

Contribution au VIII^{ème} Congrès National de l'A.F.D.C.

Atelier 7 : ASPECTS JURISPRUDENTIELS

Responsables : MM. Jean Barthélemy, Ferdinand Mélin-Soucramanien et Dominique Rousseau

LE SYSTÈME DE FILTRAGE DE LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ À L'ÉPREUVE DES EXPÉRIENCES ITALIENNE ET ALLEMANDE

NICOLAS ZINAMSGVAROV

Docteur en Droit – A.T.E.R. à l'Université Montesquieu – Bordeaux IV

(Membre du C.E.R.C.C.L.E. – G.R.E.C.C.A.P.)

Depuis le 1^{er} mars 2010, la France fait officiellement partie des États européens qui ont créé, au nom du renforcement de la protection des droits fondamentaux, un système de contrôle incident de la constitutionnalité des lois par voie de question préjudicielle.

En pratique, la mise en place d'un tel mécanisme suppose de combiner les objectifs contradictoires de lutte contre l'encombrement de la Cour constitutionnelle, et de respect de l'exigence générale de sécurité juridique en instaurant un système de filtrage pondéré, c'est-à-dire en composant une appréciation du caractère sérieux d'une question soulevée.

Dans l'ensemble, cette composition s'opère sur la base d'une double évaluation des caractères « préjudiciel » et « sérieux » d'une question incidente de constitutionnalité soulevée devant un juge ordinaire pour déterminer si celle-ci peut être adressée à et tranchée par la Cour constitutionnelle, ce qui revient à vérifier qu'une contestation est *manifestement fondée*, puis, le cas échéant, qu'elle présente une *difficulté sérieuse*.

S'agissant de l'appréciation portée sur le caractère « préjudiciel » d'une question, il ressort de l'analyse que le système français s'inscrit dans le cadre de ce qui prévaut en Europe, où cette tâche de filtrage est, sauf exception, confiée au juge ordinaire devant qui peut être soulevée une question. Ainsi, en France, un tel moyen est pris en considération si il est : *déterminant* pour le règlement d'un litige faisant l'objet d'un procès principal ; *manifestement fondé*, évaluation qui introduit un contrôle diffus de la constitutionnalité des dispositions législatives avec tout ce que cela a de pervers ; et *manifestement nouveau*, afin de respecter la chose jugée *a priori* par le Conseil constitutionnel.

À ce stade, deux hypothèses sont envisageables. Si l'une des conditions posées à la recevabilité vient à manquer, le juge ordinaire saisi d'un litige au principal déclare la question incidente de constitutionnalité soulevée irrecevable. À l'inverse, s'il estime que ces conditions sont remplies, il doit surseoir à statuer dans l'attente que soit examiné le délicat problème de son renvoi en appréciation de validité à la Cour constitutionnelle.

S'agissant maintenant de l'appréciation portée sur le caractère « sérieux » d'un moyen, la configuration du mécanisme de renvoi relève, sur ce plan, d'un choix politique qui peut être varié dans ces formes. Pour autant, afin d'éprouver en la matière le choix français, trois grandes hypothèses peuvent être présentées à la lumière des expériences italienne et allemande selon que cette tâche de filtrage relève de la compétence des juridictions ordinaires, des juridictions suprêmes ou de la Cour constitutionnelle.

I - Le filtrage du « sérieux » d'un moyen par les juridictions ordinaires

En Italie, la saisine de la Cour constitutionnelle est ouverte à tout juge ordinaire saisi d'un litige au principal devant qui peut être soulevé un moyen tiré de l'inconstitutionnalité d'une disposition législative en vigueur.

Ainsi, l'examen du caractère « sérieux » d'une question de constitutionnalité tend à se confondre avec celui de son caractère « préjudiciel », et le juge du renvoi n'est autre que le juge du fond. Or, si l'on ajoute à cela que le moyen tiré de l'inconstitutionnalité d'une disposition législative est d'ordre public, il est alors loisible de comprendre que ce choix a l'avantage de simplifier à l'extrême le système de la question préjudicielle.

Toutefois, la recevabilité des questions de constitutionnalité a été appréciée trop largement par les juridictions ordinaires, ce qui a conduit à un encombrement de la Cour constitutionnelle, puisque le filtre ne remplissait pas sa fonction.

Pour que les choses évoluent, la Cour constitutionnelle italienne a réagi.

D'un côté, elle s'est reconnu le droit de s'assurer de la recevabilité d'une question incidente de constitutionnalité. Cependant, cet examen n'a pas été opéré sur la base de techniques de contrôle rigoureuses, ce qui a débouché sur une jurisprudence incertaine ¹.

¹ Cf. : A. PIZZORUSSO, « Présentation de la Cour constitutionnelle italienne » (Traduit de l'italien par Maryse Baudrez), C.C.C., n° 6, 1999, pp. 22-35, spéc. p. 30.

De l'autre, elle a décidé de réduire le nombre des questions à traiter, en refusant celles qui seraient semblables à d'autres déjà tranchées, et, en faisant souvent droit aux solutions admises par la jurisprudence des juridictions ordinaires ².

