

AIX-MARSEILLE UNIVERSITÉ

ÉCOLE DOCTORALE SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES

FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE

**ACCES AU JUGE CONSTITUTIONNEL ET
CONSTITUTIONNALISATION DU DROIT**

APPROCHE COMPAREE AVEC L'ALLEMAGE, L'ITALIE ET L'ESPAGNE

Thèse pour le doctorat en droit présentée et soutenue par

Mame Ndiaga WADE

JURY :

Jean-Jacques PARDINI (*rapporteur*)

Professeur à l'Université de Toulon

Didier RIBES (*rapporteur*)

Professeur, Maître des requêtes au Conseil d'État

Marthe FATIN-ROUGE STÉFANINI (*directrice de recherches*)

Directrice de recherches-CNRS

Olivier LE BOT

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

Aix-en-Provence, 18 décembre 2015

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

A mon père et à ma mère

Remerciements

Je tiens à tiens à remercier Madame Fatin-Rouge Stéfanini, pour avoir accepté d'encadrer mes recherches, pour ses conseils et ses remarques qui m'ont permis de mener à bien cette étude.

Je remercie ma famille, mes amis et mon entourage, qui, tous, m'ont encouragé, soutenu et aidé afin que je puisse mener à bien cette étude.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AIJC	Annuaire international de Justice constitutionnelle
AJDA	Actualité juridique de Droit administratif
BVerfGE	Bundesverfassungsgericht, pour recueil des décisions de la Cour constitutionnelle fédérale
CC	Conseil constitutionnel
C. Cass.	Cour de cassation
CCC	Cahiers du Conseil constitutionnel
CCF	Cour constitutionnelle fédérale
CCI	Cour constitutionnelle italienne
CE (masculin)	Conseil d'État
CE (féminin)	Constitution espagnole
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CI	Constitution italienne
Chron.	Chronique
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJCUE	Cour de justice de l'Union européenne
Consid.	Considérant
GDCC	Les grandes décisions du Conseil constitutionnel
GDCCE	Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes
Giur. cost.	Giurisprudenza costituzionale

LCCF	Loi sur la Cour constitutionnelle fédérale
LGDJ	Librairie Générale de Droit et Jurisprudence
LOTG	Loi organique sur le Tribunal constitutionnel
NCCC	Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel
Obs.	Observations
OVC	Objectif de valeur constitutionnelle
PARAG.	Paragraphe
PFRLR	Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
RAC	Recours d'Amparo constitutionnel
RCD	Recours constitutionnel direct
RDP	Revue de droit public
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
Req.	Requête
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE La constitutionnalisation objective du droit et son approfondissement par l'accès indirect des individus

TITRE I. Le caractère fondamentalement objectif de la mission de constitutionnalisation du droit du juge constitutionnel

Chapitre 1. Une objectivité liée aux modalités et effets classiques du contentieux constitutionnel sur l'ordre juridique

Chapitre 2. Les pouvoirs et mécanismes utilisés par le juge constitutionnel pour la constitutionnalisation objective

TITRE II. L'approfondissement de la constitutionnalisation par l'accès indirect

Chapitre 1. La fonction objective pure (ou presque) des voies d'accès indirectes en Espagne et en Allemagne

Chapitre 2. L'atténuation de la portée objective des voies d'accès indirectes en France et en Italie

DEUXIEME PATIE La dénaturation du processus de constitutionnalisation objective par l'accès direct des individus

TITRE I. La dérivation de la constitutionnalisation objective en « fondamentalisation » subjective par l'accès direct des individus

Chapitre 1. La légitimation de la fondamentalisation subjective par l'accès direct en Allemagne et en Espagne

*Chapitre 2. L'approfondissement de la mission de
fondamentalisation subjective du juge constitutionnel (étude du cas espagnol)*

TITRE II. Les conséquences de la dérivation de la
constitutionnalisation objective en fondamentalisation subjective

*Chapitre 1. La tendance des cours constitutionnelles à devenir des
cours suprêmes*

*Chapitre 2. Le caractère diffus de la fondamentalisation, cause de
la concurrence faite au juge constitutionnel par les juges ordinaires et
européens.*

INTRODUCTION GENERALE

« *Le supplice de Tantale s'est terminé le 23 juillet 2008.* », écrivait Jean-Jacques Pardini¹, qui ajoutait que : « *Cette date est assurément à marquer d'une pierre blanche tant était attendue, en France, l'institution d'une « question de constitutionnalité »* »².

Nous ne savons pas si le supplice de Tantale est comparable à l'absence d'une question de constitutionnalité en France jusqu'à cette date, mais, sans aucun doute, le supplice des juristes comparatistes français le semble bel et bien, même à coup sûr. Car l'accès des individus à la justice constitutionnelle est un fait depuis longtemps pratiqué, mieux encore un droit effectif depuis longtemps dans les pays que nous avons étudiés, notamment en Allemagne et en Espagne, où il est devenu d'un usage courant, rentrant, de fait, dans la culture juridique de ces pays.

Ce qui donc, d'emblée, suscite la question de savoir si le justiciable français n'a pas été trop longtemps privé de ce droit et la question des raisons pour lesquelles il en a été privé.

¹ Pardini J.-J., « *Question prioritaire de constitutionnalité et question incidente de constitutionnalité italienne : ab origine fidelis* », Revue Pouvoirs, n°137, 2011, p. 1

² Ibid.

Mais il faudrait alors, tout d'abord, déterminer l'existence de ce droit, sa teneur, ensuite sa portée, car l'accès des individus à la justice constitutionnelle n'était pas prévu dans le schéma initial de Kelsen³.

Ce droit d'accès à la justice constitutionnelle⁴, s'il existe, donc, depuis des décennies dans des pays tels que l'Allemagne grâce, notamment, à la « Verfassungsbeschwerde », ou en Espagne, par le biais de l'Amparo constitutionnel, ne saurait toutefois pas être regardé comme étant un droit absolu⁵. Il doit, par conséquent, seulement être préservé dans sa substance, parce qu'il s'intègre au droit à un tribunal en vertu de l'article 6 parag. I de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme⁶. Et à ce titre, il peut faire l'objet de limitations et d'aménagements, si nous en croyons la Cour européenne de Strasbourg⁷.

S'agirait-il ainsi d'un droit fondamental dans tous les pays étudiés ? Nous y répondons par l'affirmative, car son existence dans les pays que nous avons étudiés, à savoir la France, l'Allemagne, l'Italie et l'Espagne, se rattache implicitement à l'institution, par le texte des constitutions, des voies de recours que nous avons analysées. Et le droit d'accès, même s'il n'est pas absolu, se décline dans des textes législatifs, organiques ou ordinaires, qui concernent les voies de recours étudiées et le fonctionnement des cours constitutionnelles.

En outre, le fait que la Cour européenne des droits de l'homme sanctionne les limitations trop rigoureuses de l'accès au juge

³ Troper M., « La logique de la justification du contrôle de la constitutionnalité des lois », *Mélanges Pactet*, Dalloz, 2003, p. 911

⁴ CEDH, 25 mai 2004, « Kadlec et autres c/ République tchèque », n° 49478/99.

⁵ Guillaume M., « *Question prioritaire de constitutionnalité et convention européenne des droits de l'homme* », *NCCC*, n°32 (Dossier : Convention européenne des droits de l'homme)- juillet 2011, p. 7

⁶ Guillaume M., « *Question prioritaire de constitutionnalité et convention européenne des droits de l'homme* », *op. cit.*

⁷ CEDH, 12 novembre 2002, « Zvolsky et Zvolska c/ République tchèque, n°46129/99, *AJDA*, 2003, p. 603, chronique J.-F. Flauss

constitutionnel⁸ confirme, d'après nous, la tendance selon laquelle il s'agirait bel et bien d'un droit fondamental au titre de la CEDH dont jouit, aujourd'hui, le justiciable, dans la totalité des pays d'Europe occidentale faisant l'objet de notre étude en vertu des textes constitutionnels et des lois qui en découlent, mais aussi en vertu du droit à un tribunal de l'article 6 parag. I de la CEDH.

Pourquoi, dès lors, si un tel droit existe (quoique sa fondamentalité, au regard des restrictions, ouvre le champ de nombreuses questions), le justiciable français en a-t-il si longtemps été privé ? Certaines raisons sont, ce nous semble, d'ordre politique, et les autres d'ordre juridique.

Les raisons relevant de la politique regardent sans aucun doute le constitutionnaliste, car la science politique et le droit constitutionnel marchent et fonctionnent, depuis longtemps, main dans la main, puisqu'il n'est point de manuels de droit constitutionnel français qui ne traitent des institutions et des rapports entre les pouvoirs publics et toutes les constitutions étudiées également en traitent.

Ainsi, le choix fondamental du constituant de la Vème République de la démocratie représentative et de l'ouverture de la saisine du Conseil constitutionnel à soixante députés ou soixante sénateurs depuis la réforme du 29 octobre 1974 semblaient satisfaire aux exigences induites et posées par la démocratie représentative jusqu'en 2008 pour priver le justiciable, c'est-à-dire les individus, de l'accès à la justice constitutionnelle, d'où le « supplice » des comparatistes souligné en avant-propos.

Ce sont donc les nouvelles exigences de l'État de droit, remarquables aussi bien du point de vue de la CEDH que du point de vue du droit comparé, qui, sans aucun doute, ont presque obligé le

⁸ CEDH, « Zvolksky et Zvolkska c/ République tchèque » de 2002, précitée.

constituant français à instituer une question de constitutionnalité, la France étant restée jusqu'en 2008, une exception en matière d'accès des individus à la justice constitutionnelle. Cette nouvelle institution, conséquemment, « *comble une lacune de notre État de droit* »⁹ et ouvre « *une nouvelle voie de droit* »¹⁰ au bénéfice des justiciables.

C'est finalement le fait –qui, par ailleurs, est un droit- pour le justiciable de pouvoir accéder au juge constitutionnel qui, particulièrement, nous regardera dans la présente étude, d'où la nécessité de présenter le cadre de la recherche et de procéder à la définition des thématiques que nous avons analysées, afin de pouvoir présenter nos conclusions.

I. LE CADRE ET LA DEFINITION DES THEMATIQUES DE RECHERCHE

Nous allons, tout d'abord, nous évertuer à présenter le terrain de notre étude à travers les juridictions constitutionnelles auxquelles nous nous sommes attachés dans le cadre leur ordonnancement juridique respectif (A). Nous décrirons et définirons ensuite le processus de constitutionnalisation du droit tel qu'entendu en France et la perception globale qu'ordinairement nous avons, dans l'Hexagone, du phénomène qui se produit dans les autres pays étudiés grâce au juge constitutionnel (B). Nous expliquerons et justifierons, enfin, le choix de la restriction que nous avons opérée de l'accès au juge constitutionnel à celui du justiciable en précisant ses deux contours (C).

⁹ Favoreu L. et al., *Droit constitutionnel*, Dalloz, 17^{ème} éd., 2015, p. 357

¹⁰ Bertrand Mathieu, « La question prioritaire de constitutionnalité : une nouvelle voie de droit », *La Semaine juridique*, JCP, G, 2009, n°52, pp.54-69

A. Le terrain de l'étude

➤ L'Allemagne

La république fédérale d'Allemagne est un régime de démocratie parlementaire doté d'un système juridictionnel réparti en cinq ordres de juridictions, lesquels sont respectivement chapeautés par des cours suprêmes que sont la Cour fédérale de justice, la Cour fédérale administrative, la Cour fédérale des Finances, la Cour fédérale du travail et la Cour fédérale du contentieux social, la Cour constitutionnelle de Karlsruhe étant placée en dehors, sinon à côté de ces cinq ordres de juridictions, ainsi que le voulait le système de Kelsen¹¹. La Cour, établie de façon comparable à la Cour constitutionnelle autrichienne, qui, d'ailleurs, a grandement inspiré les modalités de sa mise en place, de même que ses principales prérogatives et attributions¹², « joue le rôle majeur en matière de justice constitutionnelle »¹³.

Dans le pays, à cause de l'incapacité démontrée par le Législateur à garantir et protéger les droits fondamentaux des individus pendant la période du Nazisme, qui précédait l'instauration d'un modèle kelsénien de justice constitutionnelle, les constituants de 1949 ont confié à la Cour constitutionnelle allemande des compétences considérables dans le texte même de la Loi fondamentale du 23 mai 1949¹⁴. Subséquemment établie par la loi du 12 mars 1951, son fonctionnement démarre en septembre 1951¹⁵. (Il est cependant

¹¹Favoreu L. et Mastor W., *Les cours constitutionnelles*, Dalloz, coll. *Connaissance du droit*, p. 19 sq. ; et Kelsen H., « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *RDJ*, 1928, p. 226

¹²Favoreu L. et Mastor W., *Les cours constitutionnelles*, Dalloz, coll. *Connaissance du droit*, 2011, p. 35

¹³Fromont M., « Présentation de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne », *CCC*, n°15 (Dossier : Allemagne), janvier 2004.

¹⁴Cf. Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne, *Les grandes démocraties, Constitutions des Etats-Unis, de l'Allemagne, de l'Espagne et de l'Italie*, textes présentés par Ferdinand Mélin-Soucramanien, Armand Colin, 2005, p. 29 sq.

¹⁵Favoreu L. et Mastor W., *Les cours constitutionnelles*, p. 36

remarquable que des cours constitutionnelles de Länder furent également mises en place à partir de 1947, jusqu'en 1955, sauf dans le Schleswig-Holstein, avec pour mission faire respecter les normes contenues dans les constitutions des Länder¹⁶).

La Cour constitutionnelle fédérale, qui est le principal objet de notre étude sur l'Allemagne (les cours constitutionnelles des Länder assurant, à titre principal, le respect des constitutions de Länder) bénéficie de l'indépendance organique, qu'il faut distinguer de l'indépendance fonctionnelle, au regard de la possibilité pour le justiciable de lui déférer des décisions juridictionnelles qui auraient violé ses droits fondamentaux par le recours constitutionnel direct ou « Verfassungsbeschwerde ».

Les prérogatives, attributions et compétences de portée considérable de la Cour constitutionnelle fédérale sont énumérées à l'article 93 de la Loi fondamentale, que complète la loi sur la Cour du 12 mars 1951 modifiée¹⁷.

La Cour constitutionnelle allemande bénéficie d'une indépendance organique et d'une autonomie complète d'un point de vue administratif et financier et, suivant la tradition allemande selon laquelle « *les juridictions suprêmes ne siègent pas dans la même ville que les assemblées et le Gouvernement* » comme l'écrit Béguin dans son ouvrage sur le contrôle de la constitutionnalité des lois en RFA¹⁸, son siège est situé à Karlsruhe (article 2 de la Loi sur la cour constitutionnelle fédérale, ci-après LCFF ou loi sur la Cour). Elle fait

¹⁶ Ibid.

¹⁷ JO de la RFA I, p. 1473. Disponible en version française sur Internet par usage du lien : [http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/laws/fra/eur/ger?fn=document-frame.htm&f=templates\\$3.0](http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/laws/fra/eur/ger?fn=document-frame.htm&f=templates$3.0)

¹⁸ Béguin J.-C., *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en RFA*, Economica, 1982.

office de « *juridiction centrale (...) qui se voit confier, en tant que « gardien de la Constitution » la protection générale de la Constitution* »¹⁹.

➤ La France

La république française est un régime semi-parlementaire dont le système juridictionnel s'articule autour de deux grands ordres de juridictions, qui sont l'ordre administratif et l'ordre judiciaire, que chapeautent respectivement les cours suprêmes (Conseil d'Etat et Cour de cassation), le Conseil constitutionnel étant, suivant le modèle de Kelsen, placé en dehors de ces deux ordres de juridictions.

Longtemps, le débat y fut ouvert sur le caractère juridictionnel du Conseil constitutionnel²⁰, dont la mission de contrôler la conformité des lois à la Constitution résulte notamment de l'article de l'article 61 de la Constitution du 4 octobre 1958²¹. Et l'avènement de la question prioritaire de constitutionnalité avec la réforme du 23 juillet 2008 a renforcé la « juridictionnalisation »²² alors contestée du Conseil constitutionnel, par la publicité des audiences et l'application du principe du contradictoire, qui permet aux parties et à leurs avocats de présenter leurs observations, en prévoyant même la possibilité de récuser un membre du Conseil²³.

L'Ecole d'Aix-en-Provence, dirigée par feu le Doyen Favoreu, avait longtemps invité à la prudence quant à la place du Conseil constitutionnel dans l'ordonnement juridique, c'est-à-dire à ce que

¹⁹ Dittmann A., « Le recours constitutionnel en droit allemand », CCC, n°10 (Dossier : accès des personnes à la justice constitutionnelle)- mai 2001, p. 1

²⁰ Favoreu L. et Mastor W., *Les cours constitutionnelles*, Dalloz, 2011, pp. 22-23.

²¹ Le texte intégral de la Constitution du 4 octobre 1958 est disponible sur le site du Conseil constitutionnel par l'usage du lien : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur.5074.html>

²² Favoreu L. et Mastor W., *Les cours constitutionnelles*, pp. 22-23

²³ Favoreu L. et Mastor W., *Les cours constitutionnelles*, p. 38 sq.

l'on lui conférerait une place dite « sui generis »²⁴. Ceci, parce que suivant le modèle de Kelsen qui, en principe (précisément, en principe seulement), est également valable pour l'Allemagne et les autres pays étudiés²⁵, il est évident qu'il se trouve en dehors, sinon à côté des appareils juridictionnels traditionnels, c'est-à-dire des autres ordres de juridictions. Cependant, le caractère juridictionnel du Conseil constitutionnel ne faisant plus l'objet de doutes avec –notamment- la question prioritaire de constitutionnalité pouvant donner lieu à un procès, l'authenticité et la spécificité de la place du Conseil au sein de l'ordonnement juridique doivent d'autant plus être mises en évidence par le fait que la justice constitutionnelle telle qu'instituée et mise en pratique en France est aujourd'hui celle qui se rapproche le plus du modèle originel de Kelsen parmi tous les pays étudiés²⁶.

Le Conseil constitutionnel français bénéficie d'une autonomie complète dans ses règles de fonctionnement et de procédure, définies par l'ordonnance n°58-1067 portant loi organique du 7 novembre 1958, le décret n°59-1293 du 13 novembre 1959 relatif à l'organisation de son secrétariat général, le décret du 17 septembre 2009 relatif aux archives de la juridiction, et surtout –la nouveauté- la loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, accompagnée de la décision 595DC du 3 décembre 2009, la décision du 4 février 2010 du Conseil Constitutionnel instituant un règlement intérieur du Conseil en matière de QPC et les décrets venant mettre en œuvre les lois organiques que nous avons citées et celui relatif à la continuité de l'aide juridictionnelle en cas d'examen de la QPC par le Conseil d'Etat, la Cour de cassation ou par le Conseil constitutionnel datant du 10

²⁴ Favoreu L. et al. *Droit constitutionnel*, Dalloz, coll. *Précis*, 17^{ème} éd., 2015, p. 318 sq.

²⁵ Favoreu L. et al., *Droit constitutionnel*, Dalloz, coll. *Précis*, 2015, p. 251 sq.

²⁶ Favoreu L. et Mastor W., *Les cours constitutionnelles*, p. 29

février 2010 (décret n°2010-149)²⁷, qui, tous, parachèvent, son caractère indéniablement juridictionnel.

➤ L'Espagne

L'Espagne, quant à elle, avait connu une première expérience de justice constitutionnelle sous sa seconde République avec la mise en place d'un « Tribunal des garanties constitutionnelles » de 1931 à 1936²⁸.

La Constitution du 27 décembre 1978²⁹ prévoit, dans son Titre IX, une puissante juridiction constitutionnelle dont le principe et le statut furent adoptés par l'écrasante majorité des membres de son Assemblée constituante, à l'exception des communistes, lesquels s'étant abstenus, n'avaient cependant pas voté contre le projet³⁰. Les premiers membres du Tribunal sont nommés le 15 février 1980 et le Tribunal fut officiellement installé le 12 juillet de la même année : son fonctionnement démarra trois jours plus tard³¹.

C'est donc aujourd'hui une monarchie constitutionnelle, dont le régime est parlementaire, et c'est un Etat de droit.

Son ordonnancement juridique s'articule autour de deux ordres de juridictions (administratif et judiciaire) d'une part, et, d'autre part, un système de justice constitutionnelle fondée sur le type kelsénien, à savoir à côté de ces deux ordres de juridictions³².

C'est donc au Tribunal constitutionnel que la Constitution du Royaume d'Espagne a confié le rôle de dire le droit constitutionnel à

²⁷ Tous les textes et décisions visés sont disponibles sur le site du Conseil constitutionnel : www.conseil-constitutionnel.fr ou sur le site www.legifrance.gouv.fr.

²⁸ Favoreu L. et Mastor W., *Les cours constitutionnelles*, p. 41 sq.

²⁹ Cf. *Les grandes démocraties*, Armand Colin, 2005, p. 121 sq.

³⁰ *Les cours constitutionnelles*, Dalloz, 2011, p. 42

³¹ *Les cours constitutionnelles*, Dalloz, 2011, op. cit.

³² Favoreu L. et alii, *Droit constitutionnel*, Dalloz, coll. *Précis*, p. 253 sq.

titre principal. A ce propos, comme le relève Luis Pomed Sanchez, juriste attaché auprès du Tribunal constitutionnel espagnol, « *la Constitution (...) du 27 décembre 1978 présente les caractéristiques communes au constitutionnalisme européen* », qui « *a opté pour le contrôle concentré de la constitutionnalité de la loi* »³³. De manière générale, les compétences du Tribunal sont énumérées à l'article 161 de la Constitution du Royaume, que complètent les articles 4, 27 et 31 de la loi organique sur le Tribunal constitutionnel³⁴ (loi organique 2/1979 du 3 octobre 1979, ci-après LOTC). Le Tribunal constitutionnel bénéficie, comme en Allemagne, d'une indépendance organique n'impliquant pas nécessairement une indépendance fonctionnelle, car le recours d'*Amparo* permet au justiciable de déférer devant le Tribunal constitutionnel une décision de justice pour violation de ses droits fondamentaux.

➤ L'Italie

La république italienne est un régime de démocratie parlementaire doté, semblablement à l'Espagne ou à la France, de deux ordres de juridictions (l'ordre administratif et l'ordre judiciaire). La Constitution du 27 décembre 1947³⁵, aujourd'hui en vigueur, y a établi un système de justice constitutionnelle placé sous la houlette de la « *Corte costituzionale* », mise en place huit ans après l'adoption de son principe, à cause d'un blocage dû au parlement italien³⁶. Et, selon Crisafulli, la *Corte costituzionale* « *ne rentre pas, non seulement dans l'ordre judiciaire, mais pas même dans l'organisation juridictionnelle au*

³³ Sanchez L. P., « *La question d'inconstitutionnalité en droit espagnol* », Actes du colloque organisé à Limoges le 26 mars 2010, « Le justiciable et la protection de ses droits fondamentaux : la question prioritaire de constitutionnalité » : textes réunis par Hélène Pauliat, Eric Négron, Laurent Berthier, *Entretiens D'Aguesseau*, PULIM, 2011, p. 35 *sq.*, qui nous fournit l'abondante jurisprudence du Tribunal constitutionnel espagnol sur la question d'inconstitutionnalité en Espagne.

³⁴ Le texte intégral de la LOTC est disponible en version française sur le site du Conseil constitutionnel par usage du lien : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-2/textes-a-l-appui-tribunal-constitutionnel-espagnol.52881.html> (document n°2).

³⁵ Cf. *Les grandes démocraties*, Armand Colin, 2005, p. 187 *sq.*

³⁶ Cf. *Les cours constitutionnelles*, Dalloz, 2011, p. 38

sens le plus large du terme »³⁷. Le statut et le fonctionnement de la Cour sont définis par les articles 134 à 137 de la Constitution italienne et par les lois du 11 mars 1953 (n°1)³⁸ et du 27 novembre 1967 (n°2). Elle bénéficie d'une autonomie administrative et budgétaire et de l'inviolabilité de son siège –le *Pallazzo della Consulta*– à Rome³⁹.

La Corte costituzionale, estime Crisafulli, « *forme un pouvoir indépendant dont le rôle consiste à assurer le respect de la Constitution dans tous les domaines* »⁴⁰.

C'est, donc, la constitutionnalisation du droit qui s'opère dans ces différents pays grâce à ces juridictions constitutionnelles que nous nous proposons d'étudier dans la présente étude. Il nous faut, en conséquence, préciser ce que nous nous entendons par constitutionnalisation du droit, avant de nous appesantir sur les contours de l'accès du justiciable.

B. La constitutionnalisation du droit

Pour fixer le cadre de notre étude, il nous faut, tout d'abord, rappeler l'acception générique que nous avons du processus de constitutionnalisation en France. Nous verrons ensuite la vision d'ensemble que nous en avons avant les travaux de recherches au regard du droit comparé.

³⁷ Crisafulli V., « Le système de contrôle de la constitutionnalité des lois en Italie », *RDP*, 1968, page 83.

³⁸ *Gazzetta ufficiale*, 14 mars 1953, n°62.

³⁹ Cf. *Les cours constitutionnelles*, Dalloz, 2011, p. 60 sq.

⁴⁰ Crisafulli V., « Le système de contrôle de la constitutionnalité des lois en Italie », *RDP*, 1968, p. 130.

- **La définition du processus de constitutionnalisation en France**

Le processus de constitutionnalisation du droit⁴¹ ou de constitutionnalisation des branches du droit a été défini, ou plus exactement décrit, pour la première fois en France lors de la réunion constitutive de l'Association française des constitutionnalistes en février 1980 à la Faculté de droit de Saint-Maur⁴².

En effet, prenant en considération la montée en puissance du Conseil constitutionnel et de sa jurisprudence depuis sa célèbre décision « Liberté d'Association » du 16 juillet 1971⁴³, la mise en place progressive d'un bloc de constitutionnalité en tant que de normes de référence et paramètres du contrôle de constitutionnalité des lois que le juge constitutionnel est amené à mettre en œuvre dans le cadre de l'article 61 de la Constitution, et enfin l'extension de la saisine du Conseil constitutionnel à soixante députés ou soixante sénateurs, les observateurs en sont, tout d'abord, arrivés à la simple conclusion selon laquelle : « *La Constitution, c'est du droit* »⁴⁴, par l'applicabilité directe des normes qu'elle contient⁴⁵.

Lesdits éléments qui, tout en permettant de mettre en lumière l'enclenchement du processus par le biais de l'activité du juge constitutionnel, particulièrement la saisine du Conseil constitutionnel par les parlementaires, à propos de lois régissant diverses matières juridiques, sont venus accroître le nombre de décisions rendues par le

⁴¹ Favoreu L., « La constitutionnalisation du droit », in *Mélanges Drago*, « L'unité du droit, Paris, Economica, 1996, p. 25 et suivantes, texte reproduit dans l'ouvrage de Michel Verpeaux et Bertrand Mathieu, *La constitutionnalisation des branches du droit*, Economica, 1999, p. 181 sq.

⁴² Favoreu L., « La constitutionnalisation du droit », in *Mélanges Drago*, « L'unité du droit, Paris, Economica, 1996, p. 25 sq.

⁴³ CC, n°71-44 DC du 16 juillet 1971, « Liberté d'association », *GDCC*, n°6, Dalloz, coll. *Grandes décisions*, 2011, p. 50 sq.

