

# La question prioritaire de constitutionnalité au regard du droit comparé

**Thierry Santolini**

DANS **REVUE FRANÇAISE DE DROIT CONSTITUTIONNEL** 2013/1 n° 93 , PAGES 83 À 105  
ÉDITIONS **PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE**

ISSN 1151-2385

ISBN 9782130618416

DOI 10.3917/rfdc.093.0083

Date de mise en ligne : 17/04/2013

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2013-1-page-83?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...  
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



**Distribution électronique Cairn.info pour Presses Universitaires de France.**

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur [cairn.info/copyright](http://cairn.info/copyright).

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

## *La question prioritaire de constitutionnalité au regard du droit comparé*

---

THIERRY SANTOLINI

Recherche réalisée avec le soutien de la mission de recherche *Droit et justice*

Montesquieu disait que « c'est un très grand hasard si les institutions d'une nation peuvent convenir à une autre ». La diffusion de la justice constitutionnelle à travers le monde semble donner tort à l'auteur de *l'Esprit des lois*. En effet, de nombreux pays ont adopté avec succès l'un des deux grands modèles de contrôle de constitutionnalité des lois. Ils ont, en particulier, permis aux justiciables d'avoir un accès direct ou indirect au prétoire du juge constitutionnel. Sur ce point, la France a longtemps fait preuve de réticence. Mais après s'être contentée, pendant un demi-siècle, du contrôle *a priori*, elle a enfin sauté le pas et rejoint les pays où les citoyens ne sont pas des « mineurs constitutionnels ». Le système français de contrôle de constitutionnalité s'est donc rapproché des exemples étrangers. Toutefois, son caractère atypique perdure. En effet, il semble qu'en matière de justice constitutionnelle la France ait du mal à renoncer à son particularisme. La QPC possède ainsi plusieurs éléments distinctifs qui rendent délicate sa classification parmi les types classiques de recours constitutionnels. Pour autant, on aurait tort de négliger l'influence que les modèles étrangers ont exercée sur les concepteurs de la QPC. En outre, la pratique montre que des tendances convergentes se dessinent et atténuent les contrastes. Ainsi, sous un voile d'originalité, on retrouve, dans la QPC, la structure commune des questions préjudicielles de constitutionnalité telle qu'on peut l'observer en Allemagne, en Belgique, en Espagne ou encore en Italie. Dès lors, une étude comparative peut être menée en prenant pour base les deux moments clés de la procédure préjudicielle, à savoir l'étape qui se déroule devant les juges ordinaires puis celle qui a lieu devant le juge constitutionnel.

Thierry Santolini, maître de conférences à l'université du Sud-Toulon-Var, membre du centre de droit et de politique comparés Jean-Claude-Escarra, UMR-CNRS 7318.

## I – LES QUESTIONS PRÉJUDICIELLES ET LES JUGES ORDINAIRES

Dans la plupart des pays ayant adopté le contrôle incident de constitutionnalité, deux conditions président à la recevabilité des questions préjudicielles. Le juge *a quo* doit s'assurer que la question posée est pertinente pour la solution du litige et qu'elle présente un caractère suffisamment sérieux. Cette seconde condition, conçue au départ pour empêcher que ne parviennent au juge constitutionnel des demandes fantaisistes ou inconséquentes, a progressivement entraîné l'émergence d'un contrôle diffus de constitutionnalité.

## A – LA PERTINENCE DE LA QUESTION

Le caractère pertinent de la demande s'apprécie au regard de l'utilité de la norme attaquée pour la solution du litige. Il permet de maintenir la nature concrète du recours incident et empêche les juges ordinaires de se faire les promoteurs d'une défense abstraite de la Constitution<sup>1</sup>. Lorsque la réponse du juge constitutionnel est sans influence sur l'issue du procès principal, en d'autres termes, lorsque l'espèce n'entre pas dans le champ d'application de la disposition incriminée, le juge *a quo* ne peut saisir la juridiction constitutionnelle<sup>2</sup>. Cette condition classique des procédures préjudicielles se retrouve dans la QPC. Conçue dans le projet gouvernemental en termes assez stricts, elle a, ensuite, été assouplie par l'Assemblée nationale. En effet, la version originelle exigeait que la disposition législative « commande l'issue du litige ou la validité de la procédure ». La solution finalement retenue impose simplement que

1. Pour plus de détails, K.-A. Bettermann, « Die konkrete Normenkontrolle und sonstige Gerichtsvorlagen », in *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Festgabe aus Anlaß des 25. jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, t. I, Tübingen, Mohr-Siebeck, 1976, pp. 323 sq. ; H.-U. Erichsen, « Die konkrete Normenkontrolle », *Jura*, 1982, pp. 88 sq. ; S. García Couso, « El juicio de relevancia como instrumento garantizador de la naturaleza de control concreto de la cuestión de inconstitucionalidad », *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1996, pp. 187-210 ; J. Jiménez Campo, « Sobre la cuestión de inconstitucionalidad », in *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Madrid, McGraw-Hill, 1998, p. 98 ; M. Fernández de Frutos, *El procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad*, Barcelone, Cedecs, 2003, p. 80 sq. ; R. Wernsmann, « Konkrete Normenkontrolle », in D. Ehlers, F. Schoch (dir.), *Rechtsschutz im Öffentlichen Recht*, Berlin, De Gruyter, 2009, pp. 383 sq.

2. Sur ce point, W. Schmidt, « Die vorbeugende konkrete Normenkontrolle durch das Bundesverfassungsgericht », *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 1982, pp. 181-193 ; S. García Couso, *El juicio de relevancia en la cuestión de inconstitucionalidad*, Madrid, CEPC, 1998 ; G. P. Dolso, *Giudici e Corte alle soglie del giudizio di costituzionalità*, Milan, Giuffrè, 2003, pp. 51-183 ; R. Wernsmann, « Konkrete Normenkontrolle (Art. 100 Abs. 1 GG) », *Jura*, 2005, p. 328 sq. ; L. Azzema, « La rilevanza », in R. Romboli (dir.), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Naples, ESI, 2006, pp. 601-623 ; S. L. Morsiani, *Il difetto di rilevanza nel giudizio di costituzionalità*, Bologne, Bonomo, 2000 ; P. Pérez Tremps, *Sistema de justicia constitucional*, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2010, pp. 66 sq.

la disposition incriminée soit « applicable au litige ou à la procédure ou constitue le fondement des poursuites ». Cet assouplissement rapproche la QPC des autres exemples européens de contrôle concret. La détermination de la pertinence d'une question préjudicielle est généralement conçue de façon assez large. Le législateur souhaite ne pas trop restreindre la capacité d'action des requérants. Il n'est donc pas exigé du juge de renvoi une absolue conviction de l'applicabilité d'une loi, il doit simplement s'assurer que la disposition attaquée est susceptible d'avoir une incidence sur l'issue du litige.

Les conditions de recevabilité des questions préjudicielles obéissent à des règles spécifiques très éloignées des critères traditionnels des actions en justice. En effet, l'intérêt personnel du requérant ne détermine pas le renvoi préjudiciel. L'action des justiciables n'est pas conditionnée par leur intérêt à agir. La recevabilité de leur requête dépend uniquement de l'influence de la norme incriminée sur le dénouement du procès. Le caractère incident du recours impose que la norme contestée soit applicable au litige. Il s'agit d'une règle inhérente au contrôle concret ; néanmoins, elle confère, à ce dernier, une certaine ambiguïté. En effet, le contrôle incident est généralement conçu comme un mécanisme offert aux justiciables pour la protection de leurs droits fondamentaux, ce qui lui donne une indéniabilité dimension subjective. Or, la pertinence d'une question préjudicielle ne correspond pas à l'intérêt à agir du requérant, elle est plutôt une donnée objective et technico-processuelle. Le droit d'agir ne dépend pas de l'intérêt subjectif des parties, mais seulement de l'applicabilité d'une norme à un litige<sup>3</sup>. Cet aspect de la procédure préjudicielle répond à la conception retenue par Kelsen en 1920. En effet, pour le maître viennois, le contrôle concret doit s'exercer dans un contexte procédural de droit objectif. Il est uniquement destiné à assurer la cohérence du système normatif établi par la Constitution. Le but n'est pas d'assurer la protection des droits fondamentaux des justiciables. Les renvois préjudiciels opérés par les juridictions ordinaires sont conçus comme de simples « opportunités », fournies au juge constitutionnel pour apurer l'ordonnancement. Le contrôle concret prend naissance dans le cadre d'un procès, mais s'opère indépendamment des intérêts subjectifs des plaideurs.

