

SUPPLÉMENT

Compte rendu des débats et discussions du colloque d'Aix-en-Provence des 21 et 22 mars 2013 (1)

Outre les questions suscitées par les rapports, les débats et discussions incluent quatre tables rondes ayant respectivement eu pour sujets :

- faut-il supprimer le double filtrage des QPC en France ?
- le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* sur renvoi est-il encore concentré ?
- le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* sur renvoi est-il concret ?
- l'articulation de la question de constitutionnalité et des autres procédés de contrôle de la loi

(1) Le programme du colloque est reproduit dans l'annexe 3 à la fin du présent ouvrage.

MODALITÉS DU FILTRAGE DES QUESTIONS DE CONSTITUTIONNALITÉ

Table ronde animée par Mathieu DISANT et Xavier VOLMERANGE

Faut-il supprimer le double filtrage des QPC en France ?

Mathieu Disant prend le premier la parole en rappelant que, pour être examinée par le Conseil constitutionnel, la QPC doit franchir l'épreuve du double filtre. Concrètement, en trois ans, 1 520 questions ont été traitées par la Cour de cassation et le Conseil d'État. Un peu plus de 20 % de ces questions ont été renvoyées au Conseil constitutionnel. Ces trois années n'ont donc pas résolu toutes les interrogations autour de la pratique de ce double filtrage et il n'est en rien illégitime de se demander s'il faudrait aller jusqu'à le supprimer. La question est clairement posée par les organisateurs du colloque. Son énoncé peut toutefois surprendre aujourd'hui, car, après une première phase de tension notamment avec la Cour de cassation et de remise en cause du double filtre, un *satisfecit*, pour reprendre l'expression de Laurence Gay, est désormais décerné au système par ses principaux acteurs. Il suffit d'entendre les auditions qui ont été effectuées par les membres du Conseil constitutionnel, du Conseil d'État et de la Cour de cassation devant la Commission des lois de l'Assemblée nationale à la fin de l'année 2012. De même, en doctrine, il semble qu'il y ait un certain nombre d'observateurs qui conviennent du maintien de ce double filtre. Faut-il y voir un point d'équilibre qui semble être acquis ou qui serait en voie d'acquisition ? Sera-t-il stable sur le long terme ? Il est vrai que, dès lors que chacun considère que la QPC est globalement un succès, toute réforme paraît d'une certaine façon naïve ou illusoire sur ce sujet. Mais on aurait tort de croire que le débat est définitivement clos, ce serait méconnaître que ce second niveau de filtre a été à l'origine plus imposé que convaincant. Le temps ne peut pas supprimer ce défaut génétique, et ce, pour au moins trois raisons.

Premièrement, le double filtre demeure une source de paradoxe dans l'œuvre du constituant dans la mesure où il altère la relation, plus indirecte qu'en cas de filtre simple, entre les citoyens et leur Constitution.

BRUYLANT

Deuxièmement, le double filtre constitue une amputation du plein office du Conseil constitutionnel. Le Conseil constitutionnel n'ayant en définitive quasiment aucun rôle sur le filtrage ou un rôle résiduel, très loin de la solution la moins contestable au plan logique (mais au plan logique seulement) qui aurait consisté à laisser au Conseil constitutionnel le soin de « second-filtrer » lui-même les questions qui lui sont soumises, sur le modèle d'une procédure d'examen de recevabilité.

Enfin troisièmement, l'argument « épouvantail » de l'encombrement des requêtes est en bonne partie une illusion. D'ailleurs, si cet argument était véritablement sérieux, ne faudrait-il pas aujourd'hui en tirer les conséquences compte tenu de la diminution du flux de QPC ? On sait tous en définitive que l'explication essentielle de ce double filtre est dans la volonté des cours suprêmes de garder d'une façon ou d'une autre la main sur le contrôle de constitutionnalité de la loi.

Si aucun élément véritablement solide (indépendamment du fait qu'on puisse le juger ou non opportun) n'a justifié l'institution du second filtre, qu'est-ce qui justifierait aujourd'hui son maintien, alors qu'on constate une décrue sensible du volume des QPC ? Tel est l'objet de cette table ronde, apprécier la valeur actuelle de cette règle dans l'efficacité globale du système et déterminer si cette efficacité serait accrue en son absence, dresser peut-être un bilan coût-avantages sur la base des trois premières années de fonctionnement de la QPC. Le sujet pose en réalité toute une série d'interrogations qui soulèvent au fond la question de l'accessibilité du Conseil constitutionnel.

Pour introduire la discussion, il est permis de formuler quelques observations en réaction aux interventions précédentes.

Premièrement, le sens premier du double filtre est finalement de préserver pour le pire et le meilleur l'organisation juridictionnelle caractérisée par les deux ordres de juridictions. Pour le pire, car il y a un aspect qui n'a pas été évoqué, celui de la question des divergences de jurisprudence entre les juges du filtre. Une question dont l'importance s'est accrue notamment en raison des interrogations portant sur la motivation des décisions de non-renvoi.

Deuxièmement, le double filtre pose la question de « l'entonnoir » du filtre, c'est-à-dire la répartition interne entre les compétences des juridictions qui l'exercent. Peu d'options pertinentes étaient ouvertes à l'origine. Soit le second filtre n'était que le lieu d'examen d'un appel du premier filtre, mais alors il n'était qu'une seconde

chance de plaider le renvoi et non un second filtre. Soit, et c'est sans surprise ce qui a été retenu par la loi organique, il constituait au moins pour partie un autre filtre. Et dès lors, le filtre ne pouvait qu'être ascendant et croissant, de plus en plus resserré. Et c'est ainsi que les juridictions administratives et judiciaires constituent donc « un filtre en entonnoir large à la base, plus étroit au sommet », selon l'expression de Jean-Luc Warsmann lors des travaux préparatoires. Il y a donc une construction assez raffinée de l'entonnoir qui pose un certain nombre de questions. Il suffit peut-être pour illustrer ces interrogations de rappeler que 80 % des QPC ne passent pas le premier filtre. Ce choix du double filtre place nécessairement le mécanisme sous les auspices d'un degré d'intervention plus significatif des cours suprêmes, et cela génère une perte de repère notamment au regard de la gradation qui a été rappelée par le professeur Pierre Bon précédemment. Parmi les nombreuses questions qui apparaissent ou se renouvellent, on peut relever celle de l'impact du double filtre sur le rôle des juges du fond, face notamment à un arrêt de non-renvoi dont l'autorité n'est en principe que relative. On peut également s'interroger sur l'effet abstraktif de cet agencement, car le « second filtrage » renforce de façon significative le caractère abstrait du contentieux des QPC devant le Conseil constitutionnel.

Troisièmement, et surtout, la question est de savoir si le double filtre est en sursis. Que faire en effet des arrêts de non-renvoi des cours suprêmes ? À l'heure actuelle, on sait qu'ils ne sont susceptibles de recours ni devant le Conseil constitutionnel à la suite de l'échec des propositions sur le sujet, ni devant la Cour européenne des droits de l'homme. Cette évolution n'est d'ailleurs souhaitée par aucun acteur de la QPC, si ce n'est les avocats. Il y a sur ce point un certain nombre de pistes qui peuvent être examinées (appel, évocation, nouvelle délibération...), toutes n'ayant pas encore été explorées. Quelles sont donc ces pistes d'évolution ? Faut-il tenir compte des différents types d'arrêts de non-renvoi, car il faut être conscient qu'il y a une certaine diversité de ces arrêts de non-renvoi ? Il semble en définitive que le spectre d'une révision s'éloigne progressivement et que le contournement du second filtre par un mécanisme de révision des refus de renvoi ne semble plus tout à fait d'actualité. Ce consensus relatif peut-il être durable ? L'éclairage comparé est nécessaire. La solution française se rattache à des expériences historiques ratées, comme celle qu'a pu connaître l'Allemagne et qui s'est soldée par des tensions entre les Cours. L'exposé de l'expérience allemande semble particulièrement

intéressant à cet égard et la parole est donnée à Xavier Volmerange à ce sujet.

Xavier Volmerange estime qu'en effet, au moment où on se pose la question de savoir s'il est pertinent de supprimer le double filtre, l'expérience allemande est particulièrement intéressante. On parle souvent s'agissant de l'Allemagne de la suppression du double filtre dès 1956. Qu'en est-il véritablement ?

La Cour constitutionnelle ayant commencé à fonctionner en 1951, c'est un système qui a tenu environ cinq ans. Dans le cas allemand, c'est l'article 100 de la Loi fondamentale qui prévoit le contrôle concret des normes, le juge doit être absolument convaincu de l'inconstitutionnalité de la loi qu'il est chargé d'appliquer. C'est d'ailleurs ce qui distingue ce contrôle concret du contrôle abstrait (dans le contrôle abstrait, il suffit d'un simple doute). Et deuxième condition, la question de la constitutionnalité doit conditionner l'issue du litige. Cet article 100 de la Loi fondamentale n'a pas été modifié depuis 1949. Mais ce qui a été modifié, c'est la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale, puisque dans un premier temps il était prévu que les juges suprêmes saisissent directement la Cour constitutionnelle et que les tribunaux inférieurs saisissent la Cour constitutionnelle par l'intermédiaire d'une des cours suprêmes. Il y a cinq cours suprêmes en Allemagne. Mais le fait que les juges inférieurs doivent saisir la Cour constitutionnelle par l'intermédiaire d'un tribunal fédéral suprême ne doit pas être interprété véritablement comme un filtrage, car, dans ce cas de figure, la Cour suprême saisie avait l'obligation de transmettre la question à la Cour constitutionnelle fédérale. Alors, qu'est-ce qui a posé difficulté dans ce mécanisme et qui a conduit à l'abandonner aussi rapidement ? C'est que les cours suprêmes avaient pris l'habitude de prendre position sur la question qui leur avait été transmise relative à la constitutionnalité de la loi, elles venaient donc marcher sur les plates-bandes de la Cour constitutionnelle fédérale. C'est la raison pour laquelle la Cour constitutionnelle a réaffirmé avec force dans une décision de 1956 (BVerfGE 4, 358) que les juges suprêmes n'avaient pas à s'arroger cette compétence en l'absence de disposition législative. La loi était en effet muette sur ce point et ne précisait pas si les juges devaient prendre position ou non. C'était donc les juges suprêmes qui avaient, de leur propre autorité, pris position sur la constitutionnalité de la loi. La Cour constitutionnelle s'est interrogée sur la nature de cette transmission via un tribunal suprême et a recherché une réponse dans les travaux parlementaires,

dans l'origine de la loi. Elle s'est posé la question de savoir à quoi finalement servait ce contrôle concret. Elle a dit qu'il ne servait pas à protéger les droits des parties, parce que, s'il s'agissait de protéger les droits garantis par la Constitution, il existerait une autre procédure, et cette procédure c'est l'article 93, c'est-à-dire le recours constitutionnel direct. Le juge constitutionnel, dans cette décision, a dit que ce contrôle sert à protéger le législateur contre un juge qui pourrait s'affranchir ainsi de la volonté du législateur, contre un juge qui pourrait s'autoriser à ne pas appliquer la loi votée par le législateur. Il y a donc aussi cette idée dans la Constitution allemande que toutes les autorités sont soumises à la loi et au droit. Un juge peut éventuellement ne pas appliquer la loi, mais il faut absolument que cette loi soit inconstitutionnelle. Et seule la Cour constitutionnelle peut vérifier cette inconstitutionnalité. La Cour constitutionnelle va donc analyser cette possible double étape dans le contrôle comme un simple recours hiérarchique au juge supérieur. Elle dit même pourquoi il faut transmettre au tribunal supérieur : pour éviter que ce renvoi ne transite, par exemple, par le ministère de la Justice, car l'autorité administrative pourrait alors essayer d'influencer la jurisprudence. On reste entre juges, mais la fonction du juge suprême est simplement la transmission logique dans le cadre de la voie hiérarchique. Finalement, cette transmission par voie hiérarchique est considérée comme comportant plus d'inconvénients que d'avantages, parce qu'elle a obligé la Cour constitutionnelle fédérale à prendre position sur les divergences qui auraient pu apparaître entre un tribunal suprême et un tribunal inférieur. Et, par conséquent, elle a rapidement été supprimée. On prend souvent l'Allemagne comme modèle, mais ce n'est pas toujours un modèle très utilisable ou transposable au cas français, surtout si l'on considère le contrôle concret des normes en Allemagne à l'article 100. Il représente à peu près 0,008 % des recours devant la Cour constitutionnelle fédérale, c'est donc quelque chose d'un peu original pour l'Allemagne, alors que pour la France, la grande affaire c'est la question prioritaire de constitutionnalité.

Revenant sur les propos de Mathieu Disant, Laurence Gay précise qu'elle a effectivement abordé dans sa préparation écrite la question des éventuelles divergences de jurisprudence entre les deux ordres de juridiction – seule la concision de la présentation orale explique le silence sur ce point. En revanche, elle ne s'est pas attelée à la question de savoir si le double filtrage fonctionne véritablement comme un entonnoir : répondre à cette question supposerait une étude, sinon

exhaustive, du moins suffisamment représentative, de la jurisprudence des juges du premier filtre aussi bien judiciaires qu'administratifs. La doctrine a tendance à postuler que c'est bien le cas, que le premier juge n'exerce qu'un filtrage superficiel, moins approfondi que celui de sa Cour suprême. Mais rien ne le prouve, en l'absence d'étude systématique. Il y a des cas de contrôle assez approfondi relevés dans une chronique faite par un magistrat judiciaire à la *Gazette du Palais*, Luc Briand ; mais il est vrai que, selon cet auteur, le contrôle du juge du premier filtre a tendance à s'alléger au fil du temps. Laurence Gay souhaite d'ailleurs signaler que la question de la différence entre premier filtre et second filtre est l'objet d'une autre recherche sur la QPC, également réalisée avec le soutien de la Mission droit et justice et menée par l'équipe du CERCOP de Montpellier. Apparemment, leurs premières conclusions seraient que le juge administratif filtrerait plus que le juge judiciaire. Ce ne serait somme toute pas étonnant, étant donné la plus grande familiarité du juge administratif avec ces questions de constitutionnalité et le contrôle des normes.

Caterina Severino rappelle un arrêt du Conseil d'État du 23 décembre 2011 portant sur le licenciement économique, dans lequel il a décidé de ne pas transmettre une question par laquelle le requérant tentait de court-circuiter la position adoptée par la Cour de cassation. En fait, la Cour de cassation, le 16 novembre 2011, avait refusé de transmettre une question qui concernait sa propre jurisprudence sur le licenciement économique. En même temps, le requérant essayait de court-circuiter cette jurisprudence de la Cour de cassation en demandant au Conseil d'État de soulever la question. Le Conseil d'État a décidé de ne pas transmettre, tenant probablement compte du fait que la Cour de cassation elle-même n'avait pas transmis. On observe donc une certaine cohérence jurisprudentielle. À d'autres reprises, le Conseil d'État a tenu compte de l'interprétation de la loi donnée par la Cour de cassation, de son droit vivant, pour estimer que la question n'était pas sérieuse. Ces pratiques soulignent donc l'existence d'un certain dialogue entre les juges administratif et judiciaire. Ils tiennent compte de leurs jurisprudences respectives.

Xavier Philippe rappelle que, lorsque le double filtrage a été instauré par la loi organique, certains ont considéré que celui-ci n'était pas nécessaire. On constate cependant, d'un point de vue comparé, qu'il existe toujours un mécanisme de filtrage, qu'il soit interne à la juridiction de renvoi ou qu'il soit propre à la juridiction constitutionnelle.

Techniquement cependant, la question consiste à s'interroger sur la nécessité d'un ou deux filtres. C'est une question qui peut être résolue simplement : la procédure peut fonctionner avec un seul filtre, mais il existe des doubles filtrages officieux et officiels.

Les débats précédents ont relevé un point qui consiste à identifier les critères d'un « filtre ». Le « filtre » est-il uniquement celui exercé par des juges ou des organes différents de la juridiction constitutionnelle ou le juge constitutionnel peut-il lui-même exercer une fonction de filtrage ? Si l'on retient cette dernière acception, il y a beaucoup plus de double filtrage qu'on ne le croit. Même lorsqu'un juge *a quo* transmet la question de constitutionnalité à la Cour constitutionnelle, il existe assez fréquemment, et hors d'Europe d'ailleurs, un mécanisme qui s'apparente à un double filtrage. Tout d'abord par le juge qui transmet : alors même que la demande émane des parties, il évalue s'il y a ou non un problème de constitutionnalité. En transmettant cette question ou l'affaire dans laquelle se pose la question de constitutionnalité, la Cour constitutionnelle exerce elle-même un autre filtrage. Il peut donc y avoir double filtre sans qu'il y ait deux ou trois organes qui interviennent.

Le problème qui se pose en France est de savoir qui exerce réellement le filtre le plus important. Ce sont les juges *a quibus*, les cours suprêmes et non pas la Cour constitutionnelle, comme l'a démontré Laurence Gay. Il s'agit d'un choix politique et pragmatique. La question est alors de savoir si le Conseil d'État ou la Cour de cassation sont les mieux placés pour exercer ce second filtre. Il n'y a pas une réponse, il y a des arguments qui militent en faveur de ce système et d'autres contre. D'abord, le juge *a quo*, lorsqu'il transmet une question de constitutionnalité, n'a pas une grande maîtrise de la question. Ce n'est pas son quotidien, alors que la juridiction qui va concentrer tous les recours, elle, va s'acclimater à cette nouvelle forme de filtrage et acquérir une certaine expérience. Mais est-ce à dire que le filtre du seul juge *a quo* serait inopérant ? Ce n'est pas sûr, car tous les juges se forment aux procédures qu'ils utilisent et se familiarisent avec leur pratique. Dans le cas français, la réforme n'a que trois ans. Il semble donc un peu rapide d'en tirer des conséquences définitives. La suppression du filtre en 1956 en Allemagne, précédemment évoquée, montre qu'il faut quand même que le système fonctionne ou ne fonctionne pas pendant un certain nombre d'années pour apporter une réponse fondée. La vraie question n'est pas de savoir s'il faut supprimer ou non

le double filtrage, mais si l'on confie uniquement aux juges ordinaires le soin de transmettre ou si l'on fait intervenir systématiquement les cours suprêmes. D'ailleurs, les cours suprêmes, s'il n'y avait qu'un seul filtre, seraient elles-mêmes capables de transmettre directement si la question était posée devant elles. Et c'est d'ailleurs ce qu'elles font... On se trouve là face à un choix qui, il faut bien le reconnaître, n'est pas strictement juridique : d'autres éléments politiques, sociologiques interviennent. Évidemment, le rôle du juriste n'est pas de se lancer dans des analyses sociologiques ou a-juridiques, mais ces remarques ont pour but de mettre en évidence qu'un certain nombre de réponses à toutes ces questions se situent hors du champ du droit.