⁴⁴ Favoreu L., « La constitutionnalisation du droit », in *Mélanges Drago*, Paris, Economica, p. 30

⁴⁵ Favoreu L., « L'applicabilité directe et l'effet direct des normes constitutionnelles », *RFDA*, 1984, p. 174

Conseil, densifier et asseoir les conséquences juridiques attachées au contrôle de constitutionnalité des lois sur l'ordre juridique⁴⁶.

Le processus de constitutionnalisation, qui, par ailleurs, est une théorie « *non inventée par la doctrine* »⁴⁷, étant avant tout le produit d'une œuvre jurisprudentielle constatable⁴⁸, est indéfectiblement liée et fondée sur la théorie de la pyramide des normes de Kelsen, dont elle tire et relaie les principales conséquences, tant inductives que déductives en vue d'assurer la suprématie de la Constitution. Il rend ainsi compte du phénomène hiérarchique, se déroulant mécaniquement dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois, par lequel la Constitution au sens large du terme, ainsi que les décisions du Conseil constitutionnel imprègnent, irradient, se répercutent et influencent l'ordre juridique dans son ensemble, c'est-à-dire, plus simplement, le processus par lequel la Constitution pénètre et « *colore* » toutes les autres branches du droit⁴⁹.

Nuancé par certains au départ, notamment le doyen Vedel, qui préférerait voir le juge constitutionnel se cantonner à son rôle de « censeur » et de « contrôleur » des normes compatibles ou incompatibles avec la Constitution⁵⁰, contesté par d'autres qui refusaient cette propension au « *tout-constitutionnel* »⁵¹, le processus

⁴⁶ Favoreu L., « La constitutionnalisation du droit », dans l'ouvrage de Michel Verpeaux et Bertrand Mathieu, *La constitutionnalisation des branches du droit*, Economica, 1999, p. 184.

⁴⁷ Concession faite par le Doyen Vedel en propos d'ouverture des ateliers du 3^{ème} Congrès de l'association française des constitutionnalistes en juin 1996 à Dijon, dont les travaux sont reproduits dans l'ouvrage de Mathieu et Verpeaux, *La constitutionnalisation des branches du droit*, précité.

⁴⁸ Favoreu L., « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public, Pouvoirs, 1980, n°13 ; « L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit, Etudes offertes à Léo Hamon, Economica, Paris, 1982, pp. 235-245

⁴⁹ Favoreu L., « L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit », in *Mélanges Léo Hamon*, Paris, Economica, 1982, p. 244

⁵⁰ Propos d'ouverture du Doyen G. Vedel à l'atelier du 3^{ème} Congrès de l'association française des constitutionnalistes s'étant tenu à Dijon en juin 1996 où il qualifie la thématique et ses problématiques d'« *intitulés de combat* » en précisant qu'il avait « *envie de résister* » dès ses premières phrases, dans l'ouvrage de Mathieu et Verpeaux, *La constitutionnalisation des branches du droit*, p. 13 sq.

⁵¹ Voir en ce sens la contribution de D. Rousseau pendant le même atelier « Y a-t-il trop de contrôle de constitutionnalité des lois en France ? », dans l'ouvrage de Mathieu et Verpeaux, *La constitutionnalisation des branches du droit*, p. 19 sq.

n'était donc pas admis dans sa réalité objective, son effectivité ou les ambitions que lui prêtaient ses principaux tenants. Cela, dans la mesure où il emporterait, du moins en France et dans les pays dotés d'un système de justice constitutionnelle kelsénien, l'hégémonie des cours constitutionnelles et du droit constitutionnel. Une démarche empirique emporterait une vision plus réaliste, si l'on s'en tenait au Doyen Vedel⁵².

Redoutée par d'autres, notamment par le plus connu des civilistes, feu le Doyen Jean Carbonnier, au même titre que les « *droits venus d'ailleurs qui portent à notre droit un intérêt possessif* »⁵³, cette dimension du processus de constitutionnalisation du droit, relative à l'emprise du droit constitutionnel sur les autres branches du droit, s'est lentement mais sûrement installée dans les esprits, précisément parce que le juge constitutionnel français, s'il était capable d'audace, a le plus souvent fait preuve de retenue, de coopération, voire de prudence, évitant, en l'occurrence, d'aller au « *combat* », comme le craignait le Doyen Vedel⁵⁴. De fait, le juge constitutionnel affirme et réaffirme avec fermeté et constance sa vocation à ne pas remplacer le Législateur par rapport auquel la Constitution ne lui confère pas un pouvoir d'appréciation et de décision identique et rappelle sa seule compétence d'attribution en vertu de l'article 61 de la Constitution⁵⁵.

Ceci n'a pas empêché l'idée de l'existence d'un phénomène de constitutionnalisation du droit de faire son chemin en France, suivant plusieurs formes d'acception.

⁵² Ainsi le Doyen Vedel relève-t-il dans son même propos d'ouverture de l'atelier précité que « ce n'est pas dans la Constitution que les notions fondamentales du droit puisent leur existence, c'est la Constitution qui s'enracine dans des notions fondamentales préexistantes ».

⁵³ Carbonnier J., *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, coll. *Champs Essais*, 1996, pp. 47-48

⁵⁴ Verpeaux et Mathieu, *La constitutionnalisation des branches du droit*, p. 13

⁵⁵ CC, 74-54 DC du 15 janvier 1975, « IVG », GDCC, n°9, Dalloz, coll. *Grandes décisions*, 2011, p. 84 sq.

Ainsi, cela pouvait d'abord signifier que certaines règles fondamentales d'une branche du droit considérée « *ont trouvé place, par une manière de promotion interne, parmi les normes suprêmes de l'ordre juridique français* » ou « *que les normes composant cette branche sont plus intensément que naguère assujetties à l'ensemble des règles de valeurs constitutionnelles* »⁵⁶. C'était, par conséquent, un double niveau, le premier étant ascendant, à savoir une promotion « parmi les normes suprêmes » et le second descendant, c'est-à-dire une pénétration des règles fondamentales d'une branche droit par les normes constitutionnelles.

Ces deux aspects du phénomène de constitutionnalisation ont donc, à l'origine, étaient les plus visibles et les plus étudiés⁵⁷, c'est-à-dire, plus précisément, avec l'existence d'un bloc de constitutionnalité, « *la répercussion et la portée très profonde de la jurisprudence constitutionnelle relative aux droits fondamentaux sur l'ordre juridique* »⁵⁸.

Ainsi, de nombreuses études concernant aussi bien la constitutionnalisation du droit public que du droit privé ont été menées depuis la fin des années 1980 à nos jours, , signalant, toutes, les fondements constitutionnels d'une branche du droit donnée ou mettant en évidence le mouvement ascendant ou descendant de la constitutionnalisation que nous avons souligné. Parmi les études les plus remarquées, nous pouvons citer celle de Ould Bouboutt (*L'apport du Conseil constitutionnel au droit administratif*⁵⁹), celle de Marc Frangi (*L'apport du droit constitutionnel aux droit des personnes et aux droits économiques individuels- contribution à l'étude la constitutionnalisation*

⁵⁶ Jeammaud A., « Le droit constitutionnel dans les relations du travail », AJDA, 1991, p. 612.

⁵⁷ Desaulnay O., *L'application de la Constitution par la Cour de cassation*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, 2009, p. 30.

⁵⁸ Favoreu L., « Rapport introductif », in *La Cour de cassation et la Constitution de la république*, PUAM, 1995, p. 23.

⁵⁹ Ould Bouboutt, *L'apport du Conseil constitutionnel au droit administratif*, Economica-PUAM, coll. « Droit public positif, Paris-Aix-en-Provence, 1987

du droit privé⁶⁰), celle de Nicolas Molfessis (*Le Conseil constitutionnel et le droit privé*⁶¹) ou la thèse S. Mouton décrivant littéralement le processus de constitutionnalisation du droit en France⁶², entre autres études.

Cependant, la doctrine a très vite mis en évidence l'une des principales lacunes qu'il fallait combler pour que le phénomène parût moins contestable, puisque, d'après Nicolas Molfessis, une dizaine d'années après sa thèse, «*que des problèmes relevant de diverses branches du droit pénètrent les décisions du Conseil constitutionnel n'attestent pas, en retour, l'influence du Conseil constitutionnel sur l'ensemble du droit. Conclure à une constitutionnalisation du droit à partir des seules décisions du Conseil constitutionnel revient à confondre le point d'émergence de la source avec son point d'aboutissement*»⁶³.

De ce fait, il est apparu nécessaire de s'intéresser à l'office et au rôle des juridictions ordinaires au sein du processus, par l'application qu'elles sont amenées à faire des normes constitutionnelles, indépendamment ou telles qu'elles sont interprétées par le juge constitutionnel, d'où les travaux importants et très récents d'O. Desaulnay (*L'application de la Constitution par la Cour de cassation* ⁶⁴) ou encore celle plusieurs fois récompensée, et par le Conseil lui-même, de Mathieu Disant (thèse de 2010 sur « *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil Constitutionnel* »⁶⁵).

⁶⁰ Frangi M., *Constitution et droit privé, Les droits individuels et les droits économiques*, Economica-PUAM, 1992.

⁶¹ Molfessis N., *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, Paris, 1997.

⁶² Mouton S., *La constitutionnalisation du droit en France*, thèse, Toulouse I, 1998.

⁶³ Molfessis N., « L'irrigation du droit par les décisions du Conseil constitutionnel », *Pouvoirs* 2003, n°105, pp. 89-90

⁶⁴ Desaulnay O., *L'application de la Constitution par la Cour de cassation*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, 2009

⁶⁵ Disant M., *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2010

Ainsi, ces travaux soulignent, tous, dans les secteurs étudiés ou suivant les thématiques posées, la place de premier ordre difficilement contestable qu'occupent désormais les normes constitutionnelles dans le système des sources du droit, ainsi que le Conseil constitutionnel dans l'ordonnement juridique français. Dix ans après sa thèse, le professeur Molfessis soulignait, néanmoins, que l'organisation du système juridique en France s'accommodait mal de ce nouveau phénomène qu'est la constitutionnalisation du droit, mettant en exergue les contradictions auxquelles on aboutissait, et en appelait à des réformes profondes⁶⁶.

▪ **Constitutionnalisation et fondamentalisation**

Il est également apparu que la constitutionnalisation du droit pouvait recevoir une acception sensiblement différente de la première. C'est celle qui signifie, en l'occurrence, et par exemple concernant le droit privé, que *« l'objet des règles du droit privé est soumis au respect de règles et principes supérieurs, tels que le droit de grève, la liberté syndicale, la liberté individuelle, la liberté d'expression, le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, les droits de la défense, etc. Autant de normes constitutionnelles, nous dit Olivier Desaulnay, « qui peuvent réaliser leur emprise sur le droit privé et les rapports de droit privé dans la mesure où ces normes conditionnent la validité de l'ensemble de l'ordre juridique »⁶⁷.*

Conséquemment, les normes constitutionnelles susvisées étant des droits fondamentaux -par leur inscription dans le texte constitutionnel ou dans des traités internationaux-, devant dès lors être mis en œuvre autant par le juge constitutionnel, les juridictions

^{66 66} Molfessis N., « L'irrigation du droit par les décisions du Conseil constitutionnel », *Pouvoirs* 2003, n°105, pp. 89-90

⁶⁷ Desaulnay O., *L'application de la Constitution par la Cour de cassation*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, 2009, p. 34

ordinaires que les juridictions européennes, on s'est aperçu qu'il pouvait y avoir un autre processus différent, concurrent ou complémentaire par rapport à la constitutionnalisation, et auquel tous les juges, nationaux et européens, pouvaient prendre part, à savoir la fondamentalisation du droit⁶⁸. Dès lors, « *l'accroissement de la référence aux normes constitutionnelles dans les décisions de justice rendues par les juridictions judiciaires participe d'un mouvement plus vaste d'emprise des droits fondamentaux dans les relations interindividuelles* »⁶⁹. Ce mouvement de promotion des droits fondamentaux, écrit Olivier Desaulnay, est reconnu par « *la doctrine publiciste comme privatiste* »⁷⁰. Ainsi, il y a, non pas un, mais des processus de constitutionnalisation du droit, et, potentiellement, un phénomène concurrent et plus diffus de fondamentalisation du droit, qui serait un prolongement, voire une dérivation de l'œuvre de constitutionnalisation devant le juge constitutionnel.

Cependant, son monopole va clairement échapper à celui-ci, ce dont attestent, entre autres, l'avènement du référé-liberté fondamentale devant le juge administratif depuis la loi du 30 juin 2000 (article 521-2 du Code justice administrative) et le fait que c'est le juge ordinaire qui opère le contrôle de conventionalité des lois en France en vertu de la jurisprudence « IVG » de 1975 rendue par le Conseil constitutionnel.

Ainsi, le juge constitutionnel se retrouve loin d'être le seul sur le terrain de cette fondamentalisation, censée rendre compte, elle aussi, de la « coloration » des branches du droit par les droits

⁶⁸ Les droits fondamentaux entre juge administratif et juge constitutionnel et européens. », *Revue mensuelle du JurisClasseur-Droit administratif*, juin 2004, p. 7.

⁶⁹ Desaulnay O., *L'application de la Constitution par la Cour de cassation*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, 2009, pp. 34-35

⁷⁰ Ibid.

fondamentaux⁷¹, de leur « ensemencement » par ces droits, plus simplement de la promotion des droits fondamentaux (qui ne sont pas que les droits constitutionnellement garantis) dans les diverses branches du droit⁷².

Par conséquent, avant même la montée en puissance du processus concurrent, complémentaire et, peut-être, autonome de fondamentalisation du droit, divers éléments sont venus contredire la vision idéale qu'on avait au départ de la constitutionnalisation des branches du droit. En effet considérait-on volontiers que le processus aurait pour effets –bénéfiques– d'unifier le droit sous le sceau de la Constitution, ou tout au moins l'ordre juridique ; qu'il aurait même tendance à relativiser, voire à effacer la sacro-sainte *summa divisio* qui sépare le Droit privé du Droit public⁷³. En somme, qu'il tendrait vers une simplification du droit⁷⁴.

Finalement, le processus qu'on voulait idéal s'est heurté à une résistance manifeste, notamment celle de la Cour de la cassation et du Conseil d'Etat qui, s'agissant de la première, reconnaissait, d'abord, l'autorité de chose jugée des décisions du Conseil constitutionnel que pour les seuls textes soumis à son examen (C. cass. Breisacher, 10 octobre 2001⁷⁵), et, s'agissant du second, qui se permit, sous le feu des critiques, d'identifier lui-même un « principe fondamental reconnu par les lois de la république » (Arrêt Koné, CE, 3 juillet 1996⁷⁶), nonobstant, par ailleurs, le fait qu'il y eut des cas, nombreux, où l'une et l'autre se sont expressément rangés derrière la jurisprudence et les

⁷¹ Morales V., « La protection juridictionnelle des droits fondamentaux : révélation d'une entente conceptuelle, VIème Congrès français de droit constitutionnel à Montpellier, 9, 10, 11 juin 2005, Atelier : le renouveau du droit constitutionnel par les droits fondamentaux, sous la direction de J. Pini et L. Burguoguel-Larsen.

⁷² Picard E., « L'émergence des droits fondamentaux en France », AJDA, 1998, n° spéc., p. 6.

⁷³ Favoreu L., « La constitutionnalisation du droit », dans l'ouvrage de Michel Verpeaux et Bertrand Mathieu, *La constitutionnalisation des branches du droit*, Economica, 1999, p. 193

⁷⁴ Favoreu L., « La constitutionnalisation du droit », dans l'ouvrage de Michel Verpeaux et Bertrand Mathieu, *La constitutionnalisation des branches du droit*, Economica, 1999, p. 194

⁷⁵ C. cass., 10 octobre 2001, « Breisacher », Bulletin criminel 2001, n°206, p. 660

⁷⁶ CE, 3 juillet, 1996, « Koné », GAJA, n°97, Dalloz, coll. *Grands arrêts*, 18^{ème} éd., 2011, p. 700 sq.

interprétations dégagées par le Conseil constitutionnel⁷⁷. Les deux juridictions suprêmes des ordres administratif et judiciaire montraient, ainsi, qu'« *il n'y a point en France d'« ordre constitutionnel* » ! », comme l'écrivait le Professeur Molfessis en 2003 dans la revue *Pouvoirs*⁷⁸. Ainsi a-t-on admis et souligné des ponts de convergences, des points de divergences et des échanges de solutions dans les différentes jurisprudences⁷⁹.

Suivant son chemin, et compte tenu des contraintes que nous avons dites, le processus de constitutionnalisation semblait donc s'acheminer vers son point de développement final, ou tout moins d'équilibre dans le système juridique français, quand on s'est rendu compte qu'il ne s'agissait là que de la fin d'un cycle -fin dont les travaux précités, ceux de Mathieu Disant, pourrait emporter la parfaite transition (« *L'autorité de chose interprétée par le Conseil constitutionnel* », où il met en évidence la force persuasive des décisions du Conseil constitutionnel, au sens de l'interprétation qu'il fournit des textes soumis à son examen)... Transition, parce qu'en effet le régime opérationnel décrit jusqu'alors ne se situait que dans un cadre précis, un régime précis : celui, en France, du contrôle de constitutionnalité abstrait et a priori des lois.

La réforme du 23 juillet 2008 introduisant une question prioritaire de constitutionnalité devait, sans aucun doute, renouveler la problématique du processus de constitutionnalisation en France, car, jusqu'alors, le Conseil constitutionnel était la seule juridiction parmi celles que nous avons étudiées à exclure la possibilité d'un contrôle a posteriori des lois et devant laquelle l'accès des individus n'était pas possible.

⁷⁷ C.cass. Vukovic et Bogdan de 1985, CE, Sté des établissements du bassin de 1985 aussi.

⁷⁸ Nicolas Molfessis, *L'irrigation du droit par les décisions du Conseil constitutionnel*, Revue Pouvoirs n°105, Avril 2003, pp. 89 à 102.

⁷⁹ *ibid.*

- **La perception française du processus de constitutionnalisation du droit à l'Étranger**

La description, la définition et les travaux relatifs au phénomène de constitutionnalisation du droit en France sont indiscutablement liés à la perception d'ensemble que les constitutionnalistes français avaient de son développement dans les pays voisins.

Ainsi, les juristes de l'École d'Aix-en-Provence, dirigés par feu Doyen Louis Favoreu, note-t-ils, dans leur ouvrage de droit constitutionnel que : « *La diffusion des normes constitutionnelles dans les branches du droit varie cependant selon le pays et selon les branches du droit considérées. Elle est certainement beaucoup plus forte –pour des raisons historiques faciles à comprendre– dans les pays qui ont connu des régimes totalitaires ou autoritaires, comme l'Allemagne, l'Italie, l'Espagne, le Portugal ou la Grèce, que dans d'autres pays qui, comme la France ou la Belgique, ont une forte tradition démocratique* »⁸⁰.

Ainsi, des raisons historiques justifieraient, dans les pays étudiés, l'emprise plus forte des normes constitutionnelles sur les autres branches du droit et une constitutionnalisation plus dense de l'ordre juridique.

Le Doyen Favoreu, qui était l'un des plus ardents défenseurs de l'existence du processus en France, avoue, même, que ce sont les études relatives au droit comparé qui l'ont amené à conclure à l'émergence et au développement d'un processus identique en France.

En effet, il écrivait que : « *Ce constat s'explique par le fait que, jusqu'au milieu des années soixante-dix, il était difficile de parler de constitutionnalisation des branches du droit car ce phénomène, même*

⁸⁰ Cf. Louis Favoreu, Gaïa et autres, Précis de droit constitutionnel, 17^{ème} édition, Dalloz, 2015, page 290.

s'il s'était déjà manifesté à propos des sources du droit, n'a véritablement démarré qu'avec le développement de la jurisprudence sur les libertés et droits fondamentaux. Ce qui existait à l'étranger –non seulement aux Etats-Unis mais également en Allemagne et en Italie depuis de nombreuses années- s'est brusquement déclenché en France. Et c'est par le droit comparé que personnellement j'ai pris conscience du phénomène : c'est en effet en lisant l'étude de Michel Fromont sur « le droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la RFA », publiée dans les Mélanges Eisenmann de 1974, que j'ai saisi ce qui allait se passer en France. Toute la problématique était contenue dans ce travail (notamment dans la deuxième partie) et il suffisait de la transposer au cas français. Et si l'on veut bien m'imputer la responsabilité de la diffusion du concept de constitutionnalisation des branches du droit, c'est en réalité à cette étude de Michel Fromont que l'on peut faire remonter l'origine du concept en droit français »⁸¹.

Par conséquent, la démarche comparative a semblé essentielle à la diffusion du concept auprès des juristes français, mais elle posait très clairement la question de l'accès des individus à la justice constitutionnelle, d'où l'intérêt de rappeler ses rapports avec le processus de constitutionnalisation, de même que ses deux principales modalités.

C. Le choix de l'accès des individus à la justice constitutionnelle et ses deux principales modalités

L'existence d'un processus de constitutionnalisation du droit a été souvent niée en France à cause de l'absence de l'accès des

⁸¹ Favoreu L., « La constitutionnalisation du droit », in *Mélanges Drago*, Paris, Economica, 1996, dans l'ouvrage de Verpeaux et Mathieu *La constitutionnalisation des branches du droit*, p. 183

individus à la justice constitutionnelle. En effet, le doyen Favoreu reconnaissait qu' « *il est souvent nié qu'il puisse exister un processus de constitutionnalisation du droit au motif que, à la différence des autres systèmes de justice constitutionnelle, le nôtre ne permet pas aux individus d'accéder au juge constitutionnel soit directement soit indirectement* »⁸². Au surplus, à la suite de cette présentation de l'infirmité du processus, il présentait l'affirmation des contradicteurs faisant valoir que : « *la constitutionnalisation n'aura véritablement lieu que lorsque sera instituée la fameuse « exception d'inconstitutionnalité » dont il est fréquemment question depuis 1989-1990* », faisant ainsi allusion aux précédentes réformes avortées de 1990 et 1993 sous la présidence de François Mitterrand.

Ce sont les prétentions ci-dessus évoquées qui ont guidé notre choix en faveur de l'accès des individus à la justice constitutionnelle, les autorités publiques ou politiques ayant également accès au juge constitutionnel dans le modèle européen de justice constitutionnelle. Notre choix a été décidé, par conséquent, au regard des contestations du processus de constitutionnalisation du droit dans l'absence d'un accès des individus à la justice constitutionnelle, entendu *stricto sensu*.

Il en ressort, pour nous, la nécessité de préciser les contours de l'accès des individus, tel que nous l'avons étudié.

▪ **L'accès direct**

Nous avons étudié l'accès direct des individus au juge constitutionnel par le biais des voies de recours directes ouvertes au justiciable devant le juge constitutionnel, afin de faire valoir, respecter ou

⁸² Favoreu L., « La constitutionnalisation du droit », in *Mélanges Drago*, Paris, Economica, 1996, dans l'ouvrage de Verpeaux et Mathieu *La constitutionnalisation des branches du droit*, p. 183

protéger ses droits fondamentaux en Allemagne et en Espagne, grâce, précisément, au recours constitutionnel direct (ou « Verfassungsbeschwerde ») à la disposition du justiciable allemand en vertu de l'article 93, alinéa 4, n°4 de la Loi fondamentale et, concernant le justiciable espagnol, grâce au recours d'Amparo constitutionnel prévu par l'article 53-2 de la Constitution espagnole.

L'Allemagne et l'Espagne sont les pays ouvrant directement l'accès des individus au juge constitutionnel, qui peuvent présenter leurs requêtes, après épuisement des voies de recours ordinaires, sans un intermédiaire juridictionnel ou administratif. Nous avons, donc, essentiellement focalisé notre étude sur ces deux pays, dans la seconde partie de cet ouvrage.

▪ **L'accès indirect**

L'accès indirect au juge constitutionnel est ouvert, depuis la réforme française du 23 juillet 2008, au justiciable dans les quatre pays nous avons étudiés. Il s'agit des voies de recours permettant au justiciable de présenter des conclusions, d'émettre des prétentions ou des observations devant le juge constitutionnel, avec la possibilité d'influer sur la décision que celui-ci devra prendre après un renvoi préjudiciel opéré par le juge ordinaire ou dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité pour ce qui concerne la France. Il ne s'agit donc, pour précision, nullement de l'étude des exceptions d'inconstitutionnalité, qui supposent que la question puisse être soulevée devant le juge ordinaire et tranchée par lui⁸³.

Ainsi, l'accès indirect s'opère par l'intermédiaire des juges ordinaires qui font office de passerelle, parfois de filtre, entre le juge constitutionnel et le justiciable. Ce qui nous amène à souligner les

⁸³ Favoreu L. et allii, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 17^{ème} éd., 2015, p. 281

différents intérêts et l'originalité de la présente étude au regard des précédents travaux, ainsi que la méthodologie de recherche que nous avons suivie.

II. L'ORIGINALITE DE L'ETUDE ET LA METHODOLOGIE SUIVIE

Notre étude présente, d'abord, des intérêts au regard des précédents travaux par la démarche comparative que nous avons opérée s'agissant des processus de constitutionnalisation du droit (A). Ensuite, son originalité est justifiée par l'angle de recherche des travaux effectués, à savoir les voies de recours du justiciable (B). La méthodologie de recherche que nous avons utilisée mérite également d'être présentée (C).

A. La démarche comparative

Notre étude présente la particularité d'avoir initié une démarche comparative des processus de constitutionnalisation pour les quatre grands pays européens dotés d'un modèle initialement kelsénien de justice constitutionnelle.

Cette démarche nous a permis, non pas de définir (ce qui, depuis longtemps, a été fait), ni même de décrire le phénomène de constitutionnalisation du droit, mais plutôt de procéder à sa caractérisation.

En effet, l'étude présente, avant tout, l'intérêt de procéder à une caractérisation nécessaire des processus de constitutionnalisation, car, comme se le demandent certains comparatistes : « *Du point de vue des fonctions du contrôle de constitutionnalité des lois, le problème est (...) de savoir si l'aspect objectif ne l'emporte pas sur l'aspect*

subjectif »⁸⁴. Nous avons donc procédé, dans ce travail, à la caractérisation des différents processus de constitutionnalisation, en nous appuyant sur le droit comparé, pour révéler que le processus, suivant son acception générique, revêt une caractéristique générale. Et l'appel aux voies de recours des individus permet une différenciation de sa caractérisation selon l'objet du contentieux constitutionnel.

L'étude permet, en outre, d'avoir une vision relativement exhaustive des voies de recours dont dispose le justiciable pour accéder au juge constitutionnel, de même que des moyens qu'il peut invoquer à l'appui de sa demande.

La comparaison effectuée entre la question prioritaire de constitutionnalité et la question incidente de constitutionnalité italienne, faite dans le détail, met, par exemple, face-à-face les deux canaux d'accès du justiciable au juge constitutionnel des côtés des Alpes.

