

Note d'information

DEMOCRACY
REPORTING
INTERNATIONAL

LE CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE A
POSTERIORI DES LOIS EN DROIT COMPARE

© Democracy Reporting International (DRI). Tous droits réservés. La diffusion du présent document sur une base non commerciale est encouragée, sous réserve que DRI soit cité comme source, et qu'une copie des traductions en d'autres langues lui soit fournie. DRI produira une version en langue arabe.

Mars 2018

Avec le soutien de :



Foreign &
Commonwealth
Office

RAPPORT

**LE CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE A *POSTERIORI*
DES LOIS EN DROIT COMPARE**

TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉ	5
INTRODUCTION	6
1. LES ENJEUX ET DÉFIS DU CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS <i>A POSTERIORI</i>	8
2. LES MODALITÉS DE FILTRAGE INSTITUÉES DANS LE CADRE DU CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS <i>A POSTERIORI</i>	10
3. LES DILEMMES POSÉS PAR LE CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS <i>A POSTERIORI</i>	13
4. LECONS TIRÉES DES EXPÉRIENCES COMPARÉES DE CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS <i>A POSTERIORI</i>	16

RÉSUMÉ

Le contrôle *a posteriori*, c'est-à-dire l'examen de la constitutionnalité d'une disposition législative lorsque la loi est déjà entrée en vigueur, permet l'identification d'une inconstitutionnalité révélée par la mise en œuvre de la loi et qui n'aurait peut-être pas pu être détectable de prime abord.

Cette note d'information tente de synthétiser les lignes directrices pouvant servir d'éléments de réflexion aux Etats souhaitant opérationnaliser le contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori*.

La mise en place d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* pose des défis, dont certains sont liés à des contingences pratiques : les recours peuvent être trop nombreux ou infondés et engorgent les différentes juridictions. Ces risques liés au contrôle de constitutionnalité *a posteriori* imposent une discipline d'organisation permettant de rationaliser les modalités de contrôle. L'idée d'un filtrage des recours s'est ainsi manifestée pour permettre une organisation rationnelle et efficace du traitement des recours en inconstitutionnalité introduits devant les juridictions. **La difficulté tient en réalité à l'organisation du filtrage et à son équilibre en termes de rationalité dans l'exercice des recours et de protection des droits des requérants.**

Les principaux modèles de filtrage consacrés en droit comparé sont les suivants :

- 1- La Cour constitutionnelle filtre elle-même les recours en inconstitutionnalité (Allemagne). Ce système exige une organisation logistique importante pour permettre le tri des recours surtout quand ils sont nombreux.
- 2- Chaque juridiction filtre les recours en inconstitutionnalité sans pour autant pouvoir les juger elle-même sur le fond (Italie, France, Afrique du sud). Toutefois, l'étendue du rôle du juge ordinaire dans le filtrage des recours varie d'un Etat à un autre :
 - Certains Etats se limitent à imposer au juge saisi de vérifier qu'il existe une disposition constitutionnelle invoquée sans s'intéresser au contenu ni apprécier la pertinence de la question de constitutionnalité soulevée.
 - D'autres Etats ont en revanche choisi de confier un rôle plus actif au juge du fond en lui demandant de vérifier que la disposition constitutionnelle est pertinente et que le raisonnement de constitutionnalité invoqué se rapporte bien au problème soulevé par l'affaire au fond.

En pratique, le choix de l'étendue du filtrage accompli par les juridictions ordinaires dépend du contexte et de la confiance que le constituant et le législateur organique leurs accordent.

L'expérience comparée montre que lors de l'instauration d'une procédure de contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, le flux des recours est important puis redescend pour se stabiliser lorsque les requérants et leurs représentants en justice comprennent parfaitement le fonctionnement du mécanisme de contrôle. Il n'en reste pas moins que cette procédure de contrôle *a posteriori* devient rapidement la voie dominante lorsque les deux voies du contrôle sont ouvertes (*a priori* et *a posteriori*). Tel a été le cas par **exemple en Italie et en Espagne ou encore en Afrique du sud.**

INTRODUCTION

Le développement des Cours constitutionnelles dans le monde depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale a donné lieu à une augmentation considérable des questions de constitutionnalité soulevées à l'occasion d'un procès. Il existe de nombreuses modalités de contrôle de constitutionnalité dans le monde et chaque Cour habilitée à examiner une « question de constitutionnalité » adopte souvent des modalités qui lui sont propres. Il est cependant devenu habituel de classer pédagogiquement les différentes formes de contrôle de constitutionnalité pour permettre de comprendre à quel moment et sur quel acte le juge intervient pour trancher cette question de constitutionnalité. Avant d'examiner le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* - objet central de cette note d'information - il est utile de comprendre les différentes options qui se présentent aux constituants pour instituer un contrôle de constitutionnalité. Trois différences méritent d'être soulignées.

La première différence importante qui divise les modalités du contrôle de constitutionnalité entre les Cours repose sur le moment du contrôle.

Certaines cours constitutionnelles sont habilitées – parfois même exclusivement - à examiner la constitutionnalité d'une loi avant son entrée en vigueur, c'est-à-dire avant même qu'elle ne produise ses effets. Ce contrôle est dénommé « contrôle *a priori* » .

D'autres cours constitutionnelles sont en revanche habilitées à examiner la constitutionnalité d'une disposition législative lorsque la loi est déjà entrée en vigueur, que ce soit directement devant la Cour constitutionnelle ou que ce soit par le biais d'une question posée devant une juridiction ordinaire. Ce type de contrôle est dénommé « contrôle *a posteriori* » parce qu'il prend place après que la loi ait pu produire ses effets. Le recours direct ne sera pas développé dans cette note d'information.

