

**Conférence des
Cours constitutionnelles européennes
XIIème Congrès
Bruxelles, Palais d'Egmont, 14-16 mai 2002**

*Les relations entre les Cours constitutionnelles
et les autres juridictions nationales,
y compris l'interférence en cette matière, de
l'action des juridictions européennes*

Rapport général

Partie I

Prof. Dr. André Alen

Juge à la Cour d'arbitrage de Belgique
en collaboration avec

Bernadette Renauld et Frank Meersschaut
Référéndaires à la Cour d'arbitrage de Belgique

Partie II et Partie III

Prof. Dr. Michel Melchior

Président de la Cour d'arbitrage de Belgique
en collaboration avec

Claude Courtoy
Référéndaire à la Cour d'arbitrage de Belgique

Introduction

On peut attendre des rapporteurs généraux de réunions scientifiques qu'ils donnent un aperçu des différents rapports nationaux. Cet aperçu peut faire office d'analyse ou de synthèse. Il peut être purement descriptif ou énoncer des thèses de fond.

Quelle que soit la méthode que les auteurs préfèrent, le choix est finalement déterminé par le nombre de Cours constitutionnelles participantes et par l'ampleur de leurs contributions à la réunion. Sur ce plan, la mission des rapporteurs de ce XII^e Congrès n'a pas été simplifiée. Pas moins de trente-deux Cours constitutionnelles – près de la moitié plus que lors du congrès précédent – ont déposé un rapport national, et – il convient de le souligner – le plus souvent dans le délai de rédaction qui leur était imparti, ce qui en a facilité le traitement. Ont déposé des rapports les Cours constitutionnelles d'Albanie, d'Allemagne, d'Andorre, d'Arménie, d'Autriche, d'Azerbaïdjan, du Bélarus, de Belgique, de Bosnie-Herzégovine, de Bulgarie, de Chypre, de Croatie, d'Espagne, de France, de Géorgie, de Hongrie, d'Italie, de Lettonie, du Liechtenstein, de Lituanie, de Macédoine, de Moldavie, de Pologne, du Portugal, de Roumanie, de Russie, de Slovaquie, de Slovénie, de Suisse, de Tchéquie, de Turquie et d'Ukraine.

Il est impossible pour les rapporteurs généraux de discuter de façon exhaustive des différents systèmes et de la relation pertinente y existant entre les Cours constitutionnelles et les autres juridictions.

Les informations transmises par les différents rapports nationaux, sur la base du questionnaire détaillé, sont à cet effet trop volumineuses. Par leur disponibilité immédiate et la publication ultérieure sous forme de livre, les rapports nationaux présentent un aperçu actuel de la compétence des Cours constitutionnelles et de leur fonctionnement dans leur système juridique, aperçu dont la richesse ne peut être résumée dans un rapport général.

Simultanément, il convient de souligner la principale limitation scientifique de la méthode de travail. Les rapporteurs généraux se sont uniquement basés sur le contenu des rapports nationaux, qui n'ont toutefois pas nécessairement recherché l'exhaustivité. Leur mission et le délai imparti pour la réaliser ne leur ont pas permis de consulter les sources de droit primaires (authentiques) ou les études pertinentes, à supposer que cela fût possible sur la base de leurs connaissances linguistiques respectives.

Le rapport général est conçu comme un diptyque. La première partie, écrite par monsieur le juge Alen, approfondit les rapports juridictionnels internes entre les Cours constitutionnelles et les autres juridictions. Elle s'arrête aux facteurs des différents systèmes juridiques qui sont déterminants pour les rapports entre les Cours constitutionnelles et les autres juridictions nationales. Elle examine d'abord comment ces rapports sont notamment déterminés sur le plan institutionnel par la place du juge constitutionnel dans l'ordonnement juridictionnel, par la nature propre de la structure de l'Etat (choix du type d'Etat, le caractère fédéral du régime pouvant surtout avoir des conséquences) et par le règlement de conflits entre le juge constitutionnel et les autres juridictions ou entre ces juridictions entre elles. On examine ensuite comment ces rapports sont déterminés sur le plan du contrôle de constitutionnalité par la nature de celui-ci (diffus ou concentré, abstrait ou concret, général ou spécifique, suite à la diversification de normes et actes contrôlés). La première partie du rapport général, qui correspond au titre I^{er}, se termine par un aperçu des façons dont le juge constitutionnel peut être saisi (recours direct, renvoi préjudiciel ou plainte constitutionnelle).

La deuxième partie, qui a été rédigée par monsieur le président Melchior, examine d'abord comment ces rapports entre les Cours constitutionnelles et les autres juridictions nationales sont ancrés d'un point de vue structurel ou sont ressentis dans la pratique, dans une relation éventuellement triple : la relation organique, la relation procédurale et, enfin, la relation fonctionnelle. Dans cette dernière approche, on étudie en détail tant la nature du contrôle exercé par le juge constitutionnel que ses conséquences (nature des sanctions qu'il peut prononcer, nature des conséquences de sa décision) ainsi que les différentes techniques d'interprétation – au moins aussi pertinentes – du juge constitutionnel et des autres juridictions (titre II). Enfin, on examine quelle est l'interférence éventuelle, dans ces rapports, des juridictions supranationales au niveau européen, à savoir la Cour européenne des droits de l'homme – interférence qui peut être réelle dans les Etats membres du Conseil de l'Europe – et la Cour de justice des Communautés européennes – interférence qui ne peut exister que dans les États membres de l'Union européenne (titre III).

Le thème du congrès – qui a également fait l'objet, dans un passé récent, d'autres réunions internationales et que le président du Tribunal constitutionnel polonais a décrit lors de l'inauguration du congrès précédent comme étant un « *problem [...] not devoid of sometimes fundamental controversies* » – se prête parfaitement à des conceptions de droit comparé. Quelles que soient les différences pouvant exister entre nos systèmes juridiques, le sujet présente suffisamment de points de comparaison précieux, pertinents et analogiques, qui nous permettront d'en déduire les lignes de forces et les caractères communs. Dans un document séparé, qui sera mis à disposition au début du congrès, nous essaierons également de formuler quelques thèses pouvant déclencher une confrontation fructueuse de nos opinions sur les systèmes juridiques et la protection des droits fondamentaux. Monsieur le juge Paul Martens s'est vu confier la mission délicate de tirer des conclusions de nos discussions. On espère que le rapport général propose suffisamment d'éléments qui contribueront à la formulation des conclusions finales.

I. Les opérateurs déterminants des relations entre les Cours constitutionnelles et les autres juridictions

Avant d'approfondir les relations existant entre le juge constitutionnel et les autres juridictions dans les pays des membres de cette Conférence, il semble indiqué de s'arrêter aux éléments qui déterminent cette relation.

En général, les relations entre le juge constitutionnel et les autres juridictions sont déterminées dans les différents pays, par les caractéristiques spécifiques du régime et l'incarnation institutionnelle de la protection constitutionnelle et juridique ordinaire, caractérisée notamment par les compétences distinctes du juge constitutionnel et des autres juridictions et, en particulier, par la façon dont est organisé le contrôle de constitutionnalité, tant en ce qui concerne la compétence du juge constitutionnel et son accès qu'en ce qui concerne l'autorité des décisions (voy. partie II). Le but du questionnaire était de sonder ces points. L'exposé suivant a tenu compte des données rassemblées par les rapports nationaux en réponse aux différentes questions sous I (Le juge constitutionnel, les autres juridictions et le contrôle de constitutionnalité).

A. La relation institutionnelle entre le juge constitutionnel et les autres juridictions

§ 1^{er}. La place du juge constitutionnel dans l'ordonnement juridictionnel

Dans la grande majorité des pays européens, le juge constitutionnel – comme dénomination générale des Cours constitutionnelles, tribunaux constitutionnels et conseils constitutionnels – ne fait pas partie du pouvoir judiciaire au sens propre du mot. Sa position constitutionnelle se distingue nettement de celle des juridictions administratives et de droit commun.

Le juge constitutionnel est généralement une juridiction *sui generis* placée dans l'organisation de l'Etat face aux autres pouvoirs plutôt « classiques » – le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire – et n'est donc pas classé dans le titre constitutionnel qui se rapporte à ce dernier.

Ce n'est que dans un certain nombre de cas extraordinaires que le juge constitutionnel appartient au pouvoir judiciaire, soit parce que la Constitution du pays concerné confie cette mission spécifique à la juridiction suprême du pouvoir judiciaire ordinaire (notamment en Suisse, où cette compétence incombe au Tribunal fédéral, et à Chypre, où elle revient à la Cour suprême), soit parce que la Cour constitutionnelle est mentionnée directement, dans le texte de la Constitution, parmi les juridictions faisant partie du pouvoir judiciaire (République fédérale d'Allemagne, Azerbaïdjan, Bélarus, Géorgie, Pologne, Fédération de Russie, Slovaquie¹ et Tchéquie). Alors que, dans la première hypothèse, le juge constitutionnel se trouve structurellement au sommet de la hiérarchie des juridictions, dans la deuxième hypothèse il est question d'une juxtaposition avec les autres pouvoirs judiciaires, dont les juridictions suprêmes du pays.

Que le juge constitutionnel fasse partie du pouvoir judiciaire ou qu'il en soit une juridiction *sui generis* indépendante, on insiste toujours sur le fait qu'il s'agit de l'organe suprême chargé d'une tâche particulière, à savoir invoquer la primauté de la Constitution – selon le modèle de Kelsen, en particulier face au pouvoir législatif – et interpréter autoritairement cette norme fondamentale.² Dans ce sens, le juge constitutionnel se voit toujours attribuer une priorité relative dans la hiérarchie des organes juridictionnels. Cela vaut aussi pour le Conseil constitutionnel français, qui – dans l'attente d'une extension éventuelle des compétences et sous réserve de sa compétence en matière de contentieux électoral – exerce en l'essence un contrôle préventif *a priori*.

Pour remplir cette mission spécifique, dans tous les pays, le juge constitutionnel est revêtu des caractéristiques spécifiques d'une juridiction, en particulier dans le domaine de l'indépendance et de l'impartialité des membres. Dans ce sens, on suppose – et on le souligne parfois même de façon très explicite – que le juge constitutionnel fait en tout cas partie de l'ordonnement juridictionnel au sens large du terme, organisation dans laquelle il est revêtu d'une mission spécifique.

¹ Le rapport slovaque mentionne que la Cour constitutionnelle appartient au pouvoir judiciaire, mais qu'elle figure en dehors de l'ordonnement juridique général de l'Etat.

² Même si le juge constitutionnel fait en principe partie du pouvoir judiciaire, comme en Allemagne, on souligne que la compétence spécifique le distingue des autres juridictions.

§ 2. L'influence de la structure d'Etat fédérale sur la relation entre le juge constitutionnel et les autres juridictions

En Europe, seuls quelques pays ont une structure d'Etat fédérale. En la matière, il convient de distinguer deux approches différentes en ce qui concerne la compétence d'établissement de l'organisation juridictionnelle.

Dans un certain nombre d'États fédéraux, l'organisation juridictionnelle est, en l'essence, une compétence des États fédérés, sans préjudice de la compétence de l'autorité fédérale d'instaurer aussi des juridictions fédérales. Ces juridictions fédérales peuvent être créées soit comme juridictions suprêmes avec pouvoir judiciaire exclusif au niveau suprême – le fédéral –, comme en Allemagne³ et en Suisse⁴, soit comme juridictions d'un système juridique à structure hiérarchique et intégré au niveau fédéral, parallèlement à une structure comparable au niveau fédéré, comme en Russie. Bien que la création de Cours constitutionnelles ne soit pas non plus exclue au niveau fédéré⁵ – mais qu'elle ne soit pas non plus nécessaire⁶ –, l'existence d'une Cour constitutionnelle fédérale est inévitable dans le concept d'Etat fédéral.⁷

Dans d'autres États fédéraux, comme l'Autriche et la Belgique, la compétence en matière d'organisation juridictionnelle est une matière exclusivement fédérale. Cela vaut *a fortiori* pour les États centralisés, qui se caractérisent pourtant par une certaine autonomie régionale, comme l'Espagne, l'Italie, le Portugal et la Tchéquie.⁸

L'influence spéciale (la seule mentionnée) de la structure fédérale de l'Etat sur la relation entre le juge constitutionnel et les autres juridictions se retrouve dans le rapport allemand : lorsqu'une Cour constitutionnelle d'un Etat fédéré allemand envisage de prendre une décision basée sur une interprétation de la Constitution fédérale qui diffère de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale ou de la Cour constitutionnelle d'un autre Etat fédéré, elle est obligée d'interroger la Cour constitutionnelle fédérale à ce sujet. Une autre règle qui pourrait être déduite du régime fédéral est la nécessité d'inscrire les règles concernant le juge constitutionnel fédéral dans la Constitution fédérale, même dans les pays où l'organisation juridictionnelle relève en principe de la compétence des États fédérés.

§ 3. Le règlement des conflits de compétence entre les juridictions

Dans différents pays, la Constitution désigne le juge constitutionnel pour résoudre les conflits de compétence entre les différents organes de l'Etat. Le juge constitutionnel tranche les litiges concernant la compétence respective des trois pouvoirs – dont le pouvoir judiciaire – et parfois, en particulier, concernant les différentes compétences des autorités administratives et des juridictions.

³ Outre le Bundesverfassungsgericht, le Bundesgerichtshof, le Bundesverwaltungsgericht, le Bundesarbeitsgericht, le Bundessozialgericht et le Bundesfinanzhof.

⁴ Outre le Tribunal fédéral et le Tribunal fédéral des assurances.

⁵ En Allemagne, tous les États fédérés disposent d'une Cour constitutionnelle, à l'exception de l'Etat fédéré du Schleswig-Holstein. Il y a également des Cours constitutionnelles fédérées en Bosnie-Herzégovine et en Russie.

⁶ En Suisse, seul le canton du Jura possède une Cour constitutionnelle.

⁷ En Bosnie-Herzégovine, il n'y a qu'une Cour constitutionnelle fédérale au niveau fédéral; toutes les autres juridictions sont organisées au niveau des deux États fédérés, qui disposent chacun d'une Cour constitutionnelle fédérée.

⁸ Bien que la Géorgie ne soit pas un Etat fédéral, les deux républiques autonomes disposent également d'une Cour suprême propre.

Dans la plupart des pays, le juge constitutionnel ne joue toutefois aucun rôle dans la résolution de conflits (de compétence ou d'attribution) entre les différents organes juridictionnels.⁹ Cette mission est généralement confiée à l'organe suprême du pouvoir judiciaire ordinaire ou – plutôt exceptionnellement – à une autre juridiction spécialisée (comme le Tribunal des conflits en France). Un certain nombre de rapports nationaux insistent sur le fait que le juge constitutionnel peut intervenir indirectement, par exemple dans l'appréciation de la constitutionnalité de la loi attribuant la compétence aux différentes juridictions (Belgique, France, Fédération de Russie¹⁰, Slovaquie et Ukraine¹¹). En Allemagne, la Cour constitutionnelle peut contrôler si le droit fondamental à un juge adéquat n'est pas violé dans une décision judiciaire, auquel cas (exclusif) elle se prononce quant au juge compétent. La Cour constitutionnelle autrichienne constitue une importante exception à la règle générale. A la demande des juridictions même ou des parties, elle tranche les conflits de compétences (positifs et négatifs) entre les différentes juridictions.

Dans différents pays, il existe toutefois une importante exception à la compétence du juge constitutionnel pour résoudre des conflits d'attribution entre juridictions : dans un certain nombre de pays, le juge constitutionnel est le juge de sa propre compétence et il tranche donc d'éventuels conflits de compétence entre lui-même et toutes les autres juridictions (voy., outre l'Autriche, déjà mentionnée, le Portugal et la Tchéquie¹²).

B. La nature du contrôle de constitutionnalité

§ 1^{er}. La nature des actes contrôlés

a) Normes ayant force de loi

Presque toutes les Cours constitutionnelles sont responsables du contrôle de la constitutionnalité des lois et des normes assimilées ayant force de loi¹³, le cas échéant aussi des législateurs des États fédérés ou régionaux (Allemagne, Autriche, Belgique, Espagne, Géorgie, Italie, Portugal, Fédération de Russie, Tchéquie, Ukraine). En Suisse, le Tribunal fédéral n'est toutefois pas compétent pour contrôler les lois fédérales par rapport à la Constitution fédérale. En Hongrie, en Italie et au Portugal, la Cour constitutionnelle apprécie aussi une omission au point de vue législatif.

Ce n'est que dans des cas exceptionnels, comme en Belgique, que le contrôle est limité aux normes ayant force de loi. Généralement, la Cour constitutionnelle contrôle également les

⁹ Le Staatsgerichtshof du Liechtenstein constitue une exception importante. Il tranche de tels conflits et désigne, le cas échéant, (exclusivement) le juge compétent.

¹⁰ Uniquement dans le cadre d'un contrôle abstrait.

¹¹ En cas de contestation relative à la compétence des hautes juridictions spécialisées, une interprétation de la Constitution par la Cour constitutionnelle peut être nécessaire.

¹² Le rapport tchèque attire l'attention sur le fait que la Cour constitutionnelle pourrait trancher des conflits de compétence entre les juridictions (suprêmes) ordinaires et administratives, une fois que celles-ci seront mises en place.

¹³ Y compris celles ayant une portée individuelle, comme mentionné par exemple explicitement dans les rapports de l'Arménie et du Portugal. En Croatie, la Cour constitutionnelle est également habilitée à juger de normes légales ayant perdu leur force de loi, à condition que la requête en ce sens soit introduite au cours de l'année suivante.

autres actes, étant entendu que le contrôle effectué peut être abstrait ou concret, préventif (*a priori*) ou répressif (*a posteriori*).

b) Autres actes normatifs à portée générale

Il s'agit ici tout d'abord d'autres actes normatifs ayant une portée générale¹⁴ :

- les modifications de la Constitution et les lois constitutionnelles¹⁵ (voy., par exemple, l'Italie¹⁶, la Moldavie, la Roumanie¹⁷, la Turquie¹⁸ et l'Ukraine);
- les normes des organes législatifs constitutionnels des États fédérés (voy., par exemple, la Bosnie-Herzégovine et la Russie), les statuts des régions (voy., par exemple, l'Italie);
- les sources de droit international (voy., par exemple, l'Albanie, l'Allemagne¹⁹, Andorre, l'Arménie, l'Autriche, Azerbaïdjan, la Belgique²⁰, la Bulgarie, l'Espagne, la France, la Géorgie, la Hongrie, la Lettonie, la Lituanie, la Moldavie, la Pologne, le Portugal, la Russie²¹, la Slovaquie, la Slovénie, la Tchéquie et l'Ukraine; pour la Bosnie-Herzégovine, en particulier, également les décisions des États fédérés en matière des relations avec les États voisins et, pour le Bélarus, également les instruments juridiques à rapport interétatique);
- les normes du chef de l'Etat et/ou du Gouvernement (voy., par exemple, l'Arménie, l'Azerbaïdjan, le Bélarus, la Croatie, l'Espagne, la Géorgie²², la Hongrie, la Lettonie, la Macédoine, la Moldavie, la Pologne, le Portugal, la Roumanie, la Russie, la Slovaquie, la Slovénie, la Suisse²³, la Tchéquie et l'Ukraine);
- les normes d'autorités centrales ou fédérales et/ou d'autorités locales (voy., par exemple, l'Albanie, l'Autriche, l'Azerbaïdjan, le Bélarus, Chypre, la Croatie, l'Espagne, la Hongrie, la Macédoine, la Pologne, le Portugal, la Slovaquie, la Slovénie, la Suisse et la Tchéquie) et
- les décisions normatives (voy., par exemple, le Bélarus, la Bulgarie, l'Espagne et la Russie) et les règlements (voy., par exemple, Andorre, l'Arménie, l'Espagne, la France, la Géorgie, la Roumanie et la Turquie) d'assemblées législatives.

c) Décisions à portée individuelle

Dans la plupart des pays, les Cours constitutionnelles sont également compétentes pour contrôler les décisions ayant une portée individuelle dans le cadre d'un contrôle concret de constitutionnalité. Il peut s'agir en l'espèce de décisions d'une assemblée législative (voy., par exemple, la Bulgarie), d'une autorité administrative (voy., par exemple, l'Autriche et la

¹⁴ On ne s'étend pas sur un certain nombre de compétences spécifiques, comme l'appréciation de décisions normatives des juridictions suprêmes et du procureur général (comme au Bélarus) et de normes promulguées par délégation par des personnes morales de droit privé (comme au Portugal).

¹⁵ Dans un certain nombre de pays, le juge constitutionnel est également chargé d'une compétence autonome d'interprétation contraignante de la Constitution, indépendante de tout contentieux (abstrait ou concret) : voy., par exemple, la Bulgarie, la Moldavie et la Russie.

¹⁶ Il s'agit des « lois de révision constitutionnelle », bien que les normes servant de référence ont plutôt une ampleur limitée (les formalités et principes supérieurs de l'organisation de l'Etat).

¹⁷ La Cour constitutionnelle exerce cette compétence d'office.

¹⁸ La compétence est limitée au contrôle du respect des formalités.

¹⁹ La Cour constitutionnelle détermine, sur renvoi préjudiciel, si une règle de droit public international fait partie intégrante du droit fédéral.

²⁰ Le contrôle s'effectue uniquement à l'occasion de l'appréciation de la loi portant assentiment.

²¹ La Cour constitutionnelle est, en outre, compétente pour contrôler les accords entre les autorités des entités fédérées de la Fédération.

²² Y compris les organes suprêmes des républiques autonomes d'Abkhazie et d'Adjarie.

²³ Tant sur le plan fédéral que cantonal.

Tchéquie) ou d'un organe juridictionnel. Par rapport à ces actes juridiques, le contrôle est généralement limité en fonction des critères de référence, qui sont souvent des dispositions relatives aux droits et libertés fondamentaux. On analysera ultérieurement les différents types de contrôle lors du traitement de la plainte constitutionnelle comme une des façons dont la Cour constitutionnelle peut être saisie. On indique ainsi aussi une des principales caractéristiques de ce mode de contrôle, à savoir qu'il s'oppose en fait à l'acte d'application et non à la norme même dont la constitutionnalité est contestée et qui figure à la base de l'acte d'application.²⁴

d) Conflits de compétence

Certaines Cours constitutionnelles connaissent de conflits de compétences entre des organes publics (voy., par exemple, l'Albanie, l'Allemagne, Andorre, l'Autriche, la Bulgarie, Chypre, la Croatie, l'Espagne, la France²⁵, la Géorgie, la Hongrie, l'Italie, le Liechtenstein, la Macédoine, la Pologne, la Russie, la Slovaquie, la Slovénie, la Suisse et la Tchéquie) et entre l'Etat et les entités fédérées (ou ces dernières entre elles), qu'il s'agisse des États fédérés (l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, la Bosnie-Herzégovine, la Russie et la Suisse) ou de régions autonomes, de communautés ou de régions (l'Espagne, l'Italie et la Tchéquie).

e) Autres actes

Point non négligeable, mais moins pertinent dans le cadre du sujet du congrès, citons la compétence des différentes Cours constitutionnelles en matière du contentieux relatif à l'élection du chef de l'Etat et des assemblées législatives, à la responsabilité pénale du chef de l'Etat ou d'autres responsables publics, à l'impossibilité de régner du chef de l'Etat, à l'appréciation de (la constitutionnalité de) l'existence et de l'action des partis politiques et à l'organisation de référendums.