Dans ces conditions, l'expérience italienne est riche d'enseignements.

Pour lutter contre le risque d'un encombrement de la Cour constitutionnelle, elle apprend que l'appréciation du caractère « sérieux » d'une question incidente de constitutionnalité doit exister, et, qu'elle ne doit pas être opérée par le juge ordinaire saisi d'un litige au principal, puisque cet examen ne doit pas être confondu avec celui de son caractère « préjudiciel ». De plus, elle révèle qu'un nouvel examen des conditions de recevabilité d'une question permet de réduire considérablement le flux des contestations.

Pour satisfaire l'exigence générale de sécurité juridique, elle enseigne toutefois qu'un tel réexamen doit alors reposer sur des techniques de contrôles claires et précises. En outre, elle indique qu'une marque de respect pour la fonction juridictionnelle ordinaire peut aider à lutter contre les inconvénients du contrôle diffus de la constitutionnalité des dispositions législatives introduit au stade de la recevabilité.

II - Le filtrage du « sérieux » d'un moyen par les juridictions suprêmes

En Allemagne, la saisine de la Cour constitutionnelle fédérale était à l'origine ³ réservée aux tribunaux fédéraux supérieurs devant apprécier le caractère « sérieux » d'une question de constitutionnalité soulevée devant eux pour la première fois, ou, renvoyée par un juge ordinaire relevant de leur ordre juridictionnel.

Un tel choix avait l'avantage d'éviter un engorgement du prétoire de la Cour constitutionnelle, mais l'expérience révèle qu'il avait aussi de gros inconvénients.

Le premier était de complexifier le système de la question préjudicielle par le jeu d'un double renvoi de juge à juge faisant courir le risque d'un allongement de la durée de la procédure juridictionnelle, dévaluant l'intérêt de cette voie de recours.

² Cf. : G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, 2^{ème} éd., P.U.F., coll. « Thémis », Paris, 2006, p. 586.

³ Cf. : Article 80 de la Loi sur l'organisation et le fonctionnement de la Cour constitutionnelle fédérale du 12 mars 1951 (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, BVerfGG).

Le second était d'offrir aux juridictions suprêmes la possibilité de vérifier la recevabilité des questions soulevées devant un juge du fond en plaçant *de facto* ce dernier sous une tutelle désobligeante de la juridiction suprême dont il relève.

Enfin, le dernier était d'offrir aux tribunaux fédéraux supérieurs la possibilité de se comporter en Chambres concurrentes de la Cour constitutionnelle fédérale ⁴ en pratiquant « un avant-contrôle de constitutionnalité » ⁵ leur offrant une capacité de rétention de certaines questions, et conduisant à des divergences d'appréciation sur la constitutionnalité des dispositions normatives impliquées.

Dans ces conditions, l'expérience allemande de 1951 à 1956 est significative.

Pour lutter contre le risque d'un encombrement de la Cour constitutionnelle, elle apprend que l'appréciation du caractère « sérieux » d'une question incidente de constitutionnalité peut être opérée par les juridictions suprêmes, mais qu'un tel choix fait perdre de son intérêt au système de la question préjudicielle rendu plus complexe et incertain par l'allongement du circuit contentieux. De plus, elle confirme qu'un réexamen des conditions de recevabilité d'un moyen peut réduire le flux des questions, mais que s'il est confié aux juridictions suprêmes, celles-ci exercent alors une tutelle fort désobligeante sur les juridictions « très » ordinaires ⁶.

Pour satisfaire l'exigence générale de sécurité juridique, elle confirme qu'un tel réexamen doit reposer sur des techniques de contrôles rigoureuses. Mais surtout, elle apprend que confier la tâche de filtrage du caractère « sérieux » d'une question aux juges suprêmes amplifie les inconvénients du contrôle diffus de la constitutionnalité des dispositions législatives inévitablement introduit au stade de la recevabilité.

L'Allemagne a appris à ses dépens qu'une telle configuration pouvait engendrer plus de problèmes qu'elle n'en surmonte, et a très rapidement pris le parti de la repenser.

III - Le filtrage du « sérieux » d'un moyen par la Cour constitutionnelle

⁴ Ici, cf. : **J.-C. BÉGUIN**, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d'Allemagne* (Préface de Michel Fromont), Economica P.U.A.M., coll. « Droit public positif », Paris, Aix-en-Provence, 1982, p. 98.

⁵ Cette formule est empruntée à : **L. FAVOREU**, « Sur l'introduction hypothétique du recours individuel direct devant le Conseil constitutionnel », C.C.C., n° 10, 2001, pp. 99-102, spéc. p. 102.

⁶ Cf. **P. CASSIA**, « Le renvoi préjudiciel en appréciation de constitutionnalité, une « question » d'actualité », R.F.D.A., n° 5, 2008, pp. 877-898, spéc. p. 892.

