20breve%20_Onida_.pdf, p. 19.

¹⁴⁴⁷ Cf. G. Zagrebelsky, « Corti europee e corti nazionali », in S.P. Panunzio (sous la direction de), *I costituzionalisti e l'Europa. Riflessioni sui mutamenti costituzionali nel processo d'integrazione europea*, Milan, Giuffrè, 2002, p. 553.

¹⁴⁴⁸ Sur les rapports entre la Cour constitutionnelle italienne et les Cours européennes, voir P. Falzea – A. Spadaro – L. Ventura (sous la direction de), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Turin,

Le vent du nord a incontestablement influencé le poids du contrôle par voie d'exception dans le cadre du contentieux constitutionnel. Il ne s'agit, toutefois, que d'un des facteurs qui ont contribué à réduire le poids de cette voie d'accès. À ce propos, un moment fort de l'histoire de la Cour constitutionnelle est sans doute celui de la mise en œuvre de la réforme constitutionnelle de 2001, qui a profondément changé les rapports entre l'État et les Régions¹⁴⁴⁹. Il s'agit d'une réforme aussi importante que mal écrite : l'incertitude consécutive des frontières entre les compétences restant à l'État et celles qui ont été transférées aux Régions s'est révélée dramatique, au point que même à présent des zones d'ombre demeurent assez étendues, plus de onze ans après l'entrée en vigueur de la réforme. Les problèmes ont été accrus par l'absence de dispositions transitoires et, surtout, par les retards et l'insuffisance de la législation de mise en œuvre. À défaut d'autres remèdes, la Cour constitutionnelle a été saisie de manière de plus en plus massive des litiges dérivant d'une telle incertitude. Or, ces litiges sont tranchés, en général, à la suite d'un contrôle par voie d'action, que seuls l'État et les Régions peuvent déclencher. Dans ce cadre, les dix dernières années ont été marquées par une augmentation spectaculaire de l'usage de cette voie d'accès, qui était conçue comme une compétence complémentaire par rapport au contrôle par voie d'exception et qui est arrivée ces derniers temps à en concurrencer l'hégémonie. Cette transformation est bien illustrée par l'évolution du nombre de décisions rendues dans le cadre du contrôle par voie d'action à partir de l'an 2000¹⁴⁵⁰. Avant que les litiges dérivant du nouveau texte de la Constitution arrivent à la Cour, cette compétence couvrait moins d'un dixième du contentieux ; à partir de 2003, le taux a augmenté sensiblement, atteignant les deux dixièmes (en 2004 et en 2005) et même en restant de peu en dessous d'un quart (en 2006) ; après une parenthèse de deux ans où le taux est retourné autour d'un sixième du contentieux, au cours des quatre dernières années une nouvelle progression a conduit finalement à la situation tout à fait extraordinaire (si on la replace dans l'histoire de la justice constitutionnelle italienne) du contrôle par voie d'action qui dépasse, en nombre de décisions rendues en 2012, le contrôle par voie d'exception, pour s'approcher tout près de la moitié du contentieux (47,47 %).

L'évolution du contrôle de la constitutionnalité des lois par voie d'action peut expliquer le retrait du contrôle par voie d'exception du point de vue du taux de décisions rendues sur l'ensemble du contentieux. Cependant, la « crise » de la question de constitutionnalité se

Giappichelli, 2003 ; A. D'Atena – P. Grossi (sous la direction de), *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello*, Milan, Giuffrè, 2004 ; P. Bilancia – E. De Marco (sous la direction de), *La tutela multilivello dei diritti*, Milan, Giuffrè, 2004 ; N. Zanon (sous la direction de), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Naples, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006 ; V. Sciarabba, *Tra Fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padoue, Cedam, 2008 ; P. Perlingieri, *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee*, Naples, Esi, 2008 ; D. Butturini, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano ed europeo*, Naples, Esi, 2009 ; T. Giovannetti, *L'Europa dei giudici. La funzione giurisdizionale nell'integrazione comunitaria*, Turin, Giappichelli, 2009 ; G. Martinico, *L'integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Naples, Jovene, 2009 ; G. De Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologne, il Mulino, 2010 ; G. Rolla (sous la direction de), *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni*, Milan, Giuffrè, 2010. En langue française, nous pouvons mentionner M. Luciani – P. Passaglia – A. Pizzorusso – R. Romboli, « Justice constitutionnelle, justice ordinaire, justice supranationale : à qui revient la protection des droits fondamentaux en Europe? – Rapport italien », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2004, p. 251 et suiv.

¹⁴⁴⁹ À ce sujet, en langue française, nous nous permettrons de mentionner M. Luciani – P. Passaglia, « Autonomie régionale et locale et Constitutions – Rapport italien », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2006, p. 229 et suiv.

¹⁴⁵⁰ Voir le Tableau n° 5 et les Diagrammes 5a et 5b en annexe.

manifeste aussi – et surtout – du point de vue des valeurs absolues des décisions et des affaires traitées, ainsi que des saisines des juges. C'est donc à d'autres facteurs qu'il faut faire référence pour chercher à expliquer l'évolution récente du contrôle par voie d'exception.

Un aspect s'avère, semble-t-il, décisif. Au cours des dernières décennies, et notamment à partir des années quatre-vingt-dix, la Cour constitutionnelle a encouragé l'emploi, de la part des juges ordinaires, de tous leurs outils interprétatifs afin de limiter le recours à la question préjudicielle de constitutionnalité. En d'autres termes, les juges ont été poussés, autant que possible, à ne pas demander à la Cour de déclarer l'inconstitutionnalité des dispositions législatives, mais plutôt (et préalablement) à chercher à dégager une interprétation conforme à la Constitution ¹⁴⁵¹. Une telle recherche est devenue, désormais, une condition de recevabilité des ordonnances de renvoi, car la Cour requiert que le juge arrive à la saisir seulement une fois constatée l'impossibilité de donner à la disposition contestée une interprétation susceptible de la rendre compatible avec la Constitution. Cette attitude a été consacrée par la jurisprudence constitutionnelle avec l'affirmation du principe selon lequel « les lois ne sont pas déclarées inconstitutionnelles parce que l'on peut en donner des interprétations inconstitutionnelles [...], mais parce qu'il est impossible d'en donner des interprétations constitutionnelles ». Ce passage est tiré de l'arrêt du 22 octobre 1996, n° 356, et a donné lieu à une jurisprudence désormais bien consolidée : des passages équivalents, voire identiques, sont présents, en effet, dans un bon nombre de décisions successives et la Cour s'est constamment inspirée du principe établi. La coïncidence entre le début de la phase de la maturité et l'affirmation de cette jurisprudence est, à l'évidence, loin d'être fortuite : même l'accélération de la « crise » du contrôle par voie d'exception avec quelques années de retard par rapport au début de la phase de la maturité peut être expliquée par une prise de conscience progressive de la part des juges à l'égard des pouvoirs (et des responsabilités) qu'une jurisprudence constitutionnelle toujours plus consolidée leur confiait.

Une telle mise en valeur du rôle des juges de droit commun a fait parler d'une « diffusion » du système de justice constitutionnelle ¹⁴⁵², qui serait le fruit d'une longue évolution et qui correspondrait à la maturation d'un système axé principalement sur le contrôle des lois par voie d'exception. La maturité de cette voie d'accès correspondrait donc à un recul progressif de la Cour au profit des juges ordinaires. La Cour serait finalement arrivée à pouvoir gérer ses efforts, parce que d'autres sujets auraient acquis une « sensibilité constitutionnelle » suffisante pour les rendre capables, dans la plupart des cas, d'assurer le respect de la Constitution sans besoin d'une aide externe, telle celle de la Cour. La demande d'aide serait ainsi limitée aux cas les plus importants, ceux que les juges ne seraient pas en mesure de maîtriser à eux seuls.

Une telle lecture est sans doute séduisante, dans la mesure où elle permet de conjuguer le retrait de la Cour avec l'ancrage de la Constitution au sein du système : l'institution qui a

¹⁴⁵¹ Sur l'interprétation des dispositions législatives visant à les rendre conformes à la Constitution et sur l'impact qu'une telle interprétation peut avoir sur le procès constitutionnel, voir G. Sorrenti, *L'interpretazione conforme alla Costituzione*, Milan, Giuffrè, 2006 ; P. Femia (sous la direction de), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Naples, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006 ; R. Romboli, *Qualcosa di nuovo ... anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme alla legge*, in P. Carnevale – C. Colapietro (sous la direction de), *op. cit.*, p. 89 et suiv. ; M. D'Amico – B. Randazzo, *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Atti del Convegno di Milano svoltosi il 6-7 giugno 2008, Turin, Giappichelli, 2009 ; Corte costituzionale, *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate*, Atti del Seminario (Roma, 6 novembre 2009), Milan, Giuffrè, 2010.

¹⁴⁵² Cf. E. Malfatti – R. Romboli – E. Rossi (sous la direction de), *op. cit.* ; plus récemment, voir A.M. Nico, *op. cit.*

été créée pour garantir le respect de la Constitution aurait perdu une partie de son utilité, car la Constitution pourrait désormais bénéficier d'une garantie plus diffuse. Les droits des individus seraient protégés sans que la Cour doive intervenir, sauf en des cas relativement exceptionnels ; ce serait plutôt à d'autres propos que l'intervention du juge constitutionnel s'avérerait nécessaire, dans le contentieux entre l'État et les Régions notamment. En définitive, la transformation d'une « Cour des droits » en une « Cour des conflits » ne serait que le corollaire d'exigences nouvelles qui auraient remplacé les exigences pour lesquelles le contrôle par voie d'exception avait été mis en place.

Il n'y a pas de raison de contester une analyse aussi optimiste. En ce qui concerne tout spécialement le contrôle de la constitutionnalité des lois par voie d'exception, un aspect paraît quand même à mettre en exergue. Il s'agit de l'abandon de la part de la Cour de la possibilité de moduler, pour ainsi dire, le flux des questions de constitutionnalité, à l'instar de ce qu'elle a fait dans le passé en changeant les critères de filtrage des questions selon les exigences du système. Une fois qu'elle a laissé aux juges le soin de vérifier si le respect de la Constitution peut être assuré indépendamment du déclenchement du procès constitutionnel, la Cour risque de ne plus être saisie de sujets et questions importantes, à propos desquelles elle aurait quelque chose à dire. On ne peut que souhaiter que l'on ne doive pas constater, un jour, que le défaut de saisine concerne des questions sur lesquelles la Cour aurait eu à dire quelque chose.

Conclusion

L'exposé de l'expérience italienne du contrôle de la constitutionnalité des lois par voie d'exception permet de dégager quelques aspects dont la portée ne paraît pas à cantonner dans l'ordre juridique italien. Du point de vue des juristes français, notamment, la comparaison s'avère, semble-t-il, assez stimulante sous plusieurs points de vue.

Un premier élément à mettre en exergue est la différence profonde concernant les conditions dans lesquelles les questions de constitutionnalité ont été conçues et mises en place en Italie et en France. Alors qu'en Italie la procédure était dans une large mesure une inconnue¹⁴⁵³, en France on a pu se prévaloir des expériences étrangères, de sorte que l'élaboration des dispositions réformant la Constitution et l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel a été enrichie de la possibilité de mesurer les effets que les différents choix auraient pu entraîner. Pour reprendre l'image que nous avons déjà évoquée, si en 1949 et en 1953, en Italie, on n'avait pas de moyens pour connaître la constitution de l'enfant qui allait naître, en 2008 et en 2009, en France, les techniques échographiques étaient désormais très bien développées et permettaient donc d'apprécier à l'avance un grand nombre d'éléments qui auraient caractérisé la procédure que l'on entendait mettre en place. Certes, les échographies ne peuvent pas exclure toute surprise, mais dans les grandes lignes la naissance n'est plus une véritable « découverte » : pareillement, avant même que les premières questions prioritaires de constitutionnalité arrivent, on pouvait en bonne mesure imaginer comment le Conseil aurait exercé cette nouvelle compétence.

Cela étant, les choix concernant, notamment, le filtrage des questions ne peuvent évidemment pas être qualifiés de fortuits : le législateur (constitutionnel et organique) a cherché à éviter que le Conseil constitutionnel puisse risquer d'être submergé de questions

¹⁴⁵³ Cf. *supra*, paragraphe II.

prioritaires de constitutionnalité, eu égard aux difficultés qu'un nombre trop élevé de saisines aurait pu engendrer pour le fonctionnement de l'institution.

L'expérience italienne montre qu'en effet le risque d'un flux très important de questions est constamment présent lorsque la voie d'accès à la juridiction constitutionnelle est ouverte à tous les juges.

Le choix français a neutralisé, autant que possible, un tel risque. Mais cette neutralisation n'est pas sans conséquences. Nous ne faisons pas allusion uniquement au nombre de questions prioritaires de constitutionnalité qui ont été soulevées dès la mise en place de la procédure, car son succès a été sans doute attesté par les 314 saisines qui ont été déposées au cours des trois premières années. La référence est plutôt au fait que le Conseil constitutionnel est dépourvu de la maîtrise du flux des questions : cela ne pose aucun problème lorsque les juges sont assez prêts à le saisir, mais si jamais des résistances devaient se manifester, alors le Conseil n'aurait pas la possibilité de stimuler les saisines par le biais d'une attitude « bienveillante », comme cela a été le cas pour la Cour constitutionnelle italienne au début de son activité.

On pourrait avancer l'idée que les risques d'une inactivité forcée ont déjà été évités à jamais, car les soucis à ce propos sont généralement concentrés dans les premiers temps de mise en œuvre d'une nouvelle procédure. Cependant, l'expérience italienne de ces dernières années démontre très clairement que le contrôle par voie d'exception n'est jamais complètement à l'abri des risques de marginalisation : il suffit de comparer le nombre des ordonnances de renvoi des années les plus récentes avec celles de quelques lustres en arrière pour en avoir la confirmation.

Cela dit, il faut quand même constater que la situation française est très différente sous au moins deux points de vue.

En premier lieu, les problèmes auxquels la Cour italienne a été et demeure actuellement confrontée pour ce qui a trait aux rapports avec les Cours européennes se posent de manière radicalement différente en France, car la question prioritaire de constitutionnalité a été conçue justement pour assurer au garant de la Constitution une position privilégiée dans la protection des droits fondamentaux : autrement dit, si le contrôle par voie d'exception en Italie pose des problèmes de concurrence entre la Cour nationale et les Cour supranationales, la question prioritaire de constitutionnalité française est censée résoudre ces mêmes problèmes.

En second lieu, les problèmes du contrôle par voie d'exception qui découlent de la transformation de la Cour constitutionnelle italienne se traduisant par le passage d'une « Cour des droits » à une « Cour des conflits », ne devraient pas concerner le Conseil constitutionnel français. La question prioritaire de constitutionnalité a été conçue uniquement pour la mission de protection des droits, car pour la fonction que le Conseil exerce d'arbitre dans les conflits (par exemple, entre majorité et opposition) ce sont d'autres voies d'accès à disposition, des voies d'accès qui existaient d'ailleurs bien avant que la réforme constitutionnelle de 2008 soit mise en œuvre. En Italie, par contre, le contrôle par voie d'exception a joué un rôle hégémonique, au point que c'était par les ordonnances de renvoi qu'un bon nombre de conflits institutionnels étaient tranchés. La « crise » de cette compétence vient donc aussi du fait que désormais ce sont d'autres voies d'accès que l'on utilise à ce propos ; une telle crise ne devrait pas pouvoir frapper la question prioritaire de constitutionnalité pour la simple raison qu'on ne saurait demander à cette procédure de se substituer aux compétences préexistantes ; sa nature, d'ailleurs, devrait exclure, en principe, son expansion au-delà du

domaine qu'on lui a réservé, c'est-à-dire celui de la protection contre les « atteinte[s] aux droits et libertés que la Constitution garantit » (article 61-1 de la Constitution).

La phase actuelle du contrôle par voie d'exception en Italie est toutefois marquée surtout par le développement des pouvoirs herméneutiques des juges. On a pu souligner l'importance de cette évolution pour ce qui a trait à l'affirmation de l'ancrage de la Constitution dans le système juridique ; en même temps, on a remarqué les risques qui peuvent se présenter en termes de marginalisation de la Cour. Les deux remarques ne sont pas détachables : les bénéfices dérivant d'une Constitution « à la portée de tous » coexistent nécessairement avec les dangers pour le rôle du juge constitutionnel. Pour que les bénéfices priment sur les dangers, il est crucial que ceux-ci soient autant limités que possible : sur cette base, le fait que le nombre de sujets pouvant saisir la Cour soit très élevé est un élément important afin de minimiser les risques de marginalisation.

La structure de la procédure aboutissant à une question prioritaire de constitutionnalité ne paraît pas aussi efficace. De ce fait, si la jurisprudence du Conseil allait dans le même sens que celle de la Cour italienne, on aurait peut-être du mal à s'assurer que le Conseil puisse maintenir un rôle central dans la protection des droits. En d'autres termes, pour l'observateur italien, l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité paraît largement incompatible avec une « diffusion » partielle (dans le sens que l'on a indiqué à l'égard du système italien) de la justice constitutionnelle. Dans quelques années, lorsqu'on sera en mesure de tirer le bilan de la « diffusion à l'italienne », on pourra vérifier si une telle incompatibilité a préservé le système français de quelque dérive ou bien si elle a fini par limiter la portée de la Constitution en lui empêchant de pénétrer encore plus en profondeur dans la vie des justiciables.

SECTION 2 - LES EVOLUTIONS DE LA QUESTION D'INCONSTITUTIONNALITE EN ESPAGNE

Hubert Alcaraz

Maître de Conférences à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour, IE2IA

Entre bilan et appréciation critique, loin d'une impossible présentation exhaustive de la question d'inconstitutionnalité en Espagne, il paraît opportun de rassembler les principaux enseignements, ainsi que les éventuels aménagements, que l'expérience a fait ressortir. Pourtant, la tâche peut sembler vaine tant la matière paraît marquée par une stabilité qui trouverait sa justification dans un bilan globalement très positif après un peu plus de trente ans de pratique. Sans aller jusqu'au franc contentement affiché par certains magistrats du Tribunal constitutionnel, il y a effectivement peu de débat autour de la question d'inconstitutionnalité, peu de critiques formulées à son encontre, peu de modifications réclamées. A tel point que cette satisfaction affichée mérite sans doute, pour être confirmée, d'être examinée plus en détails afin de la préciser et, peut-être, de la nuancer à la lumière des évolutions intervenues depuis l'entrée en vigueur, le 27 décembre 1978, de la Constitution espagnole¹⁴⁵⁴.

Sans doute faut-il garder à l'esprit, pour commencer et pour prendre la juste mesure de cette satisfaction affichée, que le recours direct ouvert aux justiciables, c'est-à-dire le recours d'*amparo* selon la terminologie espagnole, et les difficultés qu'il a suscité, tout autant que celles liées plus récemment au recours d'inconstitutionnalité, ont beaucoup occupé les esprits. Et ils les ont occupés bien plus que la question d'inconstitutionnalité, au point que celle-ci, sous le prisme de ces faire-valoir, est presque apparue comme une « valeur refuge », exigeant moins d'attentions et nourrissant moins d'inquiétudes.

Toutefois, l'honnêteté veut que l'on ne relativise pas excessivement les mérites de la question d'inconstitutionnalité instituée par l'article 163 de la Constitution¹⁴⁵⁵. En effet, dès sa

¹⁴⁵⁴ Le Tribunal constitutionnel a été mis en place à partir de février 1980 et a rendu sa première décision le 11 octobre 1980.

¹⁴⁵⁵ Art. 163 : « Lorsqu'un organe juridictionnel considérera, au cours d'un procès, qu'une norme ayant force de loi, s'appliquant en la matière et dont dépend la validité de l'arrêt, pourrait être contraire à la Constitution, il saisira le Tribunal constitutionnel dans les conditions, sous la forme et avec les effets établis par la loi et qui ne seront en aucun cas suspensifs ». Il est intéressant de préciser les différents textes qui peuvent ainsi se trouver soumis au Tribunal constitutionnel, en particulier pour mentionner le cas des « décrets législatifs » (articles 82 à 85 C° esp.), équivalents de nos ordonnances de l'article 38 de la Constitution : ces dispositions, adoptées sur le fondement d'une délégation législative, ont force de loi et la question d'inconstitutionnalité est donc ouverte à leur encontre, sauf si c'est le périmètre de l'habilitation qui est en cause car dans ce cas, selon la jurisprudence du Tribunal suprême, faute de respect dudit périmètre, la disposition n'a pas valeur législative et relève donc de sa seule compétence, alors même pourtant que, formellement, il s'agit d'une loi (en effet, le Tribunal suprême espagnol est seul compétent pour contrôler un décret législatif qui aurait violé l'habilitation parlementaire). Au contraire, les règlements des assemblées parlementaires, bien qu'ayant valeur législative, ne relèvent, en tant qu'actes des chambres, que de la compétence du juge ordinaire : J. Rodríguez-Zapata Pérez, « Los reglamentos parlamentarios y su posición en el sistema de fuentes del derecho español », in *Primeras jornadas de derecho parlamentario*, Madrid, Monografías del Congreso de los Diputados, 1985, p. 184. Plus généralement, A. Cano Mata, *Cuestiones de inconstitucionalidad. Doctrina del Tribunal constitucional*, Madrid, Civitas, 1986 ; A. Ribas Maura, *La cuestión de inconstitucionalidad*, Madrid, Civitas y Universitat de les Illes Balears, 1991 ; E. Corzo Sosa, *La cuestión de inconstitucionalidad*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1998.

création, elle semble avoir suscité l'approbation. Ainsi, sa naissance n'a-t-elle pas été marquée par des difficultés majeures de conception. A aucun moment il n'y eut de doute sur la nécessité de la mise en place d'un organe *ad hoc* qui en dernier recours trancherait la question de la validité des lois, d'autant plus que le constituant s'apprêtait à mettre en place un Etat politiquement décentralisé au sein duquel des conflits de compétences entre les différentes entités territoriales ne manqueraient pas de surgir. A aucun moment l'opportunité de suivre les exemples allemand et italien ne fut discutée : les rédacteurs de la Constitution de 1978 mettent en place un système dans lequel, à côté de la voie directe de contestation de la loi, est également ouverte une autre voie qui permet à tous les juges, qui à l'occasion de l'exercice de leur activité juridictionnelle estiment pouvoir douter de la constitutionnalité d'une loi applicable au litige, de s'adresser au Tribunal constitutionnel afin qu'il tranche la question de la conformité de cette disposition à la Constitution. Et depuis, ce bilan positif s'est établi à propos d'une procédure qui, en droit espagnol, revêt une importance aussi bien quantitative que qualitative et technique.

Quantitative, d'abord : en 2011, le Tribunal constitutionnel a été saisi de 51 questions d'inconstitutionnalité (contre 7098 recours d'*amparo* et 31 recours d'inconstitutionnalité)¹⁴⁵⁶. Il a rendu 22 arrêts relatifs à des questions d'inconstitutionnalité, parmi lesquels deux résolvaient des questions internes d'inconstitutionnalité¹⁴⁵⁷, chiffre auquel il convient d'ajouter 17 questions rejetées au stade de l'examen de leur admission, et ce sont au total 60 questions qui ont été résolues¹⁴⁵⁸.

Qualitative, ensuite. En effet, par rapport au recours d'inconstitutionnalité qui partage de nombreux points communs avec la question d'inconstitutionnalité et vise, comme elle, à garantir la normativité de la Constitution, la question d'inconstitutionnalité présente cet avantage supplémentaire d'être une procédure ouverte de façon permanente. Par conséquent, s'il y a eu accord entre les autorités de saisine¹⁴⁵⁹ afin de ne pas actionner un recours d'inconstitutionnalité dans les trois mois qui suivent l'entrée en vigueur de la norme¹⁴⁶⁰, celle-ci pourra néanmoins être déférée à toute époque devant le Tribunal constitutionnel par la voie de la question d'inconstitutionnalité. Au point que certains auteurs vont, aujourd'hui, jusqu'à

¹⁴⁵⁶ Ces chiffres sont tirés de la *Memoria* 2011 du Tribunal constitutionnel, accessible sur le site www.tribunalconstitucional.es. Une certaine stabilisation de ce chiffre s'est établie au-dessous de 100 et peut-être autour d'une cinquantaine. En 2010 il avait été saisi de 50 questions, 35 en 2009, 93 en 2008, 137 en 2007 et 237 en 2006.

¹⁴⁵⁷ Arrêt STC 39/2011 du 31 mars et arrêt STC 177/2011 du 8 novembre.

¹⁴⁵⁸ Les questions d'inconstitutionnalité peuvent être tranchées soit par des arrêts, soit par des *autos*, c'est-à-dire des ordonnances. Ces dernières sont des décisions par lesquelles, ici au stade de la phase d'admission, le Tribunal peut rejeter, après avoir entendu seulement le Procureur général de l'Etat (plus haut responsable du ministère public), la question ; l'*auto* est motivé (art. 37 de la loi organique relative au Tribunal constitutionnel dite LOTC), à la différence des *providencias* (art. 86 LOTC). Toutefois, les *providencias* ne sont pas rendues en matière de question d'inconstitutionnalité. En 2010, ce sont 52 questions d'inconstitutionnalité qui avaient été résolues. En 2009 et en 2008, des chiffres plus élevés, mais exceptionnels, s'établissaient respectivement à 115 et 114 questions traitées ; depuis 1999, cependant, ces chiffres oscillent entre 6 (2002) et 89 (2004).

¹⁴⁵⁹ Art. 162.1 a) C^o esp. : le Président du gouvernement, le Défenseur du peuple, 50 députés ou 50 sénateurs, les organes collégiaux exécutifs des CCAA et, le cas échéant, leurs assemblées.

¹⁴⁶⁰ Il s'agit des « lois et des dispositions normatives ayant force de loi » (art. 161.1.a C^o esp.).

s'interroger sur l'utilité du maintien du recours d'inconstitutionnalité dans le contentieux constitutionnel espagnol ¹⁴⁶¹.

Quant à l'importance technique de cette procédure de contrôle de constitutionnalité, enfin, il est possible de la préciser en recourant à un double éclairage : d'une part, en évoquant les éléments qui ont suscité de rares ajustements techniques (§ I) ; d'autre part, en mettant de cette façon en lumière, et comme en creux, des évolutions plus profondes (§ II).

I / Des ajustements techniques

Trois ajustements techniques peuvent être relevés au cours des trente ans qui se sont écoulés depuis la mise en place de la question d'inconstitutionnalité. Certains ont consisté dans des adaptations modestes de la procédure de la question d'inconstitutionnalité, que ce soit à travers l'aménagement de la question interne d'inconstitutionnalité (A) ou l'élargissement de l'objet du contrôle de la question d'inconstitutionnalité (B). L'admission de la comparution des justiciables devant le juge constitutionnel dans le cadre de cette procédure représente, quant à elle, une évolution plus remarquable (C).

A) L'aménagement de la question interne d'inconstitutionnalité

Il s'agit là d'une modification intervenue assez récemment puisqu'elle a eu lieu en 2007, lors de la modification de la loi organique relative au Tribunal constitutionnel espagnol, dite LOTC ¹⁴⁶². L'objet principal de cette réforme ne portait pas sur la question d'inconstitutionnalité mais sur le recours d'*amparo*. Toutefois, à cette occasion, la procédure de l'auto-question d'inconstitutionnalité ou question interne d'inconstitutionnalité a été réaménagée ¹⁴⁶³. En effet, il arrive qu'à l'occasion de l'examen d'un recours d'*amparo*, l'une des chambres du Tribunal ¹⁴⁶⁴ constate la violation d'un droit fondamental par une disposition législative appliquée au requérant. Or, dans le cadre d'un tel recours, seule peut être envisagée l'atteinte portée à un droit fondamental par un acte administratif ou un acte juridictionnel ; l'objet du recours ne peut donc être un acte de valeur législative. Dès lors, saisie sur le fondement de l'article 53, alinéa 2, de la Constitution, la chambre du Tribunal se trouve face à une question qui ne relève pas de sa compétence ; elle doit donc saisir l'assemblée plénière du Tribunal d'une question d'inconstitutionnalité portant sur ladite disposition législative.

Jusqu'en mai 2007, si lors d'un recours d'*amparo* qu'elle avait à examiner, une chambre du Tribunal constatait que, au-delà de l'espèce dont elle était saisie, apparaissait un doute sur la conformité à la Constitution d'une disposition législative dont il avait été fait application, une fois l'*amparo* réglé au fond, ladite chambre du Tribunal élevait la question

¹⁴⁶¹ Cf. les opinions de F. Rubio Llorente et J. Pérez Royo in P. Cruz Villalón y L. López Guerra (sous la dir.), *Los procesos constitucionales*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1992, p. 40 et s.

¹⁴⁶² Loi organique 6/2007 du 24 mai 2007 (BOE n° 125 du 25 mai, p. 22541) modifiant la loi organique relative au Tribunal constitutionnel 2/1979 du 3 octobre (*Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional* dite LOTC).

¹⁴⁶³ J. Urías Martínez, *La cuestión interna de constitucionalidad*, Madrid, McGraw-Hill, 1996.

¹⁴⁶⁴ Le Tribunal constitutionnel espagnol comporte 2 chambres qui se composent, chacune, de 6 magistrats ; l'un est présidé par le Président du Tribunal (actuellement Pascual Sala Sánchez), l'autre par son Vice-Président (Ramón Rodríguez Arribas). Chacune de ces chambres se décompose elle-même en 2 sections de 3 magistrats.

d'inconstitutionnalité auprès de l'Assemblée plénière. Avec la réforme de 2007, il y a suspension de la procédure d'examen du recours d'*amparo*, renvoi de la question d'inconstitutionnalité à l'Assemblée plénière et enfin seulement résolution de l'*amparo*, une fois la question de la conformité de la disposition législative en cause réglée ; il y a donc inversion de l'ordre d'examen, inversion de l'intervention des différentes formations du Tribunal, afin de préserver la liberté de décision de l'Assemblée plénière et de respecter sa compétence.

La modification est toute relative, voire subtile, mais elle n'est pas à négliger car l'auto-question d'inconstitutionnalité a toujours été conçue comme un complément à la question d'inconstitutionnalité c'est-à-dire comme une garantie supplémentaire de son efficacité. Par ailleurs, un rapprochement avec la QPC française est ici possible, dès lors que la question interne trouve son origine dans un recours d'*amparo*, qui ne peut lui-même qu'être relatif à la violation supposée d'un droit fondamental ; l'objet de la procédure se rapproche alors clairement de celui de l'article 61-1. A cet égard, quant aux griefs susceptibles d'être articulés, en France, le souci était celui de restreindre les motifs de contestation de la loi en écartant les éléments « de procédure ou de forme qui auraient stimulé l'imaginaire des plaideurs plus que la défense des principes »¹⁴⁶⁵. En Espagne, une telle volonté n'était pas à l'œuvre et le système n'a pas eu à en souffrir, ce dernier allant même jusqu'à admettre un élargissement de l'objet du contrôle.

B) L'élargissement de l'objet du contrôle

Ici, l'ajustement relève d'une originalité espagnole. Cette originalité résulte du traitement qui est réservé depuis 2010 aux règlements fiscaux des territoires historiques du Pays basque (*Álava, Guipuzcoa* et *Viscaya*). Puisqu'il s'agit de provinces formant la Communauté autonome du Pays basque, elles ne jouissent pas de la capacité législative ; néanmoins, la Constitution espagnole prévoit qu'elles disposent d'une réserve de compétence à laquelle le Parlement basque lui-même ne peut porter atteinte et, à ce titre, elles peuvent, notamment, adopter leurs propres règles en matière de fiscalité locale¹⁴⁶⁶. Par conséquent, la seule voie qui leur est ouverte est la voie réglementaire¹⁴⁶⁷ ; pour autant, ces règlements peuvent faire l'objet, depuis une réforme de 2010¹⁴⁶⁸, d'une question d'inconstitutionnalité. Cette possibilité est à elle seule remarquable ; elle l'est d'autant plus que c'est là une façon de fermer les possibilités de recours contre des règlements, dans la mesure où si l'on avait conservé la compétence naturelle du juge administratif, tout justiciable aurait pu attaquer directement ces règlements fiscaux¹⁴⁶⁹.

Il ne faut pas voir là une quelconque curiosité, au-delà du cas particulier des territoires historiques, du système de justice constitutionnel espagnol. Au contraire, il s'agit là d'une évolution logique de celui-ci dont il convient de ne pas perdre de vue qu'il a entendu, avec la

¹⁴⁶⁵ G. Carcassonne, *La Constitution*, Paris, Points Seuil, 2011 10^{ème} éd., p. 295.

¹⁴⁶⁶ Art. 41.2.a) du Statut d'autonomie du Pays basque : « *las Instituciones competentes de los Territorios Históricos podrán mantener, establecer y regular, dentro de su territorio, el régimen tributario* ».

¹⁴⁶⁷ Ce sont les assemblées générales de ces territoires, *las Juntas Generales*, qui sont compétentes.

¹⁴⁶⁸ Loi organique 1/2010 du 19 février 2010 (*BOE* n° 45 du 20 février, p. 16641) de modification des lois organiques relatives au Tribunal constitutionnel et au Pouvoir judiciaire (*Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, de modificación de las leyes orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial*).

¹⁴⁶⁹ 4 recours d'inconstitutionnalité sont pendants devant le TCE contre cette réforme.

question d'inconstitutionnalité, garantir la primauté de la Constitution en privant d'effet toutes les normes de rang législatif qui y contreviendraient. A cette fin, deux voies de contrôle ont été imaginées parmi lesquelles la question d'inconstitutionnalité a précisément pour ambition qu'aucun litige ne puisse être résolu dès lors qu'est en cause une loi non conforme à la Constitution. Ce n'est donc pas l'établissement d'un recours en vue de la préservation des droits et des intérêts des particuliers qui est ici en cause mais bien un outil au service d'un intérêt général et objectif, la purification de l'ordre juridique ¹⁴⁷⁰. Il y a là, toutefois, une différence avec le recours d'inconstitutionnalité puisque celui-ci peut être formé contre toutes les « lois et dispositions normatives ayant force de loi ¹⁴⁷¹, alors que la question d'inconstitutionnalité suppose que deux conditions supplémentaires soient réunies : que la norme en cause soit applicable au litige et que le jugement dépende de sa validité ¹⁴⁷².