Marc Verdussen, avant de répondre à la question posée par Pierre Bon de savoir si un simple doute suffit ou s'il faut une conviction absolue de la part du juge pour poser la question en Belgique, précise que, face au débat sur le double filtre, la Belgique a pris exactement le contre-pied de la France. Il approuve les différents propos selon lesquels la question importante en ce domaine est de savoir si ce rôle de filtrage doit être confié aux juridictions suprêmes.

En Belgique, la situation est très simple. Il y a trois catégories de juridictions.

Dans la première catégorie, les juridictions en général posent une question à la Cour constitutionnelle, soit lorsque le juge a un doute lui-même, soit lorsqu'une partie lui demande de poser la question. Pour le premier cas, il est important de rappeler qu'en Belgique, tout comme en Italie, on considère que c'est un problème d'ordre public. Le juge est donc tenu de vérifier que les lois qu'il applique sont compatibles avec la Constitution et, même si aucune partie ne le lui demande, il posera la question. Dans le deuxième cas, le juge a l'obligation de poser la question, sauf – et notamment – si la Cour constitutionnelle a déjà statué sur une question ou un recours ayant un objet identique, si le juge estime que la réponse à la question n'est pas indispensable pour rendre sa décision ou encore s'il considère qu'il n'y a manifestement pas d'inconstitutionnalité. Dans ce dernier cas, c'est donc une application partielle de la théorie de l'acte clair : le juge ne pourrait pas considérer à l'inverse qu'il y a manifestement inconstitutionnalité.

La deuxième catégorie de juridictions concerne les juridictions qui statuent dans l'urgence et au provisoire, notamment le juge du référé et les juridictions d'instruction statuant sur le maintien de la détention préventive. Ces juridictions sont soumises à un sort particulier. En

effet, lorsqu'une partie leur demande de poser une question à la Cour constitutionnelle, elles n'ont plus du tout l'obligation de la poser. C'est exactement l'inverse : elles ne doivent pas poser la question préjudicielle, sauf si elles ont un doute sérieux. On rejoint le système allemand d'une certaine manière. Si elles ont un doute sérieux sur la constitutionnalité de la norme, elles poseront la question préjudicielle. Toute la question est alors de savoir ce qu'elles font avec un litige qui doit être résolu dans l'urgence et au provisoire. Le plus souvent, le juge des référés va anticiper la décision de la Cour et considérer qu'il y a inconstitutionnalité.

Enfin, la troisième catégorie de juridictions est constituée par la Cour de cassation et la section du contentieux administratif du Conseil d'État. Saisies d'une demande d'une partie en ce sens, ces deux juridictions ont l'obligation de poser la question à la Cour constitutionnelle, même lorsqu'elles considèrent que la réponse à la question n'est pas indispensable pour rendre leur décision ou qu'il n'y a manifestement pas d'inconstitutionnalité. Le sort particulier réservé aux deux hautes juridictions se justifie pour deux raisons. La première, c'est que, lorsque la Cour constitutionnelle a été créée, il y a eu une méfiance à l'égard de la Cour de cassation et du Conseil d'État. Il faut rappeler que la Cour de cassation belge existe depuis 1831. Elle a été longtemps la seule juridiction suprême. En 1946 a été créé un Conseil d'État, deuxième juridiction suprême. Et ensuite, en 1980, on crée une troisième juridiction suprême, la Cour constitutionnelle, composée pour moitié d'anciens parlementaires qui ne sont pas forcément des juristes. Cela a créé des susceptibilités énormes entre la Cour de cassation et la Cour constitutionnelle. Le législateur organique a donc craint une éventuelle réticence de la Cour de cassation à poser des questions préjudicielles. La seconde raison, c'est que l'on veut absolument que le justiciable ait la garantie, s'il se heurte à des décisions du juge de première instance et du juge d'appel refusant de poser la question, notamment parce qu'il n'y aurait manifestement pas d'inconstitutionnalité, qu'en dernière instance devant la Cour de cassation il pourra « forcer le passage ». C'est important en terme de protection du justiciable. On est donc dans une logique inverse de la France. Ce qui ne fait que confirmer ce que Mathieu Disant a dit précédemment, à savoir que finalement chaque système a ses propres particularités, qui répondent à des préoccupations qui ne sont pas nécessairement les mêmes.

Xavier Magnon se demande si le fait que le Conseil constitutionnel ne soit pas saisi du dossier du procès principal ne jouerait pas sur le caractère abstrait de son contrôle, puisque, finalement, il ne saurait intégrer des éléments dont il ne dispose pas. Il demande à ce sujet à Pierre Bon si les autres juridictions, telles que la Cour constitutionnelle italienne, le Tribunal constitutionnel espagnol ou encore la Cour constitutionnelle fédérale allemande disposent quant à elles du dossier principal.

S'adressant à Laurence Gay, il souligne qu'il existe une autre situation dans laquelle il n'y a pas de filtre, c'est lorsque les cours suprêmes ne se prononcent pas dans le délai prescrit de 3 mois. Il y a d'ailleurs trois illustrations pratiques de cette situation, les décisions 206, 237 et 283 QPC. Il lui demande ensuite si le double filtre n'est pas décisif en termes de censure. Dans le cadre de la QPC, le nombre de censures du Conseil constitutionnel est considérablement plus élevé en raison du double filtrage. Finalement, les seules questions qui sont posées au Conseil constitutionnel sont celles pour lesquelles le doute sur la régularité constitutionnelle est élevé. D'un point de vue statistique, on peut le vérifier. Si l'on prend les réserves d'interprétation, les censures partielles et les censures totales, le taux de censure est supérieur à 40 %, ce qui est en l'occurrence largement au-delà des décisions DC.

Enfin, Xavier Magnon revient sur le fait que le Conseil constitutionnel a accepté sans discussion le filtre des juridictions suprêmes. D'un point de vue politique et institutionnel, il faut toujours s'étonner de ce qu'une institution refuse d'exercer un pouvoir qui aurait pu lui être accordé. Le Conseil constitutionnel accepte le filtre des cours suprêmes et n'a jamais défendu, ce que son président aurait pu en l'occurrence faire devant la Commission Balladur, le principe d'un filtre en interne par le Conseil constitutionnel lui-même. L'on peut penser que ce dernier n'a pas voulu se transformer d'un point de vue institutionnel en une juridiction constitutionnelle disposant d'une structure organique forte, avec un service juridique important, et obliger les membres du Conseil constitutionnel à exercer leur fonction à plein temps.

Pierre Bon, répondant à la question de Xavier Magnon, rappelle qu'en France ce sont les textes qui ont imposé que la QPC fasse l'objet d'un mémoire distinct, de telle sorte qu'effectivement le Conseil constitutionnel ne reçoit que le dossier relatif à la QPC. Il ne reçoit absolument pas le dossier sur le fond de l'affaire. La seule nuance, c'est que, par exemple au Conseil d'État, les conclusions du rapporteur public

sur la QPC sont transmises au Conseil constitutionnel. Mais c'est une simple habitude qui résulte de la pratique et non des textes. En d'autres termes, il s'agit de bonnes manières, mais ce n'est pas institutionnalisé. En revanche, à l'étranger, il semble que, comme la question de constitutionnalité est considérée comme un incident au cours d'un procès, sans qu'il y ait en réalité de distinction formelle entre le procès au fond et l'incident résultant de la question de constitutionnalité, le juge constitutionnel reçoit le dossier dans son intégralité. C'est le cas en Espagne et en Italie.

Pierre Bon, confirmant les propos de Xavier Magnon, souligne qu'il y a peut-être un problème en ce qui concerne le service juridique du Conseil constitutionnel. Son rôle, on le sait, est décisif. Or, son effectif est réduit et, s'il y a en son sein des juristes de très grande qualité, il y a aussi parfois des collaborateurs moins chevronnés et, dès lors, plus malléables, prêts à opiner à ce que souhaite le membre du Conseil rapporteur, ce qui est normal, prêts peut-être aussi à opiner à ce que souhaite le secrétariat général, voire le président, ce qui l'est moins. Par ailleurs, il y a aussi un certain nombre de membres du Conseil constitutionnel qui sont des juges constitutionnels à temps partiel. Enfin, il y a un élément qu'il ne faut pas perdre de vue : si un rôle prédominant a été confié au Conseil d'État et à la Cour de cassation en matière de filtrage des recours, c'est notamment afin que le Conseil constitutionnel ne soit pas submergé de recours, car, si tel avait été le cas, cela risquait de mettre en péril le contrôle *a priori*. Il ne faut jamais oublier qu'un contrôle *a priori* ne peut fonctionner que s'il est exercé dans des délais très brefs, sous peine de bloquer indûment la volonté du Parlement. L'exemple espagnol le montre : dès lors que la Cour constitutionnelle a été dans l'incapacité de statuer rapidement, en l'espèce en raison de la multiplication, non des questions de constitutionnalité, mais des recours d'*amparo*, cela a condamné le contrôle *a priori*. C'est un élément qui a été pris en considération.

Mathieu Disant, réagissant à la question du dossier principal soulevée par Xavier Magnon, indique que c'était très clairement une démarche volontaire de la part du Conseil constitutionnel de conserver un contrôle abstrait et donc de ne pas se donner lui-même les moyens de pouvoir un jour glisser vers un contrôle plus concret. On peut donc parler d'une concrétisation contenue, retenue, ou avortée pour certains. En tout cas, qu'on soit ou non convaincu de sa légitimité, c'est une démarche totalement délibérée, pensée, réfléchie, c'est peut-être même,

d'une certaine façon, l'illustration un peu suprême du *self-restraint* dans l'évolution du contrôle *a posteriori*. Concrètement, dans les premiers dossiers retournés au Conseil constitutionnel, la Cour de cassation et le Conseil d'État envoyaient des dossiers beaucoup plus conséquents qu'ils ne le sont aujourd'hui. C'est même à la suite de la démarche du Conseil constitutionnel auprès des deux juridictions suprêmes que les dossiers ont été restreints aux seuls éléments portant sur la QPC. Ceci étant dit, il arrive naturellement que les dossiers, lorsqu'il y a l'exercice d'un double filtre, contiennent ou laissent transparaître aussi des pièces ou éléments qui concernent le développement du litige support de la QPC devant le juge *a quo*, devant le juge de première instance et, dans cette hypothèse-là, de manière très indirecte, secondaire et si j'ose dire historique, on trouve trace d'éléments concrets, notamment sur la situation du requérant. Ce qui joue de façon plus réelle est la portée concrète de la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation, le cas échéant sa réception par les pouvoirs publics ou les juges du fond.

Xavier Volmerange précise que, dans le cas allemand, non seulement le juge constitutionnel dispose du dossier, mais il peut également poser au juge *a quo* des questions sur la façon dont il a interprété la loi.

Laurence Gay, répondant à Xavier Magnon, précise que, dans son rapport écrit, elle a effectivement bien soulevé deux hypothèses principales d'exception au double filtre, mais qu'elle ne les a pas évoquées à l'oral faute de temps. Elle note d'ailleurs que, s'il y a renvoi automatique au Conseil constitutionnel parce que la Cour suprême a omis de se prononcer dans les trois mois, il peut ne pas y avoir de filtre du tout si la QPC était posée pour la première fois en cassation. Mais dans la première situation qui s'est produite, un TGI avait transmis la question à la Cour de cassation, donc il y avait bien eu exercice du premier filtre.

Par ailleurs, Xavier Magnon rappelait que les conditions de renvoi ne sont pas contrôlées par le Conseil constitutionnel, sauf pour ce qui est de l'existence d'un précédent. En ce qui concerne le contrôle de l'applicabilité au litige, il semble que, pour les autres cours constitutionnelles, le souci est plutôt d'endiguer les recours, même si leur prétoire est inégalement encombré ; d'où le contrôle du respect de cette condition. Au contraire, la problématique du Conseil était plutôt d'attirer à lui les questions, au moins dans un premier temps. Ce peut être une première raison du non-contrôle. Mais il y a cette volonté de

se tenir à cette doctrine selon laquelle il n'est pas juge du fond ; or, contrôler l'applicabilité au litige implique bien de se pencher sur ce litige initial. En définitive, il semble bien à Laurence Gay que les positions institutionnelles sont celles d'une espèce de partition à trois, où chacun a un discours d'entente cordiale pour ne pas empiéter sur les prérogatives de l'autre. La question est donc de savoir si cette partition à trois va s'établir durablement ou non. Cependant, encore une fois, le rôle des cours suprêmes peut susciter des problèmes du point de vue du justiciable. Ce n'est pas un hasard si, devant le Conseil d'État comme devant la Cour de cassation, des justiciables ont essayé d'exploiter l'argument selon lequel les cours suprêmes sont à la fois juges et parties sur le renvoi de leur propre jurisprudence.

Paolo Passaglia précise que, dans le système italien, il est vrai que les dossiers au fond arrivent à la Cour. Mais cette dernière exige du juge *a quo* qu'il décrive l'affaire au fond, à peine d'irrecevabilité. La transmission du dossier est donc rendue inutile, mais la jurisprudence de la Cour tient au fait qu'elle n'a pas le temps d'aller regarder les dossiers.

Revenant sur le double filtrage, Paolo Passaglia estime qu'il faut distinguer selon la finalité de la question de constitutionnalité : l'a-t-on conçue comme une voie offerte au justiciable pour avoir accès à la Cour constitutionnelle ou comme complémentaire par rapport au recours direct ? Le nombre de questions qui peuvent être soulevées dans le premier cas est forcément très élevé, ce qui justifie un double filtrage, et peut-être le rend nécessaire, au point que, si le double filtrage n'est pas prévu, il s'impose dans les faits un second filtrage implicite.

Par exemple, en Italie il y a un seul filtrage du point de vue du droit positif, celui du juge du fond. Mais lorsque la Cour a eu des problèmes d'arriéré, comme le professeur Di Manno l'a mentionné auparavant, le président de la Cour a souvent employé un pouvoir qui est tout à fait légitime, car prévu par les normes sur la Cour constitutionnelle, c'est-à-dire celui de choisir la procédure à suivre pour traiter l'affaire. Il peut choisir entre l'audience publique et la chambre du Conseil. La chambre du Conseil peut être choisie en deux occasions : tout d'abord, lorsqu'il n'y a pas de partie qui arrive à la Cour constitutionnelle et donc pas d'intervenant devant la Cour (hormis le président du Conseil des ministres) ; ensuite, lorsque le président estime que la question est manifestement sans fondement. Lorsqu'une partie ou plusieurs parties ont présenté des mémoires, c'est donc le président

qui fait un filtrage implicite, parce qu'une fois la question transmise à la chambre du Conseil, la Cour doit (devrait, en principe) se prononcer dans le sens d'un manifeste manque de fondement. Ce n'est que si, lors de la discussion, la chambre du Conseil s'aperçoit que le président s'est trompé que la question retourne en audience publique. Mais il semble assez difficile de voir une procédure de retour à l'audience publique qui serait un démenti du choix présidentiel.

INCIDENCES DU FILTRAGE DES QUESTIONS DE CONSTITUTIONNALITÉ

Table ronde animée par Mathieu DISANT et Xavier VOLMERANGE
**Le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* sur renvoi
est-il encore concentré ?**

Mathieu Disant observe que le débat a déjà été largement balisé par l'intervention du professeur Xavier Philippe sur la question de la déconcentration progressive du contrôle de la QPC. L'intitulé de la table ronde nous invite à nous pencher sur ce phénomène de déconcentration et, en particulier, s'agissant du cas français, sur l'exercice d'un certain contrôle de constitutionnalité par le Conseil d'État et la Cour de cassation lorsqu'ils filtrent, en nous interrogeant sur les questions suivantes : y a-t-il partage des compétences dans l'exercice de ce contrôle de constitutionnalité ? Faut-il y voir des formes rationalisées de répartition de cette compétence ? Faut-il y voir aussi le signe d'une transformation de la QPC et celle, peut-être, du Conseil constitutionnel en Cour suprême si le contrôle diffus devait être officialisé ?

Pour introduire le débat, il faut rappeler que le constituant a privilégié une logique de spécialisation des juges dans le cadre de la QPC, ce qui apparaît comme l'un des principes directeurs de la QPC. Cela signifie que les juridictions ordinaires ont pour fonction de déterminer la question, c'est-à-dire d'en apprécier la recevabilité en ne se prononçant que sur cette recevabilité, le Conseil constitutionnel ayant pour office de résoudre la question. Il semble que l'équilibre de cette distinction détermine assez largement la logique des filtres qui se trouvent au cœur du contentieux QPC. D'une certaine façon, on pourrait dire que le juge ordinaire est une sorte d'auxiliaire de la justice constitutionnelle.

La difficulté essentielle de ce phénomène de déconcentration du contrôle porte sur la nature profondément indécise de la participation du juge du filtre à la QPC. Cela favorise la perception d'un juge constitutionnel que l'on qualifie d'indirect. Il est vrai que la révision de 2008 a marqué une nouvelle étape dans les relations entre les cours suprêmes

BRUYLANT

et la Constitution, une relation plus forte encore au niveau du filtre resserré dévolu aux cours suprêmes. Il est bien difficile de qualifier, encore aujourd'hui, ce degré de participation, et d'ailleurs les auteurs en doctrine utilisent des termes extrêmement variés. Par exemple, on a pu dire que les cours suprêmes exerçaient un contrôle de constitutionnalité même réduit à son minimum. On a pu dire encore que les cours suprêmes étaient poussées à reconnaître implicitement la constitutionnalité de la disposition contestée, à accaparer une part de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* et à exercer un pré-contrôle de constitutionnalité en estimant sérieuse la contestation de la constitutionnalité de la loi, ou encore on a souligné le risque que ces cours s'érigent en juge constitutionnel *bis*, concurrençant en quelque sorte le Conseil constitutionnel. Cette expression est d'ailleurs celle du professeur Pierre Bon dans un article publié à la *R.F.D.A.* Donc, à des degrés distincts et variables, l'office du juge de transmission et l'office du juge de renvoi révèlent une immixtion nouvelle du juge ordinaire dans les conditions d'exercice de ce contrôle de constitutionnalité. « Pré-contrôle de constitutionnalité », sorte de « contrôle préalable », « juge constitutionnel de première instance », « juge constitutionnel de droit commun », on parle même d'une mutation des cours suprêmes en « cours constitutionnelles partielles ». Peu important en définitive les appellations, il s'agit ici d'établir l'effet d'entraînement du juge vers un contrôle de constitutionnalité de la loi et une participation partielle à l'exercice de ce contrôle.