Certains Etats ont mis en place les deux types de contrôle : contrôle *a priori* et contrôle *a posteriori*. L'avantage du contrôle *a priori* repose sur son caractère immédiat : si une inconstitutionnalité est détectée, elle sera supprimée avant même son entrée en vigueur. La suppression de l'inconstitutionnalité bénéficiera à tous. En revanche, le contrôle *a posteriori* permet l'identification d'une inconstitutionnalité révélée par la mise en œuvre de la loi et qui n'aurait peut-être pas pu être détectable de prime abord.

La deuxième différence importante qui sépare les modalités de contrôle de constitutionnalité en droit comparé repose sur le caractère abstrait ou concret du contrôle de constitutionnalité.

Le contrôle abstrait se définit comme le contrôle qui ne prend pas en considération le contexte dans lequel les normes sont appliquées. Il s'agit d'un contrôle de compatibilité (ou de conformité) entre la norme inférieure (la loi, le règlement) et la norme supérieure représentée par la Constitution. Lorsque ce contrôle est mis en

œuvre, le juge se limite à vérifier qu'il n'existe pas d'incompatibilité entre les deux normes. On baptise parfois ce contrôle de « contrôle de norme à norme » pour bien faire comprendre qu'il n'y a de place pour aucun élément factuel ou contextuel. Le contrôle abstrait étant un contrôle détaché de toute affaire donne lieu généralement à une décision dont l'effet de la chose jugée possède une valeur erga omnes, c'est-à-dire valant à l'égard de tous. Lorsqu'une décision a déclaré inconstitutionnelle une disposition législative, cette dernière ne peut plus être appliquée et disparaît de l'ordre juridique.

Le contrôle concret constitue en revanche une forme de contrôle déclenchée lors de la mise en œuvre d'une disposition législative et dont l'objectif consiste à évaluer la compatibilité entre cette mise en œuvre de la loi dans le contexte donné et la Constitution. En d'autres termes, le contrôle concret se focalise sur une situation déterminée dans laquelle la loi est mise en œuvre : le juge constitutionnel doit apprécier la compatibilité de cette mise en œuvre au regard des dispositions constitutionnelles. Le contrôle concret de constitutionnalité débouche sur un contrôle de « situation à norme » et non plus de « norme à norme ». Il répond à la question : les dispositions législatives telles qu'elles ont été appliquées dans le cadre de l'affaire contentieuse respectent-elles les dispositions constitutionnelles ? Ce type de contrôle est évidemment limité à une situation donnée et ne peut donner lieu qu'à un effet relatif de la chose jugée ou inter partes (c'est-à-dire entre les parties). Les cours constitutionnelles ou les cours habilitées à examiner la constitutionnalité d'une loi ou d'une situation dans laquelle est appliquée une loi ne sont liées par leur propre décision que dans le cadre de l'affaire qu'ils ont tranché.

Les cours constitutionnelles dans le monde se partagent entre ce caractère abstrait ou concret du contrôle, parfois même des deux. On remarquera que si le contrôle *a priori* est systématiquement abstrait (la loi n'étant pas encore entrée en vigueur) le contrôle *a posteriori* peut être soit abstrait, soit concret.

La troisième différence repose sur l'unicité ou la pluralité de juridictions constitutionnelles. Les Etats ayant adopté le contrôle de constitutionnalité se partagent entre le contrôle concentré (exercé par une seule Cour qui possède le monopole du contrôle de constitutionnalité) ou le contrôle diffus (exercé par l'ensemble des juridictions qui peuvent trancher une question de constitutionnalité au cours d'un litige). Le contrôle concentré entre les mains d'une seule Cour chargée de l'exclusivité du contrôle de constitutionnalité est souvent baptisé modèle « Kelsénien » (dérivé du nom de son concepteur) ou « européen » de justice constitutionnelle. Le contrôle diffus exercé par chaque juridiction est appelé « modèle américain » de justice constitutionnelle (du nom de l'Etat dans lequel ce modèle s'est développé originellement). Il n'existe pas de supériorité d'un modèle sur un autre. Tous possèdent leurs avantages et leurs inconvénients. Le choix d'un de ces modèles dépend souvent de la structure de l'Etat, de l'histoire constitutionnelle et juridictionnelle ou de situations pratiques ou structurelles propres à un Etat. En revanche, l'instauration d'un nouveau contrôle de constitutionnalité dans une constitution en phase d'écriture impose de s'interroger à la fois sur la pertinence théorique du modèle mais également sur ses implications pratiques.

Une originalité ? Les modèles mixtes mêlant une combinaison de contrôle diffus et de contrôle concentré : le Portugal et la Grèce – Bien que les « modèles de justice constitutionnelle » semblent s'exclure mutuellement, le Portugal et la Grèce ont opté pour des modèles mixtes. Les deux pays ont à la fois confié à chaque juridiction le soin d'examiner la compatibilité entre la Constitution et l'acte contesté tout en créant une Cour constitutionnelle chargée exclusivement de vérifier la compatibilité des interprétations et appréciations constitutionnelles opérées par les juridictions ordinaires (Tribunal constitutionnel créé en 1981 au Portugal et Cour suprême spéciale en Grèce). Cette juridiction constitutionnelle possède le monopole de traitement des questions constitutionnelles en dernier ressort. Elle joue ainsi un peu le rôle d'une Cour suprême qui n'aurait que des attributions en matière constitutionnelle. C'est à ce titre que l'on qualifie ces modèles de « mixtes ».

1. LES ENJEUX ET DÉFIS DU CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS A POSTERIORI

La présente note d'information est destinée à exposer les différentes options qui s'offrent à un Etat ayant choisi de consacrer un contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Le contrôle *a priori* est en effet moins complexe puisqu'il fait intervenir la Cour constitutionnelle avant l'entrée en vigueur de la loi¹.