En choisissant le modèle autrichien de justice constitutionnelle et en optant pour un contrôle concret, les constituants allemands, italiens et, plus tard, espagnols souhaitaient instaurer un contentieux strictement objectif où les intérêts individuels des particuliers ne devaient avoir

3. Sur la question, voir notamment, M. Luciani, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padoue, Cedam, 1984, pp. 23 sq.; A. Di Blasi, « La "rilevanza" come applicabilità della legge o come influenza sulle sorti del giudizio principale: la riproposizione di una questione inammissibile », *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, pp. 871-892; L. Principato, « L'ambiguità del giudizio di rilevanza della questione di legittimità costituzionale di una legge d'interpretazione autentica », *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, pp. 2318-2327.

qu'une importance secondaire<sup>4</sup>. Mais très vite, la pratique a révélé que les recours incidents possédaient également des implications subjectives. En effet, lorsqu'un plaideur soulève une question préjudicielle, son initiative vise à obtenir un avantage personnel. La censure de la loi est demandée en fonction de la lésion qu'elle porte à un droit subjectif. Or, le critère de la pertinence de la question a cela de paradoxal que le requérant peut soulever une question de constitutionnalité même s'il ne tire aucun bénéfice de l'abrogation de la loi attaquée<sup>5</sup>. Néanmoins, si les requérants n'ont pas à exciper d'un intérêt à agir, leur action n'est pas pour autant désintéressée. Le procès constitutionnel est, dès lors, le théâtre d'une interaction entre les intérêts subjectifs des parties et la nature objective du contentieux. La pertinence de la question forme ainsi le lien qui unit ces deux types d'intérêts dans le contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. C'est dans cette perspective que le Conseil constitutionnel a opté pour une interprétation pragmatique de la notion de pertinence. Dès sa décision relative à la loi organique du 10 décembre 2009, il a mis l'accent sur la nécessité de préserver « l'effet utile de la question prioritaire de constitutionnalité pour le justiciable qui l'a posée<sup>6</sup> ». Quelques mois plus tard, il précisait qu'« une déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à la partie qui présente la QPC<sup>7</sup> ». Le Conseil constitutionnel s'écarte ainsi de la conception théorique de la pertinence pour privilégier une approche plus réaliste. Il refuse que la QPC devienne un recours purement objectif où des justiciables philanthropes et désintéressés viendraient jouer les Don Quichotte du contentieux constitutionnel. Une QPC doit être déclenchée par un requérant possédant un intérêt à agir personnel et non par un justicier autoproclamé.

Le contrôle de la pertinence est, en principe, une compétence exclusive du juge *a quo*. Dans les premières années de leur fonctionnement, les cours constitutionnelles ont estimé qu'elles n'avaient pas à s'assurer de l'applicabilité de la norme attaquée au cas d'espèce. Elles ne souhaitent pas s'immiscer dans une opération qu'elles considéraient étrangère à leur mission. Elles s'en remettaient donc à l'appréciation des juridictions de renvoi<sup>8</sup>.

4. Sur ce point, G. Zagrebelsky, « Les caractères réaliste et concret du contrôle de constitutionnalité des lois en Italie », *CCC*, n° 22, 2007, pp. 153 *sq.* Voir également, G. Volpe, « L'accesso alla giustizia costituzionale: le origini di un modello », in R. Romboli (dir.), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Naples, ESI, 2006, pp. 3-32.

5. Sur ce point, A. Spadaro, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Naples, Jovene, 1990, p. 162 *sq.*

6. CC, 3 décembre 2009, décis. n° 2009-595 DC.

7. CC, 25 mars 2011, décis. n° 2010-108 QPC ; Décis. n° 2010-110 QPC.

8. En ce sens, M. Cappelletti, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milan, Giuffrè, 1957, pp. 106-109 ; M. Verdussen, « Les atouts et les limites du renvoi préjudiciel à la Cour d'arbitrage », in F. Delpérée, P. Foucher, *La Saisine du juge constitutionnel. Aspects de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 185 *sq.* ; A. Gómez Montoro, « Tribunal Constitucional de España », *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 1998, p. 271.

C'est également la solution retenue par le Conseil constitutionnel qui a précisé qu'il ne lui appartenait pas de remettre en cause l'appréciation portée par le juge *a quo* sur la pertinence d'une QPC<sup>9</sup>.

Mais avec le temps, les problèmes causés par l'encombrement des rôles conduisent les juridictions constitutionnelles à adopter une attitude nettement plus interventionniste. Elles décident alors de contrôler la pertinence des questions préjudicielles et d'imposer au juge *a quo* un examen plus poussé de la pertinence des requêtes des parties<sup>10</sup>. Cette évolution donne naissance à un dialogue entre le juge constitutionnel et les juridictions ordinaires à partir du processus interprétatif qui sous-tend l'affirmation de l'applicabilité de la norme litigieuse au cas d'espèce. La détermination de la pertinence des questions préjudicielles est peu à peu soumise au contrôle du juge constitutionnel. La pertinence devient ainsi une technique de filtrage mise au service du désengorgement des juridictions constitutionnelles<sup>11</sup>. En procédant à ce contrôle, le juge constitutionnel régule l'afflux des recours et réduit l'emprise des juridictions ordinaires sur le déclenchement de la procédure préjudicielle. Cette préoccupation est d'autant plus forte que le contrôle *a posteriori* entraîne l'émergence d'un contrôle diffus qui vient concurrencer le monopole du juge constitutionnel.

## B – L'ÉMERGENCE D'UN CONTRÔLE DIFFUS

En plus du contrôle sur la pertinence de la question préjudicielle, le juge *a quo* doit s'assurer de son caractère sérieux. On retrouve cette obligation dans tous les pays pratiquant le contrôle concret. En France, la présence d'un double filtrage crée une certaine spécificité dans la mesure où il existe

9. Cf. CC, 28 mai 2010, *Consorts Labane*, décis. n° 2010-1 QPC, cons. 6.

10. Sur cette évolution, D. Nocilla, « Considerazioni sulla maggiore penetrazione da parte della Corte costituzionale nel giudizio di rilevanza », *Giurisprudenza costituzionale*, 1971, pp. 2195-2208 ; A. Rasson-Roland, « La question préjudicielle », in F. Delpérée (dir.), *Le Recours des particuliers devant le juge constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 1991, pp. 47-49 ; R. Romboli, « Evoluzione giurisprudenziale ed aspetti problematici della restituzione degli atti al giudice *a quo* », *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, pp. 543-561 ; M. Melchior, « De quelques aspects des questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage », *RBDC*, 1995, p. 62 sq. ; J. Jiménez Campo, « Sobre la cuestión de inconstitucionalidad », in *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Madrid, McGraw-Hill, 1998, pp. 101 sq. ; L. Principato, « Il rapporto fra la Corte costituzionale ed il giudizio *a quo* nel sindacato sulla rilevanza della questione di legittimità costituzionale, fra esercizio legittimo di funzioni e menomazione di attribuzioni », *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, pp. 1011-1018 ; R. Bifulco, « La rilevanza tra influenza e applicabilità », *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, pp. 682-685 ; D. Nocilla, « Inammissibilità per manifesta irrilevanza: una formula usata e forse... abusata », *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, pp. 752-758.

11. En ce sens, M. Luciani, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, op. cit., p. 135 ; P. Bianchi, « Le tecniche di giudizio e la selezione dei casi », in R. Romboli (dir.), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Naples, ESI, 2006, pp. 653 sq.

une graduation dans le contrôle du caractère sérieux de la requête. Les juges du fond doivent vérifier que la question n'est pas « dépourvue de caractère sérieux », alors qu'il revient aux juridictions suprêmes de s'assurer que cette même question « présente un caractère sérieux ». Le Conseil d'État et la Cour de cassation doivent donc procéder à un contrôle plus poussé. Ils ne peuvent saisir le Conseil constitutionnel sur un simple doute ; l'exigence se renforce, et le filtre se resserre. De ce point de vue, le système français apparaît plus « fermé » que la plupart des modèles étrangers<sup>12</sup>.

L'examen de la recevabilité de la requête se rapproche du véritable contrôle de constitutionnalité<sup>13</sup>. Le droit comparé montre que cette proximité peut présenter certains risques. En effet, il est difficile pour les juges ordinaires de ne pas aborder « le fond » de la question d'inconstitutionnalité et d'empiéter ainsi sur la compétence exclusive du juge constitutionnel. Or, le mécanisme du filtrage ne peut s'opérer sans générer ce type d'empiètement<sup>14</sup>. Il est quasiment impossible de délimiter avec précision où s'arrête le filtre et où commence le contrôle. La frontière entre les deux opérations est d'autant plus ténue que pour procéder au filtrage des requêtes, le juge *a quo* n'a pas d'autre choix que de s'interroger sur la constitutionnalité de la loi attaquée. C'est la nature même du mécanisme de filtrage qui est à l'origine du développement du contrôle diffus. Les exemples étrangers révèlent que l'examen du caractère sérieux de la demande permet aux juridictions ordinaires de procéder à une sorte de précontrôle de constitutionnalité. Parallèlement au contrôle concentré réservé au juge constitutionnel, un véritable contrôle diffus se met alors progressivement en place. D'abord destiné à écarter les demandes manifestement infondées, il ne cesse de s'étendre et finit par limiter l'action du juge constitutionnel à un contrôle résiduel.

Dès lors, le contrôle constitutionnel incident apparaît comme un système mixte où coexistent un contrôle diffus de « validité » doté d'un simple effet *inter partes* et un contrôle concentré d'« invalidité » bénéficiant d'un effet *erga omnes*<sup>15</sup>. Le mécanisme préjudiciel permet aux juridictions ordinaires de capter une part du contrôle *a posteriori*. Sous couvert d'apprécier le caractère sérieux de la question, elles retiennent une partie

12. Sur ce point, V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel*, Paris, Ellipses, 2010, p. 75.

13. À ce propos, G. Drago, « La défense de la Constitution à regret. Principe et modalités de la question préjudicielle de constitutionnalité selon l'article 61-1 de la Constitution et le projet de loi organique », in *Contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle*, Aix-en-Provence, PUAM, 2009, pp. 64 sq.