B. La constitutionnalisation du droit vue à travers le prisme des voies de recours

A la demande de la directrice de ces travaux, l'analyse de la constitutionnalisation du droit à travers le prisme des voies de recours du justiciable permet de mieux savoir si l'accès des individus à la justice constitutionnelle revêt l'importance de premier ordre qu'on lui prêtait jadis, notamment celle que lui accordait ceux qui niaient l'existence du processus en France. Le Doyen Favoreu estimait à ce sujet que : « *En fait, rien n'est moins sûr car le processus de constitutionnalisation n'est pas nécessairement lié à l'existence d'un*

⁸⁴ Favoreu L. et Mastor W., *Les cours constitutionnelles*, Dalloz, 2011, p. 26

accès des individus à la justice constitutionnelle »⁸⁵. Et il concédait à ces opposants le fait que : « *En revanche, il est certain que sans justice constitutionnelle il n'y aurait pas ce processus, ce qui infirme la thèse bien connue selon laquelle l'état du droit serait le même avec ou sans justice constitutionnelle* », en réponse à Pierre Bon sur l'état du droit français comparé à l'état du droit espagnol d'alors⁸⁶.

L'avènement de la QPC et l'étude du droit comparé donneront-ils raison aux uns ou autres ? Ou bien le débat n'est-il pas aujourd'hui dépassé dans la mesure où les voies de recours pour accéder au juge constitutionnel, quand elles sont directes en Allemagne et en Espagne, et indirecte en France, sont ouvertes pour faire valoir, garantir ou protéger des droits fondamentaux, droits *a priori* subjectifs ?

Et, dès lors qu'elles ne sont pas les seules voies ouvertes au justiciable en vue de restaurer ces droits, ne participent-elles pas à un mouvement plus vaste et plus diffus de fondamentalisation du droit ? L'étude de la constitutionnalisation sous l'angle des voies de recours permet d'avoir une vision autant théorique que contentieuse des processus de constitutionnalisation et de fondamentalisation, d'où l'intérêt de cette grille d'analyse.

L'étude de l'efficience des voies de recours sur la justice constitutionnelle, ainsi que des effets décisionnels qui s'en suivent, est intéressante au regard de la concurrence tant nationale qu'internationale à laquelle le juge constitutionnel est aujourd'hui soumis et nous verrons précisément ce qu'il en est de l'accessibilité du juge constitutionnel et de sa responsabilité au regard du droit communautaire et international.

⁸⁵ Favoreu L., « La constitutionnalisation du droit », in *Mélanges Drago*, Paris, Economica, 1996, dans l'ouvrage de Verpeaux et Mathieu *La constitutionnalisation des branches du droit*, p. 183

⁸⁶ Bon P., « La constitutionnalisation du droit espagnol », *RFDC*, 5-1991, p. 47

Cette pluralité des juges, notamment sur le terrain de la fondamentalisation, nous a amenés à nous interroger sur la circulation des solutions juridiques, voire à leur européanisation, remettant ainsi en perspective l'aspect de notre étude touchant au droit comparé : échanges de solutions, de méthodes entre juges concurrents, ou inspiration respective de juges non-concurrents dépositaires du rôle, chacun dans son pays, de rendre la justice constitutionnelle.

Partant, le fait que le champ d'application de la réforme du 23 juillet 2008 se limite, en vertu de l'article 61-1 de la Constitution, aux « *droits et libertés que la Constitution garantit* » ouvre davantage le champ du regard que nous portions sur la constitutionnalisation du droit par rapport au champ plus vaste de la fondamentalisation. Et son appréhension en Allemagne et en Espagne, où sont ouvertes des voies d'accès directes, nous permet d'autant mieux de pouvoir labourer ce champ.

Il faut, par conséquent, présenter la méthodologie que nous avons suivie dans le cadre de cette démarche.

C. La méthodologie suivie

Pour ce qui concerne la méthodologie que nous avons suivie pour élaborer cet ouvrage, nous nous sommes, tout d'abord, attachés à effectuer un inventaire des méthodes et mécanismes de constitutionnalisation utilisés par le juge constitutionnel, pour pouvoir caractériser le processus dans ses différents ressorts. Et, à partir du moment où l'on s'est aperçu de l'existence de similitudes entre les procédés utilisés par les juridictions, nous nous sommes échinés à les mettre en relief au regard du pays le plus pertinent pour étayer la démonstration. Comparaison n'étant souvent pas raison, et les voies

de recours étant différentes dans leurs modalités suivant les pays, nous nous sommes mis à les étudier au cas par cas, pour éviter les fausses analogies.

Nous nous sommes ensuite évertués à rechercher en quoi la constitutionnalisation du droit en France (corrélativement la place et le rôle de la justice constitutionnelle y relatifs) était différente dans ses caractéristiques de ce qui se produit à l'Étranger, notamment au regard de son développement et ses évolutions, ses méthodes, ses mécanismes, ses variations, ses conséquences et ses implications.

De même, nous nous sommes appesantis sur la question de savoir si les conséquences que l'on pouvait en tirer étaient les mêmes ou si elles étaient différentes, et si la QPC avait bouleversé le processus en France et nous a rapprochés des pays voisins.

Pour cela, nous avons rappelé des choses bien connues concernant les procédés et mécanismes de constitutionnalisation en soulignant la diversité du phénomène, qui est un mouvement incontestable mais concurrencé. Nous avons essayé d'en mesurer l'ampleur et sa réalité sur l'ordre juridique d'ensemble, mais aussi si la différenciation entre la constitutionnalisation et la fondamentalisation était remarquable du point de vue des voies de recours.

Partant de la source d'activation du procès constitutionnel, qui peut être le justiciable ou le juge ordinaire, nous nous sommes attachés au point de régulation et d'émergence de la constitutionnalisation du droit, à savoir le juge constitutionnel, par les effets qui s'attachent à ses décisions, de même qu'à sa perception au sein de l'ordonnement juridique.

Dans le prolongement pratique que l'on peut avoir de ces éléments qui, d'emblée pourraient paraître hermétiques, nous avons

étudié, dans le cadre du contentieux constitutionnel, l'efficacité des voies de recours au sein des processus de constitutionnalisation du droit qui s'opèrent grâce au juge constitutionnel, tout en marquant, là aussi, les différences non pas opérationnelles qu'il peut y avoir pour les diverses voies de recours, mais aussi, et surtout, pour ce qui concerne l'efficacité des décisions, arrêts ou jugements qu'ils occasionnent sur l'ordre juridique et même sur l'ordonnement juridique. Il s'est donc agi d'étudier les lignes traditionnelles que ces voies de recours pouvaient faire bouger.

Ainsi nous nous sommes attachés aux termes, aux conditions et aux critères de la recevabilité des recours, à leurs aspects plus ou moins ouverts ou plus ou moins contraignants, à l'examen des différents recours, à leurs modalités et chances de succès, enfin aux effets décisionnels pour le requérant, pour les personnes diversement concernées, ainsi que pour l'ordre et l'ordonnement juridiques.

Ce travail s'est donc bâti à partir des ouvrages généraux et spéciaux autorisés traitant de la question, d'articles de doctrine française et étrangère (qui ont fait l'objet d'une traduction de grande qualité), mais aussi, et surtout, il se fonde sur l'étude approfondie de la jurisprudence même des cours constitutionnelles étrangères.

L'accès à Internet, notamment aux sites des cours constitutionnelles ou à des sites documentés nous a été d'une grande utilité, notamment pour certains textes législatifs et pour certains articles de doctrine.

Enfin, la technique utilisée pour planifier l'ouvrage est celle classique de « l'entonnoir », car elle correspond bien à l'affinement et à l'évolution des travaux de recherches, lesquels sont allés des caractéristiques générales du contentieux constitutionnel à ses modalités les plus particulières et les plus spécifiques.

III. LA PROBLEMATIQUE RETENUE

Les travaux que nous avons effectués dans le cadre des thématiques de notre recherche ont soulevé différents types de questionnements.

Le premier est sans doute celui qui concerne les caractéristiques et propriétés qu'emprunte la constitutionnalisation dans les différents pays étudiés, au regard des finalités du contrôle de constitutionnalité, notamment, mais pas seulement, celui du contrôle de constitutionnalité des lois : des propriétés objectives ou subjectives⁸⁷ ?

Ce souci de caractérisation du processus est présent tout au long du travail que nous avons effectué.

En outre, se rapprochant quelque peu du système italien de renvoi des questions préjudicielles du juge ordinaire devant le juge constitutionnel, la question prioritaire de constitutionnalité a introduit en France un nouveau mécanisme permettant, d'une part, au justiciable de poser la question de la constitutionnalité d'une loi ou d'une disposition législative qui lui est applicable, dès lors que celle-ci porterait « atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit » (art. 61-1 C), et, d'autre part, au juge constitutionnel de procéder au contrôle de la constitutionnalité d'une loi déjà en vigueur.

Le phénomène, alors longtemps décrit et annoncé, de *constitutionnalisation du droit* (autrement dit, de *constitutionnalisation des branches du droit*), qu'il ait été prévu *ab initio* (c'est-à-dire dans le texte constitutionnel, s'agissant notamment des questions relatives aux institutions ou à la répartition des compétences), ou qu'il se soit

⁸⁷ Grewe C., « Subjectivité et objectivité dans le contentieux de la Cour de Karlsruhe », *Droits*, n°9, 1989

produit sous l'impulsion du juge constitutionnel à travers, de façon notable et significative, l'exigence de protection et de garantie des droits et libertés de valeur constitutionnelle, et que l'élargissement de la saisine du Conseil à soixante députés ou soixante sénateurs est venu sans aucun doute faire croître, voit aujourd'hui l'entrée en scène d'un nouvel acteur en la personne du justiciable. Cependant, cet acteur n'est pas un novice du contentieux constitutionnel dans les autres pays étudiés ni pour ce qui concerne l'usage des voies de recours envisagées. Si parfois, on peut relever des similitudes, s'agissant en l'occurrence de l'accès indirect, les mécanismes ne sont souvent pas comparables à cause des différences notoires qui existent entre les systèmes, mais leurs conséquences sur l'ordre juridique peuvent, le cas échéant, être comparées, d'où un travail axé sur la distinction entre l'accès direct et l'accès indirect des individus à la justice constitutionnelle.

Ainsi, l'accès indirect en Allemagne et Espagne revêtant des caractéristiques et propriétés très proches si l'on envisage le processus de constitutionnalisation, il nous a paru plus intéressant de confronter des systèmes comparables, mais aussi suscitant des intérêts théoriques et juridiques dans l'approche pratique et contentieuse que nous avons retenue, d'où la question des lignes de démarcation et de différenciation entre la QPC et la question incidente de constitutionnalité italienne que nous avons abordée.

L'accès direct des individus à la justice constitutionnelle n'étant admis que sur la base des droits fondamentaux en Allemagne et Espagne, et nulle part ailleurs dans les systèmes étudiés, nous avons tenté d'opérer la démarcation des lignes directrices propres aux processus de constitutionnalisation et de fondamentalisation, en tâchant, toujours, de les caractériser, notamment au regard des finalités de ces voies de recours.

Aussi, avons-nous essayé de tirer les conséquences qu'impliquaient les conclusions tirées de nos recherches, en ayant retenu la problématique générale suivante, que nous pouvons ranger dans le cadre d'une étude d'impact : quelles sont les incidences de l'accès du justiciable au juge constitutionnel sur le processus de constitutionnalisation du droit qui se déroulent dans les différents pays étudiés grâce à ce dernier ?

Les recherches que nous avons effectuées ont démontré que les incidences étaient différentes selon que les individus bénéficiaient d'un accès direct ou d'un accès indirect, d'où le plan de la thèse qui a été basé sur cette distinction. C'est aussi sous l'angle de la constitutionnalisation de l'ordre juridique dans son ensemble, ce, sous l'impulsion de l'activité du juge constitutionnel que nous avons effectué nos travaux de recherches. Et il nous a paru indispensable de souligner la corrélation quasi-gémellaire, mais non pas identique, qu'il y a aujourd'hui entre ce qui monopolise l'activité du juge constitutionnel sous le vocable de constitutionnalisation du droit et la diffusion de la notion de droits fondamentaux auprès du justiciable, notamment en Allemagne et en Espagne.

La notion recoupe les droits et les libertés inscrits dans la Constitution, auxquels celle-ci a voulu accorder une protection ou une garantie privilégiée, ce, suivant les pays parcourus, mais aussi les droits et libertés qui reçoivent une protection internationale⁸⁸, d'où une concurrence de phénomènes.

De ce fait, nous nous proposons d'étudier, dans un premier temps, la constitutionnalisation objective du droit et son approfondissement par les voies de recours indirectes du justiciable (Première Partie) et la dénaturation de la constitutionnalisation

⁸⁸ Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, Dalloz, 17^{ème} éd., p. 895

objective en fondamentalisation subjective par l'accès direct des individus (Seconde Partie).

PREMIERE PARTIE

LA CONSTITUTIONNALISATION OBJECTIVE DU
DROIT ET SON APPROFONDISSEMENT PAR
L'ACCES INDIRECT DES INDIVIDUS

Il a été prévu, dans les quatre pays étudiés, des procédures d'accès indirect des individus à la justice constitutionnelle.

Les systèmes de justice constitutionnelle mis en place par les constitutions et les lois sur les cours constitutionnelles l'ont tous été sur la base du modèle kelsénien de justice constitutionnelle et sa fameuse théorie de la hiérarchie des normes : la pyramide de Kelsen⁸⁹.

Cette théorie s'attache essentiellement au contrôle de constitutionnalité des normes infra-constitutionnelles, notamment celui des normes de nature législative⁹⁰.

Le rôle alors dévolu aux cours constitutionnelles tendant à faire prévaloir les règles et principes contenus dans la Constitution sur toutes les autres normes doit, par conséquent, tendre à agencer, garantir et ordonner l'ordre juridique suivant la hiérarchie que détermine cet outil qu'est la Constitution -norme suprême-, c'est-à-dire « *la construction du droit par degrés* »⁹¹. Ceci consacre le « *positivisme constitutionnel kelsénien* »⁹² et exige « *un contrôle de constitutionnalité, exercé par une juridiction unique, pour garantir le principe de la hiérarchie des normes et la cohérence de l'ordre juridique* »⁹³. La mission du juge constitutionnel, dans un tel schéma, va apparaître comme étant fondamentalement objective, dans la mesure où elle va s'exercer dans l'intérêt du droit, au regard des exigences théoriques et juridiques de nature positiviste qu'implique foncièrement la « *théorie pure du droit* »⁹⁴.

⁸⁹ Kelsen H., « Aperçu d'une théorie générale de l'État », RDP, 1926. p. 561

⁹⁰ Kelsen H., « Le contrôle de constitutionnalité des lois. Une étude comparative des Constitutions autrichienne et américaine », RFDC, n°1, 1990, p. 17

⁹¹ Favoreu L. et alii, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 17^{ème} éd., 2015, p. 252

⁹² Favoreu L. et alii, *Droit constitutionnel*, op. cit.

⁹³ Favoreu L. et alii, *Droit constitutionnel*, op. cit.

⁹⁴ Kelsen H., *Théorie pure du droit*, LGDJ, coll. *La pensée juridique*, 1999

Le travail de « censeur »⁹⁵ des normes contraires ou incompatibles avec la Constitution ainsi attribué au juge constitutionnel, en tirant les conséquences de cette théorie s'effectue donc a priori ou a posteriori, de façon abstraite, comme de façon concrète, de manière objective, c'est-à-dire dans l'intérêt du droit, non pas des particuliers et de leurs droits subjectifs, ce, dans le souci ultime de faire régner la légalité constitutionnelle et de garantir la suprématie de la Constitution sur les autres normes⁹⁶.

Dans un tel contexte, le justiciable, dont le principal objectif dans le contentieux, quel qu'il soit, est de faire valoir ses droits ou ses intérêts à travers les normes qu'il conteste, même si aujourd'hui ces droits et libertés sont garantis par les constitutions, va voir ses intérêts subjectifs revêtir un caractère presque externe au système de Kelsen. Ceci, d'autant que dans les années 1920 où fut, pour la première fois, mis en place un système de justice constitutionnelle kelsénien, il n'était pas le destinataire classique, immédiat, personnel et direct du droit constitutionnel. Une place plus grande lui sera accordée ultérieurement, pour des raisons différentes selon les pays, en l'occurrence, à la suite de circonstances particulières, tels que les faits de dictatures dans les pays que nous avons étudiés. Le but de la mise en place d'un système de justice fondé sur le modèle de Kelsen était avant tout de garantir la légalité constitutionnelle, de renforcer l'État de droit⁹⁷, notamment par le biais du contrôle de la constitutionnalité des lois⁹⁸.

Mais, comme il y a eu différents aspects de l'évolution du contentieux constitutionnel dans les différents pays étudiés, des

⁹⁵ Si l'on suit le doyen Vedel, cf. Propos d'ouverture du 3^{ème} Congrès de l'association française des constitutionnalistes tenu à Dijon en juin 1996, reproduit dans l'ouvrage de Bertrand Mathieu et Michel, *La constitutionnalisation des branches du droit, congrès de Dijon 14-16 juin 1996*, Economica, Coll. *Droit Public Positif*, 1999.

⁹⁶ Kelsen H., « La garantie juridictionnelle de la Constitution », RDP, 1928, p. 226

⁹⁷ Favoreu L. et Mastor W., *Les cours constitutionnelles*, p. 15

⁹⁸ Favoreu L. et Mastor W., *Les cours constitutionnelles*, p. 16

méthodes et des mécanismes très subtiles élaborés par le juge constitutionnel pour remplir sa mission de constitutionnaliser le droit induite par sa tâche de garantir la primauté de la Constitution, de mettre en œuvre et de rendre effective sa suprématie sur les autres normes, il convient, d'abord, de mettre en lumière leurs caractéristiques génériques à travers la mission objective dévolue au juge constitutionnel. Cela va nous permettre de comprendre et d'évaluer ensuite les incidences des voies de recours indirectes du justiciable -qui sont l'élément commun des systèmes juridiques étudiés- au sein du processus de constitutionnalisation et de montrer comment il y a un approfondissement de cette constitutionnalisation objective par l'accès indirect.

Mais, l'accès indirect des individus à la justice constitutionnelle apparaît aussi comme étant le fruit d'un choix d'un modèle démocratique : le choix d'une démocratie représentative, qui allait conduire à la tendance à laisser la place de parties au procès constitutionnel aux représentants du peuple ou à des autorités publiques à titre principal, et non pas *a priori* au justiciable lui-même, ce dont attestent l'existence du contrôle abstrait et *a priori* le plus souvent aux autorités publiques ou politiques dans tous les pays que nous avons étudiés⁹⁹.

En France, par exemple, avant 1974, même les parlementaires n'avaient pas accès au Conseil constitutionnel, le justiciable d'autant moins. C'est la modernité des démocraties nouvelles, s'agissant notamment de l'Espagne, et les évolutions constitutionnelles, législatives ou jurisprudentielles qui, peu à peu, accorderont une place assurée au justiciable pour ce qui regarde le contentieux constitutionnel.

⁹⁹ Favoreu L. et alii, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 2015, p. 255 sq

Cependant la place qui lui a été réservée dans le processus ascendant de la justice constitutionnelle en Europe est longtemps demeurée assez faible dans un pays tel que la France, et même –on peut le dire encore aujourd’hui– elle y paraît comme étant l’une des moindres dans le processus de constitutionnalisation¹⁰⁰. Cela peut s’expliquer, d’une part, par le fait que l’objet d’étude originel ou traditionnel du droit constitutionnel, à savoir les rapports entre pouvoirs publics et/ou la répartition des compétences et prérogatives entre ces différents pouvoirs notamment, ne le concernait pas directement et personnellement dans ses caractéristiques contentieuses, du fait du choix opéré par les démocraties contemporaines d’un système de démocratie représentative. Sans doute un système de démocratie directe ou un modèle diffus de justice constitutionnelle aurait pu permettre au citoyen ordinaire d’ester en justice au regard du droit constitutionnel.

Ainsi, si le droit constitutionnel pouvait directement créer des droits ou des obligations pour le justiciable à travers les droits fondamentaux¹⁰¹, la France démontre que l’action en justice constitutionnelle pouvait, jusqu’en 2008, s’effectuer loin des yeux du citoyen.

D’autre part, la place longtemps occupée par la Constitution elle-même dans l’ordonnancement juridique pourrait expliquer cette situation. En effet, le caractère sacré ou symbolique que longtemps on lui conférait, la normativité que longtemps l’on contesta aux règles qu’elle contenait, leur absence d’effectivité¹⁰², laissaient peu de place au justiciable aux fins d’ester au regard des dispositions qu’elle recelait.

¹⁰⁰ Bon P., « La constitutionnalisation du droit espagnol », *RFDC*, 5-1991, p. 47

¹⁰¹ Favoreu L. et Mastor W., *Les cours constitutionnelles*, p. 16

¹⁰² Carré de Malberg R., *La loi, expression de la volonté générale : Etude sur le concept de loi*, Librairie du Recueil Sirey, 1931, p. 128

Tout ceci, aujourd'hui, a perdu de sa pertinence. Car le caractère normatif des règles et principes contenus dans les constitutions étudiées ne fait, tout comme leur effectivité réelle ou potentielle, plus l'objet d'une grande contestation¹⁰³, ce qui a pour effet, non seulement de les rendre applicables pour le justiciable en droit positif, mais encore, par les voies de recours qui lui y sont ouvertes, de pouvoir ester en justice en vertu d'elles.

Il s'est agi, selon nous, pour le droit constitutionnel d'une question de survie, car son objet originel d'étude, qui concernait largement les institutions, et les conflits de compétences pouvant naître de l'application des dispositions contenues dans la Constitution, auraient bien pu être réglés par une sorte de juge administratif supérieur. Ainsi, l'extension du domaine du droit constitutionnel donne, d'après nous, au juge constitutionnel de la matière juridique, lui offrant une nouvelle ressource, de nouveaux chantiers, une nouvelle base de travail et de nouveaux destinataires du résultat de son œuvre juridictionnelle.

Nous verrons, dans la suite de ce travail, comment la montée en puissance des droits fondamentaux a participé à un tel mouvement et à une telle évolution, en même temps qu'on offrait au justiciable la possibilité d'accéder au juge constitutionnel.

Toutefois, en dépit des évolutions susdites, la place du justiciable dans le contentieux constitutionnel apparaissait trop faible en France avant la réforme de 2008, et, de surcroît, le droit constitutionnel n'a été que lentement, médiatement et indirectement mis à sa portée. Ceci peut nous amener à dire que si le juriste ou le droit en France, d'une façon générale, est souvent perçu comme conservateur, le droit constitutionnel pourrait largement contribuer à la légitimation d'une telle assertion. Mais les évolutions qui se sont

¹⁰³ Favoreu L., « L'applicabilité directe et l'effet direct des normes constitutionnelles », RFDA, 1984, p. 174

produites n'en sont pas moins fondamentales et majeures, et il conviendra donc de les repérer et de les souligner : il y a même eu, quelque part, des bouleversements.

L'accès du justiciable au juge constitutionnel, qui est une nouveauté en France et non pas dans les autres pays étudiés, a - nous pouvons le dire - des impacts de premier ordre sur le processus de constitutionnalisation du droit, qui est un phénomène objectif, dans ses ressorts et fondements kelséniens, se déroulant dans l'intérêt du droit et pour faire primer la Constitution. Les voies de recours indirectes approfondissent le processus dans ses caractéristiques objectives dans la démonstration que nous allons en faire, leur étant adéquates, à l'inverse des voies de recours directes, comme nous entendons le démontrer à la suite de cette première partie.

Ainsi, nous allons, avant tout, mettre en lumière le caractère fondamentalement objectif de la mission de constitutionnalisation du droit du juge constitutionnel (Titre I). Nous démontrerons ensuite son approfondissement par les voies d'accès indirectes (Titre II).

TITRE I. LE CARACTERE FONDAMENTALEMENT OBJECTIF DE LA MISSION DE CONSTITUTIONNALISATION DU DROIT DU JUGE CONSTITUTIONNEL

Le caractère fondamentalement objectif de la mission de constitutionnalisation du droit du juge constitutionnel est, tout d'abord, lié à sa place spécifique dans l'ordonnancement juridique des pays étudiés, aux effets directs induits par le processus de constitutionnalisation, ensuite au domaine classique du contentieux constitutionnel en dépit des évolutions et la place et le rôle des acteurs principaux et traditionnels du contentieux constitutionnel (CHAP. I).

De même, cela se vérifie dans la mise en œuvre des pouvoirs et les prérogatives dont bénéficie le juge constitutionnel pour l'application objective -c'est-à-dire dans l'intérêt du droit et pour faire primer la Constitution- des règles et principes contenus dans cette dernière. Cela traduit, selon nous, l'attachement porté à la volonté générale « supérieure », voire à un intérêt général supérieur, qu'implique l'existence des Constitutions (CHAP. II).

Chapitre 1. Une objectivité liée aux modalités et effets classiques du contentieux constitutionnel sur l'ordre juridique

La place accordée aux cours constitutionnelles dans l'ordonnement juridique et leur rôle de gardien de la Constitution dans les pays étudiés pourrait prouver le caractère fondamentalement objectif de leur mission (Section I). Le domaine et les acteurs principaux et classiques du contentieux peuvent être considérés comme étant le facteur déterminant du maintien du caractère objectif de cette mission de constitutionnalisation, quoiqu'il y ait eu des évolutions (Section II).

Section 1. La place du juge constitutionnel dans l'ordonnancement juridique et les effets directs de la constitutionnalisation

Nous allons, tout d'abord, analyser comment la place de principe du juge constitutionnel dans l'ordonnancement juridique est un facteur essentiel du caractère objectif de sa mission de constitutionnalisation (PARAG. II). Nous remarquerons ensuite l'objectivité fondamentale de cette mission au regard des effets directs de la constitutionnalisation (PARAG. II).

Paragraphe 1. La nature objective de la constitutionnalisation au regard de la place du juge constitutionnel dans l'ordonnement juridique

La place des cours constitutionnelles dans l'ordonnement juridique est une preuve du caractère objectif qu'on a voulu échoir à leur mission au regard de la spécificité et de la spécialisation en droit constitutionnel (A). Elle peut ensuite être considérée comme une garantie du caractère objectif de la constitutionnalisation (B).

A. La spécificité et la spécialisation des cours constitutionnelles, preuves de leur vocation à l'objectivité

Nonobstant l'avènement de la question prioritaire de constitutionnalité en France, l'existence de voies de recours directes devant les cours constitutionnelles en Allemagne et en Espagne et la multitude des renvois de questions préjudicielles du juge ordinaire à la Cour constitutionnelle italienne, on peut noter, d'une façon générale, la vocation d'objectivité des cours constitutionnelles, où qu'on les place, à côté ou de manière « sui generis » vis-à-vis des autres juridictions ou des autres pouvoirs constitués. Elles se situent, toutes, hors des appareils juridictionnels traditionnels¹⁰⁴. Il s'agit, toutes, de cours pensées, bâties et mises en place d'après le modèle de Kelsen¹⁰⁵, donc elles ont vocation, avant tout, à intervenir dans l'intérêt du droit.

Rappelons, notamment, s'agissant de l'Italie, que la Cour constitutionnelle « *forme un pouvoir indépendant dont le rôle consiste à assurer le respect de la Constitution dans tous les domaines* »¹⁰⁶. Cette

¹⁰⁴ Favoreu L. et alii, Droit constitutionnel, 17^{ème} éd., 2015, p. 254

¹⁰⁵ Favoreu L. et alii, Droit constitutionnel, 17^{ème} éd., 2015, p. 253

¹⁰⁶ Crisafulli V., « Le système de contrôle de la constitutionnalité des lois en Italie », op.cit.

affirmation pourrait être étendue à toutes les juridictions constitutionnelles étrangères que nous avons étudiées¹⁰⁷.