Le contrôle *a posteriori* fait entrer pleinement le contentieux constitutionnel dans le contrôle juridictionnel. Hormis les hypothèses de recours direct en inconstitutionnalité², le contentieux constitutionnel peut potentiellement être mis en œuvre à l'occasion d'un litige entre des parties. L'idée de faire prévaloir la Constitution sur la loi lors de sa mise en œuvre³ n'est que la conséquence directe du respect de la hiérarchie des normes. Il serait en effet juridiquement inacceptable que cette hiérarchie ne soit pas respectée par le juge, faute de moyens de contrôle. Le but du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* vise donc à remédier à une telle incohérence, incohérence qui frappe et frappe encore de nombreux Etats. Les Etats africains, par exemple, ayant adopté le modèle français de justice constitutionnelle d'avant la révision de 2008 sont dans cette situation. La loi adoptée – même inconstitutionnelle – ne peut être remise en cause par aucune juridiction.

La mise en place d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, pour souhaitable et indispensable qu'elle soit dans un Etat de droit, pose néanmoins un certain nombre de défis. Certains de ces défis sont liés à la nature même du contrôle *a posteriori*. D'autres sont liés à des contingences pratiques : ouvrir le prétoire du juge constitutionnel constitue un progrès pour l'Etat de droit mais peut également se révéler difficile si les recours sont trop nombreux ou infondés et engorgent les différentes juridictions. L'instauration d'un tel contrôle de constitutionnalité doit donc se poser autant en termes théoriques que pratiques et permettre de trouver un équilibre entre ces exigences.

A côté du choix des modalités du contrôle de constitutionnalité, il existe un autre élément majeur à prendre en considération reposant sur les individus ou les organes susceptibles de déclencher la procédure de contrôle de constitutionnalité.

Dans le cadre du contrôle *a priori*, la loi n'étant pas encore entrée en vigueur, cette procédure est généralement réservée à des autorités politiques constituées, représentant les deux pouvoirs exécutif et législatif (Chef de l'Etat, Chef du gouvernement, Président des assemblées, Parlementaires, etc.). Elle s'explique en raison de l'équilibre des pouvoirs et a parfois été conçue comme un droit de l'opposition de contester les actes législatifs

¹ Ce type de contrôle de constitutionnalité pose d'ailleurs la question de savoir s'il s'agit d'un véritable contrôle juridictionnel, car le juge constitutionnel n'est pas véritablement chargé de « trancher un litige » (*juris-dictio*) mais d'évaluer les rapports de compatibilité entre le texte législatif adopté – qui n'a pas encore d'existence légale – et la Constitution.

² Le recours direct qui ne sera pas développé ici permet à un justiciable de saisir directement la Cour constitutionnelle, hors de tout procès, pour que soit déclarée inconstitutionnelle une disposition qui serait affectée d'une inconstitutionnalité et qui n'aurait pas fait l'objet d'un contrôle préalable. La représentation de cette hypothèse la plus emblématique est celle de l'Allemagne qui autorise un recours direct en inconstitutionnalité pour violation des droits fondamentaux. Il suffit alors au requérant de démontrer qu'il pourrait être potentiellement lésé dans ses droits subjectifs pour pouvoir intenter un tel « recours direct en inconstitutionnalité ». Les exigences en matière de recevabilité sont cependant élevées et en Allemagne, seul un faible pourcentage de ces recours (2%) est examiné au fond. La Cour constitutionnelle sud-africaine connaît également une telle possibilité de recours direct.

³ Cette note - de par son titre - ne prend pas en compte le contrôle de constitutionnalité des autres actes normatifs que la loi. On rappellera pourtant ici pour mémoire que le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* peut également concerner les actes administratifs ou assez fréquemment dans certains Etats les décisions juridictionnelles elles-mêmes tels que les recours d'*amparo* en Espagne ou de *tutelas* en Amérique latine.

pris par la majorité mais également comme un moyen élargi de faire respecter la constitutionnalité des lois. En raison du nombre limité d'autorités susceptibles de déclencher le contrôle de constitutionnalité ainsi que de la rapidité nécessaire à rendre une décision, cette modalité de contrôle de constitutionnalité ne suscite guère de problèmes, hormis celui de statuer dans un délai limité qui reste cependant parfaitement gérable si l'organisation et la logistique de l'organe de contrôle – c'est-à-dire de la Cour constitutionnelle – sont adaptées.

Dans le cadre du contrôle *a posteriori*, les possibilités sont en revanche plus étendues car cette forme de contrôle de constitutionnalité n'est pas soumise à une question de délai qui empêcherait de contester la constitutionnalité de la loi. La difficulté repose ici davantage sur la multiplicité des opportunités de contestation de la constitutionnalité de la loi qui impose une discipline d'organisation permettant de rationaliser les modalités de contrôle. Si les auteurs d'un recours en inconstitutionnalité *a posteriori* sont limités aux autorités publiques, qu'elles relèvent du pouvoir exécutif, du pouvoir législatif ou judiciaire, la question ne se posera guère différemment de ce qu'elle est dans le contrôle *a priori*. Certains aménagements procéduraux seront nécessaires, mais la limitation de l'initiation du contrôle *a posteriori* à quelques autorités de saisine, permettra à ce contrôle de rester gérable en raison du nombre limité des autorités de saisine. En revanche, la difficulté s'accroît si l'on accepte que les recours en inconstitutionnalité puissent être soulevés par des individus qui souhaitent défendre leurs droits constitutionnels ou faire respecter la Constitution dans le cadre d'un recours contentieux auquel ils sont partie prenante. Cette ouverture du prétoire constitutionnel aux individus a généré nombre de critiques arguant de l'encombrement des tribunaux et du risque de recours dilatoires. Sans être infondées, de telles critiques méritent d'être relativisées car elles privilégient souvent une analyse en termes de seule gestion logistique des recours en inconstitutionnalité. Si le risque n'est pas inexistant, l'ouverture du prétoire du juge constitutionnel aux individus n'est que la conséquence logique de la reconnaissance des droits qui leur sont constitutionnellement reconnus. Il y aurait un paradoxe à reconnaître des droits qui ne pourraient être concrètement et effectivement protégés. Notons enfin que la solution qui consisterait pour le juge ordinaire à soulever d'office une inconstitutionnalité qu'il détecterait est statistiquement peu pratiquée⁴. Elle constituerait certes un moyen d'ordre public constitutionnel mais reviendrait à faire d'un juge ordinaire un procureur de l'inconstitutionnalité des lois, ce qui ne rentre pas dans sa mission. La solution la plus répandue consiste donc à faire du requérant l'acteur qui déclenche le recours en inconstitutionnalité.