14. En ce sens, P. Deumier, « QPC : la question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du filtrage) », *RTD civ.*, 2010, pp. 504 sq. ; N. Maziau, « Les “bonnes raisons” de la Cour de cassation », *D.*, 2011, pp. 1775-1779 ; G. Drago, « La Cour de cassation, juge constitutionnel », *RDP*, 2011, pp. 1438-1444.

15. Sur ce point, A. Ruggieri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Turin, Giappichelli, 2001, p. 267 ; M. Aragón Reyes, F. Rubio Llorente, « Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional », in *La forma del Poder*, Madrid, CEC, 1993, pp. 463-494.

du contentieux constitutionnel qui ne parvient plus à son juge naturel<sup>16</sup>. Le contrôle de constitutionnalité est diffus, seule la sanction d'inconstitutionnalité est concentrée<sup>17</sup>. Le rôle du juge constitutionnel se limite ainsi au prononcé des décisions d'inconstitutionnalité ; c'est ce que la doctrine allemande appelle le « monopole du rejet des lois » (*Verwerfungsmonopol*).

Cette tendance est d'ailleurs favorisée par l'attitude des juridictions constitutionnelles. En effet, à l'origine, les textes prévoient que le juge *a quo* doit procéder à un renvoi préjudiciel lorsqu'il doute de la constitutionnalité d'une loi. Il ne lui est pas demandé de s'interroger sur le bien-fondé de la demande. Il doit s'en tenir à exprimer un simple doute, non une conviction argumentée, puisque, en principe, son rôle de filtre ne doit pas le conduire à se substituer au juge constitutionnel. Mais après quelques années de fonctionnement, les juridictions constitutionnelles sont souvent confrontées au délicat problème de l'encombrement. Pour limiter le nombre de recours, elles demandent alors aux juges de renvoi de procéder à un filtrage plus rigoureux. Ce faisant, elles amorcent un processus qui aboutit inéluctablement à l'émergence d'un contrôle diffus. Le juge *a quo* doit procéder à un examen plus précis. Il ne peut plus se contenter de douter de la constitutionnalité de la norme attaquée, il doit être convaincu de son inconstitutionnalité<sup>18</sup>. Cette nouvelle exigence s'accompagne d'une obligation de motivation. Les juridictions ordinaires doivent justifier leurs décisions de renvoi. Elles sont tenues d'expliquer en quoi elles estiment être en présence d'une violation de la Constitution. On assiste ainsi à une complète inversion des critères de recevabilité. Là où pour refuser de saisir la juridiction constitutionnelle, le juge *a quo* devait être pleinement convaincu de la conformité de la norme incriminée, il doit désormais être certain de son inconstitutionnalité pour pouvoir procéder à un renvoi préjudiciel.

16. En ce sens, voir notamment, A. Gardino, *Giudizi e Corte costituzionale nel sindacato sulle leggi, gli « elementi diffusi » del nostro sistema di giustizia costituzionale*, Milan, Giuffrè, 1988 ; A. Ruggeri, « La giustizia costituzionale italiana tra finzione e realtà, ovvero tra esibizione della "diffusione" e vocazione all'"accentramento" », *Rivista di diritto costituzionale*, 2007, pp. 69-97. Sur le développement de cette tendance en France, S.-J. Liéber, D. Botteghi, « Le juge administratif, juge constitutionnel de droit commun ? », *AJDA*, 2010, pp. 1355 sq. ; A. Viala, « De la puissance à l'acte : la QPC et les nouveaux horizons de l'interprétation conforme », *RDP*, 2011, pp. 965-996 ; A. Roblot-Trozier, « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'État. Vers la mutation du Conseil d'État en un juge constitutionnel de la loi », *RFDA*, 2011, pp. 691-710.

17. Sur ce thème, K.-G. Zierlein, « Zur Prozeßverantwortung der Fachgerichte im Lichte der Verwerfungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts nach Art. 100 Abs 1 GG », in E. Klein (sous la dir. de), *Grundrecht, soziale Verantwortung und Verfassungsgerichtsbarkeit*, Festschrift für Ernst Benda zum 70. Geburtstag, 1995, Heidelberg, C. F. Müller, pp. 457-498 ; E. Benda, E. Klein, *Verfassungsprozeßrecht*, Heidelberg, C. F. Müller, 2001, 2<sup>e</sup> éd., pp. 324 sq.

18. Cette évolution correspond au modèle allemand dans lequel les juges *a quibus* doivent démontrer l'existence d'une inconstitutionnalité pour pouvoir saisir la Cour constitutionnelle fédérale. Sur la question, F.-W. Dollinger, « § 80 BVerfGG », in D. C. Umbach, T. Clemens, F.-W. Dollinger (dir.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, Heidelberg, C. F. Müller, 2005, pp. 995 sq.

En imposant un contrôle plus étendu du caractère sérieux de la question, le juge constitutionnel souhaite limiter le nombre de renvois préjudiciels et, ainsi, réduire l'encombrement de son prétoire. Mais cet objectif est atteint au prix d'une importante contrepartie. Si le filtrage des juridictions ordinaires permet aux cours constitutionnelles de maintenir une capacité de fonctionnement satisfaisante, il entraîne également la déconcentration du contrôle de constitutionnalité. Une part importante de ce dernier est abandonnée aux juridictions ordinaires qui deviennent alors des juges constitutionnels de droit commun.

Cette situation est naturellement source de tensions entre les juridictions ordinaires et les cours constitutionnelles. En Allemagne, en Belgique, en Espagne ou encore en Italie, ces tensions ont abouti à de véritables conflits donnant lieu à ce que la doctrine a pu qualifier de « guerre des cours<sup>19</sup> ».

Ce type de crises connaît son paroxysme dans les premières années qui suivent l'instauration du contrôle incident. La présence d'une cour constitutionnelle perturbe les mécanismes classiques de l'ordre juridictionnel. Au sein de ce dernier apparaît une nouvelle hiérarchie qui place le juge constitutionnel au-dessus des juridictions ordinaires. Le traumatisme est particulièrement marqué pour les juridictions suprêmes qui perçoivent le juge constitutionnel comme un concurrent capable de menacer leur position privilégiée au sein de l'organisation juridictionnelle. Placé au sommet de son ordre juridictionnel, le juge de cassation n'a pas l'habitude de devoir se plier aux décisions d'un autre juge. C'est donc lui qui fait preuve des plus fortes réticences.

En général, le litige se focalise autour du pouvoir d'interprétation des lois par les juges ordinaires. L'introduction du contrôle concret perturbe un élément essentiel du droit, à savoir le pouvoir d'interprétation du juge. Ce qui était jusqu'ici un mécanisme bien rodé et parfaitement accepté est soudain remis en cause. Le contentieux constitutionnel révèle les zones d'ombre qui entourent l'essence même du pouvoir d'interprétation. Dans ce contexte, les cours constitutionnelles sont confrontées à la question de savoir si elles peuvent contrôler la loi incriminée indépendamment de l'interprétation retenue par les juridictions ordinaires. En d'autres termes, la disposition attaquée doit-elle être appréhendée de façon abstraite ou, au contraire, à travers le « droit vivant », c'est-à-dire selon l'interprétation élaborée par les juridictions ordinaires<sup>20</sup> ? Lorsque

19. Notons que dans les pays pratiquant le recours direct, c'est principalement ce type de contentieux qui suscite les plus vives tensions entre les juges constitutionnels et les juridictions ordinaires.

20. Sur la question, G. Zagrebelsky, « La dottrina del diritto vivente », *Giurisprudenza costituzionale*, 1986, pp. 1148-1166 ; A. Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e « diritto vivente »*. *Genesi, uso, implicazioni*, Milan, Giuffrè, 1994 ; T. Di Manno, *le Juge constitutionnel et la technique des décisions « interprétatives » en France et en Italie*, Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM,

le juge constitutionnel retient la première solution et entend procéder à un contrôle à partir de sa propre interprétation, les relations entre lui et les juridictions suprêmes se tendent. Ces dernières n'hésitent pas à mener une véritable contre-attaque en refusant l'interprétation du juge constitutionnel et en continuant d'imposer « leur » interprétation aux juridictions inférieures<sup>21</sup>. Elles se présentent ainsi comme les gardiennes exclusives de l'interprétation des lois. Ce qui revient à cantonner le pouvoir interprétatif du juge constitutionnel à la seule Constitution.

Face à cette situation, les juridictions constitutionnelles tentent parfois de résister<sup>22</sup>, mais, le plus souvent, elles préfèrent adopter une attitude plus conciliante. Elles savent qu'une réaction trop rigide peut aboutir à un blocage de la procédure préjudicielle. De fait, les juridictions ordinaires jouissent d'une position clef dans le mécanisme du contrôle concret. Leur rôle de filtre leur permet de maîtriser le déclenchement de la procédure préjudicielle. Les cours constitutionnelles sont donc placées dans une sorte de dépendance à l'égard des juridictions ordinaires. Le bon fonctionnement du contrôle *a posteriori* dépend, en partie, de la manière dont le filtrage des questions préjudicielles est opéré par les juges de renvoi. Un filtrage trop sévère ou trop laxiste peut perturber gravement le mécanisme préjudiciel. Un juste milieu entre ces deux excès est donc une condition essentielle pour obtenir un fonctionnement régulier du contrôle incident. Or, cet équilibre dépend largement de l'attitude des juridictions ordinaires.