C) L'admission de la comparution des justiciables devant le Tribunal constitutionnel

Longtemps réclamée par la doctrine ¹⁴⁷³, cette évolution n'est intervenue qu'en 2007, une fois encore à l'occasion de la modification de la LOTC dont l'objet principal consistait, avant tout, à réduire le volume des recours d'*amparo* formés devant le Tribunal constitutionnel. La situation initiale dans laquelle étaient placés les justiciables s'expliquait aisément : elle résultait de la conception que l'ordre juridique espagnol se fait de la question d'inconstitutionnalité et de la place qui y est, par conséquent, réservée aux parties. De ce point de vue, il est entendu depuis les premières décisions du Tribunal constitutionnel qu'une fois la recevabilité de la question d'inconstitutionnalité admise, la procédure devant le juge constitutionnel doit être clairement distinguée du procès *a quo*, au point qu'elle se voit dotée d'une certaine autonomie par rapport au litige examiné jusque là par la juridiction ordinaire. Il faut comprendre par là que devant le juge *a quo*, le renvoi de la question d'inconstitutionnalité « n'est pas aux mains des parties » mais qu'il relève uniquement du pouvoir du juge saisi de l'affaire ¹⁴⁷⁴, la question d'inconstitutionnalité étant conçue comme une prérogative exclusive des organes juridictionnels, la demande des parties ne les contraignant même pas à entamer la procédure d'audition prévue par l'article 35, alinéa 2, de la LOTC ¹⁴⁷⁵. Selon le Tribunal

¹⁴⁷⁰ J. M. López Ulla, *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 60.

¹⁴⁷¹ Art. 161.1 a) de la Constitution.

¹⁴⁷² Art. 163 de la Constitution.

¹⁴⁷³ P. M. Larumbe Biurrun, « Comentarios en torno a las cuestiones de inconstitucionalidad promovidas por los organos judiciales », in *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, Tome IV, p. 3041.

¹⁴⁷⁴ Ordonnance ATC 791/1984, FJ 3. La jurisprudence constitutionnelle a même considéré que le juge *a quo* n'a pas l'obligation de répondre explicitement à l'argumentation des parties son silence signifiant simplement, par préterition, qu'il n'a pas été convaincu par leur argumentation (par exemple, arrêt STC 119/1998, FJ 6).

¹⁴⁷⁵ Art. 35, al. 2, LOTC : « L'organe juridictionnel ne pourra renvoyer une question qu'une fois la procédure achevée et dans le délai imparti pour le jugement, ou la résolution juridictionnelle adéquate, et il devra préciser la loi ou norme ayant force de loi dont la constitutionnalité est contestée, la disposition constitutionnelle supposément violée et spécifier ou justifier dans quelle mesure la décision à prendre dans le cadre du procès dépend de la validité de la norme en cause. Avant d'adopter sa décision définitive par ordonnance, l'organe juridictionnel entendra les parties et le Ministère public pour que, dans le délai de droit commun non prorogeable de 10 jours, ils puissent faire connaître leurs arguments à propos de la pertinence

constitutionnel, à l'image de la liberté dont jouissent les juridictions dans l'exercice de leur activité de jugement, elles doivent disposer librement de la faculté de poser une question d'inconstitutionnalité¹⁴⁷⁶, et cela alors même que la LOTC utilise l'expression « à la demande des parties »¹⁴⁷⁷. Et c'est sur cette place distincte réservée dans la procédure au juge *a quo*, au Ministère public et aux parties, que s'est fondée longtemps l'exclusion de l'audition de ces dernières par le juge constitutionnel. D'une certaine façon, leur rôle, en la matière, a longtemps été cantonné à la délimitation, à la vérification, à l'alerte quant à une possible inconstitutionnalité, c'est-à-dire à une invitation faite au juge *a quo*, rien de plus¹⁴⁷⁸.

Néanmoins, il n'était pas impensable de soutenir que l'une des exigences de l'Etat de droit consiste à ce que les parties à un procès puissent personnellement, ou par l'intermédiaire de leur conseil, intervenir devant le Tribunal constitutionnel pour défendre leurs droits et intérêt¹⁴⁷⁹. Au demeurant, on se souvient que c'est justement à propos de la Cour constitutionnelle espagnole que la Cour européenne des droits de l'homme a élargi l'applicabilité de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, et de ses exigences, au juge constitutionnel¹⁴⁸⁰. Aussi, la loi organique 6/2007 du 24 mai 2007 a-t-elle, mais récemment seulement, accru le rôle des parties au procès *a quo* au cours duquel une question d'inconstitutionnalité est renvoyée. Désormais, non seulement elle peuvent formuler des observations sur la pertinence du renvoi de la question, mais aussi sur son bien-fondé. En même temps, est introduite la possibilité de comparaître devant le Tribunal constitutionnel dans les 15 jours suivants la publication au BOE de la décision du juge constitutionnel d'admettre l'examen de la question, afin de garantir le caractère contradictoire de la procédure juridictionnelle devant le juge constitutionnel.

Au regard de ce bilan, plutôt positif, les réajustements n'ont pu être que minimes. S'ils constituent eux-mêmes des évolutions notables, ils ne doivent pas masquer les évolutions plus profondes qui parcourent, à travers la question d'inconstitutionnalité, le système de justice constitutionnelle espagnol.

II / Des évolutions plus profondes

Un certain nombre d'évolutions peuvent être considérées comme bien plus profondes et assimilables à des mutations. Profondes, ces évolutions le sont en ce sens qu'elles parcourent les fondements mêmes du système de justice constitutionnelle espagnol et que certaines d'entre elles sont susceptibles de le faire évoluer, au-delà du seul cas particulier de la question

du renvoi de la question d'inconstitutionnalité ou à propos du fond ; ensuite et sans formalité, le juge décidera dans un délai de trois jours (...) ».

¹⁴⁷⁶ Arrêt STC 130/1989, FJ 2.

¹⁴⁷⁷ Art. 35, al. 1.

¹⁴⁷⁸ Pour autant, le juge constitutionnel a récemment rappelé, à propos de recours formé contre la loi autorisant le mariage homosexuel, que la question d'inconstitutionnalité n'était pas la « chose » du juge ordinaire, en ce sens qu'il ne peut échapper au respect des conditions de recevabilité posées par la Constitution et la LOTC qui sont, pourtant, envisagées sans excès de formalisme par le Tribunal constitutionnel ; parmi ces conditions figure l'obligation pour la question d'être posée à l'occasion d'un procès : O. González Soler, « Sobre la "legitimación" de los encargados del Registro civil para promover el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad », *Repertorio Aranzadi del Tribunal constitucional*, 2005, n° 21.

¹⁴⁷⁹ Manuel Aragón Reyce le soutenait déjà lors de l'adoption de la Constitution : « El control de constitucionalidad en la Constitución española de 1978 », *Revista de estudios políticos*, 1979, n° 7, p. 191.

¹⁴⁸⁰ Cour européenne des droits de l'homme, 23 juin 1993, *Ruiz Mateos c. Espagne*.

d'inconstitutionnalité. Trois mutations sont particulièrement remarquables, compte tenu de leur poids au sein du contentieux constitutionnel : tout d'abord, la fin du renvoi systématique au Tribunal constitutionnel des questions portant sur des lois préconstitutionnelles (A) ; ensuite, le rapprochement entre contrôle concret et contrôle abstrait qu'illustre la question d'inconstitutionnalité (B) ; et enfin, les délais croissants mis à traiter les questions d'inconstitutionnalité (C).

A) La fin du renvoi systématique au Tribunal constitutionnel des questions relatives à des lois préconstitutionnelles

Pour dire la vérité, il s'agit là de la seule évolution de fond relevée unanimement par la doctrine. Comme en Italie, la mise en place de la question d'inconstitutionnalité en Espagne a, à l'origine, suscité quelques inquiétudes, les juges ordinaires paraissant peu formés pour faire face à ce nouveau contentieux. La pratique n'a, d'ailleurs, pas tout de suite démenti les plus pessimistes : en effet, les juridictions ordinaires, face à un doute quant à la constitutionnalité d'une loi adoptée préalablement à l'entrée en vigueur de la Constitution du 27 décembre 1978 avaient la fâcheuse tendance de renvoyer systématiquement la résolution du problème au juge constitutionnel alors même que le texte constitutionnel est particulièrement clair et leur reconnaît la faculté de régler eux-mêmes cette question, en considérant la loi en cause abrogée.

En effet, une exception au monopole de compétence du Tribunal constitutionnel espagnol est prévue pour décider de l'inconstitutionnalité des lois dites « *préconstitutionnelles* », c'est-à-dire entrées en vigueur avant l'adoption de la Constitution de 1978. Il y a là un parallèle possible avec la solution française, encore qu'en Espagne le juge *a quo* conserve l'entière liberté de préférer le renvoi d'une question d'inconstitutionnalité au juge constitutionnel. Si la loi est antérieure à l'adoption de la Constitution, l'organe juridictionnel qui serait convaincu de sa contradiction avec la Constitution n'a pas l'obligation de poser une question d'inconstitutionnalité ; il dispose en réalité d'une option : soit il n'applique pas les dispositions en cause s'il les juge contraires à la Constitution, soit il pose une question d'inconstitutionnalité au juge constitutionnel. Conjuguant le critère hiérarchique et le critère temporel, le système espagnol offre donc un choix et c'est cette faculté ouverte au juge *a quo* qui, dans une première période, a suscité quelques difficultés voire quelques inquiétudes. En effet, la propension est apparue au sein des juridictions ordinaires, en présence d'un doute de constitutionnalité, de renvoyer invariablement la question au Tribunal constitutionnel. Celui-ci avait pourtant, dès 1981, pris soin de souligner que, dans de tels cas, le renvoi ne devait être qu'exceptionnel car la juridiction ordinaire est naturellement compétente afin d'assurer d'apprécier la conformité de telles normes à la Constitution¹⁴⁸¹. Cela est tellement vrai que l'abrogation de toute norme préconstitutionnelle contraire à la Constitution est même prescrite par le texte constitutionnel lui-même, dans le troisième alinéa de sa disposition abrogatoire qui pose le principe de l'abrogation de « toutes les dispositions qui s'opposent à ce qui est établi dans la (...) Constitution »¹⁴⁸².

¹⁴⁸¹ Arrêt STC 14/1981, FJ 3.

¹⁴⁸² Disposition abrogatoire, al. 3 : « Sont abrogées également toutes les dispositions qui s'opposent à ce qui est établi dans la présente Constitution ». Sur ce point, E. García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*, Madrid, Civitas, 1981, spéc. p. 83 et s.

Une véritable méconnaissance du mécanisme mis en place à travers la question d'inconstitutionnalité semblait dominer et les choses empiraient même parfois puisque les exemples ne manquaient pas de juges *a quo* décidant de renvoyer une question d'inconstitutionnalité alors même qu'ils considéraient la disposition en cause non abrogée¹⁴⁸³. Cette attitude s'expliquait sans doute également par la commodité que le juge *a quo* trouvait dans le renvoi au juge constitutionnel du règlement du problème qu'il rencontrait, comme il l'aurait fait à l'égard d'un organe consultatif ; outre que cela participait de l'encombrement du prétoire du Haut Tribunal, cette habitude contrevenait aux intérêts des justiciables qui voyaient le règlement de leur affaire inutilement, et souvent longuement, retardé.

Toutefois, le bilan est désormais beaucoup plus nuancé et depuis le milieu des années 1990 cette tendance n'a cessé de décroître. Il s'agit presque aujourd'hui de l'histoire ancienne, à la différence du rapprochement toujours d'actualité entre contrôle de concret et contrôle abstrait.

B) Le rapprochement entre contrôle concret et contrôle abstrait

De façon plus notable, on observe un rapprochement entre le recours d'inconstitutionnalité et la question d'inconstitutionnalité depuis les années 1980, c'est-à-dire depuis l'origine. A cet égard, la question d'inconstitutionnalité est, au même titre que le recours, avant tout une procédure de contrôle abstrait des normes et ce n'est qu'incorrectement, ou avec beaucoup de prudence, qu'elle peut être dite « concrète ». De ce point de vue, il ne fait pas de doute que le constituant espagnol, très précisément informé des exemples allemand et italien, entendait mettre en place un contrôle par voie incidente, en ce sens que la loi n'est pas contestée de manière directe mais à l'occasion de l'apparition d'un doute qui fait lui-même naître une question préjudicielle, en l'espèce de constitutionnalité, au cours d'un procès principal¹⁴⁸⁴. De cette façon, la question d'inconstitutionnalité offre l'avantage de pouvoir mesurer l'adéquation d'une norme à la Constitution en fonction d'une situation réelle et concrète, sans nécessité d'adopter une prise de position à l'égard de réalités sociales plus larges et plus complexes¹⁴⁸⁵. Mais le fait que le jugement de constitutionnalité ait lieu à partir d'un cas concret ne signifie pas que lors de cet examen le juge constitutionnel ait à prendre en compte la situation subjective de chacune des personnes intervenant au procès *a quo*.

Devant le juge constitutionnel, seule est en cause la stricte préservation de l'intégrité de la Constitution et il n'est pas rare de parler, à ce propos, de « défense objective » de la Constitution¹⁴⁸⁶. Le recours d'inconstitutionnalité comme la question d'inconstitutionnalité donneront lieu à une appréciation abstraite de la constitutionnalité, c'est-à-dire que la confrontation du texte de valeur législative avec le texte constitutionnel a lieu indépendamment des circonstances concrètes d'application de la norme et abstraitement par rapport à elles. De ce point de vue, une « identité téléologique » caractérise ces deux

¹⁴⁸³ Il s'agit d'un cas presque caricatural : arrêt STC 301/1993.

¹⁴⁸⁴ C. R. Gomez de Escalera, « El control judicial de la constitucionalidad de las leyes. La "cuestión de inconstitucionalidad" del artículo 163 de la Constitución española », *La Ley*, 1985, n° 3, p. 1065.

¹⁴⁸⁵ J. C. Duque Villanueva, « La cuestión de inconstitucionalidad en la jurisprudencia del Tribunal constitucional », *La Ley*, 1985, n° 3, p. 1097.

¹⁴⁸⁶ J. M. López Ulla, *op. cit.*, p. 89.

procédures ¹⁴⁸⁷. La distinction est capitale entre ce qui est le présupposé factuel de la question d'inconstitutionnalité, c'est-à-dire l'application d'une norme de valeur législative à un cas concret, et l'objet de cette procédure, qui consiste dans la détermination de la validité de cette norme. Une fois la recevabilité de la question admise par le Tribunal constitutionnel ¹⁴⁸⁸, celui-ci juge la norme indépendamment de ses conditions concrètes d'application, de l'interprétation qu'en faisaient les parties et même de l'interprétation qu'en proposait le juge *a quo* ¹⁴⁸⁹ : il s'agit d'un « procès objectif subjectivisé en raison de la détermination de son objet par rapport à la situation individuelle en cause devant le juge *a quo* » ¹⁴⁹⁰. Et le Tribunal constitutionnel peut, d'ailleurs, étendre la déclaration d'inconstitutionnalité à des dispositions distinctes de celles qui étaient visées par l'ordonnance de renvoi de la question ¹⁴⁹¹. Ces éléments plaident pour le caractère abstrait du mécanisme, alors même qu'il est encore majoritairement présenté comme un contrôle concret de constitutionnalité, y compris par le juge constitutionnel espagnol lui-même ¹⁴⁹². Pourtant, nous sommes ici en présence d'une procédure conçue comme mettant en œuvre un contrôle concret de constitutionnalité mais dont les caractéristiques ne cessent de la rapprocher d'une autre voie de contrôle qui est elle, au contraire, réputée comme mettant en œuvre un contrôle abstrait.

Mais, en réalité, il faut souligner qu'en Espagne ce rapprochement est, en quelque sorte, inscrit dans les gènes de la procédure, comme la LOTC en porte le témoignage : en effet, elle rassemble ces deux procédures dans son titre II consacré aux « Procédures de déclaration d'inconstitutionnalité », titre II qui comporte lui-même trois chapitres, dont un premier qui est relatif aux « dispositions générales » applicables aussi bien à la question d'inconstitutionnalité qu'au recours ¹⁴⁹³. La LOTC prend acte, pour ainsi dire, des points communs existant entre ces deux procédures.

Cette parenté paraît d'autant plus claire que le projet de loi organique qui allait devenir la LOTC comprenait déjà un titre II intitulé « Du recours d'inconstitutionnalité ». Et c'est ce titre qui distinguait ensuite entre le recours d'inconstitutionnalité formé par voie principale ou directe (chapitre II) et le recours d'inconstitutionnalité formé par voie préjudicielle (chapitre III) ¹⁴⁹⁴. Le procès *a quo* n'apparaît que comme un simple présupposé propre à ouvrir les portes

¹⁴⁸⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸⁸ Le droit constitutionnel espagnol utilise l'expression *admisión*, ce qui est en réalité un peu plus large : à ce stade, le juge constitutionnel vérifie que l'argumentation contenue dans l'ordonnance de renvoi est, en apparence, pertinente, ce qui signifie qu'une question d'inconstitutionnalité ne peut être écartée à ce stade qu'en présence de « lourdes évidences » (arrêt STC 17/1981, FJ 1) ou lorsque de manière évidente et sans nécessité de procéder à une analyse de fond le Tribunal constitutionnel constate que la norme en cause n'est pas applicable au litige. C'est la cohérence de la motivation qui est ici examinée.

¹⁴⁸⁹ Le Tribunal a eu plusieurs fois l'occasion de le souligner ; par exemple, arrêt STC 161/1997, FJ 2 (fondement juridique ; les fondements juridiques correspondent aux considérants des décisions françaises) ou ordonnance ATC 1316/1988, FJ 2 et 4.

¹⁴⁹⁰ J. A. Xiol Ríos, « Un supuesto de inadmisibilidad de la cuestión de constitucionalidad por deficiente motivación de la providencia de remisión (Comentario a la Sentencia del Tribunal constitucional de Italia de 13 de marzo de 1980, núm. 27) », *Revista española de derecho constitucional*, 1981, n° 1, p. 280.

¹⁴⁹¹ Art. 39, al. 2, LOTC. J. Ortiz Úrculo, E. Torres-Dulce Lifante, F. Herrero-Tejedor, L. M. Díez-Picazo Giménez, *Ley orgánica del Tribunal constitucional. Concordancias, comentarios y jurisprudencia*, Madrid, Colex, 2008, 2^a ed., p. 175 et s.

¹⁴⁹² Arrêts STC 76/1990, FJ 1 et STC 319/1993, FJ 3.

¹⁴⁹³ J. L. Requejo-Pagès (dir.), *Comentarios a la Ley orgánica del Tribunal constitucional*, BOE-TC, Madrid, 2001, p. 367 et s.

¹⁴⁹⁴ J. M. López Ulla, *op. cit.*, p. 116.

de la juridiction constitutionnelle ; le procès constitutionnel, une fois engagé, en est totalement indépendant. Ainsi, le Tribunal rappelle-t-il qu'une fois qu'il a admis la question d'inconstitutionnalité, le juge *a quo* perd tout pouvoir dans la mesure où la question lui échappe totalement tant qu'elle n'a pas été réglée par le juge constitutionnel ¹⁴⁹⁵, l'abrogation de la disposition contestée n'étant pas une cause de caducité de la question, dès lors que le grief d'inconstitutionnalité conserve son caractère sérieux ¹⁴⁹⁶. L'évolution est sans doute remarquable ¹⁴⁹⁷. De ce point de vue, elle est loin d'être unique ; elle apparaît cependant moins préoccupante que celle qui concerne les délais de traitement des questions d'inconstitutionnalité par le juge constitutionnel espagnol.

C) Le poids des délais de traitement des questions d'inconstitutionnalité

Le retard mis à statuer du Tribunal constitutionnel espagnol n'est un secret pour personne. Et s'il n'est pas propre à la procédure de la question d'inconstitutionnalité, l'allongement gênant des délais étant ici moins stigmatisé que dans le cas du recours d'inconstitutionnalité, il n'en est pas moins préoccupant, d'autant plus peut-être qu'il est aléatoire donc parfaitement imprévisible.

Préoccupant il l'est au même titre que lorsque c'est le recours d'inconstitutionnalité qui doit en souffrir. Si dans ce domaine le caractère excessif des délais de jugement, allant parfois au-delà de plusieurs années, a été souligné, en général car les affaires en cause ont été fortement politisées, telles la loi relative à la reproduction médicalement assistée, la réforme du Statut d'autonomie de la Catalogne ou encore la loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe ¹⁴⁹⁸, la question d'inconstitutionnalité n'échappe pas ici à la critique. On en prendra pour preuve l'impossibilité du Tribunal à établir des statistiques précises sur ce point. Cela explique, en grande partie, l'attitude du Tribunal suprême espagnol qui prend bien soin de ne poser que de façon rarissime une question d'inconstitutionnalité au juge constitutionnel ¹⁴⁹⁹. Sans doute certains voudront-ils y voir l'expression d'une défiance, voire d'une réminiscence des tensions qui ont, à une époque, caractérisé les relations du Tribunal suprême et du juge

¹⁴⁹⁵ Ordonnance ATC 313/1996, FJ 2.

¹⁴⁹⁶ M. A. Ahumada Ruiz, « Efectos procesales de la modificación legislativa de las leyes sometidas a control de constitucionalidad. La suspensión de leyes "presuntamente" inconstitucionales », *Revista española de derecho constitucional*, 1991, n° 32, p. 171.

¹⁴⁹⁷ J. Jiménez Campo, « Algunos rasgos de la cuestión de inconstitucionalidad en España », in G. Ruiz-Rico Ruiz (dir.), *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 82.

¹⁴⁹⁸ Pour s'en tenir à ces trois exemples, on rappellera que le recours d'inconstitutionnalité formé le 27 février 1989 contre la loi relative aux techniques de procréation médicalement assistée (*Ley 35/1988, del 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida*) a été jugé par un arrêt 116/1999 du 17 juin 1999 ; le recours contre le nouveau Statut d'autonomie de la Catalogne, présenté le 31 juillet 2006, a été tranché par l'arrêt 31/2010 du 28 juin 2010 et le recours présenté le 30 septembre 2005 contre la loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe (*Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio*) a été réglé par l'arrêt 198/2012 du 7 novembre 2012.

¹⁴⁹⁹ Une seule en 2011, comme en 2010.

Quant aux relations que ces deux juridictions entretiennent, et qui ont été troublées pour ce qui concerne la chambre civile du Tribunal suprême, il peut être intéressant de mentionner la saisine en cours du Tribunal constitutionnel d'une question d'inconstitutionnalité portant sur la conformité à la Constitution d'une interprétation d'une loi délivrée par le Tribunal suprême dans le cadre de la procédure de cassation dans l'intérêt de la loi ; en effet, une telle interprétation, lorsqu'elle est livrée par le biais de cette procédure spéciale, s'impose à tous les juges ordinaires et l'un d'eux, à ce titre, a décidé de saisir le Tribunal constitutionnel de cette question. L'affaire est toujours pendante à ce jour.

constitutionnel. On se souvient qu'elles avaient atteint leur paroxysme avec la mise en cause de la responsabilité des magistrats du Tribunal constitutionnel, et leur condamnation à une amende, par le Tribunal suprême lui-même ¹⁵⁰⁰.

Pourtant, ce n'est peut-être par l'explication déterminante de la rareté des questions d'inconstitutionnalité promues par le Tribunal suprême. En effet, la cause doit sans doute en être davantage recherchée dans les délais mis par le juge constitutionnel à répondre aux questions qui lui sont renvoyées. Le renvoi de la question entraîne, comme on le sait, la suspension du procès devant le juge *a quo* jusqu'à ce que la décision du juge constitutionnel intervienne. On s'en doute, cela retarde considérablement le règlement de l'affaire, au mieux de plusieurs mois, au pire de plusieurs années ¹⁵⁰¹. En matière pénale, une telle situation est inacceptable pour le Tribunal suprême, dès lors que le renvoi d'une question d'inconstitutionnalité n'entraîne pas la suspension du délai de prescription. Et, même si le chiffre est en nette baisse depuis 2006, au 31 décembre 2011, 121 questions d'inconstitutionnalité restaient à juger au fond ¹⁵⁰², 24 étant encore au stade de l'admission ¹⁵⁰³.

Cela est d'autant plus fâcheux que le délai mis à statuer sur une question d'inconstitutionnalité est totalement aléatoire, donc imprévisible. Il est, de l'aveu même des membres du Tribunal, impossible d'établir aujourd'hui le délai moyen de résolution des questions d'inconstitutionnalité car celle-ci dépend de circonstances fort diverses. Bien qu'en général elles soient examinées par ordre chronologique, il n'en va pas toujours ainsi et il y a, par exemple, des affaires qui sont retardées du fait d'un défaut d'accord sur le rapport et le projet d'arrêt envisagé. Pour se faire une idée de la difficulté à déterminer un tel délai, au cours de l'année 2012, ont été rendus des arrêts qui traitent des questions d'inconstitutionnalité présentées en 2011 ¹⁵⁰⁴, c'est-à-dire des affaires réglées en tout juste un an. Mais, durant la même période, c'est-à-dire en 2012, ont également été résolues des questions renvoyées en 2002 ¹⁵⁰⁵. Si l'on ajoute à cela la croissance du nombre de questions notoirement infondées, le bilan apparaît nettement moins satisfaisant. Sur ce dernier point, bien sûr de telles questions peuvent être aisément écartées. Il n'en demeure pas moins que le juge constitutionnel espagnol leur consacre un temps qui, compte tenu de sa charge de travail, est toujours précieux. En toute hypothèse, pour finir et pour nuancer, il faut souligner que ces évolutions, sans doute fort préoccupantes, ont plus à voir avec des éléments extérieurs à la procédure de la question d'inconstitutionnalité proprement dite qu'avec de véritables dysfonctionnements qui lui seraient intrinsèques ¹⁵⁰⁶.

¹⁵⁰⁰ P. Bon, « Sur les rapports entre juge constitutionnel et juge ordinaire – Quelques précisions sur le cas espagnol », in *Constitution et finances publiques, Etudes en l'honneur de L. Philip*, Paris, Economica, 2005, p. 43.

¹⁵⁰¹ J. García Roca, « El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad : el caso del juez civil », in *Principios constitucionales en el proceso civil*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1993, p. 355.

¹⁵⁰² Les chiffres s'établissaient à 356 en 2006, 317 en 2007, 256 en 2008, 147 en 2009 et 120 en 2010.

¹⁵⁰³ Contre 37 en 2006, 56 en 2007, 26 en 2008, 19 en 2009, et 13 en 2010.

¹⁵⁰⁴ Arrêt STC 191/2012 du 29 octobre.

¹⁵⁰⁵ Arrêt STC 2/2012 du 13 janvier.

¹⁵⁰⁶ M. Fernández de Frutos, « Los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad : el recurso de inconstitucionalidad y la cuestión de inconstitucionalidad », in J. C. Gavara de Cara (ed.), *Constitución. Desarrollo, rasgos de identidad y valoración en el XXV aniversario (1978-2003)*, Madrid, Bosch, 2004, p. 429, spéc. p. 447.

CONCLUSION PARTIE 3

Les rapports de système constituent une des questions les plus importantes de la scène juridique européenne. Les particularités du système juridique de l'Union européenne d'un côté, la garantie juridictionnelle supranationale offerte aux droits consacrés dans la CEDH d'autre part, l'expliquent en grande partie. La prise en compte de l'expérience italienne sur le sujet s'avère particulièrement éclairante : Cour d'un système dualiste un temps entrée en résistance contre l'intégration communautaire, la Cour de Rome finit par se ranger aux exigences de la primauté du droit de l'Union européenne. La réserve portant toutefois sur le respect des libertés et principes fondamentaux de la Constitution italienne ne va pas sans évoquer la construction jurisprudentielle plus récente du Conseil constitutionnel relative aux règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France. En revanche, c'est par la voie rejetée par le juge constitutionnel français avec sa décision *IVG* de 1975 que la Cour constitutionnelle italienne a choisi de faire produire ses conséquences à la CEDH dans l'ordre interne : la violation de cette dernière par une disposition législative constitue ainsi une atteinte indirecte à la disposition constitutionnelle qui, depuis une révision de 2001, affirme la prévalence du droit international sur les lois. Le monopole de la Cour pour exercer ce contrôle de la loi par rapport à la CEDH, à condition que le droit conventionnel soit lui-même conforme à la Constitution, paraît *a priori* radicalement contraire à la situation prévalant en France ; il la rejoint pourtant dans le souci d'assurer l'antériorité du contrôle de constitutionnalité. Cette volonté de conférer priorité à la question de constitutionnalité qui, en France et en Belgique, vaut également vis-à-vis du droit de l'Union européenne, connaît ainsi des déclinaisons procédurales différentes d'un système national à l'autre. En tout état de cause, elle ne peut être interprétée comme un frein mis à la pénétration du droit européen en général au sein de ces systèmes, mais plutôt comme une tentative d'articuler les différents niveaux de protection des droits et libertés de la façon la plus harmonieuse possible, tout en ménageant une forme de préséance à leur protection interne.

Capitale, la place du droit conventionnel ne résume pas à elle seule l'environnement de la question de constitutionnalité. Celle-ci cohabite en effet avec différents autres procédés de contrôle de la loi aux mains, soit des juges ordinaires (contrôle de l'abrogation implicite), soit de la Cour constitutionnelle (contrôle *a priori* en particulier). En Italie, le développement, au détriment du procès incident, du contrôle *a priori* concernant la répartition des compétences entre l'Etat et les régions, ne tient pas seulement à la révision constitutionnelle de 2001 ayant modifié cette répartition ; il tient aussi à une politique jurisprudentielle de la Cour constitutionnelle visant à réduire le nombre de renvois compte tenu de l'engorgement de son rôle. La question de constitutionnalité apparaît de ce point de vue victime de son succès, l'obligation d'interprétation conforme de la loi à la Constitution imposée au juge ordinaire suscitant des interrogations quant au passage à une forme largement déconcentrée du système de justice constitutionnelle. En Espagne, au contraire, la question de constitutionnalité gagne plutôt à la comparaison avec le recours d'*amparo*, tout en pâtissant des délais de traitement liés à l'encombrement du Tribunal en raison du nombre élevé de ces recours directs par les citoyens. Preuve en est sans doute que toute volonté d'ajustement de la nouvelle procédure de QPC doit tenir compte de son environnement externe aussi bien qu'interne, c'est-à-dire de l'équilibre souhaitable au sein du contentieux constitutionnel en général.

CONCLUSION GENERALE

Laurence Gay

Le premier niveau d'enseignements ressortant d'une approche comparative consiste en la mise en relief des divergences et convergences entre les objets comparés.

De ce point de vue, la confrontation des textes sur les questions de constitutionnalité française, italienne et espagnole fait d'emblée ressortir un certain nombre de spécificités hexagonales. Parmi les plus notables, il faut mentionner l'interdiction faite au juge ordinaire de soulever d'office la question, la possibilité de n'alléguer à travers elle que la violation des droits et libertés constitutionnels, à l'exception de tout autre grief, ainsi que le renvoi de la question par les seules Cours suprêmes que sont le Conseil d'Etat et la Cour de cassation.

Toutefois, la mise en œuvre de la QPC a fait surgir un certain nombre de problématiques communes à tous les pays étudiés. Ces convergences sont sans doute plus profondes : elles tiennent à la nature même du contrôle *a posteriori*, dans le cadre duquel le juge constitutionnel se prononce sur un droit *en état de marche*, contexte qui va nécessairement influencer l'appréciation de la constitutionnalité de la loi comme la portée de la décision rendue.

La première problématique commune concerne ainsi le statut à conférer à l'interprétation jurisprudentielle relative à la disposition mise en cause. L'exemple italien a fourni sur ce point une des rares occasions de référence à un modèle étranger par les institutions françaises intervenant dans la procédure de QPC. Notre recherche permet d'éclairer le contexte d'élaboration de la doctrine transalpine du droit vivant - celui de la « guerre » entre les deux Cours, de cassation et constitutionnelle - et ses différentes implications. On ne saurait prétendre pour autant que l'expérience italienne a nécessairement valeur de « modèle » à suivre, comme le montrent les solutions en partie divergentes retenues en Espagne.

Une autre thématique existant dans les trois pays est celle des effets à conférer à la déclaration d'inconstitutionnalité d'une disposition de loi ayant reçu application, parfois depuis longtemps. C'est à l'évidence l'un des points les plus délicats du contrôle *a posteriori*, les Cours devant ici tenir compte d'objectifs parfois contradictoires : la défense des droits et libertés, notamment de ceux du justiciable à l'origine du renvoi de la question, l'apurement de l'ordre juridique de ses inconstitutionnalités, le maintien de la sécurité juridique... Il en résulte une diversification considérable des types de dispositifs qui, par-delà les différences ponctuelles entre les solutions choisies, manifeste la commune recherche d'un équilibre optimal entre ces objectifs.

En définitive, l'introduction d'un mécanisme de contrôle incident de la constitutionnalité de la loi applicable à un litige induit une transformation profonde du système de justice constitutionnelle, système dont le juge ordinaire se retrouve partie prenante aux côtés de la juridiction constitutionnelle proprement dite. De ce point de vue, si l'on reprend les principaux axes de la recherche, trois constats s'imposent.

En premier lieu, le système de filtrage qui impose au juge ordinaire de ne renvoyer la question qu'en présence de ce que l'on appellera de façon générique un doute sur la

constitutionnalité de la loi implique inéluctablement une forme de « déconcentration » ou de « diffusion » du contrôle de constitutionnalité. La question devient alors de savoir comment caractériser le contrôle exercé par le juge ordinaire - autrement que par l'absence d'un pouvoir d'abrogation ou d'annulation de la loi dont la Cour constitutionnelle détient toujours le monopole - et de lui assigner d'éventuelles limites afin de ne pas empiéter sur l'office propre de cette dernière. Selon nous, il n'est pas possible de fixer abstraitement une ligne rouge au-delà de laquelle le juge du filtre outrepasserait sa fonction. Le droit comparé suggère plutôt une réponse plus subtile et nuancée, variable selon les objectifs assignés au procès incident de constitutionnalité et selon le système d'ensemble dans lequel il s'inscrit.

Sur ce thème du filtre, la France se singularise en tout état de cause par le rôle ménagé en faveur des Cours suprêmes qui détiennent entre leurs mains l'accès au Conseil constitutionnel. Ce système a incontestablement évité l'engorgement du rôle de la Cour constitutionnelle qui existe aussi bien en Italie qu'en Espagne - engorgement résultant il est vrai dans ce dernier pays des recours d'*amparo*, mais qui diminue l'attractivité de la question d'inconstitutionnalité dont les délais de traitement se trouvent aussi affectés. Toutefois, ce système contribue aussi à priver le Conseil constitutionnel des moyens d'influencer la façon dont le filtrage est exercé, moyens dont se sont au contraire dotées les Cours italienne et espagnole à travers le contrôle qu'elles exercent sur les décisions de renvoi.