§ 2. Le caractère exclusif du contrôle de constitutionnalité

a) Le modèle européen de contrôle concentré

La compétence exercée par les Cours constitutionnelles est qualifiée dans la plupart des rapports d'exclusive, ce qui signifie que seules ces Cours sont habilitées à effectuer le contrôle de constitutionnalité des normes législatives soumises à leur censure et à exercer les compétences spéciales qui leur sont confiées, ce qui n'est pas surprenant puisque presque tous les pays ont opté pour le modèle européen de jurisprudence constitutionnelle caractérisé par une concentration de la compétence de contrôle envers les actes normatifs des organes législatifs dans les mains d'un seul organe juridictionnel, la Cour constitutionnelle. Comme mentionné au paragraphe premier, dans de nombreux pays, d'autres normes à portée générale sont aussi soumises à un contrôle de légalité (ou de constitutionnalité) par la Cour constitutionnelle.

²⁴ La norme elle-même n'est pas annulée par une telle procédure, mais bien l'acte d'application.

²⁵ La répartition des compétences entre le président et le parlement.

b) Divergence par rapport au modèle européen

Seul un pays diverge, du moins en ce qui concerne le contrôle concret de la constitutionnalité, de façon considérable du modèle européen, à savoir le Portugal. La Constitution y a introduit un système mixte de contrôle diffus à la base et de contrôle concentré au sommet. Ainsi, ce système représente une symbiose du modèle anglo-américain de contrôle juridictionnel (général) de constitutionnalité et du système européen de contrôle concentré de constitutionnalité. Au Portugal, chaque juge a, en effet, l'obligation d'écarter l'application des normes contraires à la Constitution; si le juge déclare inconstitutionnelle une norme d'une loi ou d'un décret-loi, le ministère public doit directement interjeter appel de cette décision devant le Tribunal constitutionnel portugais.²⁶ En revanche, la compétence du Tribunal constitutionnel est exclusive sur le plan du contrôle préventif (*a priori*).

L'exclusivité décrite ci-dessus – de façon généralisante – du contrôle de constitutionnalité doit être quelque peu nuancée à partir de différents points de vue.

Un contrôle diffus peut également exister dans un ordonnancement juridique où la Cour suprême remplit le rôle de la Cour constitutionnelle. Ainsi, à Chypre, le contrôle de constitutionnalité doit aussi être exercé par les tribunaux inférieurs, sans préjudice des possibilités d'appel devant la Cour suprême.²⁷ En Suisse, tous les organes publics, y compris les juridictions inférieures, ont l'obligation d'apprécier la constitutionnalité des normes juridiques (et des actes d'application), si bien que la compétence du Tribunal fédéral n'est pas exclusive.²⁸

Il n'est pas rare que les juridictions ordinaires apprécient aussi la constitutionnalité de normes ayant force de loi, puisqu'elles peuvent estimer que la norme en question est constitutionnelle et qu'elle doit, par conséquent, être appliquée. Ainsi, le rapport espagnol insiste sur le fait que le contrôle de constitutionnalité est une compétence partagée avec les tribunaux ordinaires, étant entendu que ces derniers ne peuvent prononcer eux-mêmes la déclaration d'inconstitutionnalité, mais qu'ils doivent présenter la « demande d'inconstitutionnalité » au Tribunal constitutionnel.²⁹ L'exclusivité de la compétence de la plupart des Cours constitutionnelles se situe, dès lors, dans leur possibilité de déclarer inconstitutionnelle une norme ayant force de loi et d'y associer, le cas échéant, l'effet juridique d'annulation le plus adéquat, qui est en tout cas réservé à la Cour constitutionnelle.

En outre, l'exclusivité se limite aux normes et actes soumis au contrôle de la Cour constitutionnelle et souvent uniquement dans la mesure où cette exclusivité est explicitement reconnue, à savoir en particulier pour les normes ayant force de loi et, dans un certain nombre de cas, encore uniquement dans la mesure où ils sont ultérieurs à la création de la Constitution. Ainsi, la compétence de la Cour constitutionnelle allemande n'est exclusive qu'envers les lois fédérales³⁰. En Autriche, l'exclusivité ne s'applique qu'envers les lois et les

²⁶ Cela s'applique aussi pour une norme de droit international.

²⁷ Suite à la jurisprudence de la Cour suprême, le renvoi préjudiciel n'est ouvert que pour les tribunaux de famille (*cf. infra*).

²⁸ On rappellera que le Tribunal fédéral n'est pas non plus compétent pour contrôler les lois fédérales par rapport à la Constitution.

²⁹ Dans ce sens, selon le rapport, seul le contrôle de la constitutionnalité de traités internationaux – qui est un contrôle *a priori* – est exclusif; voy. aussi en la matière le rapport tchèque.

³⁰ Les lois fédérales d'avant l'adoption de la Constitution et la législation des États fédérés ne sont pas de la compétence exclusive du Bundesverfassungsgericht.

règlements³¹. Plus généralement, on peut dire que les juridictions ordinaires contribuent aussi au contrôle de constitutionnalité, en pouvant contrôler, souvent dans le cadre de l’invocation de la hiérarchie des normes juridiques, des normes d’une portée générale – autres que les normes ayant force de loi – par rapport à la Constitution (voy., par exemple, l’Arménie, la Belgique, la Géorgie, la Moldavie et la Slovaquie).³²

c) Le contrôle de normes ayant force de loi face aux traités internationaux

L’exclusivité du contrôle de constitutionnalité peut être mise en cause lorsque des normes ayant force de loi doivent être contrôlées dans l’ordre juridique interne par rapport à des traités internationaux auxquels on attribue dans le régime propre une portée quasi constitutionnelle ou supérieure, si bien qu’ils priment sur la législation interne. Le rapport tchèque insiste sur le fait que le juge ordinaire, en contrôlant les lois par rapport aux traités internationaux des droits de l’homme, est également appelé à effectuer un contrôle de constitutionnalité, vu le rang (constitutionnel) supérieur de ces traités.³³

On peut éviter des problèmes lorsque le juge constitutionnel et les juridictions ordinaires en la matière ont une compétence strictement séparée et qu’ils la respectent. En France, il existe une nette délimitation des compétences réciproques du Conseil constitutionnel et des autres juridictions : ces dernières (tout comme le Conseil constitutionnel en tant que juge du fond dans le contentieux électoral) contrôlent directement les lois par rapport aux traités internationaux, sauf s’il s’agit d’une « loi tirant les conséquences nécessaires de la Constitution »; elles reconnaissent l’exclusivité de la compétence du Conseil constitutionnel pour effectuer l’examen par rapport à la Constitution française. Toute différente est la situation juridique où les Cours constitutionnelles contrôlent aussi les normes ayant force de loi par rapport aux traités internationaux, comme en Croatie, en Hongrie, en Lettonie, en Moldavie, en Pologne et en Slovénie. La conséquence en sera examinée plus loin, au titre III. Nous nous permettons de mentionner déjà que c’est surtout le rapport polonais qui met le doigt sur la plaie constitutionnelle. Le problème de l’exclusivité du contrôle de la constitutionnalité des différents actes juridiques fait, en Pologne, l’objet d’un litige entre le Tribunal constitutionnel et (certains) tribunaux. L’approche différente concerne la non-application par un tribunal, dans un litige concret, d’une loi censée être contraire à la Constitution ou à une convention internationale ratifiée. Les partisans de cette façon de voir renvoient à l’article de la Constitution qui prévoit que les dispositions constitutionnelles sont applicables directement, sauf disposition contraire de la Constitution. Les adversaires de cette vision invoquent l’article « instituant la subordination des juges à la Constitution et aux lois » et citent la disposition constitutionnelle selon laquelle chaque tribunal qui doute de la conformité d’une disposition à appliquer avec une norme de rang supérieur, peut s’adresser au Tribunal constitutionnel et peut le prier de résoudre ce problème. L’exclusivité de la compétence du Tribunal constitutionnel réside, par conséquent, dans le fait que seule cette juridiction peut effectuer un contrôle abstrait de légalité (ou de constitutionnalité) et que seuls

³¹ En Autriche, il y a, vis-à-vis des actes juridiques administratifs individuels, une compétence parallèle de la Cour constitutionnelle et de la Cour administrative. Dans la pratique, un litige à ce sujet est d’abord soumis à la Cour constitutionnelle, qui vérifie s’il y a violation d’un droit fondamental et ce n’est qu’ensuite qu’un recours est introduit, si nécessaire, à la Cour administrative pour cause de violation de droits subjectifs octroyés par la loi ordinaire.

³² Dans certains pays, le contrôle du respect de la hiérarchie de toutes les normes juridiques est réservé à la Cour constitutionnelle : voy., par exemple, la Lettonie, jusqu’au moment où la jurisprudence administrative sera au point, et la Slovénie.

³³ Le rapporteur regrette, par ailleurs, que le juge ordinaire en la matière fasse preuve d’une retenue exagérée.

ses arrêts peuvent conduire à ce qu'un acte juridique normatif perde sa force juridique contraignante.

Il ne fait toutefois aucun doute que la compétence des juridictions ordinaires pour confronter des normes ayant force de loi à des traités internationaux à force de droit quasi constitutionnelle doit conduire *de facto* à un contrôle de constitutionnalité diffus de lois, avec des conflits possibles dans la jurisprudence entre les Cours constitutionnelles et d'autres juridictions. La principale raison en est que, souvent, les mêmes garanties se présentent dans la Constitution et dans les traités. Le rapport suisse attire l'attention sur le fait que les tribunaux, y compris le Tribunal fédéral, qui doivent appliquer sans réserve les lois fédérales qu'ils estiment contraires à la Constitution, peuvent écarter l'application de ces mêmes lois si elles sont contraires à la CEDH. Dans un pays à contrôle de constitutionnalité diffus, cela ne pose pas de problème, puisque, dans ce cas, en tant qu'organe juridictionnel suprême, la Cour constitutionnelle peut toujours garantir l'unité de la jurisprudence. Dans les pays ayant un contrôle de constitutionnalité concentré et une juxtaposition hiérarchique de la Cour constitutionnelle et des juridictions supérieures, les conflits semblent inévitables.

§ 3. Le caractère préventif ou *a posteriori* du contrôle de constitutionnalité

Le contrôle de constitutionnalité exercé par les Cours constitutionnelles peut adopter temporellement deux formes : il peut être préventif (*a priori*), ce qui implique que la norme n'a pas encore été élaborée, mais il peut aussi intervenir *a posteriori* – et dès lors avoir un caractère répressif –, ce qui implique que la norme est déjà mise en place.

De nombreux pays connaissent un système de contrôle de constitutionnalité préventif pouvant être uniquement demandé par des représentants de l'autorité ou des organes publics.³⁴ Ce contrôle peut être exercé à l'égard de lois (voy., par exemple, Andorre³⁵, Chypre, la France, la Hongrie, la Pologne³⁶, le Portugal³⁷ et la Roumanie), de règlements d'assemblées législatives (voy., par exemple, la France et la Hongrie) ou de sources de droit public international, en particulier des traités internationaux et des accords internationaux, avant leur ratification par l'organe compétent (voy., par exemple, l'Albanie, Andorre, l'Arménie, la Bulgarie, la France, la Géorgie, la Hongrie, la Lettonie, la Pologne, le Portugal, la Russie, la Slovénie, la Tchéquie et l'Ukraine). Un contrôle préventif est également possible en ce qui concerne les affaires soumises à un référendum (voy., par exemple, l'Albanie et l'Arménie) ou en ce qui concerne une révision projetée de la Constitution (voy. la Moldavie et l'Ukraine³⁸). En Autriche, une forme (peu appliquée) de contrôle préventif est prévue pour résoudre les conflits relatifs à la compétence de la fédération et des entités fédérées, à la compétence de la Cour des comptes et à celle du médiateur (Volksanwaltschaft). En cas de blocage relatif à des matières d'importance vitale entre les communautés nationales dans la Chambre des États du

³⁴ Un contrôle *a priori* n'existe toutefois pas en Allemagne, au Bélarus, en Belgique, en Croatie, en Italie, au Liechtenstein, en Macédoine, en Slovaquie et en Turquie. Au Liechtenstein, un tel contrôle pourrait être instauré de manière prétorienne, mais provisoirement on y renonce toujours.

³⁵ Il s'agit d'une compétence exclusive des coprinces de demander un contrôle préalable des lois.

³⁶ En Pologne, un contrôle de constitutionnalité préventif des lois et des dispositions des traités internationaux n'est possible qu'à la requête du président.

³⁷ Y compris les décrets législatifs régionaux.

³⁸ *Ex officio, a priori* et abstrait.

parlement, la Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine peut contrôler la régularité des procédures du litige survenu.³⁹

En France, bien que l'on procède exclusivement à un contrôle de constitutionnalité *a priori* – donc avant la promulgation d'une loi, la ratification d'un traité ou l'entrée en vigueur d'un règlement d'une assemblée législative⁴⁰ –, une loi est quand même parfois examinée dans son ensemble à l'occasion d'un contrôle préventif des dispositions légales modifiées ou insérées ou des dispositions influençant le domaine de cette loi.⁴¹

Presque tous les pays, à l'exception de la France, connaissent principalement un régime de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* de normes. L'existence d'un contrôle préventif n'empêche pas nécessairement un contrôle *a posteriori* (voy., par exemple, la Hongrie et l'Ukraine, en ce qui concerne les traités internationaux; la Roumanie, en ce qui concerne les lois; le Portugal, en ce qui concerne toutes les normes contrôlées *a priori*). L'initiative de la mise en œuvre du contrôle de constitutionnalité revient d'ailleurs, dans la plupart des cas, à différentes catégories de personnes ou d'organes publics.

§ 4. Le caractère abstrait ou concret du contrôle de constitutionnalité

Presque toutes les Cours constitutionnelles connaissent un contrôle abstrait et un contrôle concret de la constitutionnalité. Alors que la première forme de contrôle est exercée en appréciant la constitutionnalité de la norme indépendamment d'une quelconque application de cette norme – la procédure concerne la norme en soi (voy. notamment sous C, § 1^{er}, ci-après) –, le contrôle du second type trouve son origine dans un litige concret qui doit être tranché par un organe juridictionnel (le renvoi préjudiciel, qui précède la décision juridictionnelle; voy. notamment sous C, § 2, ci-après), soit dans l'application de cette norme par un organe administratif ou juridictionnel (une forme de plainte constitutionnelle, qui suit la décision judiciaire ou un acte juridique administratif; voy. notamment sous C, § 3, ci-après).

Certains pays, comme l'Arménie, la France et la Pologne⁴², connaissent uniquement un contrôle de constitutionnalité abstrait. Le rapport bélarusse parle aussi de l'existence exclusive d'un contrôle abstrait, étant entendu que la présentation d'un problème de constitutionnalité est considérée par la Cour suprême (économique) et par le procureur général comme une forme de recours direct de constitutionnalité.⁴³

A Chypre, le contrôle est uniquement abstrait s'il a lieu *a priori* et uniquement concret s'il a lieu *a posteriori*. En Italie, le contrôle n'est abstrait que dans la mesure où il s'agit d'un litige constitutionnel ayant trait à la répartition de compétences entre l'Etat et les régions. En

³⁹ Le rapport de Bosnie-Herzégovine considère cette compétence comme une forme de contrôle *a priori*, qui n'a toutefois jamais été appliqué jusqu'à ce jour.

⁴⁰ Le contrôle est obligatoire pour les lois organiques et règlements d'assemblées législatives; il est facultatif pour les lois ordinaires et les traités internationaux.

⁴¹ La compétence du Conseil constitutionnel pour le contentieux électoral nécessite bien sûr aussi l'existence préalable d'un litige.

⁴² Le rapport polonais dit qu'il s'agit toujours d'un contrôle abstrait (même si le contrôle est introduit par une question préjudicielle ou par une plainte constitutionnelle) parce qu'il s'agit toujours de la constitutionnalité d'un acte juridique normatif et non de la manière dont il est appliqué.

⁴³ Voy. également ce que dit le rapport croate concernant l'absence de renvoi préjudiciel et la possibilité d'entamer une procédure par l'intermédiaire de la Cour suprême.

Suisse, un contrôle abstrait se limite aux normes cantonales, qui peuvent être attaquées avec un « recours de droit public ».

Comme montré ci-après en détail, le contrôle abstrait n'est généralement possible qu'à la requête exclusive d'organes de l'Etat, parfois également d'organes spéciaux, comme les procureurs et médiateurs, ou encore par les organes représentatifs de pouvoirs subordonnés et de personnes individuelles dans un contentieux déterminé.

C. Les types de saisine du juge constitutionnel

§ 1^{er}. Le recours direct

Lorsque l'on parle de recours direct devant le juge constitutionnel, on entend par-là l'accès direct ouvert aux personnes indiquées contre les normes faisant l'objet du contrôle de constitutionnalité.⁴⁴ Bien qu'une plainte constitutionnelle puisse aussi être dirigée contre une norme et doive probablement, pour cette raison, être caractérisée comme un recours direct, cette procédure est néanmoins traitée au § 3, en fonction ou non du choix fait par les Cours constitutionnelles elles-mêmes dans les rapports nationaux, parce que cette procédure est considérée comme une forme de contrôle concret et non abstrait ou parce que l'introduction de la plainte ne fait pas commencer elle-même la procédure de contrôle, mais n'est qu'une requête adressée au juge constitutionnel pour entamer la procédure de contrôle.⁴⁵ Le recours introduit contre les actes n'ayant pas de portée générale et visant à fournir une réparation individuelle d'infractions à des droits constitutionnels est également traité à cet endroit. La distinction faite ainsi est sans doute artificielle et probablement critiquable d'un point de vue scientifique⁴⁶, mais c'est inévitable si l'on veut essayer de saisir une diversité de systèmes de contrôle de constitutionnalité dans des catégories abstraites.⁴⁷

Difficile à classer dans la classification triple de recours direct, renvoi préjudiciel et plainte constitutionnel, la possibilité existant dans certains pays pour la Cour constitutionnelle de procéder elle-même, *proprio motu* et *ex officio*, à un contrôle de constitutionnalité. Ainsi, en Macédoine, la Cour constitutionnelle ne joue pas le rôle d'arbitre passif, mais celui d'acteur actif dans la protection de la primauté de la Constitution. En Autriche aussi, la Cour constitutionnelle peut contrôler d'office des lois et règlements par autosaisine. Une procédure également singulière est le passage possible existant au Portugal d'un contrôle concret à un contrôle abstrait lorsqu'une norme est déclarée illégale (inconstitutionnelle) dans trois cas concrets, généralement à la requête du procureur général de la République, sans que le

⁴⁴ Qu'il s'agisse d'un contrôle *a priori* (Chypre, la France, la Hongrie) ou d'un contrôle *a posteriori*.

⁴⁵ Ainsi, par exemple, en ce qui concerne l'Allemagne, il est fait mention au § 1er de la plainte constitutionnelle municipale et, au § 3, de la plainte constitutionnelle individuelle, parce que ce n'est que de la première catégorie qu'il est dit de manière très explicite qu'elle doit être considérée comme un recours direct contre les lois fédérales et celle des États fédérés.

⁴⁶ Ajoutons-y encore que la terminologie de base utilisée dans le questionnaire (recours direct face à la plainte constitutionnelle) n'est pas utilisée dans tous les pays ayant introduit un rapport et il n'est toujours pas évident de savoir si la procédure doit être rangée dans la première ou dans la seconde catégorie.

⁴⁷ Il y a ainsi – sous réserve de la nature du critère d'examen invocable – peu de différences entre le recours (abstrait) d'un justiciable individuel contre une loi en Belgique et la plainte constitutionnelle individuelle contre une loi en Allemagne, parce que, dans les deux cas, le plaignant doit montrer que la loi l'affecte personnellement, directement et immédiatement.

Tribunal constitutionnel soit obligé de procéder automatiquement à une déclaration d'inconstitutionnalité dans cette procédure.⁴⁸

a) Les normes contre lesquelles le recours direct est ouvert

Les rapports nationaux font mention d'une grande diversité de normes qui correspondent en grande partie au relevé mentionné sous I, B, § 1^{er}, et qu'il est dès lors inutile de répéter ici. En l'espèce, on traite tant du contrôle préventif que du contrôle répressif, à condition qu'il s'agisse dans les deux cas d'un contrôle abstrait. On établit parfois une distinction entre le contrôle préventif obligatoire et le contrôle préventif facultatif, comme vis-à-vis des lois organiques et règlements des chambres législatives, respectivement vis-à-vis des lois ordinaires et des traités internationaux en France.

On répétera que, dans un certain nombre de pays, un recours direct est également possible contre les normes juridiques générales promulguées par le pouvoir exécutif. Dans de nombreux cas, ces normes ne sont pas seulement confrontées aux dispositions constitutionnelles (et aux normes assimilées), mais également aux dispositions des traités internationaux (à action directe) et aux lois, de telle sorte que les Cours constitutionnelles ne sont pas seulement chargées du contrôle de la constitutionnalité, mais aussi du contrôle de la légalité.

b) Les personnes pouvant introduire le recours direct

(1) Règle générale : les pouvoirs politiques

La possibilité de recours direct est généralement uniquement ouverte aux autorités politiques, parfois avec une diversification d'après la nature de la norme contre laquelle le recours est introduit : le président (voy., par exemple, l'Albanie, l'Arménie, l'Azerbaïdjan, la Bosnie-Herzégovine⁴⁹, la Bulgarie, Chypre, la Croatie, la France, la Géorgie, la Lettonie, la Moldavie, la Pologne, le Portugal, la Roumanie, la Russie, la Slovaquie, la Slovénie, la Tchéquie, la Turquie et l'Ukraine⁵⁰), le gouvernement (l'Allemagne⁵¹, l'Autriche⁵², l'Azerbaïdjan, le Bélarus, la Belgique⁵³, la Bulgarie, la Croatie, l'Espagne⁵⁴, l'Italie⁵⁵, la Lettonie, le Liechtenstein, la Moldavie, la Roumanie, la Russie⁵⁶, la Slovaquie, la Slovénie et la Tchéquie), le premier ministre (l'Albanie, Andorre, la Bosnie-Herzégovine, l'Espagne, la France, la Pologne et le Portugal⁵⁷) ou un ministre (la Moldavie et le Portugal), le parlement (l'Azerbaïdjan, l'Espagne⁵⁸, le Portugal⁵⁹, la Russie⁶⁰ et la Slovénie), le président du

⁴⁸ Le contrôle concret des normes s'effectue par des chambres, alors que le contrôle abstrait est opéré par l'assemblée générale.

⁴⁹ Il s'agit ici de chaque membre de la présidence collective.

⁵⁰ Seuls le président et le gouvernement peuvent également introduire un recours contre des traités et accords internationaux.

⁵¹ Y compris les gouvernements des États fédérés.

⁵² Y compris les gouvernements des États fédérés.

⁵³ Y compris les gouvernements des communautés et des régions.

⁵⁴ Il s'agit du gouvernement des communautés autonomes; pour l'autorité centrale : le premier ministre.

⁵⁵ Y compris les gouvernements des régions.

⁵⁶ Tant de la fédération que des entités.

⁵⁷ Le premier ministre de la République ou les présidents des gouvernements régionaux.