Le juge constitutionnel a, dès lors, tendance à éviter l'affrontement et à privilégier le compromis. Il ne s'oppose pas au développement du contrôle diffus, et, donnant tout son sens au caractère concret du contrôle,

1997, pp. 180-190 ; S. Agro, F. Modugno, A. Cerri, « L'interpretazione del testo di legge e il diritto vivente », in *Il principio di unità del controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Turin, Giappichelli, 1997, pp. 243-252 ; C. Severino, *La Doctrine italienne du droit vivant*, Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 2003 ; M. Cavino (sous la dir. de), *Esperienze di diritto vivente. La giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo*, Milan, Giuffrè, 2009 ; G. Zagrebelsky, « La doctrine du droit vivant et la question de constitutionnalité », *Constitutions*, 2010, pp. 10 sq.

21. Sur l'opposition entre le juge constitutionnel et le juge ordinaire, M. A. Aparicio Pérez, « Algunas consideraciones sobre la Justicia constitucional y el Poder Judicial », *Revista jurídica de Catalunya*, 1983, pp. 935-966 ; A. De La Oliva Santos, « La tensión entre el Tribunal Constitucional y la jurisdicción ordinaria », in *Jurisdicción ordinaria y Tribunal Constitucional*, Saint-Jacques de Compostelle, 1996, pp. 35-70 ; J. Van Compernelle, M. Verdussen, « La guerre des juges aura-t-elle lieu ? À propos de l'autorité des arrêts préjudiciels de la Cour d'arbitrage », *Journal des tribunaux*, 2000, pp. 297-304 ; P. Martens, « La Cour de cassation, la Constitution et la Cour constitutionnelle : la paix des juges ? », *Journal des tribunaux*, 2007, pp. 653-655 ; A. Pizzorusso, « Un cas de déni de justice dans le système italien de justice constitutionnelle », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 403 sq. ; M. Verdussen, « Le juge constitutionnel et le juge ordinaire : ingérence ou dialogue ? L'exemple de la Cour constitutionnelle de Belgique », in *Le Dialogue des juges*, Mélanges Bruno Genevois, Paris, Dalloz, 2009, pp. 1079-1095.

22. Voir notamment le cas de la Belgique, M. Verdussen, « La substitution de qualification par la Cour d'arbitrage », in *Les Rapports entre la Cour d'arbitrage, le pouvoir judiciaire et le Conseil d'État*, Bruxelles, La Charte, 2005, pp. 85-98.

il fait porter son examen non pas sur un texte brut, mais sur l'interprétation retenue par les juges ordinaires. La valeur accordée à cette interprétation constitue l'élément clef de la théorie du « droit vivant ». Le Conseil constitutionnel s'est rapidement rallié à cette solution<sup>23</sup>. Élaborée en Italie, celle-ci a ensuite été adoptée par la plupart des juridictions constitutionnelles européennes<sup>24</sup>. Ces dernières ont laissé se développer un contrôle diffus qui les prive d'une partie du contentieux constitutionnel, mais qui présente l'avantage de les délester d'un nombre important de recours. Le sacrifice consenti est compensé par la réduction de l'encombrement obtenue grâce à la part prise par les juges ordinaires dans le contentieux constitutionnel. Ce que les uns gagnent en pouvoir et en compétences, les autres le récupèrent en capacité de fonctionnement. C'est dans ce contexte, fait de prudence et de calculs, que se développe ce qu'il est convenu d'appeler le « dialogue des juges ». Celui-ci est donc moins le signe d'une volonté de dialogue que le fruit d'une nécessité bien comprise.

En France, le double filtrage prémunit le Conseil constitutionnel du risque d'engorgement. Dans ces conditions, l'utilité de la théorie du « droit vivant » est pour lui plus limitée. Il n'est donc pas surprenant qu'il n'en fasse qu'une application partielle. En effet, telle qu'elle est appliquée en Italie, la doctrine du « droit vivant » interdit au juge constitutionnel de procéder à une interprétation personnelle des lois. En Italie, la doctrine du « droit vivant » ne signifie pas uniquement que le contrôle de constitutionnalité doit s'effectuer à partir de l'interprétation constante élaborée par les juridictions ordinaires, elle implique également que cette interprétation ne puisse être remise en cause par le juge constitutionnel. Celui-ci considère les interprétations consolidées comme des données intangibles. Il ne se reconnaît pas la faculté de donner à la disposition attaquée une interprétation différente de celle retenue par les juridictions ordinaires. Le juge constitutionnel italien a renoncé depuis longtemps à faire usage de la technique des décisions interprétatives pour imposer une interprétation alternative de la loi. Le Conseil constitutionnel ne semble pas vouloir adopter la même réserve ; à plusieurs reprises, il a substitué son interprétation à celle du juge ordinaire en appliquant, au contrôle *a posteriori*, sa vieille technique des réserves

23. Sur ce point voir entre autres, D. Rousseau, « L'art italien au Conseil constitutionnel : les décisions des 6 et 14 octobre 2010 », *Gaz. Pal.*, 21 octobre 2010, pp. 12-15 ; N. Maziau, « Brefs commentaires sur la doctrine du droit vivant dans le cadre du contrôle incident de constitutionnalité. Retour sur l'expérience italienne et possibilité d'évolutions en France », *D.*, 2011, pp. 529-535.

24. Le Tribunal constitutionnel espagnol est, de ce point de vue, celui qui s'est montré le plus réfractaire à la théorie du « droit vivant ». Sur la question, M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, « Constitución, legalidad y seguridad jurídica », *Anuario de la facultad de derecho de la Universidad autónoma de Madrid*, 1997, n° 1, p. 166 *sq.* ; M. Fernández de Frutos, *El procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad*, *op. cit.*, p. 490 *sq.*

d'interprétation<sup>25</sup>. En écartant cet aspect de la théorie du « droit vivant », il a clairement montré qu'il souhaitait conserver un rôle clef dans l'interprétation des lois. Il lui serait d'ailleurs difficile de renoncer, en matière de QPC, à un pouvoir qu'il exerce si largement dans le cadre du contrôle *a priori*. Par ailleurs, en Italie, l'extension de la théorie du « droit vivant » n'a été acceptée par la Cour constitutionnelle que sous la contrainte de préoccupations purement fonctionnelles. En effet, c'est principalement pour faire face au risque d'engorgement et limiter l'accès de son prétoire que le juge constitutionnel transalpin a fait des juridictions ordinaires les interprètes quasi exclusives des lois. En se déchargeant ainsi d'une partie du contentieux constitutionnel, il a initié le développement du contrôle diffus qui, à l'origine, n'était pas conçu en terme de concurrence, mais plutôt comme un partage des tâches.

Cette logique apparaît également dans la pratique de l'interprétation conforme. En effet, la Cour constitutionnelle italienne exige du juge *a quo* qu'il recherche si la loi incriminée ne peut être interprétée de façon conforme à la Constitution<sup>26</sup>. Ce n'est que lorsqu'une telle interprétation se révèle impossible que les juges ordinaires sont autorisés à procéder à un renvoi préjudiciel. Bien qu'elle ne soit prévue par aucun texte, la Cour constitutionnelle impose cette nouvelle condition de recevabilité avec une grande rigueur. Elle rejette tous les recours incidents pour lesquels le juge *a quo* n'a pas suffisamment démontré que la loi déférée ne pouvait faire l'objet d'une interprétation conforme. Ce critère de recevabilité créé *ex nihilo* a considérablement réduit le droit de saisine des juridictions ordinaires. Celles-ci ne peuvent poser une question préjudicielle que dans le cas, assez rare au demeurant, où elles sont incapables de donner une interprétation conforme à la loi attaquée. En d'autres termes, la Cour constitutionnelle n'accepte d'être saisie que lorsque la seule solution possible pour remédier à une inconstitutionnalité est la censure de la loi. En dehors d'une telle situation, elle se décharge du contrôle de constitutionnalité au bénéfice des juges ordinaires.