En deuxième lieu, s'agissant de l'office propre du juge constitutionnel, la pratique française tend à minorer la nouveauté d'un contrôle portant désormais sur une norme déjà appliquée et le cas échéant déjà interprétée en justice. Le Conseil constitutionnel refuse en particulier de paraître s'émanciper d'un contentieux objectif et abstrait de normes, probablement au nom d'une conception erronée du contrôle concret, assimilé à celui d'une Cour suprême. En réalité, les exemples italien et espagnol invitent à considérer qu'il peut exister différentes formes de prise en compte des faits et plus généralement de « concrétisation » du jugement de constitutionnalité, en ce qui concerne ses méthodes aussi bien que les suites à donner à une déclaration d'inconstitutionnalité.

En troisième et dernier lieu, le droit comparé confirme l'importance prise par la problématique de l'articulation des différentes formes de contrôle de la loi. Le législateur organique français, s'inspirant de celui de Belgique, a choisi de conférer une priorité à la question de constitutionnalité, qui ne saurait faire échec à la primauté du droit de l'Union européenne. La pénétration de ce dernier dans le champ d'activité du juge constitutionnel se manifeste en dernier lieu par les questions préjudicielles posées à la Cour de justice de l'Union européenne par les Cours italienne et espagnole.

Quant au droit issu de la Convention européenne des droits de l'homme, il avait acquis en France une place déterminante en raison du contrôle de conventionnalité exercé par les juges ordinaires et ayant longtemps permis de contrebalancer l'absence de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* de la loi. Les trois premières années de fonctionnement de la QPC dessinent une tendance vers une répartition plus équilibrée entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité, le premier n'ayant pas privé le second de son utilité. La place de la CEDH est moindre dans les autres pays étudiés. Elle tend cependant à acquérir un poids plus grand, notamment en Italie où la Cour constitutionnelle a choisi en 2007 de prendre en charge le contrôle de la loi par rapport à cet instrument, à l'opposé du Conseil constitutionnel depuis sa décision *IVG* de 1975.

Toutefois, quelle que soit la diversité des solutions choisies, la problématique commune reste la recherche d'une voie de protection efficace des droits fondamentaux, respectueuse du rôle des différentes juridictions.

Au-delà de ces conclusions d'ensemble, on peut aussi utiliser le prisme comparatif pour porter un regard d'ordre plus général sur la procédure française et ses trois premières années de fonctionnement. Il nous semble à cet égard que la QPC constitue une sorte d'hybride, occupant dans le contentieux constitutionnel français un rôle différent de celui joué par les questions incidentes équivalentes en Espagne et en Italie. Rappelons en effet que le premier de ces pays a choisi, au sortir de la dictature franquiste et comme l'Allemagne avant lui à la fin de la seconde guerre mondiale, d'instituer un recours direct de l'individu devant le Tribunal constitutionnel, spécifiquement dédié à la protection de certains de ses droits fondamentaux. Certes, et comme en Allemagne, l'afflux de recours d'*amparo* conduit à une sélection drastique qui voit un très faible nombre d'entre eux effectivement examinés par le juge constitutionnel ; il en résulte que ce dernier ne connaît au fond que ceux de ces recours posant d'importantes questions de principe et que l'apparente ouverture de son prétoire à l'individu doit pour le moins être nuancée. Il reste que la question d'inconstitutionnalité, n'étant pas vouée à la protection des droits fondamentaux, est conçue comme un procédé objectif d'apurement de l'ordre juridique. C'est cette même conception qui prévaut d'ailleurs en Italie à propos du procès incident de constitutionnalité, en l'absence même de recours direct de l'individu du type de l'*amparo* espagnol.

De ce fait, la volonté de promouvoir, à travers la QPC, la protection des droits et libertés constitutionnels représente bien une originalité française. Au demeurant, la première tentative pour instaurer un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* de la loi avait été notamment justifiée par l'anomalie que constituait l'impossibilité pour l'individu d'accéder au juge constitutionnel alors qu'il peut saisir la Cour européenne des droits de l'homme. Cela étant, il n'avait pas été envisagé de recours direct devant le Conseil constitutionnel mais bien un mécanisme de question renvoyée par le juge ordinaire et permettant d'alléguer la violation des droits et libertés. L'importance prise par la thématique des droits fondamentaux avait ainsi d'emblée amené à établir un lien entre question préjudicielle-protection de ces droits, que l'on retrouve dans la QPC finalement adoptée en 2008/2009. De prime abord, la procédure française est donc celle, au sein des trois étudiées, qui revêt le plus fort aspect subjectif – si l'on entend qualifier ainsi l'objectif poursuivi de protection des droits individuels.

En revanche, le constat est inverse si l'on porte la comparaison sur le plan de la procédure. En effet, une plus grande subjectivité, au sens de lien avec le litige initial, caractérise les questions de constitutionnalité en Espagne et en Italie. La condition de renvoi portant sur le lien avec ce litige initial y est entendue plus strictement qu'en France ; l'extinction de ce litige dessaisit le juge constitutionnel – au moins en Espagne ; ce dernier a connaissance du dossier au fond dans les deux pays et commence par en exposer les faits dans sa décision ; enfin, les Cours italienne et espagnole ne répondent qu'à la question posée, ce qui implique un effet simplement *inter partes* des décisions de rejet de la question.

Sur chacun de ces points, la procédure française de question prioritaire de constitutionnalité est au contraire plus objective : la condition d'applicabilité au litige ; la poursuite du procès constitutionnel une fois le Conseil saisi, quelle que soit le devenir du litige principal ; la transmission au juge constitutionnel du seul mémoire QPC ; l'effet *erga*

omnes de toutes les décisions, y compris celles de conformité. Quant aux deux premières de ces caractéristiques, elles résultent selon les travaux parlementaires d'une volonté d'ouverture de la QPC ; l'idée étant que plus la procédure serait accessible, meilleure serait la protection des droits fondamentaux. Toutefois, les droits en question ne sont plus alors nécessairement ceux du requérant à l'origine du renvoi ; ils sont ceux de toute personne potentiellement concernée par l'application de la disposition de loi. C'est ce qu'illustre en particulier le fait qu'une fois le Conseil constitutionnel saisi, le procès constitutionnel aille à son terme, en dépit de l'extinction du litige au fond.

En définitive, le mélange entre dimension subjective et dimension objective de la question de constitutionnalité se retrouve partout. C'est toutefois en France qu'il semble le plus poussé et articulé de la façon la plus complexe – pour ne pas dire paradoxale - : finalité subjective (la QPC est un droit du justiciable dédié à la défense de ses droits et libertés constitutionnels) et procédure la plus objective possible. Cette architecture singulière n'est pas en soi critiquable ; la question est plutôt de savoir si elle remplit son office. S'engager dans la voie d'un bilan comparatif d'ordre global, consistant à décerner un brevet de plus ou moins grande efficacité aux questions de constitutionnalité des trois pays, paraît aléatoire. En revanche, la prise en compte des modèles espagnol et italien peut aider à identifier les éventuelles faiblesses de la QPC pour atteindre l'objectif qui lui a été assigné de protection des droits et libertés. Nous en mentionnerons trois.

Tout d'abord, le système de filtrage des deux autres pays européens place la Cour constitutionnelle en position de chef d'orchestre, orientant elle-même les conditions de renvoi et sélectionnant les affaires traitées au fond. La France a préféré un système de partition à trois, qui exige une collaboration pérenne entre Conseil constitutionnel et Cours suprêmes disposant du monopole de renvoi des QPC. Ce schéma reste, quoi qu'on en dise, une faiblesse potentielle puisque les juridictions subordonnées à la Cour de cassation et au Conseil d'Etat n'y détiennent pas le moyen de contourner un refus de renvoi, même ponctuel, de ces derniers.

Ensuite, le degré élevé d'abstraction des décisions du Conseil constitutionnel n'est sans doute pas le plus favorable à une protection maximale des droits et libertés. Bien que les questions de constitutionnalité n'aient pas été conçues en Espagne et en Italie spécifiquement pour cette protection, les deux Cours constitutionnelles n'hésitent pas à s'engager dans la voie d'un examen de micro-constitutionnalité, aboutissant à des censures « sur mesure » pour certaines situations spécifiques.

Cette dernière remarque invitant enfin à considérer le point de vue du requérant à l'origine de la question posée, l'absence d'effet utile de la déclaration d'inconstitutionnalité pour ce dernier paraît survenir trop fréquemment. C'est un élément de nature à entraîner incompréhension et désaffection vis-à-vis de la procédure de QPC de la part des justiciables. Il faut souhaiter que la protection des droits du justiciable et celle de la sécurité juridique aillent plus souvent de pair à l'avenir.

Malgré le nombre inattendu de QPC soulevées au cours de ces trois premières années et le *satisfecit* généralement décerné à la procédure, des évolutions restent donc possibles, et sans doute nécessaires, pour que cette dernière s'inscrive durablement dans le paysage juridictionnel français comme un dispositif clé de protection des droits et libertés de l'individu.

BIBLIOGRAPHIE EN FRANÇAIS

OUVRAGES

- BAUDREZ M., Les actes législatifs du gouvernement en Italie. Contribution à l'étude de la loi en droit constitutionnel italien, Paris – Aix-en-Provence, Economica, PUAM, 1999, 374 pages.
- BAUDREZ M. (sous la dir. de), La réforme constitutionnelle en Italie, Paris – Aix-en-Provence, Economica, PUAM, 2002, 338 pages.
- BELLOIR P., La question prioritaire de constitutionnalité, Paris, L'Harmattan, coll. La justice au quotidien, 2012, 112 pages.
- BERTHIER L., NEGRON E., PAULIAT H., Le justiciable et la protection de ses droits fondamentaux : la question prioritaire de constitutionnalité, Limoges, Pulim, coll. Entretiens d'Aguesseau, 2011, 172 pages.
- BIOY X., MAGNON X., MASTOR W., MOUTON S., Le réflexe constitutionnel – Question sur la question prioritaire de constitutionnalité, Bruxelles, Bruylant, 2013, 230 pages.
- BONNET J., ROUSSEAU D., L'essentiel de la QPC, Paris, Gualino, coll. Carrés « Rouge », 2^{ème} édition, 2012, 128 pages.
- BONNET J., ROUSSEAU D., L'essentiel des grandes décisions QPC, Paris, Gualino, coll. Carrés « Rouge », 2012, 136 pages.
- CAMBY J.-P., FRAISSEIX P., GICQUEL J. (sous la dir. de), La révision de 2008 : une nouvelle Constitution ?, Paris, LGDJ, 2011, 459 pages.
- CARCASSONNE G., DUHAMEL O., QPC – La question prioritaire de constitutionnalité, Paris, Dalloz, coll. A savoir, 2011, 148 pages.
- Code constitutionnel et des droits fondamentaux, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2013, 2499 pages.
- Conseil constitutionnel et QPC : une révolution ?, Paris, La documentation française, coll. Regards sur l'actualité, février 2011, n°368, 82 pages.
- COURTIN C., La QPC et la matière pénale, Bruxelles, Bruylant, coll. Procédure(s), 2013, 128 pages.
- DELPÉRÉE F., RASSON-ROLAND A., La Cour d'arbitrage, Bruxelles, Larcier, 1996, 165 pages.
- DI MANNO T., Le Conseil constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d'office, Paris – Aix-en-Provence, Economica, PUAM, 1994.

- DI MANNO T., *Le juge constitutionnel et la technique des décisions « interprétatives » en France et en Italie*, Paris – Aix-en-Provence, Economica, PUAM, 1999, 617 pages.
- DISANT M., *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité*, Paris, Lamy, coll. Axe Droit, 2011, 420 pages.
- MAGNON X. (sous la dir. de), *QPC – La question prioritaire de constitutionnalité*, Paris, LexisNexis, coll. Droit et Professionnels, 2011, 466 pages.
- MAGNON X., BIOY X., MASTOR W., MOUTON S., *Le réflexe constitutionnel. Question sur la question prioritaire de constitutionnalité*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 228 pages.
- MATHIEU B., VERPEAUX M. (sous la dir. de), *L'examen de la constitutionnalité de la loi par le Conseil d'Etat*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011, 138 pages.
- MATHIEU B., *La question prioritaire de constitutionnalité - La jurisprudence (mars 2010-novembre 2012)*, Paris, LexisNexis, coll. Actualité, 2013, 154 pages.
- MATHIEU B., ROUSSEAU D., *Les grandes décisions de la question prioritaire de constitutionnalité*, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, coll. Les grandes décisions, 2013, 365 pages.
- MAUGÜE C., STAHL J.-H., *La question prioritaire de constitutionnalité*, Paris, Dalloz, coll. Connaissances du droit, 2^{ème} édition, 2012, 308 pages.
- MOLINIER J., LOTARSKI J., *Droit du contentieux de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, coll. Systèmes, 4^{ème} édition, 2012, 280 pages.
- PARDINI J.-J., *Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie et en France*, Paris – Aix-en-Provence, Economica, PUAM, 2001, 442 pages.
- PERRIER J.-B. (sous la dir. de), *La question prioritaire de constitutionnalité*, Aix-en-Provence, PUAM, 2011, 302 pages.
- PHILIPPE X., STEFANINI M. (sous la dir.), *Question prioritaire de constitutionnalité : premiers bilans, actes du colloque du 26 novembre 2010 organisé par l'institut Louis Favoreu et la Communauté du Pays d'Aix*, Aix-en-Provence, PUAM, coll. Les cahiers de l'Institut Louis-Favoreu, 2011, 104 pages.
- PLATON S., *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, Paris, Fondation Varenne, 2008, 716 pages.
- ROUSSEAU D. (sous la dir. de), *La question prioritaire de constitutionnalité – QPC*, Paris, Gazette du Palais, coll. Guide pratique, 2^{ème} édition, 2012, 272 pages.
- SANTOLINI T., *Les parties dans le procès constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 436 pages.

SEVERINO C., *La doctrine du droit vivant*, Paris – Aix-en-Provence, Economica, PUAM, 2003, 282 pages.

TUSSEAU G., *Contre les « modèles » de justice constitutionnelle. Essai de critique méthodologique*, Bononia University press, coll. RDC, 2009, 200 pages.

ZAGREBELSKY G., *Le droit en douceur (il diritto mite)*, Paris – Aix-en-Provence, Economica, PUAM, 2000, 153 pages.

ARTICLES, CONTRIBUTIONS ET NOTES

AGUILA Y., PERI A., « QPC et charte de l'environnement : les limites de l'incompétence négative », *Constitutions. Revue de droit constitutionnel appliqué*, 2011, n°1, pp. 113-115.

ANDRIANTSIMBAZOVINA J., « Quelle politique jurisprudentielle du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat autour de la question prioritaire de constitutionnalité ? », *Politeia*, 2010, n°17, pp. 155-164.

ARRIGHI DE CASANOVA J., « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel vue du Conseil d'État », *Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2011, n°30, pp. 23-29.

ARVIS B., « Précisions du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat sur l'application dans le temps des décisions QPC », *Actualité juridique du droit administratif*, 2011, n°44, pp. 2532-2535.

AUDRAIN-DEMEY G., « La QPC et l'environnement : l'ampleur d'une évolution inattendue », *Droit de l'environnement*, 2013, n°208, pp. 13-18.

AUSTRY S., « QPC fiscale et effets de la décision dans le temps », *Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2011, n°33, pp. 69-85.

BARTHELEMY J., BORE L., *Le recours contre les décisions des juridictions du fond refusant de transmettre une QPC*, *Constitutions. Revue de droit constitutionnel appliqué*, 2012, n°1, pp. 71-73.

BARTHELEMY J., BORE L., « Juges constitutionnels négatifs et interprètes négatifs de la loi », *Constitutions. Revue de droit constitutionnel appliqué*, 2011, n°1, pp. 69-74.

BASSET A., « Question prioritaire de constitutionnalité et risque de conflits d'interprétation », *Droit et société*, 2012, n°82, pp. 713-732.

- BEAUVAIS P., MASSE M., « Questions prioritaires de constitutionnalité : nouvelles perspectives », *Actualité juridique du droit pénal*, 2011, n°6, pp. 274-277.
- BENETTI J., « les incidences de la QPC sur le travail législatif. D'une logique de prévention à une logique de correction des inconstitutionnalités », *Constitutions. Revue de droit constitutionnel appliqué*, 2011, n°1, pp. 42-45.
- BENETTI J., « Échec au renvoi : les décisions QPC de "Non-lieu à statuer" », *Revue du droit public*, 2012, n°3, pp. 592-606.
- BERALDIN C., « La question prioritaire de constitutionnalité et la garde à vue », *Les Petites affiches*, 5 mai 2011, n°89, pp. 55-60.
- BERNAUD V., « Vers un renouvellement du droit constitutionnel du travail par les "décisions QPC" ? », *Droit Social*, 2011, n°11, pp. 1011-1020.
- BERNAUD V., « Le Conseil constitutionnel, la Cour de cassation et les questions prioritaires de constitutionnalité relatives au droit du travail », *Droit social*, 2011, n°2, pp. 141-150.
- BIGOT C., « QPC et loi du 29 juillet 1881. Bilan et perspectives », *Légipresse*, 2012, n°292, pp. 147-153.
- BOCCARA D., « Curiosité du différé de l'inconstitutionnalité », *Gazette du Palais*, n°18-19, 18-19 janvier 2012, pp. 5-7.
- BOMBOIS T., « La restriction des compétences de la Cour d'arbitrage à l'égard des traités internationaux », in RASSON-ROLLAND A., RENDERS D., VERDUSSEN M. (sous la dir. de), *La Cour d'arbitrage 20 ans après, analyse des dernières réformes*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 129-195.
- BOTTON A., LAMY B. de, « La QPC, révélateur des limites du droit constitutionnel ? Lectures contrariées et contradictoires (la thèse) », *Recueil Dalloz*, 2012, n°31, pp. 2030-2031.
- BOULEAU M., « La question prioritaire de constitutionnalité vue par le juge administratif », *Politeia*, 2010, n°17, pp. 197-212.
- BOULET M., « Questions prioritaires de constitutionnalité et réserves d'interprétation », *Revue française de droit administratif*, 2011, n°4, pp. 753-760.
- BOYER-CAPELLE C., « L'"effet cliquet" à l'épreuve de la question prioritaire de constitutionnalité », *Actualité juridique du droit administratif*, 2011, n°30, pp. 1718-1724.
- BRAMERET S., « La motivation des décisions d'irrecevabilité des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'État », *Les Petites affiches*, n°89, 5 mai 2011, pp. 18-21.

- BREGEON G., « Cour de cassation : les questions prioritaires de constitutionnalité en matière douanière et fiscale relevant de la procédure civile », *Revue de droit fiscal*, 2011, n°14, pp. 33-34.
- BRIAND L., « L'office du juge du fond et les QPC jugées non sérieuses par les cours suprêmes », *Gazette du Palais*, n°338-340, 4-6 décembre 2011, pp. 15-17.
- BRIAND L., « Un an (ou presque) de QPC devant les juridictions judiciaires du fond », *Gazette du Palais*, n°47-48, 16-17 février 2011, pp. 7-15.
- BRIAND L., « Le contentieux constitutionnel devant les juridictions judiciaires du fond : 1^{er} semestre 2011 », *Gazette du Palais*, n°257-258, 14-15 septembre 2011, pp. 7-15.
- BRIAND (L.) « Le contentieux constitutionnel devant les juridictions judiciaires du fond : 2nd semestre 2011 », *Gazette du Palais*, n°68, 8 mars 2012, p. 12.
- BRIAND L., « Le contentieux constitutionnel devant les juridictions judiciaires du fond : 1^{er} semestre 2012 », *Gazette du Palais*, n°222, 9 août 2012, p. 5.
- BRIAND L., « Le contentieux constitutionnel devant les juridictions judiciaires du fond : 2nd semestre 2012 », *Gazette du Palais*, n°38, 7 février 2013, p. 5.
- BRIMO S., « Les conséquences de la modulation dans le temps des effets des décisions QPC », *Revue du droit public*, n°5, 2011, p. 1189-1212.
- BRONDEL S., « La CJUE énonce les conditions de la conventionnalité de la question prioritaire de constitutionnalité », *Actualité juridique du droit administratif*, n°22, 2010, p. 1231.
- BURGORGUE-LARSEN L., « Quand la CJUE prend au sérieux la Charte des droits fondamentaux, le droit de l'Union est déclaré invalide », *Actualité juridique du droit administratif*, 2011, pp. 967-972.
- CANIVET G., « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales, Eloge de la bénévolence des juges », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n°4, 2005, pp. 797-817.
- CANIVET G., « Constitutions nationales et ordre juridique communautaire, contre-éloge de la tragédie », in *L'Union européenne : union de droit, union des droits, Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 611-624.
- CARIAT N., « Quelques réflexions quant à la compatibilité de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle avec le droit de l'Union européenne », *Journal des Tribunaux*, 2011, pp. 573-579.
- CASSIA P., SAULNIER-CASSIA (E.), « La QPC peut-elle être « prioritaire » ? », *Recueil Dalloz*, 2010, p. 1636.

- CASSIA P., « Le Conseil constitutionnel, saisi comme juge ordinaire, est habilité à statuer directement sur une QPC », *Recueil Dalloz*, 2012, n°5, pp. 327-332.
- CASSIA P., « L'incidence des protections conventionnelles sur le contrôle de constitutionnalité de la liberté d'expression », *Legipresse*, 2012, n°292, pp. 154-160.
- CASTAING C., « Premier bilan de la QPC en matière de santé », *Gazette du Palais*, n°308-309, 4-5 novembre 2011, pp. 11-15.
- CAVINO M., « La question prioritaire de constitutionnalité vue d'Italie », *Cahiers du CDPC*, vol. 9, 2012, pp. 23-32.
- CHALTIEL F., « Les rapports de système entre le droit constitutionnel et le droit européen, développement récents », *Revue du Marché commun de l'Union européenne*, n°509, 2007, pp. 361-372.
- CHALTIEL F., « L'avènement de la QPC en France : du splendide isolement à la spécificité maintenue », *Les Petites affiches*, n°89, 5 mai 2011, pp. 39-45.
- CHAMUSSY D., « La procédure parlementaire et le Conseil constitutionnel », *Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, n°38, pp. 37-69.
- CHAUCHIS D., BRIAND L., « Question prioritaire de constitutionnalité et droit des biens : un dialogue fructueux », *Revue de droit immobilier*, 2011, n°7, pp. 360-368.
- CHAVENT-LECLERE, A.-S., « QPC : un point sur la transmission des questions relatives à la procédure pénale depuis janvier 2011 », *Procédures*, 2011, n°5, pp. 11-13.
- CHENEDE F., « QPC et interprétation jurisprudentielle : entre ralliement officiel et résistance ponctuelle de la Cour de cassation », *La semaine juridique – Edition générale*, 2011, n°45, pp. 1975-1978.
- CHEVALLIER P. « La pratique du filtrage des QPC dans le domaine du droit des personnes, de la famille et de la nationalité », *Actualité juridique Famille*, 2012, n°12, pp. 581-588.
- COLLET M., « La question prioritaire de constitutionnalité en matière fiscale », *Revue juridique de l'économie publique*, 2011, n°690, pp. 3-11.
- COLLIN P., « Le Conseil constitutionnel, juge de l'impôt en 61 et 61-1 : différences et ressemblances », *Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2011, n°33, pp. 27-39.
- CONNIL D., « L'étendue de la chose jugée par le Conseil constitutionnel lors d'une question prioritaire de constitutionnalité : observations dubitatives sur l'état de la jurisprudence », *Revue française de droit administratif*, 2011, n°4, pp. 742-752.

- CROTTET B., « Le Conseil constitutionnel et l'obligation de vigilance environnementale », *Revue française de droit constitutionnel*, 2012, n°90, pp. 239-267.
- DE LA BURGARDE D., « Question prioritaire de constitutionnalité : entre arrangement procédural et engagement substantiel », *La semaine juridique – Administrations et collectivités territoriales*, 2012, n°13, pp. 32.
- DE MURO G., « La prise en compte des faits de l'espèce dans l'interprétation de la loi par le juge constitutionnel », Rapport présenté dans le cadre de la Trilatérale au Conseil constitutionnel le 15 juin 2011, *Rivista telematica giuridica dell'Associazione italiana dei Costituzionalisti*, n°3, 2011, 4 pages (consultable en ligne : <http://www.rivistaaic.it>).
- DECHEPY J., « L'incidence de la question prioritaire de constitutionnalité sur le droit pénal de fond », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2012, n°1, pp. 53-78.
- DELPÉRÉE F., « La Constitution belge et le droit communautaire », in *Droits nationaux, droit communautaire ; influence croisées, en hommage à Louis Dubouis*, Paris, La documentation Française, 2000, pp. 71-76.
- DELPÉRÉE F., « Un exemple de dialogue constitutionnel, La question préjudicielle et la question prioritaire », in *Liège, Strasbourg, Bruxelles : parcours des droits de l'Homme, Liber Amoricum Michel Melchior*, Limal, Anthemis, 2010, pp. 755-767.
- DESAULNAY O., « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel vue par la Cour de cassation », *Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2011, n°30, pp. 31-48.
- DE SCHUTTER O., « L'influence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur la Cour de justice des Communautés européennes », *CRIDHO Working paper*, 2005/7, pp. 3-27.
- DEYGAS S., « L'office du juge de cassation après une QPC », *Procédures*, 2011, n°7, pp. 31-32.
- DI MANNO T., « Réserves d'interprétation et "droit vivant" dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in MATHIEU B., VERPEAUX M., *La constitutionnalisation des branches du droit*, actes de l'atelier du IIIe Congrès français de droit constitutionnel, A.F.D.C., Economica-PUAM, 1998, pp. 27-54.
- DI MANNO T., « La justice constitutionnelle en Italie », in PENA-GAÏA A., *La justice constitutionnelle en Europe*, Documents d'études, fasc. n° 1-16, La Documentation française, 1998, pp. 29-44.
- DI MANNO T., « La métamorphose de la Cour constitutionnelle », in BAUDREZ M. (sous la dir. de), *La réforme constitutionnelle en Italie. Commentaires sur le projet de la Commission bicamérale pour les réformes constitutionnelles*, Economica-PUAM, 2002, pp. 219-255.
- DI MANNO T., « La modulation des effets dans le temps des décisions de la Cour constitutionnelle italienne », *Revue française de droit administratif*, n°4-2004, pp. 700-711.

- DI MANNO T., « Les décisions de constitutionnalité précaire en Italie et en France », in BAUDREZ (M.), DI MANNO (T.) (sous la dir. de), *La comunicabilità entre les systèmes juridiques, Liber amicorum Jean-Claude Escarras*, Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 203-234.
- DI MANNO T., « La question préjudicielle de constitutionnalité en Italie », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, XXIII-2007, Economica-PUAM, 2008, pp. 36-40.
- DI MANNO T., « Droit processuel constitutionnel : les nouvelles règles de procédure applicables devant la Cour constitutionnelle », in Chronique Italie, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, XXIV-2008, Economica-PUAM, 2009, pp. 693-695.
- DI MANNO T., « Recours devant le Conseil constitutionnel par voie préjudicielle : la question prioritaire de constitutionnalité », in F. Picod et P. Wachsmann (sous la dir. de), *Jurisclasseur Libertés*, Mise à jour du fascicule n° 210, Editions LexisNexis, novembre 2010, 7 pages.
- DI MANNO T., « Recours devant le Conseil constitutionnel par voie préjudicielle : la question prioritaire de constitutionnalité », in F. Picod et P. Wachsmann (sous la dir. de), *Jurisclasseur Libertés*, fascicule n° 210, Editions LexisNexis, juillet 2010 (36 pages).
- DISANT M., « La responsabilité de l'Etat du fait de la loi inconstitutionnelle. Prolégomènes et perspectives », *Revue française de droit administratif*, 2011, n°6, pp. 1181-1197.
- DI MANNO T., « La QPC, une question incidente de constitutionnalité "à la française" », in DECARO C., LUPO N., RIVOSECCHI G. (sous la dir. de), *La manutenzione della giustizia costituzionale. Il giudizio sulle leggi in Italia, Spagna e Francia*, actes du colloque de Rome du 18 novembre 2011, coll. « Quaderni del Gruppo di Pisa », Giappichelli, Turin, 2012, pp. 5-29.
- DI MANNO T., « La Cour constitutionnelle, moteur d'unité pour l'Italie. Brèves notes à l'occasion du 150e anniversaire de l'unité italienne », *La Lettre du Centre français de droit comparé*, n° 64, 2011, pp. 11-14.
- DISANT M., « La QPC en matière de droit public : entre effervescence et continuité », *Les Petites affiches*, n°94, 12 mai 2011, pp. 3-9.
- DOMINO X., BRETONNEAU A., « QPC : deux ans, déjà l'âge de raison ? », *Actualité juridique du droit administratif*, 2012, n°8, pp. 422-433.
- DOMINO X., BRETONNEAU A., « Les suites de la QPC : histoire et géographie du dialogue des juges », *Actualité juridique du droit administratif*, 2011, n°20, pp. 1136-1151.

- DOMINO X., LALLET A., « An I ap. QPC », *Actualité juridique du droit administratif*, 2011, n°7, pp. 375-387.
- DONNAT F., « La Cour de justice et la QPC : chronique d'un arrêt prévisible et imprévu », *Recueil Dalloz*, 2010, pp. 1640-1647.
- DRAGO G., « L'influence de la QPC sur le Parlement ou la loi sous la dictée du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, 2012, n°6, p. 93.
- DRAGO G., « La Cour de cassation, juge constitutionnel », *Revue du Droit Public*, 2011, n°6, pp. 1438-1445.
- DRAGO G., « Question prioritaire de constitutionnalité et droit des collectivités territoriales : premier bilan », *La semaine juridique – Administrations et collectivités territoriales*, 2011, n°24, pp. 12-17.
- DREYER E., « Le Conseil constitutionnel et la "matière pénale". La QPC et les attentes déçues ... », *La semaine juridique – Édition générale*, 2011, n°37, pp. 1615-1621.
- DUSSART M.-L., « La garantie de la propriété à l'épreuve de la question prioritaire de constitutionnalité », *Revue française de droit constitutionnel*, 2012, n°92, pp. 799-819.
- DUTHEILLET DE LAMOTHE O., « Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'Homme : un dialogue sans parole », in *Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 403-418.
- ESCARRAS J.-C., « La saisine de la Cour constitutionnelle italienne par voie d'exception », *Revue française de droit constitutionnel*, 1990, n°4, pp. 684-687.
- ESCARRAS J.-C., « Rapport Italie », in CONAC G. et MAUS D. (sous la dir. de), *L'exception d'inconstitutionnalité, actes de la journée d'études du 1er novembre 1989*, S.T.H., 1990, pp. 23-36.
- ESCARRAS J.-C., « Sur deux études italiennes : de la communicabilité entre systèmes italien et français de justice constitutionnelle », *Cahiers du CDPC*, vol. 3, 1988, pp. 13-28 et *Annuaire international de justice constitutionnelle*, II-1986, Economica, PUAM, 1988, pp. 15-33.
- ESCARRAS J.-C., « Eléments de référence », *Cahiers du CDPC*, vol. 1, 1987, pp. 2-74 et *Annuaire international de justice constitutionnelle*, I-1985, Economica, PUAM, 1987, pp. 475-550.
- EVEILLARD G., « Abrogation implicite ou inconstitutionnalité de la loi ? », *Revue française de droit administratif*, 2011, n°2, pp. 353-366.
- FATIN-ROUGE-STEFANINI, M. « La singularité du contrôle exercé *a posteriori* par le Conseil constitutionnel : la part de concret et la part d'abstrait », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°38, 2013, pp. 211-216.

- FAVOREU L., « La Constitution française et le droit communautaire », in *Droits nationaux, droit communautaire ; influence croisées, en hommage à Louis Dubouis*, Paris, La documentation Française, 2000, pp. 77-80.
- FAVOREU L., « La prise en compte du droit international et communautaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Etudes offertes à A. Plantey*, Paris, Pedone, 1995, pp. 33-44.
- FELDMAN J.-P., « Réflexions par-delà la question prioritaire de constitutionnalité », *Commentaire*, 2012, n°138, pp. 468-473.
- FORTIS E., « De l'influence des QPC sur la définition des infractions ou du principe de la légalité des délits et peines *a posteriori* », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2012, n°1, pp. 131-137.
- FOSSIER T., « Comprendre les refus de transmission de QPC par la Chambre criminelle de la Cour de cassation », *Constitutions. Revue de droit constitutionnel appliqué*, 2012, n°1, pp. 94-102.
- FRAISSE R., « La question prioritaire de constitutionnalité et la liberté d'entreprendre », *Revue juridique de l'économie publique*, 2011, n°689, pp. 3-9.
- FRAISSE R., « La chose jugée par le Conseil constitutionnel dans les motifs et le dispositif de ses décisions et la QPC », *Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2011, n°30, pp. 77-86.
- FRAISSE R. « QPC et interprétation de la loi », *Les Petites affiches*, n°89, 5 mai 2011, pp. 5-13.
- GEFFRAY E. « Les suites tirées par le Conseil d'État des décisions du Conseil constitutionnel », *Revue française de droit administratif*, 2011, n°4, pp. 789-806.
- GENEVOIS B., « Un exemple de l'influence du contrôle *a posteriori* sur le contrôle *a priori* : l'application de la jurisprudence État d'urgence en Nouvelle-Calédonie », *Revue française de droit administratif*, 2013, n°1, pp. 1-10.
- GERVIER P., « Le changement de circonstances dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Revue du droit public*, 2012, n°1, pp. 89-112.
- GESSION C., « Les aspects procéduraux de la QPC devant le juge administratif », *Les Petites affiches*, n°136, 11 juillet 2011, pp. 14-17.
- GHEVONTIAN R., « Le contentieux des élections régionales en Île-de-France : Tout ça pour ça – Conseil d'État, Ass., 4 juillet 2011, *Élections régionales Île-de-France* ; Décision de renvoi QPC : CE, 28 janvier 2011 ; Décision QPC : Cons. const. 2011/117 QPC, 8 a », *Revue française de droit constitutionnel*, 2011, n°88, pp. 875-880.