⁵⁸ Il s'agit des assemblées législatives des communautés autonomes.

parlement (l'Autriche⁶¹, la Belgique⁶², la Bosnie-Herzégovine, la France, la Pologne, le Portugal⁶³ et la Roumanie) ou une partie ou un de ses membres (l'Albanie, l'Allemagne, Andorre, la Bosnie-Herzégovine, la Bulgarie, la Croatie, l'Espagne, la France, la Géorgie, la Lettonie, la Moldavie, la Pologne, le Portugal⁶⁴, la Roumanie, la Russie⁶⁵, la Slovaquie, la Slovénie, la Tchéquie, la Turquie⁶⁶ et l'Ukraine⁶⁷) ou d'autres titulaires de fonctions particulières (plusieurs pays attribuent cette compétence aux médiateurs).

(2) Différences : également pour d'autres autorités

Parfois, les autorités judiciaires ont la possibilité de s'adresser directement au juge constitutionnel. Ainsi, en Azerbaïdjan, au Bélarus, en Bulgarie, en Moldavie, en Pologne, en Roumanie, en Russie et en Ukraine, les Cours suprêmes et, dans les pays précités et au Portugal, le procureur général de la République, peuvent s'adresser directement au juge constitutionnel. En Croatie, chaque juridiction peut adresser une requête à la Cour constitutionnelle pour procéder à un contrôle de constitutionnalité, mais la Cour ne semble être obligée d'y procéder que si la requête émane de la Cour suprême. Dans les cas où les juridictions ont un accès direct à la Cour constitutionnelle, la distinction qui a été opérée dans le questionnaire entre « recours direct » et « renvoi préjudiciel » n'est pas toujours claire à déterminer.

Certains représentants de l'autorité (par exemple une partie du parlement en cas de procédure d'*impeachment* en Arménie; le procureur général pour protéger les droits et libertés fondamentaux en Géorgie), les personnes morales de droit public (comme les municipalités à Andorre, en Allemagne⁶⁸, en Autriche, en Bulgarie, en Croatie, en Espagne⁶⁹, en Lettonie, au Liechtenstein et en Pologne), ou les personnes (les candidats aux élections) peuvent y avoir accès pour défendre des intérêts spécifiques. Il peut également s'agir d'intérêts fonctionnels : à Andorre et en Roumanie, par exemple, seuls les parlementaires peuvent s'opposer à un règlement de leur assemblée législative.

(3) Les personnes physiques et morales

L'accès direct explicite des personnes physiques et morales au juge constitutionnel n'existe que dans la minorité des pays concernés, mais est souvent compensé par la possibilité de déposer une plainte constitutionnelle ou la possibilité de demander à certains organes de

⁵⁹ Il s'agit des assemblées législatives régionales.

⁶⁰ Tant de la fédération que des entités.

⁶¹ Les présidents des assemblées législatives aux niveaux fédéral et fédérés.

⁶² Les présidents des assemblées législatives aux niveaux fédéral et fédérés, toutefois uniquement à la demande de deux tiers de leurs membres.

⁶³ Tant du parlement national que des assemblées législatives régionales.

⁶⁴ Tant du parlement national que des assemblées législatives régionales.

⁶⁵ Exclusivement du Conseil de la fédération et de la Douma.

⁶⁶ Particularité supplémentaire : le recours est ouvert au (principal) parti majoritaire et au principal parti d'opposition.

⁶⁷ Y compris le Conseil suprême de Crimée.

⁶⁸ Le rapport allemand mentionne explicitement que les plaintes constitutionnelles municipales, qui peuvent être dirigées contre la législation fédérale et contre celle des États fédérés, doivent en fait être qualifiées de recours directs.

⁶⁹ En outre, soumises à l'obligation de recueillir l'avis préalable du Conseil d'Etat ou d'un organe semblable des communautés autonomes : vaut aussi pour les provinces.

présenter une cause au juge constitutionnel. En Hongrie, toute personne peut demander à la Cour constitutionnelle d'effectuer un contrôle constitutionnel de toutes les normes juridiques⁷⁰. En Autriche et en Belgique, on peut déposer un recours en annulation des normes ayant force de loi, à condition de justifier d'un intérêt⁷¹. En Suisse, les personnes intéressées peuvent aussi introduire un « recours de droit public » devant le Tribunal fédéral, uniquement contre les lois cantonales⁷². En Géorgie, on peut demander le contrôle direct de dispositions normatives par rapport aux dispositions constitutionnelles en ce qui concerne les droits et libertés fondamentaux. En Macédoine, il y a même la possibilité générale de l'action populaire, par laquelle toute personne peut introduire une requête pour mettre en oeuvre le contrôle de légalité (et de constitutionnalité) de normes. En Croatie, la Cour constitutionnelle peut contrôler la constitutionnalité de lois et la légalité de décisions à la requête de personnes physiques ou morales, mais la Cour n'est pas tenue d'y procéder réellement.

c) Le délai dans lequel le recours direct doit être introduit

Le délai dans lequel le recours direct peut être introduit peut être explicitement limité dans le temps (voy., par exemple, Andorre : trente jours; la France : dans le mois; l'Italie et la Turquie : soixante jours; la Belgique : six mois ou soixante jours pour les actes portant assentiment aux traités; l'Espagne : trois mois, avec prolongation jusqu'à neuf mois en cas de contentieux de compétence; l'Albanie : trois ans). Dans la plupart des pays, le recours direct peut être introduit sans limite de temps (voy., par exemple, l'Allemagne⁷³, l'Autriche, la Bosnie-Herzégovine, la Lettonie, le Liechtenstein, la Macédoine, la Moldavie, la Pologne, le Portugal, la Russie, la Slovaquie, la Slovénie et la Tchéquie).

d) La suspension de l'exécution de la norme

La suspension de normes contrôlées directement pendant la procédure devant le juge constitutionnel n'est pas évidente, mais elle est possible dans un nombre non négligeable de pays. Dans un certain nombre de pays, une suspension de l'exécution des normes n'est toutefois pas autorisée (Andorre, l'Azerbaïdjan, le Bélarus, la Bulgarie, la Hongrie, la Moldavie, la Pologne, le Portugal, la Roumanie, la Russie, la Tchéquie et l'Ukraine), n'est pas possible de par la nature de la procédure, par exemple parce qu'il n'y a pas de contrôle répressif abstrait de la constitutionnalité (Chypre et la France) ou limité à certaines normes (l'Espagne⁷⁴ et l'Italie⁷⁵). La suspension peut aussi être retirée en Bosnie-Herzégovine. En Croatie, la Cour constitutionnelle peut suspendre l'exécution d'actes ou d'arrêtés individuels lorsqu'ils sont basés sur des normes soumises au contrôle de constitutionnalité.

⁷⁰ Pour le contrôle de certaines normes, comme les traités, l'accès direct est limité à certains représentants officiels, comme le président, le gouvernement, le(s) membre(s) du parlement, les présidents de la Cour suprême et de la Cour des comptes et le procureur général.

⁷¹ Pour les autorités politiques, aucun des deux pays ne requiert de justifier d'un intérêt.

⁷² Il s'agit ici de la seule forme de contrôle abstrait indépendant de l'existence d'un acte d'application concret et qui peut être utilisé comme voie de recours extraordinaire.

⁷³ Sous réserve des litiges entre l'autorité fédérale et les États fédérés.

⁷⁴ Uniquement par le gouvernement envers les lois des communautés autonomes; suspension automatique qui doit être confirmée ou supprimée par le Tribunal constitutionnel dans les cinq mois.

⁷⁵ Uniquement dans le cadre d'un conflit de compétences entre l'Etat et les régions, la Cour constitutionnelle peut décider par une ordonnance motivée de suspendre l'exécution des actes ayant donné lieu au conflit.

Dans un certain nombre de pays, la suspension de l'exécution de la norme contrôlée est soumise à la condition expresse qu'un dommage difficilement réparable risque d'apparaître, pour l'intérêt général ou individuel (voy., par exemple, l'Albanie, la Belgique, la Bosnie-Herzégovine, la Croatie et la Géorgie). En Albanie, lors du prononcé du jugement définitif, il faut décider explicitement du sort de la suspension. En Slovaquie, la possibilité de suspension immédiate de la norme n'a été introduite que très récemment. En Turquie, la compétence de suspension n'est pas explicitement reconnue, mais elle est quand même exercée par la Cour constitutionnelle, lorsqu'il y a de fortes présomptions d'inconstitutionnalité et que l'application entraîne de sérieux dommages. En Suisse aussi, le « recours de droit public » n'est pas suspensif, mais il est néanmoins possible de demander au président l'application de mesures protectrices provisoires.

§ 2. Le renvoi préjudiciel – l'exception d'inconstitutionnalité

Sous réserve des exceptions notables de la France,⁷⁶ du Portugal,⁷⁷ de l'Arménie, de la Croatie⁷⁸ et de la Suisse, tous les États connaissent un mécanisme de renvoi préjudiciel, ou, s'il n'est pas formellement qualifié comme tel, un mécanisme permettant à un juge « du fond » qui, au cours de l'examen d'un litige dont il est saisi, constate que la constitutionnalité d'une des dispositions en question qu'il s'apprête à appliquer peut être mise en doute, de surseoir à statuer et d'en référer au juge constitutionnel.⁷⁹

a) La saisine préjudicielle du juge constitutionnel

(1) La détermination des juridictions qui ont compétence pour s'adresser au juge constitutionnel

Deux modèles existent, en ce qui concerne la détermination des juridictions qui ont compétence pour s'adresser au juge constitutionnel. Dans certains États, toutes les juridictions, de quelque degré que ce soit, ont ce pouvoir, voire même cette obligation. Dans

⁷⁶ Le rapport français souligne cependant qu'il existe actuellement en France une réflexion à ce sujet.

⁷⁷ Le Portugal connaît cependant un système original de contrôle concret de constitutionnalité. Les juridictions peuvent et doivent résoudre elles-mêmes les questions de constitutionnalité, étant donné qu'elles ne peuvent, en vertu de la Constitution, appliquer des normes qui lui sont contraires. Lorsqu'une norme dont l'application a été refusée par un tribunal figure dans une convention internationale, dans un acte législatif ou dans un décret réglementaire, le Ministère public doit obligatoirement exercer un recours devant le Tribunal constitutionnel. À l'inverse, lorsqu'une partie conteste, dans le cours d'un procès, la constitutionnalité d'une disposition, et que celle-ci est appliquée par la juridiction, cette partie dispose d'un recours auprès du Tribunal constitutionnel.

⁷⁸ En Croatie, il n'existe pas de procédure de renvoi préjudiciel. Les juridictions peuvent néanmoins, comme tout un chacun – organe ou personne – introduire un recours de contrôle de légalité (constitutionnalité) auprès de la Cour constitutionnelle; il existe, en outre, l'exception d'illégalité qui permet de suspendre la procédure et de demander à la Haute Cour de justice d'introduire un recours devant la Cour constitutionnelle. Vu son caractère propre, cette procédure ne peut être intégrée à aucun des deux modèles suivants.

⁷⁹ Des différences existent entre les systèmes ici qualifiés, pour faciliter leur comparaison, de « renvoi préjudiciel ». L'auteur du présent rapport ne prétend pas détenir une définition universelle de la question préjudicielle et a tenté, dans la mesure du possible, de comparer les systèmes décrits par les rapporteurs nationaux sous ce vocable. Il faut cependant noter que, dans certains cas, comme celui de l'Autriche, le mécanisme de renvoi s'apparente, par certains de ses aspects, à un recours, introduit par une juridiction, tendant à l'annulation de la norme dont la constitutionnalité est contestée. La juridiction *a quo* demeure toutefois saisie du litige, et rendra la décision y mettant fin.

d'autres États, au contraire, seules la ou les juridictions suprêmes peuvent saisir le juge constitutionnel d'une question de constitutionnalité.

Parmi les États dans lesquels toutes les juridictions peuvent saisir le juge constitutionnel par le biais d'une question préjudicielle, on trouve l'Albanie, Andorre, la Belgique, la Bosnie-Herzégovine, l'Allemagne, l'Italie, le Liechtenstein, la Macédoine, la Pologne, la Slovaquie, la Slovénie, la Turquie, la Russie (où existe cependant une exception pour les tribunaux d'arbitrage inférieurs qui ne peuvent pas introduire de question préjudicielle à la Cour constitutionnelle), la Roumanie, l'Espagne, la Lituanie, la Hongrie, la Tchéquie et la Géorgie.

Les juridictions constitutionnelles de ces États interprètent, dans leur majorité, la notion de « juridiction » de façon large. Ainsi la Cour constitutionnelle italienne, qui ne traite pratiquement que de questions préjudicielles, considère-t-elle que la notion d'autorité juridictionnelle doit être interprétée de façon ample, en fonction des finalités du contrôle exercé.⁸⁰ De même, la Cour d'arbitrage belge donne un sens large à la notion.⁸¹ Quant au Tribunal constitutionnel espagnol, il accueille les questions posées par les juridictions au sens large, y incluant les tribunaux des comptes, et il n'exclut de la notion que les arbitres.

D'autres États, moins nombreux, réservent la compétence de s'adresser directement au juge constitutionnel à leurs juridictions supérieures. Il s'agit du Bélarus, de l'Azerbaïdjan, de la Bulgarie, de l'Ukraine, de la Moldavie et de la Lettonie.

Dans ces États, le mécanisme du renvoi préjudiciel est parfois formalisé en deux temps. Ainsi, en Ukraine et en Moldavie, si une discussion quant à la constitutionnalité d'une loi s'élève devant une juridiction, celle-ci suspend la procédure pendante devant elle et transmet le problème de constitutionnalité à la Cour suprême, qui en référera à la Cour constitutionnelle.

L'Autriche connaît, à cet égard, un système mixte : seules les juridictions supérieures peuvent soumettre à la Cour constitutionnelle les questions de constitutionnalité des normes ayant valeur législative. En revanche, lorsque l'objet de la question de constitutionnalité est une norme à valeur réglementaire, toutes les juridictions peuvent s'adresser à la Cour. En outre, la Cour constitutionnelle autrichienne peut se saisir d'office du contrôle d'une loi ou d'un règlement, à l'occasion de l'examen d'une affaire pendante devant elle. Elle peut donc, en quelque sorte, se poser à elle-même une question préjudicielle.

Bien que la Constitution chypriote prévoie que toute juridiction puisse s'adresser à la Cour constitutionnelle, celle-ci a décidé, en 1964,⁸² que seules les juridictions ayant des compétences en matière familiale peuvent l'interroger directement. Dès lors, les autres juridictions sont amenées à trancher elles-mêmes les questions de constitutionnalité, la Cour constitutionnelle ne connaissant de ces affaires qu'en degré d'appel.

⁸⁰ La Cour constitutionnelle italienne s'est ainsi reconnue compétente pour connaître de questions posées notamment par la section disciplinaire du Conseil supérieur de la magistrature, par la Cour des comptes en matière de contrôle de l'exécution du budget de l'Etat, ou par un juge de l'exécution des peines.

⁸¹ Elle a ainsi accueilli des questions posées par exemple par la Commission pour l'aide aux victimes d'actes intentionnels de violence, par le Conseil de la concurrence, ou par un juge d'instruction statuant sur une requête visant à l'accomplissement d'un acte d'instruction complémentaire.

⁸² Cour suprême de Chypre, Procureur général de la République c. Mustafa Ibrahim et autres, 1964, *C.L.R.* 195.

(2) *L'obligation ou non de poser une question préjudicielle*

En ce qui concerne les cas de saisine par question préjudicielle, et singulièrement, la question de l'obligation, ou non, pour les juridictions ordinaires, d'en référer à la juridiction constitutionnelle, les divers systèmes examinés peuvent être, semble-t-il, ramenés à trois grandes catégories, en fonction du degré de latitude qu'ils laissent aux juges « du fond ». Certains systèmes juridiques, tels ceux de la Belgique, de la Bosnie-Herzégovine, de la Roumanie, de la Moldavie ou encore de l'Autriche, refusent d'accorder aux juridictions ordinaires la moindre compétence en matière de contrôle de constitutionnalité, et leur imposent une stricte obligation d'interroger la juridiction constitutionnelle dès que le moindre doute est élevé quant à la conformité d'une des normes qu'ils ont à appliquer à la Constitution. A l'opposé, certains États connaissent un système qui pourrait s'apparenter à un modèle de « contrôle diffus positif », ne faisant obligation à la juridiction de poser une question préjudicielle que quand elle est convaincue que la disposition à l'examen est inconstitutionnelle,⁸³ ou quand elle constate qu'il n'y a aucune possibilité de l'interpréter dans un sens qui la rende conforme à la Constitution.⁸⁴

Entre ces deux modèles extrêmes, dans certains États où les juridictions sont en principe obligées de s'en référer au juge constitutionnel dès qu'elles ont un doute quant à la constitutionnalité d'une disposition, on observe en pratique que le contrôle est partagé. Ainsi, en Espagne par exemple, le contrôle exercé par le pouvoir judiciaire est strictement limité aux cas de conformité, mais lorsqu'un vice de constitutionnalité est constaté, la juridiction doit saisir le Tribunal constitutionnel.

En Pologne, il existe une controverse quant au pouvoir du juge du fond en cette matière. Le Tribunal constitutionnel et une partie considérable de la doctrine juridique considèrent que si un tribunal a des doutes sur la conformité de la loi dont l'application a de l'importance pour la solution de l'affaire avec la Constitution ou avec un accord international ratifié, il a le devoir d'adresser la question au Tribunal constitutionnel.

Au Liechtenstein, il semble que, suite à un revirement récent de jurisprudence, les juridictions aient à présent l'obligation d'interroger la Cour constitutionnelle en cas de doute.

(3) *L'initiative de la question préjudicielle*

Les questions posées peuvent généralement être soit posées d'office par la juridiction *a quo*, soit suggérées par les parties.⁸⁵ Il semble que la règle en ce qui concerne l'initiative de la question soit la souplesse. Dans certains pays, la décision prise par la juridiction *ex officio* de poser une question doit obligatoirement être soumise à la contradiction des parties. C'est notamment le cas de l'Espagne. Dans d'autres États, au contraire, la juridiction n'est nullement tenue de rouvrir les débats après avoir décidé d'interroger le juge constitutionnel.

⁸³ C'est le cas de la Bulgarie, de l'Allemagne, de l'Italie, où les juridictions *a quo* font ainsi office de « filtre », de Chypre, de la Slovaquie, de la Slovénie, de la Turquie, de la Russie et de la Hongrie.

⁸⁴ C'est, explicitement, le cas de l'Allemagne et de la Tchéquie.

⁸⁵ Les États qui connaissent un système d'initiative « mixte » (soit d'office par la juridiction *a quo*, soit à la suggestion d'une partie, éventuellement par le truchement d'une exception d'inconstitutionnalité) sont : l'Albanie, Andorre, la Bulgarie, l'Allemagne, l'Italie, la Belgique, la Turquie, la Roumanie, l'Espagne, la Moldavie, la Hongrie et la Tchéquie.

C'est, entre autres, le cas de l'Autriche, de la Pologne⁸⁶ et de la Turquie. En Belgique, la question est controversée. Certains systèmes, tels celui de l'Ukraine et du Liechtenstein, ne permettent pas à la juridiction *a quo* de poser une question d'office. De même, les juridictions chypriotes ne peuvent prendre l'initiative de référer un problème constitutionnel à la Cour, puisque les parties doivent proposer et rédiger elles-mêmes la question. A l'opposé, la Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine n'a connu jusqu'à présent que de questions posées d'office par les juridictions.

Dans les systèmes dans lesquels l'obligation imposée au juge *a quo* de poser la question est la plus forte, les parties au litige ont, en conséquence, pratiquement la possibilité d'obliger la juridiction à référer du problème à la juridiction constitutionnelle, puisqu'il suffit qu'elles émettent un doute quant à la constitutionnalité de la norme pour que la juridiction soit obligée de poser la question. Toutefois, dans la quasi totalité des systèmes juridiques examinés, la juridiction *a quo* reste en principe maître de la décision de poser une question préjudicielle ou pas. En corollaire à cette maîtrise, les parties ne disposent généralement pas, ni de la possibilité d'imposer que soit posée une question, ni, à l'inverse, de possibilité de faire obstacle à la décision, prise par la juridiction de fond, de poser une question préjudicielle.

La Slovénie paraît connaître à cet égard une particularité de procédure originale. À côté du mécanisme classique de renvoi préjudiciel par une décision d'une juridiction, la législation slovène permet en effet aux parties d'introduire elle-même une question, afin de mettre en mouvement la procédure devant la Cour constitutionnelle. Dans ce cas, elles ont à démontrer leur intérêt. La juridiction *a quo* est informée de la procédure constitutionnelle, mais elle n'est pas tenue de suspendre la procédure pendante devant elle.

(4) La motivation de la question préjudicielle

L'intensité de l'obligation mise à charge des juridictions *a quo* de suspendre leur procédure et d'interroger la juridiction constitutionnelle entretient un lien évident avec l'importance du monopole réservé à cette dernière en matière de contrôle de constitutionnalité des lois et éventuellement des normes inférieures. Plus l'obligation est forte, plus important est le monopole. Ainsi, en Autriche et en Belgique par exemple, les juridictions constitutionnelles sont investies d'un pouvoir exclusif de trancher les questions de conformité à la Constitution des normes pour lesquelles elles sont compétentes. Les juridictions *a quo* ne peuvent se dispenser d'interroger la Cour au motif qu'elles estimeraient que la norme en question ne viole pas la disposition constitutionnelle. Dans les États qui connaissent ce système, les considérations émises par la juridiction *a quo* importent peu. A la limite, le juge qui interroge la juridiction constitutionnelle peut se contenter de formuler une question, sans accompagner celle-ci d'argumentation détaillée. C'est aussi le cas des juridictions bosniaques, ukrainiennes, azerbaïdjanaises, bulgares, géorgiennes et chypriotes, qui ne se prononcent pas, dans leurs décisions de renvoi, sur les questions qu'elles soumettent au juge constitutionnel.

Dans de nombreux autres États, en revanche, les juges ne sont tenus d'interroger leur Cour constitutionnelle que lorsqu'ils sont convaincus de l'inconstitutionnalité de la norme en cause. Dans ces États, le contrôle est partagé entre juridictions. Lorsqu'elles interrogent la juridiction constitutionnelle, elles le font généralement par une décision motivée, comprenant les raisons

⁸⁶ La formulation de la question et le prononcé de l'ordonnance sur la présentation de celle-ci au Tribunal constitutionnel ne font pas partie de l'audience, mais ont lieu en chambre du conseil, sans participation des parties.

pour lesquelles elles estiment que la norme est cause est inconstitutionnelle, ainsi que, le cas échéant, les positions exprimées par les parties. Parmi les systèmes qui imposent formellement aux juridictions *a quo* de motiver leur décision, on compte la Slovénie, Andorre, la Turquie, la Roumanie, l'Espagne, la Lettonie et la Pologne. Dans plusieurs autres États, tels l'Allemagne, la Russie, la Hongrie, la Tchéquie et l'Italie, le juge *a quo* effectue un premier examen de la question de constitutionnalité.

b) Le filtrage

La nécessité de mettre en place une procédure « de filtrage » est naturellement ressentie avec plus d'acuité par les juridictions constitutionnelles qui sont saisies d'un nombre important de questions préjudicielles. Cette évidence explique que, dans certaines Cours, toutes les affaires sont traitées selon une procédure rigoureusement identique.⁸⁷

Dans la plupart des systèmes envisagés existe une possibilité, pour la juridiction constitutionnelle, de refuser d'examiner une affaire pour des motifs de forme, de procédure, de compétence, ou éventuellement de l'existence d'une décision antérieure de la Cour sur le même sujet. Cette possibilité n'est pas forcément traduite dans la mise en place d'une procédure distincte. Il peut en effet s'agir d'un premier examen de toutes les affaires, qui se termine, dans les cas énumérés, par une décision de non-examen. Ainsi, la Cour constitutionnelle de Géorgie tient une session administrative, avant la prise en considération de chaque cas, et peut décider le refus de prise en considération lors de cette session. En Tchéquie, le juge rapporteur peut décider de rejeter la question si les conditions procédurales ne sont pas remplies ou si elle est manifestement non fondée. En Moldavie, le président peut rejeter les demandes non conformes aux exigences légales. En Azerbaïdjan, de même qu'au Bélarus, les mêmes hypothèses donnent lieu à un « refus d'examen ».