En France, la situation est à la fois proche et différente, proche car les juridictions suprêmes semblent vouloir faire un large usage de l'interprétation conforme, mais différente car ici l'initiative d'utiliser cette

25. Cf. CC, 11 février 2011, décis. n° 2010-101 QPC ; CC, 6 mai 2011, décis. n° 2011-127 QPC.

26. Sur ce point, D. Nocilla, « Una manifesta inammissibilità tra un'irrilevanza che non sussiste ed un'infondatezza in "penombra" », *Giurisprudenza costituzionale*, 2005, pp. 5126-5144 ; R. Romboli, « Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale », in R. Romboli (dir.), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, Turin, Giappichelli, 2008, pp. 83 sq. ; A. Rauti, « Interpretazioni adeguate e ragionevolezza: la prospettiva dei giudici "comuni" », in M. D'Amico, B. Randazzo (sous la dir. de), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Turin, Giappichelli, 2009, pp. 48-95 ; G. Silvestri, *L'effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale*, Naples, ESI, 2009, pp. 19 sq. ; D. Schefold, « L'interpretazione conforme alla Costituzione », in *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Naples, Jovene, 2010, pp. 227-253.

technique herméneutique vient des juridictions ordinaires et non du juge constitutionnel dont le rôle et la fonction se trouvent, en quelque sorte, court-circuités<sup>27</sup>. Comme en Italie, les interprétations conformes à la Constitution permettent au juge ordinaire d'éviter le contrôle *a posteriori*. Le juge constitutionnel est, pour ainsi dire, évincé du contrôle de constitutionnalité. À ce stade, il n'existe qu'une seule différence entre les deux pays, mais il s'agit d'une différence essentielle : en Italie, cette éviction est acceptée et même voulue, alors qu'en France elle est subie. Dans un cas, le développement du contrôle diffus est conçu comme une collaboration, dans l'autre, il se manifeste dans une logique concurrentielle. Cette différence est due au fait que la technique de l'interprétation conforme s'opère en Italie dans un contexte relativement apaisé du « dialogue des juges » alors que ce même dialogue est encore conflictuel en France. Appliquée jusqu'au bout de sa logique, la théorie du « droit vivant » entraîne un partage du contentieux de constitutionnalité entre les juridictions ordinaires et le juge constitutionnel. Ce partage a permis à la Cour constitutionnelle de réduire le risque d'engorgement et de maintenir une capacité de fonctionnement satisfaisante. Il a également permis de trouver une issue à la « guerre des cours ».

L'apaisement ainsi obtenu demeure précaire et, ponctuellement, les dissensions peuvent resurgir. Toutefois, le juge de cassation n'ayant pas le monopole du renvoi, il ne peut procéder à une rétention des questions de constitutionnalité. La possibilité accordée à chaque juge de poser directement une question préjudicielle diminue la dépendance du juge constitutionnel à l'égard des juridictions suprêmes<sup>28</sup>. Celles-ci peuvent limiter, voire orienter le contentieux constitutionnel, en particulier, grâce à la maîtrise qu'elles exercent sur le contrôle diffus, mais elles ne peuvent pas le paralyser.

En France, le double filtrage peut donc se révéler potentiellement dangereux dans la mesure où il place le Conseil constitutionnel sous l'étroite dépendance des renvois de la Cour de cassation et du Conseil d'État. Les divers épisodes du conflit ayant opposé la Cour de cassation au Conseil constitutionnel ont révélé l'ampleur du risque<sup>29</sup>. Si peu de pays ont pu

27. À ce propos voir notamment, A. Viala, « De la puissance à l'acte : la QPC et les nouveaux horizons de l'interprétation conforme », *op. cit.*, pp. 979 sq.

28. En ce sens, P. Bon, « Sur les rapports entre juge constitutionnel et juge ordinaire. Quelques précisions sur le cas espagnol », in *Constitution et finances publiques*. Études en l'honneur de Loïc Philip, Paris, Économica, 2005, p. 45.

29. Sur ce point, D. Simon, A. Rigaux, « La priorité de la question prioritaire de constitutionnalité : harmonie(s) et dissonance(s) des monologues juridictionnels croisés », *CCC*, n° 29, 2010, pp. 63-83 ; B. Mathieu, « La Cour de cassation tente de faire invalider la question prioritaire de constitutionnalité par la Cour de Luxembourg », *JCP G*, 2010, n° 17, 26 avril 2010, 464 ; B. Mathieu, « La Cour de cassation persiste dans son refus d'appliquer le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité », *JCP G*, n° 27, 5 juillet 2010, 764 ; N. Molfessis, « La résistance immédiate de la Cour de cassation à la QPC », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, pp. 83-99.

bénéficiaire de rapports totalement apaisés entre juges ordinaires et juges constitutionnels, la « guerre des juges » à la française a toutefois atteint une violence exceptionnelle. La vigueur des attaques de la Cour de cassation à l'égard de la QPC est la manifestation la plus visible des difficultés éprouvées par les juges ordinaires pour partager un pouvoir qu'ils ont longtemps exercé seuls<sup>30</sup>. Depuis de nombreuses années, le contrôle de conventionnalité leur permet d'écarter directement une loi jugée incompatible avec une norme internationale, alors que le contrôle *a posteriori* les cantonne au simple rôle de filtre.

Dans la plupart des pays pratiquant le contrôle concret, les juridictions ordinaires n'ont pas accepté de se laisser enfermer dans ce rôle subalterne. Elles sont parvenues à étendre leurs compétences au sein du mécanisme préjudiciel, au point de remettre en cause la logique du système européen de justice constitutionnelle et d'imposer l'émergence d'un contrôle diffus.

Ainsi, la part prise, en France, par les juges ordinaires dans la protection des droits fondamentaux a son équivalent dans de nombreux pays d'Europe. Dans ces derniers, l'existence du contrôle *a posteriori* n'a pas empêché les juridictions ordinaires d'accaparer une partie du contentieux des droits fondamentaux. Ce qui, en France, s'est opéré par le biais du contrôle de conventionnalité s'est réalisé, dans ces pays, par le développement d'un contrôle diffus de constitutionnalité.

La nature concurrentielle des rapports entre les juridictions ordinaires et le juge constitutionnel est une caractéristique des systèmes de justice constitutionnelle axés sur le contrôle *a posteriori*. En effet, si le contrôle *a priori* génère des tensions entre le juge constitutionnel et le législateur, le contrôle concret voit, quant à lui, se développer une opposition entre juges. La distance qui sépare l'adoption de la loi et son éventuelle censure permet de dépolitiser le contrôle de constitutionnalité. Le caractère concret du contrôle éloigne le juge constitutionnel de la sphère politique, mais le rapproche des juridictions ordinaires qui ont alors tendance à le percevoir comme un intrus venant empiéter sur leurs compétences. Le contrôle *a posteriori* apaise les relations entre le juge constitutionnel et le législateur, mais il crée une situation conflictuelle entre le juge constitutionnel et les juridictions ordinaires. Les remises en cause de la légitimité

30. Au surplus, l'introduction de la QPC remet fortement en cause le principe de concentration des moyens imposé par la Cour de cassation depuis son célèbre arrêt *Cesareo* (C. cass. ass. plén., 7 juillet 2006). Cette jurisprudence oblige les plaideurs à présenter, dès l'instance initiale, tous les moyens qu'ils estiment de nature à fonder leur demande ; cette obligation est donc difficilement compatible avec le mécanisme de la QPC, puisque celle-ci peut être soulevée « à tout moment » de la procédure. Voir à ce propos, C. Bléry, « Question prioritaire de constitutionnalité, jurisprudence *Cesareo* et office du juge : l'impossible conciliation », *Procédures*, juin 2010, p. 2. Sur les difficultés d'adaptation à la QPC de la part des juridictions judiciaires voir, I. Reghi, « De quelques réflexions d'un juge civiliste de base saisi par le doute », *JCP G*, 2011, supplément au n° 26, pp. 27-31.

de la justice constitutionnelle ne disparaissent pas, elles sont simplement déplacées. Les susceptibilités des uns remplacent celles des autres. Dans cette perspective, l'application de la théorie du « droit vivant » et l'émergence d'un contrôle diffus sont autant de moyens destinés à réduire les tensions entre le juge constitutionnel et les juridictions ordinaires. C'est au prix de ces concessions que le mécanisme des questions préjudicielles de constitutionnalité peut fonctionner efficacement.

## II – LES QUESTIONS PRÉJUDICIELLES ET LE JUGE CONSTITUTIONNEL

La réforme de 2008 a permis à toute personne engagée dans un procès ou une instance en cours de soutenir qu'une disposition législative porte atteinte à l'un de ses droits ou à l'une de ses libertés que la Constitution garantit. Cela distingue encore la QPC des modèles étrangers de contrôle incident dans lesquels les requérants peuvent invoquer n'importe quel moyen d'inconstitutionnalité. En revanche, la QPC s'inscrit parfaitement dans la tendance générale d'objectivisation des recours incidents.

### A – LE MOYEN D'INCONSTITUTIONNALITÉ

L'une des particularités de la QPC est qu'elle ne peut prendre appui sur n'importe quel grief d'inconstitutionnalité. Une QPC ne peut être soulevée que lorsqu'« une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit ». En limitant ainsi les moyens invocables, la France se démarque des autres pays européens où tous les moyens d'inconstitutionnalité peuvent être utilisés au soutien d'un recours incident. Habituellement, c'est le vice d'inconstitutionnalité, quel qu'il soit, qui justifie un renvoi préjudiciel et non l'atteinte portée à une liberté ou à un droit fondamental. Cette solution s'inscrit dans la logique de la notion de pertinence qui, comme nous l'avons vu, n'est pas liée à l'intérêt subjectif du requérant. La lésion d'un intérêt n'est pas un critère de recevabilité des recours incidents. Cela montre, une nouvelle fois, que le contrôle concret n'est nullement une technique de protection des droits fondamentaux, mais davantage une technique destinée à assurer la sauvegarde globale d'un ordre constitutionnel. Dans cette perspective, tous les moyens tirés de la méconnaissance d'une disposition constitutionnelle peuvent être utilisés au soutien d'une question préjudicielle. Ce qui constitue la matière litigieuse du recours incident, c'est le vice d'inconstitutionnalité sous toutes ses formes. Peu importe qu'il s'agisse d'un vice résultant du non-respect d'un principe substantiel ou du non-respect d'une simple règle de compétence ou de procédure. L'objectif primordial

est d'apurer l'ordonnancement et non d'assurer la défense des intérêts du requérant.