Il a été dit tout à l'heure que cette immixtion était prévisible et il suffit en effet de se référer à l'audition du vice-président du Conseil d'État lors des travaux préparatoires devant l'Assemblée nationale. Le vice-président avait exclu toute intervention passive du juge ordinaire, évoquant explicitement le mécanisme en permettant « d'associer très en amont le Conseil d'État et la Cour de cassation à l'élaboration de la jurisprudence constitutionnelle ». Plus récemment, la QPC a été qualifiée de contrôle partagé de constitutionnalité de la loi, une notion qui paraît en rupture radicale avec la logique de spécialisation.

L'hypothèse de l'intrusion mérite peut-être une précision. Lorsque les cours suprêmes transmettent la question au Conseil constitutionnel, il ne peut en aucun cas être déduit une intrusion. La circonstance que le juge veille à ne renvoyer au Conseil constitutionnel que les questions présentant une réelle difficulté ne permet pas d'établir ni en droit ni en fait la non-conformité de la disposition concernée. De ce point de vue, le qualificatif de pré-contrôle est juridiquement erroné

et il doit être banni du discours juridique. Il est d'ailleurs démenti par les faits, puisqu'un renvoi sur quatre donne lieu à une censure et n'a en tout état de cause aucune incidence juridique. Le Conseil constitutionnel étant libre d'exercer son office pour trancher la QPC, il n'existe donc pas de pouvoir de pré-détermination de la question de constitutionnalité. Ce n'est pas le cas lorsqu'à l'inverse, la Cour suprême ne transmet pas la QPC au Conseil constitutionnel. C'est à ce niveau-là que le glissement vers le contrôle de constitutionnalité peut s'opérer.

Deux propositions doivent être distinguées. Soit qu'il faudrait déduire du refus de renvoyer que la disposition serait conforme à la Constitution, soit que ce non-renvoi procède d'une application excessive des conditions d'accès au Conseil constitutionnel et surtout de l'application du critère du sérieux de la QPC, notion qui reste indéfinissable, en tout cas qui reste aujourd'hui encore non définie. Un mot sur la première proposition pour lui tordre rapidement le cou. L'idée selon laquelle, en raison de leur office de filtrage, le Conseil d'État et la Cour de cassation seraient des juges constitutionnels négatifs est certes assez répandue. Elle consiste à insister sur la participation de manière indirecte au contrôle de constitutionnalité de la loi. Si seul le Conseil constitutionnel peut déclarer une disposition législative conforme ou contraire à la Constitution, les cours suprêmes pourraient néanmoins rejeter les griefs d'inconstitutionnalité soulevés devant elles et refuser par conséquent de renvoyer la QPC. Cette conception d'un juge constitutionnel négatif ne convainc pas. Le rejet d'une QPC dirigée à l'encontre d'une disposition législative n'est en tout état de cause pas assimilable, ni équivalent à une décision de conformité de la loi à la Constitution, en particulier dès lors que le moyen tiré de l'inconstitutionnalité d'une disposition législative n'est pas d'ordre public, le caractère sérieux de la question n'est examiné par le juge qu'au regard des seuls moyens qui sont invoqués par le justiciable. Dès lors, la circonstance qu'un moyen d'inconstitutionnalité soulevé à l'encontre d'une disposition législative ne présente pas de caractère sérieux ne fait absolument pas obstacle à ce que la même disposition soit ultérieurement renvoyée au Conseil constitutionnel sur le fondement d'un autre moyen d'inconstitutionnalité. On voit clairement, à travers ce qu'on appelle l'autorité relative de chose jugée des décisions de renvoi, qu'un refus de renvoi n'implique aucunement que la disposition contestée soit conforme à la Constitution.

Le cœur du sujet de la table ronde est donc l'immixtion des juridictions suprêmes dans le contrôle de constitutionnalité lors de l'analyse des décisions de non-renvoi pour défaut de sérieux de la question. Sur ce

point, il semble que l'analyse comparatiste du colloque pourrait être particulièrement éclairante. L'idée selon laquelle le filtre induirait nécessairement, c'est-à-dire indépendamment et même contre toute habilitation, un contrôle de constitutionnalité de la part des juridictions de renvoi n'est pas satisfaisante. Elle méconnaît que le degré de latitude dont dispose la juridiction ordinaire quant à l'obligation ou non de renvoyer permet de distinguer les structures considérées notamment au terme de l'échelle présentée précédemment par le professeur Pierre Bon. À cet égard, il est assez net que le système tel que conçu et mis en place à travers la QPC, qui repose sur une obligation de renvoi comparativement plus contraignante que dans la plupart des mécanismes préjudiciels, n'est pas un modèle assimilable à une sorte de contrôle diffus positif.

Afin d'ouvrir le débat, Mathieu Disant pose la question suivante : quelles sont les manifestations en réalité de ce glissement vers un contrôle de constitutionnalité ? Mathieu Disant en retient cinq.

Première manifestation, on peut noter matériellement que le respect du principe d'égalité est plus particulièrement l'objet d'un contrôle approfondi de la part des juges du renvoi, que ce soit pour vérifier une différence de situation ou caractériser l'existence d'un motif d'intérêt général. Le juge du filtre, sur ce point, s'érige même en juge du caractère justifié de l'atteinte à l'égalité. Dans le même ordre d'idées, on ne peut que relever la réticence dont fait preuve la chambre criminelle dès que des griefs mettent en cause la clarté ou l'imprécision de la loi ou de notions qu'elle emploie, la difficulté étant systématiquement absorbée dans « l'office du juge pénal ».

Deuxième manifestation, la tendance à l'exercice du contrôle de constitutionnalité se constate également sur le terrain de la conciliation entre les droits et les libertés constitutionnels eux-mêmes, entre ces droits et l'intérêt général, voire entre ces droits et l'objectif du législateur. Il arrive aussi que le juge du renvoi s'estime abusivement compétent pour convoquer des principes constitutionnels dont l'existence ou le contenu n'est pas authentiquement affirmé. On l'a vu récemment, par exemple, à propos de la « protection renforcée de l'enfance » telle qu'utilisée par la Cour de cassation.

Troisième manifestation, l'intrusion s'observe aussi de manière significative lorsque des juridictions suprêmes s'engagent dans la mise en œuvre de plusieurs techniques de contrôle de constitutionnalité, notamment le contrôle au regard de l'objet de la loi, le contrôle au regard de l'intérêt général, ou de l'objectif poursuivi par le législateur, le contrôle

de l'erreur manifeste d'appréciation ou plus encore le contrôle de proportionnalité, même si ces deux contrôles sont nés devant le Conseil d'État, ce qui relance aussi le débat sur la légitimité historique du juge de renvoi en cette matière. Par exemple, l'appréciation par la Cour de cassation de la proportionnalité d'une atteinte conduit à des jurisprudences très intrusives dans l'office du Conseil constitutionnel.

Quatrième manifestation, c'est le recours à ce que la doctrine autorisée du Conseil d'État a pu appeler le « filtre analogique ». En effet, il s'agit, selon cette doctrine, de rechercher si la jurisprudence du Conseil constitutionnel offre des précédents susceptibles d'être transposés au cas de figure qui lui est soumis. On note en effet que le Conseil d'État, en particulier, déploie les ressources de l'analogie pour se rapprocher d'une certaine façon d'une utilisation de la jurisprudence constitutionnelle pour apprécier le caractère sérieux ou en l'occurrence non sérieux des QPC qui sont devant son prétoire.

Et enfin, cinquième manifestation, peut-être la plus contestable, c'est l'intrusion lors de l'examen du sérieux du recours à l'interprétation conforme de la loi par le Conseil d'État et la Cour de cassation. Ce thème a d'ailleurs été évoqué auparavant, notamment lors de l'intervention du professeur Thierry Di Manno. Jusqu'où le cadre concentré peut-il admettre cette possibilité ? Peut-on ou doit-on l'aménager et la limiter pour y rester fidèle ?

Marc Verdussen, face à la question de l'interprétation conforme perçue comme une manifestation assez prégnante de cette immixtion dans le contrôle de constitutionnalité, admet ne pas avoir d'avis tranché sur la question. Toutefois, il estime qu'elle fait beaucoup réfléchir, notamment sur la modification de la nature du modèle européen de justice constitutionnelle que cela peut induire.

La Belgique a un mécanisme de question préjudicielle fortement inspiré de l'Italie, mais pas sur ce point-là. En effet, en Belgique, un juge refusera de poser une question préjudicielle uniquement s'il considère qu'il n'y a manifestement pas d'inconstitutionnalité. Et donc, en ce qui concerne les interprétations conformes, il ne refusera de poser la question préjudicielle que s'il considère qu'il y a une interprétation qui est manifestement conforme. Et si elle n'est pas manifestement conforme, il posera la question. Il ne va pas, comme le fait aujourd'hui le juge italien, s'engager dans un travail consistant à rechercher absolument une interprétation qui rendrait la norme compatible. Il semble que cela ne modifie pas seulement les rapports entre juges, cela conduit également à revoir

considérablement la vision qu'on a du modèle européen de justice constitutionnelle. Cela étant, est-ce nécessairement une mauvaise chose ?

Marc Verdussen avoue que, lorsqu'il a découvert cette jurisprudence italienne, il a, dans un premier temps, été très sceptique et a lu avec délectation les observations sévères de Massimo Luciani, qui est très critique à l'égard de cette technique. Aujourd'hui, la méthode nous fait vraiment réfléchir. Évidemment, tout dépend de la raison pour laquelle on y recourt. Si c'est pour des raisons pragmatiques, telles que résorber l'arrière judiciaire, alors là l'enseignement est clair : on accrédite l'idée que la nature d'un système de justice constitutionnelle dépend des conditions de travail des juges. Ce n'est évidemment pas une motivation très louable. Mais on peut se poser la question de savoir si cette technique n'offre pas une plus-value, notamment en ce qu'elle présente au moins l'avantage de responsabiliser davantage les juges ordinaires dans l'interprétation de la Constitution et de faire descendre la Constitution un peu plus dans la rue, en tout cas dans les prétoires des juges. Dire aujourd'hui, comme on l'a prétendu pendant des années, que les juges ordinaires ne sont pas capables de faire du contrôle de constitutionnalité est un argument qui ne tient plus vraiment la route dans un État comme la Belgique. Les juges ordinaires sont régulièrement amenés à interpréter la Constitution lorsqu'ils apprécient la compatibilité par rapport à celle-ci des normes inférieures à la loi, tels les arrêtés et règlements. De surcroît, ils sont habilités à censurer les lois elles-mêmes, lorsqu'elles méconnaissent les prescriptions de traités internationaux directement applicables dans l'ordre juridique interne, telle la Convention européenne des droits de l'homme, ce qui s'apparente à un contrôle de constitutionnalité. Au demeurant, les règles qui président à la composition de la Cour constitutionnelle sont-elles réellement de nature à assurer que les juges qui y sont nommés sont rompus aux subtilités supposées de l'interprétation constitutionnelle ? On se permet d'en douter.

Selon Marc Verdussen, l'avantage de la technique de l'interprétation conforme, c'est donc précisément de responsabiliser les juges, mais à plusieurs conditions. Premièrement, il faut évidemment que, lorsque le juge recourt à l'interprétation conforme, la décision soit motivée et qu'il la motive de la même manière que le ferait la juridiction constitutionnelle elle-même, sinon ça n'a absolument aucun sens. Deuxièmement, si le juge peut recourir à l'interprétation conforme, il ne peut évidemment pas reconnaître l'inconstitutionnalité d'une loi lui-même. Et troisièmement, il faut que le justiciable ait en dernière instance la certitude devant la Cour de cassation ou devant le Conseil

d'État de pouvoir « forcer le passage ». En d'autres termes, si le juge de première instance et le juge de seconde instance recourent à des interprétations conformes qui sont farfelues, il faut que le justiciable puisse, en dernière instance, parvenir à ouvrir la porte de la Cour constitutionnelle. Ce qui est possible en Belgique, puisque la Cour de cassation comme le Conseil d'État ne peuvent pas refuser de poser une question préjudicielle s'ils estiment qu'il n'y a manifestement pas d'inconstitutionnalité et donc ils ne pourraient pas le faire *a fortiori* s'ils estimaient qu'il n'y a pas d'inconstitutionnalité tout simplement.

Thierry Di Manno, partageant les analyses de Marc Verdussen sur cette évolution de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne, estime qu'il faut y voir une volonté de responsabiliser davantage les juges ordinaires dans l'application de la Constitution. Faisant un lien avec la communication de Paolo Passaglia qui parlait de l'âge de la maturité de la Cour constitutionnelle, il se demande si finalement l'âge de la maturité ne concerne pas aussi les juges ordinaires. En effet, la Cour constitutionnelle a changé d'orientation à un moment où elle était certaine que les juges ordinaires avaient acquis le réflexe constitutionnel et pouvaient faire prévaloir les exigences constitutionnelles.

Bien entendu, la question de l'impact de l'utilisation de la technique de l'interprétation conforme par les juges ordinaires sur la nature du contrôle de constitutionnalité se pose avec acuité. Si l'on entend rester dans le cadre d'un contrôle concentré de constitutionnalité, il faut, en toute hypothèse, que la Cour constitutionnelle à un moment donné puisse contrôler les interprétations conformes, de manière à éviter qu'il y ait une dérive. En Italie, il y a une sorte d'auto-régulation du système dans la mesure où il est très ouvert, tous les juges pouvant poser des questions de constitutionnalité. Par voie de conséquence, si un juge de base fait une interprétation conforme « suspecte », comme disent les Italiens, le juge supérieur dans le cadre de la même affaire ou un autre juge dans le cadre d'une autre affaire pourront poser la question à la Cour constitutionnelle. La question arrivera donc, par une voie ou par une autre, à la Cour constitutionnelle. Le problème se pose, comme l'a très bien vu Marc Verdussen, lorsque c'est la Cour de cassation qui fait barrage à la transmission d'une question préjudicielle de constitutionnalité en livrant une interprétation conforme « suspecte ». Devant un tel blocage, Thierry Di Manno rappelle qu'il ne semble y avoir alors que deux solutions : la première, que Massimo Luciani a été le premier à évoquer, serait d'admettre la compétence de la Cour constitutionnelle pour élever devant elle un conflit d'attributions contre la Cour

de cassation, cette dernière ayant, par hypothèse, usurpé la fonction de contrôle de la constitutionnalité des lois exclusivement dévolue au juge constitutionnel ; la seconde solution, moins compliquée à mettre en œuvre, serait de compter sur un juge de base qui pourrait s'opposer à une interprétation conforme « suspecte » de la Cour de cassation en renvoyant une question préjudicielle de constitutionnalité à la Cour constitutionnelle. L'expérience italienne de l'interprétation conforme met bien en évidence que le véritable problème que soulève l'utilisation de l'interprétation conforme par les juges ordinaires tient aux garanties procédurales permettant à la Cour constitutionnelle de garder la main sur le contrôle de constitutionnalité des lois. De ce point de vue, on perçoit bien en France l'inconvénient majeur du second filtrage par les cours suprêmes. Étant donné que la Cour de cassation et le Conseil d'État sont seuls habilités à renvoyer les QPC devant le Conseil constitutionnel, on comprend bien que l'utilisation de la technique de l'interprétation conforme par ces juridictions suprêmes peut vite devenir un moyen de dévoyer le mécanisme de la QPC. Le défaut du système tient bien au fait qu'il n'existe aucune garantie procédurale permettant au Conseil constitutionnel de s'assurer que le Conseil d'État et la Cour de cassation n'abuseront pas de l'utilisation de la technique de l'interprétation conforme.

Pour Mathieu Disant, c'est ce qui explique que l'utilisation de l'interprétation conforme est extrêmement contestable, pour ne pas dire fâcheuse dans le cas français. Il semble y avoir à la fois un problème logique et des problèmes techniques.

Le problème logique existe parce que, dès lors qu'il y a un recours à l'interprétation conforme, c'est nécessairement que la question était sérieuse. Si on procède à une interprétation conforme, nécessairement la question était sérieuse : si on accepte de vider une difficulté constitutionnelle par le recours à une interprétation conforme c'est que cette difficulté existait, ce qui justifiait le renvoi.

Ensuite, il y a des problèmes plus techniques qui posent un certain nombre de limites à l'interprétation conforme et qui soulignent son caractère contestable en l'état actuel du droit positif dans le système de la QPC, à défaut de voix de recours ou de sollicitation devant le Conseil constitutionnel.

Première limite, l'interprétation conforme de la Cour de cassation ou du Conseil d'État ne disposera pas de l'autorité de l'article 62 de la Constitution, ce qui signifie très concrètement que du jour au

lendemain le législateur pourra revenir sur cette interprétation. Cela pose donc aussi un problème en termes de sécurité juridique, d'autant plus que cela crée une sorte de dualité des interprétations conformes dans le champ de l'autorité juridique.

Deuxième difficulté, on note en pratique que, parfois, l'interprétation conforme n'est pas véritablement une réserve et n'intègre pas le dispositif des arrêts du Conseil d'État et de la Cour de cassation, ce qui pose aussi, en tant que tel, une question en termes d'autorité juridique.

Et troisième difficulté, qui est assez fâcheuse et qui fait le lien avec ce qui a été dit plus haut, c'est qu'il existe aussi un risque réel de divergence d'interprétation conforme entre le Conseil d'État et la Cour de cassation. Ce qui est quand même un risque extrêmement important. Donc, pour toutes ces raisons, il semble que, dans le système français, il faudrait le plus possible réduire le recours à l'interprétation conforme par le Conseil d'État et la Cour de cassation ou alors trouver, si tant est que cela soit possible, une solution de compromis.

Il semblerait que la solution de compromis au moment où nous parlons s'établisse sur la possibilité de recourir à une interprétation conforme si l'interprétation repose sur une jurisprudence constante du Conseil constitutionnel. En tout cas, c'est ce qui ressort de la lecture des conclusions des rapporteurs publics du Conseil d'État, et c'est ce qui semble aussi être le cas du côté de la Cour de cassation. Mais ça reste quand même une donnée qui est extrêmement aléatoire, ce qui est finalement un objectif d'empiètement minimal du point de vue de l'immixtion dans le contrôle de constitutionnalité. Ces quelques observations montrent bien la différence avec le système belge dès lors que dans le système français, le requérant n'a pas la possibilité de contester cette interprétation conforme devant le Conseil constitutionnel.

Xavier Volmerange souligne que, dans le vrai système concentré qu'est le système allemand, les juridictions suprêmes ne peuvent pas faire barrage parce que les juridictions inférieures ne sont pas tenues, lorsqu'elles posent la question de la constitutionnalité, à l'interprétation qui a déjà pu être donnée par le juge suprême. Elles peuvent donc, en quelque sorte, court-circuiter la Cour suprême et poser directement la question de la constitutionnalité. On a l'impression que dans le système français, on est un peu au milieu du gué, qu'on a eu une certaine frilosité, qu'on a fait les choses un peu à moitié, ce qui pose cette difficulté.