L'universalité de la procédure de la question préjudicielle devant les juridictions constitutionnelles – Un tour d'horizon des Constitutions et des pratiques constitutionnelles permet de constater que la technique de la question préjudicielle de constitutionnalité n'est pas l'apanage d'un continent particulier. On la trouve dans quelques Etats d'Amérique latine comme le Panama, l'Uruguay, le Honduras ou le Costa-Rica. Même si la majeure partie des Etats latino-américains utilise le modèle américain d'exception d'inconstitutionnalité. En Europe de l'ouest elle a connu un développement exponentiel en Autriche, Allemagne, Italie, Espagne, Portugal, Grèce, Belgique, France... En Europe de l'est, bien que le développement ait été plus tardif, elle a également connu un certain succès : en Lituanie, Pologne, Slovaquie, Slovénie, Bulgarie, Roumanie... En Afrique, on la retrouve au Bénin, Burkina-Faso, Sénégal, Djibouti... En Asie, on la retrouve en Corée du sud, par exemple. Si ces Etats pratiquent la question préjudicielle avec des modalités différentes, l'importance qu'elle revêt dans le contentieux constitutionnel général est variable d'un Etat à un autre. Les structures différentes des Etats (unitaire, fédéral...) ou d'autres facteurs (parfois historiques) peuvent expliquer cet engouement ou cette modération pour ce type de contrôle de constitutionnalité *a posteriori*.

⁴ Même si elle existe par exemple en Italie où le juge saisi possède concurremment le pouvoir de saisir le juge constitutionnel, conformément à l'article 1^{er} de la loi constitutionnelle 1/48 du 9 février 1948.

2. LES MODALITES DE FILTRAGE INSTITUTEES DANS LE CADRE DU CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE DES LOIS A POSTERIORI

La multiplicité des opportunités de contestation de la constitutionnalité de la loi risque d'encombrer les tribunaux, d'engorger les Cours constitutionnelles avec des requêtes qui n'auraient aucune chance d'aboutir et d'empêcher les juridictions constitutionnelles de se concentrer sur leur mission première de juge constitutionnel. Il est par conséquent nécessaire de « discipliner » la procédure du recours en inconstitutionnalité *a posteriori* en l'enserrant dans un cadre qui, tout en ne sacrifiant pas l'effectivité du recours, le rend pratiquement gérable pour les juges chargés de le mettre en œuvre. **L'idée d'un filtrage des recours s'est ainsi manifestée pour permettre une organisation rationnelle et efficace du traitement des recours en inconstitutionnalité introduits devant les juridictions.** Ces filtrages ne doivent cependant pas concrètement conduire à limiter le recours en inconstitutionnalité par une multiplication des conditions de recevabilité qui rendraient impossible l'exercice de ce recours.

La recevabilité d'un recours – La recevabilité d'un recours correspond aux conditions exigées par les textes législatifs et réglementaires pour que celui-ci (le recours) puisse être examiné par le juge compétent. Ces conditions de recevabilité peuvent être relatives à l'acte contrôlé (par exemple, cet acte ne doit pas déjà avoir fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité) ou au requérant (par exemple, celui-ci doit avoir un intérêt à agir pour pouvoir contester l'inconstitutionnalité de la loi). **La multiplication des conditions de recevabilité du recours rend celui-ci plus difficile à exercer et limite donc les risques de multiplication des recours.** On peut comparer les conditions de recevabilité à un robinet que l'on pourrait ouvrir plus ou moins fort pour canaliser le flux des recours. En augmentant, le nombre des conditions de recevabilité, on limite le nombre de recours. En revanche, **la recevabilité d'un recours ne porte jamais sur le fond de l'acte.** Lorsque le recours est considéré comme recevable parce que l'intégralité des conditions prescrites est remplie, le juge peut l'examiner au fond.

La difficulté tient ici en réalité à l'organisation du filtrage et à son équilibre en termes de rationalité dans l'exercice des recours et de protection des droits des requérants. Plusieurs cas de figure sont envisageables. En voici les principales modalités.

La première hypothèse consiste à confier l'organisation de ce filtrage à la Cour constitutionnelle elle-même. Celle-ci reçoit l'intégralité des recours et organise en son sein une procédure destinée à écarter les recours dilatoires ou manifestement infondés quant à leur argumentation constitutionnelle. Ce système qui prévaut dans de nombreux Etats, **comme l'Allemagne**⁵ par exemple, exige toutefois une organisation logistique importante pour permettre le tri des recours. Généralement, cet examen de la recevabilité s'opère à travers une formation restreinte de juges constitutionnels (ou plusieurs formations) chargée(s) de se prononcer exclusivement sur la recevabilité du recours. Cette solution peut s'avérer satisfaisante si le nombre des recours en inconstitutionnalité reste limité. Il devient beaucoup plus problématique lorsque les recours affluent. Il est

5 V. § 93a de la Loi sur la Cour constitutionnelle fédérale.

donc nécessaire d'organiser cette procédure de filtrage et de lui octroyer un cadre suffisamment déterminé pour que la situation permette d'examiner les véritables questions de constitutionnalité qui se posent dans le cadre du contrôle *a posteriori* et ceci dans un délai raisonnable.