En limitant les moyens invocables à la seule constitutionnalité interne, le constituant français s'est écarté de ce modèle. Il a clairement défini la QPC comme une technique de défense des libertés et des droits fondamentaux. Ce choix impose donc un tri. En effet, parmi l'ensemble des dispositions constitutionnelles, seules celles qui constituent un droit ou une liberté sont susceptibles d'entraîner la censure d'une loi. Les questions d'incompétence ou de procédure ne peuvent être invoquées. Bien qu'elles engendrent des vices d'inconstitutionnalité, elles ne constituent pas, pour autant, des moyens capables de prospérer dans le cadre d'une QPC<sup>31</sup>.

Le constituant a voulu limiter les griefs invocables au domaine des libertés et des droits fondamentaux. Ce faisant, il a créé un contrôle concret de structure hybride assez éloigné des modèles étrangers. Tels qu'ils se présentent habituellement, les critères de la recevabilité des questions préjudicielles ne comportent aucune restriction quant aux moyens pouvant être invoqués au soutien d'un recours incident. Il suffit de faire valoir l'inconstitutionnalité de la norme attaquée. Le juge de renvoi n'a pas à vérifier l'existence d'une lésion des droits fondamentaux du requérant pour déclarer recevable une question préjudicielle. Ce n'est que dans le cadre d'un recours individuel direct que l'atteinte portée à ce type de droits constitue une condition de recevabilité. L'auteur de la requête doit, en effet, démontrer qu'il subit un préjudice dû à la violation de l'un de ses droits fondamentaux.

Ainsi, le système français combine des éléments issus de deux types de recours nettement distincts<sup>32</sup>. Cet aspect hybride confère à la QPC une certaine ambiguïté. En effet, aux termes de l'article 61-1, il doit être soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution. Cela implique que ce sont les parties, et elles seules, qui soulèvent le moyen d'inconstitutionnalité. Cette solution correspond à la volonté, clairement exprimée par le constituant, d'accorder aux justiciables une protection de leurs droits fondamentaux. C'est également pour répondre à cette logique que le législateur organique a exclu la possibilité d'une saisine d'office du juge *a quo*. Là encore, le système français s'écarte radicalement des exemples étrangers. En effet, l'autosaisine du juge est l'une des caractéristiques du contrôle de constitutionnalité par voie incidente. Les juridictions ordinaires peuvent saisir le juge constitutionnel indépendamment de toute demande des parties.

31. Sur ce point, voir notamment, M.-J. Redor-Fichot, « Le Conseil constitutionnel, la question prioritaire de constitutionnalité et les "droits et libertés que la Constitution garantit" », *CRDF*, n° 9, 2011, pp. 41-53.

32. Sur ce point, O. Pfersmann, « Le renvoi préjudiciel sur exception d'inconstitutionnalité : la nouvelle procédure de contrôle concret *a posteriori* », *LPA*, 19 décembre 2008, n° 254, pp. 103-110.

Inscrite dans le cadre d'un contentieux d'ordre public, l'initiative du juge est destinée à pallier l'éventuelle inaction des plaideurs. En Espagne, la possibilité pour les parties de soulever une *cuestión de inconstitucionalidad* n'était pas même prévue dans l'avant-projet de Constitution. Seul le juge de renvoi était compétent pour déclencher la procédure préjudicielle. L'initiative des parties n'a finalement été permise qu'à la suite de longs débats. Les réticences reposaient principalement sur l'idée qu'une telle faculté était en profonde contradiction avec le caractère purement objectif du contrôle incident<sup>33</sup>.

C'est précisément la nature objective du contentieux qui permet au juge constitutionnel d'appliquer le principe de l'immutabilité de la demande d'une manière souple. Il se reconnaît le droit de soulever de sa propre initiative des moyens non invoqués par le juge *a quo* ou les parties<sup>34</sup>. Pour justifier cette pratique, certains évoquent la notion de moyen d'ordre public censée trouver dans le contentieux constitutionnel un champ d'application particulièrement large. D'autres estiment que cette faculté est la simple application, dans le procès constitutionnel, du principe *jura novit curia* tel qu'il a été élaboré par les juridictions civiles<sup>35</sup>. En Espagne, la LOTC prévoit elle-même que « le Tribunal constitutionnel peut fonder sa décision sur n'importe quelle disposition constitutionnelle, qu'elle ait été invoquée ou non au cours du procès<sup>36</sup> ». Quelle que soit la justification retenue, il est certain que le juge constitutionnel ne se laisse pas enfermer dans les termes de la demande. S'il ne néglige pas les arguments développés par le juge *a quo* et les parties, le caractère objectif du contentieux lui permet de ne pas s'estimer lié par la manière dont la question préjudicielle est posée.

## B – L'OBJECTIVISATION DU RECOURS INCIDENT

La dimension objective du contentieux de constitutionnalité influe de manière déterminante sur le rôle du juge constitutionnel et sur la marge de manœuvre des parties. Les questions préjudicielles de constitutionnalité prennent naissance dans un procès ordinaire, mais une fois parvenues devant le juge constitutionnel, elles n'ont plus de véritable lien avec le

33. Cf. *Constitución Española, Trabajos parlamentarios*, Publicaciones de las Cortes Generales, 1980, pp. 1719-1720.

34. Sur la question, A. Garrone Morales, « Artículo 164. Condiciones y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional », in O. Alzaga Villaamil (dir.), *Comentarios a la Constitución de 1978*, Madrid, EDERSA, 1999, pp. 312 sq.

35. Voir à ce propos, J. M. Lopez Ulla, *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*, Barcelone, Martial Pons, 2000, p. 98 ; A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale*, Milan, Giuffrè, 2010, 5<sup>e</sup> éd., pp. 206 sq. Sur cet adage et sur son application par les juridictions ordinaires, L. Pennec, *L'Adage jura novit curia dans le procès civil. Émergence et évolution contemporaine en droit comparé*, Thèse, Toulon, 2010.

36. Article 39, alinéa 2 de la LOTC.

litige originel. Le recours incident apparaît comme un mécanisme à la confluence du caractère objectif du contentieux de constitutionnalité, destiné à assurer le respect de la norme fondamentale, et du caractère concret du litige dans lequel s'affrontent les intérêts subjectifs des justiciables. À travers un cas d'espèce particulier, les juridictions constitutionnelles sont appelées à se prononcer sur la validité d'une norme applicable à tous.

Dans de nombreux pays, l'effet *erga omnes* des décisions<sup>37</sup> a conduit certains auteurs à écarter les notions de procès et de parties pour décrire le contentieux constitutionnel incident. Les conséquences d'une éventuelle censure de la loi allant bien au-delà des intérêts individuels des plaideurs, leur participation au procès constitutionnel semblait, à certains, totalement inopportune. Il a ainsi pu être mis en évidence que les protagonistes du procès principal n'ont aucune légitimité particulière pour devenir les parties du procès constitutionnel. D'ailleurs, elles peuvent refuser d'assumer ce rôle. Il arrive souvent que la partie adverse, voire le requérant lui-même renoncent à se constituer partie dans le procès incident. En sorte que, pour reprendre une formule de la doctrine italienne, le procès constitutionnel incident apparaît comme un procès « à parties éventuelles » (*a parti eventuali*). En outre, leur statut de partie est essentiellement dû à une situation fortuite. C'est, en effet, uniquement parce qu'elles ont été les premières à demander la censure d'une loi qu'elles sont autorisées à prendre part au procès constitutionnel.

Le contrôle incident est souvent déclenché par un simple justiciable, mais il n'en demeure pas moins un contentieux de normes. Dans ces conditions, il est parfois difficile d'articuler les intérêts individuels des particuliers avec la dimension essentiellement objective du contentieux constitutionnel. La présence simultanée de ces deux types d'intérêts dans un même procès génère d'importantes difficultés pratiques et théoriques. L'intervention des parties du procès principal dans le débat contradictoire qui se déroule devant le juge constitutionnel a été strictement encadrée afin de limiter le risque d'encombrement. Plus encore, leurs intérêts subjectifs ne doivent pas détourner les juges constitutionnels de leur mission première, à savoir assurer une défense objective de la Constitution. Cette préoccupation, largement partagée par un grand nombre de cours constitutionnelles, a parfois suscité des solutions extrêmes. Tel fut le cas de l'Espagne où jusqu'à la réforme de 2007 les parties du procès *a quo* n'étaient pas autorisées à prendre part au procès constitutionnel incident<sup>38</sup>.

37. La Belgique est l'un des rares pays où les décisions rendues sur questions préjudicielles n'ont qu'un effet *inter partes*.

38. Pour plus de détails sur cette situation atypique et sur la réforme de 2007, M. Pulido Quecedo, «La cuestión de inconstitucionalidad en la LO 6/2007», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2007, n° 9, pp. 9-11 ; G. Fernandez Farreres, «La reforma de la Ley Organica del Tribunal constitucional», *Revista española de derecho constitucional*, 2007, n° 81, pp. 11-62.