Xavier Magnon estime que sur la question de savoir si les juridictions suprêmes, et plus largement les juges de droit commun, exercent

un contrôle de constitutionnalité, il faut distinguer entre l'habilitation dont disposent les juges pour exercer un éventuel contrôle de constitutionnalité et l'étendue de cette habilitation. En effet, à partir du moment où l'on habilite les juges de droit commun à apprécier que la question n'est pas dépourvue de caractère sérieux ou qu'elle présente un caractère sérieux pour les juridictions suprêmes, les juges de droit commun sont habilités à exercer un contrôle de constitutionnalité de manière incontestable. Pour apprécier le caractère sérieux, ils doivent apprécier le rapport existant entre la disposition législative et la Constitution. Il n'y a aucune discussion possible sur le principe même de l'habilitation. En revanche, la difficulté réside dans la question de savoir quelle est l'étendue de cette habilitation. Qu'est-ce que cette habilitation permet, qu'est-ce qu'elle ne permet pas ? Lorsque le Conseil d'État ou la Cour de cassation rejette le caractère sérieux de la question en soutenant que la disposition législative est conforme à la Constitution, ce n'est pas une argumentation, une motivation satisfaisante parce que les juridictions suprêmes dépassent le cadre de l'habilitation. Celle-ci les autorise seulement à se prononcer sur le caractère sérieux de la question et non pas à formuler une déclaration de conformité à la Constitution.

Selon Caterina Severino, c'est ce qu'ils disent, que la question est sérieuse parce qu'elle est interprétée de telle manière.

Xavier Magnon objecte qu'il ne parle pas d'interprétation conforme, mais du fait que la question ne présente pas de caractère sérieux. Il existe des arrêts de refus de renvoi dans lesquels la Cour de cassation ou le Conseil d'État soutiennent que la disposition est conforme à la Constitution. La Cour de cassation, par exemple, à propos de son premier arrêt sur la loi Gayssot, a affirmé qu'il n'y avait pas de contrariété de la disposition législative contestée avec la liberté d'expression. Or, la motivation doit se limiter à soutenir que la question ne présente pas de caractère sérieux et non pas constater que la loi est conforme à la Constitution.

Ensuite, il rappelle qu'en droit, l'autorité des arrêts de rejet est une autorité relative de chose jugée. Y-a-t-il une autorité relative de l'arrêt quand le refus de renvoi s'appuie sur le fait que la loi est déclarée conforme à la Constitution ? Face à un refus de renvoi d'une cour suprême d'une QPC sur une disposition législative déterminée, motivé par l'affirmation de la conformité à la Constitution de la loi, quel juge du fond osera transmettre de nouveau la question concernant

la même disposition législative, mais s'appuyant sur un autre moyen d'inconstitutionnalité ? La démarche des cours suprêmes est sur ce point problématique. S'il est vrai que seul le Conseil d'État s'est prononcé de manière explicite en faveur de l'autorité relative, la critique est transposable à la Cour de cassation. La motivation en faveur de la conformité à la Constitution s'analyse en un message adressé aux juridictions du fond de ne plus renvoyer de QPC sur la disposition législative en question.

La démarche des cours suprêmes est doublement problématique : elle sort du cadre de l'habilitation et tend à faire produire des effets absolus à une décision qui n'a, en droit, qu'une autorité relative de chose jugée.

Lorsque les cours suprêmes formulent des réserves d'interprétation à l'encontre de la loi, pour rejeter le caractère sérieux de la question, c'est le même problème qui se pose. Elles dépassent le cadre de leur habilitation.

Thierry Renoux, confirmant le point de vue de Xavier Magnon, pense qu'on est au-delà d'un contrôle de recevabilité, qu'on est dans un contrôle de fond et un contrôle de constitutionnalité. On tombe sur une sorte de contrôle diffus non contrôlé.

Puis, approuvant les propos de Mathieu Disant, il souligne que la différence entre la France et les autres pays, c'est que dans les autres pays la Cour constitutionnelle contrôle les contrôleurs, ceux qui renvoient. Alors qu'en France, une fois que le Conseil d'État a dit qu'il ne renverrait pas, c'est fini. Le problème est là. Concrètement, vous êtes devant le Tribunal administratif de Marseille ou devant le TGI à Aix, vous posez une QPC, que fait le juge ? Il interroge sa banque de données qui est une banque de données Cour de cassation ou Conseil d'État. Il n'interroge pas la base de données du Conseil constitutionnel. Ce qui donne pour résultat : « considérant qu'au regard de la jurisprudence du Conseil d'État, les dispositions législatives en litige doivent être interprétées comme [etc.] », « Considérant en deuxième lieu que le pouvoir réglementaire est compétent, [etc.] ». C'est-à-dire que la jurisprudence qui fait foi, c'est celle du Conseil d'État ou celle de la Cour de cassation. Ce qui se produit n'est pas contrôlé. Le risque d'avoir un succès devant le juge de base de transmission est donc extrêmement faible, parce qu'il se réfère à sa juridiction suprême.

Caterina Severino rappelle qu'en Italie, il y a aussi eu une période où les juges étaient soumis à la Cour de cassation et au Conseil d'État pour

l'interprétation de la loi. Mais les juges italiens se sont mis à aller contre le droit vivant de la Cour de cassation lorsqu'ils se sont permis de donner des interprétations conformes contraires au droit vivant de la Cour de cassation. Or, eux aussi étaient dans un rapport hiérarchique par rapport à leur Cour suprême. Il semble donc qu'il y ait une question de maturité des juges d'un point de vue constitutionnel, et même de la doctrine qui devrait avoir plus confiance dans les juges. C'est peut-être trop tôt, mais si on regarde ce qu'il s'est passé en Italie, les juges qui allaient contre l'interprétation vivante, constante depuis des années, posée par la Cour de cassation, en suivant ce raisonnement, ne l'auraient jamais fait. Il est vrai que la grande différence en France, c'est que les juges suprêmes bloquent, tandis qu'en Italie, tous les juges peuvent arriver devant la Cour constitutionnelle. Mais ce sont des questions de hiérarchie qui font que le petit juge ne va pas oser contredire la Cour de cassation, parce que les avocats et les juges italiens aussi vont voir ce qu'a dit la Cour de cassation. Il y a donc quand même deux similitudes. Bien sûr, il y a ce blocage au niveau des cours suprêmes, mais justement c'est une autorité relative, donc rien n'empêche de reposer la question et même d'assister à des évolutions en faisant un peu confiance dans la diffusion. En Italie, il y avait cette formule très répandue parmi les auteurs italiens : au juge la loi, à la Cour la Constitution, c'est-à-dire le juge doit interpréter la loi et la Cour constitutionnelle la Constitution, chacun dans son rôle. Comme l'expliquait Thierry Di Manno, il y a eu une évolution en Italie. Depuis les années 90, c'est davantage au juge la Constitution, l'interprétation de la loi par rapport à la Constitution. Il semble donc qu'il y ait des différences fondamentales dans le mécanisme, mais qu'il y ait aussi toute une évolution globale qui peut jouer dans un sens comme dans l'autre.

Selon Paolo Passaglia, il n'est pas tout à fait sûr que l'interprétation conforme puisse être conçue comme une condition de recevabilité liée au caractère sérieux, il s'agit plutôt d'une application d'un schéma naturel de la fonction juridictionnelle. En Italie, les juges pourraient tout faire si l'existence de la Cour constitutionnelle ne les empêchait pas de déclarer l'inconstitutionnalité. Ils appliqueraient le raisonnement du juge Marshall qui dit simplement que la Constitution est une loi (suprême), et donc les juges doivent rechercher d'abord à appliquer la loi suprême avant d'appliquer la loi ordinaire. Lorsque la Cour constitutionnelle censure le juge qui n'a pas essayé de donner une interprétation conforme, cela signifie non pas que le juge n'a pas assez motivé sur le caractère sérieux, mais que le juge a anticipé la question de constitutionnalité. Pour que la question de constitutionnalité soit recevable, elle doit être

pertinente, avoir une influence sur la décision finale de l'instance en cours. Or, si le juge ne rend pas une interprétation conforme et soulève la question, et donc il demande à la Cour constitutionnelle de se prononcer avant d'avoir essayé par ses propres moyens de résoudre la question, cela signifie qu'il n'y a pas de raison que la question arrive devant la Cour, car on ne peut pas savoir si elle pouvait être résolue par le juge ordinaire.

En ce qui concerne le problème de l'interprétation conforme de la part de la Cour constitutionnelle, il faut s'entendre sur ce que l'on demande au contrôle incident. Dans le *Rapport Ballardur* de 2008, Paolo Passaglia a trouvé assez frappant que la QPC soit présentée comme l'accès du justiciable au Conseil constitutionnel parce que, dans le procès incident italien, c'est le juge qui est le « maître » de la question. Il peut la soulever d'office ou sous invitation de la partie. Mais si cette question n'est pas soulevée, cette décision ne peut pas faire l'objet d'un recours (tout au plus, la partie peut représenter la question devant le juge d'appel, si l'arrêt sur le fond du juge de première instance est contesté). La Cour constitutionnelle n'a donc pas les moyens de contrôler en principe l'interprétation conforme, puisque ce sont les juges qui sont les maîtres de celle-ci. L'idée est ainsi de laisser la Cour parler lorsqu'elle a vraiment quelque chose à dire ; mais le risque est qu'à un moment donné l'on s'aperçoive qu'on n'a pas saisi la Cour lorsqu'elle devait dire quelque chose.

Par ailleurs, il faut souligner que les juges en Italie, avant que la Cour constitutionnelle ne soit mise en place, avaient le pouvoir de contrôler eux-mêmes la constitutionnalité des lois. De 1948 à 1955, les juges avaient un pouvoir diffus à l'américaine. Cela a été une expérience terrible parce que, à ce moment-là, les juges n'étaient pas mûrs pour effectuer ce contrôle.

Thierry Di Manno, revenant sur un point soulevé par Mathieu Disant, à savoir qu'en ce qui concerne l'interprétation conforme en France, le critère qui semble être retenu surtout par le Conseil d'État pour faire le départ entre les interprétations conformes autorisées et les interprétations conformes interdites, serait de se référer au caractère inédit ou pas de l'interprétation. C'est-à-dire que si l'interprétation découle d'une jurisprudence constante du Conseil constitutionnel, alors il aurait le droit de s'y référer et de la reprendre pour éviter de transmettre la QPC. Monsieur Di Manno objecte qu'il ne croit pas trop à ce type de critère, très séduisant à écouter, mais qui n'est pas forcément suivi dans la pratique. Il a été dit également qu'en Italie, le critère pour faire le départ entre les interprétations conformes autorisées et les interprétations conformes interdites tiendrait à la texture de la loi, c'est-à-dire

que le juge ordinaire pourrait tout faire tant qu'il ne réécrit pas la loi. Ce type de critère ne semble pas non plus très pertinent. Il considère que la véritable question, ce sont les garanties procédurales, c'est-à-dire qu'au final la Cour constitutionnelle doit pouvoir avoir le dernier mot sur ces interprétations conformes. Ce qui ne semble pas être le cas en France.

Selon Pierre Bon, bien qu'il ait été dit que, lorsque le juge suprême a décidé de ne pas transmettre la question au Conseil constitutionnel, c'est fini, ce n'est pas en réalité forcément fini : à l'occasion d'une autre instance, il est possible de revenir devant le juge ordinaire suprême et de lui demander de nouveau de transmettre la question au Conseil constitutionnel, alors même qu'elle concerne la même disposition législative, et il est arrivé que le juge suprême la transmette alors qu'il s'y était précédemment refusé. On peut d'ailleurs considérer qu'une décision de non-transmission n'est pas assortie de l'autorité de chose jugée, voire qu'elle n'est même pas un jugement.

Xavier Magnon précise que, si les mêmes parties reposent la même question avec les mêmes moyens, il y a autorité de chose jugée. Telle est la position du Conseil d'État. Mais dès lors qu'il s'agit d'un autre moyen ou d'une autre partie, il est possible de transmettre une nouvelle question portant sur la même disposition législative.

Thierry Renoux ajoute que c'est différent entre le Conseil d'État et la Cour de cassation, parce qu'au Conseil d'État, c'est la section qui renvoie.

Pierre Bon rétorque qu'il n'y a pratiquement jamais eu de question prioritaire de constitutionnalité renvoyée par la section du contentieux, mais simplement par des formations inférieures de jugement.

Xavier Magnon oppose à M^{me} Severino que le droit italien n'est pas une norme juridique en France. Ce n'est pas parce qu'en Italie il y a une « maturité » et que tout fonctionne très bien que l'on doit faire la même chose en France. Xavier Magnon précise qu'il maîtrise mal le droit naturel et qu'il préfère parler d'habilitation normative. Les juridictions de droit commun en Italie ont reçu une habilitation de la Cour constitutionnelle pour procéder à des interprétations conformes de la loi à la Constitution par l'arrêt n° 356/96. Il est possible de discuter de la question de savoir si cette habilitation jurisprudentielle est ou n'est pas une norme juridique, mais il n'en reste pas moins que cette habilitation de la Cour à procéder à cette interprétation conforme existe. En France, il n'existe aucune habilitation des juges à procéder à une interprétation conforme.

Revenant sur ce qu'évoquait Mathieu Disant précédemment, il rappelle qu'il s'agit de la position des conseillers d'État. Ces derniers

soutiennent la possibilité d'une interprétation conforme à la Constitution d'une disposition de loi contestée dans le cadre d'une QPC pour refuser de renvoyer cette dernière s'il existe une jurisprudence constante sur l'interprétation de la loi, soit des juges ordinaires, soit du juge constitutionnel. Dans l'intervention de Damien Botteghi, Sophie-Justine Liéber et Vincent Daumas aux *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 29 sur la position du Conseil d'État, ces deux situations sont évoquées.

Puis, revenant sur le critère du caractère inédit ou non de l'interprétation proposée par le Conseil d'État, Xavier Magnon estime, là encore, que c'est une question d'autorité de chose jugée : soit les juges de droit commun appliquent une loi sur laquelle le Conseil constitutionnel a effectivement émis une réserve, et alors ils doivent interpréter la loi conformément à la réserve émise, soit ils sont saisis d'une autre loi que celle sur laquelle le juge constitutionnel a émis une réserve et ils ne sont pas juridiquement tenus de la respecter. En d'autres termes, l'interprétation conforme ne saurait présenter de caractère obligatoire que lorsqu'elle se rattache à une réserve d'interprétation précédemment émise par le juge constitutionnel et portant sur la disposition de loi que le juge de droit commun doit connaître dans le cadre d'une QPC.

Marie-Caroline Arreto, doctorante contractuelle à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, revenant sur le débat sur les réserves d'interprétation et le problème de l'interprétation conforme à la Constitution, se demande comment le juge de droit commun peut dénaturer la réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel, alors qu'il est censé l'appliquer. D'autre part, elle estime que le problème des réserves d'interprétation et des interprétations conformes à la Constitution est le même. L'effet pervers vient du fait de vouloir les imposer au juge de droit commun et aujourd'hui se posent toutes ces questions, car nous sommes confrontés au retour du boomerang. Et c'est particulièrement le cas en Italie avec le développement de la guerre entre le droit vivant et les interprétations conformes à la Constitution, ainsi que le conflit entre organes, entre la Cour de cassation et la Cour constitutionnelle. Finalement, pourquoi aujourd'hui ne pas tout remettre à plat et considérer que l'interprétation n'a aucune valeur obligatoire, n'a aucune force et ne s'impose pas, sachant que dans l'article 62 de la Constitution, il n'existe pas clairement une autorité de la chose interprétée. L'interprétation n'est pas le monopole d'un juge ou d'une juridiction, elle n'a pas vocation à acquérir une quelconque normativité.

Caterina Severino précise qu'en Italie, les réserves d'interprétation de la Cour constitutionnelle ne sont pas obligatoires. Elles ne sont pas imposées au juge, d'où le conflit d'interprétation dans les années 60.

Marie-Caroline Arreto demande pourquoi cette question ne se pose pas en Allemagne et en Suisse, alors qu'on y trouve également des interprétations conformes à la Constitution. Pourquoi dans le débat tel qu'il existe en Italie, les problèmes liés au respect des interprétations conformes à la Constitution par le juge de droit commun ne se posent-ils pas dans ces systèmes juridiques, alors que le mécanisme existe aussi ?

En conclusion, Xavier Volmerange estime que le système français laisse une certaine partition à la Cour de cassation et au Conseil d'État qui pose aussi des problèmes de conflits de jurisprudence entre les deux juridictions suprêmes.

Pour terminer sur le cas allemand, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a très rapidement affirmé son autorité et elle a désamorcé les tentatives des juridictions suprêmes de se livrer à un contrôle de constitutionnalité. Elle l'a fait notamment dans une décision de 1955 sur la question, déjà évoquée précédemment, du renvoi obligatoirement fait dans un premier temps de la procédure par une juridiction suprême. La Cour constitutionnelle fédérale a dit dans sa décision que cette capacité qu'a le juge suprême de prendre position sur la question de la constitutionnalité porte clairement atteinte au principe d'un contrôle concentré, affirmé à l'article 100 de la Loi fondamentale. Elle l'a refait deux ans plus tard, en 1957 (BVerfGE 6, 22), justement parce que dans la procédure juridictionnelle allemande, il y a la possibilité devant une chambre suprême, lorsqu'il y a une chambre qui doute de l'interprétation d'une norme de droit, de faire appel à la grande chambre. La grande chambre avait aussi pris l'habitude de se prononcer sur la question de la constitutionnalité. La Cour constitutionnelle fédérale en a profité pour affirmer à nouveau son autorité, elle a dit que les chambres plénières des tribunaux fédéraux n'avaient pas à se prononcer sur la question de la constitutionnalité, qu'elle était le seul chef d'orchestre, qu'il n'y avait qu'elle qui pouvait se prononcer sur la question de la constitutionnalité. La Cour constitutionnelle fédérale a évité les débats développés ci-dessus parce qu'elle a affirmé son autorité. Ses décisions ont force de loi, et il n'y a qu'elle qui a le dernier mot.