Par conséquent, ce qui essentiellement caractérise la place des cours constitutionnelles dans l'ordonnement juridique des pays étudiés réside foncièrement dans le critère de la spécialisation¹⁰⁸ : elles sont les spécialistes du droit constitutionnel et des contentieux y ayant trait. En ce sens, elles concentrent entre leurs mains le pouvoir de contrôler de façon positiviste, c'est-à-dire suivant une hiérarchie normative objectivement établie, la conformité des règles de valeur ou de nature infra-constitutionnelle par rapport aux normes constitutionnelles. Il s'agit non seulement de leur spécialité, mais encore c'est leur principale raison d'être¹⁰⁹.

C'est donc ce critère de la spécialisation et du contrôle concentré du respect des normes constitutionnelles exercé de façon objective, ce qui signifie dans l'intérêt du droit, qui les laisse *a priori* hors des appareils juridictionnels traditionnels.

Ainsi, quoique l'on puisse parler de constitutionnalisation du droit ou de constitutionnalisation des branches du droit, celle-ci se passe objectivement dans le cadre général, car les cours constitutionnelles ont, avant tout, pour mission de dire le droit constitutionnel dans l'intérêt et pour un bon agencement de l'ordre juridique. Elles ne « régissent » ou « guident » les règles, petites ou grandes, qui gouvernent les autres branches du droit que dans la mesure où celles-ci touchent aux règles et principes de valeur constitutionnelle. A moins de penser que la Constitution constitue un

¹⁰⁷ Cf. Dittmann A., « Le recours constitutionnel en droit allemand », CCC, n°10 (Dossier : l'accès des personnes à la justice constitutionnelle), mai 2001, p. 1 sur la Cour constitutionnelle fédérale allemande et article 5 de la loi organique sur le pouvoir judiciaire quant au respect des préceptes constitutionnels tels que dégagés par le Tribunal constitutionnel espagnol par tous les tribunaux.

¹⁰⁸ Favoreu L. et alii, Droit constitutionnel, 17^{ème} éd., 2015, p. 254

¹⁰⁹ Kelsen H., « La garantie juridictionnelle de la Constitution », RDP, 1928, p. 226

tout, les autres règles de droit, une fois considérées comme valides au sein du système juridique, en principe ne les regardent pas.

Le fait pour les pouvoirs constituants des pays étudiés d'avoir placé les cours constitutionnelles hors des appareils juridictionnels classiques dans leurs ordonnancements juridiques respectifs est, d'après nous, est un signe de leur volonté de conférer aux contentieux juridiques dont elles sont les juges un caractère, avant tout, objectif.

Il ne fait par exemple aucun doute, s'agissant de la cour constitutionnelle de Karlsruhe, que le fait pour le pouvoir constituant allemand de l'avoir établie suivant les modalités et d'après la cour constitutionnelle autrichienne pensée par Kelsen, est un signal donné aux fins de la mise en place d'un contentieux constitutionnel fondamentalement objectif, et que seules les voies de recours directes pourraient dénaturer (cf. *infra*).

De plus, le fait, comme en Espagne (dont la Constitution est la plus moderne et la plus récente parmi les constitutions étudiées), que le procès constitutionnel se déroulait avant la réforme du 24 mai 2007 sans les parties au procès principal à l'occasion du renvoi de questions préjudicielles au Tribunal constitutionnel de Madrid ou, s'agissant de l'Italie, qu'il puisse se dérouler sans parties lorsque celles-ci ne sont pas constituées, est un autre signe de la volonté du pouvoir constituant, suivi en cela par les législateurs organiques et ordinaires sur le fonctionnement et la procédure suivie devant les cours, de mettre en place un contentieux objectif dans le cadre de l'accès indirect et de conférer au juge constitutionnel une mission objective.

Concernant la France, cette constatation est également valable et ne fait pas l'objet de doute quant à la volonté du constituant de 1958, -qui, d'ailleurs, n'avait pas même fait de référence à la possibilité pour le justiciable ni aux parlementaires d'accéder au Conseil constitutionnel. Et la réforme de juillet 2008, dans tous ses

ressorts, n'a pas entendu modifier l'objectivité fondamentale du contentieux ni nier une telle caractéristique à la mission fondamentale du Conseil, comme nous le verrons dans la suite de cette étude.

Ainsi, placer les cours constitutionnelles hors des appareils juridictionnels traditionnels est le signe donné, d'après nous, par les pouvoirs constituants des pays étudiés, ce nonobstant les réformes qui ont suivi leur mise en place, de faire en sorte que le contentieux constitutionnel et la mission du juge constitutionnel soient un contentieux et une mission fondamentalement objectifs, quel que soit le mode de saisine et suivant les voies d'accès indirectes, la subjectivité se déclenchant autrement (cf. Seconde Partie).

Outre ce signe d'objectivité marquée et donné par les constitutions des pays étudiés au contentieux constitutionnel général et à la mission du juge constitutionnel, au regard de la place que celles-ci lui accordent ordonnancement juridique, cette singularité est aussi une garantie du caractère objectif des contentieux dont il juge.

B. La place des cours constitutionnelles hors des appareils juridictionnels traditionnels, garantie du caractère objectif de la mission du juge constitutionnel

Le développement qui va suivre va nous permettre de voir que les pouvoirs constituants des pays étudiés ont tendu, d'une façon générale, à garantir le caractère objectif du contentieux constitutionnel d'un point de vue juridictionnel.

Selon nous, il s'est agi pour les pouvoirs constituants, en plaçant des tribunaux spécialisés dans le contentieux constitutionnel hors des appareils juridictionnels traditionnels, de marquer le fait qu'ils ne sont pas des cours suprêmes, au contraire du modèle

américain¹¹⁰, ce, en dépit du fait que les normes dont ils ont le monopôle de la garantie et du respect dans l'ordre juridique bénéficient de la suprématie dans la hiérarchie des normes juridiques.

De fait, la place des cours constitutionnelles dans l'ordonnement juridique va alors garantir, en le mettant en évidence, le caractère objectif du contentieux constitutionnel dans tous les types de saisine, sauf les cas où il y a un accès direct des individus. Cette objectivité est marquée au regard des tribunaux ordinaires amenés à les saisir, lesquels sont des organes de l'Etat qui leur posent des questions de droit constitutionnel portant sur des normes de l'ordre juridique qu'ils ont à appliquer.

Ceci a pour effet de laisser « libres » les autres tribunaux vis-à-vis des cours constitutionnelles dans leur travail de trancher des litiges ordinaires revêtant pour le justiciable des intérêts subjectifs, en offrant par ailleurs au juge constitutionnel –qui n'est *a priori* pas une cour suprême- la latitude nécessaire pour procéder comme en Italie ou en Allemagne au contrôle *a posteriori* des normes portant sur des litiges de constitutionnalité concrets. Finalement, ceci a pour effet d'asseoir une bonne distribution des rôles dans le travail respectif de chaque juge de dire le droit qui le concerne, ou du moins dont il est spécialiste.

La place du juge constitutionnel offre ainsi aux litiges touchant au droit constitutionnel –et où il est amené à s'impliquer- une garantie d'objectivité et respecte la volonté des constituants de ne pas en faire des cours suprêmes à travers l'authenticité même de cette place « à part » et l'objectivité du contentieux touchant aux normes dans un système de droit positiviste bâti par Kelsen.

¹¹⁰ Favoreu L. et Mastor W., *Les cours constitutionnelles*, Dalloz, 2011, p. 7

En France, qui est le pays dont le système se rapproche aujourd'hui le plus du modèle originel de Kelsen parmi les étudiés¹¹¹, une brillante thèse a entendu mettre en lumière « *l'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel* »¹¹², et il ne fait aucun doute que, d'une façon sans doute lente, mais véritable, les règles et principes constitutionnels régis par l'œuvre jurisprudentielle des tribunaux constitutionnels¹¹³ des pays étudiés, ce, notamment et aujourd'hui à travers les voies de recours indirectes du justiciable, irradient de façon objective l'ensemble des branches du droit par la constitutionnalisation dont le juge constitutionnel est en principe le principal missionnaire, et contribuent à leur effectivité dans l'ensemble de ces branches, par l'applicabilité directe de ces normes. In fine, elles vont transformer et déplacer les lignes dans l'ordre juridique sous le sceau du principe de constitutionnalité¹¹⁴.

Ce qui nous amène à étudier la nature objective du processus de constitutionnalisation au regard des modalités et des effets du processus.

¹¹¹ Favoreu L. et Mastor W., *Les cours constitutionnelles*, Dalloz, 2011, p. 25

¹¹² Mathieu Disant, *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, L.G.D.J., Collection Thèses, 2010.

¹¹³ Cf. Favoreu L., « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », *Revue Pouvoirs*, 1980, n°13, s'agissant de la France

¹¹⁴ Nicolas Molfessis, « *L'irrigation du droit par les décisions du Conseil constitutionnel* », *Revue Pouvoirs* n°105, Avril 2003, pp. 89 à 102.

Paragraphe 2. La nature objective de la constitutionnalisation au regard de ses modalités et de ses effets sur l'ordre juridique

Nous allons établir le caractère objectif de la constitutionnalisation au regard de ses modalités théoriques (A). Puis, nous le vérifierons au titre de ses effets directs sur l'ordre juridique (A).

A. Les modalités objectives de la constitutionnalisation

La constitutionnalisation du droit est un phénomène juridique objectif, car elle a pour principale ambition de faire régner un ordre constitutionnel fondé sur la hiérarchie des normes.

Ainsi, elle prend ses fondements dans deux réalités objectives difficilement contestables aujourd'hui en droit positif. Tout d'abord, c'est celle de la normativité aujourd'hui incontestée des dispositions constitutionnelles. D'ailleurs, Louis Favoreu estimait, en parlant de la constitutionnalisation que : « *Elle est rendue possible (...) par le fait que la Constitution est de plus en plus considérée comme une règle de droit : la normativité de la Constitution est de plus en plus admise(...). Les nouvelles générations conçoivent beaucoup plus facilement que, comme en Allemagne, Italie ou Espagne, « La Constitution, c'est du droit » : les règles constitutionnelles sont directement applicables par le juge ordinaire comme par les autorités administratives ou les particuliers* »¹¹⁵ En atteste de nos jours la thèse d'Olivier Desaulnay sur « l'application de la Constitution par la Cour de cassation » publiée en 2010¹¹⁶.

¹¹⁵ Cf. Louis Favoreu, article « La constitutionnalisation du droit » de 1996, reproduit dans l'ouvrage de Verpeaux et Mathieu, *La constitutionnalisation des branches du droit*, p. 185.

¹¹⁶ Desaulnay O., *L'application de la Constitution par la Cour de cassation*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, 2009, p. 30.

Le second élément, comme nous y a précédés le Doyen Favoreu est, bien entendu, celle de l'applicabilité directe et/ou indirecte de des normes constitutionnelles¹¹⁷. La question demeure sans doute de savoir si la Constitution et les décisions des juridictions constitutionnelles qui en résultent posent ou fondent les notions fondamentales du droit ou si celles-ci préexistent à elles, ou encore si, comme dans un mouvement de balancier, de flux et de reflux, des interactions fortes, ou tout moins indispensables, viendraient faire en sorte que le droit constitutionnel et les autres branches du droit soient amenés sinon à se coopter, tout au moins coopérer et à s'influencer l'un vis-à des autres et inversement, ne serait-ce que pour la cohérence du droit, sinon la bonne marche de la justice. Ceci, notamment, parce que les Constitutions commandent que les décisions du juge constitutionnel s'imposent aux autorités publiques et politiques, administratives et juridictionnelles, c'est-à-dire, dans le modèle européen de justice constitutionnelle, en l'occurrence dans le cadre de l'accès indirect, qu'elles aient un effet *erga omnes* « *garantissant la cohérence de l'ordonnement juridique (Allemagne, Italie...)* »¹¹⁸. Ce qui nous alors nous impose d'appréhender le caractère objectif de la constitutionnalisation au regard de ses effets sur l'ordre juridique.

¹¹⁷ Favoreu L., « L'applicabilité directe et l'effet direct des normes constitutionnelles », RFDA, 1984, p. 174

¹¹⁸ Favoreu L. et alli, Droit constitutionnel, Dalloz, 17^{ème} éd., 2015, p. 256

B. Le caractère objectif de la constitutionnalisation par ses effets sur l'ordre juridique

S'agissant des effets du processus de constitutionnalisation sur l'ordre juridique, le Doyen Favoreu distinguait dans ses travaux trois séries d'effets directs¹¹⁹, qui, toujours, sont d'actualité.

Ainsi, dans une typologie classique, trois types de constitutionnalisation appellent la diffusion des normes constitutionnelles dans l'ordre juridique.

Il s'agit, tout d'abord, de la constitutionnalisation dite « *juridicisation* » : c'est la première à avoir été observée, notamment parce qu'elle concernait le droit constitutionnel institutionnel et qu'il était dans l'intention du pouvoir Constituant de régir par des règles de droit applicables et dotées d'une charge normative véritable, sinon obligatoire, le statut, le mode de désignation, les compétences des organes du pouvoir politique, ainsi que les rapports qu'ils entretiennent mutuellement¹²⁰.

Ensuite, le second type de constitutionnalisation classique est celui que l'on nomme « *constitutionnalisation-élévation* »¹²¹. Il concerne, par son objet, la répartition des compétences entre le Législateur et le pouvoir réglementaire. Alors que pendant longtemps le Législateur avait « *la compétence de sa compétence* » selon la terminologie du droit international, désormais c'est la Constitution qui elle-même détermine son champ d'intervention (art. 34 C), soigneusement distingué¹²² de celui du pouvoir réglementaire, lequel revêt un caractère résiduel aux termes de l'article 37 C. Le juge constitutionnel veille au respect de cette répartition en sanctionnant les empiétements ou incompétences négatives éventuels. En droit

¹¹⁹ Verpeaux et Mathieu, *La constitutionnalisation des branches du droit*, p. 190

¹²⁰ Verpeaux et Mathieu, *La constitutionnalisation des branches du droit*, pp. 190-191

¹²¹ Verpeaux et Mathieu, *La constitutionnalisation des branches du droit*, op. cit. p. 191

¹²² Cf. J. Trémeau, *La réserve de loi*, thèse, Aix-marseille III, 1994.

comparé, la Cour constitutionnelle fédérale allemande veille également à la répartition de ces compétences (article 93 parag. 1, alinéa 3 et 4 de la Loi fondamentale), de même que la *Corte costituzionale* en Italie (article 134 CI) et le Tribunal constitutionnel de Madrid (article 161-1 CE, précisé par les articles 59 et 65 de la LOTC). Ainsi conçoit-on que sont élevées d'un degré, c'est-à-dire de la loi à la Constitution, les règles définissant la production des normes au sein du système juridique national, règles elles-mêmes sanctionnées par le juge constitutionnel.

Enfin, si l'on peut dire que les effets des deux premiers types de constitutionnalisation étaient aisément prévisibles et observables, voire qu'il s'agissait de constitutionnalisations que l'on pourrait qualifier d'*ab initio* en ce sens qu'elles ressortaient clairement de l'intention du pouvoir constituant, il n'en est pas de même pour ce qui est du dernier type de constitutionnalisation que nous allons voir, la plus récente (celle qui date, en France, du début des années 1970), et qui a fait l'objet des débats et controverses les plus nourris d'autant que c'est elle qu'on vise généralement quand on parle de *constitutionnalisation du droit* : c'est celle dite *constitutionnalisation-transformation*¹²³. Elle est censée recouvrir, tout en les affermissant, les confortant et les gouvernant, le régime et la portée juridiques des droits et libertés inclus dans les textes de valeur constitutionnelle, ou identifiés par le juge constitutionnel comme étant au nombre de règles, droits ou principes garantis par la Constitution suivant ses méthodes précises d'interprétation, de déduction, d'induction qu'il est amené à mettre en œuvre dans son travail de juridiction. Elle conduit, ainsi, cette constitutionnalisation, à une imprégnation des différents secteurs et domaines du droit, qu'elle sera, par ailleurs, amenée à transformer par le jeu de la diffusion des normes constitutionnelles

¹²³ Favoreu L., « La constitutionnalisation du droit, in Verpeaux et Mathieu, *La constitutionnalisation des branches du droit*, p. 191

que ces droits et libertés garantis par la Constitution ont vocation à faciliter. Mais aussi cette constitutionnalisation n'ignore pas les institutions, notamment administratives et juridictionnelles dont elle peut fonder le principe de l'existence, leur indépendance voire de leurs compétences¹²⁴, phénomène que l'on peut observer en droit administratif et en droit judiciaire privé. Le Doyen Favoreu parlait de « *transformation* », parce que la Constitution, une fois sa normativité avouée, son applicabilité et sa sanction provoquent « *un changement du contenu du droit* » qu'il a voulu caractériser dans les années 80 en parlant de droit constitutionnel civil, droit constitutionnel social ou droit constitutionnel pénal, fiscal, entre autres types de caractérisations d'ailleurs reproduites dans le vocable des *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*¹²⁵.

Ainsi, ces différents types de constitutionnalisation classique mettent en évidence la nature objective du processus, qui ne s'opère autrement que dans l'intérêt, suivant la hiérarchie des normes et abstraction faite de tous les applications du droit aux individus, c'est-à-dire aux particuliers.

Donc le processus de constitutionnalisation du droit est, avant tout, un processus ayant une visée et une teneur objective.

Cette objectivité qui caractérise le phénomène, dans son essence, est maintenue par le domaine et les acteurs principaux et traditionnels du contentieux, surtout s'agissant de la France, et, ce, en dépit des évolutions.

¹²⁴ Voir en ce sens les décisions 119 DC du 22 juillet 1980 ou 224 DC du 23 janvier 1987 *Conseil de la concurrence*.

¹²⁵ Favoreu L., « La constitutionnalisation du droit, in Verpeaux et Mathieu, *La constitutionnalisation des branches du droit*, pp. 191-192

Section 2. Le caractère objectif de la constitutionnalisation en dépit des évolutions

Il nous faut d'abord analyser comment le domaine classique du contentieux constitutionnel est, en dépit des évolutions, la source principale du caractère fondamentalement objectif de la mission de constitutionnalisation du juge constitutionnel (PARAG. I), avant de pouvoir affirmer comment les acteurs traditionnels de ce contentieux y participent très amplement (PARAG. II).

Paragraphe 1. Le domaine classique du contentieux, source de l'objectivité de la constitutionnalisation

Il faut avant tout noter l'évolution du domaine classique du contentieux constitutionnel (A), avant d'envisager comment cette évolution n'a pas bouleversé le caractère fondamentalement objectif de la mission de constitutionnalisation du juge constitutionnel que lui impose son rôle de « *gardien de la Constitution* » (B).

A. L'évolution du domaine classique du contentieux constitutionnel

Longtemps, le juge constitutionnel était attendu, d'une façon générale en Europe, cela dans les pays que nous avons étudiés, sur le terrain du contentieux de la division horizontale du pouvoir ou sur le contentieux de la division verticale de ce pouvoir¹²⁶, qu'il s'agisse de la France, État unitaire décentralisé, de la République fédérale d'Allemagne (laquelle a aussi prévu des cours constitutionnelles au profit des Länder) ou de l'Espagne ou encore l'Italie, qui sont considérées comme des États régionaux avec des communautés ou des Régions autonomes.

Le contentieux concernait donc aussi bien les institutions que les normes produites par celles-ci ou par les diverses représentations ou subdivisions étatiques. Il s'est alors agi, tout d'abord, de « juridiciser » la vie publique et politique à travers le contentieux constitutionnel en même temps que l'on s'évertuait à l'« élever » s'agissant notamment de la répartition des compétences, qui alors allait être dévolue au pouvoir constituant, et non plus au pouvoir

¹²⁶ Carpentier E., La résolution juridictionnelle des conflits entre organes constitutionnels, *LGDJ*, coll. « Thèses (Fondation Varenne) », 2006.

législatif. C'est un point commun et marquant de toutes les constitutions que nous avons étudiées.

Cet élément commun et marquant laisse peu de place à un caractère subjectif du contentieux constitutionnel et concerne davantage la production normative et la répartition du pouvoir.

Ce faisant, lesdits éléments ont initialement tendu, dans l'émergence et l'acceptation d'une justice constitutionnelle en Europe occidentale, à considérer le droit contentieux constitutionnel comme du droit objectif, en ce sens que la fonction du contrôle de constitutionnalité des lois vise, d'abord, à l'organisation de l'État de droit, c'est-à-dire que la justice constitutionnelle vise « *à remplir un certain nombre de fonctions à caractère général absolument indispensable pour le bon fonctionnement des institutions dans un État moderne* »¹²⁷.

Mais l'on s'est rendu très vite compte en Europe que le règne de l'État de droit, de la fameuse « Rule of law » des États-Unis -et cela les Allemands l'ont très vite perçu¹²⁸- impliquait que l'on confère une place au justiciable dans le contentieux constitutionnel. Le but n'était pas afin qu'il puisse lui-même vérifier si l'État est organisé suivant les règles et principes contenus dans la Constitution, ce qui peut se produire dans le cadre d'un contrôle concret de la constitutionnalité externe d'une norme à la demande du justiciable (comme c'est le cas en Italie où la compétence de l'autorité ayant adopté une norme peut être vérifiée par le justiciable dans le cadre d'un procès incident de constitutionnalité), mais surtout pour qu'il puisse lui-même vérifier le respect de ses droits et de ses libertés que cette même constitution garantit au vu de l'incapacité prouvée par le Législateur de protéger les

¹²⁷ Favoreu L. et Mastor W., *Les cours constitutionnelles*, Dalloz, 2011, p. 26

¹²⁸ Schlaich K., « Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux ; Tribunal constitutionnel fédéral allemand », in *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux* (dir. L. Favoueu), Economica et PUAM, 1987, 105.

droits et libertés du justiciable pendant les périodes de fascisme ou de nazisme, respectivement sous l'Italie de Mussolini et l'Allemagne hitlérienne, ou encore sous le règne de la dictature de franquiste en Espagne.

Aussi, ces derniers pays concernés ont prévu, disons *ab initio*, dans leurs constitutions, une série de règles et de principes de valeur constitutionnelle, de droits et de libertés au profit du justiciable, auxquels le Législateur ne pouvait attenter sans porter préjudice à la Constitution du pays elle-même.

Cette série de droits et de libertés de valeur constitutionnelle allait alors révolutionner l'entendement commun et classique que les juristes avaient coutume d'avoir du contentieux constitutionnel. La fameuse étude de Michel Fromont sur la République fédérale d'Allemagne¹²⁹ allait faire comprendre aux observateurs les plus avertis (notamment feu le Doyen Louis Favoreu) ce qui nécessairement allait se produire en France, car une certaine série de décisions du Constitutionnel français, à partir de celle fondatrice du 16 juillet 1971 *Liberté d'association* ou de 1973 *Taxation d'office*¹³⁰, augurait de ce processus, et c'est aujourd'hui prouvé que le Conseil constitutionnel se lançait sur cette voie, de manière historique.

De la même façon, dans le souci de bâtir un État de droit solide, la Constitution du Royaume d'Espagne du 27 décembre 1978 allait prévoir au profit du justiciable une série de droits et de libertés de valeur constitutionnelle qu'elle garantissait elle-même, certes de façon différenciée suivant les recours que nous allons étudier (cf. Titre 2 et Seconde partie).

¹²⁹ Fromont M., « Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République fédérale d'Allemagne », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, 1977, page 64.

¹³⁰ CC, n°73-51 DC du 27 décembre 1973.

Par conséquent, le contentieux constitutionnel a subi un changement de fond, on peut même ici parler de bouleversement, en ne s'arrêtant plus aux institutions et aux normes, mais en s'ouvrant aux droits et aux libertés des individus.

Cependant, le changement de fond qui s'est produit n'a pas nécessairement entraîné un changement de forme dans le cadre de l'accès indirect, car c'est seulement le contenu du droit constitutionnel matériel qui a été étendu. Et les changements de forme, s'il y en a eu – et il y en a eu, lesquels varient suivant les pays-, n'ont pas bouleversé le principe du caractère généralement objectif du contentieux et de la mission de constitutionnalisation objective dévolue au juge constitutionnel, le contrôle de constitutionnalité qui s'effectue *a posteriori* dans le cadre de l'accès indirect empruntant sous l'influence du modèle de Kelsen de nombreux aspects au contrôle abstrait opéré dans l'intérêt du droit¹³¹.

C'est le processus dit de « fondamentalisation » du droit, qui plus tard « renversera » complètement la « perspective »¹³² (cf. infra). Mais, voyons, plus en détail, dans les pages qui suivent, pourquoi la constitutionnalisation du droit est restée objective.

¹³¹ C'est ce que reconnaissent clairement, pour la France, Guillaume Marc, « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », NCCC n°32 (dossier Convention européenne des droits de l'homme), juillet 2011. Grewe Constance pour l'Allemagne, « Subjectivité et objectivité dans le contentieux de la Cour de Karlsruhe », *Droits*, n°9, 1989 ou encore Zagrebelsky G. pour l'Italie, « Les caractères réaliste et concret du contrôle de constitutionnalité des lois en Italie », CCC, n°22 (Dossier : le réalisme en droit constitutionnel)- juin 2007.

¹³² Expression empruntée à Gustavo Zagrebelsky.

B. Le caractère objectif de la constitutionnalisation en dépit de l'évolution du champ matériel

La première explication –et elle est fondamentale– du caractère demeuré objectif du processus de constitutionnalisation du juge constitutionnel, nonobstant les évolutions du champ matériel du contentieux tendant à faire protéger et garantir les droits fondamentaux des individus, réside, selon nous, dans le fait qu'au regard de sa principale mission initiale, qui est le contrôle de la constitutionnalité des lois, le juge constitutionnel européen est un juge normativiste¹³³, qu'il existe donc chez lui un réflexe kelsénien.

De prime abord, le juge kelsénien du modèle européen de justice constitutionnelle, même si Joseph Pini estime dans sa thèse que la mise «*en évidence des traits communs et d'indiscutables convergences (...) ne permet pas de dégager une ligne unique typique*»¹³⁴, apparaît comme étant un juge rationaliste et positiviste, chargé de confronter et de ranger les normes suivant une hiérarchie déterminée, car les cours constitutionnelles faisant l'objet cette étude ont été prévues, pensées et mises suivant le modèle de Kelsen et sa fameuse théorie de la hiérarchie des normes.

Le juge constitutionnel est donc, dans ce cadre, en principe un juge rationaliste et positiviste. Sa tâche consiste, avant tout, à confronter des normes, à vérifier leur compatibilité avec la Constitution, outre le fait de vérifier leur validité, d'après cette même Constitution : c'est «*un censeur, non un décideur*», selon la critique du Doyen Vedel, ajoutant qu'il n'est «*ni une muse, ni chef d'orchestre, un généralissime*»¹³⁵. C'est donc, a priori, un «*contrôleur*» objectif de

¹³³ Pini J., Recherches sur le contentieux de constitutionnalité, (Thèse, dir. L. Favoreu), Aix-Marseille III, 1997

¹³⁴ Pini J., Recherches sur le contentieux de constitutionnalité, (Thèse, dir. L. Favoreu), Aix-Marseille III, 1997 (voir le résumé).