- GICQUEL J.-E., « La question nouvelle, condition de renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel », *Les petites affiches*, n°244, 8 février 2011, pp. 6-10.
- GRANGER M.-A., « Secret et publicité dans la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil constitutionnel », *La semaine juridique – Edition générale*, 2012, n°29, pp. 1459.
- GREWE (C.), RIDEAU (J.), « L'identité constitutionnelle des EM de l'UE : flash back sur le coming-out d'un concept ambigu », in *Chemins d'Europe – Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 319-345.
- GRIDEL J.-P., « Question prioritaire de constitutionnalité. Le filtrage par la Cour de cassation », *Bulletin d'information : jurisprudence, doctrine, communications*, 2012, n°761, pp. 6-11.
- GROULIER C., « La normativité des lois de programmation au prisme de la QPC », *Recueil Dalloz*, 2012, n°19, pp. 1047-1053.
- GUILLAUME M., « La question prioritaire de constitutionnalité », 35 pages (consultable en ligne : <http://www.conseil-constitutionnel.fr>).
- GUILLAUME M., « Avec la QPC, le Conseil constitutionnel est-il devenu une Cour suprême ? », *Semaine juridique – Edition générale*, 2012, n°24, pp. 1176-1185.
- GUILLAUME M., « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », *Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2011, n°32, pp. 67-95.
- GUILLAUME M., « La question prioritaire de constitutionnalité et le droit fiscal », *Revue de droit fiscal*, 2011, n°14, pp. 8-10.
- GUILLAUME M., « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel : vers de nouveaux équilibres ? », *Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2011, n°30, pp. 49-75.
- GUILLAUME M., « La procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité », *La semaine juridique – Edition générale*, 2011, n°41, pp. 20-24.
- GUILLAUME M., « QPC : textes applicables et premières décisions », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 29, 2010, pp. 21-61.
- GUILLOUD L., « La question prioritaire de constitutionnalité et le contrôle de conventionalité : nouvelles variations sur le dialogue des juges », *Les Petites affiches*, n°89, 5 mai 2011, pp. 31-38.

- GUIOMARD F., « Variations sur le thème de la réparation intégrale des préjudices nés d'une faute inexcusable : les suites de la décision du Conseil du 18 juin 2010 », *Droit ouvrier*, 2012, n°771, pp. 673-677.
- HEDARY D., « Une QPC est-elle recevable lorsque le litige au fond est clos ? », *Actualité juridique du droit administratif*, 2012, n°29, pp. 1645-1649.
- JACQUELOT F., « La procédure de la QPC », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°40, juin 2013, à paraître.
- JACQUELOT F., « Le refus d'une Convention européenne des droits de l'homme à géométrie variable : la neutralisation des effets du Traité de Lisbonne par la Cour constitutionnelle (arrêt n°80 du 11 mars 2011) », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, XXVI-2011, Economica, PUAM, 2012, pp. 897-899.
- JACQUELOT F., « Quand la Cour constitutionnelle italienne s'europeanise malgré elle (arrêt n°113 du 7 avril 2011) », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, XXVI-2011, Economica, PUAM, 2012, pp. 899-902.
- JACQUELOT F., « La réception de la Convention européenne des droits de l'homme par l'ordre juridique italien : itinéraire du dualisme italien à la lumière du monisme français », *Revue du droit public*, 2011, n°5, pp. 1235-1254.
- JACQUELOT F., « Regards comparés sur l'abstention et les récusations au sein du Conseil constitutionnel et de la Cour constitutionnelle italienne : histoire d'une impartialité reprogrammée », *Constitutions. Revue de droit constitutionnel appliqué*, 2011, n°3, pp. 347-356.
- JACQUELOT F., « Un an de question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil constitutionnel : vers un 'modèle français' de procès incident », Conférence lors du Séminaire intitulé Justice constitutionnelle et droits fondamentaux (France, Espagne, Italie), coordonné par le professeur R. ROMBOLI, Faculté de Jurisprudence de Pise, 6 avril 2011.
- JACQUELOT F., « Italie et Convention européenne des droits de l'homme : la Cour constitutionnelle maintient artificiellement le cap de sa jurisprudence », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, XXVI-2010, Economica, PUAM, 2011.
- JACQUELOT F., « La procédure de la question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil constitutionnel », *Actualité juridique du droit administratif*, 2010, p. 950.
- JACQUELOT F., « Rapports entre l'ordre juridique italien et la CEDH : la Cour constitutionnelle réajuste sa position », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, XXV-2009, Economica, PUAM, 2010.
- JACQUELOT F., « Les conditions d'exercice du contrôle de conventionnalité par la Cour constitutionnelle : les premiers rudiments d'une méthode », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, XXIV-2008, Economica, PUAM, 2009, pp. 698-701.

- JACQUELOT F., « La jurisprudence constitutionnelle italienne à la croisée des équilibres », Conférence au Conseil constitutionnel, 16 avril 2008, Paris.
- JACQUELOT F., « La Cour constitutionnelle italienne et la Convention européenne des droits de l'homme : la révolution à rebours des arrêts n°348 et n°349 de 2007 », *Revue française de droit constitutionnel*, 2008, n°76, pp. 883-892.
- JACQUELOT F., « La Cour constitutionnelle dans une redéfinition maîtrisée des rapports entre l'ordre juridique interne et la CEDH », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, XXIII-2007, Economica, PUAM, 2008, pp. 826-829.
- JACQUINOT N., « L'utilisation par les juges du fond des arrêts de non-renvoi d'une QPC », *Actualité juridique du droit administratif*, 2012, n°38, pp. 2097-2102.
- JAUREGUIBERRY A., « L'influence des droits fondamentaux européens sur le contrôle *a posteriori* », *Revue française de droit administratif*, 2013, n°1, pp. 10-25.
- KAMAL M., PEREZ L., « La liberté d'entreprendre à la lumière de la question prioritaire de constitutionnalité », *Revue Lamy de la concurrence*, 2012, n°31, pp. 49-57.
- K'BIDI E., « Question prioritaire de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité : concurrence ou complémentarité ? », *Revue juridique de l'océan indien*, 2011, n°12, pp. 5-52.
- LABAYLE H., « Question prioritaire de constitutionnalité et question préjudicielle : ordonner le dialogue des juges ? », *Revue française de droit administratif*, n°4, 2010, pp. 659-678.
- LAMY B. de, « Un nouveau procédé de constitutionnalisation du droit pénal : la QPC. Bilan critique », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, Paris, Lexis-Nexis, coll. Mélanges, 2012, pp. 377-388.
- LARRIBAU-TEMEYRE V., « La question prioritaire de constitutionnalité en droit civil, quels risques ? », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Paris, Lexis-Nexis ; Dalloz, coll. Mélanges, 2012, pp. 259-279.
- LAZERGES C., « La question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil constitutionnel en droit pénal : entre audace et prudence », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2011, n°1, pp. 193-207.
- LE POURHIET A.-M., « Question prioritaire de constitutionnalité, démocratie et séparation des pouvoirs », *Constitutions. Revue de droit constitutionnel appliqué*, 2011, n°1, pp. 47-52.
- LEVADE A., « Le Conseil constitutionnel, régulateur des rapports de systèmes », in MATHIEU B. (sous la dir. de), *1958-2008, Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 729-752.

- LEVADE A., « Priorité n'est pas primauté ou comment articuler contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité », *Constitutions. Revue de droit constitutionnel appliqué*, 2010, n°2, pp. 229-232.
- LEVADE A., SAULNIER-CASSIA E., « Dialogue contradictoire autour de l'arrêt de la Cour de justice : le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité est-il compatible avec le droit de l'Union ? », *Constitutions. Revue de droit constitutionnel appliqué*, 2010, n°4, pp. 519-524.
- LEVADE A., « Ordonnance d'incompétence : la Cour de justice n'examine pas le caractère prioritaire de la question préjudicielle de constitutionnalité belge », *Constitutions. Revue de droit constitutionnel appliqué*, 2011, n°3, pp. 330-332.
- LEVADE A., « La "guerre des trois" n'aura pas lieu ! Sur l'improbabilité des conflits », *La semaine juridique – Edition générale*, 2011, supplément au n°26, pp. 16-22.
- LEVADE A., « QPC et interprétation : quand la Cour de cassation se fait gardienne de l'esprit de la réforme ! », *Recueil Dalloz*, 2011, n°39, pp. 2707-2711.
- LEVADE A., « QPC et droits européens », *Regards d'actualité*, n°368, février 2011, pp. 45-59.
- LEVADE A., « QPC et directive "retour" : retour en arrière jurisprudentiel ? », *La semaine juridique – Edition générale*, 2012, n°8, pp. 350.
- LEVY D., « L'efficacité de la question prioritaire de constitutionnalité », *Actualité juridique du droit administratif*, 2011, n°22, pp. 1251-1256.
- LEVY D., « La question prioritaire de constitutionnalité : de la culture de la loi à la culture de la Constitution », *Regards sur l'actualité*, n°368, février 2011, pp. 20-35.
- LUCIANI M., PASSAGLIA P., PIZZORUSSO A. et ROMBOLI – R., « Justice constitutionnelle, justice ordinaire, justice supranationale : à qui revient la protection des droits fondamentaux en Europe ? – Rapport italien », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, XX-2004, Economica, PUAM, pp. 251-293.
- MAETZ O., « QPC et personnes publiques », *Actualité juridique du droit administratif*, 2011, n°25, pp. 1411-1418.
- MAGNON X., « Commentaire sous la décision n°2009-599 du 29 décembre 1999, Loi de finances pour 2010 », *in Droit de l'environnement*, 2010, n°180, pp. 219-224.
- MAGNON X., « La QPC face au droit de l'Union : la brute, les bons et le truand », *Revue française de droit constitutionnel*, 2010, n°84, pp. 761-791.
- MAGNON X., FATIN-ROUGE STEFANINI M., LE BOT O., VIDAL-NAQUET A., *Chronique France*, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, XXVII-2011, pp. 853-883.

- MAGNON X., « L'inconstitutionnalité de la cristallisation des pensions », *Revue française de droit constitutionnel*, 2011, n°88, pp. 865-874.
- MAGNON X., « Premières réflexions sur les effets des décisions de censure du Conseil constitutionnel. Quel(s) bénéfice(s) pour le citoyen de la question prioritaire de constitutionnalité ? », *Revue française de droit administratif*, 2011, n°4, pp. 761-771.
- MAGNON X., « L'inconstitutionnalité de la cristallisation des pensions devant le Conseil d'État : *dubia in meliorem partem interpretari debent* », *Revue française de droit constitutionnel*, 2011, n°88, pp. 865-874.
- MAGNON X., « La QPC, révélateur des limites du droit constitutionnel ? Lectures contrariées et contradictoires (l'antithèse) », *Recueil Dalloz*, 2012, n°31, pp. 2032-2033.
- MANIN P., « La question prioritaire de constitutionnalité et le droit de l'Union européenne », *Actualité juridique du droit administratif*, 2010, n°39, pp. 2188-2196.
- MARTI G., « Contrôle de conventionnalité et question prioritaire de constitutionnalité en droit des étrangers », *La semaine juridique – Administrations et collectivités territoriales*, 2011, n°30-34, pp. 28-32.
- MARTIN E., BATOT E., « La question prioritaire de constitutionnalité “à double détente” », *Droit administratif*, 2012, n°8-9, pp. 38-42.
- MATHIEU B., « La QPC, un an après : de quelques leçons, de quelques questions », *Les Petites affiches*, n°89, 5 mai 2011, pp. 61-64.
- MAYAUD Y., « À propos des arrêts QPC du 20 mai 2011 : point de vue d'un pénaliste », *Revue du droit public*, 2011, n°6, pp. 1446-1463.
- MAZIAU N., « Le revirement de jurisprudence dans la procédure de QPC - Comment la Cour de cassation, dans son interprétation de la loi, s'inspire du Conseil constitutionnel dans son rôle d'interprète de la Constitution », *Recueil Dalloz*, 2012, n°28, pp. 1833-1839.
- MAZIAU N., « Constitutionnalité et conventionnalité au regard des motifs de la décision n°2010-2 QPC du Conseil constitutionnel (à propos de l'arrêt rendu par la Cour de cassation, première chambre civile, le 15 décembre 2011 sur le dispositif transitoire de la législation “anti-Perruche”) », *Recueil Dalloz*, 2012, n°5, pp. 297-301.
- MAZIAU N., « 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, n°41, pp. 2811-2816.
- MAZIAU N., « Brefs commentaires sur la doctrine du droit vivant dans le cadre du contrôle incident de constitutionnalité. Retour sur l'expérience italienne et possibilités d'évolutions en France », *Recueil Dalloz*, 2011, n°8, pp. 529-535.

- MBONGO P., « Droit des médias et question prioritaire de constitutionnalité », *Légipresse*, 2011, n°283, pp. 281-286.
- MEIER E., BOUCHERON G.-H., « La question prioritaire de constitutionnalité souffle sa première bougie », *Revue de droit fiscal*, n°14, 7 avril 2011, pp. 11-23.
- MELIN-SOUCRAMANIEN F., « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ? », *Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2010, n°29, pp. 89-100.
- MELLERAY F., « Divergence de jurisprudence sur les effets dans le temps d'une déclaration d'inconstitutionnalité formulée dans le cadre de la QPC », *Droit administratif*, 2012, n°2, pp. 56-57.
- MELLERAY F., « Question prioritaire de constitutionnalité et impartialité des juridictions suprêmes », *Droit administratif*, 2011, n°11, pp. 35-36.
- MONTGOLFIER J.-F. de, « Le Conseil constitutionnel et la justice pénale des mineurs », *Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2011, n°33, p. 195.
- MONTGOLFIER J.-F. de, « Le Conseil constitutionnel et la propriété privée des personnes privées », *Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2011, n°31, pp. 35-49.
- MOONEN T., « Concours de droits fondamentaux ou concours de juridictions ? Evaluation des réformes de 2009 de la Loi spéciale sur la Cour constitutionnelle », *Revue belge de droit constitutionnel*, 2011, n°2-3, pp. 111-142.
- NEZAM (M.), « La question prioritaire de constitutionnalité à l'heure des premiers bilans », *Revue Lamy Droit des affaires*, 2011, n°59, pp. 73-77.
- NIHOUL (P.), « Les questions préjudicielles », in Commission européenne pour la démocratie par le droit, *L'exception d'inconstitutionnalité*, 2012, CDL-JU(2012)027.
- NOLLEZ-GOLDBACH (R.), « De l'affirmation du Conseil en Cour constitutionnelle », *La semaine juridique – Édition générale*, 2011, Supplément au n°26, pp. 32-38.
- PARANCE B., « The contribution of the *question prioritaire de constitutionnalité* to private law », in ROGOFF M.-A., SIXON M., BITHIER E., *The Financial crisis of 2008 : french and american responses – proceedings of the 2010 franco legal seminar*, 2011, pp. 67-81.
- PARDINI J.-J., « La prise en compte des faits de l'espèce dans l'interprétation de la loi par le juge constitutionnel », *Cahiers du CDPC*, vol. 9, 2012, pp. 13-22.
- PARDINI J.-J., « Question prioritaire de constitutionnalité et question incidente de constitutionnalité italienne : ab origine fidelis », *Pouvoirs*, n°137, 2011, pp. 101-122.

- PARDINI J.-J., « Réalisme et contrôle des lois en Italie », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°22, 2007, pp. 160-171.
- PARDINI J.-J., « L'opération de qualification des faits dans le contrôle de constitutionnalité des lois », *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 335-359.
- PARDINI J.-J., « La jurisprudence constitutionnelle et les "faits" », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°8, 2000, pp. 122-130.
- PARDINI J.-J., « Les conflits entre pouvoirs de l'Etat en 1997 », chronique Italie 1997, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, XIII-1998, Economica, PUAM, 1999, pp. 727-762.
- PARDINI J.-J., « La justice constitutionnelle en Italie », in *Documents d'études de la Documentation française*, n°1.16, 1998, pp. 29-44.
- PARIENTE A., « La question prioritaire de constitutionnalité, un an après : retour sur une superproduction juridique », *Droit ouvrier*, 2011, n°754, pp. 297-304.
- PASSAGLIA P., « Le rôle de la Cour constitutionnelle italienne », in dossier « Le rôle du juge constitutionnel dans le filtrage des questions de constitutionnalité : étude comparée », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, XXVII-2011, Economica, PUAM, 2012, pp. 54-60.
- PASSAGLIA P., « Italie », in « Juges constitutionnels et Parlements », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, XXVII-2011, Economica, PUAM, 2012, pp. 291-331.
- PAULIAT H., « Question prioritaire de constitutionnalité et droit de propriété : une jurisprudence insuffisamment protectrice ? », *Revue juridique de l'économie publique*, 2012, n°695, pp. 3-9.
- PELTIER V., « L'individualisation de la peine dans les décisions liées aux questions prioritaires de constitutionnalité », *Droit pénal*, 2011, n°3, pp. 13-18.
- PERRIER J.-B., « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par la Cour de cassation », *Revue française de droit administratif*, 2011, n°4, pp. 711-722.
- PERROTIN F., « Questions prioritaires de constitutionnalité : la révolution fiscale n'aura pas lieu », *Les Petites affiches*, n°116, 13 juin 2011, pp. 4-6.
- PHILIPPE X., VIDAL-NAQUET A., MAGNON X., LE BOT O., SCHMITTER G., Chronique France, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, XXVI-2010, pp. 645-678.
- PHILIPPE X., « Brèves réflexions sur la question prioritaire de constitutionnalité. Dans une perspective comparatiste : le juge *a quo*, juge du filtre ou juge constitutionnel négatif ? », *Revue belge de droit constitutionnel*, 2012, n°2-3, pp. 147-158.

- PHILIPPE X., « La question prioritaire de constitutionnalité. Dans une perspective comparatiste : les effets des décisions du juge constitutionnel dans le contrôle *a posteriori* », *Revue belge de droit constitutionnel*, 2012, n°2-3, pp. 159-170.
- PIZZORUSSO A., « Présentation de la Cour constitutionnelle italienne », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 6, 1999, pp. 22-35.
- PLATON S., « Les interférences entre l'office du juge ordinaire et celui du Conseil Constitutionnel : "malaise dans le contentieux constitutionnel" ? », *Revue française de droit administratif*, 2012, pp. 639-649.
- PLIAKOS A., « Le contrôle de constitutionnalité et le droit de l'Union européenne : la réaffirmation du principe de primauté », *Cahiers de droit européen*, 2011, n°3-4, pp. 489-513.
- Pouvoirs* n°137, numéro consacré à *La question prioritaire de constitutionnalité*, Seuil, 2011, 250 pages.
- PRETOT X., « Rapport commun aux questions prioritaires de constitutionnalité », *Revue du droit public*, 2011, n°6, pp. 1380-1437.
- « QPC et droit des affaires », colloque du Mans, 25 novembre 2010, *Les Petites affiches*, n°194, 29 septembre 2011.
- « Question prioritaire de constitutionnalité et droit des médias », Dossier, *Légicom*, 2012, n°48.
- « Question prioritaire de constitutionnalité et droit social », Dossier, *La semaine juridique – Social*, 2011, n°22-23.
- REGHI I., « De quelques réflexions d'un juge civiliste de base saisi par le doute », *La semaine juridique – Edition générale*, 2011, supplément au n°26, pp. 27-31.
- RIBES D., « Le réalisme du Conseil constitutionnel », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°22, 2007, pp. 132-140.
- RICHAUD C., « Contrôle *a priori* versus contrôle *a posteriori* », *Revue Administrative*, 2012, n°385, pp. 26-33.
- RIVERO J., « La distinction du droit et du fait dans la jurisprudence du Conseil d'Etat français », in *Le fait et le droit*, Etudes de logique juridique, Bruxelles, Bruylant, 1961, pp. 130-148.
- RIZZO A., « Les incertitudes du juge face au concours de droits fondamentaux », *Revue belge de droit constitutionnel*, n°2, 2012, pp. 115-159.

- ROBERT J.H., « De la sagacité de la Cour de cassation dans l'usage de la QPC », 2011, *Droit pénal*, n°7-8, pp. 52-56.
- ROBLOT-TROIZIER A., « Question prioritaire de constitutionnalité et interprétations jurisprudentielles ou l'impartialité d'un juge statuant sur la constitutionnalité de sa propre jurisprudence », *Revue française de droit administratif*, 2011, n°6, p. 1215-1218.
- ROBLOT-TROIZIER A., « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'État. Vers la mutation du Conseil d'État en un juge constitutionnel de la loi », *Revue française de droit administratif*, 2011, n°4, pp. 691-710.
- ROGNON J.-C., « Cour de cassation et poursuite des infractions fiscales et douanières : bilan de la QPC après un an d'application », *Revue de droit fiscal*, 2011, n°14, p. 35-40.
- ROLIN F., « Le droit de l'urbanisme face à la question prioritaire de constitutionnalité », *Opérations immobilières*, 2011, n°32, pp. 25-29.
- ROUSSEAU D., LEVY D., « La Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité : pourquoi tant de méfiance ? », *Gazette du Palais*, n°115-117, 25-27 avril 2010, pp. 12.
- ROUSSEAU D., GAHDOUN P.-Y., « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 2010 », *Revue du Droit public*, 2011, n°1, pp. 255-290.
- ROUSSEAU D., GAHDOUN P.-Y., « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 2011 », *Revue du Droit public*, 2012, n°1, pp. 217-252.
- ROUSSEL G., « Les garanties de la défense pénale dans les premières décisions rendues sur QPC », *Actualité juridique du droit pénal*, 2011, n°6, pp. 286-288.
- ROUX J., « QPC et interprétation jurisprudentielle de dispositions législatives : le conflit entre la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel a-t-il vraiment pris fin ? », *Les Petites affiches*, n°135, 8 juillet 2011, pp. 8-14.
- ROUX J., « La QPC menace-t-elle l'indépendance du Conseil d'Etat et de la Cour de Cassation vis-à-vis du Conseil constitutionnel ? » in *Indépendance(s), Etudes offertes à Jean-Louis Autin*, Vol. 2, Montpellier, Université de Montpellier 1, 2011, pp. 1253-1292.
- RRAPI P., « "L'incompétence négative" dans la QPC : de la double négation à la double incompréhension », *Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2012, n°34, pp. 163-171.
- SAINT-JAMES V., « Les décisions de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat de ne pas transmettre une QPC : la place des cours souveraines en question ? », *Revue du droit public*, 2012, n°3, pp. 607-637.

- SAINT-PIERRE F., « Les avocats s'emparent de la QPC », *Actualité juridique du droit pénal*, 2011, n°6, pp. 288-290.
- SANTOLINI T., « La question prioritaire de constitutionnalité au regard du droit comparé », *Revue française de droit constitutionnel*, n°93, 2013.
- SANTOLINI T., « L'intervention des tiers dans le procès constitutionnel en droit comparé », *Cahiers du CDPC*, vol. 9, 2012, pp. 33-49.
- SANTOLINI T., « Les parties dans le procès constitutionnel en droit comparé », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 24, 2008, pp. 122-130.
- SAUVÉ J.-M., « La mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité dans la juridiction administrative », Intervention lors de l'audience solennelle de rentrée du tribunal administratif de Lyon, lundi 12 septembre 2011.
- SENAC C.-E., « La recevabilité de la question prioritaire de constitutionnalité contre une loi du pays de Nouvelle-Calédonie : désaccords au Palais-Royal », *Revue française de droit administratif*, 2012, n°5, pp. 977-991.
- SEVERINO C., « Le Conseil constitutionnel et le droit vivant : mythe ou réalité ? », in *Renouveau du droit constitutionnel - Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 429-453.
- SEVERINO C., « Un an de droit vivant devant le Conseil constitutionnel », *Constitutions. Revue de droit constitutionnel appliqué*, 2012, n°1, pp. 44-50.
- SEUBE J.-B., REVET T., « Droit de propriété et question prioritaire de constitutionnalité », *Droit et Patrimoine*, 2011, n°199, pp. 73-76.
- SIMON D., « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence de l'Union européenne », in BURGOGUE-LARSEN L. (sous la dir. de), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Pedone, Cahiers européens, 2011, pp. 27-43.
- SIMON D., « Les juges et la priorité de la question prioritaire de constitutionnalité : discordance provisoire ou cacophonie durable ? », *Revue critique de droit international privé*, 2011, n°1, pp. 1-21.
- SIMON D., « Conventionnalité et constitutionnalité », *Pouvoirs*, n°137, 2011, pp. 19-31.
- SIMON D., RIGAUX A., « La priorité de la QPC : harmonie(s) et dissonance(s) des monologues juridictionnels croisés », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°29, octobre 2010, pp. 63-83.
- SLAMA S., « Plaidoyer pour l'instauration d'une procédure d'examen des questions prioritaires de constitutionnalité en urgence », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, 2011, n°9, pp. 55-67.

- STIRN B., MONTAIN-DOMENACH J., PISSALOUX J-L., « Question prioritaire de constitutionnalité et droit administratif », *Revue Lamy Collectivités territoriales*, 2011, n°72, pp. 47-58.
- STIRN B., « Un an de QPC du point de vue de la juridiction administrative : des objectifs atteints, des doutes dissipés », *Actualité juridique du droit administratif*, 2011, n°22, pp. 1240-1241.
- STRUILLLOU Y., « QPC et fonction publique : premiers enseignements », *Les cahiers de la fonction publique et de l'administration*, 2011, n°316, pp. 43-48.
- TELLIER V., « La constitutionnalisation de la procédure pénale », *Actualité juridique du droit pénal*, 2011, n°6, pp. 283-285.
- TELLIER V., « La question prioritaire de constitutionnalité, voie de recours interne ? », *Actualité juridique du droit pénal*, 2011, n°1, pp. 25-26.
- THIELLAY J-P., « Les suites tirées par le Conseil d'État des décisions du Conseil constitutionnel », *Revue française de droit administratif*, 2011, n°4, pp. 772-789.
- TILLI, N., « La modulation dans le temps des effets des décisions d'inconstitutionnalité *a posteriori* », *Revue de droit public*, 2011, n°6, pp. 1591-1612.
- TORCOL S., « Les effets du report dans le temps de la déclaration d'inconstitutionnalité et la protection des droits fondamentaux après la question prioritaire de constitutionnalité sur la garde à vue », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, 2011, n°9, pp. 69-84.
- TÜRK P., « Quel rôle pour le parlement dans le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité ? », *Les Petites affiches*, n°239, 29 novembre 2012, pp. 5-12.
- TÜRK P., « L'affaire Huchon : le mécanisme de question prioritaire de constitutionnalité en action », *Revue française de droit administratif*, 2011, n°4, pp. 723-742.
- VAN COMPERNOLL J., VERDUSSEN M., « La réception des décisions d'une Cour constitutionnelle sur renvoi préjudiciel - L'exemple de la Cour d'arbitrage de Belgique », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 14, mai 2003, pp. 117 et s.
- VERDUSSEN M., « La Cour constitutionnelle partenaire de la Cour de justice de l'Union européenne », *Revue belge de droit constitutionnel*, n°2-3, 2011, pp. 81-109.
- VERPEAUX M., « Brèves considérations sur l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel », *Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2011, n°30, pp. 11-22.
- VERPEAUX M., « Les QPC ou questions pour commencer », *Actualité juridique du droit administratif*, 2011, n°22, pp. 1235-1239.

- VERPEAUX M., « Les QPC : la troisième fois est la bonne », *Regards sur l'actualité*, 2011, n°368, pp. 8-19.
- VIALA A., « De la puissance à l'acte : la QPC et les nouveaux horizons de l'interprétation conforme », *Revue du Droit Public*, 2011, n°4, pp. 965-996.
- VIDAL-NAQUET A., « Le rôle du Conseil constitutionnel », in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, XXVI-2011, Economica, PUAM, 2012, pp. 41-53.
- YOLKA P., « Question prioritaire de constitutionnalité : Le Bon, la brute et le Truand », *Semaine juridique – Administrations et Collectivités territoriales*, 2011, n°11, pp. 2-3.
- ZAGREBELSKY G., « La doctrine du droit vivant et la question de constitutionnalité », *Constitutions. Revue de droit constitutionnel appliqué*, 2010, n°1, pp. 9-20.
- ZAGREBELSKY G., « Les caractères réaliste et concret du contrôle de constitutionnalité des lois en Italie », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 22, 2007, pp. 153-159
- ZAGREBELSKY G., « Existe-t-il une politique jurisprudentielle de la Cour constitutionnelle italienne ? », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 20, 2006, pp. 132-134.
- ZAGREBELSKY G., « Le contrôle de constitutionnalité des lois en France et en Italie : confrontation de certains de leurs aspects », *Revue internationale de droit comparé*, n° spécial, vol. 12, 1990, 14e journées juridiques franco-italiennes (Milan-Bellagio, 8-10 juin 1990), pp. 25-44.
- ZAGREBELSKY G., « La doctrine du droit vivant », *Cahiers du CDPC*, 1988, n°3, pp. 47-65, publié aussi in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, II-1986, Economica, PUAM, 1988, pp. 55-77.
- ZINAMSGVAROV N., « Les effets secondaires de la question prioritaire de constitutionnalité », *Revue du Droit Public*, 2011, n°6, pp. 1613-1639.

BIBLIOGRAPHIE EN ESPAGNOL

OUVRAGES

- BALAGUER CALLEJON F. (sous la dir. de), *La nueva ley orgánica del Tribunal constitucional*, Madrid, Tecnos, 2008, 208 pages.
- CORZO SOSA E., *La cuestión de inconstitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, 575 pages.
- DE FRUTOS M. F., *El procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad*, Barcelone, Cedecs, 2003, 638 pages.

DEL CARMEN BLASCO SOTO M., *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*, Barcelona, JM Bosch, 1995, 388 pages.

GARCIA COUSO S., *El juicio de relevancia en la cuestión de inconstitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, 202 pages.

GONZALEZ RIVAS J.J. (sous la dir. de), *Comentarios a la Ley orgánica del Tribunal constitucional*, Madrid, La Ley, 2010, 1020 pages.

LOPEZ ULLA J.M., *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*, Madrid, Marcial Pons, 2000, 312 pages.

PULIDO QUECEDO M., *La Ley orgánica del Tribunal constitucional anotada con jurisprudencia*, Cizur Menor, Aranzadi, 2007, 1033 pages.

URÍAS MARTÍNEZ J., *La cuestión interna de inconstitucionalidad*, Madrid, Mc Graw-Hill/Interamericana de España, 1996, 147 pages.

ARTICLES ET CONTRIBUTIONS

DEL CARMEN BLASCO SOTO M., « Reflexiones en torno a la fuerza de cosa juzgada en la sentencia dictada en cuestión de inconstitucionalidad », *Revista española de derecho constitucional*, 1994, n°41, pp. 35-62.

GIMENEZ GONZALEZ M., « La admisión a tramite en las cuestiones de inconstitucionalidad », *Revista de las Cortes Generales*, 1996, n°39, pp. 211-241.

GONZÁLEZ PÉREZ J., « La cuestión prejudicial de inconstitucionalidad », in *El Tribunal constitucional*, Vol. II, Madrid, Instituto de estudios fiscales, 1981, pp. 1219-1238.

SALA ARQUER J. M., « Consideraciones sobre la cuestión de inconstitucionalidad », in *El Tribunal constitucional*, Vol. III, Madrid, Instituto de estudios fiscales, 1981, pp. 2445-2464.

SERRA CRISTOBAL R., « El papel de la cuestión incidental de constitucionalidad en la relación entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria », *Revista del Poder Judicial*, 1998, n°49, pp. 163-198.

BIBLIOGRAPHIE EN ITALIEN

OUVRAGES

ABBAMONTE G., *Il processo costituzionale italiano. Il sindacato incidentale (Vol. I)*, Naples, Jovene, 1957, 290 pages.

- ANGELICI M., *La giustizia costituzionale*, Milan, Giuffrè, 1974, 385 pages.
- ANGIOLINI V., *La “manifesta infondatezza” nei giudizi costituzionali*, Padoue, CEDAM, 1988, 277 pages.
- ANZON A., CARETTI P., GRASSI S. (sous la dir. de), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Turin, Giappichelli, 2000, 723 pages.
- ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI (AIC), *Annuario 2006 : La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Naples, Jovene, 2010, 352 pages.
- AZZENA L., *La rilevanza nel sindacato di costituzionalità dalle origini alla dimensione europea*, Naples, Jovene, 2012, 216 pages.
- BAGNI S., *La questione incidentale nel controllo di costituzionalità. I sistemi italiano e spagnolo a confronto nel quadro dei modelli elaborati dalla dottrina*, Bologne, CLUEB, 2007, 273 pages.
- BALDUZZI R., COSTANZO P. (sous la dir. de), *Le zone d’ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi. Il procedimento in via incidentale*, Turin, Giappichelli, XI-2007, 414 pages.
- BELLOMIA S., *Appunti preliminari per uno studio sul procedimento nei giudizi incidentali di legittimità costituzionale*, Rome, 1983, 258 pages.
- BILANCIA P. et DE MARCO E. (sous la dir. de), *La tutela multilivello dei diritti*, Milan, Giuffrè, 2004, 328 pages.
- BIN R., BRUNELLI G., PUGIOTTO A. et VERONESI P. (sous la dir. de), *“Effettività” e “seguito” delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Naples, Edizioni scientifiche italiane, 2006, 776 pages.
- BINDI E., PERINI M., PISANESCHI A. (sous la dir. de), *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, Turin, Giappichelli, 2008, 534 pages.
- BONINI F., *Storia della Corte costituzionale*, Rome, Nuova Italia Scientifica, 1996, 369 pages.
- BONOMI A., *Il “limite” degli obblighi internazionali nel sistema delle fonti*, Turin, Giappichelli, 2008, 440 pages.
- BUTTURINI D., *La tutela dei diritti fondamentali nell’ordinamento costituzionale italiano ed europeo*, Naples, Esi, 2009, 285 pages.

- CALIFANO L., *Il contraddittorio nel processo costituzionale incidentale*, Turin, Giappichelli, 2003, 134 pages.
- CAMPANELLI G., *Incontri e scontri tra Corte suprema e Corte costituzionale in Italia e in Spagna*, Turin, Giappichelli, 2005, 429 pages.
- CAPPELLETTI M., *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milan, Giuffrè, 1957, 1^e édition, 242 pages.
- CARAVITA B., *Corte “giudice a quo” e introduzione del giudizio sulle leggi*, Padoue, CEDAM, 1985, 240 pages.
- CARNEVALE P., COLAPIETRO C., *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive. A cinquant'anni dalla pubblicazione della prima sentenza della Corte costituzionale*, Turin, Giappichelli, 2008, 250 pages.
- CARTABIA M., *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milan, Giuffrè, 1995, 274 pages.
- CATELANI E., *La determinazione della « questione di legittimità costituzionale » nel giudizio incidentale*, Milan, Giuffrè, 1993, 404 pages.
- CAVINO M., (sous la dir. de), *Esperienze di diritto vivente. La giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo*, Milan, Giuffrè, 2009, 208 pages.
- CELOTTO A., *La Corte costituzionale*, Bologne, Il Mulino, Coll. Farsi un'idea, 2004, 132 pages.
- CERRI A., *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milan, Giuffrè, 2012, 696 pages.
- CERRI A., *Corso di giustizia costituzionale*, Milan, Giuffrè, 2008, 5^e édition, 630 pages.
- CHELI E., *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri : una nuova edizione aggiornata*, Bologne, Il Mulino, 1999, 144 pages.
- CIARLO P., PITRUZZELLA G. et TARCHI R. (sous la dir. de), *Giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Turin, Giappichelli, 1997, 420 pages.
- CICCONETTI S. M., *Lezioni di giustizia costituzionale*, Turin, Giappichelli, 2010, 3^e édition, 128 pages.
- COLAPIETRO C., *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padoue, CEDAM, 1996, 436 pages.
- CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale, Vol.2/2. L'Ordinamento costituzionale italiano. La Corte costituzionale*, Padoue, CEDAM, 1984, 260 pages.
- CORTE COSTITUZIONALE, *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate*, Milan, Giuffrè, 2010 (actes du séminaire organisé par la Cour constitutionnelle italienne le 6 novembre 2009), 354 pages.