On observe ainsi une certaine méfiance à l'égard des parties. Cette méfiance a pour origine la crainte de voir les cours constitutionnelles réduites au rôle d'un quatrième degré de juridiction. La présence des particuliers dans le procès constitutionnel a souvent été perçue comme une menace capable de faire perdre au contrôle de constitutionnalité sa fonction supérieure pour le ramener au niveau d'un simple litige ordinaire. Les intérêts subjectifs des plaideurs seraient susceptibles de contrarier la nature objective du contentieux constitutionnel. Celui-ci se trouverait alors détourné de son but originel, normalement ordonné au bien commun, pour ne plus servir qu'à satisfaire des préoccupations individualistes. Les justiciables, à qui l'on voulait, au départ, donner un moyen efficace de protéger leurs droits fondamentaux sont finalement perçus comme les éléments perturbateurs du contentieux constitutionnel. Étrange paradoxe de voir ceux qui devaient être les premiers bénéficiaires du contrôle incident, et qui en sont souvent les initiateurs, en devenir la principale menace !

Cette situation résulte de l'ambivalence du contrôle constitutionnel incident dans lequel se trouvent mêlées à la fois des implications subjectives et objectives. Or, les premiers concernés par cette dualité sont naturellement les plaideurs du procès *a quo*. En effet, l'action qu'ils déclenchent est destinée à protéger des intérêts personnels, mais à travers cette démarche individualiste le juge constitutionnel met en œuvre une défense objective de la Constitution. L'initiative des parties est instrumentalisée à des fins d'intérêt général. Dès lors, la présence simultanée d'intérêts privés et d'intérêts collectifs confère une part d'ambiguïté au contentieux constitutionnel incident.

Si les juridictions constitutionnelles n'ont pas pu faire disparaître cette ambivalence, elles ont, en revanche, pu privilégier la dimension objective du contrôle concret. Assez rapidement, elles ont favorisé l'aspect objectif des recours incidents et ont réduit la marge de manœuvre des particuliers<sup>39</sup>. Les contraintes fonctionnelles liées à l'encombrement sont souvent avancées pour justifier une telle attitude. Toutefois, à lui seul, cet argument est loin d'être pleinement convaincant ; il semble, au contraire, que les véritables causes de cette objectivisation soient plus profondes. En effet, les questions préjudicielles de constitutionnalité ont été conçues par Kelsen pour répondre aux problèmes spécifiques des conflits de compétence que posait l'organisation fédérale de l'Autriche. Il n'était donc nullement question de protéger les droits fondamentaux des citoyens<sup>40</sup>. À l'origine, le droit de saisine accordé aux justiciables n'a pas

39. Sur la question, S. Schmitt, « La nature objective du contentieux constitutionnel des normes : les exemples français et italien », *Cette revue*, 2007, pp. 719-747.

40. Dans son célèbre article de 1928, Kelsen explique que les questions préjudicielles des particuliers n'ont d'autre fonction que d'offrir au juge constitutionnel des opportunités supplémentaires de faire respecter l'ordre juridique synthétisé par la Constitution. Ainsi, il précise

été élaboré pour remplir une telle fonction. Il ne sera utilisé à cette fin qu'après la Seconde Guerre mondiale alors qu'on était à la recherche de moyens nouveaux pour assurer une protection plus efficace de l'individu face aux agissements de l'État. La protection des droits fondamentaux est venue se surajouter aux premières missions du contrôle *a posteriori*. L'arrivée de l'individu a bouleversé un mécanisme réservé jusqu'ici à des litiges interorganiques.

Par ailleurs, il semblait assez simple d'étendre le rôle du contrôle concentré au domaine des droits fondamentaux. Il suffisait d'inclure dans la Constitution la liste des droits dont on souhaitait voir la défense assurée par le juge constitutionnel. Toutefois, cette apparente facilité cache une difficulté irréductible : le modèle autrichien de justice constitutionnelle n'a pas été pensé pour l'individu, le justiciable ou le citoyen, mais pour l'ordre constitutionnel. Malgré tous les efforts entrepris pour permettre aux intérêts subjectifs de s'insérer dans le contentieux constitutionnel incident, le fonctionnement de ce dernier a continué d'être fortement marqué par sa conformation originelle. Les simples particuliers apparaissent ainsi comme les éléments exogènes d'un contentieux dont ils altèrent la nature profonde. On assiste alors au développement d'un phénomène de rejet qui se traduit par l'adoption d'une série de mesures visant à réduire le rôle et l'influence des justiciables dans le procès constitutionnel.

La plus révélatrice de ces mesures est la diminution drastique de l'oralité dans l'instance constitutionnelle. Alors que dans la plupart des pays le législateur avait prévu la tenue d'une audience au cours de laquelle les parties pourraient présenter leurs observations, les juridictions constitutionnelles suppriment souvent la partie orale de la procédure et privilégient un contradictoire exclusivement écrit. De ce point de vue, le Conseil constitutionnel fait image d'exception notoire, puisque jusqu'à présent toutes les QPC ont fait l'objet d'une audience. Au surplus, ces audiences bénéficient d'une large publicité, en particulier, grâce à leur mise en ligne sur le site Internet du Conseil. Ainsi, l'importance accordée à l'oralité et à la publicité des débats constitue l'une des spécificités du contrôle incident à la française.

L'attitude du Conseil constitutionnel répond à la volonté d'inscrire la QPC dans un schéma processuel le plus proche possible des règles appliquées devant les juridictions ordinaires. En respectant les principes classiques du droit procédural, la haute instance renforce son caractère juridictionnel et partant sa légitimité. Dans cette perspective, l'introduction du contrôle *a posteriori* semble avoir définitivement levé les doutes

qu'« il s'agirait là non pas d'un droit de recours directement ouvert aux particuliers, mais d'un moyen de fait, indirect, de provoquer l'intervention du tribunal constitutionnel ». H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *BDP*, 1928, p. 246.

des derniers sceptiques. Le fait que les simples justiciables puissent désormais avoir accès au prétoire du juge constitutionnel apparaît comme une étape déterminante dans le processus de juridictionnalisation du Conseil constitutionnel. Là encore, la France offre une situation totalement atypique. En effet, dans la plupart des pays pratiquant le contrôle concret, la présence des particuliers dans le contentieux constitutionnel n'a jamais été utilisée ni comme un argument pour reconnaître le caractère juridictionnel des cours constitutionnelles ni comme un moyen d'assurer, d'une manière quelconque, leur légitimité. D'ailleurs, bien qu'elles puissent être saisies par les particuliers, de nombreuses cours constitutionnelles se sont vues dénier le statut de juridiction par une partie de la doctrine. Ainsi, les juges constitutionnels allemands, espagnols ou italiens ont connu les mêmes critiques et les mêmes remises en cause de leur légitimité que celles adressées au Conseil constitutionnel jusqu'à la réforme de 2008<sup>41</sup>. Plus encore, il arrive parfois que ce soit la cour constitutionnelle elle-même qui refuse d'être assimilée à une juridiction !<sup>42</sup> Elle préfère renoncer à ce statut, *a priori* enviable et légitimant, pour pouvoir s'écarter, plus librement, des règles procédurales ordinaires<sup>43</sup>.

Ce genre de réaction apparaît souvent dès les premières années de fonctionnement des juridictions constitutionnelles. Ces dernières prennent rapidement conscience que leur mission ne s'arrête pas aux contingences d'un cas d'espèce. Les décisions qu'elles adoptent sont, au contraire, appelées à retentir sur l'ensemble de la collectivité. Dès lors, la conduite du procès constitutionnel ne peut être laissée à la discrétion des parties. La nature objective du contentieux constitutionnel est ainsi mise en avant pour favoriser un contrôle, sinon totalement abstrait, du moins suffisamment détaché des préoccupations immédiates des plaideurs. Ces derniers troublent une instance prioritairement orientée vers la protection de l'intérêt général. De fait, les juridictions constitutionnelles ont ten-

41. À ce propos, G.-P. Lopera Mesa, «La problemática legitimidad de la justicia constitucional», *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, 2001, n° 5, pp. 227-256 ; J. J. Jiménez Sanchez, «La legitimidad del juez constitucional», *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, 2002, n° 36, pp. 303-328 ; M. Verdussen, « Un procès constitutionnel légitime », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007 ; pp. 473-486 ; L. Garlicki, « La légitimité du contrôle de constitutionnalité : problèmes anciens c/ développements récents », *Cette revue*, 2009, pp. 227-246 ; L. Mezzetti, « Teorie della giustizia costituzionale e legittimazione degli organi di giustizia costituzionali », *Estudios constitucionales*, 2010, n° 1, pp. 307-354 ; T. Groppi, « La legittimazione della giustizia costituzionale. Una prospettiva comparata », *Percorsi costituzionali*, 2010, n° 2/3, pp. 297-312.

42. Voir par exemple le cas de la Cour constitutionnelle italienne qui déclarait dans un important arrêt : « il est impossible d'assimiler la Cour constitutionnelle à une juridiction tant sont profondes les différences entre les fonctions qu'elle exerce et celles, bien connues et clairement déterminées, exercées par les juridictions ordinaires ». (Cour const., arrêt n° 13 du 23 mars 1960, *Giurisprudenza costituzionale*, 1960, p. 123).