Plusieurs législations permettent à la juridiction *a quo* de compléter sa demande à ce stade.⁸⁸

En Italie, bien qu'il n'existe pas de procédure particulière de filtrage des questions, la Cour constitutionnelle procède à un premier examen de l'admissibilité. Cet examen porte notamment sur la motivation de l'ordonnance quant à la pertinence de la question posée pour la solution du litige pendant devant la juridiction *a quo*. En outre, la Cour dispose de la possibilité de prononcer une ordonnance de « manifeste absence de fondement ». Une procédure semblable existe en Pologne : après l'introduction de la procédure, le Tribunal constitutionnel est autorisé à prononcer l'ordonnance de non-lieu en chambre du conseil s'il reconnaît que l'arrêt est inutile ou inadmissible (disposition dont la constitutionnalité a déjà fait l'objet d'un examen dans le passé, procédure dans une affaire qui est objectivement et subjectivement identique à une affaire déjà tranchée, hypothèse dans laquelle la solution de l'affaire pendante ne dépend pas de la réponse à la question).

Enfin, certaines législations établissent une procédure plus rapide, différente de la procédure ordinaire, qui permet à la juridiction constitutionnelle de se dispenser, dans certaines hypothèses, de l'examen approfondi de la question qui lui est soumise. Dans ces hypothèses, le premier examen auquel sont soumises toutes les affaires dont est saisie la juridiction constitutionnelle aboutit à une sorte « d'aiguillage » : certaines affaires sont poursuivies selon

⁸⁷ C'est le cas d'Andorre, de la Bulgarie, de la Roumanie, de la Lituanie et de la Lettonie.

⁸⁸ C'est notamment le cas de la Hongrie et de la Macédoine.

la procédure ordinaire, d'autres empruntent la voie de la procédure courte. Mais, à la différence de l'hypothèse examinée ci-dessus, il s'agit cette fois d'une réelle procédure, impliquant plusieurs étapes et éventuellement une possibilité pour les parties intéressées de faire connaître leur point de vue à la juridiction constitutionnelle. En Russie, un premier examen par le greffe peut donner lieu à une proposition de décision de non-admissibilité. Cette proposition est ensuite examinée par un des juges et débouche, le cas échéant, sur une décision de la Cour constitutionnelle. En Belgique, les juges rapporteurs peuvent décider, à l'issue d'un premier examen de la question, que celle-ci ne relève manifestement pas de la compétence de la Cour ou qu'elle est manifestement sans objet. Ils font alors rapport en ce sens, et les parties devant la juridiction *a quo* ont l'occasion, dans un délai bref, de faire connaître leur point de vue au sujet des conclusions des juges rapporteurs. En cas de poursuite de la procédure courte, la Cour d'arbitrage, éventuellement en chambre restreinte, rend ensuite un arrêt. En Albanie, ainsi qu'en Autriche, la Cour constitutionnelle peut décider d'appliquer une procédure raccourcie, ne comportant pas d'audience orale. La Bosnie-Herzégovine et Chypre connaissent, elles aussi, une procédure qualifiée « d'expéditive ». En Ukraine, une procédure rapide permet à la Cour constitutionnelle de ne pas examiner les questions pour lesquelles elle n'est pas compétente ou qui ne satisfont pas aux exigences posées par la loi. Cette procédure prévoit aussi que les parties peuvent faire valoir leur point de vue. En Allemagne, une procédure rapide permet à la Cour constitutionnelle de rejeter les questions lorsque la Chambre saisie constate qu'une interprétation de la norme mise en cause qui rend celle-ci conforme à la Constitution est possible. En Espagne, la loi établit une procédure spécifique permettant au Tribunal constitutionnel de rejeter la question lorsqu'il constate qu'elle n'est pas posée par un organe judiciaire dans le cadre d'un procès, que la norme en cause n'a pas valeur de loi, qu'elle n'est pas applicable à l'espèce, que la question n'est pas pertinente pour la solution du litige *a quo* ou qu'elle est notoirement non fondée, ce qui est notamment le cas lorsqu'il existe une décision antérieure du Tribunal sur le même sujet. En Lettonie, il existe, dans certains cas, une procédure écrite.

Dans aucun des systèmes envisagés, la juridiction constitutionnelle ne dispose de la possibilité d'effectuer un « tri subjectif » dans les affaires qui lui sont soumises, et de ne retenir que celles qui lui paraissent les plus importantes ou les plus intéressantes.⁸⁹

c) L'étendue de la saisine

Les juridictions constitutionnelles saisies de questions préjudicielles ne disposent pas, si l'on excepte les hypothèses d'inadmissibilité examinées ci-dessus, de possibilité de restreindre leur saisine : elles sont tenues de répondre à toutes les questions posées et sont généralement tenues de répondre aussi aux considérations émises par les juridictions *a quo*.

En ce qui concerne les possibilités d'extension de la saisine, il est nécessaire de distinguer deux problématiques, à savoir l'extension quant aux normes contrôlées et l'extension quant aux normes de référence, ou aux normes de contrôle.

En général, il n'est pas permis aux juridictions constitutionnelles saisies de questions préjudicielles d'étendre leur saisine à des dispositions normatives qui ne sont pas visées par la question. Au niveau des normes contrôlées donc, les possibilités d'extension n'existent pratiquement pas. Tout au plus est-il permis à la juridiction constitutionnelle, qui prononce

⁸⁹ Contrairement à la possibilité dont dispose, par exemple, la Cour suprême des Etats-Unis.

l'annulation d'une norme ou en constate l'inconstitutionnalité, d'étendre l'annulation ou le constat à d'autres dispositions, non expressément visées, mais qui sont soit intrinsèquement liées à celles qui étaient effectivement visées, soit identiques à celles-ci. Il en va ainsi, notamment, en Roumanie, en Moldavie, en Allemagne, en Italie et en Espagne.

Les juges constitutionnels apparaissent ainsi relativement corsetés par l'objet de la question qui leur est posée. Trois pays font cependant exception à cette règle : l'Autriche, la Slovaquie et la Macédoine. La Cour constitutionnelle macédonienne peut entreprendre le contrôle de la constitutionnalité de dispositions qui n'ont pas été visées par la demande. Elle opère ainsi une saisine *ex officio*. Il en va de même de la Cour constitutionnelle slovaque, qui est compétente pour étendre sa saisine s'il apparaît, en cours d'examen d'une affaire, que la constitutionnalité d'une autre disposition légale pourrait être mise en doute. La Cour constitutionnelle autrichienne, tout en étant strictement liée par les motifs d'inconstitutionnalité invoqués par la décision de renvoi préjudiciel, peut aussi être saisie par elle-même. En effet, lorsque, à l'occasion de l'examen de la légalité d'un règlement, la Cour estime que la loi elle-même présente un vice de constitutionnalité, elle examine aussi la question de la constitutionnalité de la disposition normative en cause, mais, dans ce cas aussi, la Cour constitutionnelle, statuant en tant que juge *ad quem*, est strictement liée par sa décision, prise en tant que juge *a quo*, introduisant la procédure de contrôle des normes.

L'extension de la saisine relativement aux normes de référence est plus courante. Ainsi, plusieurs juridictions constitutionnelles, parmi lesquelles on note la Cour d'arbitrage belge, la Cour constitutionnelle macédonienne, la Cour constitutionnelle bulgare, la Cour constitutionnelle tchèque, la Cour constitutionnelle turque, la Cour constitutionnelle slovène, la Cour constitutionnelle russe, la Cour constitutionnelle albanaise, la Cour constitutionnelle fédérale allemande, la Cour constitutionnelle italienne signalent qu'elles peuvent soit soulever des moyens d'office, soit annuler la norme ou la déclarer invalide sur une autre base constitutionnelle que celle qui était visée par la question.⁹⁰ Le Tribunal constitutionnel espagnol dispose de la possibilité théorique d'étendre sa saisine relativement aux motifs d'inconstitutionnalité, mais il ne l'a jamais fait au contentieux des questions préjudicielles. En revanche, en Autriche, en Géorgie et en Bosnie-Herzégovine, il est impossible pour la juridiction constitutionnelle de prononcer une annulation ou une déclaration d'inconstitutionnalité pour violation d'une autre norme de référence que celle qui était explicitement visée par le renvoi préjudiciel.

Aucune des juridictions constitutionnelles interrogées ne se dit saisie des questions de fait du litige qui donne lieu à la question préjudicielle, à l'exception de la Cour constitutionnelle moldave, qui se réfère aussi, à l'occasion du contrôle exercé, aux circonstances de l'espèce. Il n'en demeure pas moins que les juridictions constitutionnelles qui opèrent un contrôle de la pertinence de la question pour la résolution du litige doivent avoir égard, même si ce n'est pas pour les juger *sensu stricto*, aux faits tels qu'ils sont exposés par le juge *a quo*.

d) L'examen, par la juridiction constitutionnelle, de la pertinence de la question posée

Les différents rapports présentent, à l'occasion de l'examen de cette question, des positions diamétralement opposées.

⁹⁰ Il en va de même du Tribunal constitutionnel portugais, qui n'est pas tenu par les moyens avancés à l'appui du recours.

Dans certains modèles de contentieux constitutionnel, la pertinence de la question posée pour la solution du litige pendant devant la juridiction *a quo* constitue une condition de recevabilité de la demande préjudicielle. En conséquence, le juge constitutionnel commence son examen du problème qui lui est soumis par la vérification de la pertinence et, en cas de résultat négatif, déclare la question irrecevable. Le cas échéant, il le fait au terme d'une procédure préliminaire, ou de filtrage. Parmi les juridictions constitutionnelles qui pratiquent ce contrôle, on dénombre celles d'Andorre, de Roumanie, de Turquie, de Russie, de Bosnie-Herzégovine, de Chypre, de Pologne et d'Allemagne. En Autriche, la Cour constitutionnelle procède à l'examen de la pertinence, mais elle ne rejette la demande de contrôle qu'en cas de défaut « manifeste » de cette condition. En Espagne, le contrôle de recevabilité effectué par le Tribunal constitutionnel s'étend également à ce que l'on appelle le jugement de pertinence. Le Tribunal ne décrète l'irrecevabilité que « lorsqu'un manque de consistance notoire de l'argumentation judiciaire en ce qui concerne le jugement de pertinence est constaté », ce qu'il fait, le cas échéant, à l'issue d'un examen approfondi de la corrélation logique et directe entre l'éventuelle annulation de la norme et la solution de la procédure judiciaire. En Tchéquie, la pertinence est une condition de recevabilité de la question, mais il semble qu'il n'y ait pas eu, jusqu'à présent, de rejet d'une question pour manque de pertinence.

A l'inverse, certaines juridictions constitutionnelles s'interdisent strictement d'examiner les éléments de fait constitutifs du litige donnant lieu à la question préjudicielle et refusent dès lors de s'interroger sur la pertinence de la question. Dans ce modèle, l'applicabilité de la norme aux faits et la nécessité d'obtenir réponse à la question posée pour la solution du litige ne sont évaluées que par la juridiction *a quo*, qui conserve un monopole à cet égard. Dès lors, la juridiction constitutionnelle est tenue de répondre à la question posée, même si elle constate que le juge *a quo* a commis une erreur en l'interrogeant. C'est le cas des Cours constitutionnelles ukrainienne, albanaise, bélarusse, azerbaïdjanaise, hongroise, bulgare et slovaque.

Dans certains systèmes, la juridiction constitutionnelle, tout en s'interdisant formellement d'examiner la pertinence de la question, semble évoluer tout de même vers un certain contrôle. Peut-être ces Cours sont-elles mues par le souci d'opérer une sélection, devant le nombre croissant des questions qui leur sont soumises, entre les questions « utiles », et celles qui paraissent dépourvues de toute utilité. On observe, semble-t-il, une évolution de ce type en Italie et en Belgique. Les juridictions italiennes se voient réserver, en principe, l'appréciation de l'incidence de la question, mais elles sont tenues de motiver leur ordonnance de renvoi. La Cour constitutionnelle italienne, quant à elle, opère un contrôle, non pas sur la pertinence de la question *stricto sensu*, mais bien sur la motivation de l'ordonnance. Cette opération lui permet de prendre, le cas échéant, une décision d'inadmissibilité qui sanctionne en réalité, au-delà du défaut de motivation, un problème de pertinence de la question.

La Cour d'arbitrage belge s'interdit aussi d'examiner la pertinence de la question, répétant invariablement que c'est au juge *a quo* qu'il revient d'en juger. Une jurisprudence récente lui permet cependant, dans les cas dans lesquels le défaut de pertinence paraît manifeste, de constater qu'en réalité, sa saisine est vide de tout objet, et de conclure son examen, soit en renvoyant la question au juge *a quo* pour qu'il en réexamine la pertinence, soit en déclarant que la question posée n'appelle pas de réponse.⁹¹

⁹¹ Dans les deux hypothèses, il demeure possible, pour la juridiction *a quo*, de saisir à nouveau la Cour de la question, éventuellement formulée un peu différemment.

e) L'interprétation de la question posée et les possibilités de reformulation

La juridiction constitutionnelle est-elle complètement liée par la question, telle qu'elle a été formulée par la juridiction de renvoi, ou bien dispose-t-elle d'une certaine marge de manœuvre lui permettant éventuellement d'imposer sa propre formulation du problème qui lui est posé?

Trois tendances se dégagent des pratiques nationales, telles qu'elles sont exposées dans les rapports analysés.

Certaines juridictions constitutionnelles se voient interdire – ou s'interdisent elles-mêmes – de toucher à la question posée et n'envisagent donc jamais de reformulation. C'est le cas de la Cour constitutionnelle slovaque, de la Cour constitutionnelle autrichienne et de la Cour constitutionnelle roumaine.

D'autres juridictions constitutionnelles, telles la Cour constitutionnelle hongroise, la Cour d'arbitrage belge, la Cour constitutionnelle azerbaïdjanaise, la Cour constitutionnelle albanaise, la Cour constitutionnelle turque n'hésitent pas à reformuler les questions qui leur paraissent devoir l'être ou à interpréter le contenu de la demande d'une manière qui soit utile pour identifier la vraie question de constitutionnalité posée. En Allemagne, une reformulation est possible, mais l'hypothèse est rare.

Enfin, à Chypre, en Andorre, en Pologne et en Géorgie, le juge constitutionnel, tout en s'interdisant de reformuler la question, dispose de la possibilité de la renvoyer au juge *a quo*, en le priant de la compléter ou de la reformuler lui-même.

f) L'interprétation de la norme contrôlée

Dans la plupart des mécanismes de renvoi préjudiciel, la norme dont la constitutionnalité est mise en doute par une juridiction a fait l'objet, par cette dernière, d'une interprétation exprimée dans la décision de renvoi. Une telle interprétation est même inévitablement explicite dans les systèmes qui obligent le juge de renvoi à motiver sa décision, ou qui ne lui permettent d'interroger la juridiction constitutionnelle que lorsqu'il est convaincu que la norme en cause présente un vice de constitutionnalité.⁹²

Aucune juridiction constitutionnelle n'apparaît comme strictement liée par l'interprétation de la norme contrôlée que lui a fournie la juridiction de renvoi.⁹³

Certaines juridictions constitutionnelles ont égard à l'interprétation qui leur est donnée dans la décision de renvoi, certaines autres ne doivent même pas y faire référence.⁹⁴ Mais elles ont toutes la possibilité d'y substituer une interprétation qui leur permet de « sauver » la norme, autrement dit de la déclarer conforme à la Constitution, fût-ce uniquement dans l'interprétation qui lui est ainsi accolée. Il apparaît ainsi qu'en Espagne, en Belgique et en

⁹² Voy. *supra* (§ 2, a), la saisine préjudicielle du juge constitutionnel.

⁹³ Signalons que le rapport moldave indique que le Parlement possède le monopole de l'interprétation, mais que la Cour constitutionnelle peut expliquer et clarifier les dispositions, avec valeur de précédent pour elle-même et pour les juridictions inférieures.

⁹⁴ C'est le cas de l'Italie, de la Tchéquie, de la Bosnie-Herzégovine, de la Slovaquie, de la Roumanie, de l'Azerbaïdjan, de la Turquie, de l'Allemagne, d'Andorre et de la Russie.

Autriche, par exemple, le juge constitutionnel respecte en principe l'interprétation de la norme contrôlée donnée par la juridiction de renvoi, mais remplace cette interprétation lorsqu'il peut, par cette technique, rendre un arrêt dit « d'interprétation conforme ». Lorsque l'interprétation du juge *a quo* conduit à un constat de constitutionnalité, la juridiction constitutionnelle n'a, en revanche, pas à remettre cette interprétation en cause, même si une interprétation différente est tout aussi envisageable.

Dans plusieurs des systèmes étudiés, les décisions interprétatives ainsi adoptées par la juridiction constitutionnelle ont valeur de précédent, non seulement pour les juridictions de renvoi,⁹⁵ mais aussi pour la juridiction constitutionnelle elle-même.⁹⁶

g) Les parties au procès constitutionnel

Plusieurs distinctions peuvent être établies au regard des personnes et institutions qui ont la qualité de partie au procès constitutionnel sur question préjudicielle. Parmi ces distinctions, il faut souligner celle qui opère selon que le juge *a quo*, auteur de la saisine de la juridiction constitutionnelle, est considéré comme une partie au procès constitutionnel – ce qui conduit à lui reconnaître un rôle actif durant la procédure préjudicielle – ou que lui est dénié tout rôle actif et qu'il demeure confiné dans l'attente de la réponse du juge constitutionnel, ne redevenant acteur que lorsque ce dernier est dessaisi.

En Autriche, la juridiction *a quo* est partie devant la Cour constitutionnelle, et il lui revient d'argumenter la thèse de l'inconstitutionnalité, en l'absence d'un ministère public. En Andorre, en Russie, en Albanie, en Tchéquie, en Moldavie⁹⁷, en Macédoine, en Pologne et en Slovénie, le juge de renvoi est aussi partie au procès constitutionnel. En Allemagne, les cours suprêmes fédérale ou fédérées peuvent être invitées par la Cour constitutionnelle à répondre à des questions qu'elle leur adresse.

Les parties devant la juridiction de renvoi acquièrent qualité de partie devant le juge constitutionnel et sont donc invitées à intervenir devant lui, en Belgique, en Autriche, en Italie, en Allemagne, en Andorre, en Albanie, en Slovaquie, en Roumanie, à Chypre, en Macédoine, en Lettonie et au Bélarus. En revanche, en Russie, en Hongrie, en Tchéquie, en Bosnie-Herzégovine, en Espagne, en Moldavie, en Pologne et en Slovénie, les parties devant le juge *a quo* n'ont pas qualité pour intervenir devant la juridiction constitutionnelle. Un correctif existe toutefois dans certains cas. Ainsi, en Russie, les parties devant le juge *a quo* ont la possibilité d'introduire elles-mêmes, directement, une plainte auprès du juge constitutionnel. Un mécanisme semblable existe en Slovénie, permettant aux parties, en introduisant une requête séparée contre la même disposition que celle qui fait l'objet de la question, de devenir parties à « leur » procès par le jeu des jonctions. En Espagne, on considère que l'audience obligatoire des parties avant que ne soit posée la question et le fait que leurs points de vue sont consignés dans la décision de renvoi, suffisent à assurer leurs droits de la défense au niveau du litige constitutionnel.⁹⁸

⁹⁵ Voy. *infra*, II, C., le lien fonctionnel.

⁹⁶ C'est le cas à Chypre et en Hongrie.

⁹⁷ Il ne s'agit que de la Cour suprême.

⁹⁸ Sauf si la contestation de constitutionnalité porte sur une loi « individuelle » ou dépourvue de portée générale, et ce, en application de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Ruiz-Mateos contre l'Espagne*.

Les parties à un procès analogue ne sont généralement pas recevables à intervenir devant le juge constitutionnel saisi d'une question préjudicielle dans le cadre d'un procès *a quo* qui n'est pas le leur. Néanmoins, ici aussi existent des correctifs à la rigueur de ce principe. Ils ont pour effet soit de leur rendre applicable aussi la décision rendue par la juridiction constitutionnelle, soit de leur permettre, par un artifice de procédure, l'accès à la Cour. Ainsi, en Autriche, l'annulation éventuelle de la norme déploie ses effets dans tous les procès semblables pendants devant la Cour constitutionnelle, et celle-ci peut, en outre, étendre les effets de l'annulation prononcée à d'autres cas. En Belgique, il est arrivé que la Cour d'arbitrage admette l'intervention de parties à un procès similaire, lorsque « leur » juge avait suspendu la procédure pendante devant lui dans l'attente de la réponse de la Cour, tout en omettant de l'interroger lui-même.

Pour le surplus, le législateur auteur de la norme attaquée, incarné habituellement en la personne du pouvoir exécutif ou du gouvernement,⁹⁹ voire d'un représentant du parlement, est appelé à faire valoir ses observations.

Enfin, les juges constitutionnels disposent généralement du pouvoir d'inviter des experts ou des témoins à intervenir dans le procès constitutionnel. Ces intervenants invités n'ont pas, cependant, la qualité de partie.

Les parties devant le juge constitutionnel sont généralement représentées par des avocats ou par des experts dûment mandatés.¹⁰⁰ En Espagne et en Pologne, le ministère public doit se constituer dans toutes les questions de constitutionnalité.¹⁰¹

h) Le *jus superveniens* et les autres incidents

Une modification de la norme contrôlée survenant avant la fin de la procédure devant la juridiction constitutionnelle n'a pas toujours un effet direct sur celle-ci. Il semble qu'en règle générale, on peut considérer que le procès constitutionnel suit le sort de la procédure pendante devant la juridiction de renvoi. Lorsque la modification intervenue n'a pas d'incidence sur l'issue du litige pendant devant la juridiction *a quo*, elle n'a pas non plus d'influence sur la procédure constitutionnelle. Il en va différemment, généralement, lorsque le *jus superveniens* fait perdre son objet au procès devant la juridiction de renvoi.

La question des incidents survenant en cours de procès constitutionnel entretient aussi un lien étroit avec celle de l'examen, par la juridiction constitutionnelle, de la pertinence de la question pour l'issue du procès *a quo*.¹⁰² Ainsi, en Autriche, où la Cour constitutionnelle examine cette question, la survenance d'une modification législative avec effet rétroactif peut mettre fin au procès constitutionnel, dans la mesure où elle fait perdre au procès pendant l'objet du litige et, par voie de conséquence, qu'elle supprime la pertinence de la question. En revanche, en cas de modification avec effet *ex nunc*, la Cour constitutionnelle perd la possibilité d'annuler la norme en cause, mais elle peut déclarer qu'elle a été

⁹⁹ En Italie, le président du Conseil est représenté par « l'Avvocatura generale dello Stato ».