¹³⁵ Propos d'ouverture des ateliers de Dijon de 1996, reproduit dans *La constitutionnalisation des branches du droit* de Mathieu et Verpeux, p. 18

normes dans un système de droit objectif. Ainsi, il est chargé de prérogatives appelées à s'appliquer avec des caractéristiques et des incidences génériques sur l'ordre juridique.

C'est pourquoi, quoique le champ matériel du contentieux constitutionnel se soit étendu aux droits et libertés des individus, dans le cadre kelsénien susdit, le juge va apparaître rationaliste et positiviste en principe, normativiste et objectiviste dans son travail de dire le droit constitutionnel. C'est lui qui veille sur la Constitution¹³⁶ et qui garantit le principe de constitutionnalité, qui, longtemps, était demeuré inerte au bénéfice du principe de légalité¹³⁷.

La normativité, de même que l'effectivité des règles et principes contenus dans la constitution, avaient si longtemps été contestée que sa reconnaissance aujourd'hui en droit positif est le principal signe de la légitimité de l'existence du juge constitutionnel en tant qu'autorité juridictionnelle. Sur lui, règne toujours une épée de Damoclès dans la suspicion que l'on a d'une tendance au règne d'un « gouvernement des juges »¹³⁸.

Dans ces conditions, la mission de constitutionnalisation doit apparaître objectiviste, c'est-à-dire, rationaliste et positiviste et les jugements, décisions ou arrêts qu'il rend ont vocation à l'être fondamentalement.

Quand il se tente au subjectivisme ou au jusnaturalisme, en s'écartant, comme en Allemagne du droit écrit, comme le montre sa conception de la dignité humaine (cf. Deuxième partie), sa légitimité est très vite mise en cause, bien que l'on comprenne que des circonstances historiques l'expliquent dans ce pays.

¹³⁶ Crisafulli V., « Le système de contrôle de la constitutionnalité des lois en Italie », *RDP*, 1968, p. 130

¹³⁷ Kelsen H., « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *RDP*, 1928, p. 226

¹³⁸ Lambert E., *Le gouvernement des juges*, réimpression de l'édition de 1921, Dalloz, 2005, Préface de Franck Moderne.

Ainsi, il a vocation à se limiter, dans le cas général, à dire le droit constitutionnel, au plus à déterminer ou fixer les grandes lignes pour les autres branches du droit, en s'échinant de rester le plus objectiviste possible, dès lors qu'il s'agit de trancher une question de constitutionnalité.

De plus, dans un pays comme l'Allemagne, où la protection des droits fondamentaux des individus par le juge constitutionnel est l'une des plus abouties en Europe, la Cour constitutionnelle fédérale considère avant tout que lesdits « *droits fondamentaux forment un ordre juridique objectif qui doit être interprété non comme une série de garanties ponctuelles, mais comme un système cohérent et complet de valeurs qui vise à la protection de la dignité de la personne humaine et à son libre développement* »¹³⁹.

Par conséquent, si le domaine du contentieux constitutionnel s'est étendu à une sphère laissant beaucoup de place à la subjectivité –la sphère des droits et libertés fondamentaux des individus–, le juge constitutionnel et les contentieux qu'il tranche restent, dans le principe et pour leur sphère de légitimité, dans un cadre de constitutionnalisation objective du droit¹⁴⁰, c'est-à-dire un cadre qui s'attache aux effets généraux et *erga omnes* des décisions du juge constitutionnel, s'agissant précisément de l'accès indirect des individus où interviennent les juges ordinaires, comme « *organes de l'Etat* »¹⁴¹.

Il s'agit, conséquemment, dans le modèle européen de justice constitutionnelle, d'un rôle de confrontation de normes dans un système de droit objectif, celui initialement prévu dans la théorie de Kelsen, que le contrôle s'opère par voie d'action ou par voie

¹³⁹ Cf. Béguin J.-C., *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en RFA*, Economica, 1982, page 128.

¹⁴⁰ Grewe C., « Subjectivité et objectivité dans le contentieux de la Cour de Karlsruhe », *Droits*, n°9, 1989

¹⁴¹ Fromont M., « *Le contrôle de la constitutionnalité de la loi en Allemagne : quelques comparaisons avec le système français* », *Revue Pouvoirs*, 2011/2, n°137

d'exception, s'agissant notamment de la place laissée au justiciable dans le contentieux constitutionnel. Cela se conçoit d'autant plus que le justiciable n'avait que peu de place dans les tenants et les aboutissants de la théorie de Kelsen¹⁴².

D'ailleurs, s'agissant des droits fondamentaux qui sont le fondement de l'accès des individus à la justice constitutionnelle en France, même de façon directe en Allemagne et en Espagne, et qui fondent, comme nous le verrons (cf. Deuxième Partie), la subjectivité du travail juridictionnel, la Cour constitutionnelle de Karlsruhe, considère, depuis l'arrêt « Lüth » du 15 janvier 1958, qu'ils forment « également un ordre objectif de valeurs »¹⁴³ destiné à garantir la sphère de liberté des individus.

Il ne serait d'ailleurs pas infondé de penser que le Conseil constitutionnel français considère, à l'instar de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe, que les droits et libertés que renferment le bloc de constitutionnalité forment eux aussi un ensemble juridique objectif et complet de valeurs, parce qu'il a donné pleine valeur juridique au préambule de la Constitution de 1958 dans une même et éclatante décision « Liberté d'association »¹⁴⁴, qui s'applique indépendamment des situations particulières. Le Conseil constitutionnel a maintenu par la suite l'objectivité de sa mission de constitutionnalisation, en dépit du renforcement du bloc de constitutionnalité, c'est-à-dire une applicabilité générale et indifférenciée de ses décisions en l'absence de voies de recours l'y habilitant. La Cour constitutionnelle de Karlsruhe avait fait cette déclaration, notamment pour permettre aussi que l'on puisse invoquer d'autres fondamentaux que ceux énumérés par des articles

¹⁴² Troper M., « La logique de la justification du contrôle de la constitutionnalité des lois », in *Mélanges Pactet*, Dalloz, 2003, p. 911

¹⁴³ *Grandes décisions des cours constitutionnelles européennes* (dir. P. Bon et D. Maux), Dalloz, coll. Grands Arrêts, 2008, p. 115

¹⁴⁴ Favoreu L./Philip L., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, N°6, Dalloz, 16^{ème} éd. , 2011, page 50.

déterminés de la Loi fondamentale (les premiers articles et les articles 20, al. 4, 33, 38, 101, 103 et 104) à l'appui d'un recours constitutionnel direct, donc, pour permettre à d'autres dispositions de la Loi fondamentale d'être invoquées.

Donc, en dépit de l'extension du champ matériel du contentieux constitutionnel, notamment aux droits et libertés, la mission de constitutionnalisation induite par le rôle de « gardien de la Constitution » des cours constitutionnelles revêt des caractéristiques essentiellement objectives, car elle est d'abord destinée à assurer la primauté de la Constitution en garantissant la cohérence de l'ordre juridique.

Cette mission de constitutionnalisation apparaît d'autant plus objective que les acteurs classiques, publics ou politiques du contentieux constitutionnel, participent au maintien de cette caractéristique.

Paragraphe 2. Les acteurs publics ou politiques participant à l'objectivité de la constitutionnalisation

Le nombre des acteurs principaux et classiques du contentieux constitutionnel a fortement évolué en se densifiant (A). Cependant, cette évolution du nombre des acteurs n'a pas changé le caractère fondamentalement objectif de la mission de constitutionnalisation du juge constitutionnel (B), si l'on excepte les voies de recours directes.

A. L'évolution des acteurs traditionnels

Le nombre, le rôle et la place des acteurs traditionnels du procès constitutionnel varient suivant les pays étudiés. Cela correspond à une évolution de fond et de forme du contentieux constitutionnel.

Ainsi, on peut noter, aussi bien pour ce qui concerne l'Allemagne, la France, l'Italie que pour l'Espagne, la présence classique, traditionnelle et/ou principale des autorités publiques et/ou politiques au procès constitutionnel, en tant que demandeurs, défendeurs, en certaines occurrences en tant qu'observateurs. C'est un point fondamental.

Cet élément est en corrélation directe avec le champ matériel initial du contentieux constitutionnel, pour lequel elles étaient appelées à être les parties. Il s'agit des autorités élues ou nommées jouant les premiers rôles dans les plus hautes fonctions de l'État ou des subdivisions de celui-ci, suivant la répartition des pouvoirs et des compétences.

Ce dernier élément caractérise tous les systèmes de justice constitutionnelle mis en place d'après le modèle conçu par Kelsen. En France, l'ouverture de la saisine du Conseil constitutionnel à 60 députés ou à 60 sénateurs par la réforme constitutionnelle de 1974 a

notablement développé le contentieux constitutionnel et participé à l'affermissement de la constitutionnalisation objective des diverses branches du droit, amorcée par le Conseil Constitutionnel à partir de 1971.

Viennent ensuite y participer les juges, qui sont les juges de renvoi ou juges *a quo*, organes de l'Etat, dont la participation approfondit le contentieux constitutionnel et souvent le densifie, tout en affermissant et prolongeant le processus de constitutionnalisation. Ces juges *a quo* peuvent soumettre à la cour constitutionnelle la question de la constitutionnalité d'une loi ou d'une disposition législative en cas de doute lorsqu'ils ont à l'appliquer, aux fins de trancher le litige pendant devant eux. En Allemagne, avant 1956, seuls les tribunaux supérieurs pouvaient saisir la cour constitutionnelle de Karlsruhe aux fins de répondre à la question de la constitutionnalité d'une disposition législative adoptée de façon postérieure à la Loi fondamentale de 1949 ou modifiée postérieurement à la Loi fondamentale¹⁴⁵. Depuis cette date, la question de la constitutionnalité d'une loi ou d'une disposition législative peut être soulevée devant n'importe quel tribunal à l'instar de l'Italie (loi italienne n°87 du 11 mars 1953). En Espagne, l'article 163 alinéa 1 de la Constitution permet à tout organe judiciaire d'opérer un tel renvoi. En France, c'est la réforme du 23 juillet 2008 qui inaugure la possibilité pour le juge ordinaire de transmettre une question de constitutionnalité au Conseil constitutionnel.

Par conséquent, hormis les cas -que nous allons analyser de façon plus approfondie- de recours constitutionnels directs qui existent en Allemagne ou de recours d'*Amparo* constitutionnels, tels qu'on les connaît en Espagne, le procès constitutionnel fut longtemps traditionnellement en Europe davantage une affaire d'autorités

¹⁴⁵ Favoreu L. et Mastor W., *Les cours constitutionnelles*, p. 78

publiques, politiques et juridictionnelles que l'affaire des justiciables, ce qui correspondait assez bien au modèle de Kelsen. Il est devenu progressivement un contentieux où trouvent leur place les individus, avec des affinements, des subtilités et divers aménagements.

Même pour un pays comme l'Allemagne qui a vu des recours constitutionnels directs déposés dès 1951 (date du début du fonctionnement de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe) ou pour l'Espagne qui a prévu le recours d'*Amparo* dans la Constitution du 27 décembre 1978 même (article 53-2 CE), ou encore l'Italie (article 134 CI), et surtout pour la France (article 61-1 C), le contentieux constitutionnel est longtemps demeuré, d'une façon générale, davantage l'affaire des autorités et des institutions publiques, politiques ou juridictionnelles, que l'affaire des individus dans sa configuration indirecte. Ainsi, hormis la « *Verfassungsbeschwerde* » et l'*Amparo*, les individus bénéficient d'un accès indirect aux cours constitutionnelles par l'intermédiation des tribunaux ordinaires, qui sont des organes de l'Etat. Cela pose les fondements du contentieux objectif qui peut s'amorcer dans le cadre de l'accès indirect.

Ayant noté ces évolutions, nous pouvons analyser en quoi la constitutionnalisation est une œuvre objective dans le cas général.

B. Le caractère objectif de la constitutionnalisation en dépit de l'évolution du nombre des acteurs

Le maintien du statu quo, c'est-à-dire du caractère fondamentalement objectif de la mission de constitutionnalisation du juge constitutionnel, subséquemment du processus, notamment avec l'apparition du justiciable dans un pays comme la France, est, selon nous, en rapport direct avec la place privilégiée qu'y conservent ses acteurs principaux et traditionnels.

Ainsi, dans tous les pays étudiés, le point commun et largement répandu dans la conception traditionnelle que l'on y a, ou que l'on y avait, du procès constitutionnel est leur présence en tant que demandeurs, défendeurs, ou observateurs du procès constitutionnel, s'agissant notamment des voies d'accès indirectes¹⁴⁶. Ces autorités sont appelées à défendre ou apporter des observations ou conclusions sur les normes qu'elles ont produites ou à la production desquelles elles ont participé, comme s'il s'agissait de ranger les champs nouveaux du contentieux constitutionnel, avec l'apparition des individus, dans le champ classique du contentieux constitutionnel. C'est pourquoi, le droit constitutionnel et le principe de constitutionnalité semblent être privilégiés devant les cours constitutionnelles, notamment s'agissant des questions préjudicielles. Or cette voie d'accès indirecte au juge constitutionnel est prévue dans les quatre pays que nous avons étudiés, et ce sont les seules ouvertes au justiciable en Italie ou en France pour accéder au juge constitutionnel.

En effet, le juge constitutionnel s'attache plus à l'application des règles de droit que sur les faits dans le cadre de l'accès indirect. C'est ce que remarque Marc Guillaume s'agissant de la QPC, au sens il explique que : « *la QPC n'est pas, comme dans la plupart des Etats européens, un contrôle a posteriori et concret. Cette procédure demeure un contrôle, certes désormais a posteriori, mais abstrait. Les circonstances de l'espèce y ont peu de place. Le Conseil constitutionnel n'y fait d'ailleurs pas référence dans ses décisions* »¹⁴⁷. La question posée porte alors sur cette règle de droit, sur son applicabilité ou sur la compréhension qu'il faut en avoir dans les autres pays, le contrôle

¹⁴⁶ Ce constat est valable aussi bien pour la France, dans le cadre de la QPC, mais aussi pour l'Espagne (en dépit de la réforme du 24 mai 2007, cf. *Les cours constitutionnelles*, p. 99) et pour l'Italie, où les autorités gouvernementales interviennent dans le cadre des procès incidents (cf. *Les cours constitutionnelles*, p. 85).

¹⁴⁷ Guillaume M., « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », op. cit., p. 4.

concret y apparaissant comme le contrôle *a posteriori* de la norme contestée concernant des litiges de constitutionnalité concrets¹⁴⁸.

Cependant, nous verrons les variations de ces premières caractéristiques objectives de la constitutionnalisation selon le mode d'accès des individus et nous en mesurons l'impact pays après pays.

¹⁴⁸ Gustavo Zagrebelsky, « Les caractères réaliste et concret du contrôle de constitutionnalité des lois en Italie », CCC. n°22, 2007

CONCLUSION DU PREMIER CHAPITRE

Dans la mesure où l'on admet que la principale raison d'être des cours constitutionnelles du modèle européen de justice constitutionnelle consiste à opérer un contrôle de constitutionnalité des normes pour agencer toutes les normes de l'ordonnement juridique autour de la Constitution¹⁴⁹, étant également accepté que les normes figurant dans les constitutions prévalent sur toutes les autres normes –notamment sur les lois-, la mission fondamentale du juge constitutionnel a dès lors pour principale conséquence une constitutionnalisation objective du droit –par le biais de ce contrôle et de cette configuration hiérarchique normative dans l'intérêt du droit.

Ainsi, un tel processus ne peut qu'être objectif à cause de ses fondements et ses ressorts. Sa réalité ou son effectivité va s'imposer à l'esprit, indépendamment de toutes les formes d'interprétation, étant donné qu'il n'y a nul doute que la Constitution est la norme suprême et que le juge constitutionnel est chargé de veiller à la suprématie de cette norme suprême sur les autres normes.

Par conséquent, quoique le champ matériel du droit constitutionnel ait évolué, quoique le justiciable, avec ses droits et intérêts subjectifs, occupe aujourd'hui une place au sein du processus, le champ classique du contentieux constitutionnel et les acteurs classiques de ce même contentieux contribuent, de façon latente mais véritable à maintenir ledit phénomène de constitutionnalisation dans sa sphère de légitimité, c'est-à-dire le caractère fondamentalement objectif de la mission de constitutionnalisation du juge constitutionnel.

Cela s'admet d'autant mieux au regard de la place que les constituants ont accordée aux cours constitutionnelles étudiées,

¹⁴⁹ Kelsen H., « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *RDP*, 1928, p. 226

chargées notamment de veiller au respect de la Constitution « *dans tous ses domaines* », en les mettant hors des appareils juridictionnels traditionnels. Cela garantit, selon nous, leur vocation à l'objectivisme, au vu des questions qu'elles seront amenées à solutionner.

Une fois que nous avons dit que la mission de constitutionnalisation est une œuvre objective, se déroulant dans l'intérêt du droit, pour la cohérence de l'ordre juridique et indépendamment des situations particulières des individus, il faut, à présent, voir comment le juge constitutionnel utilise les pouvoirs dont il dispose et élabore-t-il des mécanismes tendant à l'objectivisation de sa mission.

Chapitre 2. Les pouvoirs et mécanismes utilisés par le juge constitutionnel pour la constitutionnalisation objective

Nous allons, tout d'abord, étudier la mise en œuvre des pouvoirs du juge constitutionnel pour une constitutionnalisation objective du droit en Allemagne et en France (Section I). Nous verrons ensuite l'objectivisation du processus à travers la recherche de la légitimité constitutionnelle que prouve l'exemple italien, qui traduit, selon nous, dans le cadre général des pays étudiés, l'attachement à un intérêt général supérieur voulu par les constitutions (Section II).

Section 1. La mise en œuvre des pouvoirs du juge constitutionnel pour une constitutionnalisation objective en Allemagne et en France

Nous allons, dans un premier temps, nous intéresser à l'Allemagne où le juge constitutionnel bénéficie de pouvoirs considérables qu'il met en œuvre avec des méthodes innovantes pour constitutionnaliser le droit suivant une démarche objective (PARAG. I), avant de revenir en France pour démontrer l'objectivisme du juge constitutionnel dans son application des règles et principes de valeur constitutionnelle (PARAG. II)

Paragraphe 1. Les pouvoirs et méthodes de constitutionnalisation objective du juge constitutionnel allemand

Il faut, tout d'abord, envisager les pouvoirs considérables dont bénéficie le juge constitutionnel allemand pour la constitutionnalisation objective du droit (A), avant d'analyser les méthodes qu'il utilise à cette fin (B), pour montrer que sa tendance à vouloir éviter la censure est, selon nous, un souci de préserver l'objectivité de sa mission (C).

A. Les pouvoirs de la Cour de Karlsruhe tendant à l'objectivité du contrôle de constitutionnalité des lois

Tout d'abord, il y a lieu de souligner qu'en Allemagne les recours constitutionnels directs que peuvent déclencher les justiciables pour faire valoir leurs droits fondamentaux dominant d'une façon écrasante les autres voies d'accès à la Cour constitutionnelle fédérale, -qu'il s'agisse des procédures de contrôle concret ou des mécanismes de contrôle abstrait des normes. Ainsi, de 1951 (date où débuta le fonctionnement de la Cour constitutionnelle fédérale) à 2010, ils ont représenté 96,44% de l'ensemble des recours. Cependant les recours abstrait et concret ont représenté 1,90%, même s'il est vrai que seuls 2,4% des recours constitutionnels directs ont été déclarés recevables¹⁵⁰ (nous y reviendrons, plus en détail, dans la seconde Partie).

Cette précision apportée, lorsqu'elle est amenée à porter un jugement sur la constitutionnalité des lois, la Cour constitutionnelle fédérale allemande se reconnaît des pouvoirs considérables.

¹⁵⁰ Favoreu L., Mastor W., *Les cours constitutionnelles*, Dalloz, Coll. *Connaissance du droit*, 1^{ère} édition, page 80.

D'abord, elle ne s'estime pas tenue de porter un jugement au fond sur tous les recours et même effectue un tri sévère entre les affaires¹⁵¹, ce qui, d'ailleurs, se conçoit clairement au regard des statistiques.

Surtout, elle ne s'estime pas liée par les conclusions des requérants, quel que soit la procédure ou le mode de saisine envisagé (recours abstrait, contrôle concret ou recours constitutionnel direct)¹⁵². Par conséquent, cet élément marque on ne peut mieux le caractère objectif du contrôle de constitutionnalité des lois en Allemagne, souligné d'ailleurs par Béguin¹⁵³, dans la mesure où le contrôle de constitutionnalité que la Cour opère ne va, dès lors, pas se fonder sur les prétentions des requérants pour trancher le procès. Bien plutôt, la Cour va être libre pour dégager des solutions à l'aune de la loi fondamentale.

De plus, la Cour peut soulever d'office l'inconstitutionnalité d'une loi à l'occasion d'un litige qui lui est soumis ou adopter d'office une ordonnance provisoire¹⁵⁴. Selon Schlaich, « *c'est la Cour elle-même qui choisit certains cas lorsqu'elle réalise qu'il est nécessaire de faire évoluer le droit constitutionnel* »¹⁵⁵, affirmation que nous nuancerons en étudiant les voies d'accès directes.

En principe, la constatation par elle du caractère inconstitutionnel d'une loi doit entraîner l'annulation de celle-ci¹⁵⁶.

Mais, eu égard à l'ampleur et à la gravité des effets que peut produire une annulation pure et simple, la Cour constitutionnelle de Karlsruhe fait aujourd'hui usage de plusieurs mécanismes, méthodes

¹⁵¹ Favoreu L., Mastor W., *Les cours constitutionnelles*, Dalloz, Coll. *Connaissance du droit*, 1^{ère} édition, page 80

¹⁵² Favoreu L., Mastor W., *Les cours constitutionnelles*, Dalloz, Coll. *Connaissance du droit*, 1^{ère} édition, page 80

¹⁵³ Béguin J.-C., *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en RFA*, Economica, 1982, pages 60, 102 et 123.

¹⁵⁴ Favoreu L., Mastor W., *Les cours constitutionnelles*, Dalloz, Coll. *Connaissance du droit*, 1^{ère} édition, page 80

¹⁵⁵ Schlaich K., *Cours constitutionnelles européennes et droit fondamentaux*, Economica et PUAM, 1987, p.207

¹⁵⁶ Favoreu L., Mastor W., *Les cours constitutionnelles*, Dalloz, Coll. *Connaissance du droit*, 1^{ère} édition, page 80

et variantes de l'annulation et hésite, de plus en plus, à procéder à l'annulation pure et simple de la loi.

B. Les méthodes utilisées par le juge constitutionnel allemand pour la constitutionnalisation objective

Dans son arrêt « Lüth » du 15 janvier 1958, la Cour constitutionnelle fédérale allemande range très clairement sa mission de constitutionnalisation du droit dans le droit objectif à travers la garantie qui lui incombe de faire respecter les droits par l'ordre juridique allemand tout entier. En effet, elle interprète les droits fondamentaux comme « *un ordre objectif de valeurs (eine objektive Wertordnung)*, qui doit « *s'imposer à toutes les branches du droit comme décision fondamentale du constituant* »¹⁵⁷.

Ainsi, la constitutionnalisation du droit qui s'opère en Allemagne grâce à la Cour constitutionnelle fédérale sur la base des droits fondamentaux est, d'abord, appréhendée comme une mission objective de garantie de la primauté de la Constitution sur l'ordre juridique¹⁵⁸, indépendamment des situations subjectives particulières¹⁵⁹ que nous analyserons à travers, notamment, les voies d'accès directes à cette Cour.

Elle en tire toutes les conséquences qu'elle peut moduler, s'agissant, en l'occurrence, du contrôle de constitutionnalité des lois.

En effet, la loi de 1951 sur la Cour avait entendu atténuer en 1970 les conséquences graves, diverses et démultipliées que peut avoir l'effet rétroactif d'une annulation pure et simple d'une loi, en ce sens

¹⁵⁷ CCF, « Lüth » du 15 janvier 1958, *GDCCE*, n°24, Dalloz, 2008, p. 116

¹⁵⁸ Dittmann A., « Le recours constitutionnel en droit allemand », *CCC*, n°10 (Dossier : l'accès des personnes à la justice constitutionnelle), mai 2001, p. 1

¹⁵⁹ Grewe C., « Subjectivité et objectivité dans le contentieux de la Cour de Karlsruhe », *Droits*, n°9, 1989

qu'elle dispose que, exception faite des jugements rendus en matière pénale, lesquels peuvent occasionner la réouverture de la procédure, « *les décisions qui sont fondées sur une norme déclarée nulle (...), mais qui ne peuvent plus faire l'objet d'une contestation, subsistent* » (art. 79 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale). Ainsi, outre le fait qu'il s'agit de sauvegarder une certaine sécurité juridique, l'effet neutre de la décision d'annulation ne fait aucun doute, ne serait-ce que pour les actes passés et déjà entérinés.

De fait, en dépit des aménagements apportés par la loi sur la Cour, cette dernière hésite tout de même à prononcer des annulations pures et simples. Ainsi, si l'on prend en compte tous les types de saisine, n'y a-t-il eu, de 1951 à la fin des années 1970, que cinq cas d'annulation totale de lois¹⁶⁰.

Au surplus, même les cas d'annulation partielle ne sont pas en grand nombre. Certaines d'entre les décisions qui y procèdent, et qui sont dites « *d'annulation partielle qualitative* » consistent à préciser, sans amputer le texte de loi dont il s'agit, que celui-ci est nul dans la mesure où elle s'applique à une situation déterminée : par exemple, peut être frappée de nullité une législation sur le transport des personnes dans la mesure où elle s'applique aux taxis, tout en restant valable pour les autres moyens de transports¹⁶¹.

Une autre méthode utilisée par la Cour constitutionnelle de Karlsruhe depuis fort longtemps (c'est-à-dire depuis 1955), qui tend au même but, à savoir, éviter les annulations pures et simples, et qui, par ailleurs, est aujourd'hui très fréquemment utilisée par les autres cours constitutionnelles, est la méthode dite de « *l'interprétation conforme* » : elle consiste à laisser la loi en vigueur à la condition que son interprétation soit conforme à celle que la Cour elle-même en donne.

¹⁶⁰ Béguin J.-C., *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en RFA*, Economica, 1982, page 169.

¹⁶¹ Favoreu L., Mastor W., *Les cours constitutionnelles*, Dalloz, Coll. *Connaissance du droit*, 2011, Page 81.

J.-C Béguin dit à ce sujet que : « *L'interprétation conforme apparaît le plus souvent comme une opération de rectification normative qui permettrait de gommer les « bavures » de la production normative sans remettre la loi en chantier. Le juge apure définitivement l'inconstitutionnalité et rectifie lui-même le droit vicié, forgeant la solution de droit positif applicable* »¹⁶².

Dans le même souci –fait encore plus notable–, le juge constitutionnel allemand a inauguré à partir de 1958 un mécanisme de « *déclaration de nullité sans annulation subséquente* », innovation d'ailleurs reprise en 1970 par la loi sur la Cour. Cela a entraîné un net développement de cette variante de la déclaration de nullité¹⁶³. Ainsi a-t-on pu repérer dix cas de son usage entre 1966 et 1970 et le double entre 1971 et 1975, ceci, pour l'ensemble des décisions rendues par la Cour constitutionnelle fédérale, et dans quasiment tous les cas, quand elle constate une atteinte au principe d'égalité ou à un autre droit fondamental en corrélation avec ledit principe¹⁶⁴.