Le filtrage devant la Cour constitutionnelle allemande – La Cour constitutionnelle allemande a institué de longue date un filtrage des recours constitutionnels, dénommé « admission ». Elle a constitué des sections de trois juges qui statuent sur la recevabilité des recours qui leur sont soumis. La décision est prise selon une procédure écrite et n'a pas à être motivée. Une section de trois juges peut, si elle est unanime, refuser cette admission sans motivation. La loi sur la Cour constitutionnelle (§ 93, al. 2) dispose à ce propos que l'admission est de droit, d'une part, lorsque le recours revêt une importance particulière pour le droit constitutionnel et, d'autre part, lorsque le requérant risque de subir un préjudice grave. En pratique, ce sont plus de 5000 requêtes par an qui sont transmises à la Cour constitutionnelle mais seul un petit nombre de requêtes franchissent le cap du filtrage. Ce sont toutefois souvent des affaires d'importance.

La deuxième hypothèse consiste au contraire à confier à chaque juridiction le pouvoir de filtrer les recours en inconstitutionnalité sans pour autant pouvoir les juger elle-même. Ce système est utilisé dans de nombreux Etats (Italie, France, Afrique du sud) mais peut se révéler plus ou moins sophistiqué et comprendre des conditions plus ou moins strictes selon les Etats. Les options ne sont cependant pas infinies et correspondent à une volonté plus ou moins affirmée du constituant ou du législateur (organique) de discipliner les recours.

Le filtrage des recours en inconstitutionnalité effectué par le juge ordinaire (juge *a quo*) est généralement soumis à deux conditions.

La première condition – et au fond la plus importante – consiste à *savoir si*, dans le procès au fond, **il existe une véritable question de constitutionnalité** qui conditionne la solution du litige. La tentation est en effet grande de vouloir introduire une question de constitutionnalité là où elle n'existe pas vraiment ou est purement illusoire. La question préjudicielle peut dans ce cas devenir un moyen dilatoire pour retarder le déroulement de l'instance. Il est donc nécessaire que la question de constitutionnalité soit précise (quelle est la disposition constitutionnelle spécifiquement invoquée pour contester la disposition législative ciblée par le recours ?). Une invocation générale de l'inconstitutionnalité de la disposition législative ne serait pas suffisante. Il faut une norme constitutionnelle précise. Cela permet d'écartier les recours réellement dilatoires.

La seconde condition consiste à se demander si, au-delà de *la disposition constitutionnelle invoquée*, celle-ci *pose réellement un doute quant à la solution à apporter au litige*. Cette condition implique davantage une appréciation de la relation entre la disposition constitutionnelle invoquée et la question posée, c'est-à-dire de la pertinence entre la disposition constitutionnelle invoquée et la disposition contestée. Elle se traduit par l'exigence du caractère fondé, sérieux ou nouveau de la question. Cette condition impose au juge du fond de s'impliquer dans l'analyse de la question posée et de vérifier – au-delà des conditions de forme exigées – que la question n'est pas dilatoire.

La satisfaction de ces deux conditions est résolue différemment par les différentes procédures de transmission de la question de constitutionnalité aux Cours constitutionnelles.

Certains Etats se limitent à *imposer au juge saisi une transmission automatique* : le juge se borne à vérifier

qu'il existe une disposition constitutionnelle invoquée et que les requérants demandent une confrontation de cette disposition à la disposition législative contestée. Le juge se transforme ici en une sorte de « boîte aux lettres » où son rôle se limite à vérifier que la lettre est bien « timbrée ». Il ne s'intéresse pas au contenu. Dans cette hypothèse, il s'agit d'une transmission où l'examen de la recevabilité se limite à constater la présence des éléments requis sans pouvoir les apprécier. Il faut ici également mentionner l'hypothèse dans laquelle malgré un pouvoir d'appréciation reconnu par les textes, le juge saisi transmet de façon quasi-systématique les recours en inconstitutionnalité. Tel est par exemple le cas en Espagne avec le recours d'amparo.

D'autres Etats ont en revanche choisi de confier **un rôle plus actif au juge du fond** en lui demandant de *vérifier que la disposition constitutionnelle est pertinente et que le raisonnement de constitutionnalité invoqué se rapporte bien au problème soulevé par l'affaire au fond*. Sans répondre ici à la question de constitutionnalité, le juge vérifie qu'il en existe au moins une et que la réponse est nécessaire pour statuer sur le fond de l'affaire. Dans ce cas, le rôle du juge du fond est beaucoup plus actif. **Certains ont même baptisé ce rôle du juge ordinaire de « juge constitutionnel négatif » dans la mesure où le refus de transmission équivaut à reconnaître qu'il n'existe pas de problème de constitutionnalité**. On conçoit donc que le rôle du juge du fond peut être sensiblement différent suivant les systèmes de contrôle de constitutionnalité *a posteriori*.

L'équilibre à trouver entre ces différents impératifs est évidemment conditionné par nombre d'exigences qui varient d'un Etat à un autre. L'ancrage des procédures est souvent lié à la pratique contentieuse des Etats ainsi qu'à l'évolution du contentieux constitutionnel.

Les procédures de filtrage dans le cadre du contrôle *a posteriori* peuvent aussi **inclure un double contrôle préalable** : le premier, réalisé par le juge du fond, repose sur une analyse sommaire des conditions extérieures de recevabilité (situation française après 2008 ou belge, v. encadré) exigées pour que le recours soit transmis ; le second est exercé soit par la juridiction suprême dont relève le juge du fond (judiciaire ou administrative) soit par la Cour constitutionnelle elle-même et repose sur une analyse plus qualitative des conditions de recevabilité du recours (caractère réellement sérieux des moyens invoqués, absence de résolution antérieure de la même question par la juridiction constitutionnelle...). Ce mécanisme à double étage permet d'une part, d'empêcher le juge du fond de l'affaire de se transformer en véritable juge constitutionnel (il se limite à vérifier que des dispositions constitutionnelles précises sont invoquées et qu'il y a bien une question de constitutionnalité posée) mais d'opérer un premier tri et d'autre part, de ne pas encombrer les chambres de la Cour constitutionnelle en procédant à un examen préalable de la recevabilité. Il reste cependant assez rare.