- CORTE COSTITUZIONALE, 1956-2006. Cinquant'anni di Corte costituzionale, Rome, Corte costituzionale (3 volumes), 2006, 160 pages.
- CORTE COSTITUZIONALE, Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale, Milan Giuffrè, 1990 (actes du séminaire organisé par la Cour constitutionnelle italienne les 13-14 novembre 1989), 352 pages.
- CORTE COSTITUZIONALE, Effetti temporali delle sentenze della Corte anche con riferimento alle esperienze straniere, Milan, Giuffrè, 1989 (actes du séminaire organisé par la Cour constitutionnelle italienne les 23-24 novembre 1988), 425 pages.
- COSTANZO P., MEZZETTI L., RUGGERI A. (sous la dir. de), Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea, Turin, Giappichelli, 2010, 558 pages.
- COSTANZO P. (sous la dir. de), L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale (actes du colloque d'Imperia des 12-13 mai 1995), Turin, Giappichelli, 1996, 782 pages.
- DAL CANTO F., Il giudicato costituzionale nel giudizio sulle leggi, Turin, Giappichelli, 2002, 384 pages.
- D'AMICO M., Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità, Milan, Giuffrè, 1993, 182 pages.
- D'AMICO M., Parti e processo nella giustizia costituzionale, Turin, Giappichelli, Coll. Studi di giustizia costituzionale, 1991, 356 pages.
- D'AMICO M. et RANDAZZO B. (sous la dir. de), Interpretazione conforme e tecniche argomentative (actes du colloque de Milan, les 6-7 juin 2008), Turin, Giappichelli, 2009, 528 pages.
- D'ATENA A. et GROSSI P. (sous la dir. de), Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello, Milan, Giuffrè, 2004, 388 pages.
- DECARO C., LUPO N., RIVOSECCHI G. (sous la dir. de), La manutenzione della giustizia costituzionale. Il giudizio sulle leggi in Italia, Spagna e Francia (actes du colloque de Rome du 18 novembre 2011), Turin, Giappichelli, 2012, 328 pages.
- DELLI PRISCOLI L., DE MARCHI P. G., L'eccezione di incostituzionalità : profili processuali, Bologna, Zanichelli, Coll. Strumenti del diritto, 2008, 376 pages.
- DE VERGOTTINI G., Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione, Bologna, Il Mulino, 2010, 224 pages.
- DOLSO G. P., Giudici e Corte alle soglie del giudizio di costituzionalità, Milan, Giuffrè, 2003, 400 pages.

- D'ORAZIO G., *Soggetto privato e processo costituzionale italiano*, Turin, Giappichelli, 1988.
- D'ORAZIO G., *La genesi della Corte costituzionale*, Milan, Giuffrè, 1981.
- FALZEA P., SPADARO A. et VENTURA L. (sous la dir. de), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Turin, Giappichelli, 2003.
- FALZEA P., *Le sentenze della Corte costituzionale a contenuto indeterminato e il ruolo del giudice nel processo di reintegrazione del sistema normativo*, Turin, Giappichelli, 2000.
- FALZEA P., *Norme, principi, integrazione. Natura, limiti e seguito giurisprudenziale delle sentenze costituzionali a contenuto indeterminato*, Turin, Giapichelli, 2005.
- FAMIGLIETTI G., MALFATTI E., SABATELLI P. P. (sous la dir. de), *Le norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale dopo quasi mezzo secolo di applicazione*, Turin, Giappichelli, 2002.
- FEMIA P. (sous la dir. de), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Naples, Edizioni scientifiche italiane, 2006.
- GARDINO CARLI A., *Giudici e Corte costituzionale. Gli elementi diffusi del nostro sistema di giustizia costituzionale*, Milan, Giuffrè, 1988.
- GIOCOLI NACCI P., *L'iniziativa nel processo costituzionale incidentale*, Naples, Jovene, 1963.
- GIOVANNETTI T., *L'Europa dei giudici. La funzione giurisdizionale nell'integrazione comunitaria*, Turin, Giappichelli, 2009.
- GIULIANI G., *La Corte costituzionale*, Milan, Giuffrè, 1962.
- GRANATA R., *Le sentenze e le ordinanze "autointerpretative" della Corte costituzionale fra "novazione" e "ricognizione" del precedente decismum*, Milan, Giuffrè, 2009.
- GROPPI T., *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milan, Giuffrè, 1997.
- GROSSO E., *Sentenze di spesa "che non costino"*, Turin, Giappichelli, 1992.
- LAMARQUE E., *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Rome-Bari, Laterza, 2012.
- LONGO G., *Sull'omissione legislativa come ipotesi di controllo del politico*, Lecce, Pensa, 2006.
- LUCIANI M., *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padoue, CEDAM, 1984.

- MALFATTI E., PANIZZA S., ROMBOLI R., Giustizia costituzionale, Turin, Giappichelli, 3e édition, 2011.
- MALFATTI E., ROMBOLI R., ROSSI E. (sous la dir. de), Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione", Turin, Giappichelli, 2002.
- MANNELLA F., Giudici comuni e applicazione della Costituzione, Naples, Editoriale scientifica, 2011.
- MARTINICO G., L'integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo, Naples, Jovene, 2009.
- MEZZANOTTE C., Il giudizio sulle leggi. Le ideologie del costituente, Milan, Giuffrè, 1979.
- MEZZETTI L., BELLETTI M., D'ORLANDO E., FERIOLI E., La giustizia costituzionale, Padoue, CEDAM, 2007.
- MODUGNO F., L'invalidità della legge, Milan, Giuffrè, 1970.
- MORTATI C., Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità, Milan, Giuffrè, 1964.
- NICO A. M., L'accentramento e la diffusione nel giudizio sulle leggi, Turin, Giappichelli, 2007.
- PACE A. (sous la dir. de), Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della Rivista « Giurisprudenza costituzionale » per il Cinquantenario anniversario, Milan, Giuffrè, 2006.
- PAGOTTO C., La disapplicazione della legge, Milan, Giuffrè, 2008
- PANUNZIO S.P. (sous la dir. de), I costituzionalisti e l'Europa. Riflessioni sui mutamenti costituzionali nel processo d'integrazione europea, Milan, Giuffrè, 2002.
- PARODI G., La sentenza additiva a dispositivo generico, Turin, Giappichelli, 1996.
- PASQUINO P., RANDAZZO B. (dir.), Come decidono le Corti costituzionali (e altre Corti), Milan, Giuffrè, 2009.
- PEDERZOLI P., La Corte costituzionale, Bologne, Il Mulino, 2008.
- PEGORARO L., La Corte e il parlamento : sentenze indirizzo e attività legislativa, Padoue, CEDAM, 1987.
- PERLINGIERI P., Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee, Naples, Esi, 2008.
- PIGNATELLI N., Le "interazioni" tra processo amministrativo e processo costituzionale in via incidentale, Turin, Giappichelli, 2008.

- PINARDI R., *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità*, Milan Giuffrè, 1993.
- PINARDI R., *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi*, Milan, Giuffrè, 2007.
- PIZZETTI F. et ZAGREBELSKY G., "Non manifesta infondatezza" e "rilevanza" nell'instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi, Milan, Giuffrè, 1974.
- PIZZORUSSO A., *La restituzione degli atti al giudice "a quo"*, Milan, Giuffrè, 1965.
- PIZZORUSSO A., VOLPE G., SORRENTINO F., MORETTI R., *Garanzie costituzionali*, in G. Branca (sous la dir. de), *Commentario della Costituzione*, Bologne-Rome, Zanichelli-Il Foro italiano (commentaires des articles 134 à 137 de la Constitution italienne), 1981.
- POLITI F., *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, Padoue, CEDAM, 1997.
- PUGIOTTO A., *Sindacato di costituzionalità e « diritto vivente »*. Genesi, uso, implicazioni, Milan, Giuffrè, 1994.
- RODOTÀ C., *Storia della Corte costituzionale*, Rome – Bari, Laterza, 1999.
- ROLLA G. (sous la dir. de), *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni*, Milan, Giuffrè, 2010.
- ROMBOLI R. (sous la dir. de), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Naples, Edizioni scientifiche italiane, 2006.
- ROMBOLI R. (sous la dir. de), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1987-2010)*, Turin, Giappichelli, 1990, 1993, 1996, 1999, 2002, 2005, 2008, 2011 (8 vol.).
- ROMBOLI R. (sous la dir. de), *La giustizia costituzionale a una svolta (actes du Séminaire de Pise du 5 mai 1990)*, Turin, Giappichelli, 1991.
- ROMBOLI R., *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milan Giuffrè, 1985.
- ROUTOLO M., *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, Padoue, CEDAM, 2000.
- RUGGERI A. et SILVESTRI G. (sous la dir. de), *Corte costituzionale e parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, Milan, Giuffrè, 2000.
- RUGGERI A. et SPADARO A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Turin, 2009.

- RUGGERI A. (sous la dir. de), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale (actes du séminaire de Messine des 7-8 mai 1993)*, Turin, Giappichelli, 1994.
- RUGGERI A., *Storia di un falso : l'efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Milan, Giuffrè, 1990.
- RUGGERI A., *Le attività "conseguenziali" nei rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore*, Milan, Giuffrè, 1988.
- RUOTOLO M., *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, Padoue, CEDAM, 2000.
- SANDULLI A. M., *Il giudizio sulle leggi. La cognizione della Corte costituzionale e i suoi limiti*, Milan, Giuffrè, 1967.
- SAITTA A., *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Milan, Giuffrè, 1996.
- SCIARABBA V., *Tra Fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padoue, CEDAM, 2008.
- SICLARI M., *Le "norme interposte" nel giudizio di costituzionalità*, Padoue, CEDAM, 1992.
- SPADARO A., *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Naples, Edizioni scientifiche italiane, 1990.
- SORRENTI G., *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milan, Giuffrè, 2006.
- SORRENTINO F., *Lezioni sulla giustizia costituzionale*, Turin, Giappichelli, 1999.
- VIGNUDELLI A., *La Corte delle leggi*, Rome, Maggioli Editore, 1988.
- ZAGREBELSKY G., *La giustizia costituzionale*, Bologne, Il Mulino, 1988.
- ZAGREBELSKY G., *Manuale di diritto costituzionale, I. Il sistema delle fonti del diritto*, Turin, UTET, 1992.
- ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Turin, Einaudi, 1992.
- ZAGREBELSKY G., *La legge e la sua giustizia*, Bologne, Il Mulino, 2008.
- ZAGREBELSKY G., *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Turin, Giappichelli, 2009.
- ZAGREBELSKY G. et MARCENO V., *La giustizia costituzionale*, Bologne, Il Mulino, 2012.
- ZANON N. (sous la dir. de), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Naples, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.

ARTICLES, CONTRIBUTIONS, NOTES

- AGRÒ À-S., « Note storiche sui rapporti tra l'interpretazione del giudice comune e quella della Corte costituzionale », in *Giurisprudenza costituzionale* V, 2004.
- AMOROSO G., « L'interpretazione “adeguatrice” nella giurisprudenza costituzionale tra canone ermeneutico e tecnico di sindacato di costituzionalità », *Foro italiano* V, 1998.
- ANZON A., « Una svolta nel controllo della Corte sulla “rilevanza” », *Giurisprudenza costituzionale* I, 1980.
- ANZON A., « Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale », *Giurisprudenza costituzionale* II, 1992, pp. 3199 et s.
- ANZON A., « Il giudice a quo e la Corte costituzionale tra dottrina dell'interpretazione conforme a Costituzione e dottrina del diritto vivente », in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, pp. 1082 et s.
- ASSINI N., « Il seguito (legislativo) delle sentenze della Corte costituzionale in Parlamento », in *Scritti su La giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, Padoue, CEDAM, 1985, vol. I, pp. 21 et s.
- BALDASSARE A., « I poteri conoscitivi della Corte costituzionale e il sindacato di legittimità astratto », *Giurisprudenza costituzionale*, 1973.
- BARTOLE S., « Pregiudiziale comunitaria ed “integrazione” di ordinamenti », *Le Regioni*, 2008, pp. 898 et s.
- BARTOLE S., « I requisiti dei procedimenti giurisdizionali e il loro utilizzo nella giurisprudenza costituzionale », *Giurisprudenza costituzionale*, 1999, pp. 190 et s.
- BASILICO A., « Disapplicazione di leggi interne contrastanti con la CEDU ? Il punto di vista della Corte di Giustizia », *Rivista telematica giuridica dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, n° 3/2012 du 25 septembre 2012.
- BENELLI F., « Le sentenze interpretative e manipolative nel processo in via principale di ieri e di oggi: dai modelli (pregressi) alla dinamica (futura) », in *Le Regioni*, n° 6/2002, pp. 1271 et s.
- BIFULCO R., CELOTTO A. et OLIVETTI M. (sous la dir. de), *Commentario alla Costituzione*, Turin, Giappichelli, 2006, vol. III, art. 123, 127, 134-137.
- BIGNAMI M., « Il seguito asimmetrico delle pronunce della corte costituzionale », *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2008, pp. 807 et s.

- BIN R., « L'applicazione diretta della costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a costituzione della legge », in *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa* (Actes du XXe Congrès annuel de l'AIC, Rome, les 27-28 octobre 2006), Naples, Jovene, 2010, pp. 201-225 (consultable également en ligne : <http://www.robertobin.it/ARTICOLI/Roma06Definitiva.pdf>).
- CABIDDU M-C., « Ancora su Corte costituzionale e legislatore : tra l'art. 513 CPP e il "nuovo" art. 111 Cost. », *Giurisprudenza costituzionale*, 2001, pp. 247 et s.
- CALVANO R., « La Corte costituzionale "fa i conti" per la prima volta con il nuovo art. 117 comma 1 Cost. Una svista o una svolta monista nella giurisprudenza costituzionale sulle "questioni comunitarie" ? », *Giurisprudenza costituzionale*, 2005, pp. 4436 et s.
- CASSELLA F., « Le sentenze interpretative di rigetto della Corte costituzionale: la loro efficacia nei giudizi successivi e il limite del diritto vivente (a proposito di Corte cost. n°372/94) », in *Responsabilità civile e previdenza* n°3-4/1995, pp. 623 et s.
- CASSESSE S., « La giustizia costituzionale in Italia : loi organique stato presente », *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2012, pp. 603 et s.
- CARTABIA M., « Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di doppia pregiudizialità comunitaria e costituzionale », *Foro italiano*, 1997, pp. 222 et s.
- CATALDI G., « Convenzione europea dei diritti umani e ordinamento italiano. Una storia infinita ? », *Diritti umani e diritto internazionale*, n°2/2008, pp. 321-347.
- CAVINO M., « Diritto vivente », *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Agg. IV, Turin, UTET, 2010, pp. 134 et s.
- CELOTTO A., PISTORIO G., « Interpretazioni comunitariamente e convenzionalmente conformi », in F. Modugno (sous la dir. de), *L'interpretazione conforme*, dossier spécial, *Giurisprudenza italiana*, 2010, p. 1978.
- CELOTTO A., « Perché la Corte si ostina ad emanare "ordinanze interpretative"? » (consultable en ligne : www.forumcostituzionale.it, juin 2003).
- CERRI A., « Sindacato di costituzionalità (ordinamento italiano) », *Enciclopedia Giuridica Giurisprudenza Treccani*, Rome, 1992, vol. XXVIII.
- CERRI A., « Giustizia costituzionale », *Enciclopedia Giuridica Giurisprudenza Treccani*, Rome, 2008, vol. XVI.
- CERVATI A., « Tipi di sentenze e tipi di motivazioni nel giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi », in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale* (actes du colloque de Trieste des 27-28 mai 1988), Milan, Giuffrè, 1988, pp. 125-153.

- CHELI E., « Giustizia costituzionale e sfera parlamentare », in *Quaderni costituzionali*, 1993, pp. 263 e s.
- CIOLLI I., « Brevi note in tema d'interpretazione conforme a Costituzione », in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, Naples, Editoriale Scientifica, vol. III, 2012, pp. 2013 et s. (également consultable en ligne dans la revue électronique de l'AIC : http://www.rivistaaic.it/sites/default/files/rivista/articoli/allegati/Ciolli_0.pdf).
- COSTANZO P., Aspetti tecnici dell'esperienza storica del controllo di costituzionalità «diffuso» nell'ordinamento italiano, in *Studi in onore di M. Mazziotti di Celso*, Padoue, CEDAM, 1995, pp. 250 et s.
- COSTANZO P., « Legislatore e Corte costituzionale, Uno sguardo d'insieme sulla giurisprudenza costituzionale in materia di discrezionalità legislativa dopo cinquant'anni di attività », I Ve Jornadas italo-espanolas de justicia constitucional : 50 aniversario de la Corte constitucional italiana, 25e aniversario del Tribunal constitucional espanol, 22-23 septembre 2005, Université de Las Palmas de Gran Canaria (consultable en ligne : www.giurcost.org/studi/CostanzoLanzarote.htm).
- CRISAFULLI V., « Le sentenze interpretative della Corte costituzionale », in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1967, pp. 1 et s.
- CRISAFULLI V., « Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei confronti con l'interpretazione giudiziaria », in *Giurisprudenza costituzionale*, 1956, pp. 929 et s.
- CRISAFULLI V., « Relazione generale » Ille conférence des Cours constitutionnelles européennes « Giudice costituzionale e potere legislativo », Roma, 20-22 octobre 1976, (www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_internazionali/CC_relint_Crisafulli.pdf).
- D'AMICO M., « Decisioni interpretative di rigetto e diritti fondamentali: una nuova strada per la Corte costituzionale ? », in *Giurisprudenza italiana*, I, 1993, pp. 2049 et s.
- DANIELE L., « Corte costituzionale e pregiudiziale comunitaria: alcune questioni aperte », Centro di documentazione europea, Université de Catane, Online Working Paper 2009, n° 16.
- D'ORAZIO G., « Le sentenze costituzionali additive tra esaltazione e contestazione », *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1992, pp. 61 et s.
- D'ORAZIO G., « Prime osservazioni sull'esercizio della funzione legislativa "conseguenziale" alle decisioni della Corte costituzionale », *Archivio giuridico*, 1967, pp. 92 et s.
- DE SIERVO U., « Una ricerca sull'impatto di alcuni tipi di decisioni della Corte costituzionale », *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2008, pp. 695 et s.

- DE STEFANO A., « Relazione italiana », IIIe conférence des Cours constitutionnelles européennes « Giudice costituzionale e potere legislativo », Rome, 20-22 octobre 1976, (www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_internazionali/CC_relint_De_Stefano.pdf)
- DI GENIO G., « Moniti al legislatore ed “esigenze di normazione” nelle sentenze di rigetto della Corte costituzionale » (document consultable uniquement en ligne : <http://www.giurcost.org/studi/notaGC.html>)
- DOLSO G.-P., « Le interpretative di rigetto tra Corte costituzionale e Corte di Cassazione », *Giurisprudenza costituzionale* 4, 2004, pp. 3021 et s.
- DOLSO G.-P., CERESA-GASTALDO M., « Prognosi sul futuro delle interpretative di rigetto », *Giurisprudenza costituzionale* 4, 2005, pp. 2930 et s.
- ELIA, L., « Sentenze « interpretative » di norme costituzionali e vincolo dei giudici », *Giurisprudenza costituzionale*, 1966, pp. 1719 et s.
- ELIA L., « Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale », *Scritti su La giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, Padoue, CEDAM, 1985, vol. Ie, pp. 299 et s.
- FALZEA P., « Aspetti problematici del seguito legislativo alle sentenze della Corte costituzionale », in *Corte costituzionale e Parlamento*, a cura di A. Ruggeri – G. Silvestri, Milano, 2000, pp. 121 e s.
- FERRARI G., « La difficile nascita della Corte costituzionale », *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1988, n°81-82, pp. 5 et s.
- FONTANELLI F., « I principi generali dell'ordinamento UE dopo Küküdeveci. Riflessioni sull'efficacia indiretta orizzontale e sul principio di solidarietà », *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2010, pp. 1145 et s.
- FROSINI T-E., « Chi è l'interprete dell'interpretazione delle leggi? » (consultable en ligne : www.forumcostituzionale.it/)
- GHERA F., « I vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali nei confronti della potestà legislativa dello Stato e delle Regioni », in MODOGNO F., CARNEVALE P. (sous la dir. de), *Traformazioni della funzione legislativa*, Milan, Giuffrè, 2003, pp. 47 et s.
- GHERA F., « Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente delle sentenze interpretative della Corte di giustizia », *Giurisprudenza costituzionale*, 2000, pp. 1193 et s.
- GIRELLI F., « Sul seguito delle decisioni d'incostituzionalità : il caso delle ore di sostegno per gli studenti disabili », *Rivista telematica giuridica dell'Associazione italiana dei*

costituzionalisti, n° 1/2011 (consultable en ligne : www.rivistaaic.it/articolorivista/sul-seguito-delle-decisioni-dincostituzionalita-il-caso-delle-ore-di-sostegno-gli).

GROSSO E., « Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c. della Costituzione », Actes du Séminaire de Rome, Palais de la Consulta, des 8-9 novembre 1991, Milan, Giuffrè, 1993.

GUARDUCI E., « Sul necessario potenziamento del seguito delle sentenze della Corte costituzionale in Parlamento », in *Scritti dei dottorandi in onore di Alessandro Pizzorusso*, Turin, Giapichelli, 2005, pp. 431-439.

GUARINO G., « Costituzione italiana e integrazione europea : aiuti di stato, "distrazione" amministrativa e costi impropri per le imprese », 2008, pp.1-25.

GUELI V., « La Corte costituzionale », in *Scritti in memoria di P. Calamandrei*, Padoue, Cedam, 1958, III, pp. 351 et s.

IANNUCILLI L., « L'interpretazione secundum constitutionem tra Corte costituzionale e giudici comuni – Brevi note sul tema » (Séminaire du 6 novembre 2009, « Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate », Roma, Palazzo della Consulta, consultable en ligne : www.cortecostituzionale.it. 19 pages).

LA GRECA G., « Corte costituzionale », *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Turin, UTET, 1989, pp. 205 et s.

LAMARQUE E., « Prove generali di sindacato di costituzionalità accentrato-collaborativo », *Scritti in onore di Franco Modugno*, III, Naples, Jovene, 2011, pp. 1843 et s.

LAMARQUE E., « La fabbrica delle interpretazioni conformi a Costituzione tra Corte costituzionale e giudici comuni », in BISCOTTI B. , BORSELLINO P. , POCAR V. et PULITANO D. (sous la dir. de), *La fabbrica delle interpretazioni* (Actes du 7e colloque annuel de la Faculté de droit de l'Université de Milan-Bicocca, des 19-20 novembre 2009), Giuffrè, 2012, pp. 37 et s. (également consultable en ligne : http://www.astrid-online.it/rassegna/Rassegna-28/21-12-2009/Lamarque_20-novembre-2009-def.pdf)

LAMARQUE E., « Il seguito nella prassi delle decisioni interpretative e additive di principio della Corte costituzionale presso le autorità giurisdizionali (anni 2000-2005) », *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2008, pp. 699 et s.

LAMARQUE E., « Una sentenza "interpretativa di inammissibilità" », in *Giurisprudenza costituzionale*, 1996, pp. 3107 et s.

LANEVE G., « Non terminare l'opera vale quanto non averla iniziata : la Corte alza l'asticella e l'interpretazione conforme continua a mietere vittime », note sous Cour. const., ord. n°26 de 2012, mars 2012, 20 pages. (consultable en ligne : www.federalismi.it).

- LANEVE G., « L'interpretazione conforme a Costituzione : problemi e prospettive di un sistema diffuso di applicazione costituzionale all'interno di un sindacato (che resta) accentrato », *Rivista di diritto pubblico italiano e comparato*, settembre 2011, 37 pages.
- LANEVE G., « L'interpretazione conforme a Costituzione », *Rivista di diritto pubblico italiano e comparato*, juillet 2011, 15 pages.
- LONGO A., « Spunti di riflessione sul problema teorico dell'interpretazione conforme », 2012, 47 pages. (consultable en ligne : <http://www.giurcost.org/studi/longo3.pdf>).
- LUCIANI M., « Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a" », in *Studi in memoria di G. G. Floridia*, Naples, 2009, pp. 413 et s.
- LUCIANI M., « Considerazioni sul tema », in *Giudizio « a quo » e promovimento del processo costituzionale* (Actes du Séminaire d'Etudes tenu au Palazzo della Consulta à Rome les 13-14 novembre 1989), Milan, Giuffrè, 1990, pp. 289-293.
- MAGRINI V., « La scelta della restituzione degli atti nell'ordinanza della Corte costituzionale n. 150/2012 », *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n° 3/2012, 25 septembre 2012.
- MARCENO' V., « Le ordinanze di manifesta inammissibilità per insufficiente sforzo interpretativo : una tecnica che può coesistere con le decisioni "manipolative" (di norme) e con la dottrina del diritto vivente ? », *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, pp. 786 et s.
- MARGIOTTA BROGLIO C., « La Corte costituzionale italiana e il modello kelseniano », *Quaderni costituzionali*, 2000, pp. 333 et s.
- MASTROIANNI R., « Le norme comunitarie non direttamente efficaci costituiscono parametro di costituzionalità delle leggi interne ? », *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, pp. 3520 et s.
- MATRICARDI C., « Sentenze interpretative di rigetto della Corte costituzionale : non sono vincolanti » (consultable en ligne : www.studiocataldi.it).
- MODUGNO F., « Sull'interpretazione costituzionalmente conforme », in *Il diritto fra interpretazione e storia, Liber amicorum in onore di Angel Antonio Cervati*, Nova Juris Interpretatio, Quaderno monografico, Aracne Editrice, 2010, pp. 315 et s.
- MODUGNO F., « Sul problema dell'interpretazione conforme a Costituzione : un breve excursus », in F. MODUGNO (sous la dir. de), *L'interpretazione conforme*, dossier spécial, *Giurisprudenza italiana*, 2010, pp. 1961 et s.
- MODUGNO F., « Inammissibilità della quaestio legitimitatis per omessa interpretazione costituzionalmente conforme e bilanciamento in concreto di diverse esigenze costituzionali », *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, pp. 2411 et s.

- MODUGNO F., « Legge (vizi della) » et « Validità (Dir. cost.) », in *Enciclopedia del diritto*, Milan, Giuffrè, 1973, vol. XXIII, pp. 1000 et s., et 1993, vol. XLVI, pp. 44 et s.
- MODUGNO F., « Riflessioni interlocutorie sull'autonomia del giudizio costituzionale », *Rassegna di diritto pubblico*, 1966, pp. 221 et s.
- MODUGNO F., « La funzione legislativa complementare della Corte costituzionale », *Giurisprudenza costituzionale*, 1981, I, pp. 1646 e s.
- MODUGNO F., « Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale » (Actes du colloque de Trieste des 26-28 mai 1986), Milan, 1988.
- MONTANARI L., « La difficile definizione dei rapporti con la CEDU alla luce del nuovo art. 117 della Costituzione : un confronto con Francia e Regno Unito », *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2008, I, pp. 204-215 et in *Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia*, Naples, Jovene, 2009, pp. 459 et s.
- MORELLI M. R., « Sentenze interpretative di rigetto della Corte costituzionale e vincolo di interpretazione del giudice a quo », in *Giustizia civile*, 10/1990, pp. 2233 et s.
- MORRONE A., « Shopping di norme convenzionali ? A prima lettura dell'ordinanza n°150/2012 della Corte costituzionale », *Forum di quaderni costituzionali*, 2012.
- MORTATI C., « Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore », in *Raccolta di scritti*, Milan, Giuffrè, 1972, vol. III, pp. 923 et s.
- ONIDA V., « In tema di interpretazione delle norme sugli effetti delle pronunce di incostituzionalità », *Giurisprudenza costituzionale*, 1965, II, pp. 1421 et s.
- ONIDA V., « Note su un dibattito in tema di "rilevanza" delle questioni di costituzionalità delle leggi », *Giurisprudenza costituzionale*, 1978, pp. 997 et s.
- PASSAGLIA P. (sous la dir. de), « Corti costituzionali e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia », avril 2010 (consultable en ligne : http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_Corti_costituzionali_rinvio_pregiudiziale_12012010.pdf)
- PARODI G., « Seguito giurisdizionale delle decisioni costituzionali interpretative e additive di principio ed elementi di "diffusione" nel controllo di costituzionalità », *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2008, pp. 821 et s.
- PELLIZZONE I., « Sentenza della Corte europea sopravvenuta e giudizio di legittimità costituzionale : perché la restituzione degli atti non convince. Considerazioni a margine dell'ord. n. 150 del 2012 della Corte costituzionale », *AIC*, n° 3/2012, 25 settembre 2012.

- PINARDI R., « L'interpretazione adeguatrice tra Corte et giudici comuni : le stagioni di un rapporto complesso e tuttora assai problematico », in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, vol. 4, Naples, Jovene, 2009, pp. 1523-1553.
- PISTOIA E., « Una nuova pronuncia della Corte costituzionale sui rapporti tra diritto nazionale e diritto europeo », *Rivista di diritto internazionale*, 2011, p. 79 et s.
- PIZZORUSSO A., « Sentenza e ordinanza della Corte costituzionale », *Novissimo Digesto italiano*, Appendice, Turin, UTET, 1987, pp. 47 et s.
- NAPOLEONI V., « Muntamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna : altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo. Nota a Corte costituzionale, 8 ottobre 2012 (dep. 12 ottobre 2012) n°230, Pres. Quaranta, Rel. Frigo) », *Diritto penale contemporaneo*, n° 3-4/2012, pp. 164-176.
- PIERANDREI F., « Corte costituzionale », in *Enciclopedia del diritto*, Milan, Giuffrè, 1962, vol. X, pp. 874 et s.
- PINARDI R., « L'interpretazione adeguatrice tra Corte e giudici comuni : le stagioni di un rapporto complesso e tuttora assai problematico », in BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P. (sous la dir. de), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Naples, Jovene editore, vol. IV, 2009, pp. 1523 et s.
- PINELLI C., « Interpretazione conforme (rispettivamente a Costituzione e al diritto comunitario) e giustizia di equivalenza », *Giur. cost.*, 2008, pp. 1364 et s.
- PISTORIO G., « "I limiti" all'interpretazione conforme : cenni su un problema aperto », 2011, 13 p. (consultable en ligne dans la revue électronique de l'AIC : <http://www.rivistaaic.it/sites/default/files/rivista/articoli/allegati/Pistorio.pdf>).
- POLLICINO O., « Margine di apprezzamento, art. 10, c. 1, Cost. e bilanciamento "bidirezionale" : evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni n°311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale ? », *Quaderni costituzionali*, décembre 2009 (consultable en ligne : <http://www.forumcostituzionale.it/site/>)
- RAVERAIRA M., « Le critiche all'interpretazione conforme : dalla teoria alla prassi un incidentalità "accidentata" ? », in MODUGNO F. (sous la dir. de), *L'interpretazione conforme, dossier spécial*, *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, pp. 1968 et s.
- RAVERAIRA M., « Corte costituzionale », *Enc. giur.*, Treccani, Rome, vol. IX, 1988.
- RESCIGNO G. U., « Del preteso principio secondo cui spetta ai giudici ricavare principi dalle sentenze della Corte e manipolare essi stessi direttamente le disposizioni di legge per renderle conformi a tali principi », *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, pp. 2417 et s.

- ROMBOLI R., « Qualcosa di nuovo... anzi d'antico : la contesa sull'interpretazione conforme della legge », in CARNEVALE P. et COLAPIETRO C. (sous la dir. de), *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettiva. A cinquant'anni dalla pubblicazione della prima sentenza della Corte costituzionale*, Turin, Giappichelli, 2008, pp. 89 et s.
- ROMBOLI R., « Verso un “nuovo” utilizzo delle decisioni interpretative », *Quaderni costituzionali*, n° 3, 2007, pp. 591 et s.
- ROMBOLI R., « Passato e avvenire della “manifesta infondatezza” », *Giurisprudenza costituzionale*, 1983, I, pp. 1120 et s.
- ROMBOLI R., « Poteri decisori o istruttori, funzioni amministrative o giurisdizionali, legittimazione del giudice a quo », *Giurisprudenza costituzionale*, 1986, I, pp. 756 et s.
- ROMBOLI R., ROSSI E., « Giudizio di legittimità costituzionale delle leggi », in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento, Milan, Giuffrè, 2001, vol. V, pp. 503 et s.
- RUGGERI A., « Penelope alla Consulta : tesse e sfilata la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai tratti identificativi della struttura dell'ordine interno o distintivi rispetto alla struttura dell'ordine convenzionale (« prima lettura » di Corte cost. n°230 del 2012) » (consultable en ligne : <http://www.giurcost.org>).
- RUGGERI A., « La Corte costituzionale, i parametri ‘conseguenziali’ e la tecnica dell'assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte cost. n°150 del 2012 e dell'anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione medicalmente assistita) », Rubrique ‘Studi e Commenti’, Section Studi, 2012 (consultable en ligne : <http://www.giurcost.org>).
- RUOTOLO M., « Interpretazione conforme a Costituzione e tecniche decisorie », in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, Naples, Editoriale Scientifica, 2012, vol. III, pp. 2469 et s.
- RUOTOLO M., « Oltre i confini dell'interpretazione costituzionalmente conforme ? A proposito della pronuncia della cassazione sulla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere per il delitto di violenza sessuale di gruppo », 2012, 19 pages. (consultable en ligne dans la revue électronique de l'AIC : http://www.rivistaaic.it/sites/default/files/rivista/articoli/allegati/Ruotolo_0.pdf).
- RUOTOLO M., « Interpretazione conforme a Costituzione e tecniche decisorie della Corte costituzionale », 2011, 22 pages. (consultable en ligne : <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2011/01/Ruotolo1.pdf>).
- RUOTOLO M., « Alcuni eccessi nell'uso della “interpretazione conforme a...” », *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, pp. 1206 et s.
- SCHEFOLD Dian, « L'interpretazione conforme alla Costituzione » (Actes du colloque de l'AIC sur « La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in

Europa »), 2006, 27 pages. (également consultable en ligne sur <http://archivio.rivistaaic.it/materiali/convegni/aic200610/schefold.html>).