Par ailleurs, la Cour peut procéder à une annulation différée de la loi, le plus souvent dans le cas où celle-ci n'est pas inconstitutionnelle à l'origine, mais progressivement le devient à cause de l'évolution des faits ou du droit. Ainsi ne procède-t-elle pas à une annulation pure et simple de la loi dans cette occurrence, mais prévient-elle le Législateur en frappant la loi de « précarité », parfois en lui fixant un délai précis pour qu'il procède à la modification des dispositions laissées constitutionnelles à titre seulement provisoire. Le Conseil constitutionnel utilise aujourd'hui la même méthode.

Rentrant de nos jours de plus en plus dans la modernité et dans la perspective future de l'évolution de la mission du juge constitutionnel, la Cour constitutionnelle fédérale allemande procède à

¹⁶² Béguin, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en RFA*, Economica, 1982, page 207

¹⁶³ Favoreu L., Mastor W., *Les cours constitutionnelles*, Dalloz, Coll. *Connaissance du droit*, 2011, Page 82

¹⁶⁴ Favoreu L., Mastor W., *Les cours constitutionnelles*, p. 82

un contrôle de la qualité et du sens des normes, n'aboutissant pour l'instant pas à l'annulation des normes¹⁶⁵. L'État de droit et l'objectivité de principe de sa mission ne se renforcent-ils pas avec ce pas vers l'adage « nul n'est censé ignorer la loi », par le truchement du contrôle même de l'intelligibilité des normes ? Nous y répondons par l'affirmative, d'autant que l'on peut noter un véritable glissement de cette Cour du contrôle de constitutionnalité de la loi à un contrôle de son application, d'où encore le caractère fondamentalement objectif de sa mission. Toutes choses qui sont de nature à diffuser les règles, valeurs, principes et droits constitutionnels qu'elle protège et défend dans l'ordre juridique allemand et même international par l'influence et le prestige qu'elle dégage au regard des autres pays et des autres juridictions.

Enfin, renforçant la souveraineté du juge constitutionnel et de l'État fédéral, le juge ordinaire peut la saisir en cas de doutes sur la question de savoir si une règle de droit international fait partie du droit fédéral et si elle crée directement des droits et des devoirs pour les particuliers (nous y reviendrons plus en détail dans la pratique de la « *Konkrete Normenkontrolle* » et de l'accès direct en Allemagne, cf. infra).

¹⁶⁵ Favoreu L., Mastor W., *Les cours constitutionnelles*, p. 82

C. La tendance du juge constitutionnel à éviter la censure, preuve de son souci de préserver l'objectivité

Ce souci du juge constitutionnel allemand de ne pas heurter de front le Législateur, notamment par la technique dite de « *l'interprétation conforme* » que nous avons relevée en Allemagne, mais que l'on retrouve aussi en France ou encore en Italie (pays que nous allons étudier) marque, selon nous, la volonté du juge, encore une fois, de respecter ce qui est censé être l'expression de la volonté générale.

Cette prudence est une forme de protection, par « *self restraint* », de sa légitimité, résidant, pour ce qui concerne sa mission fondamentale de contrôle de constitutionnalité des lois, dans sa mission positiviste kelsénienne, -l'expression de la volonté générale par la loi, l'intérêt général dont cette dernière est censée rendre compte méritant que le juge constitutionnel lui accorde tous les gages et les caractéristiques de l'objectivité, c'est-à-dire une applicabilité générale, indépendante des intérêts particuliers.

Ainsi, prendre des gants quand il s'agit d'apprécier sa conformité, sa non-contrariété, sa compatibilité avec la Constitution, est, d'après nous, le signe que le juge veut se hisser à la hauteur de sa mission, en tâchant par-dessus tout d'assurer un contrôle objectif, car derrière l'objectivisme et le positivisme kelséniens se retrouve la légitimité de son existence en Europe occidentale. On pourrait discourir sur la composition même des cours, d'une façon générale, en supposant par exemple, qu'une Cour nommée en grande partie par les membres d'une formation politique (SPD ou CDU) aura tendance à se ranger, partialement ou subjectivement, derrière les dispositions ou les requêtes présentées par la formation qui l'avait désignée. La réalité nous montre l'inverse, car, non seulement l'indépendance dont bénéficie la cour constitutionnelle fédérale allemande garantit sa neutralité et son objectivité dans sa tâche de constitutionnaliser le

droit allemand, mais encore sa composition, notamment la présence des juristes, idée chère à Kelsen, une large participation des magistrats, rend bien compte du souci que l'on a à garantir la mission objective d'intérêt général de cette cour constitutionnelle.

Cette même objectivité de fond de la mission de constitutionnalisation se marque également en France dès qu'il s'agit pour le juge constitutionnel d'appliquer, c'est-à-dire de mettre en œuvre, les règles et les principes constitutionnels.

Paragraphe 2. L'application objective des règles et principes constitutionnels par le juge constitutionnel français

Le contentieux constitutionnel a été, et demeure, pour le juge constitutionnel français l'occasion de procéder à l'application objective des règles et principes de la Constitution, c'est-à-dire, tout d'abord, de déterminer leur applicabilité objective (A), de procéder à leur consécration (B) et à une mise en œuvre destinée à leur conférer une effectivité¹⁶⁶ (C).

A. La détermination de l'applicabilité objective des règles et principes de la Constitution

Le processus de constitutionnalisation du droit s'est déclenché en France à l'occasion du contentieux transmis au Conseil constitutionnel aux fins de préciser la valeur normative, c'est-à-dire l'applicabilité objective, à caractère général et absolu du préambule de la Constitution de 1958 : en somme, sa valeur positive.

Le problème de l'applicabilité en droit positif du Préambule de la Constitution était en effet devenu classique et nourrissait la controverse dès 1946, avec la valeur positive ou non à accorder au préambule de la IV^{ème} puis de la V^{ème} République¹⁶⁷.

La décision 71-44DC du 16 juillet 1971 dite « *Liberté d'association* » est venue trancher la question en reconnaissant une applicabilité objective au préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, qui lui-même renvoie à celui de la Constitution de 1946, de

¹⁶⁶ De Montalivet P., Les objectifs de valeur constitutionnelle, (Préface Michel Verpeaux), Dalloz, 2006 (voir le résumé).

¹⁶⁷ Cf. Loïc Philip, « La valeur de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 Août 1789, selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Mélanges Kayser*, PUAM, 1979, p.317.

même qu'à la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789. De façon ultérieure, la révision constitutionnelle du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'Environnement rentrera dans ce qu'il est convenu, aujourd'hui, d'appeler le « Bloc de constitutionnalité »¹⁶⁸.

La question véritable était, d'abord, en France celle de savoir, au regard de la formulation incertaine retenue dans le Préambule d'une part (« *le peuple proclame son attachement (...)* », et au vu du fait que les dispositions en cause n'étaient pas comprises dans le corps même de la Constitution -ce qui posait la question de savoir si le référendum leur accordait une valeur en droit positif-, s'il fallait retenir le préambule en tant que paramètre du contrôle de la constitutionnalité des normes, notamment des lois¹⁶⁹.

La première réponse du Conseil constitutionnel a été, en réalité, donnée à l'occasion de l'affaire dite des communautés européennes (décision du 19 juin 1970), qui avait entraîné de la part de ce premier une mise en application du Préambule, qu'il visa expressément en tête de sa décision¹⁷⁰. Puis, la décision « *Liberté d'Association* » est venue le mettre en œuvre et le rendre effectif à l'occasion du contrôle d'une norme législative, et non plus d'une norme de droit international. La juridiction française le fit donc avec éclat, dans la mesure où il visa expressément les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République dits « PFRLR », ce qui prouva à tous qu'elle entendait mettre en œuvre et rendre effectif tout le Préambule de la Constitution de 1958.

De fait, puisque la Constitution du 4 octobre 1958 entendue stricto sensu ne contient en elle-même que peu de dispositions

¹⁶⁸ Favoreu L. et al., *Droit constitutionnel*, 17^{ème} éd., 2015, p. 131 sq.

¹⁶⁹ Favoreu L. et Loïc Philip, Observations sous la décision « Liberté d'Association », GDCC, n°6, 16^{ème} éd., 2011, p. 54

¹⁷⁰ Favoreu L. et Loïc Philip, Observations sous la décision « Liberté d'Association », GDCC, n°6, 16^{ème} éd., 2011, p. 55

relatives aux droits et libertés, le Doyen George Vedel a fait remarquer que si l'on excluait le préambule des paramètres de contrôle de la constitutionnalité des normes infra-constitutionnelles, « le pouvoir réglementaire autonome ne « *rencontrerait pratiquement aucune limitation* »¹⁷¹. Et, comme la Constitution de 1946 excluait expressément son préambule des paramètres du contrôle de constitutionnalité, ce que ne faisait pas celle du 4 octobre 1958, le Conseil constitutionnel pouvait le rendre légitimement, et objectivement, applicable.

Une décennie avant la décision de 1971, le Conseil d'Etat avait, quant à lui, déjà accordé une valeur juridique au préambule dans l'Arrêt *Sté Eky* de 1960, mais en insérant les dispositions qu'il contient, d'après l'ancien président Odent, à ses propres paramètres, qui sont les principes généraux du droit¹⁷².

C'est donc un contentieux constitutionnel fondamentalement objectif, à savoir la valeur juridique d'un texte, qui a priori, semblait para-constitutionnel, qui a fait déterminer par le juge constitutionnel l'applicabilité objective et constitutionnelle des normes et principes contenus dans la Constitution, notamment son préambule, avec une vision *lato sensu* de la Constitution, qui amorça en Français un processus de constitutionnalisation objective du droit.

Le positivisme dont fit preuve le juge constitutionnel français en rangeant le préambule parmi les normes constitutionnelles se développa ensuite par la mise en place d'un certain nombre de critères objectifs, mise en œuvre *stricto sensu*, déterminer l'existence de « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ».

¹⁷¹ Cf. Georges Vedel, *Droit administratif*, 5^{ème} édition, PUF, coll. *Thémis*, 1973, page 270.

¹⁷² Favoreu L. et Loïc Philip, Observations sous la décision « Liberté d'Association », GDCC, n°6, 16^{ème} éd., 2011, p. 55

B. Le positivisme et l'objectivisme dans la reconnaissance des règles et principes de valeur constitutionnelle

Si nous nous en référons au *dictionnaire de la culture juridique* publié sous la direction d'Alland et Rials, l'objectivité et le positivisme sont liés l'un et l'autre et recourent précisément en droit¹⁷³. C'est d'ailleurs, précise l'ouvrage, l'approche de Léon Duguit¹⁷⁴, en ce sens que « *la science positive a pour fonction de déconstruire les fausses conceptions imaginaires ou abstraites de la théologie et la métaphysique sous-jacente aux conceptions juridiques traditionnelles (essentiellement les droits subjectifs) pour permettre la formulation d'une véritable science du droit fondée sur l'observation de la vie sociale. La science du droit a, pour sa part, la fonction de formuler le vrai droit (...) ou de le préciser en prenant appui sur la réalité* »¹⁷⁵.

Ainsi, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République auraient pu, suivant une acception moraliste ou extra-juridique, ouvrir le champ d'une nouvelle vision qui s'écarterait complètement ou partiellement du droit écrit. Mais les conditions posées par le constitutionnel français en vue de les reconnaître ont prouvé que cette juridiction entendait s'en tenir à une démarche positiviste, c'est-à-dire fondée sur la réalité objective, observable et identifiable.

Le juge constitutionnel français détermine, ainsi, leur existence en se fondant sur la réalité objective principalement fondée sur leur

¹⁷³ *Dictionnaire de la culture juridique* (dir. D. Alland et S. Rials), Lamy-PUF, 2003, pp. 1172-1173.

¹⁷⁴ *Dictionnaire de la culture juridique* (dir. D. Alland et S. Rials), Lamy-PUF, 2003, pp. 1172

¹⁷⁵ *Ibid.*

présence dans des législations républicaines sans qu'il n'y eût aucune exception, avant de procéder à leur consécration.

C'est ainsi que la reconnaissance des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République comme normes de valeur constitutionnelle par le juge constitutionnel français présente toutes les caractéristiques d'une démarche positiviste et objective, dès lors que le juge constitutionnel avait déjà déterminé l'applicabilité du Préambule en 1971.

Ce faisant, lesdits *PFRLR* ayant donné au juge une certaine latitude quant à leur consécration, celui-ci a fait preuve d'objectivité, c'est-à-dire donc de positivisme dans le mouvement tendant à les développer de 1971 au début des années 1980 en les soumettant –en vue de leur reconnaissance- à des critères de réalité clairement identifiable.

A cet égard, le juge constitutionnel évite d'abord d'assimiler la reconnaissance d'un « *PFRLR* » à l'existence d'une tradition républicaine, même s'il existe un lien entre les deux.

Il précise, en effet, dans sa décision 88-244DC du 20 juillet 1988, *Loi d'amnistie*, que : « *La tradition républicaine ne saurait être utilement invoquée pour soutenir qu'un texte qui la contredit serait contraire à la Constitution qu'autant que cette tradition républicaine aurait donné naissance à un principe fondamental reconnu par les lois de la République* ».

Ainsi, le premier critère retenu par le juge constitutionnel afin de reconnaître un « *PFRLR* », dans la même décision, est clairement identifiable, en ce sens qu'il doit s'agir d'une « *législation républicaine* », ce qui exclut toutes les dispositions législatives intervenues en dehors des périodes républicaines.

En second lieu, le moment d'intervention de cette « *législation républicaine* » retenu est tout aussi clair, c'est-à-dire avant l'entrée en vigueur du Préambule de la Constitution 1946 qui, subrepticement, avait introduit lesdits « principes », ce qui fait que la législation en cause doit être intervenue avant le 27 octobre 1946.

Ensuite, d'après le 12^{ème} considérant de la décision de 1988, il ne faut pas qu'il y ait eu une seule exception à la tradition qui s'est établie au fil de l'intervention des lois républicaines, dans la mesure où si une seule loi s'en est écartée, cette tradition ne saurait plus « *être regardée comme ayant engendré un principe fondamental reconnu par les lois de la République* »¹⁷⁶.

Une autre condition émise par le juge constitutionnel français pour reconnaître un « PFRLR », et qui, résultant de sa décision 93-321DC du 20 juillet 1993, se rajoute à l'objectivité des critères déjà retenus, consiste en ce que la norme contenue dans les lois de la République doit revêtir un caractère suffisamment général et non contingent pour recevoir une valeur constitutionnelle.

La décision 2013-669 DC du 17 mai 2013 (*Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*) précise les critères de la fondamentalité d'un « principe », en ce sens que la règle qu'elle transporte doit être suffisamment importante et intéresser les domaines essentiels pour la vie de la Nation, comme les droits et libertés et libertés fondamentaux, la souveraineté nationale ou l'organisation des pouvoirs publics¹⁷⁷. Cela restreint encore plus le champ des « principes » en leur conférant un domaine important ou essentiel d'intervention pour leur reconnaître une valeur

¹⁷⁶ Cette condition fut réitérée par la décision 89-254DC du 4 juillet 1989, *Modalités d'application des privatisations*.

¹⁷⁷ Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel disponible sur le site de la juridiction :

http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2013669DCccc_669dc.pdf

constitutionnel. D'ailleurs, la doctrine dite « Vedel » (du nom de l'ancien Président du Conseil Constitutionnel) avait tendu au début des années 1980 à resserrer le cadre desdits « principes » en privilégiant les textes de 1789, 1946 et 1958 pour reconnaître les principes et règles de valeur constitutionnelle, ce qui dénotait le souci de conférer aux « PFRLR » un caractère subsidiaire, qui, en même temps, laissait peu de place à une démarche subjective du juge constitutionnel par cette préférence accordée à l'existence de textes constitutionnels, d'où le positivisme caractérisant essentiellement en France la reconnaissance et la consécration de règles ou principes de valeur constitutionnelle.

Le juge constitutionnel français restreint, au vu de ce qui vient d'être dit, objectivement, la reconnaissance des règles et principes de valeur constitutionnelle en privilégiant les normes qui ont un fondement textuel constitutionnel ou en soumettant leur consécration à des conditions drastiquement, mais clairement établies.

De ce fait, ce qui caractérise la démarche du Conseil constitutionnel en matière de constitutionnalisation du droit en France est son positivisme, dans la reconnaissance des règles et principes de valeur constitutionnel, ce qui fait revêtir au processus des caractéristiques objectives, au regard de la science du droit fondée sur « *l'observation de la réalité sociale* »¹⁷⁸.

Ne se limitant là, afin de prolonger et tirer les conséquences de son œuvre de constitutionnalisation, le juge constitutionnel reconnaît un certain nombre de règles et principes, qui, n'étant pas en eux-mêmes des normes constitutionnelles, ont un niveau constitutionnel parce qu'ils « *mettent en œuvre* », d'après François Luchaire¹⁷⁹, des normes de valeur constitutionnelle. Ces objectifs sont donc appelés à

¹⁷⁸ *Dictionnaire de la culture juridique* (dir. D. Alland et S. Rials), Lamy-PUF, 2003, pp. 1172

¹⁷⁹ F. Luchaire, « L'objectif de valeur constitutionnelle », RFDC, n°64, 2005, p. 675 *sq.*

pouvoir limiter la mise en œuvre pleine et entière d'autres principes constitutionnels, pour assurer « *l'effectivité des droits constitutionnellement garantis* »¹⁸⁰. Ce sont les « objectifs de valeur constitutionnelle » (ci-après, OVC).

C. La mise en œuvre des règles et principes constitutionnels : le cas des OVC

Pierre de Montalivet démontre que, dans sa mission de constitutionnalisation du droit, les objectifs de valeur constitutionnelle que dégage le Conseil constitutionnel depuis 1982¹⁸¹ ne sont pas simplement destinés à limiter des principes et règles de valeur constitutionnelle, comme s'accorde à le dire une doctrine majoritaire pour leur conférer une unité, au vu de leur « *ambivalence* », leur « *détermination ambiguë* » ou leur « *normativité limitée* »¹⁸². C'est réponse partielle selon lui, dans la mesure où cela n'explique pas « *pourquoi ils sont rattachés en grande majorité aux dispositions garantissant des droits et libertés, ni pourquoi ils bénéficient d'une fonction d'interdiction ou d'obligation à l'égard du Législateur* »¹⁸³. Selon lui, « *la détermination et la normativité* » des objectifs de valeur constitutionnelle s'expliquent « *par leur nature d'objectifs d'une part et leur caractère de conditions d'effectivité des droits et libertés constitutionnels d'autre part* »¹⁸⁴

Ainsi, ces « objectifs » prolongent l'œuvre de constitutionnalisation en assurant, dans la mise en œuvre des règles

¹⁸⁰ De Montalivet P., *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, (Préface Michel Verpeaux), Dalloz, 2006 (voir le résumé).

¹⁸¹ CC, 82-141 DC du 27 juillet 1982

¹⁸² De Montalivet P., « Les objectifs de valeur constitutionnelle », CCC, n°20, juin 2006

¹⁸³ De Montalivet P., « Les objectifs de valeur constitutionnelle », CCC, n°20, juin 2006, *ibid.*

¹⁸⁴ *Ibid.*

et principes de valeur constitutionnelle, « *l'effectivité des droits constitutionnellement garantis* ».

De fait, dans cette perspective, le juge constitutionnel français a reconnu un certain nombre d'objectifs de valeur constitutionnelle comme celui de la bonne administration de la justice (décision n° 2006-545DC du 28 décembre 2006, où il consacre également l'objectif du bon emploi des deniers publics), l'OVC de la lutte contre la fraude fiscale (n°2010-597DC du 21 janvier 2010), l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi (par exemple, la 2005-514 DC du 28 Avril 2005), de la sauvegarde de l'ordre public (2007-557 DC du 15 novembre 2007), du pluralisme des courants d'opinion (2004-497 DC du 1^{er} juillet 2004) ou encore l'objectif de la recherche des auteurs d'infraction (96-377 DC du 16 juillet 1996), entre autres objectifs de valeur constitutionnelle.

Même une partie de la doctrine, comme Dominique Rousseau ou Pascal Jan, plaident en faveur de l'intégration desdits OVC dans le bloc de constitutionnalité¹⁸⁵, on peut constater que ces « objectifs » ne sont pas des normes constitutionnelles au sens littéral du terme, en ce sens qu'ils ne sauraient fonder par eux-mêmes la censure de dispositions législatives par la juridiction constitutionnelle. Ils forment des orientations assignées à des normes, nous dit François Luchaire¹⁸⁶.

Le juge constitutionnel n'en use donc pas pour annuler des lois, mais pour effectuer des « *conciliations* »¹⁸⁷, c'est-à-dire que certains principes constitutionnels peuvent se trouver limités par le Conseil pour satisfaire à un objectif de valeur constitutionnelle. C'est suivant cette règle que le droit de propriété peut se trouver limité par l'objectif de valeur constitutionnelle d'un logement décent pour tous.

¹⁸⁵ Cf. Favoreu L. et al. , *Droit constitutionnel*, Dalloz, coll. Précis, 17^{ème} édition, 2015, page 142

¹⁸⁶ Cf. Article cité en référence.

¹⁸⁷ Favoreu L. et al. , *Droit constitutionnel*, Dalloz, coll. Précis, 17^{ème} édition, 2015, page 142.

Cependant, les limitations ainsi induites ne sauraient déboucher sur une dénaturation de la norme constitutionnelle elle-même (décision n°403 DC du 29 juillet 1998), car la valeur constitutionnelle des « objectifs » s'explique, d'après François Luchaire, par le fait « *qu'ils mettent en œuvre des principes constitutionnels* », ce qui va, dans le sens de Pierre de Montalivet.

Le contentieux constitutionnel est donc aussi l'occasion pour le juge constitutionnel français de fixer la « charge » normative des principes ou règles de niveau constitutionnel.

Au final, le justiciable va se trouver comme écarté de la mise en œuvre juridictionnelle de ces « objectifs » de valeur constitutionnelle, même des contentieux constitutionnels qui les concernent, en ce sens qu'il ne peut pas les invoquer « en eux-mêmes » à l'appui d'un recours dirigé contre une disposition législative dans le cadre d'une procédure de question prioritaire de constitutionnalité¹⁸⁸. Cependant, la formulation des décisions du Conseil peut laisser entendre qu'ils sont invocables dans les cas où ils seraient directement liés à des droits ou libertés garantis par la Constitution¹⁸⁹ en vue de rendre ces derniers plus effectifs, ce qui pourrait confirmer l'analyse de Marc Guillaume selon laquelle le Conseil constitutionnel procéderait au « cas par cas »¹⁹⁰ pour ce qui les concerne. De surcroît, l'incompétence négative du Législateur peut être sanctionnée par le juge constitutionnel dans le cadre d'une procédure de QPC, « *dans le cas où es affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit* »¹⁹¹, ce qui a pour effet de laisser

¹⁸⁸ Cf. Décisions n°2010-3 QPC du 28 mai 2010 et 2010-77 QPC du 10 décembre 2010 cités par le Précis de Droit constitutionnel de Louis Favoreu et autres, Dalloz, 17^{ème} édition, 2015, page 347.

¹⁸⁹ CC, n°2010-3 QPC du 28 mai 2010, Union des familles en Europe, JO, 29 mai 2010, p. 9730.

¹⁹⁰ Guillaume Marc, *in* « La question prioritaire de constitutionnalité », www.conseil-constitutionnel.fr (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-138360.pdf>), p. 7

¹⁹¹ Décisions n°2010-5 QPC du 18 juin 2010, GDDC, n°19 et 2014-393 QPC du 25 avril 2014 cité par le Précis de *Droit constitutionnel*, Louis Favoreu et autres, Dalloz, 2015, page 347.

la place à une évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur cette question.

Tout ceci a, donc, induit une constitutionnalisation objective grâce au juge constitutionnel, qui, s'il peut se montrer tatillon dans le cas des OVC qui est le plus complexe dans son œuvre de constitutionnalisation en France, l'analyse de la doctrine et les travaux de Montalivet démontrent qu'on peut avoir une grille d'analyse fondée sur une démarche juridique positiviste, c'est-à-dire qui s'attache aux règles de droit. De plus, le fait que les OVC constituent des objectifs assignés au Législateur et des conditions d'«effectivité des droits constitutionnellement garantis » prouve que le juge constitutionnel adopte une démarche juridique pour ce qui les concerne, en ce sens qu'ils peuvent être considérées comme des « obligations de moyens » dans la perspective de leur réalisation ou leur mise en œuvre effective.

Finalement, une grille d'analyse positiviste et donc objective est, de fait, possible en France même pour les cas complexes de mise en œuvre des principes constitutionnels.

Cependant, le caractère objectif de la mission de constitutionnalisation du juge constitutionnel n'est pas seulement notoire en Allemagne et France. Elle l'est tout aussi en Italie, au regard de la variété des méthodes qu'utilise le juge constitutionnel italien pour assurer une légitimité constitutionnelle aux normes appliquées en droit positif.

Section 2. La recherche de la légitimité constitutionnelle en Italie et l'intérêt général supérieur des constitutions

En Italie, le juge constitutionnel privilégie amplement le contrôle *a posteriori* des normes applicables à des litiges de constitutionnalité concrets afin de garantir leur légitimité constitutionnelle : c'est la finalité générale de la constitutionnalisation dans ce pays (PARAG. I).

De plus, il nous a semblé nécessaire d'analyser, avant de confronter la constitutionnalisation aux voies de recours, au regard des traits objectifs qui semblent la caractériser, si ce phénomène ne traduisait pas, pour l'ensemble des pays que nous avons étudiés, un attachement à un intérêt général supérieur, que l'on pourrait déduire de l'existence même des constitutions (PARAG. II).

Paragraphe 1. La recherche de la légitimité constitutionnelle, caractéristique principale de la constitutionnalisation en Italie

Nous allons, tout d'abord, mettre en évidence le privilège accordé par le juge constitutionnel italien au contrôle *a posteriori* des normes concrètement applicables aux litiges ordinaires dans le processus de constitutionnalisation du droit (A). Nous présenterons ensuite les procédés qu'il utilise à cette fin (B).

A. Le privilège accordé en Italie au contrôle *a posteriori* et concret des normes

En Italie, la *Corte costituzionale* privilégie on ne peut plus amplement le contrôle concret des normes (*Giudizi di legittimità costituzionale in via incidentale*). Elle va même parfois jusqu'à opérer, dans certaines circonstances, « un contrôle de la micro-constitutionnalité »¹⁹², « aboutissant à des censures « sur mesure » pour certaines situations spécifiques »¹⁹³. Ceci pour dire la profondeur de l'examen de constitutionnalité que le juge constitutionnel italien peut être amené à opérer avec la démultiplication des recours et sa saisine par voie incidente¹⁹⁴. Or « la quasi-totalité des affaires lui est soumise » par le biais des questions incidentes de constitutionnalité¹⁹⁵, qui l'amènent à procéder à un contrôle de constitutionnalité plus approfondi que celui de son homologue français dans le cadre de l'accès indirect des individus à la justice constitutionnelle, l'ancien Secrétaire du Conseil constitutionnel, Marc Guillaume, estimant pour

¹⁹² Favoreu L., Mastor Wanda, *Les cours constitutionnelles*, Dalloz, Coll. *Connaissance du droit*, 2011, p. 29

¹⁹³ Voir sur ce point, *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé* (dir. Laurence Gay), Bruylant, version numérique, 2014 (voir la conclusion générale de Laurence Gay).