L'obligation de saisir le juge constitutionnel en cas de question préjudicielle de constitutionnalité : obligation ou faculté ? – La rédaction des dispositions constitutionnelles ou législatives relatives à la procédure de la question préjudicielle de constitutionnalité laisse normalement peu d'ambiguïté quant au caractère discrétionnaire ou obligatoire de la question à poser. Le plus souvent, le juge est tenu de saisir la juridiction constitutionnelle dès lors que les conditions fixées par la loi sont remplies (France). En revanche, dans certains Etats, comme la Belgique, la transmission d'une question préjudicielle de constitutionnalité n'est obligatoire que si la décision du juge du fond est insusceptible de recours. Dans le cas belge, la question préjudicielle de constitutionnalité reste une faculté pour le juge dont la décision sur le fond est susceptible de recours. Cette solution permet également de limiter les recours dilatoires et ne remet pas en cause le principe de la question préjudicielle puisque celle-ci pourra automatiquement être posée en cas de refus du juge lorsque l'affaire aura atteint le stade du dernier ressort.

3. LES DILEMMES POSES PAR LE CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE DES LOIS A POSTERIORI

Le droit comparé en matière de mécanismes de contrôle *a posteriori* révèle que les solutions les plus simples sont les plus efficaces mais également que les procédures de filtrage ont souvent évolué dans le temps avec la pratique. Certaines de ces procédures avaient prévu des mécanismes d'appréciation des conditions qui se sont révélés très utiles au fil du temps.

Le premier dilemme a été de déterminer s'il fallait confier au juge ordinaire un pouvoir d'appréciation dans la transmission des questions de constitutionnalité.

Les Etats ayant nouvellement introduit un système de contrôle *a posteriori* se sont généralement montrés prudents à l'idée de confier au juge ordinaire un pouvoir d'appréciation qui leur apparaissait potentiellement délicat à conférer à un juge peu familiarisé avec les questions de constitutionnalité. Si les solutions varient sur ce point, on relève cependant une tendance à reconnaître au juge du fond un pouvoir d'opérer un « premier tri » des recours en inconstitutionnalité : ce qui est manifestement irrecevable même pour une personne non avertie ne doit pas franchir le stade du juge ordinaire. Même si le contrôle exercé est purement formel, il permet d'éviter que le recours en inconstitutionnalité ne se transforme en moyen dilatoire.

D'autres Etats sont allés plus loin et ont permis au juge *a quo* de vérifier qu'outre l'invocation d'arguments fondés sur des normes constitutionnelles, il existe également une question qui ne soit pas « manifestement infondée » ce qui lui permet de ne pas transmettre des questions dont le fondement et le raisonnement constitutionnels sont manifestement aberrants. L'Italie fait partie de ces Etats et possède pourtant un contentieux constitutionnel majoritairement *a posteriori*. Cette procédure représente selon les années entre 50% et 65% de l'activité de la Cour italienne.

L'Italie : berceau de la question préjudicielle de constitutionnalité - Prévues par la loi constitutionnelle 1/48 du 9 février 1948 « la question de constitutionnalité d'une loi ou d'un acte de l'Etat ayant force de loi est transmise à la Cour constitutionnelle pour qu'elle statue sur elle si, au cours d'une procédure juridictionnelle, elle est relevée d'office ou soulevée par l'une des parties, et si le doute sur sa constitutionnalité n'est pas manifestement infondé ».

Le deuxième dilemme concerne le mécanisme de filtrage à double degré : faut-il confier au juge ordinaire suprême ou à la Cour constitutionnelle le soin de réexaminer la recevabilité du recours avant son examen au fond⁶ ? Si le second filtrage est exercé par les juridictions suprêmes ordinaires (judiciaire ou administrative), l'examen de la recevabilité constituera l'œuvre du juge ordinaire : il restera alors à déterminer quel est le degré de confiance placé dans ces juridictions pour examiner les questions de constitutionnalité ? Si en revanche le second filtrage est exercé par la Cour constitutionnelle elle-même, la recevabilité sera donc examinée

⁶ La réponse à cette question dépend évidemment du rôle exercé par le juge *a quo* et sa capacité à examiner le caractère sérieux ou fondé du recours. Si le juge du fond se limite à transmettre la question de constitutionnalité en se bornant à vérifier la présence formelle de certains éléments sans les apprécier, le second filtrage constitue souvent en réalité le premier examen de la recevabilité du recours.

par la même juridiction que celle statuant sur le fond. Toutefois, dans ce dernier cas, il n'est pas rare que la Cour constitutionnelle institue dans sa loi de fonctionnement (loi organique) une formation spéciale chargée de statuer sur la recevabilité de la requête au regard des textes. Dans ce cas, l'examen de la recevabilité se fait par un mécanisme de filtrage interne à la Cour constitutionnelle. Les textes ne requièrent pas toujours de motivation pour la décision de filtrage mais en pratique, il n'est pas rare que les juridictions motivent les décisions d'irrecevabilité des recours (Allemagne, Italie). En pratique, le choix du second degré de filtrage dépend du contexte et de la confiance que le constituant et le législateur organique possèdent dans les juridictions ordinaires. L'expérience et la pratique aidant, les mécanismes peuvent également évoluer vers une plus grande souplesse et une meilleure gestion du flux des recours.

Un cas à part ? La France et l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité par la révision constitutionnelle de 2008 – La question de constitutionnalité posée dans le cadre d'une question préjudicielle (prioritaire) a représenté une innovation fondamentale dans un Etat où il n'y avait jamais eu auparavant de contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Cette procédure présente deux caractéristiques majeures : elle est relativement rapide (moins de huit mois pour rendre une décision de constitutionnalité) et elle est juridiquement encadrée par des conditions de recevabilité strictes (formes) appréciées dans le cadre d'un système de double filtrage exercé par les juridictions ordinaires : un devant la juridiction saisie sur le fond de l'affaire ; un devant la juridiction suprême de chaque ordre (Cour de cassation et Conseil d'Etat). Ce système complexe a permis de limiter le nombre de questions posées au juge constitutionnel. Entre 2010 et 2013, sur plusieurs milliers de questions posées devant les juridictions ordinaires, seules 1520 questions ont été transmises aux juridictions supérieures, lesquelles ont renvoyé 314 questions au juge constitutionnel. Si ce système reste complexe, il n'en a pas moins été efficace pour contenir le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* dans des limites raisonnables. Le système français reste cependant isolé dans la mesure où il confie ce double système de filtrage aux juridictions ordinaires.