À compter de 1956, la saisine de la Cour constitutionnelle a, en Allemagne, été ouverte à tout juge ordinaire saisi d'un litige devant qui peut être soulevé un moyen tiré de l'inconstitutionnalité d'une disposition législative en vigueur. En outre, a été posé le principe d'un renforcement du contrôle du sérieux au stade de la recevabilité, pour conditionner la transmission d'un moyen soulevé. Parallèlement, l'examen du caractère sérieux d'une question préjudicielle a été intégré au niveau de la Cour constitutionnelle au sein de laquelle cette tâche de filtrage a été confiée à des sections pouvant accepter ou rejeter, de manière discrétionnaire, des questions préjudicielles.

Bien qu'elle ait pour contrepartie un élargissement notable du chef de compétence des juridictions ordinaires, pour connaître du degré de sérieux d'une contestation, les résultats d'ensemble de cette nouvelle configuration sont, depuis, très satisfaisants ⁷.

À cet égard, l'expérience allemande depuis 1956 est fort intéressante.

Pour lutter contre le risque d'un encombrement de la Cour constitutionnelle, elle confirme que l'appréciation du caractère « sérieux » d'une question incidente de constitutionnalité doit exister. De plus, et surtout, elle révèle que cette appréciation doit être opérée par la Cour constitutionnelle elle-même, ce qui suppose de lier la compétence de renvoi d'une question soulevée à l'examen de son caractère « préjudiciel ». Enfin, elle fait apparaître qu'une modification d'intensité de l'appréciation à porter sur le sérieux d'une contestation au stade de la recevabilité permet de réduire fortement le flux de celles qui peuvent être recevables, dès lors qu'il est posé que le juge ordinaire doit avoir non plus un doute, mais la conviction que la contestation est manifestement fondée.

Pour satisfaire l'exigence générale de sécurité juridique, elle confirme qu'une marque de respect pour la fonction juridictionnelle ordinaire permet de lutter contre les inconvénients du contrôle diffus de la constitutionnalité des dispositions législatives en vigueur inévitablement introduit au stade de la recevabilité.

Au vu de ce qui précède, il apparaît ainsi que l'Allemagne est parvenue à mettre en place un système de filtrage efficace en trouvant un rapport ordonné et équilibré entre les objectifs contradictoires de lutte contre l'encombrement de la Cour constitutionnelle et de respect de l'exigence générale de sécurité juridique.

⁷ Sur la conjonction de ses bienfaits, cf. : **R. ARNOLD**, « La question préjudicielle de constitutionnalité en Allemagne », *A.I.J.C.*, 2007, pp. 24-26, spéc. p. 24.

Dans ces conditions, on aurait pu croire que la France adopterait une configuration semblable à celle qui vaut à présent en Allemagne, mais il n'en est rien.

Tout au contraire, alors que le Comité Balladur proposait une configuration « à l'italienne », le législateur constitutionnel a retenu le système le plus contestable en faisant le choix d'un mécanisme de renvoi préjudiciel devant le Conseil constitutionnel, à l'initiative exclusive du Conseil d'État ou de la Cour de cassation.

Trop polarisés sur la « vertu »⁸ qu'à cette configuration d'associer⁹ au contrôle de constitutionnalité des lois votées et promulguées les Cours suprêmes, les pouvoirs publics en sont venus à privilégier la lutte contre l'engorgement du prétoire du Conseil constitutionnel au détriment du respect de l'exigence générale de sécurité juridique.

Bien que le législateur organique ait essayé de lutter *a priori* contre le risque d'un allongement de la durée de la procédure contentieuse, le système français comporte des faiblesses intrinsèques¹⁰ que la pratique révèle d'ores et déjà ; marquant par là-même, comme cela s'est passé en Allemagne, un échec annoncé de la configuration retenue.

Cependant, pour ne pas terminer sur une note par trop pessimiste, il convient de souligner que les dysfonctionnements de cette nouvelle procédure devraient être porteurs de difficultés dont on peut augurer des évolutions favorables à terme, à partir des réponses et mises au point qui leur seront apportées.

⁸ Cf. : **R. BADINTER**, « Avant-propos sur La question prioritaire de constitutionnalité en débat », *Constitutions*, n° 1, 2010, pp. 21-23, spéc. p. 23 ; **N. SARKOZY**, « Entrée en vigueur de l'article 61-1 de la Constitution » (Discours prononcé le 1^{er} mars 2010), *N.C.C.C.*, n° 29, 2010, pp. 12-17, spéc. p. 14.

⁹ Cf. : **D. ROUSSEAU**, « Le Conseil constitutionnel, Cour suprême ? », in *Conseil constitutionnel et QPC : une révolution ?*, La documentation française, coll. « Regards sur l'actualité » (n° 368), Paris, 2011, pp. 36-44, spéc. p. 38.

¹⁰ Sur la prévisibilité de ces faiblesses, cf. en particulier : **Y. GAUDEMET**, « Brouillard dans les Institutions : à propos de l'exception d'inconstitutionnalité », *R.D.P.*, n° 3, 2009, pp. 581-587, spéc. p. 586.