¹⁹⁴ Zagrebelsky G, « La démultiplication des recours en Italie : encombrement et micro-constitutionnalité », *AJIC*, I, 1985, p. 111

¹⁹⁵ Favoreu L., Mastor W., *Les cours constitutionnelles*, Dalloz, Coll. *Connaissance du droit*, page 84.

sa part, comme nous l'avons déjà relevé, que, dans le cadre du contrôle a posteriori des lois opéré à travers la QPC, le travail du Conseil constitutionnel s'apparente sous plusieurs aspects au contrôle abstrait¹⁹⁶.

Cependant l'utilisation très ample faite en Italie du contrôle concret des normes, notamment par le biais du renvoi des questions préjudicielles de constitutionnalité à la Cour constitutionnelle italienne, ne l'est pas nécessairement pour les trois autres pays, où généralement –comme c'est le cas en Allemagne et en Espagne- les tribunaux ordinaires soulèvent peu de questions préjudicielles.

Quand nous démarrions ces travaux, les statistiques de l'année 2009 étaient édifiantes, car la Cour constitutionnelle italienne avait rendu 229 décisions par la voie incidente, c'est-à-dire sur renvoi des juges ordinaires, soit 65,79% de l'ensemble de ses décisions, même si l'on notait une tendance aujourd'hui au resserrement avec les autres types de recours, notamment celui abstrait, déclenché par les autorités (tandis qu'en 2009, la voie incidente a occasionné 229 décisions, soit 65,79 % de l'ensemble des recours, en 2010 il y en a eu 155 suivant la voie incidente et 115 par le biais du contrôle abstrait¹⁹⁷).

Le mécanisme du contrôle *a posteriori* par voie d'exception y est d'une très grande complexité, car il est privilégiée par les justiciables, dont c'est la voie quasi-exclusive d'accès à la Cour constitutionnelle, ainsi que par les juges ordinaires qui y ont souvent recours, comme nous le verrons en comparant le mécanisme avec la QP (cf. infra Titre II). Avant cela, envisageons les mécanismes que le juge constitutionnel utilise dans sa tâche de contrôler la légalité constitutionnelle des normes en vigueur au sein de l'ordre juridique.

¹⁹⁶ Guillaume M., « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », NCCC n°32 (dossier Convention européenne des droits de l'homme), juillet 2011, p. 4

¹⁹⁷ *Les cours constitutionnelles*, p. 86.

B. Les techniques de constitutionnalisation objective utilisées par le juge constitutionnel italien

Il faut, tout d'abord, noter que, pour ce qui est de l'acte pouvant être déféré à la Cour constitutionnelle, l'article 134 de la constitution italienne vise « *les lois et les actes ayant force de loi de l'Etat et des régions* », qui appelle la mission fondamentale de la Cour constitutionnelle italienne consistant à procéder au contrôle de la constitutionnalité des lois. Au surplus, sont assimilés aux lois de l'Etat ou des régions les actes de l'Exécutif considérés comme ayant force de loi (« les décrets délégués », décrets-lois, décrets de mise en œuvre des statuts régionaux spéciaux), mais non les règlements ordinaires et autres sources « secondaires » ou « tertiaires » du droit¹⁹⁸.

La Cour constitutionnelle italienne a tout d'abord décidé, et cela, dès son premier arrêt rendu en 1956¹⁹⁹, que les lois antérieures à l'entrée en vigueur de la Constitution étaient susceptibles de contrôle, mais seulement d'un contrôle au fond, puisqu'il ne saurait être question de sanctionner la violation de règles de forme qui n'existaient pas au moment où ces lois furent votées²⁰⁰.

Il a ensuite été admis par la Cour que pouvait donner lieu à contrôle non seulement l'ensemble d'un texte, mais aussi certaines de ses dispositions²⁰¹.

Mais le privilège accordé en Italie au contrôle concret des normes a son pendant, c'est que seules les décisions d'annulation ont l'autorité de la chose jugée conférée par l'article 136 de la Constitution. Cette disposition prévoit que les dispositions déclarées

¹⁹⁸ Favoreu L. et Mastor W., *Les cours constitutionnelles*, Dalloz, 2011, p. 84

¹⁹⁹ Cour const., sentence n°1 du 5 juin 1956, *Giurisprudenza costituzionale*, 1956, p. 1 sq.

²⁰⁰ Favoreu L. et Mastor W., *Les cours constitutionnelles*, Dalloz, 2011, p. 84

²⁰¹ Favoreu L. et Mastor W., *Les cours constitutionnelles*, Dalloz, 2011, p. 87

inconstitutionnelles cessent d'avoir effet « *dès le lendemain de la publication de la décision* ». Les décisions de rejet n'ont pas l'autorité de chose jugée, ce qui a pour effet de permettre que la même question puisse être une nouvelle fois posée à la Cour, à l'occasion d'une autre procédure.

La Cour constitutionnelle italienne a élaboré aux fins de constitutionnaliser objectivement le droit italien et de faire régner la légitimité constitutionnelle diverses techniques visant à mettre le Législateur devant ses responsabilités, et qui, par ailleurs, revalorisent le rôle des juges ordinaires dans la diffusion des valeurs constitutionnelles. Ces techniques d'interprétation, les réserves d'interprétation dont l'étude de Th. Di Manno²⁰² offre un large panel ont vu leur importance s'accroître au fil des ans et sont aujourd'hui telles qu'elles sont recensées et présentées dans les statistiques élaborées par la *Corte*.

Ainsi, il y a, tout d'abord, lieu de distinguer en Italie les décisions d'admission (ou d'annulation) et les décisions de rejet, même si la distinction entre décisions d'annulation et décisions de rejet s'est beaucoup enrichie et s'est même complexifiée, et cela se vérifie dans les méthodes et les variantes utilisées par la *Corte costituzionale* pour constitutionnaliser le droit italien.

Il est tout d'abord apparu que la *Corte* pouvait rendre des « *arrêts interprétatifs de rejet* »²⁰³, c'est-à-dire des arrêts déclarant que la disposition attaquée n'était pas inconstitutionnelle, à condition que soit adoptée une interprétation conforme aux principes constitutionnels. L'effet de ces décisions fait l'objet de débats en Italie : la proposition de la doctrine consistant à les considérer comme obligatoires et liant le juge *a quo* n'étant pas largement accueillie, elles

²⁰² Di Manno Th., *Le juge constitutionnel et la technique des décisions interprétatives en France et en Italie*, Economica-PUAM, 1997.

²⁰³ Favoreu L. et Mastor W., *Les cours constitutionnelles*, Dalloz, 2011, p. 87

furent alors présentées comme étant des « *précédents persuasifs* », d'après Alessandro Pizzorusso²⁰⁴. Mais, devant la résistance de la Cour de cassation, la Cour constitutionnelle en arriva à la pratique des « *arrêts interprétatifs d'admission* ». Il s'agit de fait de décisions d'annulation partielle qualitative, comme nous les avons vues en Allemagne. Ainsi, en Italie, l'interprétation condamnée est déclarée inconstitutionnelle et donc nulle dans le dispositif (et non plus seulement dans les motifs). On considère alors qu'« en ce cas les « *manipulations* » des dispositions législatives conduisent à prononcer des arrêts dotés d'effets *erga omnes*, c'est-à-dire d'arrêts « normatifs » qu'il faut insérer dans le catalogue des sources du droit », selon Pizzorusso²⁰⁵.

Les décisions dites « *manipulatives* » (*decisioni manipolative*) ont beaucoup proliféré – et il en existe aujourd'hui de nombreuses variétés : les ablatives, les additives et les substitutives, toutes au bénéfice de la recherche de la légitimité constitutionnelle qu'effectue le juge constitutionnel dans sa mission de constitutionnalisation.

Les décisions dites ablatives séparent deux interprétions du même texte, dans le but de retirer l'une d'elles du système juridique avec effet obligatoire. La différence avec les techniques, notamment celle allemande, de l'« *interprétation conforme* », et française, de l'« *interprétation neutralisante* », est que la condamnation de l'interprétation exclue est reprise dans le dispositif de la décision de la *Corte*.

Les décisions dites additives entraînent, quant à elles, en quelque sorte l'inconstitutionnalité de l'interprétation *a contrario* de la disposition législative.

²⁰⁴ Pizzorusso A., *L'organisation de la justice en Italie*, Torino, Einaudi, 1982, page 181.

²⁰⁵ Pizzorusso A., *L'organisation de la justice en Italie*, Torino, Einaudi, 1982, op. cit.

Les décisions *substitutives*, enfin, remplacent la règle figurant dans le texte incriminé par une autre règle, en vue de le rendre conforme à la Constitution.

Tout ceci s'opère au bénéfice du règne *erga omnes* de la légitimité constitutionnelle des normes appliquées en droit positif, ce qui est la finalité du processus de constitutionnalisation.

La *Corte costituzionale* développe les procédés de constitutionnalisation, lorsqu'elle elle adopte des arrêts de délégation ou d'habilitation, ainsi qu'elle le fit dans l'affaire du monopole public de la radio et de la télévision²⁰⁶, affaire au cours de laquelle la Cour a déclaré inconstitutionnelle une affirmation législative et a indiqué de façon très précise ce que devait contenir les dispositions législatives relatives à cette question.

Elle a également élaboré des techniques de jugement lui permettant de « renouveler » ses rapports avec le Législateur italien, afin de faire régner la légitimité constitutionnelle au sein de l'ordre juridique, tout comme ses rapports avec le juge ordinaire.

Par la technique des décisions dites « *additives de principe* » (*additiva di principio*)²⁰⁷, elle est amenée à prononcer l'inconstitutionnalité d'une omission du Législateur. Cependant, à l'inverse des arrêts additifs classiques, elle n'introduit point elle-même la règle destinée à combler la lacune de la loi contrôlée. Elle se borne, ainsi, en effet, « à administrer », selon sa propre expression, un principe à l'aune duquel le Législateur devra lui-même adopter la nouvelle règle afin de satisfaire aux exigences constitutionnelles. Ce faisant, aussi longtemps que le Législateur n'intervient pas, les juges ordinaires pourront se référer également au « principe » posé par la *Corte* pour déduire de l'ordonnancement juridique en vigueur la règle

²⁰⁶ Favoreu, Mastor, *Les cours constitutionnelles*, page 89

²⁰⁷ Favoreu, Mastor, *Les cours constitutionnelles*, page 89

de droit adaptée aux cas concrets sur lesquels ils sont amenés à se prononcer.

Enfin, une autre technique est celle dite des « *arrêts interprétatifs de rejet de principe* »²⁰⁸. Par leur biais, la *Corte* entend, cette fois, « guider » seulement les juges ordinaires dans leur tâche d'application des lois. Contrairement aux arrêts interprétatifs de rejet classiques, ces décisions ne déterminent point la règle conforme à la Constitution à laquelle les juges ordinaires sont invités à se référer pour trouver la règle adaptée au cas concret qu'ils doivent trancher.

Toutes ces techniques tendent à valoriser le rôle des juges ordinaires dans la diffusion des normes constitutionnelles, mettent, par conséquent, le Législateur devant ses responsabilités et font jouer à la *Corte* le rôle de garant de l'« ordre constitutionnel » en Italie.

Ces mécanismes de diffusion, qui ont des effets *erga omnes* dans l'ordre juridique italien, prouvent que le processus de constitutionnalisation, même dans les cas où l'on procède au contrôle concret des normes en démultipliant les mécanismes de constitutionnalisation, a des visées et des caractéristiques objectives, au sens où il s'opère dans l'intérêt du droit, au bénéfice ultime du principe de constitutionnalité.

C'est pourquoi, nous allons analyser en quoi le règne d'un tel principe peut démontrer l'existence d'un intérêt général suprême contenu dans les constitutions, car les voies de recours des individus tendent, quant à eux, à défendre ou faire protéger des intérêts particuliers.

²⁰⁸ Favoreu, Mastor, *Les cours constitutionnelles*, page 89

Paragraphe 2. Le principe de constitutionnalité, marque d'une volonté ou d'un intérêt général supérieur

Le privilège attaché à la recherche de la légalité constitutionnelle, c'est-à-dire au règne du principe de constitutionnalité, exprime, d'après nous, la volonté générale supérieure ou l'intérêt général supérieur attaché aux constitutions (A). Et le contrôle de constitutionnalité des lois, qui est la mission fondamentale du juge constitutionnel, n'a pas pour mission première la satisfaction directe des individus (B).

A. L'existence d'un intérêt général supérieur exprimé par le principe de constitutionnalité

Il est remarquable, dans les différents pays étudiés, que le juge constitutionnel s'attache surtout à la recherche de la légalité constitutionnelle. En somme, il cherche à faire régner le principe de constitutionnalité. C'est donc un privilège qu'il accorde à l'expression de la volonté générale supérieure ou à l'intérêt général supérieur exprimé dans la Constitution, et qui, par ailleurs, fonde son contrôle de la constitutionnalité des lois.

Cette attention est tirée de l'évidence, selon nous, d'après laquelle la Constitution est l'expression juridique de la volonté générale suprême du peuple souverain à un moment donné de son Histoire : c'est donc la volonté souveraine et historique du peuple qui s'exprime dans les constitutions... Affirmation qui se conforte au regard de leurs modes et procédures d'adoption ou de révision, toujours basés sur un référendum ou sur une majorité parlementaire qualifiée.

Dans ce cadre, et suivant la démocratie représentative, même les lois, censées représenter l'expression de la volonté générale, se plient,

suivant le principe de constitutionnalité, à cette volonté souveraine et suprême, légitime et historique, exprimée par le peuple à un moment donné de son Histoire. Ce faisant, les prétentions subjectives du justiciable a fortiori s'y plient et doivent s'y plier dans un État de droit, hors les cas où la Constitution garantit et protège elle-même ces prétentions subjectives.

Ainsi, par la conformité recherchée de la loi aux fondements juridiques historiques d'une Nation, qui s'expriment par la Constitution, les procédures de contrôle de constitutionnalité des lois ont vocation à être objectives, devant s'appliquer à tous, indépendamment des situations individuelles subjectives.

C'est, ainsi, par exemple, que d'aucuns considèrent que « *le processus de constitutionnalisation est généralement plus facilement constatable en droit pénal et en procédure pénale, en droit administratif, en droit fiscal ou en droit social qu'en droit civil ou en procédure civile* »²⁰⁹.

Cela s'explique, selon nous, par le fait que la sphère de la vie « personnelle » ou privée, qui caractérise la matière civile notamment, ne saurait être régie par des règles de droit trop rigides, qui seraient inscrites dans la Constitution.

Ainsi, le mariage entre personnes de même sexe n'aurait sans doute pas pu être adopté en France sans une révision préalable du texte constitutionnel, si les dispositions du Code civil -notamment l'article 144- avaient été au nombre des normes constitutionnelles ou avaient été constitutionnalisées comme « PFRLR, en vertu de l'article 144 du Code civil consacrant, de façon elliptique selon les auteurs de la saisine du Conseil dans sa décision 2013-669 DC du 17 mai 2013,

²⁰⁹ Cf. Louis Favoreu, Gaïa et autres, Précis de droit constitutionnel, 17^{ème} édition, Dalloz, 2015, page 290.

le principe selon lequel le mariage ne pouvait être célébré qu'entre un homme et une femme²¹⁰.

Longtemps, ceux qui ont annoncé et décrit la constitutionnalisation du droit ont prétendu qu'il y aurait une unification du droit et une simplification de l'ordre juridique par son truchement et sous l'autorité de la Constitution. Même que la sacro-sainte *summa divisio* allait disparaître sous son règne.

Mais la réalité est en vérité autre, car, de fait, le juge constitutionnel, dans sa tâche spécialisée et « concentrée » de dire le droit constitutionnel s'attache, avant tout, au respect du principe de constitutionnalité par les normes qu'il contrôle. C'est ce que dénotent les mécanismes italiens.

Partant, le droit constitutionnel mis en œuvre par le juge constitutionnel a pour mission première la défense du principe de constitutionnalité²¹¹. Certes il est vrai qu'il traite des normes juridiques suprêmes dans la hiérarchie des normes, mais il ne s'agit pas, d'après nous, d'une branche supérieure du droit. C'est aujourd'hui, sans nul doute, la branche centrale où convergent les autres branches en même temps qu'elle est censée les irradier²¹² dans l'intérêt du droit et l'intérêt général qu'il représente.

Ainsi, dans cette défense du principe de constitutionnalité, compte tenu du caractère objectif du contentieux constitutionnel qui concerne, dans le cas général, le contrôle de la constitutionnalité des lois, qui sont, d'après la formule, censées être « l'expression de la volonté générale », se met en place, tout d'abord, un système de vases

²¹⁰ Commentaire de la décision 2013-669 DC du Conseil constitutionnel disponible sur le site de la juridiction : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2013669DCccc_669dc.pdf

²¹¹ Favoreu L., « Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Mélanges Eisenmann*, 1975, p. 33

²¹² Le professeur Nicolas Molfessis est du même avis dans son article « *L'irrigation du droit par les décisions du Conseil constitutionnel* », *Revue Pouvoirs*, 2003 déjà cité.

communicants entre le juge constitutionnel, chargé de trancher les contentieux constitutionnels et le juge ordinaire, qui participe à la diffusion des normes constitutionnelles dans l'ordre juridique²¹³.

C'est donc la défense du principe de constitutionnalité qui justifie, à titre principal, le contrôle de constitutionnalité des lois²¹⁴, c'est-à-dire, par conséquent, que ce contrôle s'opère dans l'intérêt du droit, voire dans l'intérêt général, et non pas pour satisfaire, de façon primordiale, les individus.

²¹³ Desaulnay O., *L'application de la Constitution par la Cour de cassation*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, 2009, p. 30 sq.

²¹⁴ Favoreu L., « Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Mélanges Eisenmann*, op. cit.

B. La satisfaction directe des individus, mission non primordiale dans le contrôle de la constitutionnalité des lois

Il faut d'abord rappeler que le contrôle de la constitutionnalité des lois est la principale mission des cours constitutionnelles étudiées, lesquelles ont, toutes, été mises en place suivant le modèle de Kelsen.

Or, selon certains auteurs : « *Du point de vue des fonctions du contrôle de constitutionnalité des lois, (...), ce contrôle, quelle que soit finalement la forme ou la procédure utilisée, n'a pas pour mission première la satisfaction directe des individus. Sa justification, et donc sa légitimité, consiste surtout à remplir un certain nombre de fonctions à caractère général absolument indispensables pour le bon fonctionnement des institutions dans un État moderne* »²¹⁵.

Il est vrai que la justice constitutionnelle, telle qu'initialement mise en place en Europe n'était pas destinée à satisfaire directement les individus²¹⁶, qu'il s'agissait pour l'Allemagne, pour l'Italie et l'Espagne, avant tout, de mettre en place des États de droit au sortir du Nazisme, du fascisme ou de la dictature franquiste²¹⁷, et, pour la France, « *essentiellement pour assurer le bon fonctionnement des mécanismes du parlementarisme rationalisé et notamment pour maintenir le législateur dans son domaine* »²¹⁸.

Dès lors, on peut en conclure que la mission du juge constitutionnel est, avant tout, et fondamentalement, une mission objective de garantie de la Constitution et de protection de l'État de droit. Cependant, la montée en puissance de la demande du justiciable de la garantie de ses droits subjectifs et individuels dans le

²¹⁵ Favoreu L., Mastor W., *Les cours constitutionnelles*, Dalloz, Coll. *Connaissance du droit*, page 26.

²¹⁶ Troper M., « La logique de la justification du contrôle de la constitutionnalité des lois », *Mélanges Pactet*, Dalloz, 2003, p. 911

²¹⁷ Favoreu L. et W. Mastor, *Les constitutionnelles*, p. 15

²¹⁸ Favoreu L. et alii, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 17^{ème} éd., 2015, p. 319

contentieux constitutionnel -dont la sphère des fondamentaux constitue aujourd'hui sans aucun doute le « contentieux-phare »²¹⁹- aura pour effet de modifier cette essence objective et dénaturer même le phénomène de constitutionnalisation objective (cf. infra), même s'il est vrai, comme le disent les professeurs Favoreu et Mastor que, à l'origine, le contrôle de constitutionnalité des lois n'avait « *pas pour mission première la satisfaction directe des individus* ».

²¹⁹ Favoreu L. et alii, Droit constitutionnel, Dalloz, 17^{ème} éd., 2015, p. 273

CONCLUSION DU SECOND CHAPITRE

Les pouvoirs considérables que met en œuvre le juge constitutionnel allemand -qui n'est pas lié par les conclusions des requérants, quel que soit la procédure ou le mode de saisine envisagé²²⁰-, juge qui peut également soulever d'office l'inconstitutionnalité d'une loi à l'occasion d'une instance portée devant lui²²¹ et qui range, depuis la décision « Lüth » de 1958, les droits fondamentaux dans le droit constitutionnel objectif²²², sont autant d'éléments qui caractérisent la nature et la consistance objectives du processus de constitutionnalisation, envisagé de façon globale dans la République fédérale. De même, la possibilité pour la Cour constitutionnelle allemande de choisir certaines affaires pour la constitutionnalisation du droit « *à chaque fois qu'il réalise qu'il est nécessaire de faire évoluer le droit constitutionnel* »²²³ renforcent en Allemagne la perspective objective de la constitutionnalisation du droit du juge constitutionnel.

L'application que le juge constitutionnel français fait généralement des règles et principes constitutionnels, ainsi que la méthodologie qu'il utilise dans la reconnaissance, la mise en œuvre et l'application des normes constitutionnelles démontrent, encore une fois la démarche positiviste du juge constitutionnel pour constitutionnaliser le droit.

L'Italie, quant à elle, nous prouve, à travers la diversité des méthodes utilisées par la *Corte costituzionale*, comme à travers le privilège que la Cour accorde au contrôle concret des normes, qui

²²⁰ Béguin J.-C., *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en RFA*, Economica, 1982, pp. 60, 102, 123

²²¹ Favoreu L. et Mastor W., *Les cours constitutionnelles*, p. 80

²²² *GDCCE*, Dalloz, 2008, p. 116

²²³ Schlaich K., « Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux ; Tribunal constitutionnel fédéral allemand », in *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux* (dir. L. Favoreu), Economica-PUAM, 1987, p. 207

parfois débouche sur un « *examen de la micro-constitutionnalité* »²²⁴, la recherche permanente de la légitimité constitutionnelle des normes appliquées au sein de l'ordonnement juridique, à laquelle collaborent les juges ordinaires par la démultiplication des renvois sur un contrôle incident²²⁵.

Ainsi, le processus de constitutionnalisation n'est pas seulement objectif en théorie comme le veulent les fondements kélséniens de la justice constitutionnelle des pays étudiés, il l'est aussi en pratique, par les pouvoirs, les mécanismes, la démarche et l'approche objectivistes dont font preuve les juges constitutionnels, indépendamment de l'accès des justiciables. Les caractéristiques intrinsèquement objectives de la constitutionnalisation se retrouvent dans chaque pays, mais les voies de recours dont bénéficie le justiciable et la réalité des divers contentieux tendront à apporter des nuances et pourront faire se cristalliser des différences.

²²⁴ *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé* (dir. Laurence Gay), Bruylant, version numérique, 2014 (voir la conclusion générale de Laurence Gay).

²²⁵ Zagrebelsky G, « La démultiplication des recours en Italie : encombrement et micro-constitutionnalité », *AJIC*, I, 1985, p. 111

CONCLUSION DU PREMIER TITRE

Dans la mesure où il s'effectue dans l'intérêt du droit, c'est-à-dire pour la cohérence de l'ordre juridique et au bénéfice de l'emprise des normes constitutionnelles sur toutes les autres normes, le processus de constitutionnalisation du droit revêt des caractéristiques essentiellement. Ceci d'autant que ces premières manifestations concernaient le droit objectif relatif notamment aux institutions, la production des normes et à la répartition des compétences au sein de l'ordonnement juridique²²⁶. De plus les droits fondamentaux sont dans une bonne mesure (nous l'étudierons plus avant dans la Seconde partie) classés dans le droit objectif par la Cour constitutionnelle allemande depuis la décision « Lüth » de 1958²²⁷, conception que reprennent le Tribunal constitutionnel et la doctrine espagnols, en ce sens que « leur protection ne relève pas seulement d'un particulier mais de toute la Communauté »²²⁸.

De fait, par le truchement du contrôle de la constitutionnalité des lois, qui était la fonction première de la justice constitutionnelle²²⁹, et qui demeure depuis longtemps sa principale raison d'être, la mission du juge constitutionnel est fondamentalement objective dans le sens de sa nécessité pour le fonctionnement de l'Etat de droit. Et le phénomène résultant de cette principale mission, à savoir la constitutionnalisation du droit, est un phénomène va apparaître comme essentiellement objectif dans ses fondements théoriques, ses ressorts et la portée de ses mécanismes. Le processus a donc des intérêts objectifs en pratique, de même qu'à travers ses perspectives,

²²⁶ Favoreu L., « La constitutionnalisation du droit », in *La constitutionnalisation des branches du droit* de Michel Verpeaux et Bertrand Mathieu, p. 191 sq.

²²⁷ CCF, 15 janvier 1958, « Lüth », *GDCCE*, n°24, Dalloz, 2008, p. 116

²²⁸ Ruiz Miguel C., « L'amparo constitutionnel en Espagne : droit et politique », CCC, n°10 (dossier l'accès des personnes à la justice constitutionnelle)-mai 2001, p. 2

²²⁹ Kelsen H., « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *RDP*, 1928, p. 226

qui, tous, tendent vers le caractère objectif de la mission du juge constitutionnel.

La place qu'occupe, en principe, celui-ci dans l'ordonnement juridique s'en trouve légitimée, et l'évolution du champ matériel, de même que du nombre des acteurs du contentieux constitutionnel, avec l'apparition non prévue du justiciable dans le système de Kelsen, ne changeant pas cette vocation à l'objectivité, que le juge tend à préserver lui-même, par l'usage prudent qu'il fait notamment de sa possibilité de censurer les lois. De même, le champ matériel et les acteurs classiques du contentieux constitutionnel l'y ramènent et encadrent cette objectivité. Ceci est en tout cas valable, si l'on considère le contentieux constitutionnel général, ce que l'on fait pour l'instant, car l'approfondissement de l'étude va démontrer, pour une part, l'adéquation des voies de recours indirectes du justiciable avec le processus de constitutionnalisation objective, qu'elles approfondissent, à l'inverse des voies de recours directes qui, à travers la juridictionnalisation des droits fondamentaux qu'elles opèrent devant le juge constitutionnel pour les particuliers, peuvent, pour une autre part, dénaturer le processus de constitutionnalisation, qu'elles font muter en un processus autre, qui est celui de la « fondamentalisation » (du droit), lequel revêt des caractéristiques très subjectives.

Dès lors, nous allons, d'abord, nous évertuer à mettre en lumière le fait que les voies d'accès indirectes approfondissent le processus de constitutionnalisation par les incidences de portée objective qu'elles ont sur le phénomène, avant de nous intéresser aux voies d'accès directes.