Le contentieux des droits et libertés fondamentaux constitutionnellement protégés est certainement le plus fourni en la matière. Entre la sensation qu'un requérant peut avoir que son droit constitutionnellement protégé a été méconnu et la réalité de cette violation, l'écart peut être important. Ceci explique notamment qu'après l'instauration d'une procédure de contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, le flux des recours soit important puis redescende pour se stabiliser lorsque les requérants et leurs représentants en justice comprennent parfaitement le fonctionnement du mécanisme de contrôle. Il n'en reste pas moins que cette procédure de contrôle *a posteriori* devient rapidement la voie dominante lorsque les deux voies du contrôle sont ouvertes (*a priori* et *a posteriori*). Tel a été le cas par **exemple en Italie et en Espagne ou encore en Afrique du sud**. La République fédérale d'Allemagne fournit cependant un exemple contraire puisque si la question préjudicielle de constitutionnalité existe, elle n'a pas connu le succès de ses homologues latins.

Le troisième dilemme repose sur la nature du contrôle *a posteriori* : peut-on véritablement le classer dans la catégorie du contrôle abstrait ou du contrôle concret ? La question peut sembler assez éloignée des questions de recevabilité mais elle possède en réalité une incidence importante. En toute logique, le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* ne devrait être concret que lorsque le même juge statue sur la constitutionnalité et sur le fond du litige : tel est le cas dans le modèle américain d'exception d'inconstitutionnalité. Dans le mécanisme de la question préjudicielle, le juge constitutionnel n'est normalement saisi que de la question de constitutionnalité par rapport à la disposition législative contestée : il déconnecte donc sa réponse de la prise en considération des faits de l'espèce ayant donné naissance à la question. En toute logique, sa décision devrait fournir une réponse abstraite et posséder une autorité absolue de chose jugée.

Toutefois, la pratique révèle souvent une situation beaucoup plus complexe qui mêle arguments abstraits et arguments concrets, qui conduisent le juge constitutionnel à analyser la question au regard des arguments

juridiques mais également de ceux des éléments du dossier. Il n'est ainsi pas rare que le juge constitutionnel organise des audiences pour entendre les arguments constitutionnels des parties rattachés au dossier. En conséquence, les décisions rendues mêlent des arguments de pur droit mais également de fait permettant au juge de projeter l'analyse de la constitutionnalité de la disposition législative dans le contexte où elle a été appliquée. Ce processus d'analyse amène à s'interroger sur l'effet des décisions de constitutionnalité rendues dans le cadre du contrôle *a posteriori* car si la disposition a déjà fait l'objet d'un contrôle (*a priori* ou *a posteriori*), elle ne peut - le plus souvent - être contrôlée à nouveau dans le cadre d'un autre recours en inconstitutionnalité portant sur le même objet (ceci en raison de l'application par le juge constitutionnel de la « théorie de la cause de la demande en justice » qui lui interdit d'examiner une même question qui l'a déjà été au risque de porter atteinte à l'autorité de la chose jugée). Si le contrôle abstrait se transforme en un contrôle incluant des éléments abstraits et concrets, les requérants ultérieurs risqueront de se voir opposer une décision antérieure de constitutionnalité qui aurait été rendue à propos d'un cas d'espèce qui ne correspondrait pas nécessairement au leur. La stratégie des requérants consistera donc le plus souvent à cibler très précisément les éléments d'inconstitutionnalité qu'ils voudront voir censurer. Cela risque d'influer sur les effets du contrôle car le risque est alors de voir apparaître des questions de micro-constitutionnalité dont les effets seront limités à la seule question que le juge aura eu à trancher et de favoriser ainsi la multiplication des recours.

Les effets de la chose jugée dans le cadre d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* – En Belgique, la décision rendue par la Cour constitutionnelle dans le cadre d'une question préjudicielle ne constitue pas une décision d'annulation mais une déclaration d'inconstitutionnalité revêtue d'une autorité relative renforcée de chose jugée, c'est-à-dire liant toutes les juridictions confrontées à la même question de conformité à la Constitution. Il s'agit d'une autorité théoriquement relative mais pratiquement absolue. En France, le caractère abstrait de la question posée au juge constitutionnel donne aux décisions d'inconstitutionnalité une autorité absolue de chose jugée reconnue par la Constitution et la loi organique. En Italie, l'autorité de chose jugée est également absolue. La disposition déclarée inconstitutionnelle cesse d'être applicable.

La réalité est donc beaucoup plus complexe que la seule présentation théorique du contrôle *a posteriori* ne le laisse supposer. Le choix d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* doit s'opérer en tenant compte de ses répercussions potentielles sur l'ensemble du système juridique mais également de ses effets en termes de protection des règles et valeurs de la Constitution. A cet égard, il est impossible de ne pas tenir compte de chacun des contextes dans lesquels le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* s'insère. Une solution souhaitable et fonctionnelle dans un Etat ne le sera peut-être pas dans un autre.

4. LECONS TIREES DES EXPERIENCES COMPAREES DE CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE DES LOIS A POSTERIORI

Il appartient au constituant ou à l'autorité législative de créer un mécanisme de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* en se fixant deux objectifs : le caractère opérationnel du mécanisme et son effectivité.

Le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* peut prendre, comme on l'a vu, de multiples visages. Toutefois, son instauration dans un Etat où il n'existait pas auparavant impose la prise en considération de contraintes d'ordre technique sans préjuger d'autres impératifs d'ordre plus contextuel mais sortant du cadre de cette note. Il n'existe pas de recette toute faite, mais il est indispensable de garder à l'esprit un ensemble de lignes directrices tirées des expériences comparées.