¹⁰⁰ Sauf en Ukraine, en Turquie, en Azerbaïdjan. En Tchéquie, les parties sont représentées par un avocat ou un notaire.

¹⁰¹ Les rapports sont souvent elliptiques sur la question de la présence d'un ministère public auprès de la juridiction constitutionnelle. Il semble que, dans une majorité des systèmes envisagés, il n'existe pas de ministère public spécifique attaché à la juridiction constitutionnelle.

¹⁰² Voy. *supra*, § 2, d.

inconstitutionnelle. En Belgique, la Cour d'arbitrage décide en fonction de l'impact de la modification législative sur la situation des parties, soit de renvoyer la question au juge, soit de limiter la réponse à la norme telle qu'elle était en vigueur à telle date, ou telle qu'elle est applicable au litige *a quo*. En Allemagne, la procédure constitutionnelle suit aussi le sort de la procédure pendante devant le juge *a quo*. En Albanie, la Cour constitutionnelle met fin à la procédure, en cas de *jus superveniens*, à la demande du juge de renvoi. En Espagne, la modification de la norme mise en cause donne lieu à un nouveau jugement de la pertinence de la question, après audition des parties. En Pologne, le Tribunal constitutionnel peut prononcer une ordonnance de non-lieu, mais il peut aussi poursuivre la procédure et rendre un arrêt si c'est nécessaire pour sauvegarder les droits et libertés constitutionnels. A Chypre, un amendement législatif survenant après la saisine de la Cour constitutionnelle a été jugé par celle-ci comme contraire à la séparation des pouvoirs.

En cas de décès ou de désistement d'une partie devant la juridiction de renvoi, les Cours constitutionnelles autrichienne, belge¹⁰³, allemande, hongroise, espagnole, polonaise¹⁰⁴ et chypriote sont dessaisies, à l'inverse des Cours italienne, andorrane, russe, albanaise, turque, roumaine, moldave et macédonienne qui poursuivent la procédure.

§ 3. La plainte constitutionnelle

a) Notion

Pour autant que, dans les différents pays ayant introduit un rapport, la plainte constitutionnelle puisse être considérée comme une des façons dont une cause est portée devant le juge constitutionnel¹⁰⁵, cette introduction de l'instance répond à une grande diversité de manifestations, qu'il est très difficile de saisir dans une définition d'application générale.

Sous cette réserve, on entend par plainte constitutionnelle toute voie de recours particulier, en principe subsidiaire, qui est ouverte, essentiellement pour cause de violation des droits et libertés constitutionnels – énumérés exhaustivement ou non – contre les actes en principe individuels, juridictionnels ou administratifs, émanant de certains organes publics à l'occasion d'une demande concrète ou d'un litige concret, par lequel l'individu qui estime être atteint dans les droits susdits peut exposer sa cause au juge constitutionnel, qui est habilité à soumettre l'acte contesté à un contrôle constitutionnel. La plainte constitutionnelle adopte généralement la forme d'un recours constitutionnel en cassation (lorsqu'elle est uniquement dirigée contre des décisions juridictionnelles), d'un recours pour violation de la Constitution (lorsqu'elle est dirigée contre une série de mesures) ou d'une autre procédure spéciale de protection des droits fondamentaux. En ce sens, la plainte constitutionnelle se présente comme une forme de contrôle concret de la constitutionnalité, ce par quoi elle diffère sensiblement du recours direct comme une forme de contrôle abstrait de la constitutionnalité, même lorsque ce dernier est également introduit par des individus.¹⁰⁶ Il convient, en outre, de

¹⁰³ La Cour d'arbitrage belge suspend les débats, en cas de décès d'une des parties, devant le juge *a quo*, et les reprend éventuellement si ce dernier l'informe de la reprise d'instance à son niveau.

¹⁰⁴ La procédure devant le Tribunal constitutionnel sera poursuivie si le successeur au droit d'une partie à la procédure devant le tribunal *a quo* peut accéder au procès.

¹⁰⁵ Les rapports de la Belgique, de la Bulgarie, de l'Italie, de la Lituanie, de la Moldavie, de la Roumanie et de la Turquie n'ont pas traité de la plainte constitutionnelle comme introduction de l'instance.

¹⁰⁶ En Allemagne, la plainte constitutionnelle d'individus est considérée comme une forme de contrôle concret de la constitutionnalité.

distinguer la plainte constitutionnelle des voies de recours qui s'ouvrent devant la Cour suprême dans un régime de contrôle diffus, comme à Chypre, bien que cela ne soit probablement pas non plus la règle générale. Du fait de ses caractéristiques spécifiques, le « recours de droit public », qui s'ouvre en Suisse devant le Tribunal fédéral, peut quand même être considéré comme une plainte constitutionnelle.

Sur la base de cette description, les procédures d'un certain nombre de pays ne répondent pas aux caractéristiques de la plainte constitutionnelle et ne sont pas traitées ici, soit parce qu'elles ne visent pas à trancher un litige concret, soit parce qu'elles ne sont pas introduites directement devant le juge constitutionnel. Ainsi, le rapport de l'Ukraine mentionne qu'il n'existe pas, dans le pays, de recours constitutionnel au sens propre du terme, mais que chaque citoyen peut demander à la Cour constitutionnelle de donner une interprétation officielle de la Constitution afin de garantir les droits et libertés individuels, en particulier en cas d'application ambiguë de ces normes par les tribunaux. Au Bélarus, on peut s'adresser, dans une certaine procédure, à la Cour constitutionnelle, en se plaignant des lacunes de la législation ou de l'inconstitutionnalité d'une norme, procédure qui s'achève par une proposition de la Cour constitutionnelle, adressée au président, aux chambres législatives, au conseil des ministres ou à d'autres organes publics. En Azerbaïdjan, une plainte constitutionnelle pour violation des droits et libertés fondamentaux ne peut être introduite que par le biais du plénum de la Cour suprême.¹⁰⁷

b) L'objet de la plainte constitutionnelle

Les différentes formes de plaintes constitutionnelles ne sont généralement ouvertes que contre toutes sortes de décisions individuelles et d'actes émanant d'organes juridictionnels et/ou d'autorités administratives, à l'occasion de litiges concrets sur lesquels ils doivent se prononcer ou de demandes concrètes sur lesquelles ils doivent porter un jugement. Dans un certain nombre de pays – la minorité –, il est strictement défini quelles décisions et quels actes juridiques peuvent être attaqués avec une plainte constitutionnelle, mais la plupart des pays ne décrivent pas exactement la nature de ces décisions.¹⁰⁸ On trouve ainsi des exemples de limitation de l'objet de la plainte constitutionnelle en Autriche (« l'objet de la plainte est tout acte administratif individuel d'une autorité administrative de dernière instance ») et en Suisse (« le recours de droit public est recevable contre une décision ou un arrêté cantonal pour violation des droits constitutionnels des citoyens »). On trouve des descriptions générales en Espagne, où le « recours d'amparo » peut être introduit contre des dispositions, des actes juridiques et des voies de fait de tous les organes de droit public, les représentants des pouvoirs publics et les fonctionnaires, bien qu'il ressorte de la pratique qu'il s'agit principalement de décisions juridictionnelles (la violation d'un droit fondamental est directement attribuée à un acte ou à une défaillance d'un organe juridictionnel). On retrouve une description très générale comparable en Slovaquie, où l'on peut attaquer toute décision, mesure ou autre forme d'ingérence dans les droits et libertés, valide et susceptible d'être invoquée, à l'aide d'une plainte constitutionnelle. Dans certains pays, des décisions prises

¹⁰⁷ Le rapport fait état d'une initiative d'introduction d'une procédure de plainte directe qui nécessitera l'épuisement des voies de recours ou le défaut de tout autre rétablissement en droit.

¹⁰⁸ Le rapport du Liechtenstein mentionne une seule description négative, à savoir les actes juridiques constitutionnels du prince régent, explicitement soustraits à tout contrôle juridictionnel et ne pouvant même pas être attaqués par une plainte constitutionnelle, ce qui a déjà conduit à une condamnation par (une Grande Chambre de) la Cour européenne des droits de l'homme pour cause de violation de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme.

envers les autorités locales¹⁰⁹ ou des décisions en matière de contentieux électoral peuvent aussi faire l'objet d'une plainte constitutionnelle. En Suisse, le recours de droit public, pour cause de violation des droits constitutionnels, peut aussi s'attaquer à l'inactivité d'une autorité cantonale. En Croatie, une plainte constitutionnelle peut aussi être introduite lorsque l'autorité compétente refuse d'intervenir dans un délai raisonnable.

Les plaintes constitutionnelles ne sont en principe pas ouvertes contre des normes ayant force de loi ou des normes ayant une portée de règlement général, mais cette constatation générale doit être nuancée. De manière indirecte, une Cour constitutionnelle peut être appelée à se prononcer sur la constitutionnalité d'une norme générale. En Espagne, le recours d'amparo ne s'adresse jamais à des normes ayant force de loi même, mais indirectement, on peut introduire, en ce qui concerne la loi appliquée, à la requête de la chambre qui connaît du recours d'amparo contre la décision d'application, une procédure supplémentaire contre cette loi devant l'assemblée générale du Tribunal constitutionnel. En Allemagne, la plainte constitutionnelle peut être introduite directement contre des normes ayant force de loi¹¹⁰. Le rapport polonais affirme qu'une disposition d'une loi ou un autre acte normatif fait l'objet de la plainte constitutionnelle. Au Liechtenstein, la plainte constitutionnelle est dirigée contre une décision individuelle d'une autorité administrative ou d'un organe juridictionnel, mais, si la norme appliquée est jugée inconstitutionnelle, cela conduit à l'annulation de la décision attaquée et de la norme appliquée, en ce qui concerne cette dernière même *erga omnes*.

Si les plaintes constitutionnelles peuvent être introduites contre des décisions juridictionnelles, elles adoptent souvent la forme d'un recours constitutionnel en cassation. Il s'agit alors d'une voie de recours extraordinaire, qui ne peut être exercée en principe contre les jugements et arrêts rendus en dernière instance. C'est pour cette raison que, dans le régime spécifique portugais, le recours auprès du Tribunal constitutionnel peut aussi être considéré comme un recours constitutionnel spécifique contre une décision juridictionnelle. Il peut être exercé dans deux hypothèses, à savoir lorsque le juge refuse d'appliquer une norme pour cause d'inconstitutionnalité (ou d'illégalité) (et alors un recours direct devant le Tribunal constitutionnel est possible et pour le ministère public même obligatoire) et lorsque le juge applique quand même la norme, malgré l'objection d'inconstitutionnalité (ou d'illégalité) des parties, auquel cas l'épuisement des voies de recours est requise avant que l'on puisse s'adresser au Tribunal constitutionnel.

c) Les motifs d'introduction de la plainte constitutionnelle

Les motifs d'introduction d'une plainte constitutionnelle sont généralement limités à la violation des droits et libertés fondamentaux et ils doivent être mentionnés explicitement par le plaignant¹¹¹. Ces motifs sont décrits en général ou, comme en Espagne, ils sont énumérés explicitement. En Macédoine, la procédure spéciale de recours en protection des droits et libertés fondamentaux ne peut être introduite que s'il y a violation de droits et libertés

¹⁰⁹ Voy., par exemple, les plaintes constitutionnelles d'organes représentatifs d'administration locale et de partis politiques, pour cause de limitation de leurs droits respectifs, en Albanie, en Croatie, au Liechtenstein, en Slovaquie, en Suisse et en Tchéquie.

¹¹⁰ On rappellera que les municipalités disposent aussi de la possibilité d'introduire une plainte constitutionnelle contre les lois fédérales et des États fédérés en ce qui concerne leur autonomie administrative et pour cause de violation de celle-ci; le rapport allemand considère toutefois cette plainte comme un recours abstrait.

¹¹¹ Une dérogation remarquable existe au Liechtenstein, où le Staatsgerichtshof peut même faire valoir des moyens d'office dans une procédure de plainte constitutionnelle.

constitutionnels plutôt limités dont la Cour constitutionnelle garantit le respect en vertu de la Constitution. Les questions de fait ne sont en principe pas traitées par un juge constitutionnel dans le cadre d'une procédure de plainte constitutionnelle. On fait toutefois une exception pour l'appréciation de faits lorsqu'il en ressort la violation de droits fondamentaux. Le rapport allemand mentionne, par exemple, que le refus du juge de tenir compte des arguments des parties peut constituer une violation du droit fondamental d'être entendu par une juridiction. Au Liechtenstein, une erreur manifeste relative à la détermination des faits peut constituer une violation de l'interdiction de délibération arbitraire, qui est considérée comme un droit fondamental autonome non écrit.

d) La possibilité de suspension

Tous les systèmes juridiques n'acceptent pas la possibilité de la suspension de (l'exécution de) l'acte contesté. Dans certains pays, la suspension est acceptée à condition qu'elle soit conforme à l'intérêt général et que le préjudice en cas d'exécution de la décision contestée soit plus important pour l'intéressé que l'avantage pour les autres, comme en Tchéquie. En Espagne aussi, on peut demander la suspension de l'exécution de la décision; le ministère public est impliqué dans le débat à ce sujet.

e) La recevabilité de la plainte

(1) Une plainte directe

La possibilité de présenter directement une cause au juge constitutionnel a été donnée ci-dessus comme critère pour pouvoir considérer une procédure comme une forme de plainte constitutionnelle. Cela ne signifie toutefois pas nécessairement que l'introduction de la plainte doive immanquablement mettre la procédure en oeuvre. Une plainte constitutionnelle peut être introduite sous la forme d'une requête (pétition), à savoir comme une requête auprès du juge constitutionnel de mettre la procédure en oeuvre, comme en Slovaquie. En Bosnie-Herzégovine, on décide à la majorité si la plainte est inscrite sur la liste des causes à traiter.

(2) La qualité pour introduire une plainte constitutionnelle

En principe, la plainte constitutionnelle doit être introduite par l'individu lésé dans une procédure administrative ou par une partie dans le procès où a été prononcé une décision juridictionnelle. Comme il s'agit d'un contrôle concret de constitutionnalité, il doit y avoir un lien suffisant entre le plaignant et la décision contestée, ce qui implique notamment que le plaignant doit être titulaire des droits constitutionnels dont il allègue la violation. Les personnes morales ou les représentants des pouvoirs publics peuvent mettre en oeuvre la procédure de plainte constitutionnelle (voy., par exemple, l'Allemagne, la Croatie, l'Espagne, la Pologne, la Slovaquie et la Suisse), généralement dans un intérêt (propre) particulier (par exemple, la protection de l'autonomie par les autorités locales¹¹², ou comme au Liechtenstein et en Suisse, en cas d'atteinte des droits dont une personne morale bénéficie comme un

¹¹² Le rapport du Liechtenstein affirme que le droit à l'autonomie doit en fait être considéré comme un « droit fondamental » des autorités locales.

particulier), mais parfois aussi dans l'intérêt d'un tiers lésé (par exemple par les procureurs ou les médiateurs¹¹³, *ex officio* ou à la place – et parfois avec l'assentiment – du citoyen).

(3) L'épuisement préalable des voies de recours

Dans tous les pays, l'introduction de la plainte constitutionnelle dépend en principe de l'épuisement des recours contre la décision juridictionnelle ou administrative, ce qui implique, comme le rapport slovène le souligne, que la plainte constitutionnelle s'adresse généralement à des décisions de la Cour suprême ou des juridictions supérieures si aucun recours extraordinaire ne peut être exercé devant elles. Ce qu'il faut exactement entendre par « épuisement des voies de recours » dépend du droit procédural national; cela peut différer selon la nature de la décision contre laquelle la plainte est dirigée. L'épuisement des voies de recours peut être définie tant du point de vue du contenu (la violation d'un droit fondamental doit toujours avoir été portée devant la juridiction ou l'autorité administrative) que de la forme (uniquement contre les décisions judiciaires les plus élevées).

Dans certaines circonstances spéciales, la plainte constitutionnelle est autorisée sans épuisement des voies de recours, pour cause de violation de droits fondamentaux spécifiques, pour cause de l'importance de l'affaire ou pour cause du risque de préjudice pour le plaignant. C'est le cas lorsque la plainte constitutionnelle est dirigée contre la violation d'un droit procédural fondamental (par exemple le droit à une juridiction, s'il n'a pas été respecté dans la phase préliminaire de la procédure en matière d'accès aux juridictions, le délai raisonnable ou l'établissement effectif des droits; voy., par exemple, Andorre et la Bosnie-Herzégovine). En Lettonie, l'épuisement des voies de recours n'est pas requis si la cause est d'intérêt général ou s'il y a risque de dommage pour le requérant. En Slovaquie, la même règle s'applique si la pertinence de la cause dépasse substantiellement l'intérêt de l'individu. En Croatie et en Slovénie, on peut déroger à la condition d'épuisement des voies de recours si la violation est manifeste et qu'un préjudice irréparable risque d'apparaître. En Allemagne et en Tchéquie, il existe deux exceptions à l'obligation d'épuiser au préalable les voies de recours : lorsque l'intérêt de la cause dépasse l'intérêt du plaignant et lorsque la procédure de recours traîne depuis si longtemps que cela semble entraîner un préjudice grave. En Autriche, les différentes procédures administratives doivent être épuisées, mais un recours préalable devant la Cour administrative n'est toutefois pas requis, si bien que le plaignant peut s'adresser simultanément à deux juridictions : alors que la Cour constitutionnelle n'admet en principe que la violation de droits constitutionnellement garantis ou la contrariété par rapport au droit découlant de normes générales, le requérant devant la Cour administrative ne pourra invoquer que la seule violation de ses droits subjectifs, garantis par la législation ordinaire.

De manière générale, seule la Russie déroge à l'exigence d'épuisement préalable des voies de recours. La plainte constitutionnelle pour cause de violation des droits et libertés fondamentaux est ouverte contre toutes sortes de décisions lorsque la loi est appliquée ou doit être appliquée dans un cas concret dont l'examen est terminé par ou introduit devant un tribunal ou un autre organe qui applique la loi. La procédure de plainte constitutionnelle peut par conséquent être entamée pendant une procédure judiciaire ou administrative en cours.

¹¹³ En Slovénie, la plainte peut aussi être introduite par le médiateur, à l'occasion d'une cause concrète qui l'occupe et avec l'assentiment de l'intéressé. En Espagne, le médiateur peut, dans tous les cas, introduire un recours d'*amparo*.

(4) Le délai dans lequel une plainte constitutionnelle doit être introduite

Pour introduire une plainte constitutionnelle, il faut parfois respecter un délai : au Liechtenstein quatorze jours, en Croatie et en Suisse trente jours, en Allemagne un mois, en Hongrie, en Slovénie et en Tchéquie soixante jours et en Pologne trois mois. En Macédoine, l'introduction de la plainte constitutionnelle spéciale est soumise à deux délais possibles : un délai subjectif (dans les deux mois suivant la notification) et un délai objectif (dans les cinq ans suivant l'exécution de l'acte ou de l'activité). En Allemagne, la plainte constitutionnelle contre une norme ayant force de loi qui n'a pas pu être attaquée devant une autre juridiction peut être introduite auprès de la Cour constitutionnelle dans le délai d'un an suivant l'entrée en vigueur de la loi ou de la publication du « Hoheitsakt ».

f) La procédure de filtrage

Dans la plupart des pays – à l'exception d'Andorre, du Liechtenstein et de la Hongrie –, les plaintes constitutionnelles sont soumises à une procédure préalable qui doit permettre de traiter le nombre d'affaires toujours croissant. En cette matière, on peut largement référer à ce que l'on a déjà exposé pour le traitement du renvoi préjudiciel, dans la mesure où les procédures qui y sont décrites s'appliquent également à l'examen des plaintes constitutionnelles. Nous ne parlerons ci-après que des particularités d'un certain nombre de pays.

Dans de nombreux pays, il y a un examen rigoureux de recevabilité, sur la base duquel on peut décider du traitement ultérieur de l'affaire, même lorsqu'on nie l'existence d'une procédure de filtrage formel¹¹⁴. Parfois, le résultat de cet examen préalable est déterminant pour l'inscription éventuelle au rôle et le traitement de l'affaire, si bien que la mise en œuvre de la procédure dépend déjà d'une décision juridictionnelle. Ainsi, en Macédoine, une affaire ne sera pas inscrite au rôle s'il n'est pas satisfait aux conditions de recevabilité. L'examen de recevabilité peut avoir trait à la qualité du plaignant ou à la compétence de la Cour constitutionnelle (voy., par exemple, l'Albanie). La Russie organise un examen préalable des critères de recevabilité. Cet examen est effectué par le juge-rapporteur, dont le rapport autorise l'examen ultérieur de la cause. En Slovaquie, le rapporteur peut refuser de considérer la cause comme une plainte s'il n'est pas satisfait aux conditions, point sur lequel un siège de trois juges décide en fin de compte. En Espagne, le recours d'amparo peut être déclaré recevable sur ordonnance simple, non motivée mais unanime, d'une section se composant de trois juges (notamment si le recours est manifestement sans contenu ou si un recours a déjà été rejeté dans une cause identique). Seul le ministère public peut interjeter appel, auquel cas une décision motivée doit être prise. S'il n'y a pas unanimité, les parties et le ministère public peuvent déposer des conclusions et la section peut juger sur la base d'une décision motivée. En Pologne, chaque plainte constitutionnelle est examinée par un juge unique, qui vérifie si les conditions de recevabilité sont respectées, sous réserve de la possibilité de faire réparer des vices de forme par le requérant dans le délai imparti. Si la plainte constitutionnelle est rejetée par une telle ordonnance, on peut interjeter appel devant le Tribunal constitutionnel, siégeant avec trois juges.

Dans un certain nombre de cas, un jugement sur le fond a toutefois déjà lieu; il est alors décidé si la justification juridique de la plainte n'est pas apparemment insuffisante pour

¹¹⁴ Voy., par exemple, la Tchéquie.

pouvoir y remédier. Dans la mesure où certaines procédures considèrent la pertinence du problème de la constitutionnalité comme un critère pour décider d'un examen de la plainte constitutionnelle, les procédures peuvent être comparées à la sélection qualifiée de « subjective » de, par exemple, la « Supreme Court » américaine, ce qui est une conséquence inévitable de l'augmentation constante du nombre de plaintes constitutionnelles introduites.

En Slovénie, un siège de trois juges apprécie la recevabilité, ce qui peut déjà impliquer un jugement sur le fond. S'il n'y a pas de nette violation ou si la décision n'apporte aucune solution pour une importante question juridique et si la violation n'a pas de conséquences importantes pour le plaignant, le siège peut décider à l'unanimité de ne pas accepter ou de rejeter la plainte. La cause sera toutefois encore examinée si trois juges de la Cour constitutionnelle acceptent la plainte pour examen après envoi des conclusions unanimes du siège des trois juges.