LE JUGEMENT DE CONSTITUTIONNALITÉ ET SES SUITES

SOUS LA PRÉSIDENTENCE D'ANDRÉ ROUX

Le Président donne la parole à Caterina Severino. Selon elle, dans le rapport de Claire Lagrave, il y a une ambiguïté entre plusieurs notions de ce qu'est un contrôle concret. C'est une expression polysémique, il est très difficile de définir ce que veut dire « concret ». Il y a tout d'abord la notion procédurale. C'est la notion la plus simple. Le modèle concret et le modèle abstrait se distinguent ainsi, l'un naît dans un litige tandis que l'autre ne naît pas dans un litige. Mais comme le dit Mademoiselle Lagrave, cela ne dit pas quel est le type de contrôle réalisé. Et à propos du type de contrôle réalisé, il y a encore une distinction à faire. Déjà, il ne faut pas confondre contrôle concret et contrôle subjectif. Or, on mélange souvent les deux. Le mot « concret » peut vouloir dire « contrôle qui prend en compte les faits du litige ». Mais il peut également vouloir dire « contrôle qui tient compte de l'application de la loi, de son interprétation, du droit vivant ». Il ne faut pas confondre ces deux significations ultérieures du mot « concret ». D'un côté, nous avons le contrôle concret qui tient compte des faits de l'espèce, dans ce sens, le Conseil constitutionnel se garde bien de dire qu'il réalise un contrôle concret, puisqu'il ne tient pas compte des faits du litige. Mais dans l'autre sens, lorsque le Conseil constitutionnel tient compte de l'interprétation de la loi, du droit vivant, le contrôle est également concret et objectif. C'est un contrôle dont la préoccupation principale est la constitutionnalité de l'ordre juridique, la constitutionnalité des normes. Un contrôle subjectif, c'est un contrôle qui vise plutôt la garantie des droits subjectifs. Il faut faire cette distinction préliminaire pour bien se comprendre, sinon il y a des risques de confusion.

Pierre Bon, attestant les propos de Caterina Severino, estime qu'il faut partir de l'origine de l'expression « contrôle concret ». C'est une origine allemande. Alors qu'ailleurs on utilisait l'expression « question préjudicielle », ce sont les Allemands qui ont utilisé l'expression « contrôle concret », en l'opposant au contrôle abstrait, mais simplement d'un point de vue procédural. C'est pourquoi la définition contenue dans le dictionnaire constitutionnel est exacte de ce point de vue. Elle part de

BRUYLANT

l'approche allemande. C'est la manière de saisir le juge constitutionnel à partir d'un litige concret, c'est la saisine du juge constitutionnel par le juge ordinaire. Pedro Cruz Villalon est l'un de ceux qui, nourri au lait du droit constitutionnel allemand, a critiqué le plus fortement l'expression « contrôle concret » en disant que ce terme induit en erreur, conduit sur une fausse route parce qu'en réalité le contrôle qu'exerce le juge constitutionnel est un contrôle aussi abstrait que lorsqu'il est saisi par des autorités politiques. Il disait cela lorsqu'il était universitaire. Mais le problème, c'est qu'après neuf ans passés au Tribunal constitutionnel, il a nuancé son propos. On ne peut pas dire que ce soit un contrôle qui soit de même nature que le contrôle abstrait. Le juge constitutionnel ne peut pas faire abstraction des faits, il ne peut pas évacuer de son esprit les conséquences qu'aura la décision sur les parties devant le juge ordinaire. C'est cela qui change complètement l'analyse. Donc, quand on utilise le terme « contrôle concret », il faut bien préciser si c'est au sens allemand du terme ou si c'est, comme l'a dit Caterina Severino, quelque chose qui définit la mission du juge.

Xavier Magnon interroge le professeur Ariane Vidal-Naquet sur la question de la modulation des effets dans le temps des réserves d'interprétation. Cette situation ne semble avoir concerné, en pratique, qu'une seule décision du Conseil constitutionnel. En dehors de cette situation particulière, jamais le Conseil constitutionnel n'a posé le principe même des effets dans le temps des réserves d'interprétation. Lorsqu'il émet une réserve, il ne précise pas si elle est d'application pour l'avenir, immédiate ou rétroactive. Les seules précisions dont on dispose sur cette question sont issues des commentaires aux Cahiers du Conseil constitutionnel qui précisent que, parce qu'il s'agit d'une question d'interprétation, l'application est immédiate. Mais le Conseil constitutionnel ne s'est jamais explicitement prononcé en ce sens.

En outre, s'il est vrai que l'article 34 de la Constitution est effectivement très souvent utilisé et même parfois soulevé d'office par le Conseil constitutionnel, il semble qu'il ne le soit le plus souvent qu'à titre confortatif, pour appuyer la compétence du législateur. Ce n'est donc pas un moyen soulevé d'office pour prononcer l'inconstitutionnalité d'une disposition législative, mais au contraire un moyen soulevé pour justifier l'intervention de la loi, ce que l'on retrouve également avec les objectifs de valeur constitutionnelle. Ils ne sont pas invocables en eux-mêmes, mais le Conseil constitutionnel les utilise spontanément pour appuyer la compétence du législateur et pour légitimer l'intervention de celui-ci.

Enfin, revenant sur les propos de madame Vidal-Naquet, pour qui il existe un lien entre le contrôle de constitutionnalité concret et la qualification de Cour suprême, et qui soutient en conséquence qu'un contrôle concret implique l'existence d'une cour suprême, il l'interroge sur ce qu'il faut entendre par « cour suprême ».

Xavier Philippe demande à tous les participants de la table ronde si une Cour constitutionnelle ou une Cour suprême peut décider elle-même de dire qu'elle ne fait qu'un contrôle abstrait ou un contrôle concret. Quelle est la valeur de ses assertions ? Est-ce pour se convaincre elle-même ou au contraire par autocensure sur la nature de son contrôle ? Ces interrogations invitent à penser au Conseil constitutionnel qui répète à l'envi qu'il ne fait que du contrôle abstrait sans toujours être très convaincant.

Ariane Vidal-Naquet, répondant aux questions de Xavier Magnon, estime que le recours aux moyens soulevés d'office, à titre confortatif, souligne à nouveau l'utilisation très particulière qui est faite de ces moyens dans le cadre du contrôle *a posteriori*. Cette pratique montre que le souci du Conseil constitutionnel est bien de s'assurer, et de le montrer, qu'il s'est posé toutes les questions de constitutionnalité que pouvait soulever la disposition litigieuse avant d'en prononcer la conformité, ou la non-conformité d'ailleurs.

Sur la notion de contrôle concret, madame Vidal-Naquet commence par souligner qu'elle partage ce qu'ont déjà relevé plusieurs intervenants sur la polysémie de ce terme. D'ailleurs, cette notion n'est finalement définie, en France, que par opposition, que par la négative. Les définitions convergent, s'agissant du contrôle abstrait, qui dispose pour sa part d'une véritable unité : il s'agit d'une pure confrontation entre deux normes. Le contrôle concret se définit alors de manière négative, par ce qu'il n'est pas : ce n'est pas une pure confrontation de norme à norme. Mais que faut-il mettre alors dans cette notion ?

Enfin, la définition même de Cour suprême est loin d'être évidente et la question est souvent évacuée. Même le lien qu'on peut faire entre contrôle concret et Cour suprême n'est pas évident. Reste que, à la lecture de plusieurs commentaires des décisions du Conseil constitutionnel, de certains articles émanant du secrétaire général du Conseil constitutionnel, on s'aperçoit qu'un vrai lien est établi entre la concrétisation du contrôle et l'éventualité d'une Cour suprême. En réalité, le maintien du contrôle abstrait, ou plutôt de la fiction du contrôle

abstrait, semble être la garantie que le Conseil constitutionnel n'empiétera pas sur les plates-bandes des juridictions ordinaires. On a l'impression d'une répartition des rôles, au Conseil le contrôle abstrait, aux juridictions de droit commun le contrôle concret. Dans cette optique, tant que le Conseil constitutionnel demeure dans le contrôle abstrait, il n'est pas une cour suprême.

Xavier Magnon, pour rebondir sur ce que disait Xavier Philippe, demande quel est le statut de l'affirmation par le juge constitutionnel du fait qu'il exerce un contrôle concret ou abstrait. Le statut n'est évidemment pas normatif, il est doctrinal. Donc, peu importe ce que dit le juge de l'exercice de son propre contrôle pour résoudre la question de savoir s'il exerce un contrôle concret ou un contrôle abstrait.

Ariane Vidal-Naquet ajoute que ce discours est néanmoins intéressant et instructif, d'un point de vue politique, sur l'agencement des rapports entre les juridictions.

Pierre Bon estime qu'Olivier Lecucq a parfaitement souligné que chaque fois que la Constitution, la loi organique ou la loi ordinaire précisent de façon détaillée les effets, notamment dans le temps, des décisions de la Cour constitutionnelle, cette dernière se trouvera un jour ou l'autre dans l'obligation soit de les compléter, soit le plus souvent de s'en écarter. Cela pose le problème de son habilitation à le faire. À ce titre, la solution portugaise, bien qu'atypique, est intéressante à observer en matière d'effets. Le premier alinéa de la Constitution définit les effets de principe et le second alinéa dispose que, toutefois, le Tribunal constitutionnel pourra soit élargir dans le temps soit restreindre dans le temps ses effets sous une double condition : d'abord, être en présence d'un intérêt public éminent ; ensuite, motiver particulièrement sa décision sur ce point. Cela a eu une conséquence qu'il était difficile d'imaginer au départ, et qui répond aux interrogations sur le contradictoire : dans la mesure où les parties sont habituées à cette possibilité qu'a le juge d'étendre ou de restreindre les effets, ils argumentent dans la procédure sur ce point. C'est un embryon de contradictoire qui, pour le moment, ne semble pas exister en France.

Patrick Gaïa considère que, parmi toutes les raisons avancées pour justifier une modulation dans le temps des décisions d'inconstitutionnalité, on pourrait insister sur les décisions QPC, mais également élargir le débat aux décisions DC. Il y a en effet un argument qui

est apparu dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, c'est la nécessité de tenir compte des engagements communautaires. On l'a vu apparaître notamment dans la décision OGM, dans laquelle le Conseil constitutionnel a estimé qu'une incompétence négative du législateur donnant lieu à une déclaration d'inconstitutionnalité pouvait également donner lieu à un report dans le temps de la déclaration pour ne pas créer de difficulté vis-à-vis de la transposition d'une directive de l'Union. Il demande alors à Olivier Lecucq si cet argument tiré de la nécessité d'observer des engagements conclus dans le cadre de l'Union européenne ou plus largement des engagements internationaux se retrouve dans la jurisprudence espagnole ou italienne.

Cette jurisprudence existe, sans conteste, en France dans le cadre d'une décision DC et il n'y a pas de raison pour qu'elle n'existe pas dans le cadre des décisions QPC, car même si l'exigence de transposition n'est pas un argument invocable, le Conseil constitutionnel peut effectivement déclarer contraire à la Constitution une loi et en reporter les effets dans le temps dans la mesure où cette loi transpose par exemple une directive.

Olivier Lecucq avoue ne pas avoir la réponse à cette question, mais au regard de tous les contrôles des lois de transposition et des décisions qu'il connaît, il estime que cela aurait pu se poser, mais qu'en l'occurrence les circonstances ne s'y prêtaient pas. Il pense que le juge ne s'y opposerait pas et que cela pourrait figurer parmi les intérêts qu'il prendrait en considération pour juger plus opportun de reporter l'effet de sa déclaration à une date ultérieure.

Patrick Gaïa précise qu'en France, le Conseil constitutionnel se base bien sur un argument de constitutionnalité, l'exigence constitutionnelle de transposition, pour reporter dans le temps dans le cas d'une décision DC.

Olivier Lecucq, sans pouvoir pleinement répondre à la question, souligne que cet argument constitutionnel est moins formellement indiqué dans la Constitution espagnole, mais que le montage pourrait être le même.

Caterina Severino précise que, dans une décision prononçant l'inconstitutionnalité de la loi d'exécution de la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen, la Cour constitutionnelle italienne a pu exercer un contrôle de constitutionnalité sur la loi d'exécution puisque la décision-cadre n'était pas directement applicable, mais elle l'a déclarée

immédiatement inconstitutionnelle et n'a pas modulé dans le temps les effets de cette déclaration d'inconstitutionnalité.

Le Président donne ensuite la parole à Xavier Magnon et Marc Verdussen, pour une troisième table ronde qui va prolonger les premiers échanges intervenus sur le caractère concret du contrôle.

Table ronde animée par Xavier MAGNON et Marc VERDUSSEN
Le contrôle de constitutionnalité *a posteriori*
sur renvoi est-il concret ?

Sur la question du caractère concret du contrôle en France, Xavier Magnon rappelle que Mathieu Disant a souligné, pendant la première journée du colloque, que le Conseil constitutionnel mettait un point d'honneur à maintenir son contrôle dans une logique abstraite. Les interventions qui se sont succédé semblent conforter cette lecture, même si elle peut être tempérée de manière ponctuelle par l'existence de dimensions concrètes du contrôle. Si l'on s'en tient à certaines des anecdotes livrées par le président Jean-Louis Debré, la dimension la plus concrète du contrôle réside dans la présence physique de la victime durant l'audience devant les juges constitutionnels. Dans la décision sur la loi « anti-Perruche », par exemple, le fait de se trouver face à une personne en fauteuil roulant apparaît comme un élément fort, permettant aux juges de mesurer concrètement les conséquences de la loi.

En définitive, le concret demeure devant le juge *a quo* ; la question de constitutionnalité n'étant qu'une parenthèse abstraite dans le procès ordinaire. Il faut retenir, avec Caterina Severino, que le concret relève du juge de droit commun, l'abstrait du juge constitutionnel. Le premier apprécie le « caractère sérieux » de la question de manière concrète et donc la disposition de loi telle qu'elle est appliquée en pratique ; le second, la constitutionnalité de cette même disposition de manière abstraite.

Cette répartition des tâches a tendance à masquer le titulaire véritable du pouvoir dans un mécanisme de question préjudicielle de constitutionnalité. En France, dans le cadre de la QPC, ce sont les juges de droit commun qui ont le pouvoir parce qu'ils sont maîtres des questions qui sont transmises et renvoyées au Conseil constitutionnel.

De plus, dans la détermination des effets des décisions, comme Marthe Stefanini l'a très bien montré, ce sont encore eux qui déterminent les effets concrets de la décision de censure du juge constitutionnel dans le procès principal. La QPC attribue beaucoup plus de pouvoirs aux juges de droit commun qu'elle n'en attribue au juge constitutionnel.

Sur la question des effets des décisions de censure, l'on peut s'interroger sur la question de savoir pourquoi le Conseil constitutionnel n'est pas plus explicite et plus directif dans l'explicitation des effets de ses décisions. Il semble que cette démarche soit volontaire. Il accorde ainsi au juge de droit commun des pouvoirs considérables avec des conséquences pratiques parfois problématiques. Il suffit de penser à l'application contradictoire qu'ont faite la Cour de cassation et le Conseil d'État de la décision de censure du Conseil constitutionnel portant sur l'application dans le temps du dispositif anti-Perruche. En effet, pour des litiges nés après la loi « anti-Perruche » portant sur des faits qui lui sont antérieurs, alors que la Cour de cassation maintient l'application de la jurisprudence *Perruche*, le Conseil d'État applique au contraire le dispositif « anti-Perruche ». Il existe donc une solution beaucoup plus favorable pour les victimes devant la Cour de cassation que devant le Conseil d'État. Il est assez étonnant de constater que c'est le juge du fond qui a le pouvoir et que le Conseil constitutionnel ne semble pas pour autant vouloir reprendre la main en explicitant les effets des décisions de censure.

Les raisons qui expliquent pourquoi le Conseil constitutionnel n'a pas souhaité maîtriser lui seul le filtre des transmissions et disposer ainsi de plus de pouvoir ont déjà été explicitées précédemment : il évite ainsi d'être saisi d'un trop grand nombre de questions et échappe à une transformation profonde de sa nature.

De plus, pour expliquer les raisons du silence du Conseil constitutionnel sur les effets de ses décisions de censure, il y a lieu de remarquer que, pour pouvoir expliciter ces effets, encore faut-il pouvoir les mesurer. Or, il n'est pas certain que cette question soit parfaitement maîtrisée par le Conseil constitutionnel, ni même d'ailleurs qu'il soit possible de le faire. Ainsi, il n'y a aucune décision, en tout cas relativement explicite, qui se prononce en faveur d'un effet immédiat général de la déclaration d'inconstitutionnalité, c'est-à-dire en dehors des instances en cours. Face à un tel silence, que doit faire l'Administration lorsqu'elle est saisie d'une question avant la décision de censure et qu'elle se prononcera après cette décision ? Doit-elle appliquer la loi censurée ? Si l'on suit la jurisprudence du Conseil constitutionnel, alors que l'application immédiate ne concerne que les instances en cours, l'Administration doit appliquer la loi (inconstitutionnelle). Existe-t-il des circulaires des ministères pour inciter l'administration à ne pas appliquer de manière immédiate des lois qui ont été déclarées inconstitutionnelles ? De telles circulaires pourraient

contribuer à garantir une application immédiate des décisions de censure, à défaut de convaincre en tant que technique permettant de garantir une sécurité juridique satisfaisante. Il ne semble pas exister de questionnement sur cet effet immédiat général alors pourtant qu'il est décisif.

Marc Verdussen, dans une optique plus comparatiste et fortement imprégnée du système de justice constitutionnelle belge où le contentieux constitutionnel a atteint un degré de concrétisation totalement insoupçonnable il y a trente ans, va également tâcher de répondre à la question de savoir si le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* sur renvoi est concret ou non. Tout comme Madame Severino l'a fait précédemment, il revient tout d'abord sur ce qu'il entend par « contrôle concret ». Pour lui, le contrôle est concret lorsque le contrôle exercé par la Cour constitutionnelle porte non pas sur la norme en tant que telle, c'est-à-dire sur la norme en tant qu'elle a vocation à s'appliquer à toutes les situations qu'elle entend appréhender de manière générale, globale et abstraite, ou sur la norme en tant qu'elle peut être interprétée de telle ou telle manière, mais lorsqu'il porte sur la norme en tant qu'elle s'applique à une situation particulière, à une catégorie particulière de citoyens ou de situations, voire à une situation tout à fait individualisée. Et c'est précisément la situation à laquelle le juge *a quo* est confronté.

Il émet ensuite plusieurs remarques.

Premièrement, il affirme avoir souvent lu que le caractère concret du contrôle de constitutionnalité conduisait à une dénaturation du mécanisme des questions préjudicielles, voire à une dénaturation du modèle européen de justice constitutionnelle. Il ne partage pas cette opinion. Certes, si l'on ne veut pas se méprendre sur la nature du mécanisme des questions préjudicielles, sur ce qui fait la différence entre le mécanisme des questions préjudicielles dans le modèle européen et le contrôle de constitutionnalité dans le modèle américain, il faut rappeler que l'organe compétent pour résoudre le problème de constitutionnalité n'est pas le même. Dans un souci d'uniformité de la jurisprudence, notamment, on confie cela en Europe à un organe distinct. Mais on ne peut pas pour autant affirmer que le mécanisme des questions préjudicielles dans le modèle européen induirait l'idée que ce contrôle est nécessairement abstrait. Admettre cette idée reviendrait à remettre en cause le fait qu'il n'y a finalement qu'un seul procès et pas deux procès. Les considérants de l'arrêt *Ruiz-Mateos* de la Cour européenne des droits de l'homme sont parfaitement clairs sur ce point : il y a un procès avec deux phases, mais qui sont imbriquées l'une dans l'autre.