En premier lieu, l'instauration d'un mécanisme de contrôle *a posteriori* impose de définir avec précision la forme et le contenu du recours pour que la question de constitutionnalité apparaisse précise, directe et claire pour le juge. Cela suppose que la forme du recours (procédure distincte, renvoi par ordonnance, contenu et éléments de la requête...) soit établie par les textes de façon à pouvoir cerner le plus précisément le cadre du recours. Le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* permet simplement d'établir ou de rétablir la suprématie de la Constitution là où elle n'était pas directement applicable auparavant. Il n'en demeure pas moins que le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* doit répondre à des exigences de rigueur juridique pour être efficace. A cette condition, le caractère « précis » et « direct » du contenu des recours permettra de mieux appréhender les questions de recevabilité. Il faut donc que la loi organisant la procédure de recevabilité des recours prévoie des mécanismes et organise la procédure de façon claire et réaliste pour faciliter le travail des juges comme des parties.

En deuxième lieu, les mécanismes de filtrage doivent être conçus en vue de concilier à la fois les exigences d'accès direct au juge constitutionnel à partir des juridictions ordinaires tout en permettant le fonctionnement du mécanisme de la question préjudicielle de constitutionnalité. Ni le juge ordinaire, ni le juge constitutionnel ne sont les garants à eux seuls du succès du mécanisme : il existe une obligation de coopération entre le juge ordinaire et le juge constitutionnel pour que le mécanisme s'ancre et puisse fonctionner avec succès. Le juge ordinaire doit apprendre à maîtriser la procédure de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* en l'insérant dans l'arsenal des moyens et procédures qui peuvent être soulevées par les requérants. Nombre d'Etats ont inclus ce type de contrôle dans leur arsenal juridictionnel sans que cela ne pose de problème majeur ; il a en revanche fallu un certain temps de réglage pour que la procédure s'intègre dans le paysage juridictionnel. Ce ne sont pas seulement les juges qu'il faut intégrer dans cette nouvelle démarche mais également les requérants et leurs conseils.

En troisième lieu, la Cour constitutionnelle doit elle-même prendre la mesure de son rôle dans le filtrage des recours *a posteriori* émanant des juridictions ordinaires. Si un filtrage minimal n'est pas organisé au niveau des juridictions ordinaires, la Cour risque de devenir un goulot d'étranglement des recours et de devoir gérer davantage les questions de recevabilité que celles de fond. Une telle éventualité démontrerait l'échec du choix (constitutionnel et législatif) retenu qui ne manquerait pas de poser le problème de sa refonte ou de sa révision. Les solutions ne manquent pas pour éviter cet écueil. Les exemples allemand ou italien ou d'autres cours constitutionnelles bâties sur le même modèle offrent une gamme de solutions dans lesquelles il est possible de puiser une forme d'inspiration. Il faut également tenir compte des moyens humains et

financiers dont ces cours disposent pour pouvoir gérer efficacement et rationnellement ce flux des recours. Ces éléments pratiques ne doivent pas être oubliés.

En quatrième lieu, l'analyse des expériences comparées démontre que *les mécanismes de contrôle de constitutionnalité a posteriori des lois ne sont pas immuables et qu'ils évoluent également avec le temps et l'habitude prise par les juges* à gérer ces recours. Par exemple, l'Allemagne qui avait initialement institué un double système de filtrage pour les questions préjudicielles en inconstitutionnalité a abandonné ce système car il apparaissait inutile et complexe. Le nombre de questions préjudicielles est en effet restreint dans le système allemand et le filtrage excessif n'apparaissait pas nécessaire. En revanche, l'Italie a essayé de rationaliser sa procédure de question préjudicielle car le succès rencontré par cette procédure a amené la Cour constitutionnelle à se montrer plus exigeante sur les conditions de recevabilité. Aucune solution universelle n'existe en la matière mais l'adaptation de la procédure semble être un élément récurrent dans les Etats qui pratiquent le contrôle de constitutionnalité *a posteriori*.

Enfin, le mécanisme de contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* impose un *choix à opérer en matière de représentation des parties pour respecter le principe du contradictoire*. La conception du contrôle est ici déterminante. S'il s'agit d'un « procès fait à l'acte législatif » sans considération de l'affaire ni des parties, l'instruction et l'analyse du contrôle pourront s'opérer en respectant une procédure du contradictoire simplifiée, voire ne pas comporter d'audience publique (même s'il en existe assez fréquemment). En revanche, si le contrôle de constitutionnalité exercé s'opère à l'égard de l'affaire et englobe le contrôle de constitutionnalité de la disposition législative sans s'y limiter, les exigences procédurales pourront s'avérer beaucoup plus lourdes car elles imposeront des échanges entre les parties et devront comporter une phase écrite et une phase orale. Le choix de la procédure s'en trouvera affecté et nécessitera d'intégrer ces éléments de façon à respecter le droit au procès équitable.



Democracy Reporting International (DRI) est une organisation à but non-lucratif, indépendante et non partisane, ayant son siège à Berlin, en Allemagne. DRI soutient la participation politique des citoyens, ainsi que la redevabilité des organes gouvernementaux et le développement d'institutions démocratiques dans le monde entier. DRI appuie les processus locaux de promotion du droit universel des citoyens à participer à la vie politique de leur pays, conformément à ce qui est stipulé dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

Contact: info@democracy-reporting.org

Democracy Reporting International

Prinzessinnenstraße 30. 10969 Berlin / Germany
T +49 30 27 87 73 00
F +49 30 27 87 73 00-10
info@democracy-reporting.org
www.democracy-reporting.org

Bureau Tunis

12 bis, Rue du Lieutenant Bejaoui,
Menzah 5. 2091 Ariana / Tunisia
T/F +216 70 74 15 88
tunisia@democracy-reporting.org
www.democracy-reporting.org