En Allemagne, la plainte constitutionnelle doit être autorisée à l'appréciation. Elle doit faire l'objet d'un acquiescement dans la mesure où elle a une importance fondamentale en matière de droit constitutionnel et lorsqu'elle est déposée dans le but d'imposer les droits constitutionnels; cela peut également être le cas lorsque le refus de la décision peut être pour le plaignant la cause d'un préjudice particulièrement grave. On fait la distinction en la matière entre l'appréciation par une chambre et l'appréciation par un « Senat » : les décisions peuvent être prises à l'unanimité par une chambre, mais au moins trois juges peuvent décider de faire traiter la cause par le « Senat ». Une décision de refus de faire traiter l'affaire ne doit pas être motivée. Il existe d'ailleurs aussi un filtre pour faire traiter les plaintes constitutionnelles manifestement fondées par une chambre restreinte : elle peut accepter la plainte constitutionnelle à l'unanimité lorsque la dispute constitutionnelle a déjà été tranchée auparavant et si la plainte est jugée manifestement fondée. Une telle décision a la même portée que la décision d'un « Senat », mais elle est moins fastidieuse et entraîne une procédure plus rapide, ce qui renforce aussi l'autorité des décisions des « Senate ».

En Autriche, il existe aussi une procédure raccourcie en cas d'irrecevabilité ou de non-fondé manifeste. La chambre du conseil décide de la plainte, sans audience publique et devant un siège limité de cinq membres. Ici aussi, une décision de refus est possible si le recours n'a pas de perspectives suffisantes de succès ou si la décision ne saurait apporter la clarification d'une question constitutionnelle. En Suisse, on peut également décider, en une composition limitée du siège, de recours manifestement non fondé ou irrecevable, dans une chambre de trois juges, sans audition et avec motivation restreinte.

g) Les parties

La plainte constitutionnelle est généralement une procédure – souvent uniquement écrite – dans laquelle seule l'intervention du plaignant est fixée. Ainsi, en Hongrie, la procédure est exclusivement écrite, sans autre partie que le plaignant. Dans ces cas, le requérant peut poser tous les actes d'une partie à part entière.

Dans un certain nombre de pays, toutes les parties qui étaient impliquées dans la procédure initiale (judiciaire ou administrative) peuvent intervenir, parfois d'ailleurs dans une autre qualité (par exemple comme « partie de second rang » en Tchéquie). Les organes, représentants des pouvoirs publics ou personnes qui ont pris la décision contestée – juridictions ou autorités administratives – ont la possibilité d'adopter un point de vue,

simplement écrit ou non ou à l'audience, s'il y en a une (voy., par exemple, Andorre, l'Autriche, le Liechtenstein, la Russie, la Slovaquie et la Tchéquie; en Suisse, la procédure est en principe écrite et les parties peuvent déposer des conclusions dans un certain délai – les délibérations se font d'ailleurs aussi généralement par écrit). En Pologne, l'organe qui a posé l'acte normatif, à la base de l'acte contesté est même obligé d'intervenir dans la procédure. En Bosnie-Herzégovine, la juridiction dont la décision est attaquée n'est pas considérée comme partie, mais est quand même invitée à l'audience. En Espagne et en Pologne, le ministère public est toujours partie dans la procédure devant le Tribunal constitutionnel; en Albanie, il peut être convoqué. En Allemagne, le plaignant peut participer s'il y a une discussion orale, ce qui se produit plutôt rarement. Lorsque la plainte constitutionnelle est introduite contre une décision judiciaire, la partie adverse est également invitée dans le litige de fond pour faire valoir ses arguments, ainsi que l'organe qui a éventuellement pris la décision contestée et au sujet de laquelle une décision est prise dans ce litige (juridictionnel). En Macédoine, le médiateur prend, en outre, part à l'audience. En Pologne, celui-ci peut aussi participer à la procédure, mais il ne peut pas étendre ou modifier le contrôle constitutionnel.

L'assistance d'un avocat n'est souvent pas exigée (voy. par exemple en Albanie, au Liechtenstein, en Slovénie et en Suisse), bien que ce ne soit pas une règle générale. A Andorre, par exemple, son assistance est obligatoire, mais certaines parties peuvent obtenir une exemption, comme le ministère public et le tribunal qui a émis la sentence contestée. Cette même obligation s'applique en Tchéquie pour les personnes physiques et morales. En Espagne, non seulement l'assistance d'un avocat est requise, mais également celle d'un avoué, sauf pour les licenciés en droit. En Pologne, l'assistance d'un avocat est exigée pour introduire la plainte constitutionnelle et éventuellement pour interjeter appel contre une ordonnance d'irrecevabilité, mais le requérant peut intervenir lui-même à l'audience ou représenté par un mandataire.

II. Les relations entre le juge constitutionnel et les autres juridictions

A. Le lien organique

1. Les relations organiques entre les cours constitutionnelles et les autres juridictions nationales s'articulent principalement autour de deux aspects de la nomination du juge constitutionnel.

Le premier aspect réside, sous la réserve exposée par le rapport portugais dont il sera question ci-après, dans l'expérience dont le candidat-juge constitutionnel doit éventuellement justifier en tant que juge administratif ou judiciaire. Le second aspect a trait à l'intervention de juridictions administratives ou judiciaires ou d'institutions gouvernant les juridictions, dans la procédure de nomination du juge de la cour constitutionnelle.

2. Au point de vue de l'expérience professionnelle qui peut être requise en tant que juge, il importe peu que la juridiction constitutionnelle fasse ou non partie du pouvoir judiciaire. La condition d'expérience en tant que juge ne se rencontre pas plus souvent pour une nomination dans les cours constitutionnelles intégrées à une organisation judiciaire unique qu'en ce qui concerne celles qui ne le sont pas. Des différents rapports, il apparaît d'ailleurs que la nomination comme juge constitutionnel n'est que rarement l'aboutissement normal d'une carrière menée au sein du pouvoir judiciaire. Même si nombre de juges constitutionnels ont ou doivent avoir eu une expérience en ce domaine, il ne s'agit bien souvent là, comme le souligne le rapport portugais, que l'expression d'un simple lien personnel et non celle d'un lien organique.

Quoi qu'il en soit, la présence de juges ayant une expérience de juge judiciaire ou administratif est fréquente au sein des diverses cours constitutionnelles.

Sur les seize membres que compte le Cour constitutionnelle de la *République fédérale d'Allemagne*, six doivent avoir fait partie, pendant au moins trois ans, d'une des cinq autres juridictions fédérales suprêmes.

En *Autriche*, la disposition constitutionnelle relative à la nomination des juges constitutionnels est traditionnellement interprétée comme exigeant la présence d'au moins un juge de droit commun ou administratif au sein de la juridiction constitutionnelle. Un juge effectif occupe présentement, en même temps que ses fonctions à la Cour constitutionnelle, celles de juge à la Cour administrative. Parmi les juges suppléants, deux membres sont aujourd'hui juges administratifs et deux autres membres sont juges de droit commun.

Un juge au moins de la Cour d'arbitrage de *Belgique* doit avoir exercé, pendant une période minimale de cinq ans, une fonction à la Cour de cassation ou au Conseil d'Etat. Un projet de loi, actuellement en discussion au Parlement, prévoit que la Cour doit également compter en son sein au moins un de ses anciens référendaires.

En *Espagne*, les membres du Tribunal constitutionnel doivent être nommés parmi des magistrats et des procureurs, des professeurs d'université, des fonctionnaires publics et des avocats.

Les juges de la Cour constitutionnelle d'*Italie* sont, aux termes de l'article 135, alinéa 2, de la Constitution italienne, choisis parmi les magistrats, même retraités, des juridictions supérieures, ordinaires et administratives, parmi les professeurs ordinaires d'université qui enseignent le droit ainsi que parmi les avocats qui justifient d'une pratique professionnelle d'au moins vingt ans.

Les deux juges qu'il appartient à la Cour suprême de *Lettonie* de présenter à la fonction de juge constitutionnel doivent être magistrats.

Le candidat-juge à la Cour constitutionnelle de *Macédoine* doit justifier d'une expérience professionnelle dans le domaine juridique dont la durée varie en fonction de ladite expérience. Pour un juge d'appel par exemple, elle est de neuf ans.

Le Tribunal constitutionnel du *Portugal* se compose de treize juges, dont dix sont désignés par l'Assemblée de la République et trois cooptés par ceux-ci. Six juges, trois désignés par l'Assemblée de la République et l'intégralité des juges cooptés, doivent obligatoirement être choisis parmi les juges des tribunaux.

Parmi les onze membres effectifs de la Cour constitutionnelle de *Turquie*, le Président de la République en nomme deux sur la présentation de la Haute Cour, deux sur la présentation du Conseil d'Etat, un sur la présentation de la Haute Cour militaire, un sur la présentation de la Haute Cour militaire administrative et un sur la présentation de la Cour des comptes. Ces présentations sont faites par les assemblées générales des juridictions concernées, chaque liste porte trois candidats qui doivent nécessairement appartenir à la juridiction présentante.

Les conditions conduisant à la magistrature ordinaire et à la magistrature constitutionnelle sont différentes en *Slovénie*. Ceci n'empêche pas que les juges constitutionnels aient antérieurement à leur nomination exercé des fonctions dans la magistrature ordinaire. C'est le cas pour deux d'entre eux actuellement.

Encore que ce ne soit pas une obligation constitutionnelle ou légale, la Cour constitutionnelle de *Hongrie* a toujours compté, parmi ses membres, d'anciens magistrats.

Il en est de même en ce qui concerne la Cour constitutionnelle de la *République tchèque*. Actuellement, quatre de ses seize membres ont fait partie de la Cour constitutionnelle tchécoslovaque et parmi les douze autres membres, six ont une expérience de juge.

Bien que les rapports nationaux ne le mentionnent pas expressément, l'expérience requise pour être nommé juge constitutionnel semble englober l'exercice de fonctions juridictionnelles, vu la formulation générale des qualifications requises, en *Albanie*, en *Azerbaïdjan*, en *Géorgie*, en *Fédération de Russie* et en *Ukraine*.

3. Les juridictions mêmes et les institutions supérieures de la justice interviennent souvent dans la nomination d'un certain nombre de juges constitutionnels, soit qu'elles présentent à la nomination du Chef de l'Etat un candidat ou une liste de candidats, soit qu'elles élisent directement le juge.

Quatre des douze juges de la Cour constitutionnelle de *Bulgarie* sont nommés par la réunion conjointe des membres de la Cour de cassation et de la Cour suprême administrative.

En *Espagne*, le Conseil général du pouvoir judiciaire propose au Roi la nomination de deux des douze membres du Tribunal constitutionnel. La présentation est chaque fois unique et ne permet pas à l'autorité qui nomme d'effectuer un choix.

La Cour constitutionnelle d'*Italie* est composée de quinze membres, dont trois sont nommés par la Cour de cassation, un par le Conseil d'Etat et un par la Cour des comptes. Un tiers des juges constitutionnels sont donc nommés par ces juridictions.

Les juges de la Cour constitutionnelle de *Lettonie* sont nommés par le Parlement. Deux d'entre eux sont nommés sur la proposition de la Cour suprême.

Le Conseil supérieur de la *Moldavie* nomme deux des six juges constitutionnels.

Deux des neuf juges de la République de *Macédoine* sont nommés sur la proposition du Conseil supérieur d'Etat.

En *Turquie*, les hautes juridictions interviennent dans la nomination des juges constitutionnels, ainsi que nous l'avons déjà vu.

Le Congrès des juges d'*Ukraine* nomme six des dix-huit juges constitutionnels.

De ce qui précède, il résulte que les Hautes cours interviennent assez fréquemment dans le choix des juges constitutionnels, parfois pour un nombre important d'entre eux - la majorité des juges en *Turquie*, un tiers des juges en *Bulgarie* ainsi qu'en *Italie* -.

Il arrive aussi que l'intervention des juridictions se manifeste dans l'élection des juges constitutionnels par le biais de l'institution chargée de l'organisation du pouvoir judiciaire. Telle est la situation en *Espagne*, en *Macédoine*, en *Moldavie* et en *Ukraine*.

Dans l'élaboration de ce rapport, il n'a pas été rencontré de cas où la cour constitutionnelle elle-même propose des candidats. Sauf au *Portugal*, elle ne procède jamais à la cooptation de certains de ses membres.

B. Le lien procédural

4. Les relations procédurales entre les cours constitutionnelles et les juridictions qui les saisissent concernent d'abord le sort du procès devant le juge *a quo*.

Si le procès fait généralement l'objet d'une "neutralisation" pendant que la cour constitutionnelle examine la question de constitutionnalité, il ressort de différents rapports que cette situation n'est pas inhérente aux contrôles mus à l'occasion de litiges.

La suspension de la procédure peut connaître des tempéraments et ne porter, comme en *Autriche*, que sur ce qui ne peut être tranché en l'absence de la décision constitutionnelle. Elle peut aussi ne pas concerner certaines procédures, comme un projet de loi le prévoit actuellement en *Belgique* pour le référé ainsi que pour la décision portant sur le maintien en détention préventive.

Elle peut également intervenir à la fin des débats et donner lieu à une audience spéciale consacrée au bien-fondé de la saisine de la juridiction constitutionnelle. Telle est la situation en *Espagne*.

La suspension ne se conçoit pas lorsque la saisine du juge constitutionnel n'a pas lieu en cours de procès, mais à l'issue de celui-ci. C'est le cas au *Portugal*.

5. Les relations procédurales ont également trait au dialogue qui peut s'installer entre le juge qui pose la question et celui qui est appelé à y répondre.

Les rapports montrent que quatre sortes de relations peuvent naître à cette occasion.

La première est celle où la juridiction *a quo* se voit attribuer la qualité de partie devant le juge constitutionnel. Il en est ainsi en *Autriche* où le juge, qui a interrogé la Cour, participe au procès comme toute autre partie. Invité à l'audience publique - quand elle a lieu -, le juge *a quo* peut être amené à déposer des observations écrites.

La même qualité de partie est conférée au juge *a quo* en *Albanie*, en *Andorre*, en *Macédoine*, en *Pologne*, en *Fédération de Russie*, en *République tchèque* ainsi qu'en *Slovaquie*.

Le second type de rapports procéduraux tient dans un droit de questionnement reconnu au juge constitutionnel à l'égard du juge *a quo*.

Aux termes du § 82, alinéa 4, de la loi sur la Cour constitutionnelle de la République fédérale d'*Allemagne*, "la Cour constitutionnelle fédérale peut demander aux cours juridictionnelles supérieures et aux Cours suprêmes des Länder de lui indiquer comment et sur quelles bases elles ont jusque-là interprété la Loi fondamentale dans la question litigieuse, si elles ont appliqué - et, le cas échéant, comment - la disposition contestée, quelle est la portée de sa décision sur d'autres questions juridiques".

La Cour constitutionnelle de *Turquie* peut interroger les juridictions aux fins de clarifier les données de la question dont elle est saisie.

La troisième catégorie de rapports procéduraux entre les cours constitutionnelles et les juridictions regroupe des mesures d'instruction ou d'information que le juge constitutionnel peut imposer d'accomplir soit à la juridiction, soit à une partie en vue de combler une lacune du dossier.

Le Tribunal constitutionnel du *Portugal* peut enjoindre à une partie de remédier à l'absence de production de divers documents, comme la pièce de procédure dans laquelle l'auteur de la requête a soulevé la question de la constitutionnalité.

Le rapporteur de la Cour constitutionnelle de *Roumanie* peut demander au juge *a quo* de compléter les données de la saisine.

La quatrième et dernière possibilité de relations procédurales entre le juge constitutionnel et la juridiction est celle où ces relations sont inexistantes. Cette situation est la plus fréquente. De nombreux rapports font état de l'absence de relations procédurales entre les cours constitutionnelles et les juges qui l'interrogent. C'est le cas des rapports de l'*Azerbaïdjan*, du

Bélarus, de la *Belgique*, de la *Bosnie-Herzégovine*, de la *Bulgarie*, de *Chypre*, de *l'Espagne*, de la *Géorgie*, de *l'Italie*, de la *Lettonie* et de la *Lituanie*.

C. Le lien fonctionnel

§ 1. Le contrôle et ses effets

a) Le contrôle a priori

6. De nombreuses cours constitutionnelles exercent un contrôle *a priori*, antérieur à l'entrée en vigueur de la loi. Selon les pays, ce contrôle est tantôt obligatoire, tantôt il est facultatif. Partout, il est contraignant : si la cour constate une inconstitutionnalité, l'élaboration de la loi ne peut être poursuivie sans autre formalité.

Le contrôle *a priori* ne porte que rarement sur toutes les lois. Pour des raisons évidentes tenant à la responsabilité internationale des Etats Parties à une convention, le contrôle *a priori* s'exerce principalement, voire exclusivement, sur les lois d'assentiment aux traités internationaux. Il en est ainsi notamment en *Albanie*, à *Andorre*, en *Bulgarie*, à *Chypre*, en *Espagne*, en *Géorgie*, en *Hongrie*, en *Moldavie*, au *Portugal*, en *Roumanie*, en *Slovénie* et en *Ukraine*. La *Tchéquie* envisage de donner au juge constitutionnel cette compétence, limitée au seul contrôle des conventions internationales.

Le contrôle *a priori* peut être exercé avant que le Parlement se prononce sur la loi.

Selon une autre modalité, la décision de la cour constitutionnelle intervient entre l'adoption de la loi par les Assemblées législatives et la promulgation par le chef de l'Etat.

L'obstacle que constitue la décision d'inconstitutionnalité est le plus souvent dirimant : la loi ne peut être promulguée en l'état. Le vice dont elle est affectée, doit être expurgé, que ce soit par une modification de la loi ou par une révision constitutionnelle. Parfois, la loi peut être confirmée par les Assemblées législatives, ce qui autorise sa promulgation. Il est à remarquer que de sévères conditions de majorité sont mises à cette confirmation qui apparentent celle-ci aux lois constitutionnelles. Ainsi une majorité des deux tiers doit-elle être réunie à cet effet en *Roumanie* et au *Portugal*, la Constitution de ce dernier pays précisant que la majorité des deux tiers ainsi atteinte par les membres présents doit représenter au moins la majorité absolue du total des membres de l'Assemblée de la République. Si une loi ainsi confirmée peut être promulguée, rien n'oblige cependant le chef de l'Etat à procéder à la promulgation.

La décision de constitutionnalité de la cour constitutionnelle produit des effets diamétralement opposés. L'obligation de promulguer est généralement la conséquence de la décision de constitutionnalité, ce sans préjudice de l'exercice des procédures normales dont dispose le chef de l'Etat : ainsi, en *France*, le Président de la République peut-il toujours demander une seconde délibération de la loi en application de l'article 10 de la Constitution; de même, le Président de la République et le premier ministre du *Portugal* peuvent-ils, nonobstant la décision de conformité, opposer leur veto politique à la loi.

En *Autriche*, le contrôle *a priori* ne concerne que la répartition des compétences respectives entre l'Etat fédéral et les *Länder*. Le litige constitutionnel relatif à cette répartition se termine par un arrêt qui contient une règle de droit (*Rechtssatz*) interprétative de la Constitution. Cette

règle a valeur de loi constitutionnelle. Elle ne peut être remise en question à l'occasion d'un recours *a posteriori*.

Sous cette réserve, la décision de constitutionnalité rendue dans le cadre du contrôle *a priori* n'empêche en principe pas que le juge constitutionnel soit interrogé sur la même norme dans le cadre du contrôle *a posteriori*. Les conventions internationales font parfois exception à cette règle.

b) Le contrôle a posteriori

(1) Le recours direct et le recours incident

(a) Les effets *ratione personae*

7. L'étendue des effets *ratione personae* des décisions des cours constitutionnelles varie selon que la loi en cause est ou non jugée conforme à la Constitution.

La loi est jugée constitutionnelle

8. L'arrêt par lequel une norme est déclarée conforme à la Constitution a généralement un effet limité et quant aux destinataires de ces effets et quant à l'argumentation développée devant la cour.

Les destinataires des effets de l'arrêt sont les personnes qui ont saisi la cour constitutionnelle ou qui sont parties devant le juge *a quo* : elles sont tenues par la décision de constitutionnalité en ce qui concerne les points de droit tranchés.

Les effets de tels arrêts de constitutionnalité sont aussi limités quant aux moyens d'inconstitutionnalité. Ils ne portent que sur les seuls griefs articulés devant la cour et n'empêchent nullement que d'autres reproches d'inconstitutionnalité soient formulés à l'encontre de la même loi, par d'autres personnes ou même par celles – requérantes ou parties devant le juge *a quo* – qui sont à l'origine de la décision de la cour constitutionnelle. Ainsi la sentence par laquelle la Cour constitutionnelle d'Italie rejette un recours incident (*sentenza di rigetto*) ne fait pas obstacle à ce qu'un autre juge interroge la Cour sur la même norme, ni même à ce que le juge qui a saisi la Cour lui soumette à nouveau une question dans laquelle l'inconstitutionnalité est envisagée sous un autre aspect. Il en va de même en ce qui concerne, entre autres, les décisions de constitutionnalité prononcées dans le cadre d'un recours incident par les Cours constitutionnelles de l'Autriche et de la Roumanie ainsi que de celles rendues par le Tribunal fédéral de la Suisse à l'occasion d'un recours de droit public, abstrait ou concret.

L'Allemagne fait exception au principe selon lequel la décision de constitutionnalité n'a qu'un effet limité, exception qui est d'application en ce qui concerne les décisions rendues tant sur recours direct qu'à la suite d'un recours incident. L'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande clôt définitivement le débat, qu'il conclue à la constitutionnalité ou à l'inconstitutionnalité de la norme querellée.

La loi est jugée inconstitutionnelle

9. L'arrêt qui prononce l'inconstitutionnalité peut, de même, intervenir à la suite d'un recours direct ou dans le cadre d'un recours indirect.

Dans le premier cas, l'effet est toujours général. La décision d'inconstitutionnalité a effet *erga omnes*.

Très souvent, l'arrêt emporte, par lui-même, la disparition de la loi de l'ordonnement juridique. A *Chypre* cependant, l'intervention du législateur est nécessaire pour atteindre ce résultat. Dans d'autres pays, la doctrine est divisée quant à la situation de la norme censurée par rapport à l'ordonnement juridique.

La décision d'inconstitutionnalité prononcée dans le cadre d'un recours incident peut avoir un effet *erga omnes* ou un effet *inter partes*.

Le cas le plus fréquent est celui de l'effet *erga omnes*. Il se rencontre en *Allemagne*, en *Autriche*, en *Azerbaïdjan*, en *Bosnie-Herzégovine*, en *Bulgarie*, en *Espagne*, en *Géorgie*, en *Hongrie*, en *Italie*, en *Lituanie*, en *Macédoine*, en *Moldavie*, en *Russie*, en *Slovénie*, en *Tchéquie*, en *Turquie* et en *Ukraine*. La décision rendue sur recours incident concluant à l'inconstitutionnalité a des effets relatifs en *Albanie*, en *Andorre* et en *Slovaquie*. Les arrêts préjudiciels de la Cour d'arbitrage de *Belgique* ont une « autorité relative renforcée », que la Cour conclue ou non à l'inconstitutionnalité. Cette qualification d'« autorité relative renforcée » résulte de la circonstance que l'arrêt dépasse, par ses effets, le cadre normal de l'autorité relative, tout en n'ayant pas d'effets *erga omnes*. Ceux-ci sont attachés en *Belgique* aux arrêts accueillant les recours en annulation. En *Suisse* et au *Portugal*, les décisions rendues à la suite d'un recours de droit public concret ou à l'encontre d'une décision de justice ont un effet cassatoire, limité aux seules parties devant le juge du fond.