SCIARABBA V. « Il problema dell'intangibilità del giudicato tra Corte di Strasburgo, giudici comuni, Corte costituzionale e... legislatore? », *Forum dei Quaderni costituzionali*, (consultable en ligne : <http://www.forumcostituzionale.it>).

SERGES G., « L'interpretazione conforme a Costituzione tra tecniche processuali e collaborazione con i giudici », in SERGES G., *Lecture di diritto pubblico*, Editoriale scientifica, Naples, 2012, pp. 49 et s.

SERGES G., « Interpretazione conforme e tecniche processuali », in MODUGNO F. (sous la dir. de), *L'interpretazione conforme, dossier spécial*, *Giurisprudenza italiana*, 2010, p. 1973.

SERGES G., « Art. 117, al. 1er », in BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M. (sous la dir. de), *Commentario alla Costituzione*, vol. III, Turin, UTET, 2006, pp. 2213 et s.

SEVERINO C., « Il ruolo della giurisprudenza comune nel giudizio di costituzionalità in Francia. Un diritto vivente dinnanzi al Conseil constitutionnel ? », in CAVINO M., (sous la dir. de), *Esperienze di diritto vivente. La giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo*, Milan, Giuffrè, 2009, pp. 53 et s.

SILVESTRI G., « Legge (controllo di costituzionalità) », in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Turin, 1994, vol. IX, pp. 128 et s.

SILVESTRI G., « Le sentenze normative della Corte costituzionale », *Giurisprudenza italiana*, 1981, I, pp. 1684 et s.

SIMONCINI A., « L'avvio della Corte costituzionale e gli strumenti per la definizione del suo ruolo : un problema storico aperto », *Giurisprudenza italiana*, 2004, pp. 3065 et s.

SPINGO I., « La Corte costituzionale e la vexata questio del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia » (consultable en ligne : www.osservatoriosullefonti.it, 2/2008).

TROCKER N., « La pregiudizialità costituzionale », *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1988, pp. 796 et s.

TUCCIARELLI C., « Le istituzioni a due marce : Corte costituzionale e Parlamento tra sentenze poco seguite e seguito poco sentito », *Quaderni costituzionali*, 1996, pp. 293 et s.

VILLAVERDE MENÉNDEZ I., « L'incostituzionalità per omissione dei silenzi del legislatore », *Giurisprudenza italiana*, 1996, pp. 3961 et s.

VOLPE G., « Sviluppi del giudizio incidentale sulle leggi in Italia : verso un processo di "amparo"? », in FERNANDEZ SEGADO F. (sous la dir. de), *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context*, Madrid, Dickinson, 2003, pp. 1195 et s.

- ZAGREBELSKY G., « La rilevanza, un carattere normale ma non necessario della questione incidentale di legittimità costituzionale », *Giurisprudenza italiana*, 1969, pp. 1001 et s.
- ZAGREBELKY G., « Processo costituzionale », in *Enciclopedia del diritto*, Milan, Giuffrè, 1987, vol. XXXVI, pp. 521 et s.
- ZAGREBELSKY G., « La Corte costituzionale ed il legislatore », in *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, a cura di P. Barile – E. Cheli – S. Grassi, Bologna, 1982, pp. 142 et s.
- ZANON N., « La Corte, il legislatore ordinario e quello di revisione, ovvero del diritto all’“ultima parola” al cospetto delle decisioni d’incostituzionalità », *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, pp. 3169 et s.

ANNEXES

LISTE DES ANNEXES

Annexe n° 1 : textes italiens sur le procès incident de constitutionnalité

Annexe n° 2 : extraits de la loi organique espagnole n° 2/1979 portant sur le Tribunal constitutionnel du 3 octobre 1979

Annexe n° 3 - Tableau des principales caractéristiques des questions de constitutionnalité en France, Espagne et Italie

Annexe n° 4 - Programme du séminaire d'étape du 17 février 2012

Annexe n° 5 - Programme du colloque final de restitution des 21 et 22 mars 2013

Annexe n° 6 – Statistiques sur l'activité de la Cour constitutionnelle italienne (source : « Appendice statistica » in 1956-2006. Cinquant'anni di Corte costituzionale, 2006, p. 1895 et s., mises à jour sur la base des éléments diffusés chaque année par la Cour).

ANNEXE 1 – TEXTES ITALIENS SUR LE PROCES INCIDENT DE CONSTITUTIONNALITE

Loi constitutionnelle n° 1 du 9 février 1948, article 1^{er} :

« La questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge della Repubblica, rilevata d'ufficio o sollevata da una delle parti nel corso di un giudizio e non ritenuta dal giudice manifestamente infondata, è rimessa alla Corte costituzionale per la sua decisione. »

Loi n° 87 du 11 mars 1953 (extraits)

Titre II – Chapitre 2 :

Questioni di legittimità costituzionale

Art. 23

Nel corso di un giudizio dinanzi ad una autorità giurisdizionale una delle parti o il pubblico ministero possono sollevare questione di legittimità costituzionale mediante apposita istanza, indicando:

- a) le disposizioni della legge o dell'atto avente forza di legge dello Stato o di una Regione, viziati da illegittimità costituzionale;
- b) le disposizioni della Costituzione o delle leggi costituzionali, che si assumono violate.

L'autorità giurisdizionale, qualora il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale o non ritenga che la questione sollevata sia manifestamente infondata, emette ordinanza con la quale, riferiti i termini ed i motivi della istanza con cui fu sollevata la questione, dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale e sospende il giudizio in corso.

La questione di legittimità costituzionale può essere sollevata, di ufficio, dall'autorità giurisdizionale davanti alla quale verte il giudizio con ordinanza contenente le indicazioni previste alle lettere a) e b) del primo comma e le disposizioni di cui al comma precedente.

L'autorità giurisdizionale ordina che a cura della cancelleria l'ordinanza di trasmissione degli atti alla Corte costituzionale sia notificata, quando non se ne sia data lettura nel pubblico dibattimento, alle parti in causa ed al pubblico ministero quando il suo intervento sia obbligatorio, nonché al Presidente del Consiglio dei Ministri od al Presidente della Giunta regionale a seconda che sia in questione una legge o un atto avente forza di legge dello Stato o di una Regione. L'ordinanza viene comunicata dal cancelliere anche ai Presidenti delle due Camere del Parlamento o al Presidente del Consiglio regionale interessato.

Art. 24

L'ordinanza che respinga la eccezione di illegittimità costituzionale per manifesta irrilevanza o infondatezza, deve essere adeguatamente motivata.

L'eccezione può essere riproposta all'inizio di ogni grado ulteriore del processo.

Art. 25

Il Presidente della Corte costituzionale, appena è pervenuta alla Corte l'ordinanza con la quale l'autorità giurisdizionale promuove il giudizio di legittimità costituzionale, ne dispone la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale e, quando occorra, nel Bollettino Ufficiale delle Regioni interessate.

Entro venti giorni dall'avvenuta notificazione della ordinanza, ai sensi dell'art. 23, le parti possono esaminare gli atti depositati nella cancelleria e presentare le loro deduzioni.

Entro lo stesso termine, il Presidente del Consiglio dei ministri e il Presidente della Giunta regionale possono intervenire in giudizio e presentare le loro deduzioni. 18

Art. 26

Trascorso il termine indicato nell'articolo precedente il Presidente della Corte nomina un giudice per la istruzione e la relazione e convoca entro i successivi venti giorni la Corte per la discussione.

Qualora non si costituisca alcuna parte o in caso di manifesta infondatezza la Corte può decidere in Camera di consiglio. 19

Le sentenze devono essere depositate in cancelleria nel termine di venti giorni dalla decisione.

Art. 27

La Corte costituzionale, quando accoglie una istanza o un ricorso relativo a questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge, dichiara, nei limiti dell'impugnazione, quali sono le disposizioni legislative illegittime. Essa dichiara, altresì, quali sono le altre disposizioni legislative, la cui illegittimità deriva come conseguenza dalla decisione adottata.

Art. 28

Il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento.

Art. 29

La sentenza con la quale la Corte si pronuncia sulla questione di illegittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge o l'ordinanza con la quale è dichiarata la manifesta infondatezza dell'eccezione di incostituzionalità, vengono trasmesse, entro due giorni dal loro deposito in cancelleria, unitamente agli atti, all'autorità giurisdizionale che ha promosso il giudizio, a cura del cancelliere della Corte.

Art. 30

La sentenza che dichiara l'illegittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge dello Stato o di una Regione, entro due giorni dal suo deposito in cancelleria, è trasmessa, di ufficio, al Ministro di grazia e giustizia od al Presidente della Giunta regionale affinché si proceda immediatamente e, comunque, non oltre il decimo giorno, alla pubblicazione del dispositivo della decisione nelle medesime forme stabilite per la pubblicazione dell'atto dichiarato costituzionalmente illegittimo. 20

La sentenza, entro due giorni dalla data del deposito, viene, altresì, comunicata alle Camere e ai Consigli regionali interessati affinché, ove lo ritengano necessario, adottino i provvedimenti di loro competenza. 21

Le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione. 22

Quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali.

ANNEXE 2 – Extraits de la loi organique espagnole n° 2/1979 portant sur le Tribunal constitutionnel du 3 octobre 1979

Titre II - Les procédures de déclaration d'inconstitutionnalité

Chapitre I - Dispositions générales

Article 27.

1. À travers les procédures de déclaration d'inconstitutionnalité réglementées dans ce titre, le Tribunal Constitutionnel garantit la primauté de la Constitution et juge de la conformité ou de la non-conformité à son égard des lois, des dispositions ou des actes contestés.

2. Sont susceptibles de déclaration d'inconstitutionnalité:

- a) les statuts d'autonomie et les autres lois organiques;
- b) les autres lois, dispositions normatives et actes de l'Etat ayant force de loi. Dans le cas des décrets législatifs, la compétence du Tribunal s'entend sans préjudice de ce qui est prévu à l'alinéa 6 de l'article 82 de la Constitution;
- c) les traités internationaux;
- d) les règlements des Chambres et des Cortes Generales ;
- e) les lois, actes et dispositions normatives ayant force de loi des Communautés Autonomes, sous la même réserve que celle formulée au paragraphe b) concernant les cas de délégation législative;
- f) les règlements des assemblées législatives des Communautés Autonomes.

Article 28.

1. Afin de juger de la conformité ou de la non-conformité d'une loi, d'une disposition ou d'un acte ayant force de loi de l'Etat ou des Communautés Autonomes à la Constitution, le Tribunal considérera, outre les préceptes constitutionnels, les lois qui, dans le cadre constitutionnel, auraient été édictées pour délimiter les compétences de l'Etat et des différentes Communautés Autonomes ou pour réglementer ou harmoniser l'exercice des compétences de celles-ci.

2. De même, le Tribunal pourra déclarer comme étant inconstitutionnels, pour infraction à l'article 81 de la Constitution, les préceptes d'un décret-loi, d'un décret législatif, d'une loi n'ayant pas été adoptée avec le caractère de loi organique ou d'une norme législative d'une Communauté Autonome, au cas où lesdites dispositions ont réglementé des matières réservées à une loi organique ou impliquent une modification ou une dérogation à une loi adoptée avec ce caractère, quel que soit son contenu.

Article 29.

1. La déclaration d'inconstitutionnalité pourra être occasionnée par:

- a) le recours en inconstitutionnalité;
- b) la question d'inconstitutionnalité posée par des juges ou des tribunaux.

2. Le rejet, pour des raisons de forme, d'un recours en inconstitutionnalité contre une loi, une disposition ou un acte ayant force de loi, ne sera pas un obstacle à ce que ladite loi, disposition ou acte puisse être l'objet d'une question d'inconstitutionnalité à l'occasion de son application dans un autre procès.

Article 30.

L'admission d'un recours ou d'une question d'inconstitutionnalité n'interrompra pas l'entrée en vigueur ni l'application de la loi, de la disposition normative ou de l'acte ayant force de

loi, sauf dans le cas où le Gouvernement invoquerait ce qui est stipulé à l'article 161.2 de la Constitution, pour contester, par l'intermédiaire de son Président, des lois, des dispositions normatives ou des actes ayant force de loi des Communautés Autonomes.

(...)

Chapitre III - La question d'inconstitutionnalité posée par des juges et des tribunaux

Article 35

1. Lorsqu'un juge ou un tribunal, d'office ou à la demande d'une partie, considérera qu'une norme ayant rang de loi applicable au cas et la validité de laquelle dépendrait la décision peut être contraire à la Constitution, il posera la question au Tribunal Constitutionnel, conformément à ce qui est stipulé dans cette loi.

2. L'organe judiciaire pourra seulement poser la question une fois la procédure conclue et dans le délai prévu pour rendre son arrêt, ou la résolution juridictionnelle qui convient, et il devra préciser la loi ou la norme ayant force de loi dont la constitutionnalité est discutée, la disposition constitutionnelle qui est supposée enfreinte et préciser ou justifier dans quelle mesure la solution du procès dépend de la validité de la norme en question. Avant d'adopter par une ordonnance sa décision définitive, l'organe judiciaire entendra les parties et le Ministère public afin que, dans le délai commun de dix jours et ne pouvant pas être prorogé, ils puissent alléguer ce qu'ils désirent quant à la pertinence de poser la question d'inconstitutionnalité, ou quant au fond de celle-ci; faisant suite, et sans autre procédure, le juge rendra sa décision dans le délai de trois jours. Cette ordonnance ne sera susceptible d'aucun recours. Néanmoins, la question d'inconstitutionnalité pourra être sollicitée de nouveau à l'occasion des instances ou degrés successifs tant qu'un arrêt définitif n'aura pas été rendu.

3. La décision de poser la question d'inconstitutionnalité provoque la suspension provisoire des actions, dans le cadre de la procédure judiciaire, jusqu'à ce que le Tribunal Constitutionnel se prononce sur son admission. Une fois que celle-ci a eu lieu, le processus judiciaire demeurera suspendu jusqu'à ce que le Tribunal Constitutionnel tranche définitivement la question.

Article 36.

L'organe judiciaire présentera au Tribunal Constitutionnel la question d'inconstitutionnalité accompagnée d'une attestation des décisions principales et des allégations prévues à l'article précédent, si elles existent.

Article 37

1. Une fois que le Tribunal Constitutionnel aura reçu l'ensemble des pièces, la procédure sera instruite suivant les formalités du paragraphe 2 de cet article. Cependant, le Tribunal pourra rejeter, lors de l'admission, par une ordonnance et sans autre audience que celle du Procureur général de l'Etat, la question d'inconstitutionnalité lorsque les conditions nécessaires à la procédure manqueront ou que la question suscitée sera notoirement non fondée. Cette décision sera motivée.

2. Une fois que la décision d'admission de la question d'inconstitutionnalité a été publiée au "Journal Officiel de l'Etat" (Boletín Oficial del Estado), toutes les parties à la procédure judiciaire pourront comparaître devant le Tribunal Constitutionnel dans le délai de quinze jours à compter de la publication, en vue de formuler des allégations, dans un nouveau délai de quinze jours.

3. Le Tribunal Constitutionnel communiquera la question au Congrès des députés et au Sénat par l'intermédiaire de leurs présidents, au Procureur général de l'Etat, au Gouvernement par l'intermédiaire du Ministère de la Justice et, au cas où elle affecterait une loi ou une autre disposition normative ayant force de loi d'une Communauté Autonome, aux organes législatif et exécutif de celle-ci; tous pourront comparaître et formuler des allégations au sujet de la question posée dans un délai commun de quinze jours ne pouvant pas être prorogé. Une fois celui-ci passé, le Tribunal rendra son arrêt dans un délai de quinze jours, sauf s'il estime nécessaire, par une décision motivée, un délai plus long mais qui ne pourra pas excéder trente jours.

Chapitre IV - L'arrêt dans les procédures d'inconstitutionnalité et ses effets.

Article 38.

1. Les arrêts rendus dans les procédures d'inconstitutionnalité auront la valeur de chose jugée, lieront tous les pouvoirs publics, et produiront des effets de caractère général à partir du moment de leur publication dans le "Journal Officiel de l'Etat" (Boletín Oficial del Estado).

2. Les arrêts déboutant les requêtes, rendus dans les recours en inconstitutionnalité et dans les conflits en défense de l'autonomie locale, empêcheront que la question soit reposée ultérieurement par une des deux voies, si elle est fondée sur la violation d'un précepte constitutionnel identique.

3. S'il s'agit d'un arrêt rendu sur des questions d'inconstitutionnalité, le Tribunal Constitutionnel le communiquera immédiatement à l'organe judiciaire compétent pour la décision du procès. Ledit organe communiquera l'arrêt constitutionnel aux parties. Le juge ou le tribunal sera lié à partir du moment où il aura eu connaissance de l'arrêt constitutionnel et les parties, à partir du moment où l'arrêt leur aura été communiqué.

Article 39.

1. Lorsque l'arrêt déclarera l'inconstitutionnalité, il déclarera également la nullité des préceptes contestés, ainsi que, le cas échéant, celle des autres préceptes de la même loi, de la disposition ou de l'acte ayant force de loi auxquels elle doit être étendue par voie de connexion ou de conséquence.

2. Le Tribunal Constitutionnel pourra fonder la déclaration d'inconstitutionnalité sur l'infraction de n'importe quel précepte constitutionnel, qui a été invoqué ou non lors du procès.

Article 40.

1. Les arrêts déclaratoires de l'inconstitutionnalité de lois, dispositions ou actes ayant force de loi, ne permettront pas de réviser des procès terminés par un arrêt ayant force de chose jugée, où l'on aura appliqué des lois, des dispositions ou des actes inconstitutionnels, sauf dans le cas des procès criminels ou contentieux-administratifs concernant une procédure de sanction où, du fait de la nullité de la norme qui aura été appliquée, découlerait une réduction de la peine ou de la sanction ou une exclusion, une exemption ou une limitation de la responsabilité.

2. En tout cas, la jurisprudence des tribunaux de justice portant sur des lois, des dispositions et des actes jugés par le Tribunal Constitutionnel, est censée être corrigée par la doctrine dérivée des arrêts et des ordonnances motivées statuant sur les recours et les questions en matière d'inconstitutionnalité.

ANNEXE n° 3 - Tableau des principales caractéristiques des questions de constitutionnalité en France, Espagne et Italie

	FRANCE : LA QPC	ESPAGNE : LA QUESTION D'INCONSTITUTIONNA LITE	ITALIE : LE PROCES INCIDENT DE CONSTITUTIONNA LITE
Personne habilitée à poser la question	<ul style="list-style-type: none"> - parties - ministère public 	<ul style="list-style-type: none"> - parties - le juge d'office - auto-question du Tribunal constitutionnel (suite à un recours d'amparo) 	<ul style="list-style-type: none"> - parties - ministère public - le juge d'office
Normes contrôlées	« disposition législative »	« toute norme ayant force de loi » (article 163 C) + article 27-2 LOTC : les statuts d'autonomie et les autres lois organiques ; les autres lois, dispositions normatives et actes de l'Etat ayant force de loi ; les traités internationaux ; les règlements des chambres et des Cortes générales ; les lois, actes et dispositions normatives ayant force de loi des Communautés autonomes ; les règlements des assemblées législatives des Communautés autonomes.	« lois et actes ayant force de loi de l'Etat et des régions » (article 134 C) y compris les lois de révision constitutionnelle
Normes de référence du contrôle	Droits et libertés que la Constitution garantit	Tout « précepte constitutionnel » mais aussi « les lois qui, dans le cadre constitutionnel, auraient été édictées pour délimiter les compétences de l'Etat et des différentes Communautés Autonomes ou pour réglementer ou harmoniser l'exercice des compétences de celles-ci » (article 28, 1 LOTC)	Les « dispositions de la Constitution ou des lois constitutionnelles » (article 23 alinéa 1 ^{er} , b, de la loi du 11 mars 1953) ; ce qui inclut selon la jurisprudence constitutionnelle les normes-relais ou normes interposées (« norme interposte ») c'est-à-dire des normes auxquelles renvoient des sources constitutionnelles et qui vont intégrer de ce fait le paramètre de

			constitutionnalité
Autorités habilitées à renvoyer la question à la Cour constitutionnelle	Cour de cassation et Conseil d'Etat seulement NB : CC, SEN, 2011-4538 du 12 janvier 2012 : le Conseil constitutionnel accepte aussi, en tant que juge électoral, qu'une QPC lui soit directement posée	Juge <i>a quo</i> directement (premier juge devant lequel est posée la question ou qui la soulève d'office)	Juge <i>a quo</i> directement (premier juge devant lequel est posée la question ou qui la soulève d'office)
Conditions du renvoi	Trois conditions : 1°/ disposition applicable au litige, à la procédure ou constituant le fondement des poursuites 2°/ disposition non déjà déclarée conforme à la Constitution sauf changement de circonstances 3°/ Question non dépourvue de caractère sérieux/ présentant un caractère sérieux ou nouvelle (devant les Cours suprêmes)	Deux conditions selon l'article 35, 1 LOTC : 1°/ Question visant une norme « applicable au cas et de la validité de laquelle dépendrait la décision » : vise la relevancia de la question 2°/ Existence d'un doute sur la constitutionnalité de la norme (juge considérant que cette norme « peut être contraire à la Constitution »)	Deux conditions selon l'article 23, al. 2, de la loi n° 87 du 11 mars 1953 1°/ Condition de la « rilevanza » de la question (caractère déterminant pour la résolution du litige) 2°/ Condition de la « non manifesta infondatezza » de la question (caractère non manifestement infondé de la question) + 3°/ une troisième condition affirmée de façon prétorienne par la Cour constitutionnelle : impossibilité d'une interprétation conforme de la norme contestée à la Constitution
Motivation du	Faible	Oui selon l'article 35, 2	Oui

renvoi	motivation du caractère sérieux de la question par les Cours suprêmes françaises	LOTC + le juge a quo doit développer une argumentation relative à son doute quant à la constitutionnalité de la norme. Exigence posée de façon prétorienne par le Tribunal constitutionnel, à peine d'irrecevabilité de la question	
Existence d'une procédure de contrôle de la recevabilité de la question par le juge constitutionnel	Non	Article 37-1 LOTC : le TC peut rejeter d'emblée l'examen de la question « lorsque les conditions nécessaires à la procédure manqueront ou que la question suscitée sera notoirement non fondée ». La décision doit être motivée.	Non
Existence d'un recours contre le refus de renvoi à la Cour constitutionnelle (ou de transmission à la Cour suprême en France)	Non. Le refus de transmettre la question ne peut être contesté qu'à l'occasion d'un recours contre la décision réglant tout ou partie du litige	Non. Le juge <i>a quo</i> rend une ordonnance insusceptible de recours. Mais la question pourra de nouveau être abordée en cas d'instances ultérieures et tant que le procès ne sera pas conclu par une sentence définitive (article 35, 2 LOTC)	Non. La question peut à nouveau être soulevée au cours des instances ultérieures
Rappel des faits du litige principal dans le jugement de constitutionnalité	Non	Oui Jugement divisé en une partie « en fait » et une partie « en droit »	Oui Jugement divisé en une partie « en fait » et une partie « en droit »
Motivation du jugement de constitutionnalité	Brève	Détaillée + contrôle de la motivation par le Tribunal constitutionnel	Détaillée + contrôle de la motivation par la Cour constitutionnelle
Effet du rejet de la question (déclaration de constitutionnalité de la norme)	<i>Erga omnes</i>	<i>Inter-partes</i> (article 38, 3 LOTC)	<i>Inter-partes</i>
Effets de la déclaration d'inconstitutionnalité	<i>Erga omnes</i> ; en principe, effet abrogatif	<i>Erga omnes</i> ; en principe, annulation (articles 38, 1 et 39, 2 LOTC)	<i>Erga omnes</i> ; en principe, effet abrogatif (article 30 alinéa 3 de la loi n° 87 du 11 mars 1953)

Possibilité de modulation dans le temps des effets de la décision	Oui, reconnue par l'article 62 al. 2 C	Oui, affirmée de façon prétorienne par le Tribunal constitutionnel	Oui, affirmée de façon prétorienne par la Cour constitutionnelle
Articulation avec le contrôle de conventionnalité	Contrôle de conventionnalité relevant du juge ordinaire, sous réserve du caractère prioritaire de la question de constitutionnalité	Contrôle de conventionnalité relevant du juge ordinaire apparemment peu pratiqué. Prévalence en pratique de la question d'inconstitutionnalité	Depuis 2007, la CEDH peut faire partie des normes de référence du contrôle exercé par la Cour constitutionnelle, à titre de norme-relais, sous réserve que la norme conventionnelle invoquée soit conforme à la Constitution italienne. En revanche, le juge <i>a quo</i> reste compétent pour régler les conflits entre droit interne et droit de l'UE.

ANNEXE 4 – PROGRAMME DU SEMINAIRE D'ETAPE DU 17 FEVRIER 2012

**LA QPC – PRATIQUES CONTENTIEUSES ET CONSEQUENCES SUR LA
PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX**

UMR CNRS 7318 – MISSION DE RECHERCHE DROIT ET JUSTICE

Observateur étranger : **Marc Verdussen**, professeur à l'Université catholique de Louvain

MATINEE :

« Les conditions de recevabilité de la question d'inconstitutionnalité en Espagne »

Pierre Bon, Professeur à l'Université de Pau et des pays de l'Adour et directeur de l'IE2IA

« Les conditions de la *rilevanza* et de la *non manifesta infondatezza* de la question incidente de constitutionnalité en Italie »

Jean-Jacques Pardini, Professeur à l'Université du Sud Toulon Var, Doyen de la Faculté de droit de Toulon, Directeur-adjoint du CDPC Jean-Claude Escarras

« L'impossibilité d'une interprétation conforme à la Constitution, condition de recevabilité de la question incidente de constitutionnalité en Italie »

Thierry di Manno, Professeur à l'Université du Sud Toulon Var, Directeur du CDPC Jean-Claude Escarras

« La QPC devant le Conseil d'Etat »

Marthe Fatin-Rouge Stéfanini, Directrice de recherches au CNRS, Directrice adjointe de l'Institut Louis Favoreu – GERJC

« Le filtre exercé par la Cour de cassation »

Laurence Gay, Chargée de recherches au CNRS, Institut Louis Favoreu - GERJC

Discussion

« Quelles techniques juridictionnelles pour la QPC ? A propos des moyens d'ordre public et des réserves d'interprétation dans les décisions QPC »

Ariane Vidal-Naquet, Professeur à la Faculté de droit d'Aix-en-Provence, Institut Louis Favoreu - GERJC

« Le droit vivant devant le Conseil constitutionnel »

Caterina Severino, Maître de conférences à l'Université du Sud Toulon Var, CDPC Jean-Claude Escarras

« Le contradictoire dans le procès constitutionnel incident en Italie »

Thierry Santolini, Maître de conférences à l'Université du Sud Toulon Var, CDPC Jean-Claude Escarras

Discussion

APRES-MIDI :

« Les effets des arrêts rendus en matière de question d'inconstitutionnalité (Espagne) »

Olivier Lecucq, Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour, Directeur-adjoint de l'IE2IA

« Les effets des décisions de la Cour constitutionnelle italienne »

Karine Roudier, Docteur en droit, CDPC Jean-Claude Escarras

« Les effets des décisions du Conseil constitutionnel dans le contrôle *a posteriori* »

Xavier Philippe, Professeur à la Faculté de droit d'Aix-en-Provence, Directeur de l'Institut Louis Favoreu - GERJC

« La place de la question d'inconstitutionnalité dans le contentieux constitutionnel en Espagne : bilan et perspectives »

Hubert Alcaraz, Maître de conférences à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour, IE2IA

« L'articulation de la QPC avec les autres mécanismes de contestation juridictionnelle de la loi »

Marc Guerrini, Doctorant contractuel à la Faculté de droit d'Aix-en-Provence, Institut Louis Favoreu - GERJC

Discussion et pause

« La Cour constitutionnelle italienne et le droit de l'Union européenne »

Fanny Jacquilot, Maître de conférences à l'Université du Sud Toulon Var, CDPC Jean-Claude Escarras

« L'articulation entre le droit de l'Union européenne et les procédures de renvoi préjudiciel de constitutionnalité en matière de droits fondamentaux (France, Belgique) »

Chloë Charpy, Doctorante à la Faculté de droit d'Aix-en-Provence, Institut Louis Favoreu – GERJC

Anne-Sophie Tabau, Maître de conférences à l'Université de Paris 13 Nord, membre associé du CERIC

ANNEXE 5 – PROGRAMME DU COLLOQUE FINAL DE RESTITUTION DES 21
ET 22 MARS 2013



Faculté de Droit et
de Science Politique
Aix-Marseille Université

QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNELLE
EN VUE DU DROIT COMPARÉ :
L'ORDRE DES QUESTIONS DE CONSTITUTIONNELLE
EN EUROPE ?



Faculté de Droit
Salle des actes
3, av. Robert Schuman
AIX-EN-PROVENCE
21 et 22 mars 2013



Colloque organisé par l'Institut Louis Favoreu
Groupe d'Etudes et de Recherches comparées sur la Justice Constitutionnelle
en collaboration avec le CDPC et l'IE2IA CNRS UMR 7318
avec le soutien du GIP Mission Droit et Justice



Jeudi 21 mars 2013 - 8h45

Ouverture par M. Philippe BONFILS, Doyen de la Faculté de Droit et de Science Politique
et M. Xavier PHILIPPE, Directeur de l'Institut Louis Favoreu-GERIC

MODALITÉS DU FILTRAGE DES QUESTIONS DE COMPARÉ

sous la présidence de Didier MAUS, Professeur à l'Université d'Alger

Les conditions de recevabilité de la question préjudicielle de constitutionnalité en droit comparé

Pierre BON, Professeur à l'Université de Pau et des pays de l'Adour, Co-directeur de l'E2IA

Le double filtrage des QPC : une spécificité française en question ?

Laurence GAY, Chargée de recherches au CNRS

Le rôle du juge a quo dans la question d'inconstitutionnalité en Espagne

Fernando ALVAREZ-OSSORIO, Professeur à l'Université de Séville

Pause

L'impossibilité d'une interprétation conforme à la Constitution, condition de recevabilité de la question incidente de constitutionnalité en Italie

Thierry DI MANNO, Professeur à l'Université du Sud Toulon Var, Doyen de la Faculté de droit,
Directeur du CDPC - Jean-Claude Escarras

La jurisprudence des juridictions suprêmes face à la Constitution : du contrôle à l'auto-censure

Caterina SEVERINO, Maître de conférences à l'Université du Sud Toulon Var

Table ronde animée par Mathieu DISANT, Maître de conférences à l'Université Paris I

Rainer ARNOLD, Professeur à l'Université de Regensburg

Faut-il supprimer le double filtrage des QPC en France ?

Déjeuner

14h - 17h30

INCIDENCES DU FILTRAGE DES QUESTIONS DE CONSTITUTIONNALITÉ

sous la présidence de Didier MAUS

L'avocat et l'introuvable QPC

Thierry S. RENOUX, Professeur à l'Université d'Aix Marseille

Les Cours suprêmes françaises déconcentrent-elles le contrôle de constitutionnalité ?

Xavier PHILIPPE, Professeur à l'Université d'Aix Marseille

Pause

Les âges du contrôle de constitutionnalité des lois par voie d'exception en Italie

Paolo PASSAGLIA, Maître de conférences à l'Université de Pise

Évolution de la question d'inconstitutionnalité en Espagne

Hubert ALCARAZ, Maître de conférences à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

Table ronde animée par Mathieu DISANT et Rainer ARNOLD

Le contrôle de constitutionnalité a posteriori sur renvoi est-il encore concentré ?

Vendredi 22 mars 2013 - 8h45

LE JUGEMENT DE CONSTITUTIONNALITÉ ET SES EFFETS

sous la présidence d'André ROUX, Professeur à l'Institut d'Études Politiques de Bordeaux

Quelles techniques juridictionnelles pour la QPC ?

Ariane VIDAL-NAQUET, Professeur à l'Université d'Aix Marseille

Les décisions interprétatives de la Cour constitutionnelle italienne

Inès CIOLLI, Assistante à l'Université La Sapienza de Rome

La prise en compte des faits de l'espèce dans le jugement de la constitutionnalité des lois

Jean-Jacques PARDINI, Professeur à l'Université du Sud Toulon Var,
Directeur adjoint du CDPC - Jean-Claude Escarras

Le caractère concret du contrôle de constitutionnalité a posteriori dans les modèles espagnol, italien et français

Claire LAGRAVE, Doctorante contractuelle à l'Institut Louis Favoreu-GERIC, Aix Marseille Université

Pause

La modulation dans le temps des effets des décisions constitutionnelles - Perspectives comparatives

Olivier LECUCQ, Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour, co-directeur de l'E2IA

L'application des décisions du juge constitutionnel par le législateur et les juges en France et en Italie

Marthe FATIN-ROUGE STÉFANINI, Directrice de recherches au CNRS, Directrice adjointe de l'ILF-GERIC
et Karine ROUDIER, Docteur en droit et membre du CDPC - Jean-Claude Escarras

**Table ronde animée par Xavier MAGNON, Professeur à l'Université de Toulouse 1 Capitole
et Marc VERDUSSEN, Professeur à l'Université catholique de Louvain**

Le contrôle de constitutionnalité a posteriori sur renvoi est-il concret ?