Deuxièmement, il estime non seulement que le caractère concret du contrôle de constitutionnalité sur renvoi préjudiciel ne dénature pas le mécanisme de renvoi préjudiciel, mais que le mécanisme des questions préjudicielles induit nécessairement le caractère concret du contrôle. Qu'est-ce qui fait finalement la vertu du renvoi préjudiciel ? Qu'est-ce qui fait que la France a franchi le pas ? En droit comparé, cela s'explique par le fait qu'une inconstitutionnalité n'apparaît pas nécessairement au moment où la loi est votée ou promulguée, ou dans le délai de recours en annulation qui est parfois de six mois ou un an selon les pays : l'inconstitutionnalité peut apparaître cinq ou dix ans après. Pour quelles raisons ? Ce n'est pas la norme en tant que telle, c'est parce que la norme est appliquée par les juges dans des situations qui sont extrêmement concrètes et déterminées. C'est pour cette raison précisément que le problème apparaît. Selon lui, si l'on veut que le mécanisme des questions préjudicielles soit utile et efficace, il faut que la réponse de la Cour soit une réponse concrète à la question posée par le juge.

Troisièmement, il pense que non seulement le caractère concret du contrôle est inhérent au mécanisme des questions préjudicielles, mais qu'il est inhérent aussi à la fonction de juger de manière générale. Qu'attend-on d'un juge ? C'est qu'il apporte une solution non pas à un problème de droit, mais au problème de droit dont il est saisi. Reprenant les propos d'Ariane Vidal-Naquet, selon qui le Conseil constitutionnel ne s'engage pas dans un contrôle plus concret par souci de loyauté à l'égard du juge, Marc Verdussen se demande si finalement, la loyauté à l'égard du juge ordinaire n'est pas précisément de la part de la Cour constitutionnelle de répondre à la question qui lui est posée. Est-ce que la principale manifestation de loyauté n'est pas précisément d'apporter au juge une réponse concrète à la question qui lui est posée ? Car le problème de droit qui est soumis à la Cour constitutionnelle est un problème qui est source d'une injustice : une injustice est alléguée à travers la question préjudicielle. Une cour constitutionnelle qui fournit une réponse abstraite à une question concrète manque à l'exigence la plus élémentaire de la fonction de juger qui est de contribuer à éradiquer les injustices. C'est pour cette raison qu'il ne comprend pas que l'on considère que la concrétisation du contrôle de constitutionnalité conduirait, comme on l'a parfois écrit, à une banalisation de la fonction de juger. Au contraire, c'est selon lui le signe d'une valorisation de la fonction de juger. Il y aurait presque une forme de déni de justice de la part du juge constitutionnel

à ne pas s'engager dans un contrôle concret qui aboutirait à ne pas répondre à la question posée par le juge *a quo*.

Enfin quatrièmement, la démarche est d'autant plus louable que la Cour prend la peine non seulement de répondre à la question du juge, mais de se prononcer d'abord sur la constitutionnalité de la norme en général. On en donne un exemple tiré des règles sur l'inceste. Un homme épouse une femme, mère d'une fille majeure. À la suite du décès de son épouse, l'homme, désormais veuf, et la fille de cette dernière souhaitent se marier. Or, l'article 164 du Code civil, combiné avec les articles 161 et 163 du même Code, prohibe un tel mariage de manière absolue, c'est-à-dire sans possibilité de dispense par le Roi. Saisi d'une action du procureur du Roi visant à entendre prononcer l'annulation de la déclaration de mariage entre le beau-père et la belle-fille, le Tribunal de première instance de Verviers interroge la Cour constitutionnelle sur la constitutionnalité d'une telle prohibition à mariage. Le juge se demande si les dispositions précitées du Code civil violent les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce qu'elles ne permettent « de lever les prohibitions à mariage que pour les seuls cas visés à l'article 163 du Code civil, alors que d'autres situations comparables, telle celle du mariage entre un beau-père et sa belle-fille après décès du conjoint qui créait l'alliance, font l'objet d'une prohibition absolue non susceptible de dispense ? ». Non sans avoir préalablement pris la peine de légitimer sur un plan général la prohibition de l'inceste, à partir de trois ordres de considérations (physiologiques, éthiques et sociales), la Cour considère, dans un arrêt du 18 octobre 2006, que « par son caractère absolu, la mesure a toutefois des effets disproportionnés en ce qu'elle interdit dans tous les cas à un beau-parent et un bel-enfant de contracter mariage après le décès du conjoint qui créait l'alliance ». Cet exemple est intéressant parce qu'il montre que le problème n'est pas tellement de savoir si une cour constitutionnelle doit faire ou pas du contrôle concret, mais de savoir jusqu'où elle doit aller. Comment exercer un contrôle concret tout en préservant une normativité qui doit rester générale et abstraite ? On voit bien qu'à certains moments, la Cour est mal à l'aise parce qu'elle est consciente du fait que le législateur doit appréhender une diversité de situations, et qu'il ne peut appréhender cette diversité de situations qu'à travers des catégories qui ont inévitablement une certaine marge d'approximation. La question n'est donc pas de savoir si elle peut effectuer ce contrôle, mais jusqu'où celui-ci peut aller.

Xavier Magnon demande à Monsieur Verdussen de rappeler quels sont les effets des décisions de censure de la Cour constitutionnelle belge.

Marc Verdussen indique qu'à la différence des autres systèmes, c'est un effet relatif. Tout autre juge qui serait confronté au même problème de constitutionnalité peut reposer la question à la Cour, mais doit alors appliquer la décision. Pour reprendre la formule de Francis Delpérée et d'Anne Rasson-Roland, c'est un « effet relatif renforcé » qui aboutit à une annulation de fait de la norme.

Xavier Magnon ne partage pas la position de Monsieur Verdussen sur le fait que la question préjudicielle implique nécessairement un contrôle concret. En effet, en France, dans la même situation de l'article du Code civil évoqué, le Conseil constitutionnel validerait et ne prendrait en aucun cas compte de la situation particulière pour censurer.

Marc Verdussen concède que ses remarques sont imprégnées des particularités du système belge.

Au regard de ces différents éléments de comparaison, Xavier Magnon rappelle qu'il existe plusieurs critères pour apprécier le caractère concret du contrôle.

Marc Verdussen se demande si le système belge ne conduit pas nécessairement à considérer que, finalement, les effets les plus pertinents d'une réponse à une question préjudicielle sont les effets relatifs. En d'autres termes, le mécanisme des questions préjudicielles n'a-t-il pas vocation à déboucher sur des décisions qui ont un effet relatif ?

Patrick Gaïa se demande s'il ne faut pas distinguer, lorsqu'on essaye d'apprécier le caractère concret ou non du contrôle de constitutionnalité sur QPC, entre ce que fait le juge pour apprécier la constitutionnalité et les effets qu'il en tire, notamment quant à la modulation dans le temps. Est-ce qu'il n'y a pas, à travers le pouvoir de modulation dans le temps et les raisons qui le justifient, une appréciation concrète de la part du juge ? C'est-à-dire qu'il va devoir prendre en considération les effets que sa décision va produire sur la situation concrète, ainsi qu'un certain nombre de paramètres éminemment concrets qu'a bien mis en évidence Olivier Lecucq. Est-ce qu'il n'y a pas là une manière d'insérer une forme de contrôle concret, puisque, effectivement, la modulation dans le temps de la décision fait partie intégrante des motifs et du dispositif, et donc une entrée par la fenêtre du contrôle concret dans un contrôle abstrait ?

André Roux précise qu'on retrouve également des éléments concrets dans le contrôle *a priori* du Conseil constitutionnel, par exemple, dans sa décision « Nationalisations » ou encore dans sa décision « Loi Falloux ».

Patrick Gaïa ajoute que la décision sur le harcèlement sexuel prouverait par l'absurde que le juge n'a pas fait suffisamment cas des conséquences concrètes de sa déclaration d'inconstitutionnalité.

André Roux, au regard des propos tenus par Marc Verdussen selon qui le juge constitutionnel prend en compte les éléments concrets pour se rendre compte si une loi est devenue inconstitutionnelle dans son application, se demande si, pour toutes les décisions QPC qui concluent à la non-conformité de telle ou telle disposition, le Conseil constitutionnel aurait jugé la même chose dans le cadre de son contrôle *a priori*. Selon lui, la même solution aurait été donnée par le Conseil constitutionnel, sauf pour la décision « Garde à vue », où il a tenu compte des conditions d'application et de l'évolution des conditions d'application de la loi, du changement de circonstances de fait.

Xavier Magnon estime que le Conseil constitutionnel pourrait aller plus loin dans l'intégration d'éléments concrets dans le jugement de constitutionnalité *a posteriori*. Le Conseil constitutionnel entend maintenir son contrôle dans l'abstrait. Cette dimension est manifeste dans l'appréciation des effets des décisions de censure. Certaines décisions d'abrogation différée n'indiquent pas ce que doit faire le juge entre la période de la censure et la période de l'abrogation, ce qui apparaît pour le moins problématique.

Ariane Vidal-Naquet considère que l'on peut essayer de systématiser le caractère concret du contrôle de constitutionnalité en répondant aux questions suivantes. D'où vient la question de constitutionnalité ? Sur quoi porte-t-elle ? Comment est-elle examinée ? Et quelles suites entraîne-t-elle, pourquoi ? Cela ferait donc quatre indices, quatre possibilités de contrôle concret. D'où vient la question de constitutionnalité ? D'un litige, et il s'agit là d'une condition d'accès au juge constitutionnel. Sur quoi porte-t-elle ? Est-ce qu'elle porte sur la disposition législative ou sur son interprétation consolidée ? Comment est-elle examinée ensuite ? Est-elle examinée en soi ou est-ce l'application de la disposition législative, soit à une catégorie, soit même à un cas particulier, qui est l'objet du contrôle de constitutionnalité et qui est déclarée inconstitutionnelle ? Pour quoi ? C'est-à-dire quelles suites, quels effets et à qui bénéficie cette question d'inconstitutionnalité ? Au regard de l'évolution

de la jurisprudence constitutionnelle, il semble que, sur chacun de ces quatre points, le Conseil constitutionnel ait déjà avancé, même à petits pas.

Xavier Magnon revient sur les propos évoqués par Marc Verdussen, qui lui paraissent faire le lien entre ce qui relève du contrôle abstrait et ce qui est du contrôle concret, puisque, d'un côté, on a l'application de la norme à un cas particulier et, de l'autre, le problème de constitutionnalité. La question est de savoir si le juge constitutionnel, par la voie de la question préjudicielle, peut juger de la constitutionnalité de cette application. Or, la réponse est fonction de la nature de l'effet de la décision de censure. Si c'est un effet absolu, il ne peut juger qu'en général de la constitutionnalité de la disposition législative contestée, en dehors de toute application. Si c'est un effet relatif, il pourra seulement juger de la constitutionnalité de la loi dans son contexte d'application.

Par ailleurs, il ajoute qu'il convient d'explicitier la qualification d'« autorité relative à effet renforcé ». La formule d'« autorité relative de la chose jugée » renvoie à une question juridique, celle d'« effet renforcé » à une question factuelle. À partir du moment où une juridiction comme la Cour constitutionnelle belge, le Conseil d'État ou la Cour de cassation rend une décision, on peut considérer, quand bien même ces décisions seraient revêtues d'une autorité relative de la chose jugée, qu'elles bénéficient d'une autorité renforcée. Un jugement d'un tribunal administratif en France n'a pas la même « autorité », d'un point de vue factuel, que celle d'une décision du Conseil d'État. La décision du Conseil d'État a, de ce point de vue, une autorité relative renforcée par rapport à celle d'un juge. L'autorité de fait des décisions rendues dépend donc, en partie du moins, du rang auquel se situe le juge.

D'autre part, il convient de revenir sur la finalité de la question préjudicielle, en se rappelant de la distinction des modèles de justice constitutionnelle proposée par Francisco Rubio-Llorente, selon qu'ils poursuivent une finalité de respect de la Constitution ou de défense des droits fondamentaux. En France, c'est très clairement la protection des droits fondamentaux qui préside à l'institution de la QPC. En revanche, pour ce qui est du cas espagnol, Pedro Cruz Villalon indiquait, fort de ses neuf ans d'expérience au Tribunal constitutionnel, que la vocation de la question de constitutionnalité en Espagne, qui est un recours peu usité, consiste à assurer la suprématie de la Constitution. En revanche, le recours d'*amparo* a pour finalité première la protection des droits fondamentaux. Ce qui ne veut pas dire que la question

de constitutionnalité n'a pas également vocation à protéger elle aussi les droits fondamentaux, mais que sa finalité première vise à garantir le respect de la suprématie de la Constitution.

Marthe Stéfanini revient sur la décision relative au harcèlement sexuel, si souvent critiquée quant à l'effet immédiat de l'abrogation. Elle rappelle que le Conseil constitutionnel est certainement renseigné sur la manière dont une loi est appliquée même si cela n'apparaît pas dans les décisions rendues. Or, jusqu'à cette abrogation, de nombreuses affaires étaient classées sans suite par les juges en raison d'une mauvaise définition de la notion de harcèlement sexuel. Les personnes condamnées l'étaient souvent sur le fondement d'autres incriminations plus graves telles que la tentative d'agression sexuelle ou les violences volontaires. Avec cette décision, avant que la loi ne soit adoptée, le ministère de la Justice a d'ailleurs donné des directives pour que l'on se focalise sur les incriminations autres que celle du harcèlement sexuel. Pour autant, nombreux étaient ceux qui savaient que cette notion de harcèlement sexuel était mal définie, le législateur aurait dû revoir son texte plus tôt, cette décision l'a placé face à ses responsabilités.

Laurence Gay souhaite abonder dans le sens d'Ariane Vidal-Naquet : il semble qu'il existe au sein du Conseil constitutionnel un tabou du contrôle concret, essentiellement lié au désir de ne pas apparaître comme une cour suprême. Dans cette optique, refuser le contrôle concret, c'est signifier que le Conseil constitutionnel n'entend pas répondre à la question de savoir si le droit de monsieur X a été violé par l'application qui lui a été faite de la loi. Toutefois, le refus d'exercer un tel contrôle n'empêche pas certaines formes de prise en compte des faits dans la réponse à la QPC et, donc, certaines formes de ce que l'on peut appeler une concrétisation du contrôle. Il n'en demeure pas moins évident que le type de solution retenue en Belgique s'agissant de la prohibition de l'inceste, dans l'exemple donné par le professeur Marc Verdussen, reste unimaginable en France.

Cela amène à une réflexion plus générale sur la fonction de la QPC et la fonction du juge d'éradiquer les injustices selon, de nouveau, l'expression de Marc Verdussen. Au cours de cette recherche, Laurence Gay a été profondément marquée par le fait que l'apurement de l'ordonnancement juridique reste la finalité première des questions de constitutionnalité en Espagne, en Allemagne et même en Italie. Finalement, il semble que la position française selon laquelle la QPC sert la protection

des droits fondamentaux soit une véritable spécificité. Or, cette fonction de protection des droits fondamentaux est parfois mise à mal par le refus du contrôle concret, mais aussi par la façon de moduler dans le temps les effets de certaines décisions. Alors qu'elle est présentée comme un droit du justiciable, un moyen de défendre ses droits et libertés constitutionnels, la procédure de QPC a abouti à des solutions injustes dans un nombre non négligeable de cas. Cela a même abouti à ce qu'un requérant saisisse à nouveau le Conseil constitutionnel après une première décision ayant conclu à une inconstitutionnalité. À l'origine du renvoi de la QPC, mais n'ayant pu bénéficier de la déclaration d'inconstitutionnalité, le requérant contestait l'absence d'effet utile de cette dernière à son égard. Le Conseil constitutionnel a évidemment rejeté cette demande dans une décision de décembre 2012.

Xavier Philippe fait trois observations sur la question du contrôle concret. Premièrement, il considère qu'il y a une différence qu'on ne voit pas et qu'on ne peut pas nécessairement voir entre, d'une part, le raisonnement qui conduit le juge constitutionnel à prendre une décision et qui ne ressort pas toujours de la décision et, d'autre part, ce que l'on en voit à travers la décision. Nous examinons la concrétisation à partir de ce que l'on a, mais il est certain que dès que l'on en sait un peu plus sur une décision, on voit très nettement que la concrétisation existe, et cela, même dans les contrôles abstraits *a priori*. Une loi aujourd'hui n'est jamais prise par hasard, c'est parce qu'il y a une situation de fait que le législateur intervient. Donc, même lorsqu'il y a un contrôle abstrait, ce contrôle se fait en fonction d'une situation concrète qui pèse quand même dans la façon dont le juge va faire son analyse dans les rapports de normes, entre la norme constitutionnelle et la norme législative.

Deuxièmement, il estime, tout comme l'avait souligné Marc Verdussen, qu'il y a un paradoxe entre le terme « contrôle *a posteriori* » et le terme « contrôle abstrait ». Alors que l'on nous a vendu la réforme de la QPC, qui est limitée aux droits et aux libertés que la Constitution garantit, comme un moyen pour le justiciable de défendre ses droits, il apparaît clairement qu'il s'agit en fait d'un moyen de défense de la Constitution. Comme le disait précédemment André Roux, il y a de fortes chances pour que les invalidations et les abrogations prononcées dans le cadre des décisions QPC se soient retrouvées en contrôle abstrait si cela avait été des décisions DC. Il faut donc avoir le courage de dire que ce contrôle a pour objectif de nettoyer l'ordre constitutionnel, de vider le système juridique des scories d'inconstitutionnalité, et

non pas de défendre des droits et libertés. Si on est dans la logique de défense des droits et libertés, alors il y a un problème et le contrôle ne peut à un moment être que concret.