43. Sur ce point, S. Panunzio, « Qualche riflessione sulla "elasticità" delle regole procedurali nel processo costituzionale », in *Giudizio « a quo » e promovimento del processo costituzionale*, Milan, Giuffrè, 1991, p. 261.

dance à faire passer au second plan la défense des situations subjectives des parties pour centrer leur action sur l'apurement de l'ordonnement. Les recours initiés par les particuliers sont perçus comme des moyens d'y parvenir, au même titre que des saisines institutionnelles. Le requérant semble moins agir dans un but personnel que pour l'intérêt général dont il devient le défenseur occasionnel<sup>44</sup>. Les intérêts individuels des plaideurs sont, en quelque sorte, neutralisés par la nature dominante du contentieux constitutionnel. Celui-ci se présente ainsi comme étant principalement destiné à protéger des « intérêts non subjectivisés » ou, plus précisément, des intérêts indifférenciés, c'est-à-dire indifféremment partagés par une pluralité de sujets<sup>45</sup>. Cette situation est renforcée par l'intervention d'organes institutionnels dans le procès incident. Ces derniers peuvent agir pour soutenir ou pour s'opposer à la demande du requérant, mais dans tous les cas, leur présence accentue la dimension objective du contentieux constitutionnel. Ils transportent le litige vers un plus haut niveau d'intérêt où les préoccupations individualistes des justiciables sont inévitablement marginalisées.

Dans cette perspective, le débat contradictoire qui se déroule dans le cadre du procès constitutionnel incident est davantage une méthode pratique destinée à faciliter l'action du juge constitutionnel qu'une garantie du caractère équitable du procès. De même, la violation des droits fondamentaux du requérant n'a de valeur qu'en tant qu'illustration de l'atteinte portée au principe de constitutionnalité. Pour le juge constitutionnel, l'affaire qui fait l'objet du procès principal est appréhendée dans une optique exemplaire et emblématique ; sa valeur illustrative fournit une précieuse clef de lecture du réel. L'information du juge constitutionnel prime sur les préoccupations des parties, le contradictoire a ainsi une fonction plus pratique que structurelle.

Cette configuration du contradictoire s'explique par la difficile articulation entre les intérêts immédiats des parties et l'intérêt général défendu

44. Un exemple significatif de cette tendance a été donné par le Tribunal constitutionnel espagnol qui dans son arrêt n° 11 du 8 avril 1981 déclarait : « tous ceux qui sont autorisés à agir devant le Tribunal constitutionnel [...] remplissent une fonction publique, celle de mettre en marche les mécanismes d'apurement de l'ordonnement juridique ». On retrouve une attitude similaire en Italie où, dans son arrêt n° 75 du 6 décembre 1965, la Cour constitutionnelle a posé comme principe que « même si les intérêts des parties sont présents dans le procès constitutionnel, ils n'ont pas à être pris en compte dans le jugement de constitutionnalité, car celui-ci doit être dirigé vers la seule satisfaction d'intérêts objectifs ». Plus loin, la haute instance précise que « le procès constitutionnel incident, tout en admettant la participation de personnes privées, se situe au-delà de leurs intérêts personnels et ne permet qu'aucun obstacle, même minime ou indirect, ne vienne perturber son déroulement ; il s'ensuit que les notions de "succombance", de vainqueur et de perdant sont nécessairement étrangères au procès constitutionnel ».

45. Sur la question, A. Pérez Gordo, « Problemática procesal de la promoción por los órganos judiciales de la cuestión de inconstitucionalidad », in *El Tribunal Constitucional*, t. III, Madrid, IEF, 1981, pp. 2131 sq. ; V. Angiolini, « Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi », in V. Angiolini (dir.), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, Turin, Giappichelli, 1998, p. 5.

de manière globale et supérieure par le juge constitutionnel. La coexistence entre ces deux types d'intérêts ne va pas sans concurrence. En effet, le caractère objectif du contentieux ne suffit pas à détourner les plaideurs de leurs intérêts personnels. Leur action est tout entière dirigée vers la satisfaction d'avantages particuliers alors que le juge constitutionnel est investi d'une mission plus élevée dont il ne peut se laisser distraire par la présence et les intérêts des parties. Son rôle n'est pas d'arbitrer entre deux adversaires, mais d'identifier, à travers un cas concret, les motifs de droit qui doivent fonder sa décision et qui ne correspondent pas nécessairement aux arguments partisans des plaideurs.

Pour éviter que les parties et le procès principal ne prennent une trop forte ascendance sur le contentieux constitutionnel, un cloisonnement est généralement imposé entre les deux procédures. Ce cloisonnement se concrétise par le refus d'autoriser le désistement et par la faible valeur accordée aux faits du cas d'espèce. Le but recherché est de détacher le procès constitutionnel des contingences du procès *a quo* pour en faire un procès autonome. Dès qu'il franchit l'étape du filtrage opéré par les juridictions ordinaires, le caractère concret du recours incident s'efface pour donner lieu à un contrôle abstrait<sup>46</sup>. La disposition attaquée l'est pour elle-même, sans référence à une quelconque situation subjective. Il ne peut être question de reproduire devant le juge constitutionnel le procès qui a lieu devant le juge ordinaire<sup>47</sup>. Ainsi, le débat contradictoire qui se déroule dans le cadre d'un procès constitutionnel doit se synthétiser en un échange d'arguments juridiques déchargé de toute interférence événementielle.

Cette nécessité se retrouve dans la QPC. Le législateur organique de 2009 a clairement conçu le contrôle *a posteriori* comme un contentieux objectif et abstrait. Ainsi, l'exigence, à peine d'irrecevabilité, de la présentation d'une QPC dans « un écrit distinct et motivé » permet d'isoler le litige constitutionnel du litige au fond et de procéder à un traitement autonome et spécifique. La situation personnelle du requérant et les faits retiennent peu l'attention du juge constitutionnel. Même si elle est soulevée lors d'un litige concret, la QPC s'inscrit dans un contentieux de pur droit. Le contrôle de constitutionnalité met en œuvre un syllogisme exclusivement normatif dans lequel les faits, c'est-à-dire la mineure du raisonnement, sont remplacés par la disposition législative incriminée. En sorte que la résolution d'une question de constitutionnalité s'opère indépendamment des données factuelles du cas d'espèce.

46. Sur ce phénomène, A. Pugiotto, « La "concretezza" nel sindacato di costituzionalità: polisemia di un concetto », *Jus*, 1994, pp. 91-111 ; M. A. Alegre Martinez, « Consideraciones sobre el control ejercido por los Tribunales Constitucionales: las vías directa e incidental (control abstracto-control concreto) », *Revista general del derecho*, pp. 1915 sq.

47. Sur ce point, M. Verdussen, « Les atouts et les limites du renvoi préjudiciel à la Cour d'arbitrage », *op. cit.*, p. 190.

C'est ce que consacre l'ordonnance organique lorsqu'elle prévoit que seuls les mémoires et conclusions propres à la QPC doivent être transmis au Conseil constitutionnel.

Cette volonté de créer une coupure entre le procès constitutionnel incident et le procès principal est une tendance récurrente que l'on observe dans un grand nombre de pays. Toutefois, en France, la présence du double filtre rend cette coupure encore plus nette que dans les exemples étrangers où l'absence d'intermédiaire entre le juge du fond et le juge constitutionnel laisse subsister une certaine perméabilité entre les deux contentieux. À l'inverse, le filtrage opéré par les juridictions suprêmes assure une forte étanchéité entre le procès constitutionnel et le cas concret<sup>48</sup>.

C'est pour répondre au même objectif que l'article 23-9 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958 prévoit que « l'extinction, pour quelque cause que ce soit, de l'instance à l'occasion de laquelle la question a été posée est sans conséquence sur l'examen de la question ». On retrouve ici l'idée que les événements qui émaillent le procès principal (désistement, transaction, décès...) ne doivent, en aucun cas, retentir sur le procès incident. Le Conseil constitutionnel étant saisi par l'une des deux juridictions suprêmes qui a estimé que la question méritait d'être posée, l'intérêt du droit impose donc d'aller au terme de la procédure, même contre la volonté des parties. Cette solution fait écho à une tendance largement répandue parmi les cours constitutionnelles. Ces dernières éprouvent, en général, de fortes réticences à laisser le contentieux constitutionnel à la libre disposition des parties<sup>49</sup>. Rares sont les exemples où, comme en Belgique<sup>50</sup>, le juge constitutionnel accepte sans difficulté de faire droit à un désistement. Le plus souvent, il n'est pas permis aux plaideurs de mettre fin à un procès constitutionnel incident. Néanmoins, dans certains pays, comme l'Allemagne ou l'Espagne, le désistement est permis à moins qu'un motif d'intérêt général ne s'y oppose. Une différence de traitement est alors faite entre les recours institutionnels, pour lesquels le retrait est rarement permis, et les questions préjudicielles, pour lesquelles le juge constitutionnel fait preuve d'une plus grande libéralité. En France, le législateur organique n'a pas souhaité opérer de semblable différenciation, il a imposé au contrôle *a posteriori* la solution prétorienne élaborée pour le contrôle *a priori*. Cela révèle, une nouvelle fois, la nette volonté d'inscrire la QPC dans la logique d'un contentieux purement objectif.

48. En ce sens, M. Disant, *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité*, Paris, Lamy, 2011, p. 107.

49. Sur la question, S. Bellomia, « Estinzione del processo *a quo* e autonomia del giudizio costituzionale », *Giurisprudenza costituzionale*, 1986, pp. 501-503.

50. À ce propos, F. Tulkens, « Désistement et moyens d'office dans le contentieux constitutionnel », *RBDC*, 1996, pp. 36-41.