Déjeuner

14h - 17h

LE QUESTION DE CONSTITUTIONNALITÉ LA CEDH ET LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

sous la présidence de Thierry RENOUX, professeur à l'Université d'Aix-Marseille

*Le procès incident de constitutionnalité italien et le renvoi préjudiciel
devant la CJUE : la question de la double préjudicialité*

Laura MONTANARI, Professeur à l'Université d'Udine

*Convention européenne des droits de l'homme et procès incident
de constitutionnalité : les perspectives croisées de la priorité en France et en Italie*

Fanny JACQUELOT, Maître de conférences à l'Université Jean Monet Saint-Etienne
Membre du CERCRID, membre associé du CDPC- Jean-Claude Escarras

Pause

*La conciliation des contrôles incidents de constitutionnalité français et belge
avec la primauté du droit de l'Union*

Anne-Sophie TABAU, Maître de conférences à l'Université Paris 13, membre du CERAP et chercheur associé au CERIC

Table ronde animée par Xavier MAGNON et Marc VERDUSSEN

*L'articulation de la question de constitutionnalité
et des autres procédés de contrôle de la loi*



Bulletin d'inscription à télécharger sur le site

www.gerjc.univ-cezanne.fr

et à renvoyer par mail ou par courrier à

Mireille Verhaeghe

INSTITUT LOUIS FAVOREU - GERJC

3, av. Robert Schuman

13628 Aix-en-Provence cedex 1

tél : 04 42 17 29 55 - fax : 04 42 17 29 61

mireille.verhaeghe@univ-amu.fr

Date limite d'inscription : 15 mars 2013

Hébergement : consulter

<http://www.aixenprovencefourism.com>

ANNEXE

Tableau n° 1
Nombre de saisines de la Cour constitutionnelle par année
(au total et dans le cadre du contrôle par voie d'exception)

Année	Saisines au total [A]	Ordonnances de renvoi [B]	Rapport [B]/[A] (%)
1956	414	349	84,30
1957	132	105	79,55
1958	80	52	65,00
1959	152	130	85,53
1960	119	95	79,83
1961	241	224	92,95
1962	226	210	92,92
1963	270	213	78,89
1964	211	193	91,47
1965	266	234	87,97
1966	272	244	89,71
1967	315	279	88,57
1968	310	288	92,90
1969	489	473	96,73
1970	421	395	93,82
1971	524	490	93,51
1972	507	421	83,04
1973	490	454	92,65
1974	587	550	93,70
1975	701	635	90,58
1976	841	764	90,84
1977	672	603	89,73
1978	771	688	89,23
1979	1085	1028	94,75
1980	1000	918	91,80
1981	963	846	87,85
1982	1024	952	92,97
1983	1173	1101	93,86
1984	1490	1384	92,89
1985	1013	908	89,63
1986	931	846	90,87
1987	916	864	94,32
1988	896	820	91,52
1989	834	698	83,69
1990	884	760	85,97
1991	863	753	87,25
1992	940	807	85,85
1993	950	809	85,16
1994	957	803	83,91
1995	1055	951	90,14
1996	1500	1379	91,93
1997	1078	918	85,16
1998	1027	925	90,07
1999	889	754	84,81
2000	983	860	87,49
2001	1088	975	89,61
2002	757	584	77,15
2003	1358	1196	88,07
2004	1268	1094	86,28
2005	760	596	78,42
2006	861	701	81,42
2007	950	857	90,21
2008	615	446	72,52
2009	477	331	69,39
2010	566	408	72,08
2011	494	286	57,89
2012	537	310	57,73

Diagramme 1a - Saisines au total et ordonnances de renvoi

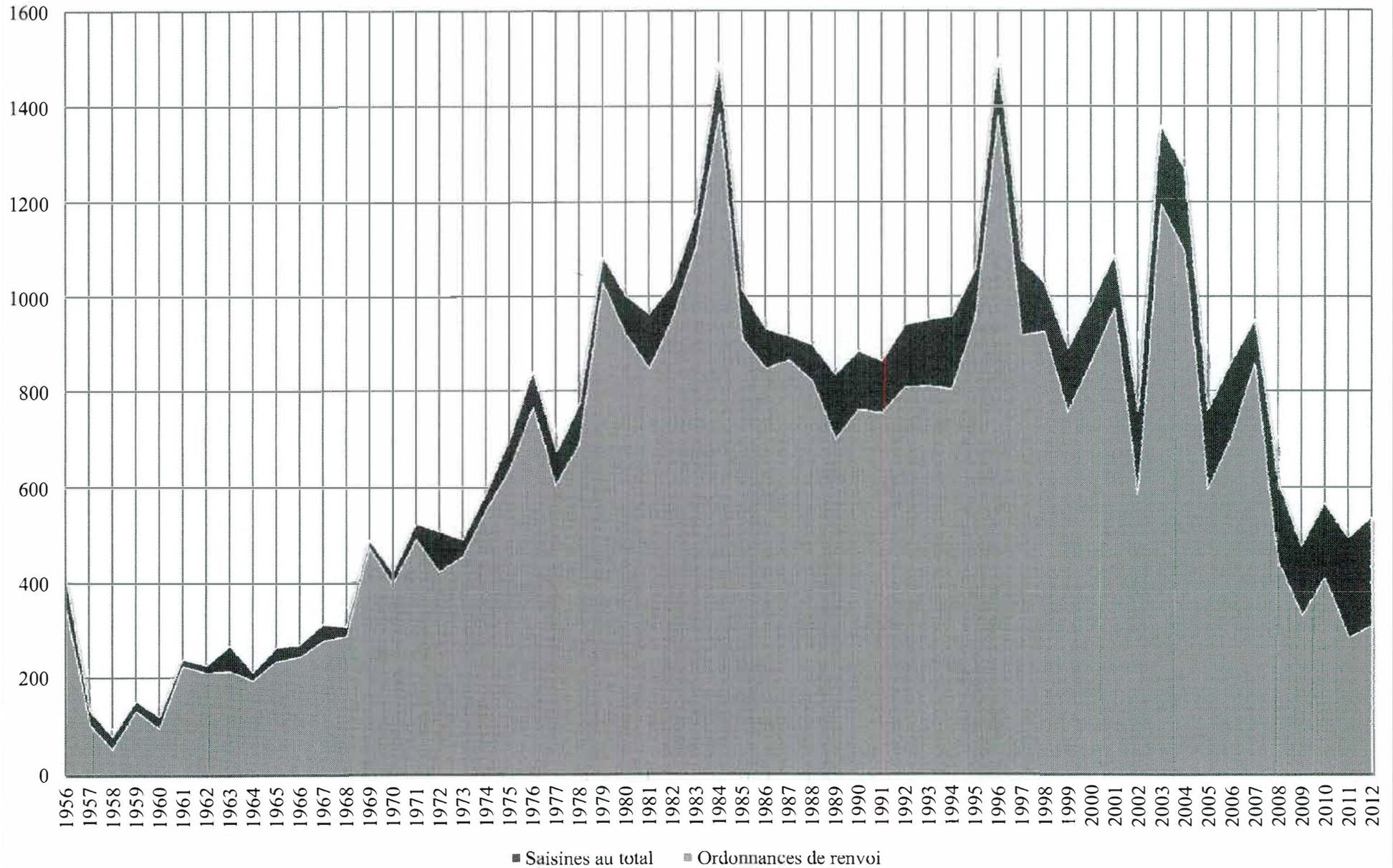


Diagramme 1b - Rapport ordonnances de renvoi / saisines au total (%)

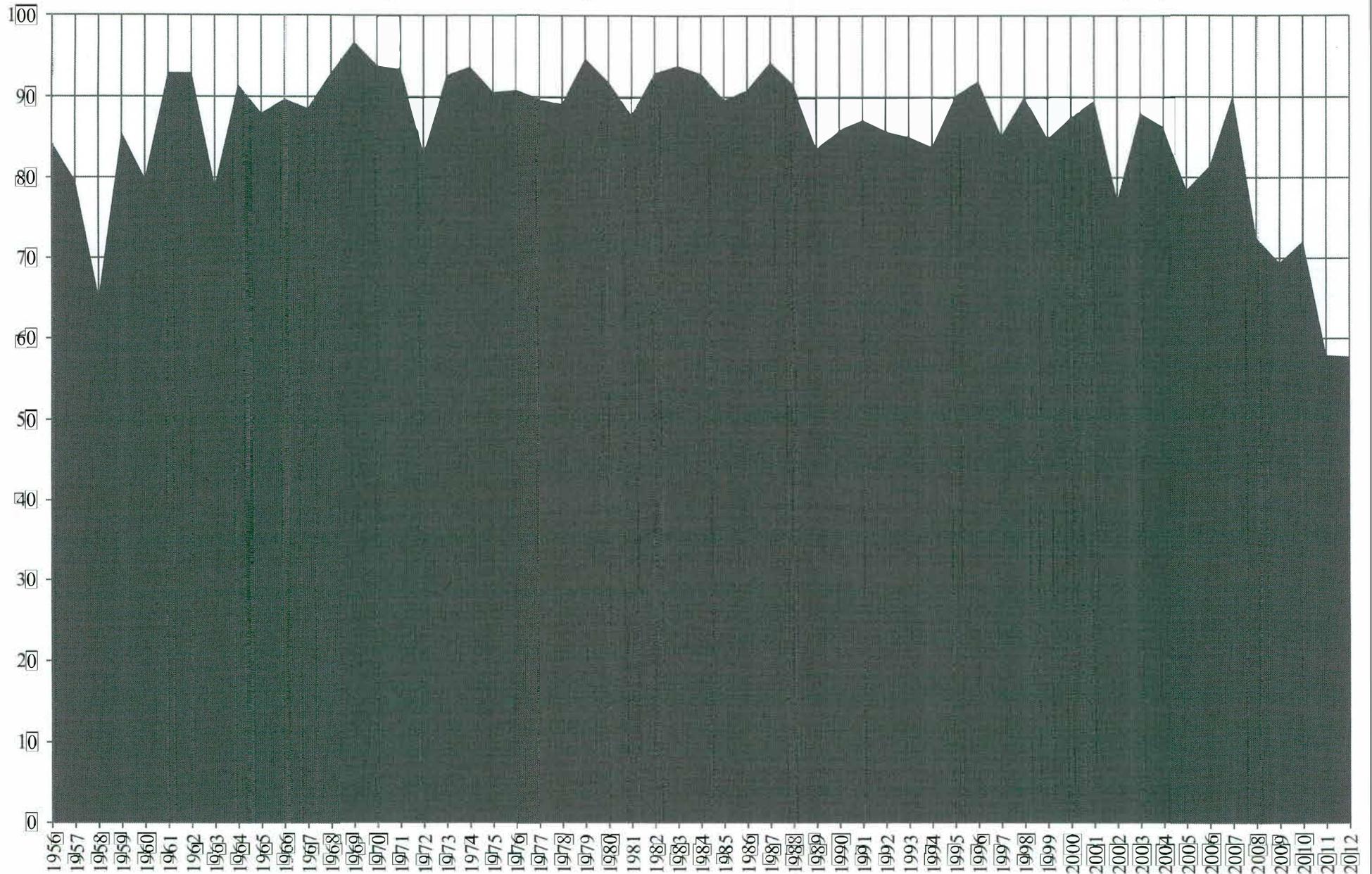


Tableau n° 2
Nombre d'affaires traitées par la Cour constitutionnelle par année
(au total et dans le cadre du contrôle par voie d'exception)

Année	Affaires traitées au total [A]	Ordonnances de renvoi traitées [B]	Rapport [B]/[A] (%)
1956	231	201	87,13
1957	218	175	80,28
1958	104	74	71,15
1959	86	64	74,42
1960	164	146	89,02
1961	119	91	76,47
1962	251	233	92,83
1963	298	286	95,97
1964	209	148	70,81
1965	141	128	90,78
1966	261	229	87,74
1967	235	195	82,98
1968	207	177	85,51
1969	405	384	94,81
1970	471	455	96,60
1971	341	319	93,55
1972	440	385	87,50
1973	369	353	95,66
1974	594	538	90,57
1975	436	394	90,37
1976	765	705	92,16
1977	485	459	94,64
1978	223	197	88,34
1979	461	427	92,62
1980	1005	981	97,61
1981	715	669	93,57
1982	940	894	95,11
1983	992	921	92,84
1984	1493	1448	96,99
1985	1271	1116	87,80
1986	1246	1166	93,58
1987	1623	1489	91,74
1988	2079	1731	83,26
1989	1045	925	88,52
1990	960	830	86,46
1991	829	717	86,49
1992	714	595	83,33
1993	1025	882	86,05
1994	898	779	86,74
1995	978	829	84,76
1996	1127	1063	94,32
1997	901	796	88,35
1998	962	856	88,98
1999	1158	1057	91,28
2000	1194	1056	88,44
2001	866	764	88,22
2002	1077	973	90,34
2003	609	435	71,43
2004	1346	1174	87,22
2005	1356	1149	84,73
2006	718	506	70,47
2007	1081	945	87,42
2008	922	797	86,44
2009	522	400	76,63
2010	565	345	61,06
2011	552	402	72,83
2012	428	260	60,75

Diagramme 2a - Affaires traitées au total et ordonnances de renvoi

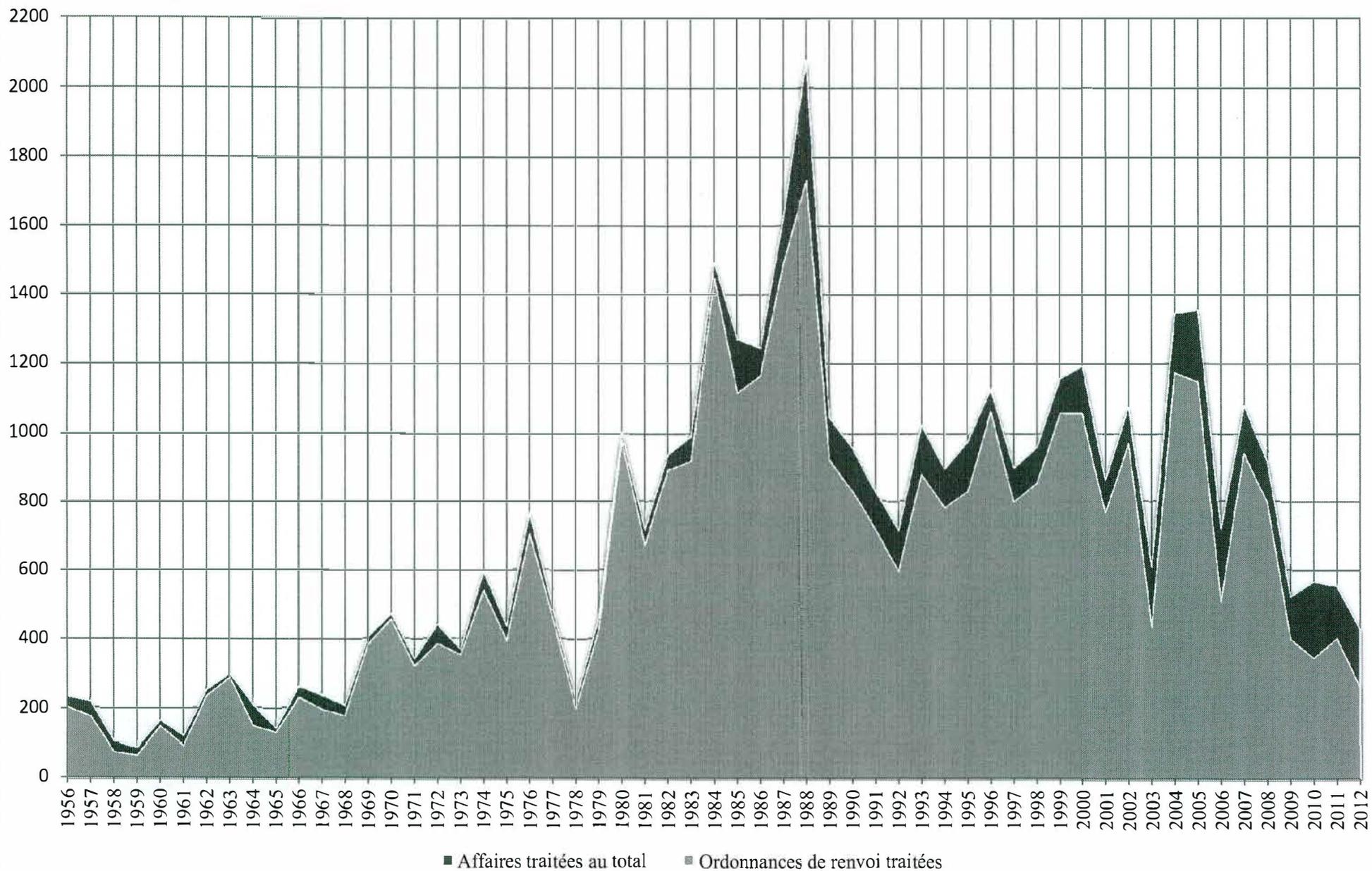


Diagramme 2b - Rapport ordonnances de renvoi / affaires traitées au total (%)

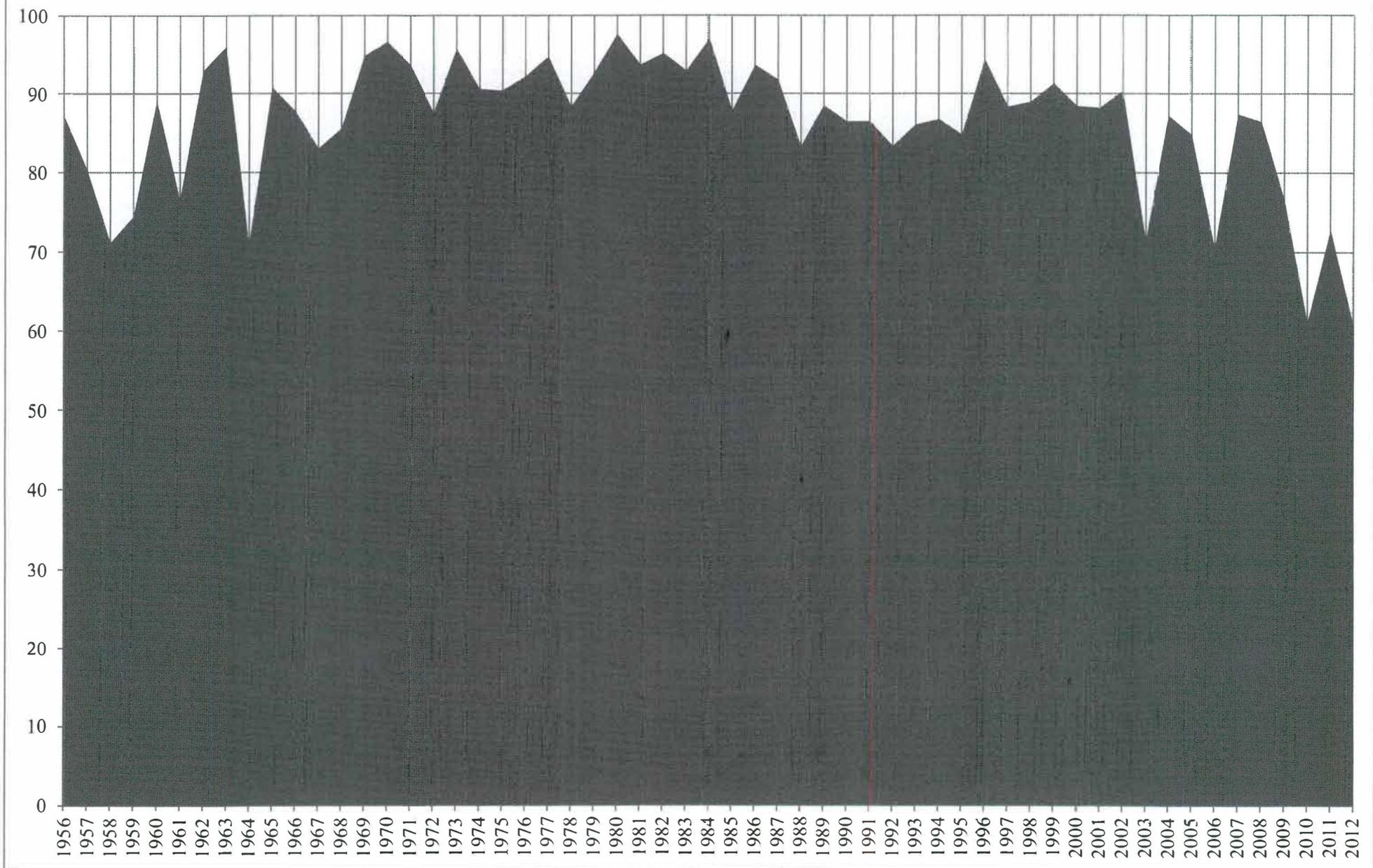


Tableau n° 3
Nombre d'affaires en instance à la fin de chaque année
(au total et dans le cadre du contrôle par voie d'exception)

Année	Affaires en instance au total [A]	Ordonnances de renvoi en instance [B]	Rapport [B]/[A] (%)
1956	183	148	80,87
1957	97	78	80,41
1958	73	56	76,71
1959	139	122	87,77
1960	94	71	75,53
1961	216	204	94,44
1962	191	181	94,76
1963	163	108	66,26
1964	165	153	92,73
1965	290	259	89,31
1966	301	274	91,03
1967	381	358	93,96
1968	484	469	96,90
1969	568	558	98,24
1970	518	498	96,14
1971	701	669	95,44
1972	768	705	91,80
1973	889	806	90,66
1974	882	818	92,74
1975	1147	1059	92,33
1976	1223	1118	91,41
1977	1410	1262	89,50
1978	1958	1753	89,53
1979	2582	2354	91,17
1980	2577	2291	88,90
1981	2825	2468	87,36
1982	2909	2526	86,83
1983	3090	2706	87,57
1984	3087	2642	85,58
1985	2829	2434	86,04
1986	2514	2114	84,09
1987	1807	1489	82,40
1988	624	578	92,63
1989	413	351	84,99
1990	337	281	83,38
1991	371	317	85,44
1992	595	529	88,91
1993	522	456	87,36
1994	581	480	82,62
1995	658	602	91,49
1996	1031	918	89,04
1997	1208	1040	86,09
1998	1273	1109	87,18
1999	1004	806	80,28
2000	793	610	76,92
2001	1015	821	80,89
2002	695	432	62,16
2003	1444	1193	82,62
2004	1366	1113	81,48
2005	770	560	72,73
2006	914	755	82,60
2007	783	667	85,19
2008	476	316	66,39
2009	431	247	57,31
2010	432	310	71,76
2011	374	194	51,87
2012	483	244	50,52

Diagramme 3a - Affaires en instance au total et ordonnances de renvoi

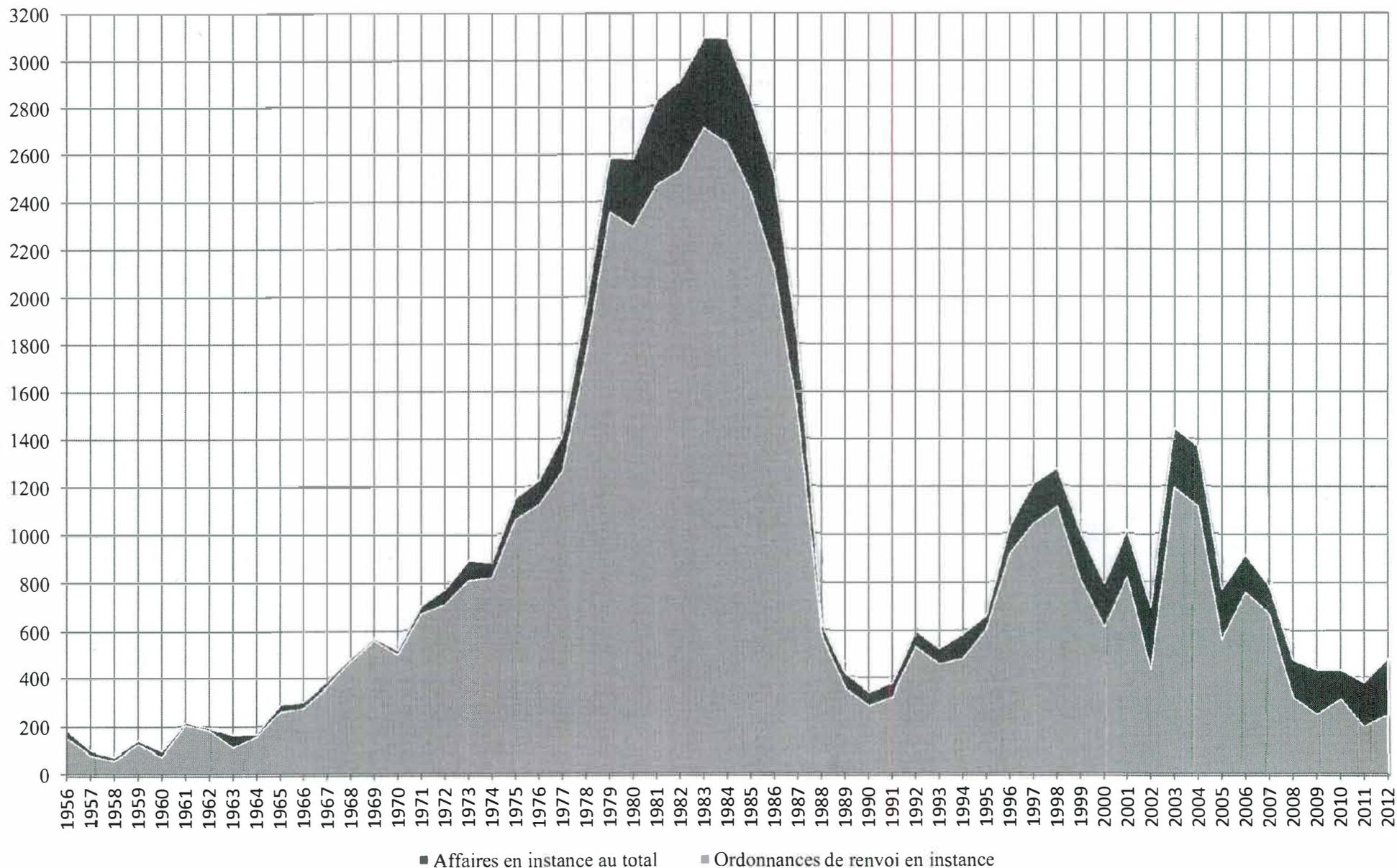


Diagramme 3b - Rapport ordonnances de renvoi / affaires en instance au total (%)

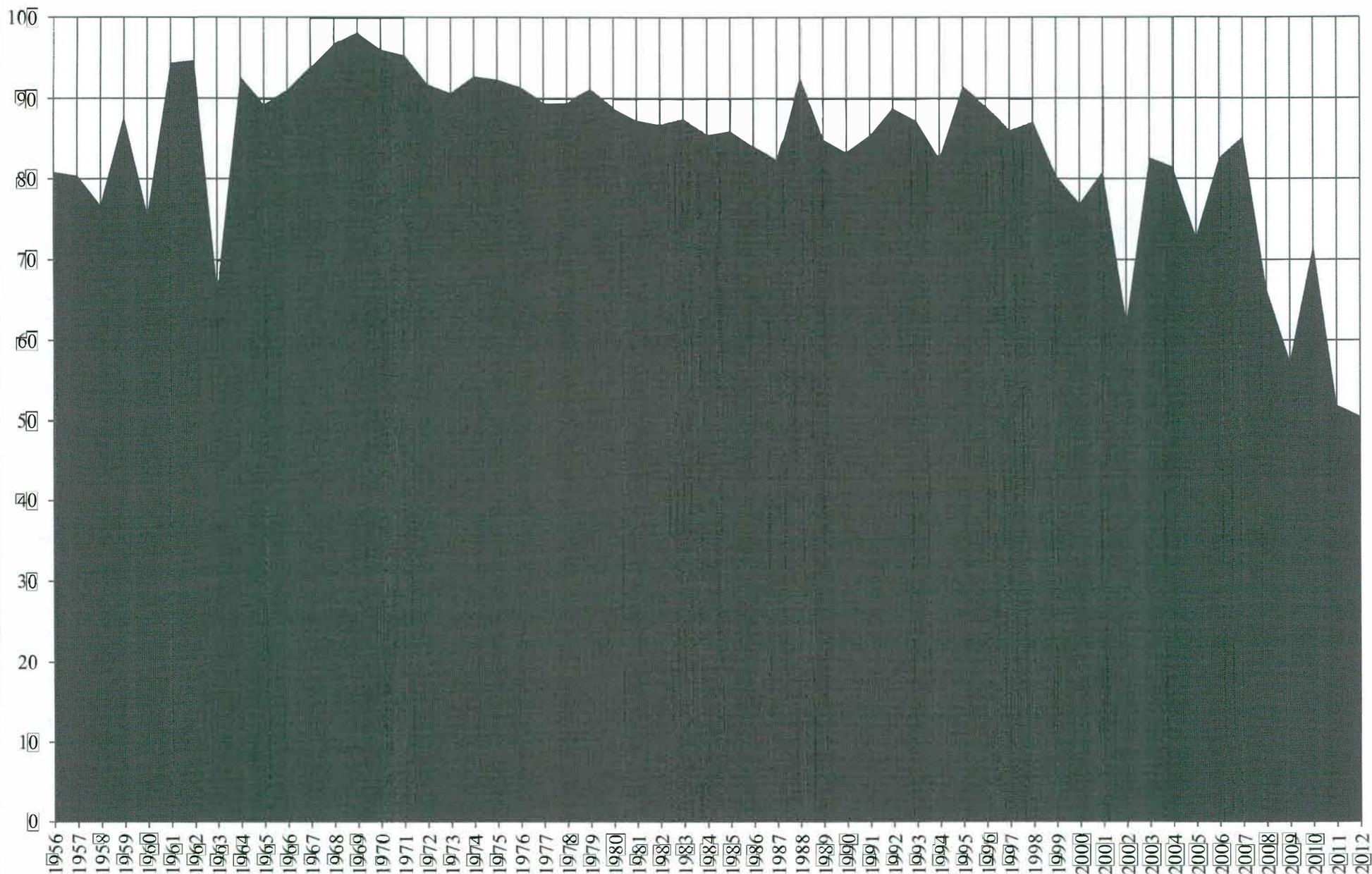


Tableau n° 4
Nombre de décisions rendues par la Cour constitutionnelle par année
(au total et dans le cadre du contrôle par voie d'exception)

Année	Décisions rendues au total [A]	Décisions rendues dans le cadre du contrôle per voie d'exception [B]	Rapport [B]/[A] (%)
1956	34	20	58,82
1957	129	96	74,42
1958	83	57	68,67
1959	69	49	71,01
1960	75	59	78,67
1961	79	55	69,62
1962	127	112	88,19
1963	174	162	93,10
1964	120	111	92,50
1965	101	87	86,14
1966	130	95	73,08
1967	156	119	76,28
1968	143	118	82,52
1969	166	148	89,16
1970	205	192	93,66
1971	210	191	90,95
1972	224	182	81,25
1973	189	175	92,59
1974	301	275	91,36
1975	251	218	89,64
1976	275	225	81,82
1977	177	139	78,53
1978	95	69	72,63
1979	156	137	87,82
1980	198	176	88,89
1981	205	172	83,90
1982	266	252	94,74
1983	377	335	88,86
1984	309	295	95,47
1985	386	325	84,20
1986	319	271	84,95
1987	641	580	90,48
1988	1170	896	76,58
1989	597	521	87,27
1990	595	512	86,05
1991	521	451	86,56
1992	497	422	84,91
1993	513	401	78,17
1994	493	409	82,96
1995	541	434	80,22
1996	437	383	87,64
1997	471	380	80,68
1998	471	412	87,47
1999	471	384	81,53
2000	592	471	79,56
2001	447	350	78,30
2002	536	451	84,14
2003	382	250	65,45
2004	446	286	64,13
2005	482	314	65,15
2006	463	276	59,61
2007	464	319	68,75
2008	449	333	74,16
2009	342	225	65,79
2010	376	211	56,12
2011	342	196	57,31
2012	316	141	44,62

Diagramme 4a - Décisions rendues au total et dans le cadre du contrôle par voie d'exception

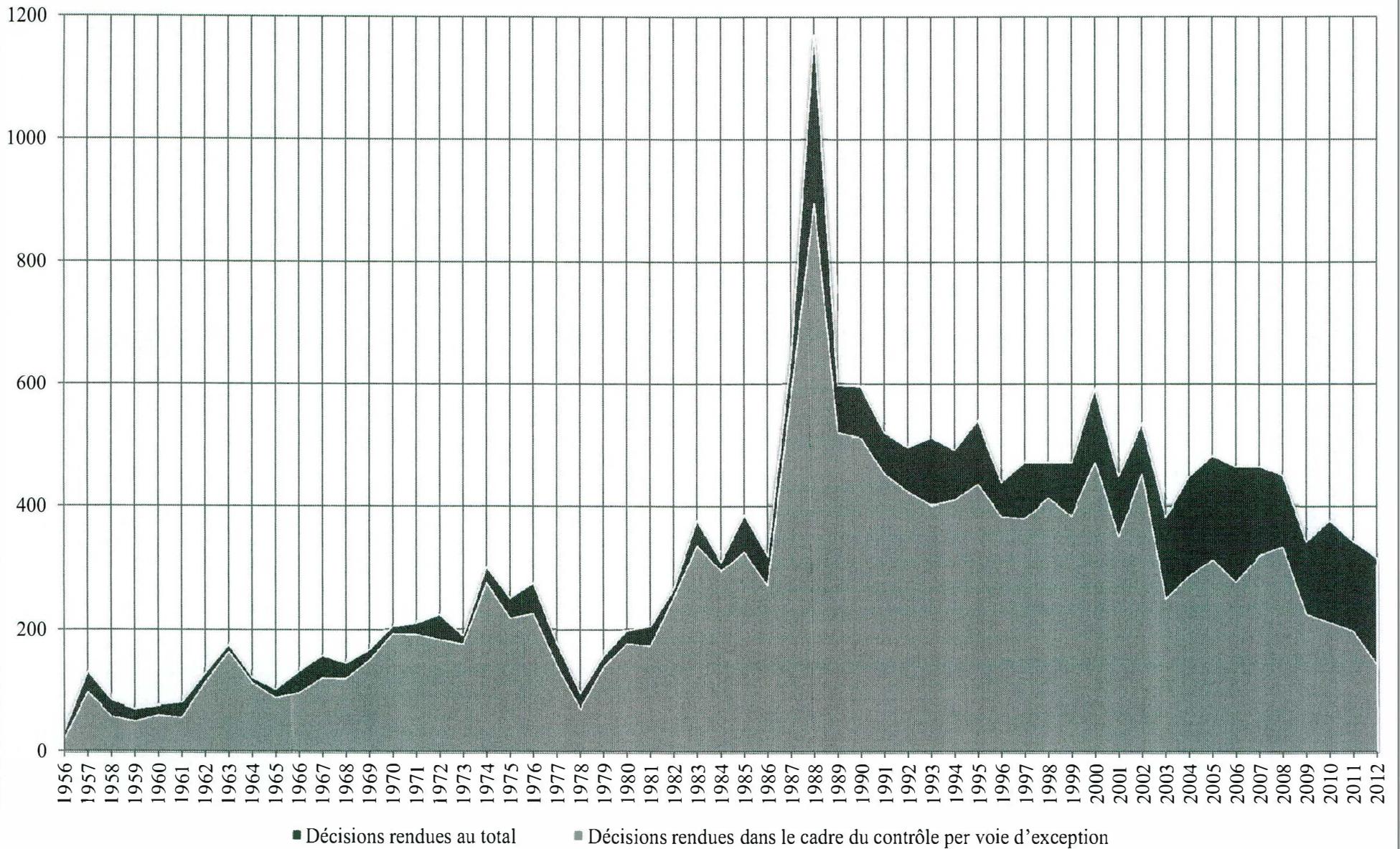


Diagramme 4b - Décisions rendues au total et dans le cadre du contrôle par voie d'exception (%)