Enfin, il formule une troisième observation qui concerne les décisions et les effets des décisions, plus précisément les décisions de rejet, c'est-à-dire lorsque le Conseil constitutionnel ou même les juridictions du filtre refusent de transmettre. Cela pose un véritable problème dans l'effet *erga omnes* que ces décisions peuvent avoir. Si le Conseil constitutionnel déclare qu'une disposition n'est pas inconstitutionnelle, on ne pourra plus revenir dessus. Et si on se retrouve dans un cas concret, comme le cas belge évoqué plus tôt par Marc Verdussen à propos du remariage avec l'enfant d'une précédente épouse, alors la situation sera bloquée. Il y a d'ailleurs un point qui mérite d'être souligné, c'est le fait que le Conseil constitutionnel comme les juridictions du filtre ont tendance à transmettre non pas toute la disposition législative, mais une partie de la disposition législative. On va donc voir se développer des phénomènes de micro-constitutionnalité qui ne sont probablement que les prémices d'un contrôle concret. C'est quelque chose sur lequel il faut réfléchir, car si l'on est véritablement dans un phénomène de protection des droits et des libertés que le justiciable veut exercer, alors à un moment ou à un autre, la concrétisation sera inévitable. Si on se trouve dans un système abstrait qui sert à défendre l'ordre constitutionnel, la situation est différente. Mais dans ce cas-là, il est à craindre que les avocats et les justiciables se découragent et utilisent d'autres voies. Certes, il y a la Cour européenne des droits et l'homme. Mais dans ce cas, il ne faudra pas se plaindre si une compétition plus féroce s'engage entre les juridictions.

Thierry Di Manno, confortant les dires de Xavier Philippe, affirme être également en plein accord avec l'analyse développée par Marc Verdussen de ce que doit être la question préjudicielle de constitutionnalité, c'est-à-dire qu'elle doit effectivement permettre de donner satisfaction à une situation concrète qui sort de l'application de la loi. À titre d'exemple, il se réfère à l'arrêt n° 148 de 1992 de la Cour constitutionnelle italienne, dans lequel la Haute instance a eu à juger d'un cas d'application de la loi sur l'adoption. Cette loi imposait qu'il y ait un écart d'âge entre l'adopté et l'adoptant qui ne devait pas excéder quarante ans (et qui ne devait pas être inférieur à dix-huit ans). Il se trouve qu'une personne avait adopté un enfant en ayant l'écart d'âge requis, mais elle ne pouvait pas adopter le petit frère de cet enfant

parce que l'écart d'âge allait au-delà de la limite des quarante ans. La loi n'avait pas prévu ce cas concret. Le litige concret soumis au juge ordinaire a donc naturellement provoqué une question préjudicielle de constitutionnalité qui a été adressée à la Cour constitutionnelle. La Cour constitutionnelle a alors considéré que prévoir un écart d'âge maximum était parfaitement constitutionnel, mais que la loi n'avait pas prévu ce cas précis, et pour ne pas séparer la fratrie et préserver les intérêts des enfants, elle a eu recours à l'instrument de l'invalidation, non pas de la disposition, mais de la norme. C'est-à-dire, pour revenir à ce que disait Paolo Passaglia, qu'elle a déclaré la loi contraire à la Constitution en tant qu'elle n'a pas prévu le cas de la fratrie.

Pour Xavier Magnon, on peut retenir la synthèse dressée par Ariane Vidal-Naquet, qui met en évidence quatre éléments, permettant d'apprécier le caractère concret ou abstrait du contrôle : la naissance du contentieux, l'objet du contrôle, les techniques du contrôle et les effets des décisions. C'est finalement à ces quatre instants différents qu'il est possible de mesurer le caractère abstrait ou concret du contrôle.

LA QUESTION DE CONSTITUTIONNALITÉ, LA C.E.D.H. ET LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

SOUS LA PRÉSIDENTENCE DE THIERRY RENOUX

Xavier Magnon interroge Laura Montanari pour savoir si, dans la décision sur le mandat d'arrêt européen, le contrôle de la Cour porte sur la loi d'exécution de la décision-cadre au regard de la Constitution ou si cette loi est appréciée au regard de la décision-cadre.

Laura Montanari indique que la Cour constitutionnelle a utilisé le droit de l'Union européenne – c'est-à-dire la décision-cadre – comme paramètre interposé pour le contrôle de constitutionnalité. La loi d'exécution ne respecte pas la décision-cadre et elle viole donc indirectement les articles 11 et 117 de la Constitution.

Xavier Magnon demande alors si la Cour constitutionnelle italienne maintient toujours la compétence des juges ordinaires pour exercer un contrôle diffus de conformité des lois au droit de l'Union, tout en se réservant une compétence ponctuelle pour exercer ce même contrôle. Comment la Cour justifie-t-elle cette dernière compétence ?

Laura Montanari répond par l'affirmative. La Cour constitutionnelle fonde sa jurisprudence sur la distinction entre le droit de l'Union qui est directement applicable et celui qui – comme les décisions-cadres – n'est pas directement applicable. Dans le dernier cas, la Cour constitutionnelle peut exercer son contrôle.

Xavier Magnon observe en effet que, si le droit de l'Union est directement applicable, le juge de droit commun est compétent pour écarter une loi qui lui serait contraire et s'il n'est pas directement applicable, c'est la Cour constitutionnelle qui le devient, sur renvoi des juges *a quibus*. Il rappelle en effet que la jurisprudence de la Cour constitutionnelle de 1984, admettant le contrôle diffus de conformité au droit communautaire, est réservée au droit de l'Union doté de l'effet direct. L'on peut s'interroger sur l'opportunité d'une telle solution au regard de la jurisprudence *Simmenthal*.

Pour Laura Montanari, la Cour de justice a précisé elle aussi la différence entre le droit de l'Union européenne directement applicable et

BRUYLANT

celui qui ne l'est pas. On ne peut donc pas utiliser la même solution pour deux hypothèses différentes. Si le droit de l'Union n'est pas directement applicable, le juge national ne peut pas l'utiliser à la place de la loi en contradiction.

Thierry Renoux ajoute que c'est l'ancienne conception que la France a des directives. La directive et la décision-cadre n'engagent que l'État. S'il n'y a pas de loi de transposition, le juge n'a pas à intervenir, puisqu'il n'intervient que pour contrôler la loi. Désormais, pour la France, il n'y a plus de différence entre un règlement et une directive. Mais en Italie, elle est apparemment maintenue.

Laura Montanari précise que, dans ces hypothèses, la Cour constitutionnelle italienne a reconnu que le juge peut faire une interprétation conforme au droit de l'Union européenne, même si ce dernier n'est pas directement applicable. Mais dans le cas examiné, ce n'était pas possible, car il y avait un « droit vivant » différent, c'est-à-dire qu'il y avait des décisions de la Cour de cassation qui donnaient une interprétation de la loi en contradiction avec la décision-cadre. Il n'était donc pas possible pour le juge ordinaire de donner une interprétation conforme et il a dû saisir la Cour constitutionnelle.

Xavier Magnon demande quelle est cette décision.

Laura Montanari lui rappelle le numéro (227/2010).

Par ailleurs, revenant sur les propos de Thierry Renoux, elle précise qu'en Italie, à la différence de la France, il n'est jamais possible pour les juges ordinaires de faire le contrôle de conventionnalité de la loi par rapport à la C.E.D.H. La seule possibilité pour le juge ordinaire, c'est de faire une interprétation conforme à la Convention. Il peut donner une interprétation conforme à la jurisprudence européenne ; si toutefois cela n'est pas possible, le juge doit soumettre la question à la Cour constitutionnelle. Pour la Cour eur. D.H., le juge italien de droit commun ne peut jamais ne pas appliquer la loi nationale, et appliquer directement la Convention.

Thierry Di Manno, évoquant l'arrêt n° 150 de 2012, souligne que c'est la première fois, à sa connaissance, que la Cour constitutionnelle italienne utilise le procédé de la restitution des actes au juge *a quo*, en raison d'un changement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Jusqu'ici, l'instrument de la restitution des actes était utilisé uniquement lorsqu'un *jus superveniens*, c'est-à-dire un droit nouveau, était intervenu entre le moment où la question de constitutionnalité avait été soulevée et le moment où la Cour s'était

prononcée sur la question. En l'occurrence, dans cet arrêt, la situation juridique nouvelle était constituée par cette nouvelle jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Thierry Renoux demande un éclaircissement sur la notion de restitution des actes.

Thierry Di Manno précise que la restitution des actes au juge *a quo* est une décision de procédure que la Cour constitutionnelle prend lorsqu'elle estime qu'est apparu, après le renvoi de la question incidente de constitutionnalité, un élément nouveau, un *jus superveniens* (droit nouveau), par exemple, dans le cas où la loi contestée a été modifiée, cet élément nouveau imposant une réévaluation de toute la question. Elle restitue donc les actes qu'elle a reçus au juge *a quo* en lui demandant de refaire une appréciation pour savoir si elle doit à nouveau être saisie au regard de cet élément nouveau.

Laura Montanari souligne que dans les décisions sur la C.E.D.H., la Cour constitutionnelle a toujours précisé que la Convention européenne n'est pas seulement constituée du texte même, mais également de l'interprétation qu'en donne la Cour de Strasbourg. La Cour constitutionnelle se considère donc liée par l'interprétation de la Cour de Strasbourg.

Xavier Magnon revient sur l'intervention d'Anne-Sophie Tabau selon laquelle la censure d'une loi par le Conseil constitutionnel pourrait empêcher la saisine ultérieure de la Cour de justice. Il ne partage pas cette opinion. Selon lui, on peut très bien penser que, à la suite d'une QPC dans laquelle le Conseil constitutionnel déclare une disposition législative contraire à la Constitution, le juge de droit commun pourra malgré tout soulever une question préjudicielle devant la Cour de justice au moment de la résolution du litige au fond. La question préjudicielle peut être soulevée à tout moment, c'est-à-dire simultanément, avant ou après la QPC, y compris après une décision de censure. La Cour de justice ne prononcerait pas l'irrecevabilité de la question parce que la loi est inconstitutionnelle, puisqu'il ne peut s'agir que d'interpréter le droit de l'Union.

Selon Anne-Sophie Tabau, à partir du moment où la loi est censurée par le Conseil constitutionnel, elle ne sera pas appliquée au litige et l'interprétation du droit de l'Union européenne par la Cour de justice pour que le juge *a quo* détermine ensuite si cette loi lui est conforme n'aura donc pas lieu d'être.

Xavier Magnon rétorque que le renvoi préjudiciel en interprétation ne saurait porter sur la conformité du droit national avec le droit de l'Union (du moins en droit), mais seulement sur l'interprétation

du droit de l'Union. Si la question porte sur le droit de l'Union, peu importe que la loi soit jugée constitutionnelle ou qu'elle ne le soit pas.

Anne-Sophie Tabau ajoute qu'il faut malgré tout qu'il y ait un effet utile pour la résolution du litige, faute de quoi la Cour de justice pourrait considérer que la question préjudicielle est irrecevable.

Xavier Magnon souligne que, s'il s'agit d'une question de régularité, l'effet utile réside dans le fait que le renvoi préjudiciel permettra de faire disparaître de l'ordonnancement juridique une directive ou un règlement contraire au droit de l'Union.

Mais pour Anne-Sophie Tabau, si ce qui est contesté est bien la conformité de la loi par rapport à la Constitution et au droit de l'Union, ce sera la loi qui posera problème et non pas le droit de l'Union lui-même, on se trouverait sinon dans le cas d'une loi transposant mot pour mot.

Patrick Gaïa rapporte que selon Lech Garlicki, qui s'était exprimé à ce sujet quand il était juge à la Cour européenne des droits de l'homme, le contrôle de conventionnalité peut suivre le contrôle de constitutionnalité même si le Conseil constitutionnel a abrogé la loi, dans la mesure où la loi inconventionnelle a déjà pu recevoir application et donc causer un préjudice. Donc, il y aura un relais du contrôle de conventionnalité par rapport au contrôle de constitutionnalité (qu'il soit positif, c'est-à-dire aboutissant à l'abrogation de la loi, ou au contraire négatif).

Thierry Renoux estime que l'arrêt *Melki* est plus que confirmé, notamment grâce à un arrêt de la Cour (gr. ch.) du 26 février 2013, *Åklagaren*, n° C-617/10, qui concerne la Suède, sur le problème d'application de la Charte des droits fondamentaux. Au fond, c'est un problème de droit pénal, de cumul, de *ne bis in idem* par rapport au *non bis in idem*. Mais le problème est très intéressant sur le plan procédural, parce que le droit suédois oblige le juge, lorsqu'un droit fondamental résultant de la Charte ou de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme s'applique, à ne pas appliquer le droit national. La Cour, aux paragraphes 43 et suivants, a affirmé : « Par sa première question, le *Haparanda tingsrätt* interroge, en substance, la Cour sur la compatibilité avec le droit de l'Union d'une pratique judiciaire nationale qui subordonne l'obligation, pour le juge national, de laisser inappliquée toute disposition contraire à un droit fondamental garanti par la C.E.D.H. et par la Charte à la condition que ladite contrariété ressorte clairement des textes concernés ou de

la jurisprudence y afférente. S'agissant, d'abord, des conséquences à tirer, pour le juge national, d'un conflit entre le droit national et la C.E.D.H., il y a lieu de rappeler que si, comme le confirme l'article 6, paragraphe 3, du T.U.E., les droits fondamentaux reconnus par la C.E.D.H. font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux et si l'article 52, paragraphe 3, de la Charte impose de donner aux droits contenus dans celle-ci correspondant à des droits garantis par la C.E.D.H. le même sens et la même portée que ceux que leur confère ladite Convention, cette dernière ne constitue pas, tant que l'Union n'y a pas adhéré, un instrument juridique formellement intégré à l'ordre juridique de l'Union. Par conséquent, le droit de l'Union ne régit pas les rapports entre la C.E.D.H. et les ordres juridiques des États membres et ne détermine pas non plus les conséquences à tirer par un juge national en cas de conflit entre les droits garantis par cette Convention et une règle de droit national ». C'est astucieux, il s'agit de passer par le droit de l'Union pour faire appliquer systématiquement, sans discussion possible le droit de la Convention.

Puis dans le considérant 46, la Cour déclare : « En effet, serait incompatible avec les exigences inhérentes à la nature même du droit de l'Union toute disposition d'un ordre juridique national ou toute pratique, législative, administrative ou judiciaire, qui aurait pour effet de diminuer l'efficacité du droit de l'Union par le fait de refuser au juge compétent pour appliquer ce droit le pouvoir de faire, au moment même de cette application, tout ce qui est nécessaire pour écarter les dispositions législatives nationales formant éventuellement obstacle à la pleine efficacité des normes de l'Union (arrêt *Melki et Abdeli*, précité, point 44 et jurisprudence citée) ». Il y a donc une confirmation éclatante de l'arrêt *Melki*.

En conséquence, « le droit de l'Union s'oppose à une pratique judiciaire qui subordonne l'obligation, pour le juge national, de laisser inappliquée toute disposition contraire à un droit fondamental garanti par la Charte à la condition que ladite contrariété ressorte clairement du texte de cette Charte ou de la jurisprudence y afférente, dès lors qu'elle refuse au juge national le pouvoir d'apprécier pleinement, avec, le cas échéant, la coopération de la Cour, la compatibilité de ladite disposition avec cette même Charte ». Ceci est très intéressant, puisqu'il est clairement dit, au considérant 46 qui vise *Melki*, qu'il est possible d'appliquer à tout moment le droit communautaire, qu'on doit le privilégier. D'autre part, il est également dit que l'obligation d'appliquer

la Charte ou la Convention sans discussion, laissant inappliqué le droit national, ne résulte pas en tant que telle de l'article 52 de la Charte ni du droit de l'Union, mais qu'il s'agit d'un problème national. Cette décision clarifie tout ce qui a été dit précédemment et confirme l'arrêt *Melki*.

Le Président donne enfin la parole à Xavier Magnon et Marc Verdussen pour la quatrième table ronde.

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**

Ouvrant la table ronde sur l'articulation de la question de constitutionnalité avec les autres procédés de contrôle de la loi, Xavier Magnon observe, pour reprendre les propos d'Anne-Sophie Tabau, qu'il existe une certaine porosité entre les juges et une tendance générale à unifier l'interprétation des droits fondamentaux. Finalement, que ce soit un moyen d'inconstitutionnalité ou un moyen d'inconventionnalité, tout se mélange, quelles que soient les procédures. Ce qui prévaut en définitive, ce sont les droits fondamentaux. Le justiciable utilise les moyens qui lui permettent au mieux de gagner son procès et de voir ses droits fondamentaux protégés. Qu'il y ait priorité ou non, conciliation ou non, en substance, il semble que ces questions n'aient plus trop de sens, car, malgré une préférence accordée par le système français au moyen de constitutionnalité, l'inconventionnalité garde une place importante, si ce n'est déterminante. La préférence constitutionnelle peut produire des effets inversés en servant en pratique le respect des traités internationaux et européens.

Le cloisonnement des procédures n'aboutit en effet pas à un cloisonnement dans l'utilisation des sources.

Si l'on reprend le seul exemple français, on se trouve finalement avec des éléments de conventionnalité qui sont intégrés dans la QPC. Ils sont intégrés d'abord devant les juridictions suprêmes dont on sait, parfois de façon explicite dans la motivation, que le caractère sérieux de la question est apprécié à partir d'un doute sur la conventionnalité de la disposition. Dans le premier arrêt de la Cour de cassation sur le refus de renvoi de la loi Gayssot notamment, le juge judiciaire suprême avait évoqué la conformité de celle-ci à des dispositions conventionnelles. Il existe également des exemples devant le Conseil d'État dans lesquels la doctrine a identifié que le juge avait intégré l'appréciation de l'inconventionnalité d'une disposition de loi dans l'appréciation du caractère sérieux de la QPC. L'appréciation de la conventionnalité

BRUYLANT

entre en ligne de compte dans l'appréciation des conditions de renvoi de la QPC et dans l'appréciation du caractère sérieux.

Même si le Conseil constitutionnel, quant à lui, réaffirme avec constance la jurisprudence *IVG*, l'on sait très bien, ce qui se vérifie à la lecture des commentaires aux *Cahiers du Conseil constitutionnel*, qu'il intègre des éléments tirés de la Convention européenne des droits de l'homme. Cela ne veut pas dire qu'il aille toujours dans le même sens que la Convention, c'est certain, il n'a d'ailleurs pas été jusqu'au bout dans sa décision sur la garde à vue, il est beaucoup moins exigeant que ce qu'impose la Cour européenne des droits de l'homme, mais, en tout état de cause, il intègre non pas formellement, mais matériellement, en substance, les éléments tirés de la Convention européenne des droits de l'homme.

L'on doit encore ajouter que la conventionnalité demeure indépendante vis-à-vis de la constitutionnalité. Même en cas de décision de conformité à la Constitution prononcée par le juge constitutionnel dans le cadre d'une QPC, le juge de droit commun est toujours en mesure de prononcer l'inconstitutionnalité de la loi. Les deux moyens sont complémentaires, étant entendu que, pour le justiciable, ce qui importe c'est de gagner son procès, que ce soit au nom de l'inconstitutionnalité ou au nom de l'inconventionnalité. Toutefois, il est étonnant qu'en pratique les justiciables n'usent pas si souvent des deux moyens de manière simultanée. On retrouve en effet très peu d'arrêts du Conseil d'État ou de la Cour de cassation dans lesquels les deux moyens sont simultanément invoqués.