(b) Les effets ratione temporis

10. Considérée sous l'angle de ses aspects temporels, la décision de la Cour peut soit sortir ses effets à la date de l'entrée en vigueur de la loi censurée – c'est-à-dire avoir un effet rétroactif, *ex tunc* -, soit ne valoir qu'à partir de son prononcé ou de sa publication – c'est-à-dire avoir un effet pour le présent et le futur uniquement, *ex nunc* -.

Les rapports nationaux montrent que lorsque la décision a, constitutionnellement ou légalement, un effet rétroactif, des procédures et des exceptions permettent de tempérer cet effet. Inversement, lorsque l'annulation n'intervient que pour le présent et le futur, il est généralement prévu que cet effet puisse être modulé et atteindre certaines situations passées.

L'inconstitutionnalité ex tunc

11. La rétroactivité emporte généralement la remise en cause de tout ce qui a été accompli sur la base de la loi annulée.

La Constitution ou les lois organiques des cours constitutionnelles d'*Allemagne*, d'*Andorre*, de *Belgique*, d'*Espagne*, d'*Italie*, du *Portugal* et de *Russie* donnent aux arrêts de la Cour un effet rétroactif.

12. La remise en l'état est organisée en *Belgique* par une procédure générale de rétractation. Dans les six mois de la publication de l'arrêt annulant une norme pour inconstitutionnalité, la rétractation de tout arrêt ou jugement fondé sur cette norme peut être demandée à la juridiction dont il émane. La rétractation peut porter sur n'importe quelle décision de justice, qu'elle soit pénale ou civile, pourvu qu'elle soit passée en force de chose jugée. Au pénal, il est fait obligation au Ministère public de demander cette mesure, laquelle peut aussi être sollicitée par le condamné ou ses héritiers. En matière civile, la rétractation peut toujours être demandée pour autant que le délai de six mois ne soit pas dépassé. Les décisions du Conseil d'Etat peuvent faire l'objet, dans le même délai, d'une demande de rétractation tandis que tous les recours, juridictionnels ou de tutelle administrative, se trouvent rouverts à l'encontre des actes qui trouvent leur fondement dans la loi annulée.

Les pouvoirs publics d'*Andorre* doivent effacer les effets des normes annulées.

La loi organique de la Cour constitutionnelle de *Russie* prévoit, en son article 79, que les décisions des tribunaux et autres organes fondées sur des normes reconnues inconstitutionnelles ne peuvent être exécutées et doivent être révisées. Elle fait défense aux tribunaux, en son article 87, d'encore appliquer ces normes.

Des mesures peuvent tenir la rétroactivité en échec dans les pays dont il vient d'être question, ainsi que nous le verrons par la suite.

Sous la réserve que constituent les trois pays cités ci-avant, la décision de la cour constitutionnelle jugeant une loi inconstitutionnelle est sans effet sur les litiges définitivement tranchés, à l'exception des litiges de droit pénal. Il en est ainsi en *Allemagne* (§ 79 de la loi organique), en *Espagne* (article 40.1 de la loi organique), en *Italie* (article 30, dernier alinéa, de la loi organique) et au *Portugal* (article 282, paragraphe 3, de la Constitution).

L'on peut conclure que, nonobstant le caractère *ex tunc* de la décision de la cour constitutionnelle, la non-remise en question des affaires définitivement accomplies est de règle, à l'exception de celles qui concernent le droit pénal.

Certaines législations font toutefois exception à ce principe.

13. La rétroactivité de la décision de la cour constitutionnelle peut aussi être annihilée ou, à tout le moins, réduite, par une décision de la cour constitutionnelle déclarant le maintien, momentané ou définitif, de tout ou partie des effets de la norme annulée.

Les législations d'*Allemagne*, d'*Andorre*, de *Belgique*, d'*Espagne* et du *Portugal* autorisent les cours respectives de ces Etats à maintenir certains effets, voire tous les effets, de la norme annulée.

Si la norme perd toute force, il n'en va pas de même en ce qui concerne les effets de celle-ci. Ces effets demeurent, souvent pour éviter qu'une situation disproportionnée dérive de l'inconstitutionnalité prononcée. Parfois, le but poursuivi par la cour, en édictant cette mesure, est de permettre au législateur de rendre rétroactivement la loi constitutionnelle et de donner

ainsi un fondement légal, constitutionnellement irréprochable, aux actes pris ou à prendre sur la base de la loi inconstitutionnelle.

Le maintien des effets de la norme annulée émane principalement des cours constitutionnelles dont les effets interviennent en principe *ex tunc*. Ainsi que nous le verrons, les cours dont la sentence produit en règle des effets *ex nunc*, postposent généralement, pour atteindre un résultat identique, l'annulation même de la norme et non simplement les effets de cette norme.

14. Parfois, la cour peut modifier le caractère d'un arrêt et décider qu'il aura, non pas un effet *ex tunc*, mais un effet *ex nunc*. Telle est la situation au *Portugal*, en matière de contrôle abstrait, lorsque des raisons de sécurité publique, d'équité ou d'intérêt public d'importance exceptionnelle l'exigent.

L'inconstitutionnalité ex nunc

15. La non-rétroactivité des sentences des cours constitutionnelles laisse intacts les décisions prises et les actes commis sur la base de la loi censurée. La décision produit ses effets tantôt à partir de son prononcé, tantôt à partir de sa publication au Journal officiel.

En principe, ont un effet *ex nunc* les décisions des Cours constitutionnelles d'*Albanie*, d'*Arménie*, d'*Autriche*, d'*Azerbaïdjan*, de *Bulgarie*, de *Croatie*, de *Géorgie*, de *Hongrie*, de *Lettonie*, de *Lituanie*, de *Moldavie*, de *Pologne*, de *Roumanie*, de *Slovaquie*, de *Slovénie*, de *Tchéquie*, de *Turquie* et d'*Ukraine*.

Les législations d'*Albanie*, de *Hongrie* et de *Moldavie* prévoient cependant une exception générale en ce qui concerne les litiges pénaux. Ceux-ci doivent être revus lorsqu'ils sont fondés sur une loi inconstitutionnelle.

La Cour constitutionnelle d'*Autriche* peut décider que l'effet *ex nunc* ne concernera pas les causes pendantes devant les juridictions au moment du prononcé de sa décision. C'est ce que la doctrine autrichienne appelle l'*effet rétroactif sélectif*. Parfois, la Cour étend l'effet rétroactif à tous les faits réalisés avant sa décision, ce qui est dénommé l'*effet rétroactif général*. Dans un arrêt, la Cour constitutionnelle autrichienne a même ordonné la remise en question de litiges définitivement terminés, ce qui revient à édicter une rétroactivité pure et simple.

A côté de la possibilité donnée à la cour constitutionnelle de moduler dans le temps les effets de ses décisions, il existe des situations où l'arrêt produit ses effets dans le passé, par la volonté du législateur organique. Tel est le cas de l'*Anlaßfall* autrichien. Sous ce concept, on entend le litige qui est à l'origine de la saisine de la Cour constitutionnelle. En cas de décision d'inconstitutionnalité, la loi ne sera pas appliquée à ce litige. Cette inapplicabilité est appelée « la prime du saisissant ». Une interprétation extensive a été donnée à celle-ci, la loi inconstitutionnelle n'étant pas davantage appliquée aux différents litiges qui avaient donné lieu, au moment de l'ouverture des débats, à une saisine de la Cour concernant la même norme censurée.

L'inconstitutionnalité *ex tunc* ou *ex nunc* selon la seule décision de la cour constitutionnelle

16. Enfin, diverses cours constitutionnelles ont reçu la compétence de déterminer elles-mêmes, au cas par cas, la date de l'annulation ou celle de la fin des effets de la loi. C'est le cas notamment du *Bélarus*, de la *Bosnie-Herzégovine* et de la *Macédoine*.

(c) Instruments et mécanismes touchant la loi

17. Pour éviter les effets, qu'ils soient *ex tunc* ou *ex nunc*, attachés aux arrêts de censure, il existe différents instruments et mécanismes qui, au lieu de porter directement sur les effets d'une norme invalide, agissent sur la loi.

18. La Cour constitutionnelle d'*Allemagne* prononce des déclarations d'inconstitutionnalité (*Verfassungswidrigenkklärung*) qui n'emportent pas l'annulation de la loi. Le constat d'inconstitutionnalité fait par la Cour n'entraîne pas sa conséquence logique qu'est la nullité de la loi.

La technique, née de façon prétorienne à la fin des années cinquante, a ultérieurement été traduite dans la loi organique de la Cour.

Le rapport allemand expose les principales situations qui conduisent la Cour constitutionnelle à adopter de telles déclarations sans annulation. Souvent, celles-ci interviennent lorsque le principe d'égalité est méconnu; l'égalité n'étant que rarement rétablie par la seule annulation de la loi. La Cour constitutionnelle prononce dès lors une déclaration d'inconstitutionnalité qui permet au législateur de choisir, entre les différentes possibilités qui existent, la solution qu'il estime la plus opportune pour faire disparaître l'inégalité constatée.

Les rapports italien et portugais envisagent expressément l'application de cette technique de déclaration sans annulation par les Cours constitutionnelles de leurs pays respectifs. Les Cours constitutionnelles ne pourraient en faire usage ni en *Italie* ni au *Portugal*, sauf, dans ce dernier pays, en cas d'inconstitutionnalité par omission du législateur.

Depuis 1989, le Tribunal constitutionnel d'*Espagne* dissocie parfois l'inconstitutionnalité de la loi de la nullité de celle-ci. A côté de décisions emportant la nullité de la norme, le Tribunal constitutionnel espagnol rend des jugements de « simple inconstitutionnalité » qui, comme en *Allemagne*, se limitent à une déclaration d'inconstitutionnalité n'entraînant pas la nullité de la norme. Comme en *Allemagne* aussi, ce type de décision intervient principalement en matière d'égalité.

Enfin, la Cour constitutionnelle d'*Autriche* prononce des déclarations d'inconstitutionnalité lorsque, à la suite de l'application du droit transitoire, elle est amenée à dire l'inconstitutionnalité d'une loi déjà abrogée. La portée du terme est donc fondamentalement différente de celle qu'il a en *Allemagne* et en *Espagne*.

19. Différentes législations organiques ou des solutions prétorienne permettent à la cour constitutionnelle de différer l'annulation, laquelle n'intervient donc qu'au moment désigné par la cour. Cette possibilité existe en *Allemagne*, en *Autriche*, en *Espagne*, en *Hongrie*, en *Lettonie*, en *Pologne*, en *Slovénie*, en *Tchéquie* et en *Turquie*. La Cour constitutionnelle

d'*Italie* est arrivée au même résultat en adoptant des *sentences d'inconstitutionnalité survenue* et des *sentences d'inconstitutionnalité différée*.

Parfois, le législateur organique ne permet une telle postposition que pendant un temps maximum qu'il fixe. Ce délai est de dix-huit mois en *Autriche* et en *Pologne* ; il est de un an en *Slovénie* et en *Turquie*.

Pour assurer la sécurité juridique, la Cour constitutionnelle de *Hongrie* peut arrêter que l'annulation rétroagira ou, au contraire, qu'elle n'aura lieu qu'à la date future mentionnée dans la décision. La même latitude est laissée à la Cour constitutionnelle de *Lettonie* : elle peut faire rétroagir l'annulation, comme elle peut la postposer.

20. De nombreuses cours constitutionnelles ont recours à l'interprétation conforme qui rend la loi constitutionnelle dans le sens précisé par la cour.

21. Enfin, les cours constitutionnelles rendent de plus en plus de « sentences manipulatrices ». Ce faisant, elles poursuivent des buts multiples - parfois liés aux effets de l'annulation - qu'on ne saurait exposer dans le cadre de ce rapport.

(2) La plainte constitutionnelle

22. L'effet de la plainte constitutionnelle est généralement circonscrit aux parties au jugement, à l'acte ou à la situation qui est à l'origine de la saisine de la cour constitutionnelle.

§ 2. L'interprétation des normes

(a) L'interprétation des cours et tribunaux devant la cour constitutionnelle

23. Sauf si un texte, par sa clarté et par sa précision, n'appelle pas d'interprétation, la cour constitutionnelle, dans l'examen de sa constitutionnalité, sera toujours amenée à l'interpréter, quelle que soit la façon dont elle est saisie.

24. Même dans le recours direct où, par hypothèse, la loi querellée n'a jamais été appliquée et n'a donc reçu d'interprétation juridictionnelle, la décision du juge constitutionnel n'en sera pas moins souvent empreinte, de façon plus ou moins marquée, de la jurisprudence judiciaire ou administrative. Il arrive fréquemment que la cour constitutionnelle prenne en considération l'interprétation qui a été donnée, en d'autres occasions, à des dispositions semblables à celles qui lui sont soumises. Elle interprète la loi à la lumière de la jurisprudence des autres juridictions.

Le cas le plus connu est sans doute celui de la décision du Conseil constitutionnel de *France* de 1971 relative à la liberté d'association, liberté dans laquelle le Conseil constitutionnel a vu un des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » mentionnés dans le Préambule de la Constitution de 1946, constatation faite dès 1956 par le Conseil d'Etat.

La Cour constitutionnelle d'*Arménie*, qui ne connaît aussi que de recours directs, formule la même observation : dans l'élaboration de ses décisions, l'interprétation, donnée en d'autres circonstances par les cours et tribunaux, tient une place importante.

En outre, le juge constitutionnel est parfois conduit, en cas de recours direct, à redresser l'interprétation que le requérant donne de la norme dont il demande l'annulation.

25. Dans le recours indirect, la situation se présente de façon différente : à l'interprétation donnée par le juge qui formule la question, le juge constitutionnel peut en opposer une autre. Les deux interprétations émanent alors de juges appartenant le plus souvent à deux ordres juridictionnels distincts, l'un de ces ordres ayant généralement à son sommet une juridiction, la Cour de cassation ou la Cour suprême, dont une des principales missions est précisément d'assurer l'interprétation uniforme des lois.

Lorsque la cour constitutionnelle fait partie d'un pouvoir juridictionnel unique, le problème peut demeurer intact du fait de l'organisation interne de ce pouvoir. Parfois, il en va autrement. Ainsi, à *Chypre*, la Cour suprême est investie de la fonction de cour constitutionnelle, ce qui permet à l'auteur du rapport cypriste de considérer la question portant sur la réception de l'interprétation d'une juridiction par l'autre comme relevant de la théorie ou comme étant sans objet.

26. La cour constitutionnelle est-elle liée par l'interprétation donnée à la loi par la juridiction qui l'interroge ? Les cours constitutionnelles, dans leur grande majorité, répondent par la négative à cette question, du moins lorsque l'interprétation du juge *a quo* conduit à un constat d'inconstitutionnalité et qu'il existe une autre interprétation mettant la loi à l'abri de tout reproche constitutionnel.

Cette position apparaît à la fois relever de l'indépendance et de la mission de la juridiction constitutionnelle ainsi que du mode d'interprétation des lois.

Le juge n'est pas tenu par l'interprétation conduisant à l'inconstitutionnalité donnée par le juge qui l'interroge. En décider autrement reviendrait à admettre qu'un seul juge, par l'interprétation qu'il en donne, puisse faire censurer une loi constitutionnellement irréprochable, quels que soient par ailleurs les effets – *erga omnes* ou *inter partes* – de cette censure. Le juge constitutionnel, loin d'apprécier pleinement la constitutionnalité de la loi, n'aurait qu'à tirer la conséquence de l'interprétation faite par le juge *a quo*. Ce faisant, il manquerait également à sa mission en ce qu'elle veut qu'il ne déclare une loi inconstitutionnelle que lorsqu'il n'y a pas d'autre solution. Enfin, les règles gouvernant l'interprétation des lois commandent de donner une interprétation conforme à la Constitution lorsque plusieurs interprétations sont possibles, indépendamment de toute censure effective de cette loi. La Cour de cassation de *Belgique* a affirmé ce principe d'interprétation dès 1950, c'est-à-dire à une époque où le contrôle de la constitutionnalité des lois n'était pas encore envisagé dans ce pays.

La Cour constitutionnelle de *Tchéquie* arrive à la même solution que celle décrite ci-dessus, mais elle en fournit une explication autre. La compétence de la Cour suprême tchèque est résiduelle, de sorte que tout ce qui n'est pas attribué à la juridiction constitutionnelle lui revient. Il en va ainsi de l'interprétation des lois, sauf lorsque l'interprétation entre en conflit avec la Constitution, auquel cas il s'agit d'une question de constitutionnalité qu'il appartient à la Cour constitutionnelle seule de connaître et de régler.

L'article 2, alinéa 3, de la loi organique de la Cour constitutionnelle de *Roumanie* lui fait défense de se prononcer sur l'interprétation ou sur l'application de la loi. Cette disposition ne

fait cependant pas obstacle à ce que la Cour rende des « décisions intermédiaires ou mixtes » qui font dépendre l'inconstitutionnalité de l'interprétation donnée à la norme.

Le Tribunal constitutionnel d'*Andorre* déclare l'inapplicabilité de la loi lorsque, en présence de plusieurs interprétations, seule l'une d'elles permet de conclure à la constitutionnalité de la loi. Cette inapplicabilité sera levée lorsque le législateur aura donné le sens qu'il convient de réserver à la loi.

La question de la divergence d'interprétation n'a pas encore reçu de réponse définitive de la Cour d'arbitrage de *Belgique*. En la matière, elle a souvent recours à l'arrêt dit « alternatif ». Dans celui-ci, la Cour rencontre d'abord l'interprétation du juge *a quo* qu'elle déclare inconstitutionnelle, puis elle expose une autre interprétation dans laquelle la loi résiste au contrôle de constitutionnalité. Le dispositif de l'arrêt reprend les deux interprétations et les conclusions auxquelles chacune d'elles conduit. Cette technique permet à la Cour d'arbitrage de ne pas réformer l'interprétation du juge *a quo* tout en lui indiquant une autre voie qu'il a toute latitude de suivre. L'autre approche parfois suivie par la Cour d'arbitrage, consiste à ne retenir dans le dispositif que l'interprétation qui rend la loi conforme à la Constitution. Comme exposé ci-dessus, la Cour d'arbitrage n'a pas encore opté définitivement pour l'une ou l'autre solution.

L'article 80, paragraphe 3, de la loi organique du Tribunal constitutionnel du *Portugal* fait obligation à celui-ci de contrôler non seulement la constitutionnalité de la loi, mais aussi de l'interprétation qui en est donnée. Le rapport portugais note qu'il n'est pas toujours aisé de délimiter l'interprétation de la loi, qui relève de la compétence du Tribunal constitutionnel, de l'application de la loi, qui échappe au contrôle de constitutionnalité. Si cette situation n'est pas source de difficultés au Portugal, c'est que le Tribunal constitutionnel se trouve au sommet de tous les tribunaux suprêmes portugais.

27. En *Italie* s'est développée la théorie du « droit vivant ». Sous ce concept, on entend la norme telle que comprise et interprétée par la jurisprudence « dominante et consolidée », c'est-à-dire par une jurisprudence qui n'est pas isolée et qui émane de hautes juridictions.

Souvent qualifiée d'hommage de la Cour constitutionnelle à la Cour de cassation et à l'ensemble des juges du pouvoir judiciaire – dont l'interprétation des normes constitue le *proprium* de leurs fonctions –, la notion permet d'éviter qu'une loi soit censurée dans l'ignorance et au mépris de l'interprétation constante et souvent éminente donnée par le pouvoir judiciaire.

La Cour constitutionnelle sanctionnera la loi, telle que façonnée par le droit vivant, si, ainsi comprise, elle est inconstitutionnelle.

La notion permet par ailleurs de corriger l'interprétation que le juge *a quo* donne de la norme et qui conduit à un constat d'inconstitutionnalité. La Cour constitutionnelle italienne prend appui sur le droit vivant pour écarter cette interprétation dans une « sentence correctrice », qui donne à la norme un sens conforme à la Constitution. A défaut de droit vivant, la Cour constitutionnelle adopte, en présence d'une interprétation du juge qui mène à l'inconstitutionnalité, une « sentence adéquatrice », fondée sur une interprétation autonome.

La Cour constitutionnelle de *Hongrie* a fait sienne la théorie du « droit vivant », laquelle se trouve cependant confrontée depuis peu à une autre notion, l'unité légale, qui confie à la Cour suprême le soin d'assurer l'unité jurisprudentielle de toute norme.

b) L'interprétation de la cour constitutionnelle devant les cours et tribunaux

28. L'interprétation que la cour constitutionnelle donne d'une norme fait partie intégrante de sa décision et participe de la chose jugée de celle-ci lorsqu'elle est mentionnée dans le dispositif ou lorsqu'elle constitue le soutien indispensable de la décision.

Ses effets se trouvent naturellement liés à ceux de la sentence.

Ainsi, si un arrêt de la cour constitutionnelle n'a d'effets qu'*inter partes*, comme c'est par exemple le cas en matière de recours indirect en *Slovénie*, l'interprétation n'aura *de jure* qu'un effet limité au litige dont le juge *a quo* est saisi.

Là où la plainte constitutionnelle existe, elle peut être utilisée à l'encontre du juge qui ne respecterait pas la décision – en ce compris l'interprétation – de la cour constitutionnelle. Il est fait exception à ce principe en *Autriche* dans la mesure où il concerne les jugements judiciaires, le recours en protection constitutionnelle ne pouvant jamais être dirigé dans ce pays contre un tel jugement.

29. La Constitution ou la loi organique de la cour constitutionnelle peut confier à celle-ci le soin d'interpréter d'autorité la Constitution. Tel est le cas de la *Bulgarie*, où les requêtes en interprétation de la Constitution ont formé, dans les premières années du fonctionnement de la Cour, la majorité des affaires qui lui ont été déférées. Dans un ordonnancement juridique en rupture radicale avec celui qui l'avait précédé, il importait que puissent être clarifiés le rôle et la place de certaines institutions nouvellement créées. Aujourd'hui encore, ces requêtes en interprétation sont fréquentes et, si leur nombre a sensiblement diminué, elles représentent toujours environ le tiers de toutes les affaires dont la Cour constitutionnelle bulgare a été saisie depuis sa création.

30. L'autorité de l'interprétation de toute norme qu'une cour constitutionnelle peut être amenée à donner, ne se réduit pas à sa seule force juridique.

Le rayonnement de la jurisprudence constitutionnelle est toujours important et il s'exerce sur toutes les disciplines du droit, lesquelles connaissent un effet de « constitutionnalisation » sans cesse croissant.

III. L'interférence des juridictions européennes

A. La Cour européenne des droits de l'homme

31. Si une majorité – et une large majorité : 21 cours constitutionnelles – se déclare non liée par les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, une majorité plus importante encore mentionne l'influence prépondérante de la jurisprudence qui se dégage de ses arrêts, lorsqu'il s'agit de déterminer le contenu des droits fondamentaux garantis par le droit interne et l'étendue des restrictions qui peuvent y être apportées.

Ainsi, bien avant que la notion de « procès équitable » ait été insérée dans la Constitution du *Portugal*, le Tribunal constitutionnel l'avait incluse dans la disposition constitutionnelle relative à la « garantie d'accès au droit et à la protection juridictionnelle ». Sur cette base, il a déclaré illégales les dispositions qui permettaient au Ministère public de participer au délibéré de certaines juridictions, participation censurée dans des hypothèses semblables par la Cour européenne.