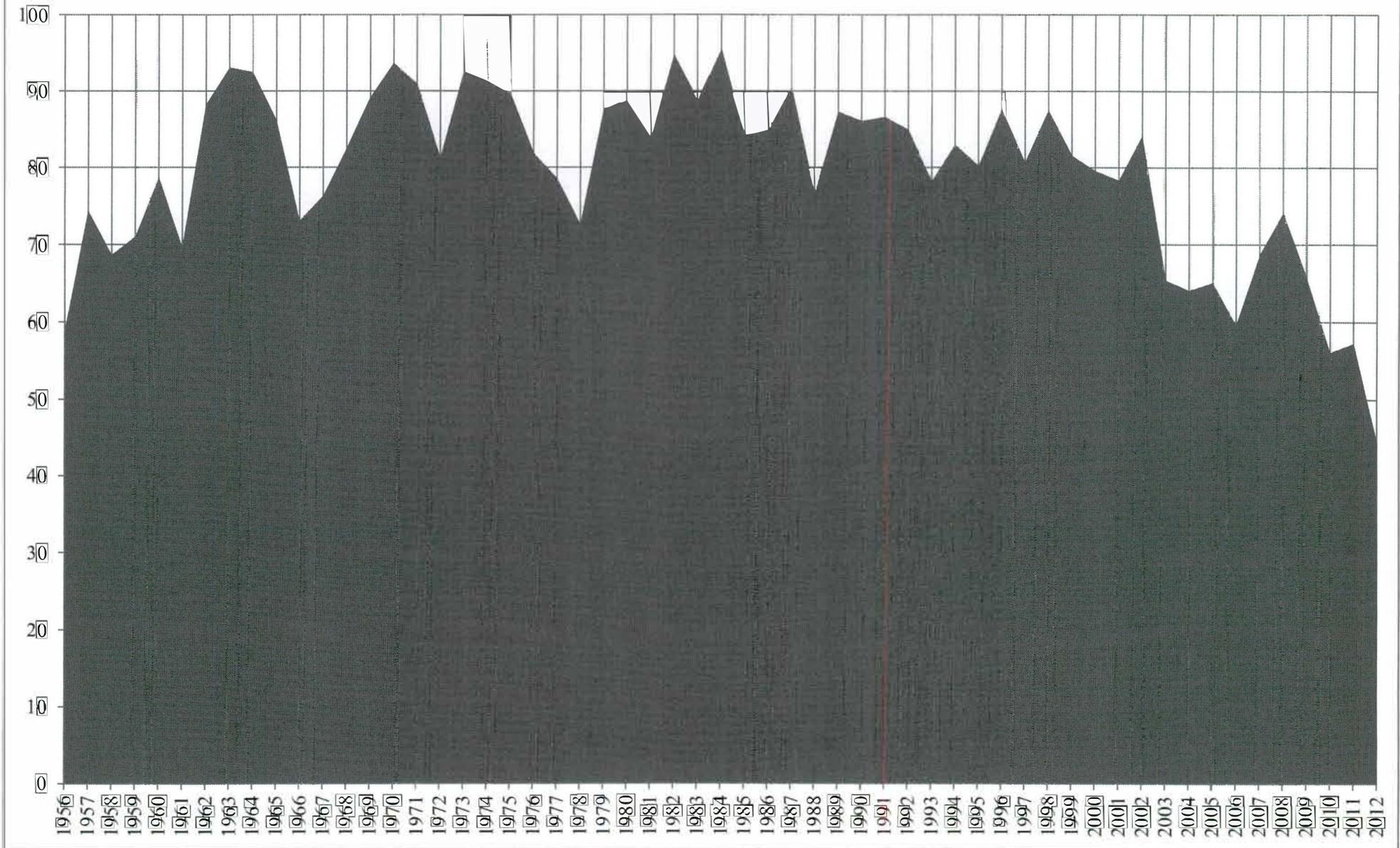


Tableau n° 5
Nombre de décisions rendues par la Cour constitutionnelle par année
(au total et dans le cadre du contrôle par voie d'action) – 2000 à 2012

Année	Décisions rendues au total [A]	Décisions rendues dans le cadre du contrôle per voie d'action [B]	Rapport [B]/[A] (%)
2000	592	35	5,91
2001	447	35	7,83
2002	536	30	5,60
2003	382	57	14,92
2004	446	97	21,75
2005	482	101	20,95
2006	463	113	24,41
2007	464	76	16,38
2008	449	64	14,25
2009	342	82	23,98
2010	376	141	37,50
2011	342	91	26,61
2012	316	150	47,47

Diagramme 5a - Décisions rendues au total et dans le cadre du contrôle par voie d'action

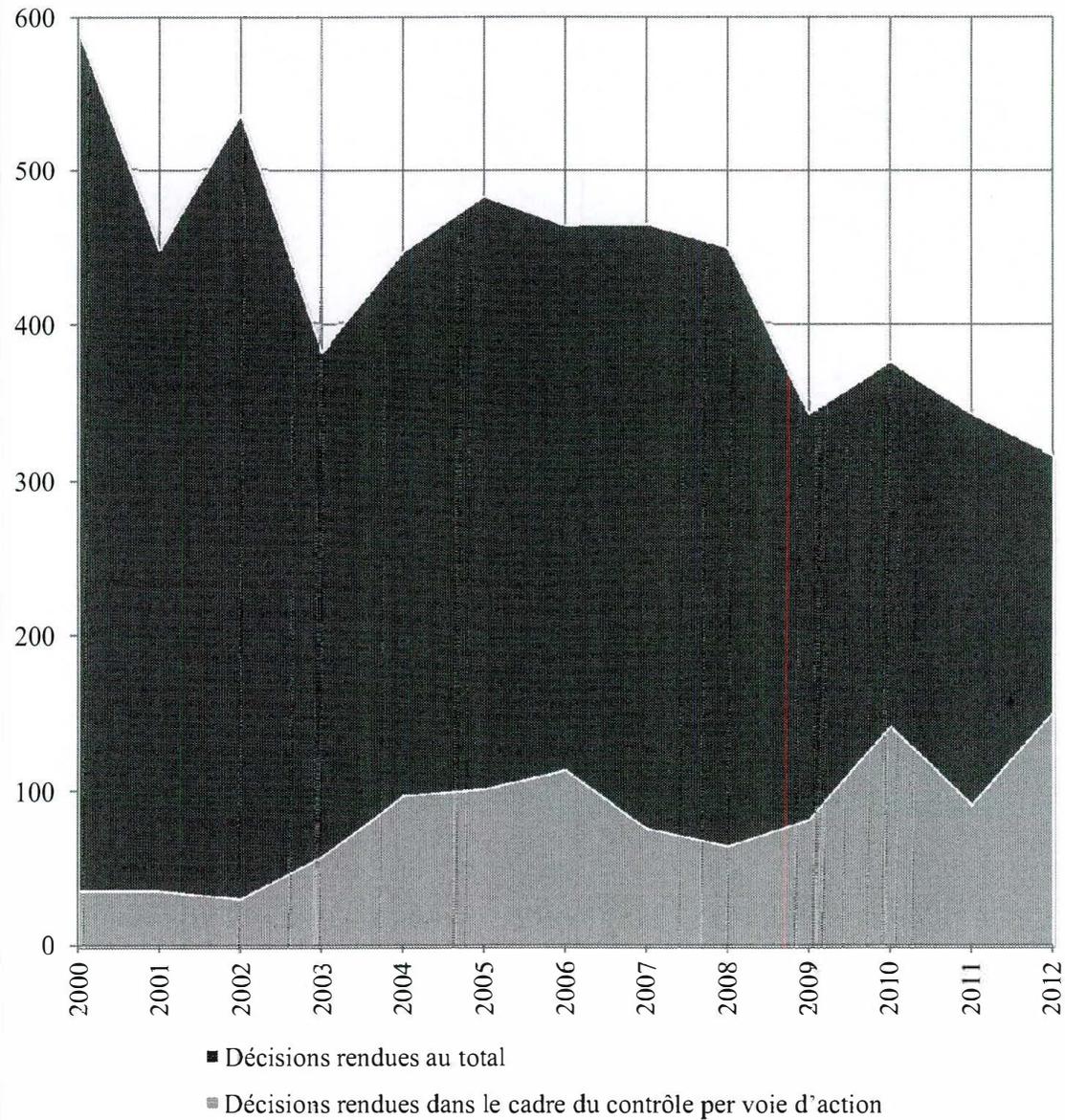


Diagramme 5b - Décisions rendues au total et dans le cadre du contrôle par voie d'action (%)

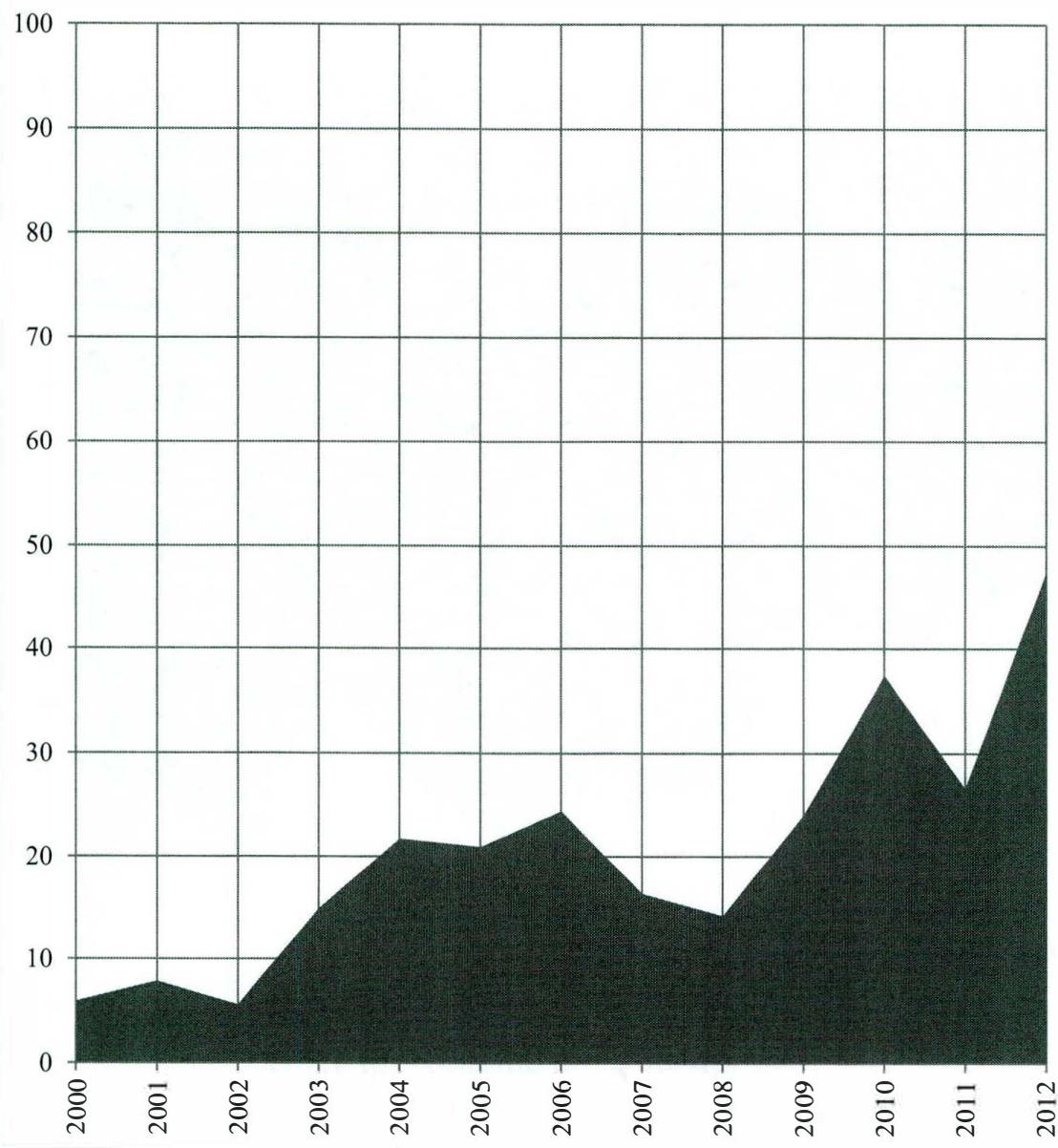


Tableau n° 6
Nombre d'arrêtés et d'ordonnances rendus par la Cour constitutionnelle
par année dans le cadre du contrôle par voie d'exception

Année	Décisions au total [A]	Arrêts [B]	Ordonnances [C]	Rapport [B]/[A] (%)
1956	20	12	8	60,00
1957	96	69	27	71,88
1958	57	26	31	45,61
1959	49	33	16	67,35
1960	59	36	23	61,02
1961	55	39	16	70,91
1962	112	54	58	48,21
1963	162	100	62	61,73
1964	111	75	36	67,57
1965	87	62	25	71,26
1966	95	76	19	80,00
1967	119	96	23	80,67
1968	118	91	27	77,12
1969	148	110	38	74,32
1970	192	126	66	65,63
1971	191	123	68	64,40
1972	182	135	47	74,18
1973	175	131	44	74,86
1974	275	197	78	71,64
1975	218	169	49	77,52
1976	225	154	71	68,44
1977	139	85	54	61,15
1978	69	21	48	30,43
1979	137	81	56	59,12
1980	176	104	72	59,09
1981	172	91	81	52,91
1982	252	144	108	57,14
1983	335	114	221	34,03
1984	295	110	185	37,29
1985	325	140	185	43,08
1986	271	138	133	50,92
1987	580	191	389	32,93
1988	896	255	641	28,46
1989	521	164	357	31,48
1990	512	168	344	32,81
1991	451	201	250	44,57
1992	422	208	214	49,29
1993	401	212	189	52,87
1994	409	217	192	53,06
1995	434	217	217	50,00
1996	383	189	194	49,35
1997	380	175	205	46,05
1998	412	137	275	33,25
1999	384	102	282	26,56
2000	471	125	346	26,54
2001	350	65	285	18,57
2002	451	90	361	19,96
2003	250	54	196	21,60
2004	286	63	223	22,03
2005	314	80	234	25,48
2006	276	70	206	25,36
2007	319	65	254	20,38
2008	333	104	229	31,23
2009	225	79	146	35,11
2010	211	98	113	46,45
2011	196	67	129	34,18
2012	141	56	85	39,72

Diagramme 6a - Décisions rendues dans le cadre du contrôle par voie d'exception

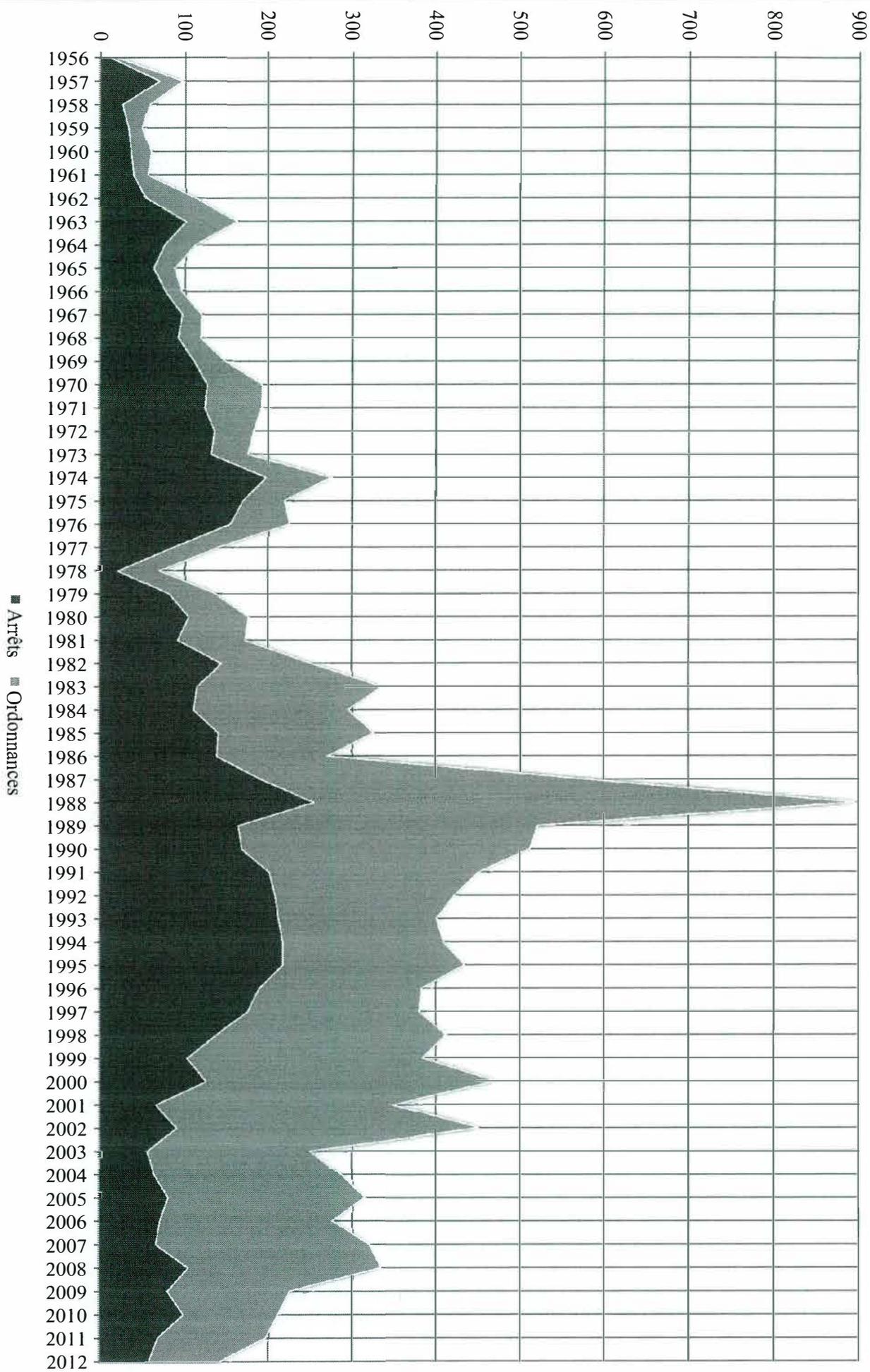
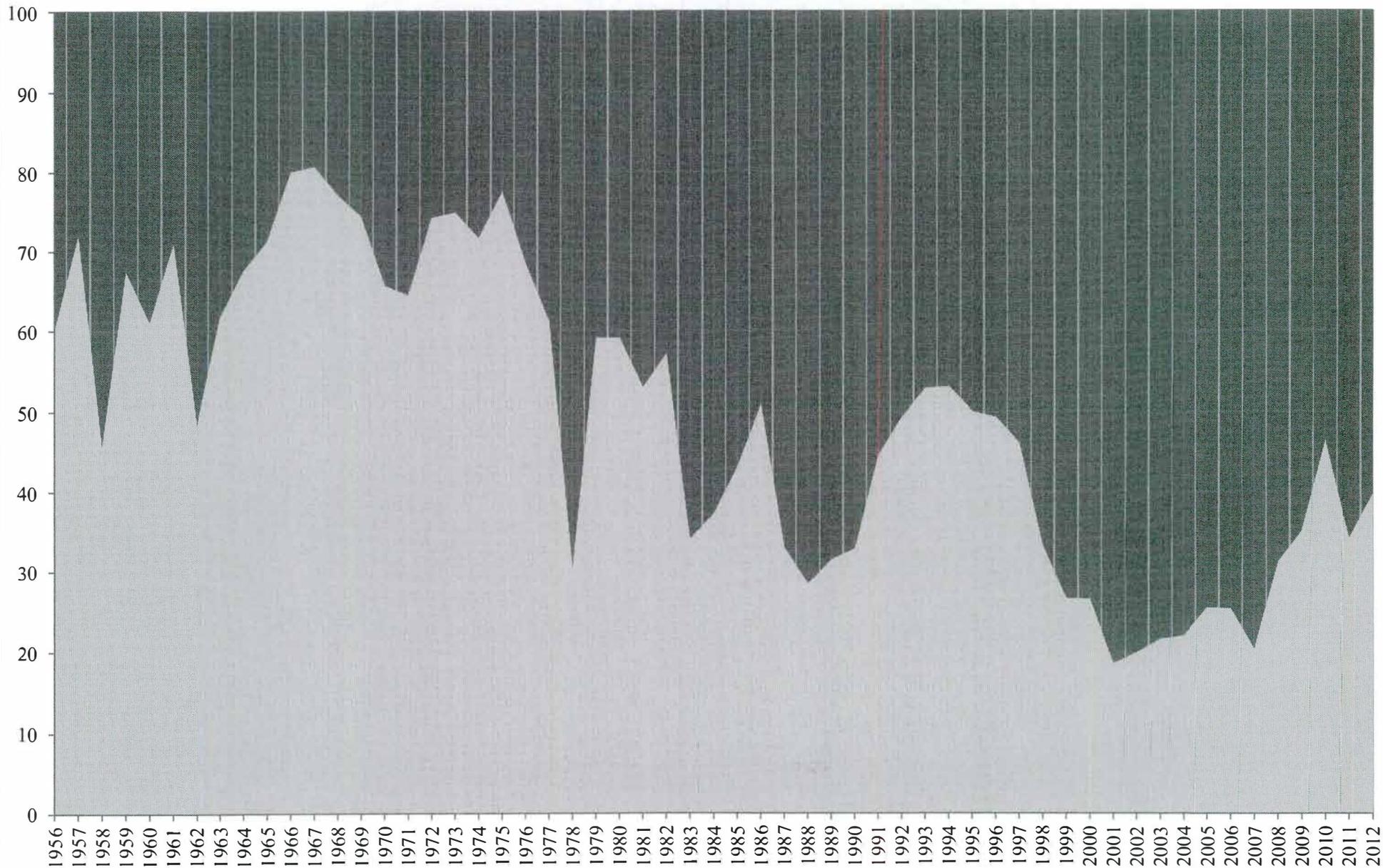


Diagramme 6b - Arrêts rendus dans le cadre du contrôle par voie d'exception (%)



.....	1
La QPC vue du droit comparé Le contrôle de constitutionnalité sur renvoi du juge ordinaire en France, Espagne et Italie	1
La QPC vue du droit comparé Le contrôle de constitutionnalité sur renvoi du juge ordinaire en France, Espagne et Italie	3
INTRODUCTION GENERALE	11
<i>I - La démarche comparatiste de la recherche</i>	14
<i>II - Le déroulement de la recherche</i>	19
— Partie introductive —	25
La question de constitutionnalité en Italie,	25
en Espagne et en France.	25
Présentation des mécanismes nationaux	25
Chapitre 1 – Les critères du filtre	27
SECTION 1 — LES CONDITIONS DE RECEVABILITE DE LA QUESTION D’INCONSTITUTIONNALITE EN ESPAGNE ..27	
<i>I / Les conditions de fond</i>	27
<i>II / Les conditions de procédure</i>	29
SECTION 2 — LES CONDITIONS DE LA <i>RILEVANZA</i> ET DE LA <i>NON MANIFESTA INFONDATEZZA</i> DE LA QUESTION INCIDENTE DE CONSTITUTIONNALITE EN ITALIE.....	30
<i>I / La condition de rilevanza</i>	30
<i>II / La condition de non manifesta infondatezza</i>	31
SECTION 3 – L’EXERCICE DU FILTRE PAR LE CONSEIL D’ETAT	32
<i>I / Une interprétation large de la notion de disposition législative applicable au litige</i>	35
<i>II / Une utilisation restreinte de la notion de question nouvelle</i>	39
<i>III / L’examen du caractère sérieux : une participation assumée au contrôle de constitutionnalité</i>	42
SECTION 4 – L’EXERCICE DU FILTRE PAR LA COUR DE CASSATION	50
<i>I / Bilan d’ensemble sur l’appréciation des critères de recevabilité et de renvoi des QPC</i>	52
<i>II -/ Réflexions sur les enjeux liés à l’exercice du filtre</i>	63
CHAPITRE 2 – Autorité et effets dans le temps de la décision du juge constitutionnel	73
SECTION 1 - LES EFFETS DES ARRETS RENDUS EN MATIERE DE QUESTION D’INCONSTITUTIONNALITE EN ESPAGNE	73
<i>I / Le cadre textuel régissant les effets des décisions du TC</i>	73
<i>II / La fragilisation du lien inconstitutionnalité / nullité sous l’effet de la doctrine du TC</i>	75
SECTION 2 - LES EFFETS DES DECISIONS DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE ITALIENNE.....	78
<i>I / La précision des effets des décisions de la Cour constitutionnelle « dans l’espace »</i>	79
<i>II / La modulation des effets des décisions de la Cour constitutionnelle « dans le temps »</i>	83
– Partie 1 –	91
Le filtrage de la question de constitutionnalité et les rapports	91
entre Cours constitutionnelles et juges ordinaires	91
Vers un contrôle de constitutionnalité en partie diffus ?	91
INTRODUCTION PARTIE 1	93
CHAPITRE 1 – Convergences et divergences des modalités de filtrage	95
SECTION 1 – LES CONDITIONS DE RECEVABILITE DE LA QUESTION PREJUDICIELLE DE CONSTITUTIONNALITE EN DROIT COMPARE	95
<i>I / Une question de constitutionnalité</i>	97
<i>II / Une question préjudicielle</i>	103

SECTION 2 – LE DOUBLE FILTRAGE DES QPC : UNE SPECIFICITE FRANÇAISE EN QUESTION ? MODALITES ET INCIDENCES DE LA SELECTION DES QUESTIONS DE CONSTITUTIONNALITE EN FRANCE, ALLEMAGNE, ITALIE ET ESPAGNE	109
I / Une spécificité à nuancer quant au nombre de filtres	111
II / Une spécificité réelle quant au rôle des Cours suprêmes dans le mécanisme de la QPC	123
SECTION 3 - JUGE ORDINAIRE ET DOUTE D'INCONSTITUTIONNALITE. QUELQUES QUESTIONS SUR LE DOUTE D'INCONSTITUTIONNALITE EN ESPAGNE	135
I / La question d'inconstitutionnalité comme contrôle concret	135
II / Le doute, point de départ de la question d'inconstitutionnalité. Mais quel doute ?	137
III / Le doute d'inconstitutionnalité exclut la certitude et le doute interprétatif	139
IV / Le doute appartient exclusivement au juge. Exclusion du doute étranger au juge. Une reformulation de la théorie du droit vivant.	140
V / Doute d'inconstitutionnalité et exigence d'interprétation conforme. Soumission du juge à la Constitution et à la loi	141
SECTION 4 - BREVES REFLEXIONS SUR LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE DANS UNE PERSPECTIVE COMPARATISTE : LE JUGE A QUO : JUGE DU FILTRE OU « JUGE CONSTITUTIONNEL NEGATIF » ?	144
I / Les juridictions du filtre : simples courroies de transmission ou pré-juge de constitutionnalité ?	147
II / Le rôle joué par le filtre dans l'examen de la question de constitutionnalité	150
CHAPITRE 2 – L'Interprétation de la loi, objet du contrôle de constitutionnalité	155
SECTION 1 – L'IMPOSSIBILITE D'UNE INTERPRETATION CONFORME A LA CONSTITUTION, CONDITION DE RECEVABILITE DE LA QUESTION INCIDENTE DE CONSTITUTIONNALITE EN ITALIE	155
I / La reconnaissance de la condition tenant à l'impossibilité de l'interprétation conforme de la loi à la Constitution	159
II / Les implications de la condition tenant à l'impossibilité de l'interprétation conforme de la loi à la Constitution	166
SECTION 2 – LA JURISPRUDENCE DES JURIDICTIONS SUPREMES FACE A LA CONSTITUTION : DU CONTROLE A L'AUTO-CENSURE	175
I / De l'attitude du Conseil constitutionnel à l'égard de la jurisprudence des juridictions suprêmes	176
II / De l'attitude des juridictions suprêmes à l'égard de leur propre jurisprudence	182
CONCLUSION PARTIE 1	189
– Partie 2 –	191
Le jugement de constitutionnalité et ses suites	191
Vers un contrôle de constitutionnalité concret ?	191
INTRODUCTION PARTIE 2	193
CHAPITRE 1 – TECHNIQUES ET CARACTERISTIQUES DU CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITE A POSTERIORI	195
SECTION 1 – QUELLES TECHNIQUES JURIDICTIONNELLES POUR LA QPC	195
I / La transposabilité des techniques juridictionnelles du contrôle a priori au contrôle a posteriori	197
II / Les enjeux de la transposition des techniques juridictionnelles	205
SECTION 2 - LA PRISE EN COMPTE DES FAITS DE L'ESPECE DANS LE JUGEMENT DE LA CONSTITUTIONNALITE DES LOIS	215
I / 1 ^{ère} hypothèse : l'interprétation de la loi (problématique du droit vivant)	218
II / 2 ^{ème} hypothèse : le contrôle des motifs de fait de la loi	219
III / 3 ^{ème} hypothèse : le changement de circonstances de fait (la problématique des anachronismes législatifs)	220
IV / 4 ^{ème} hypothèse : Y a-t-il eu une inconstitutionnalité résultant de l'application de la loi ? 221	
V / 5 ^{ème} hypothèse : la prise en compte des situations de fait par la modulation des effets des déclarations d'inconstitutionnalité (y compris des réserves d'interprétation) ; la prise en compte des conséquences de la décision du Conseil constitutionnel	222

<i>VI / 6^{ème} hypothèse : même la norme constitutionnelle peut être éclairée par les données factuelles.....</i>	223
SECTION 3 - LE CARACTERE CONCRET DU CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE A <i>POSTERIORI</i> DANS LES MODELES ESPAGNOL, ITALIEN ET FRANÇAIS	225
I / <i>Une concrétisation nuancée du contrôle de constitutionnalité.....</i>	226
II / <i>Le Conseil constitutionnel sur la voie de ses modèles ?.....</i>	236
SECTION 4 - LE CONTRADICTOIRE DANS LE PROCES CONSTITUTIONNEL INCIDENT EN ITALIE.....	244
I / <i>L'organisation de la contradiction.....</i>	244
II / <i>Un contradictoire limité.....</i>	246
CHAPITRE 2 – Les suites du contrôle de constitutionnalité <i>a posteriori</i>	249
SECTION 1 - « LA MODULATION DANS LE TEMPS DES EFFETS DES DECISIONS DES JUGES CONSTITUTIONNELS. PERSPECTIVES COMPARATIVES FRANCE – ESPAGNE – ITALIE ».....	249
I / <i>Des modèles textuels relativement divergents au départ.....</i>	251
II / <i>Une pratique jurisprudentielle largement convergente à l'arrivée</i>	257
SECTION 2 – LES SUITES DES DECISIONS RENDUES PAR LES JURIDICTIONS CONSTITUTIONNELLES DANS LE CADRE DE QUESTIONS D'INCONSTITUTIONNALITE	266
ÉTUDE PORTANT SUR LES CONSEQUENCES DES DECLARATIONS D'INCONSTITUTIONNALITE.	266
I / <i>Introduction</i>	266
II / <i>Les évolutions de la jurisprudence constitutionnelle quant aux effets des décisions rendues</i>	272
III / <i>Essai de typologie des effets des décisions</i>	278
IV / <i>L'application des décisions QPC par le Parlement.....</i>	294
IV / <i>Les suites des décisions QPC devant les juridictions ordinaires.....</i>	306
SECTION 3 - ÉTUDES DE QUELQUES SUITES DES DECISIONS D'INCONSTITUTIONNALITE QPC.....	328
CONCLUSION PARTIE 2.....	347
— Partie 3 —	349
Le contentieux de constitutionnalité et son environnement	349
Articulation et évolution des contrôles	349
INTRODUCTION PARTIE 3.....	351
CHAPITRE 1 – L'articulation des contrôles.....	353
SECTION 1 - LE PROCES INCIDENT DE CONSTITUTIONNALITE ITALIEN ET LE RENVOI PREJUDICIEL DEVANT LA CJUE : LA QUESTION DE LA DOUBLE PREJUDICIALITE.....	353
I / <i>Les rapports entre le droit italien et le droit de l'Union européenne</i>	353
II / <i>La question de la double préjudicialité.....</i>	358
III / <i>L'évolution plus récente de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle par rapport au droit de l'Union Européenne.</i>	365
SECTION 2 – LA CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME ET LE PROCES INCIDENT DE CONSTITUTIONNALITE : LES PERSPECTIVES CROISEES DE LA « PRIORITE » EN FRANCE ET EN ITALIE	367
I / <i>La « préférence constitutionnelle » ou le chemin tout tracé de la protection des droits fondamentaux en droit interne.....</i>	369
II / <i>L'« impondérable conventionnel » ou les effets inversés de la logique préférentielle.....</i>	375
SECTION 3 - LA CONCILIATION DES CONTROLES INCIDENTS DE CONSTITUTIONNALITE FRANÇAIS ET BELGE AVEC L'EXIGENCE DE PRIMAUTE DU DROIT DE L'UNION EUROPEENNE : PRIORITE A LA BENEVOLENCE AU CARREFOUR DES DROITS FONDAMENTAUX	383
I / <i>L'ordonnancement chronologique des contrôles incidents de constitutionnalité et d'unionité</i>	385
II / <i>L'interaction des contrôles de constitutionnalité incident et d'unionité</i>	398
SECTION 4 - L'ARTICULATION DE LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE AVEC LES AUTRES MECANISMES DE CONTESTATION JURIDICTIONNELLE DE LA LOI	416
I / <i>L'absorption partielle par la QPC des autres mécanismes de contestation juridictionnelle de la loi.....</i>	416
II / <i>Les nouvelles clefs d'articulation de la QPC avec les autres moyens de contestation juridictionnelle de la loi : l'effet utile pour le citoyen du moyen soulevé.....</i>	419

CHAPITRE 2 – l'évolution des questions de constitutionnalité en Italie et en Espagne : quels enseignements pour la France ?	423
SECTION 1 – LES AGES DU CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE DES LOIS PAR VOIE D'EXCEPTION EN ITALIE	423
Introduction.....	423
I / Une ébauche de périodisation	424
II / Une conception tourmentée suivie par une très longue gestation.....	424
III / Une enfance « héroïque ».....	428
IV / Les soucis de l'âge adulte.....	432
V / La maturité atteinte (... ou s'agit-il d'un troisième âge précoce ?).....	436
Conclusion	442
SECTION 2 - LES EVOLUTIONS DE LA QUESTION D'INCONSTITUTIONNALITE EN ESPAGNE.....	445
I / Des ajustements techniques.....	447
II / Des évolutions plus profondes.....	450
CONCLUSION PARTIE 3.....	457
CONCLUSION GENERALE	459
BIBLIOGRAPHIE EN FRANÇAIS.....	463
ARTICLES, CONTRIBUTIONS ET NOTES.....	465
BIBLIOGRAPHIE EN ESPAGNOL.....	484
BIBLIOGRAPHIE EN ITALIEN	485
A N N E X E S	505