Enfin, le dernier élément qui marque aussi l'indépendance de la conventionnalité par rapport à la constitutionnalité, c'est la possibilité, soit par un arrêt en manquement devant la Cour de Justice, soit par une question préjudicielle ou encore par une saisine de la Cour européenne des droits de l'homme, de remettre en cause l'interprétation du juge constitutionnel qui aura prononcé la conformité à la Constitution d'une loi dont il aurait été saisi par la voie d'une QPC. Dans de telles situations, ce sera donc soit la Cour de justice soit la Cour européenne des droits de l'homme qui aura alors le dernier mot sur l'interprétation des droits fondamentaux.

Marc Verdussen rappelle que la Belgique a envisagé, à plusieurs reprises, de confier à la Cour constitutionnelle la possibilité d'exercer un contrôle autonome par rapport à la Convention européenne des droits de l'homme, c'est-à-dire la possibilité, comme certains pays

notamment d'Europe centrale et orientale le pratiquent, d'annuler, de remettre en cause une loi parce qu'elle serait directement contraire à la C.E.D.H. Le législateur n'a pas voulu franchir ce pas pour différentes raisons, mais en réalité la Cour arrive exactement au même résultat de deux manières différentes. D'une part, parce que chaque fois qu'elle est confrontée à un droit constitutionnel, lorsque ce droit est reconnu par ailleurs par un traité international comme la C.E.D.H., elle va interpréter le droit constitutionnel à la lumière du traité international et donc à la lumière de la jurisprudence, notamment de la jurisprudence européenne. La Cour appelle cela la méthode du « tout indissociable » : elle considère que la protection constitutionnelle et la protection européenne forment un tout indissociable. M. Verdussen préfère parler de « méthode conciliatoire ». Il existe une seconde technique qui montre que le spectre s'élargit considérablement lorsque la Cour est saisie d'un recours en annulation ou d'une question préjudicielle qui met en œuvre un droit qui n'est pas dans la Constitution. Il faut ici rappeler que le catalogue des droits fondamentaux en Belgique est très maigre, car c'est une vieille Constitution. Cette seconde technique consiste pour la Cour à passer par les articles 10 et 11 de la Constitution, c'est-à-dire par le principe d'égalité. C'est ce que monsieur Verdussen appelle la « méthode combinatoire ». La Cour considère que, dès le moment où la violation d'un droit fondamental est discriminatoire, elle peut en connaître en rattachant cela aux articles 10 et 11. Cela lui permet évidemment d'intégrer dans son contrôle toute une série de droits qui ne sont pas dans la Constitution et notamment, par exemple, l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il n'y a pas, en effet, dans la Constitution belge un équivalent à l'article 6 ou à l'article 24 de la Constitution espagnole. Il est intégré par ce biais. Cela pose quand même la question de savoir s'il y a encore une place pour un catalogue constitutionnel des droits fondamentaux et où en est encore le principe de subsidiarité. Avec Nicolas Bonbled ainsi que soixante-dix auteurs en Belgique, Marc Verdussen s'est posé la question de savoir s'il y avait encore une place pour une protection des droits constitutionnels en Belgique et notamment à travers la jurisprudence de la Cour de cassation, du Conseil d'État et de la Cour constitutionnelle. Le résultat est très négatif. Le constat est qu'il n'y a plus vraiment de particularisme constitutionnel dans la protection des droits constitutionnels, non seulement dans le texte de la Constitution, mais aussi dans la manière dont les

juges l'interprètent parce qu'ils font une sorte de fuite en avant vers la jurisprudence européenne.

Une situation spécifique doit être évoquée. Elle a des incidences en droit communautaire. Lorsqu'un juge est confronté à un concours de droits fondamentaux, c'est-à-dire lorsqu'un droit fondamental est à la fois reconnu par la Constitution et de manière analogue par un traité international – telle la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne –, il doit d'abord poser la question à la Cour constitutionnelle. Si la Cour constitutionnelle lui répond qu'il n'y a pas de difficulté au regard de la Constitution, il peut donc très bien considérer qu'il y a un problème au regard du droit de l'Union européenne. Cela étant, au regard de ce qui vient d'être dit, le risque que le juge *a quo* ne prenne le contre-pied de l'arrêt de la Cour constitutionnelle est réduit pour deux raisons : soit la Cour constitutionnelle, lorsqu'elle est saisie de la question préjudicielle, interprète la norme constitutionnelle à la lumière de la norme communautaire telle que l'interprète la Cour de justice de l'Union européenne, et elle le fait très souvent ; soit elle estime qu'il y a un doute sur l'interprétation de la norme communautaire et elle va alors poser une question préjudicielle en interprétation du droit communautaire. Cela réduit considérablement le risque que le juge *a quo* prenne le contre-pied de la solution donnée par la Cour constitutionnelle puisqu'elle a déjà pris la peine de créer en quelque sorte une symbiose avec le droit communautaire en posant ou en ne posant pas une question.

Troisièmement, en s'inspirant du rapport d'Anne-Sophie Tabau, Marc Verdussen rappelle que la Cour constitutionnelle belge pose régulièrement des questions en validité du droit communautaire à Luxembourg. En effet, lorsqu'un recours est introduit ou une question est posée et qui a pour objet une loi qui transpose une directive européenne, sans qu'il y ait de marge de manœuvre, quand il y a eu un copier-coller entre la loi et la directive, la Cour constitutionnelle belge considère qu'elle ne peut évidemment pas exercer un contrôle sur la loi de transposition, sans quoi elle exercerait indirectement un contrôle sur la directive elle-même. Elle transforme donc le conflit « loi de transposition/Constitution » en un conflit « directive/droit de l'Union européenne ». Ce qu'elle peut très facilement faire, parce que les droits fondamentaux en Belgique sont très pauvres ; on retrouve donc très facilement un correspondant dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Elle pose ainsi la question à la Cour de

justice de l'Union européenne sur la validité de la directive, et si la Cour de justice lui répond que la directive est contraire au droit de l'Union européenne, la Cour belge en tire les conséquences au regard de la Constitution. Il est arrivé que la Cour de justice lui réponde que la directive était contraire au droit de l'Union européenne, et laisse un délai aux États pour se mettre en ordre par rapport au droit de l'Union européenne. La Cour constitutionnelle belge a alors adopté le même délai, c'est-à-dire qu'elle a maintenu la loi de transposition pendant la période qui avait été fixée par la Cour de Luxembourg. Elle a reporté dans le temps les effets de sa décision.

Patrick Gaïa, revenant sur les propos de Marc Verdussen, considère qu'il y a deux situations où l'on atteint un peu la « quadrature du cercle », c'est-à-dire où l'on est face à une impasse. La première situation est la suivante : lorsqu'il y a un conflit de droits fondamentaux, entre un droit fondamental garanti par le droit de l'Union ou la C.E.D.H. et un droit garanti par la Constitution, que doit faire le juge national ? L'hypothèse est rencontrée dans l'arrêt *Von Hannover* de la Cour constitutionnelle allemande qui contredit l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme sur le cas de Caroline de Monaco. Quelle position le juge national doit-il adopter ?

Cette question va plus loin, ainsi qu'en témoigne un autre arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 15 janvier 2013. Dans une affaire C-416/10, *Krizan et autres*, la question est directement posée de savoir ce que doit faire une cour suprême, ici la Cour suprême slovaque, lorsqu'elle est en présence d'un conflit de « sentences » entre, d'une part, la primauté du droit communautaire telle qu'affirmée par la Cour de justice de l'Union, et, d'autre part, une appréciation présentée par la Cour constitutionnelle nationale. La Cour de justice répond dans ce cas-là que le juge de renvoi doit saisir, si besoin est, la Cour de justice d'une demande de décision préjudicielle et écarter, le cas échéant, les appréciations exprimées par la Cour constitutionnelle qui se révéleraient contraires au droit de l'Union. Cet arrêt met en cause un conflit beaucoup plus dur entre l'autorité de chose jugée par la Cour constitutionnelle et la primauté du droit de l'Union. Il serait très intéressant de savoir ce qu'a fait la Cour suprême slovaque à la suite de cette affaire et ce que doit faire à ce moment-là le juge national *a quo*, le juge de renvoi. Doit-il appliquer l'arrêt de la Cour constitutionnelle ou le droit de l'Union ? Il n'y a pas de réponse immédiate. Si la Cour suprême n'applique pas la décision de la Cour de justice, il y a un risque d'arrêt en

manquement, et si elle n'applique pas la décision de la Cour constitutionnelle, il est difficile de savoir comment est résolue la question de l'autorité de chose jugée de la Cour constitutionnelle devant la Cour suprême, mais ce serait une violation du droit national. Cette situation souligne l'aporie dans laquelle nous continuons de naviguer sur les rapports entre Constitution et droit de l'Union.

Thierry Renoux affirme que le jour de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme est proche, c'est seulement une question de mois. D'ailleurs, sur le site de la Cour européenne des droits de l'homme, on peut voir la liste des pays qui ont signé et ratifié la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, et que l'encadré est déjà prêt. Il est marqué « Union européenne, signé le..., ratifié le... ». Le jour où le protocole 14 sera appliqué, où les dispositions du Traité seront appliquées également pour l'adhésion de l'Union, le problème évoqué tout à l'heure ne se posera donc plus. Les Suédois ont anticipé : ils ont un système dualiste dans lequel on ne peut donc pas écarter la loi pour appliquer la Convention. Mais l'astuce serait la suivante : étant donné que la Charte renvoie à la Convention européenne des droits de l'homme et que la Charte doit obligatoirement être appliquée, la Convention est appliquée par voie de conséquence et donc le dualisme contourné. La Suède devient donc un pays moniste en passant par le droit communautaire. Et le jour où l'Union aura adhéré, tout le monde sera obligé d'appliquer la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et le dualisme disparaîtra.

Laura Montanari précise que l'Italie également, avant le Traité de Lisbonne, a essayé de le faire par le biais du droit de l'Union, de l'article 6 et des principes généraux du droit de l'Union. Mais la Cour constitutionnelle a adopté les arrêts nos 348 et 349 pour dire qu'il s'agit de deux choses très différentes. Actuellement, les juges italiens tentent encore, à travers le Traité de Lisbonne, de le faire. Mais seule une décision d'un tribunal administratif en ce sens a pu être observée, toute la jurisprudence ne suit pas cette solution parce que la Cour constitutionnelle veut absolument que l'on n'applique pas la loi par rapport à la Convention européenne.

Xavier Magnon demande si, lorsque l'Union aura adhéré à la Convention européenne des droits de l'homme, la jurisprudence jumelle de la Cour constitutionnelle sera maintenue.

Laura Montanari répond par l'affirmative, mais précise que la Charte ou la C.E.D.H. à travers le droit de l'Union sera valable seulement dans le champ de compétence des droits de l'Union.

Xavier Magnon objecte qu'elle ne sera donc pas absolue, puisqu'elle sera maintenue en dehors du champ de l'Union.

Laura Montanari estime qu'il est difficile de dire que dans le champ du droit de l'Union il y a un droit fondamental prévu par la Charte et qu'en dehors ce droit fondamental ne peut pas être appliqué. Selon elle, le principe d'égalité créera, dans le futur, une unification.

Thierry Renoux rappelle qu'il faut relativiser, puisque l'on compte 2 000 applications au 1^{er} décembre 2009, ce qui n'est pas énorme. Il faut toujours penser qu'il faut être dans le champ du droit communautaire. Or, pour l'instant, des pans entiers ne se trouvent pas complètement affectés par la communautarisation au sens classique du terme.

Patrick Gaïa revient sur cette question de la plus-value du contrôle de conventionnalité sur le contrôle de constitutionnalité. L'un des arguments souvent avancés concerne le fait que le contrôle de conventionnalité est plus rapide et plus facile que le contrôle de constitutionnalité. Il considère que c'est une erreur fondamentale, tout d'abord, parce que le contrôle de conventionnalité exige que le moyen soit soulevé en première instance, alors que ce n'est pas un moyen d'ordre public. C'est oublier aussi que l'examen de ce moyen se greffe sur l'ensemble du litige, ce n'était pas une question préjudicielle, il va donc être fondu dans l'ensemble du litige. Or, le litige va suivre le cours de l'instruction normale devant un tribunal administratif, c'est-à-dire au moins trois ans. La question de conventionnalité est tranchée par le juge de première instance, c'est oublier aussi qu'il peut y avoir appel, que celui-ci est suspensif et donc que ce qu'a décidé le juge sur la conventionnalité de la loi en première instance n'est pas terminé. Et derrière l'appel, il peut y avoir une cassation, peut-être après un recours devant la Cour européenne des droits de l'homme. Or, dans le contrôle de constitutionnalité et la QPC, l'affaire est réglée en 6 mois. C'est un point dans la pratique contentieuse sur lequel il faut insister. Non, le contrôle de conventionnalité n'est pas plus rapide que le contrôle sur QPC.

Xavier Magnon ajoute qu'en effet, ce qui a permis de préserver l'avantage concurrentiel de la QPC par rapport au contrôle de conventionnalité, ce n'est pas seulement le caractère prioritaire, mais également (et surtout ?) le traitement sans délai de la question. Il faut effectivement régler l'affaire au fond pour que le moyen d'inconventionnalité soit réglé alors qu'avec la QPC, l'appréciation est portée sans délai.

Patrick Gaïa souligne qu'on a surtout mis l'accent sur le fait que la priorité équivalait à une priorité de procédure alors qu'en réalité, la priorité est synonyme ici de célérité, car il s'agit d'un incident de procédure.

Pour Anne-Sophie Tabau, il semble que la Cour de justice fasse preuve d'une certaine tolérance en ce qui concerne l'engagement de la responsabilité de l'État du fait de son juge. Il n'y a pas de volonté de conflit frontal entre primauté du droit de l'Union et autorité de chose jugée. Ainsi, dans l'arrêt *Köbler*, elle considère que l'engagement de la responsabilité de l'État du fait d'une décision juridictionnelle ne remet pas en cause l'autorité de chose jugée de cette dernière en raison de l'absence d'identité d'objet entre les deux décisions. En outre, selon la Cour de justice, la responsabilité de l'État ne doit être engagée que pour autant que la règle de droit de l'Union européenne violée par la décision juridictionnelle a pour objet de conférer des droits aux particuliers, que cette violation est suffisamment caractérisée et qu'il existe un lien de causalité direct entre cette violation et le préjudice subi.

Xavier Magnon ajoute que cela imposera des obligations à la charge des États pour l'avenir.

Anne-Sophie Tabau estime que c'est plus une question de réparation des préjudices subis en raison de la méconnaissance du droit de l'Union, mais bien entendu cela imposera aussi des obligations à la charge de l'État pour l'avenir.

Marc Verdussen, reprenant les propos de Thierry Renoux selon lequel les réticences du Conseil constitutionnel à s'adresser à la Cour de justice de l'Union européenne tenaient aux délais qui lui sont imposés, souligne qu'en Belgique, il y a le même problème. La Cour est obligée de statuer dans un délai qui est d'un an maximum. Or, dès qu'une question est posée à Luxembourg, ce délai est déjà dépassé. Mais cela n'empêche pas la Cour de le faire, elle considère tout simplement que le délai imposé par la loi organique s'efface devant des contraintes qui sont supérieures. Il demande donc aux Français présents à cette table ronde si, au-delà de la question du délai, il n'y a pas d'autres raisons.

Thierry Renoux affirme qu'il y a certes d'autres raisons extra-juridiques, des raisons politiques, mais qu'en tant que juriste, il faut raisonner sur le terrain juridique. Quels sont les deux arguments qui sont avancés, et qui avaient déjà été avancés à l'époque du contrôle *a priori* et qui ont été maintenus par le secrétaire général, pour justifier l'absence de renvoi ? Le premier argument concernait le délai. Au départ, le Conseil constitutionnel, dans le cadre du contrôle *a priori*, n'ayant qu'un mois pour statuer, ne pouvait pas avoir le temps de saisir la Cour de justice des Communautés européennes sur le terrain de l'actuel article 267 du T.F.U.E. Dans le contrôle *a posteriori*, deux

éléments concernent à la fois la question préjudicielle devant la Cour de justice de l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme. Dans le premier cas, le Conseil constitutionnel français estime qu'il n'est pas un juge en dernier ressort, parce que c'est le Conseil d'État ou la Cour de cassation qui l'a saisi d'un point précis. Or, dans l'article 267, seul le juge de dernier ressort peut renvoyer. De plus, alors que dans les autres pays il y a un renvoi préjudiciel direct, en France, le Conseil constitutionnel est saisi par le Conseil d'État ou par la Cour de cassation d'une question de pur droit et n'intervient donc pas dans le procès. D'ailleurs, il est clair que si le procès principal tombe du fait de la prescription, du décès, de l'ordre public, ou chute parce que la loi a changé, la question prioritaire de constitutionnalité se perpétue et le Conseil constitutionnel peut quand même statuer.

Du côté de la Cour européenne des droits de l'homme, il avait été envisagé de créer une question préjudicielle devant la Cour européenne des droits de l'homme. Malheureusement, le changement de personnel a fait que cette voie a été abandonnée. L'astuce pour le Conseil constitutionnel est donc de dire qu'en ce qui concerne la Cour européenne, c'est aux juges eux-mêmes de l'appliquer et ils peuvent appliquer directement étant donné que nous sommes dans un système moniste. À la différence du système italien, le juge peut écarter la loi et appliquer directement la Convention. Ce qui fait le succès de la Convention européenne des droits de l'homme pour les praticiens est qu'elle est d'application immédiate. L'avantage pour l'avocat, c'est que, bien qu'il puisse y avoir appel, il est possible de facturer les honoraires tout de suite grâce à la réponse immédiate d'un juge. Ce qui est surréaliste, pour rejoindre ce que disait Patrick Gaïa, c'est que la Cour européenne des droits de l'homme ne fait que condamner l'État, elle n'intervient absolument pas dans le procès, alors que le renvoi de l'article 267, qui théoriquement a l'autorité relative de la chose jugée, intervient dans le procès avec *de facto* une autorité *erga omnes*. La puissance de la question préjudicielle serait donc normalement beaucoup plus forte. Mais les juges, ayant été formés à la déification de la Convention, appliquent la Convention. C'est pourquoi il faut leur dire qu'il existe des droits constitutionnels et une question de constitutionnalité, et qu'ils doivent renvoyer dès qu'ils ont un doute et qu'ils n'ont pas eux-mêmes à s'ériger en contrôleurs et à refuser de renvoyer en faisant un contrôle négatif. Tant que ce système de non-renvoi existera, la Convention sera avantageuse. D'où l'intérêt de demander au maximum aux juges de renvoyer dès qu'ils ont un doute.