La Convention européenne – ou les droits qu'elle reconnaît - peut avoir, dans l'ordre juridique interne, un rang supérieur à celui des lois.

C'est ainsi que, si la Cour constitutionnelle d'*Allemagne* a assimilé la Convention à une loi fédérale, il n'en demeure pas moins que certaines de ses dispositions pourraient être considérées comme des « règles générales de droit international public » auxquelles l'article 25 de la Loi fondamentale donne prééminence sur les lois.

Les droits reconnus par la Convention européenne ont rang constitutionnel en *Autriche*. La Cour constitutionnelle peut être saisie directement d'une violation de la Convention.

La Cour de cassation de *Belgique* reconnaît aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme une « autorité de chose interprétée ». Ainsi, sa jurisprudence ne s'écarte pas de celle de Strasbourg. La Cour d'arbitrage n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur cette théorie, faute pour elle de n'avoir pas observé – ou d'avoir voulu un jour ne pas observer – la jurisprudence des organes de la Convention européenne.

Au *Liechtenstein*, les tribunaux ne peuvent continuer d'appliquer une loi qui a été censurée par la Cour européenne car, ce faisant, ils suspendraient en partie, selon la Cour d'Etat, la Convention jusqu'à l'intervention du législateur.

L'article 87 de la Constitution de la *Tchéquie* donne à la Cour constitutionnelle compétence « pour décider des mesures nécessaires afin de rendre effective une décision d'un tribunal international qui lie la République tchèque, au cas où il ne peut y être donné effet autrement ».

Les modalités de cette compétence se trouvent précisées aux paragraphes 117 à 119 de la loi organique de la Cour et, plus particulièrement, au paragraphe 118, lequel dispose que « lorsqu'un tribunal (international) constate une violation des droits fondamentaux, résultant d'une loi ou d'un autre acte, le Gouvernement soumet à la Cour constitutionnelle une requête en annulation ». Cette requête ne se différenciant aucunement des autres requêtes, rien n'interdit à la Cour de la rejeter. Pour cette raison, on peut dire que la Cour constitutionnelle de Tchéquie n'est formellement pas tenue par la décision d'un tribunal international. A ce

jour, aucun cas ne s'est cependant encore présenté, de sorte que l'on ne peut présumer l'attitude de la Cour constitutionnelle tchèque à l'égard d'un arrêt de la Cour européenne.

La Cour constitutionnelle de *Lettonie* se considère liée par la jurisprudence de la Cour européenne. Cette obligation provient, selon elle, de ce que la Constitution prévoit que l'Etat reconnaît et protège les droits fondamentaux de la personne en conformité avec la Constitution, les traités et les accords internationaux liant la Lettonie. Il en résulte que l'on ne peut prêter au Constituant l'intention d'avoir voulu opposer les normes résultant de la Constitution, d'une part, à celles qui dérivent du droit international, d'autre part. Au contraire, il faut considérer qu'elles tentent, ensemble, de réaliser une protection optimale de la personne.

La *Bosnie-Herzégovine* n'est pas Partie à la Convention européenne. Elle a toutefois incorporé celle-ci dans sa Constitution. Nul doute qu'il s'agit là d'une volonté politique d'un Etat situé dans une région trop longtemps troublée.

32. Parce que la Convention européenne des droits de l'homme fait partie de l'ordre juridique interne, celle-ci peut – et même doit – être appliquée directement, selon les rapports, par tout juge d'*Allemagne*, d'*Autriche*, de *Belgique*, de *Croatie*, d'*Espagne*, de *France*, de *Hongrie*, d'*Italie*, de *Pologne*, du *Portugal*, de *Slovaquie*, de *Slovénie*, de *Suisse* et de *Tchéquie*. Différents rapports mentionnent toutefois le peu d'enthousiasme que cette obligation rencontre de la part du juge ordinaire. Le rapport polonais voit deux raisons à cette réticence : la première est que les juges préféreraient appuyer leurs décisions sur des normes de droit interne plutôt que sur des dispositions internationales; la seconde tient à la circonstance que la démarche paraît inutile dès lors que, comme c'est le cas en *Pologne*, la plupart des droits et des libertés se trouvent reconnus à la fois par la Convention européenne et par la Constitution.

Lorsque la décision méconnaît uniquement des dispositions de la Convention européenne et qui donc ne correspondent pas à des droits garantis par la Loi fondamentale, un recours en protection constitutionnelle n'est pas envisageable en *Allemagne*, parce que la Convention européenne n'y a pas rang de norme constitutionnelle. Il ne peut être exercé en *Autriche* – où la Convention européenne est une norme constitutionnelle – qu'à l'encontre des décisions susceptibles de faire l'objet d'un recours en protection constitutionnelle, ce qui exclut les décisions judiciaires *sensu stricto*.

Dans le cas envisagé, c'est-à-dire lorsqu'un acte ou jugement viole uniquement la Convention européenne des droits de l'homme, la plainte constitutionnelle sera néanmoins recevable en *Espagne* pour censurer une interprétation de la Convention qui ne serait pas compatible avec les dispositions constitutionnelles. La *Slovénie* connaît une situation semblable.

De même, si, faisant application directe de la Convention européenne, le juge portugais s'écarte de la Constitution ou de l'interprétation que le Tribunal constitutionnel lui donne, sa décision pourra être portée devant le Tribunal constitutionnel où elle sera jugée inconstitutionnelle.

La situation portugaise n'est qu'une illustration du principe qui veut que la Constitution ait la primauté sur le droit conventionnel directement applicable, à moins que la Constitution même, comme c'est le cas en *Macédoine*, ne dispose le contraire.

33. L'article 35.1 (ancien art. 26) de la Convention européenne dispose que « la Cour ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes, tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus, et dans un délai de six mois à partir de la date de la décision interne définitive ».

La juridiction constitutionnelle participe-t-elle des voies de recours internes qu'il convient d'épuiser pour saisir régulièrement la Cour européenne ? S'il appartient évidemment à la Cour européenne seule de décider de cette question, les auteurs du questionnaire ont cru pouvoir demander aux différentes Cours leur opinion sur le sujet.

A de multiples reprises, la Cour européenne des droits de l'homme a donné sa conception générale de l'obligation faite au requérant d'épuiser les voies de recours internes. L'exposé le plus détaillé et le plus complet qu'elle en a fourni à ce jour, se trouve sans doute dans l'arrêt AKDIVAR et autres contre la Turquie, prononcé le 16 septembre 1996 (*Recueil des arrêts et décisions*, 1996 – IV, pp. 1192-1270).

Pour saisir la portée de cette notion, il convient de ne pas perdre de vue que l'épuisement des voies de recours internes traduit la règle de la *subsidiarité* qui veut que la protection internationale des droits de l'homme ne se conçoive qu'en cas de carence de l'Etat concerné (*arrêt Akdivar*, § 65). Celui-ci n'a pas à répondre d'actes qui auraient pu être redressés par la simple application de procédures de droit interne.

De cette règle, la Cour européenne déduit différents principes qui touchent aux aspects du recours de droit interne.

En premier lieu, les voies de recours internes à épuiser préalablement à sa saisine doivent être disponibles et suffisantes pour obtenir la réparation de la violation dénoncée. A défaut, le recours de droit interne manque d'*effectivité* ou d'*accessibilité*; il ne doit pas être exercé (*ibidem*, § 66).

Il ne doit pareillement pas être exercé lorsque « les principes de droit international généralement reconnus » autorisent le requérant à ne pas exercer les voies de recours internes ou lorsqu'une pratique administrative répétée et tolérée rend vain et *voué à l'échec* tout recours qui serait entrepris dans le pays (*ibidem*, § 67).

Pour que la requête soit recevable, il ne suffit pas que le requérant ait épuisé les voies de recours internes. Il faut aussi qu'à cette occasion, il ait fait valoir, du moins dans leur substance, les griefs qu'il porte contre l'Etat. A nouveau, il s'agit là d'une conséquence du principe de subsidiarité, puisqu'on ne peut reprocher à un Etat de n'avoir pas examiné des griefs qui n'ont pas été formulés (*ibidem*, § 66).

Enfin, il y a lieu de tenir compte de l'esprit dans lequel la Convention a été élaborée et des instruments que ses promoteurs ont entendu voir mis en œuvre pour garantir le respect des droits de l'homme. Ainsi, la règle de l'épuisement des voies de recours internes « doit s'appliquer avec une certaine souplesse et sans formalisme excessif » (*ibidem*, § 69) ; elle « ne s'accommode pas d'une application automatique et ne revêt pas un caractère absolu » (*ibidem*). Enfin, elle ne pourrait être appliquée sans « avoir égard aux circonstances de la cause » (*ibidem*).

34. Tels sont les principes. La Cour européenne des droits de l'homme a déjà eu l'occasion de les mettre en pratique à l'égard de juridictions constitutionnelles. Quelques enseignements peuvent en être tirés.

Dans un premier cas, elle constate que le droit de saisir la Cour constitutionnelle italienne appartient à la juridiction et non aux parties devant celle-ci. On ne peut donc pas reprocher à une de ces parties l'absence de saisine de la Cour constitutionnelle : « Il échet de noter que dans le système juridique italien, relève la Cour, un individu ne jouit pas d'un accès direct à la Cour constitutionnelle pour l'inviter à vérifier la constitutionnalité d'une loi : seule a la faculté de la saisir, à la requête d'un plaideur ou d'office, une juridiction qui connaît du fond de l'affaire. Dès lors, pareille demande ne saurait s'analyser en un recours dont l'article (35.1) exige l'épuisement. De plus, elle aurait dû, en pratique, se greffer sur un appel « apparemment tardif », lequel ne présentait pas en l'espèce une accessibilité et une effectivité suffisantes » (*arrêt Brozicek c. l'Italie* du 19 décembre 1989, série A, vol. 167, § 34 ; confirmé par l'*arrêt Spadea et Scalabrino c. l'Italie* du 28 septembre 1994, série A, vol. 315-B, §§ 23 à 25).

Dans une seconde affaire, mettant en cause l'Allemagne, la Cour européenne a constaté qu'à défaut d'avoir exercé les voies de recours ordinaires, le requérant n'aurait pu saisir la Cour constitutionnelle d'un recours en protection constitutionnelle, ce qu'il aurait dû faire s'il avait été débouté des recours ordinaires : « Par ailleurs, note la Cour européenne, (le requérant) avait également la possibilité et, en vertu de la jurisprudence constante des organes de la Convention, l'obligation de saisir la Cour constitutionnelle d'un recours constitutionnel, conformément aux dispositions pertinentes de la Loi fondamentale (...). En revanche, la Cour constitutionnelle fédérale ne peut être saisie qu'après épuisement des voies de recours ordinaires. Le requérant n'ayant en l'espèce exercé aucun recours contre les décisions du tribunal régional fixant les modalités de sa détention, il était hors délai pour saisir la Cour constitutionnelle » (*arrêt Denkli c. l'Allemagne* du 21 octobre 1999).

Enfin, la Cour européenne a estimé que l'absence de saisine de la Cour constitutionnelle allemande ne faisait pas obstacle à sa propre saisine par manque d'efficacité vu les circonstances de la cause (*arrêt Englert c. l'Allemagne* du 25 août 1987, série A, vol. 123-B, §§ 32-33 et *arrêt Kalantari c. l'Allemagne* du 28 septembre 2000).

De cette jurisprudence, il apparaît qu'on ne peut reprocher à un requérant de ne pas avoir exercé un recours qu'il n'a pas (*arrêt Brozicek* et *arrêt Spadea et Scalabrino*) et qu'en principe, il faut exercer les recours en protection constitutionnelle concernant les droits fondamentaux garantis en substance à la fois par la Convention et par la Constitution, sauf les exceptions communes à l'épuisement de toutes les voies de recours internes (*arrêt Denkli*, *arrêt Englert* et *arrêt Kalantari*).

35. Il ressort des différents rapports nationaux que les cours constitutionnelles qui connaissent la *plainte constitutionnelle* estiment, dans leur majorité, qu'il convient de faire usage de cette voie de recours avant de saisir la Cour européenne. Telle est l'opinion exprimée notamment dans les rapports de l'Albanie, de l'Allemagne, d'Andorre, de l'Autriche, de la Croatie, de l'Espagne, de la Lettonie, du Liechtenstein, de la Macédoine, de la Slovénie, de la Suisse et de la Tchéquie. Ces rapports précisent que les recours en protection constitutionnelle ne doivent être exercés que lorsqu'ils sont autorisés; dans différents pays en effet, certains jugements et certaines décisions ne peuvent faire l'objet de ce recours, principalement en raison de la qualité de leur auteur.

Encore que les rapports ne soient pas toujours explicites à ce sujet, il apparaît que la position qui y est soutenue, s'appuie principalement sur le caractère subsidiaire de l'intervention des organes de la Convention.

La *Hongrie*, la *Pologne* et la *Fédération de Russie* ne partagent pas ce point de vue : à leur avis, le recours en protection constitutionnelle ne doit pas être formé avant de saisir la Cour européenne.

A cet égard, ces Cours font état du caractère extraordinaire que revêt le recours en protection constitutionnelle et de l'allongement de la procédure qui résulte nécessairement de sa mise en œuvre. Par ailleurs, il peut être rappelé que la plainte constitutionnelle ne peut être utilisée en Hongrie et en Pologne que pour mettre en cause la constitutionnalité de la loi qui a été appliquée au cas concret.

La personne qui ne possède aucun accès à la cour constitutionnelle ne doit évidemment pas épuiser cette « voie de recours ». Il en est ainsi en *Bulgarie*, où le citoyen ne peut saisir la Cour constitutionnelle, que ce soit par une plainte constitutionnelle ou autrement.

36. Une *question préjudicielle* visant la constitutionnalité de la loi doit-elle, dans tous les cas, être posée à la cour constitutionnelle avant de saisir la Cour européenne ? Celle-ci, on l'a vu, a répondu par la négative à cette question dans ses arrêts *Brozicek* du 19 décembre 1989 et *Spadea et Scalabrino* du 28 septembre 1994, au motif qu'une partie devant un juge ne peut, en *Italie*, imposer à celui-ci d'interroger la Cour constitutionnelle.

La question apparaît liée à la latitude qui, en fait, est laissée à la partie de provoquer la saisine de la cour constitutionnelle. Dans la première partie de ce rapport, il a été exposé (voy. la saisine du juge constitutionnel) que le juge dispose d'une liberté plus ou moins grande, selon les pays, dans la décision de saisir le juge constitutionnel. Parfois, comme en *Slovénie*, son refus peut être contourné par une saisine « parallèle » émanant des parties.

En *Belgique*, le juge est, en principe, tenu de poser une question préjudicielle dès qu'une partie lui en fait la demande. Toute partie a donc la possibilité de soumettre la loi qu'on entend lui appliquer à la censure de la Cour d'arbitrage. L'arrêt préjudiciel de la Cour d'arbitrage déclarant la loi non conforme à la Constitution empêche l'application de cette loi. Selon le rapport belge, le principe de subsidiarité de l'intervention de la Cour européenne s'opposerait à ce qu'un recours soit porté à Strasbourg sans que le requérant ait au préalable invité le juge à saisir la Cour d'arbitrage d'une question préjudicielle portant sur la constitutionnalité – dont dépend l'applicabilité – de la loi.

37. Les *recours en annulation* enfin, lorsqu'ils sont ouverts aux particuliers, doivent généralement être intentés dans des délais et selon des modalités stricts suivant l'adoption ou la publication de la loi, de sorte qu'en principe, l'absence de recours en annulation ne saurait, à notre avis, être regardée comme un non-épuisement des voies de recours internes au sens de l'article 35.1 de la Convention, sauf dans l'hypothèse où la loi, du seul fait de son existence, met le particulier en situation de « victime » au sens de l'article 34 de la Convention.

B. La Cour de justice des Communautés européennes

38. Les relations entre la Cour de justice et les juridictions nationales se trouvent essentiellement organisées par l'article 234 du Traité instituant la Communauté européenne – originairement l'article 177 – qui dispose :

« La Cour de justice est compétente pour statuer, à titre préjudiciel :

- a) sur l'interprétation du présent traité ;
- b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions de la Communauté et par la Banque centrale européenne ;
- c) sur l'interprétation des statuts des organismes créés par un acte du Conseil, lorsque ces statuts le prévoient.

Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des Etats membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de justice de statuer sur cette question.

Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour de justice ».

L'application du droit communautaire ayant été laissée aux juridictions nationales, les auteurs du Traité ont prévu la création d'une Cour de justice qui, entre autres missions, serait amenée à garantir l'unité de la jurisprudence parmi cette diversité de juridictions.

Pour ce faire, un mécanisme de questions préjudicielles a été mis en place. Le juge national qui doit appliquer le Traité ou les actes qui en dérivent - l'ensemble de ces derniers formant « le droit communautaire dérivé » - a la faculté d'interroger la Cour de justice sur l'interprétation qu'il convient de réserver à telle disposition du Traité ou à tel acte émanant des institutions européennes. Il peut également l'inviter à statuer sur la validité de cet acte.

La Cour de justice connaît donc de deux sortes de questions préjudicielles : celles qui portent sur l'interprétation du Traité et du droit communautaire dérivé – elles donnent lieu à des arrêts interprétatifs – et celles qui portent sur la validité d'un acte pris sur la base du Traité – il y est répondu par des arrêts statuant sur la validité -.

La Cour a également compétence pour statuer sur l'interprétation des statuts des organismes créés par un acte du Conseil, lorsque les statuts le prévoient. Cette disposition permet d'écarter éventuellement, en la matière, la compétence générale d'interprétation de la Cour. Le littéra c) de l'article 234 n'ajoute rien à la compétence de la Cour ; au contraire, il permet dans un cas de déroger à celle-ci.

Si l'interprétation d'une disposition donnée dans un arrêt interprétatif lie le juge qui a interrogé la Cour de justice ainsi que tout juge qui serait appelé à connaître par la suite de la cause, l'effet de cet arrêt sur les autres litiges n'est pas définitivement tranché en doctrine. Une majorité d'auteurs est d'avis que ces arrêts s'imposent aux autres litiges. Quoi qu'il en soit, en cas de difficulté, une juridiction peut toujours poser une nouvelle question à la Cour de justice.

La validité d'un acte reconnue par la Cour de justice repose sur les griefs qui ont été formulés devant la Cour. D'autres reproches peuvent être faits à l'acte dans une autre procédure et être déclarés fondés.

L'invalidité s'impose à la juridiction qui a posé la question ainsi qu'à toutes les juridictions qui connaîtraient ultérieurement de la cause. Une déclaration d'invalidité n'est cependant pas une annulation. Celle-ci peut être postulée dans les cas et selon les modalités prévus à l'article 230 du Traité. Jusqu'à son éventuel retrait, l'acte invalidé demeure dans l'ordonnancement juridique où sa force juridique est toutefois plus qu'amoindrie désormais.

L'article 234, alinéa 3, du Traité impose à « toute juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne », de saisir la Cour de justice lorsqu'une question d'interprétation ou de validité du droit communautaire se pose devant elle.

Cette obligation serait particulièrement lourde si elle ne connaissait d'exceptions. Celles-ci sont au nombre de trois que, dans un souci de clarté manifeste, la Cour de justice devait reprendre une à une dans son arrêt *Cilfit* du 6 octobre 1982 (*Rec.*, p. 3415). La saisine de la Cour de justice ne s'impose pas lorsque la réponse à la question préjudicielle n'est pas nécessaire pour trancher le litige, en d'autres termes lorsqu'elle n'est pas pertinente. Elle n'est pas davantage requise lorsque la Cour de justice a déjà répondu à une question analogue. Enfin, la juridiction nationale est dispensée d'interroger la Cour de justice « lorsque l'application correcte du droit communautaire s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable » (*ibidem*, p. 3432).

39. Au vu du bref rappel qui vient d'être fait du rôle et de la mission de la Cour de justice des Communautés européennes dans la matière considérée, la question centrale qui se pose quant aux rapports entre la Cour de justice et la cour constitutionnelle est de savoir si celle-ci est « une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne » au sens de l'article 234, alinéa 3, du Traité.

A cet égard, deux tendances se manifestent dans les rapports nationaux.

Selon la première conception, exposée par l'*Allemagne*, l'*Espagne* et l'*Italie*, l'ordonnancement communautaire et l'ordonnancement de l'Etat sont deux ordonnancements séparés et distincts. La justice constitutionnelle s'exerce dans un domaine différent de celui du droit communautaire. Elle a pour fonction exclusive de dire si une loi est ou non conforme à la Constitution. La Cour de justice statue par référence aux Traités et au droit dérivé.

Les cours constitutionnelles ne peuvent être considérées comme des juridictions nationales au sens de l'article 234, alinéa 3, du Traité.

L'autre conception, que reflètent les rapports de l'*Autriche*, de la *Belgique* et du *Portugal*, considère la juridiction constitutionnelle comme une juridiction nationale soumise à l'article 234 du Traité. Pour préciser le sens d'une loi qui traduit en texte de droit interne une norme communautaire, la cour constitutionnelle peut être amenée à s'interroger sur l'interprétation non seulement de la norme nationale, mais aussi et surtout sur l'interprétation de la norme communautaire qu'en l'espèce, le législateur a entendu transposer en droit interne. A cet effet, elle doit s'adresser à la Cour de justice. De même, elle s'interrogera sur la validité d'une norme communautaire lorsqu'un acte de droit interne y trouve son fondement légal.

A ce jour, la Cour de justice des Communautés européennes a déjà été interrogée à quatre reprises par des juridictions constitutionnelles. Elle a été trois fois saisie par la Cour constitutionnelle d'Autriche et une fois par la Cour d'arbitrage de Belgique. Dans les quatre

cas, il s'agissait de questions préjudicielles portant sur l'interprétation à donner à un acte du droit communautaire dérivé.

40. Le juge doit-il s'adresser en premier lieu à la Cour de justice ou à la Cour constitutionnelle ?

En *Allemagne*, on considère que les juridictions n'ont pas le choix, la Cour de justice et la Cour constitutionnelle ayant chacune une sphère de compétences propre.

Dans le rapport de l'*Autriche* est également exprimée l'opinion selon laquelle l'option n'existe pas. Le rapport relève qu'« une disposition de droit interne qui va manifestement à l'encontre du droit communautaire ne peut être préjudicielle au sens de condition nécessaire pour saisir la Cour constitutionnelle ».

En *Belgique*, aucune priorité n'est accordée à l'une ou à l'autre saisine.

Le rapport de l'*Espagne* expose que la contradiction entre une norme de droit interne et une norme de droit communautaire ne constitue pas un problème de constitutionnalité.

La question est sans objet en *France* vu l'impossibilité dans laquelle se trouvent les juridictions de saisir le Conseil constitutionnel.

Au *Portugal*, la saisine de la Cour de justice intervient en cours de procès tandis que celle du Tribunal constitutionnel a lieu après le jugement.

La Cour constitutionnelle d'*Italie* impose que la question de l'interprétation et de la validité du droit communautaire soit tranchée préalablement à sa saisine. Si tel n'est pas le cas, la Cour constitutionnelle restitue les actes au juge *a quo* afin que le débat communautaire soit définitivement réglé avant que la Cour constitutionnelle procède à l'examen de la constitutionnalité de la loi.