TITRE II. L'APPROFONDISSEMENT DE LA CONSTITUTIONNALISATION PAR L'ACCES INDIRECT

Les voies de recours indirectes du justiciable pour accéder au juge constitutionnel sont l'occasion pour ce dernier d'opérer un contrôle concret et/ou *a posteriori* des normes. Elles remplissent une fonction objective au sein du processus de constitutionnalisation, tendant à garantir la primauté de la Constitution sur les lois, en contribuant par ailleurs à la purification permanente de l'ordre juridique. Elles approfondissent, par conséquent le processus de constitutionnalisation.

Les questions préjudicielles, qui sont leur principal outil, si l'on accorde cette dénomination générique aux voies de recours indirectes (étant donné qu'elles ont plusieurs variantes, obéissant, par ailleurs, à des règles différentes²³⁰), sont ainsi très souvent l'affaire des juges (juge constitutionnel et juge ordinaire) et sont, par voie de conséquence, le plus souvent traitées suivant une approche objective, quoique l'initiative puisse venir du justiciable, comme nous le verrons en Italie et en France. De plus, à leur occasion, comme en Espagne, en Italie ou en France, les autorités publiques ou politiques, acteurs classiques du contentieux constitutionnel sont amenées à porter leurs observations et les parties au procès principal ne pouvaient pas même en Espagne, avant la réforme du 24 mai 2007, être parties au procès constitutionnel.

En Italie, la recevabilité d'une question préjudicielle et sa publication au journal officiel a directement pour effet d'avertir les autres juges ayant à appliquer une loi que la constitutionnalité d'une disposition de nature ou de valeur législative est mise en cause devant le juge constitutionnel. En principe, même quand les parties au procès

²³⁰ Cf. Fatin-Rouge Stéfani M., « La question préjudicielle de constitutionnalité en droit comparé. Études réunies », *AJJC*, PUAM, 2008, XXIII, p. 11 *sq.*

principal se constituent comme parties au procès constitutionnel, la question est posée au juge constitutionnel italien dans les mêmes termes que les a transmis le juge ordinaire, à savoir donc de façon inchangée dans le principe.

En Allemagne, le juge ordinaire peut décider du renvoi d'une question devant la Cour constitutionnelle indépendamment des conclusions des parties, surtout depuis la réforme du 2 Août 1993, ce qui marque l'objectivité du contentieux des normes dans la mesure où le juge ordinaire, organe de l'Etat, pose la question de constitutionnalité dans l'intérêt du droit, afin de vérifier la constitutionnalité des normes qu'il est amené à appliquer. De même, le juge constitutionnel allemand n'est pas tenu, selon Béguin et Michel Fromont dans sa présentation de la Cour constitutionnelle fédérale, « *de limiter son examen aux dispositions dont le juge du fond demande l'annulation* »²³¹, d'où encore la fonction objective de la question préjudicielle dans le processus de constitutionnalisation en Allemagne, parce que le juge constitutionnel allemand est amené à se prononcer dans l'intérêt du droit sur des dispositions autres que celles qui font l'objet de contestation dans le cadre du litige principal, c'est-à-dire d'office.

Quant à la France, qui aujourd'hui, parmi les pays étudiés, est celui qui se rapproche le plus du modèle de Kelsen par le place qu'y occupe le contrôle de constitutionnalité abstrait et a priori des lois, les différentes caractéristiques de la procédure de QPC, sa nature, sa teneur, ainsi que les effets des décisions qui en résultent, ne laissent nulle place au doute quant à la volonté du constituant de lui conférer une fonction objective de purification de l'ordre juridique par le contrôle *a posteriori*, tout en mixant ses effets par la garantie de

²³¹ Béguin J.-C., *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en RFA*, *Economica*, 1982, p.102. Michel Fromont, « Présentation de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne », *CCC*, n°15 (Dossier : Allemagne)-janvier 2004.

situations constitutionnelles subjectives, car elle est destinée à protéger et garantir les droits fondamentaux des individus. Cela a pour conséquence d'introduire subséquemment un facteur de mixité, à savoir la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux du justiciable à sa demande, ce qui peut nous amener à relativiser le caractère purement objectif du contentieux des « questions » en France, tout comme en Italie.

Ces éléments nous avaient poussés à tout d'abord remarquer l'évolution du champ matériel du contentieux constitutionnel, de même que du nombre de ses acteurs dans le Titre premier de la présente partie, pour pouvoir distinguer deux séries de pays parmi les pays traversés : les pays où les voies de recours indirectes remplissent une fonction objective presque pure, qui sont l'Allemagne et surtout l'Espagne-, phénomène qui s'explique par le fait que le justiciable bénéficie, par ailleurs, dans ces pays de voies d'accès directes au juge constitutionnel (CHAP. I) et les pays (Italie et France) où les voies de recours indirectes remplissent une fonction objective atténuée ou relative, s'expliquant par le fait que dans ces pays le justiciable ne bénéficie pas de voies de recours directes au juge constitutionnel (CHAP. II). Et nous verrons à chaque fois les conséquences de la portée plus ou moins objective des voies de recours indirectes sur le processus de constitutionnalisation.

Chapitre 1. La fonction objective pure (ou presque) des voies d'accès indirectes en Espagne et en Allemagne

Il ne s'agit pas dans le présent chapitre d'opérer une comparaison entre la procédure de question d'inconstitutionnalité telle que prévue par l'article 163 de la Constitution d'Espagne avec celle prévue par l'article 100 de la Loi fondamentale, car la première est copiée sur les modalités du contrôle concret qu'effectue la seconde²³², mais plutôt de procéder au choix du « pays le plus pertinent », et de nous y arrêter pour étudier en profondeur les caractéristiques foncièrement objectives de la procédure de questions préjudicielles que nous y avons relevées. Cela va nous permettre de voir combien y est grande l'adéquation de la voie de recours indirecte que constitue la question préjudicielle avec la constitutionnalisation objective du droit. L'Espagne nous a semblé plus pertinent que l'Allemagne dans la mesure où, dans la péninsule ibérique, la question d'inconstitutionnalité est le moyen quasi-exclusif pour le justiciable de prétendre à l'inconstitutionnalité d'une loi, ce qui n'est pas le cas dans la République fédérale, sans compter que c'est la Constitution la plus récente, ce qui est d'une importance relative. Nous nous appesantirons donc longuement sur la question d'inconstitutionnalité en Espagne à travers la portée objective de la « *cuestion de inconstitucionalidad* » sur le processus de constitutionnalisation du droit (Section I) et nous ne relèverons que les caractéristiques génériques et les nuances qu'il existe en Allemagne (Section II).

²³² Fernandez Segado F., *La evolucion de la justicia constitucional, Dykinson-Constitucional* (version numérique).

Section 1. La portée objective de la « *question de inconstitucionalidad* » sur la constitutionnalisation du droit en Espagne

Nous allons, tout d'abord, remarquer la portée objective pure de la « *question de inconstitucionalidad* » qu'est venue moduler la réforme du 24 mai 2007 (PARAG.I), avant d'analyser sa portée objective actuelle et ses incidences sur le processus de constitutionnalisation du droit (PARAG. II).

Paragraphe 1. La portée objective pure de la « *question de inconstitucionalidad* » modulée par la réforme du 24 mai 2007

Nous allons d'abord étudier les fondements textuels et théoriques de la portée objective pure des questions d'inconstitutionnalité avant la réforme de 2007 (A), afin de mettre en lumière les assouplissements que celle-ci a introduits sans remettre en cause l'objectivité de fond (B).

A. Les fondements textuels et théoriques de la portée objective de la procédure de question avant la réforme 2007

Il faut tout d'abord rappeler, avec Luis Pomed Sanchez, juriste attaché auprès du Tribunal constitutionnel espagnol, que : « *la Constitution (...) du 27 décembre 1978 présente les caractéristiques communes au constitutionnalisme européen* », lequel « *a opté pour le contrôle concentré de la constitutionnalité de la loi, privant par là même de cette fonction (...) les juges ordinaires (contrairement à ce qui est le cas dans le « contrôle diffus » pratiqué aux Etats-Unis* »²³³.

En effet, comme il l'ajoute, « *dans un système de contrôle concentré, l'inconstitutionnalité est une action que seuls peuvent exercer les sujets qui sont expressément habilités à le faire par le constituant ou, le cas échéant, par le législateur auquel renvoie ce dernier* »²³⁴. Ainsi, en Espagne, nous dit-il, « *la question d'inconstitutionnalité a été créée comme un instrument de collaboration entre les juges et le*

²³³ Sanchez L. P., « *La question d'inconstitutionnalité en droit espagnol* », Actes du colloque organisé à Limoges le 26 mars 2010, « Le justiciable et la protection de ses droits fondamentaux : la question prioritaire de constitutionnalité » : textes réunis par Hélène Pauliat, Eric Négron, Laurent Berthier, *Entretiens D'Aguesseau*, PULIM, 2011, pp. 35-65

²³⁴ Op. cit

Tribunal constitutionnel », et qu'il serait même « *plus juste de dire « entre le Tribunal constitutionnel et les juges* » »²³⁵. Ainsi, ce mécanisme revêtirait des intérêts objectifs dans la mesure où il est un instrument de collaboration entre des organes juridictionnels, c'est-à-dire qu'il serait prévu dans l'intérêt du droit et pour la mise en œuvre efficace du principe de constitutionnalité si nous en croyons Luiz Pomed Sanchez.

Ce mécanisme, prévu entre organes de l'Etat, était, de surcroît, jusqu'en 2006, le deuxième grand groupe de procédures dont avait été saisi le Tribunal constitutionnel de Madrid et c'est lui qui permet audit Tribunal « *d'examiner l'œuvre du Législateur* »²³⁶.

En effet, dans le texte de la Constitution du Royaume d'Espagne, le constituant sépare, dans la forme, les compétences du Tribunal constitutionnel, régies par l'article 161 de la CE, et la question d'inconstitutionnalité prévue à l'article 163, lequel dispose que « *lorsqu'un organe judiciaire, statuant dans une affaire, quelle qu'elle soit, estime que la décision qu'il doit rendre dépend de la validité d'une norme ayant force de loi applicable au cas d'espèce pouvant être contraire à la Constitution, il est tenu de saisir le Tribunal constitutionnel d'une question d'inconstitutionnalité dans les cas, selon la procédure et avec les effets visés par la loi, ces derniers ne pouvant en aucun cas être suspensifs* ». C'est donc un recours distinct du recours en inconstitutionnalité qui existait à l'époque du Tribunal des garanties constitutionnelles, qui s'est fortement inspiré du contrôle concret des normes (*konkrete normenkontrolle*) de l'article 100 de la Loi fondamentale allemande, et qui, en outre, s'est développé avec la loi organique 2/1979 du 3 octobre 1979 relative au Tribunal constitutionnel (LOTC).

²³⁵ Op. cit.

²³⁶ Sanchez L. P., « La question d'inconstitutionnalité en droit espagnol », op. cit., p. 39

A l'origine, la LOTC prévoyait que la connaissance d'une « *question de inconstitucionalidad* » était du seul ressort de l'Assemblée plénière du Tribunal constitutionnel et demandait, au surplus, à l'organe judiciaire de respecter certaines conditions de procédure, comme le fait que la procédure devait d'abord arriver à son terme et le jugement mis en délibéré, ou encore l'audience obligatoire des parties et du ministère public, entre autres conditions.

Le libellé originel de la LOTC (très peu modifié) disposait ainsi (dans son article 35.2) tel que nous le retranscrivons : « *l'organe judiciaire ne peut soulever la question d'inconstitutionnalité qu'à l'issue de la procédure et dans les délais qui lui sont impartis pour rendre sa décision. Il doit préciser quelle est la loi ou la norme ayant force de loi dont la constitutionnalité est douteuse à son sens, ainsi que la disposition constitutionnelle à laquelle il a été porté atteinte selon lui. Il doit par ailleurs préciser et justifier dans quelle mesure la décision qu'il doit rendre dans le cadre de la procédure est subordonnée à la validité de la norme contestée. Avant de rendre une décision définitive, l'organe judiciaire doit entendre les parties et le ministère public, afin qu'ils puissent (...) formuler les allégations de leur choix concernant le bien-fondé de la question d'inconstitutionnalité, le juge devant alors statuer sans aucune autre formalité (...). Cette décision ne peut faire l'objet d'aucun recours. Ce faisant, la question d'inconstitutionnalité peut être à nouveau soulevée dans le cadre des instances successives tant qu'une décision ferme et définitive n'a pas été prononcée* ». Le texte prévoyait en plus une procédure d'examen de la recevabilité de la « *question* » par le Tribunal constitutionnel lui-même, afin qu'il s'assure du respect desdites conditions de procédure, de même que de la consistance de la question, sachant que l'article 37.1 de la LOTC l'autorisait, et l'autorise toujours, à rejeter les questions « *notoirement infondées* », après audition du Procureur général de l'Etat.

Une fois la question déclarée recevable, l'article 37.2 (actuel article 37.3) disposait qu'elle devait impérativement, et dans tous les cas, être communiquée aux deux Assemblées parlementaires, au Procureur général de l'Etat et au Gouvernement du Royaume d'Espagne, afin que ces derniers puissent se constituer comme parties à la procédure, d'où notre réaffirmation de la participation conservatrice du caractère objectif du contentieux constitutionnel des acteurs traditionnels et principaux aux fins d'une constitutionnalisation objective du droit, d'autant qu'à cette époque, c'est-à-dire avant la réforme de 2007, les parties au procès principal n'étaient pas autorisées à se constituer comme parties au procès constitutionnel.

La « question interne d'inconstitutionnalité » dont peut se saisir le Tribunal constitutionnel, à chaque fois qu'il accorde sa protection constitutionnelle en vertu de l'article 55.2, ne fait qu'affirmer, mais cette fois de façon intrinsèque au Tribunal et *ex officio*, la portée objective de la « *cuestion de inconstitucionalidad* » dans sa conception et ses incidences sur le processus de constitutionnalisation, car le juge constitutionnel intervient, dans ce cadre, d'office pour la prééminence du principe de constitutionnalité.

La réforme du 24 mai 2007 est venue assouplir la portée objective pure de la question d'inconstitutionnalité sur le processus de constitutionnalisation, en accordant notamment une certaine place au justiciable espagnol.

B. L'assouplissement de la portée objective pure des questions d'inconstitutionnalité par la réforme du 24 mai 2007

Le signal donné en vue de l'assouplissement de la portée purement objective de la question d'inconstitutionnalité sur le processus de constitutionnalisation du droit en Espagne, en ce qu'elle constituait un mécanisme de collaboration entre organes juridictionnels, a été l'introduction de la possibilité pour les parties au procès principal de se constituer comme parties au procès constitutionnel et d'émettre des observations en vertu du nouvel article 37.2 de la LOTC.

De fait, l'arrêt « Ruiz Mateos c/Espagne » du 23 juin 1993 de la Cour européenne de Strasbourg²³⁷ dénonçait déjà cette impossibilité pour les parties à la procédure judiciaire d'intervenir dans la procédure de question d'inconstitutionnalité devant le Tribunal constitutionnel. Avant lui, l'arrêt Brandstetter c/Autriche rendu le 28 Août 1991²³⁸ par la même Cour y invitait tous les pays s'agissant des procédures constitutionnelles, ne serait-ce qu'à l'occasion d'une loi « *qui concerne directement un cercle restreint de personnes* ».

La réforme du 24 mai 2007 a donc entendu aller dans le sens de la jurisprudence de la CEDH, mais à l'inverse de l'assignation faite aux autorités politiques, il n'y a pas d'assignation directe des parties à la procédure judiciaire au procès constitutionnel. Cependant, elles sont autorisées à comparaître devant le Tribunal madrilène dans les quinze jours suivant la publication de la décision de la recevabilité de la question au Journal officiel. Cette disposition permet alors au justiciable, d'après Luiz Pomed Sanchez, « *d'intervenir dans le débat constitutionnel et d'exposer leurs raisons en faveur ou contre la loi*

²³⁷ CEDH, 23 juin 1993, Ruiz-Mateos, n°12952/87, AJDA 1994. 16, chronique J.-F. Flauss.

²³⁸ CEDH, 28 Août 1991, « Brandstetter c/Autriche », req. n°11170/84

contestée »²³⁹. Donc, comme le justiciable a naturellement tendance à vouloir que la décision du Tribunal constitutionnel aille dans le sens de ses prétentions et intérêts subjectifs, notamment ceux qu'il défend dans le cadre la procédure judiciaire, la portée objective pure de la procédure de question s'en retrouve, selon nous, atténuée, car une place y est dès lors faite à la défense de droits et intérêts subjectifs, alors qu'il n'y avait aucune place avant la réforme. Cependant, le justiciable n'a aucune garantie de la prise en compte de ses prétentions par le juge constitutionnel ni s'il va bénéficier ou non de l'effet utile de la décision du Tribunal constitutionnel portant sur la question d'inconstitutionnalité. Ce qui a pour effet de le mettre face à la mission de constitutionnalisation objective du droit qui incombe au juge constitutionnel grâce à cette voie de procédure.

Ainsi, les questions d'inconstitutionnalité sont des occasions pour le juge constitutionnel de mettre en œuvre d'opérer un contrôle a posteriori des normes en vigueur au sein de l'ordonnement juridique, d'où un approfondissement du processus de constitutionnalisation par leur truchement. Nous le vérifierions en étudiant la teneur objective de la question et ses incidences sur le processus de constitutionnalisation en Espagne

²³⁹ Sanchez L. P., « La question d'inconstitutionnalité en droit espagnol », op. cit., page 44.

Paragraphe 2. La portée objective actuelle de la question d'inconstitutionnalité sur le processus de constitutionnalisation

La portée objective actuelle de la question d'inconstitutionnalité se marque au regard de ses conditions globales de soulèvement par le juge ordinaire pendant la phase judiciaire (A), du traitement objectif que le Tribunal constitutionnel fait de ces questions (B) et par la faible influence du justiciable sur le processus de constitutionnalisation du droit par le biais de cette procédure (C).

A. Des conditions de soulèvement globalement objectives

Les conditions de soulèvement de la question d'inconstitutionnalité sont globalement objectives en Espagne au regard de la teneur imposée aux questions et des conditions de procédure qu'exige la LOTC, en dépit du critère de « juge » retenu par le juge constitutionnel (1), mais aussi au regard des normes pouvant faire l'objet d'un contrôle suivant la procédure (2), de même que par la séparation entre la phase judiciaire et la phase constitutionnelle dans la procédure, qui dénote une différence d'envergure entre ces deux phases de la procédure (3).

1. La teneur et les conditions objectives de la procédure de question

Nous allons tout d'abord nous arrêter au critère de « juge » retenu par le Tribunal constitutionnel, avant de nous intéresser à la teneur de la question (b), le moment de déclenchement de la question (c) et l'obligation d'entendre les parties et le ministère public avant

d'enclencher la procédure (d), qui rendent la procédure globalement objective pendant sa phase judiciaire.

a) Le critère de « juge » retenu par le Tribunal constitutionnel.

Tout d'abord, en vertu des articles 163 de la Constitution d'Espagne et 35 de la LOTC, les organes judiciaires, c'est-à-dire les juges et les tribunaux, sont les seuls habilités à soulever une question d'inconstitutionnalité.

Ainsi, ni les organes administratifs pouvant exercer des fonctions quasi-juridictionnelles, comme c'est le cas des tribunaux économiques et administratifs qui sont des organes permanents de l'administration fiscale, ni des particuliers, lorsqu'ils agissent en tant qu'arbitres (considérés comme une fonction parajuridictionnelle ou autrement quasi-juridictionnelle), ne peuvent soulever une question d'inconstitutionnalité : il faut, pour soulever la question d'inconstitutionnalité, l'intervention d'un juge titulaire du pouvoir juridictionnel en vertu de l'article 117 de la Constitution.

Et même ces juges ne sont habilités à soulever une question d'inconstitutionnalité que dans les cas où ils exercent les fonctions juridictionnelles qui leur sont attribuées et non pas lorsqu'ils exercent des fonctions dites règlementaires, comme lorsqu'ils infligent une sanction à une personne n'ayant pas comparu en tant que juré, ou encore lorsqu'ils agissent en tant qu'officiers de l'état civil. Il faut pour ainsi dire « *des organes judiciaires exerçant la juridiction (article 117. 3 et 4 CE), lorsqu'ils sont donc investis des garanties qui leur sont propres et lorsqu'ils occupent la position institutionnelle déterminée par la*

Constitution elle-même pour l'exercice de cette fonction (art. 117, paragraphes 1 et 2 CE) », selon le Tribunal Constitutionnel²⁴⁰.

Ce dernier a cependant fait montre d'une certaine souplesse dans l'interprétation de ce dernier élément, en recevant des questions d'inconstitutionnalité soulevées à l'occasion de procédures de correction ou de protection de mineurs²⁴¹ ou de perquisitions de domiciles pour exécuter des actes administratifs²⁴². Mais la teneur de la question, qui est objective, ouvre pleine le champ de la constitutionnalisation.

b) L'ouverture du champ de la constitutionnalisation par la teneur objective des questions

Il faut tout d'abord rappeler qu'en Espagne, suivant une jurisprudence constante du Tribunal constitutionnel, la question d'inconstitutionnalité est un « *un instrument judiciaire délicat qui permet aux organes judiciaires de collaborer avec la juridiction constitutionnelle et de s'acquitter ainsi du mandat de garantir la suprématie de la Constitution moyennant l'épuration du système juridique en éliminant de ce dernier les normes ayant force de loi qui sont contraires à la Constitution* »²⁴³.

Ce faisant, la *question de inconstitucionalidad* n'est pas un mécanisme permettant de « *déferer au Tribunal constitutionnel des*

²⁴⁰ Cf. ATC 505/2005 du 13 décembre 2005, Motif n°5 (la jurisprudence du Tribunal constitutionnel espagnol est rapportée par Luiz Pomed Sanchez dans « *La question d'inconstitutionnalité en droit espagnol* », Actes du colloque organisé à Limoges le 26 mars 2010, « Le justiciable et la protection de ses droits fondamentaux : la question prioritaire de constitutionnalité » : textes réunis par Hélène Pauliat, Eric Négron, Laurent Berthier, *Entretiens D'Aguesseau*, PULIM, 2011, p. 35 sq.).

²⁴¹ STC 60/1995 du 17 mars 1995.

²⁴² STC 76/1992 du 14 mai 1992.

²⁴³ ATC 136/2006 du 4 avril 2006, Motif n°2.

litiges concrets, ni de procéder à un assainissement abstrait de l'ordre juridique »²⁴⁴.

Dans cette configuration, les parties à la procédure judiciaire « *n'ont pas le droit de soulever des questions d'inconstitutionnalité, étant donné qu'il s'agit là d'une attribution exclusive des organes judiciaires (articles 163 CE et 35 LOTC), lesquels sont en outre habilités à ne pas soulever de question d'inconstitutionnalité s'ils estiment que la loi contestée est constitutionnelle et donc applicable »²⁴⁵. Cependant, l'exigence de motivation des décisions ayant valeur constitutionnelle en vertu de l'article 120 de la Constitution, dès lors qu'il y a une allégation d'inconstitutionnalité de la loi applicable et à même de conditionner la décision devant être rendue par l'organe judiciaire, ce dernier « *n'est pas dispensé d'exposer comme il se doit et de façon appropriée le raisonnement qui, sous la perspective des faits et du point de vue juridique, le pousse à décider de soulever ou pas ladite question d'inconstitutionnalité »²⁴⁶.**

Par conséquent, l'absence de réponse motivée et fondée en droit de l'organe judiciaire sur une allégation d'inconstitutionnalité de la loi applicable au litige pendant devant lui est considérée comme un « vice d'incohérence par omission ».

Cela ouvre pleinement le champ au processus de constitutionnalisation, car le juge doit motiver ses décisions de non-soulèvement d'une question si un individu allègue une inconstitutionnalité.

En outre, le moment de déclenchement de la procédure est une précaution qui garantissant une vigilance constitutionnelle

²⁴⁴ ATC 282/2006 du 18 juillet 2006, Motif n°2.

²⁴⁵ ATC 55/2009 du 23 février 2009, Motif n°2.

²⁴⁶ STC 35/2002 du 11 février 2002, Motif n°3.

- c) Le moment de soulèvement, moment de précaution et de vigilance pour le respect de la constitutionnalité avant le délibéré

La LOTC, allant dans le sens de l'article 163, a opté pour l'instant précédant le prononcé de la décision définitive pour déterminer le moment de déclenchement de la procédure de question d'inconstitutionnalité.

En effet, dans sa rédaction actuelle, l'article 35.2 de la loi organique du 24 mai 2007 dispose que : « *L'organe judiciaire ne peut soulever la question d'inconstitutionnalité qu'à l'issue de la procédure et dans les délais qui lui sont impartis pour prononcer son arrêt ou la décision judiciaire pertinente* ».

Ce choix a été opéré pour éviter des questions d'inconstitutionnalité prématurées ou trop tardives ou qu'elles soient soulevées pour des dispositions dont la validité n'est pas décisive pour la solution de l'objet du litige.

Ainsi, le critère retenu est celui de « l'applicabilité déterminante » de la norme dont la constitutionnalité fait l'objet de doutes.

C'est pourquoi, puisque certaines décisions procédurales ou des mesures conservatoires peuvent être prises par le juge, la question d'inconstitutionnalité peut être valablement soulevée au moment précis où la norme légale dont la constitutionnalité est douteuse doit être appliquée à la procédure : et cette application doit être décisive pour le sort de celle-ci²⁴⁷.

Au surplus, l'obligation d'entendre les parties et le ministère public constitue une preuve de la différence d'envergure entre la procédure constitutionnelle et la procédure judiciaire.

²⁴⁷ ATC 17/2007 du 16 janvier 2007, Motif n°2.

- d) L'obligation d'entendre les parties et le ministère public, preuve de la différence d'envergure entre la procédure constitutionnelle et la procédure judiciaire

L'obligation susvisée, rappelée par le Tribunal constitutionnel aux organes judiciaires en 2009, répond, selon lui, « *au double objectif de garantir l'audience des parties et du ministère public en vue d'une éventuelle décision judiciaire de l'envergure de l'ouverture d'une procédure constitutionnelle, et de mettre à la disposition de l'organe judiciaire un moyen lui permettant de connaître l'avis des sujets concernés, afin de faciliter sa réflexion quant à la pertinence ou non de l'ouverture d'une procédure constitutionnelle* »²⁴⁸. C'est pourquoi, dans la même décision, qui est une décision de procédure²⁴⁹, le Tribunal constitutionnel souligne que son « *éventuelle omission constitue un vice quant au mode de proposition de la question qui doit déboucher, à l'issue de la procédure prévue à l'article 37.1 sur l'irrecevabilité de la question soulevée* ». Le Tribunal dit, en outre, toujours dans la décision de 2009, que « *l'importance de l'audience visée à l'article 35.2 LOTC ne peut être minimisée et réduite à une simple formalité à caractère obligatoire. Les termes dans lesquels elle doit se dérouler sont donc essentiels, puisqu'il faut notamment identifier impérativement et de façon précise non seulement les dispositions légales dont la constitutionnalité est contestée, mais aussi les normes constitutionnelles auxquelles on estime qu'il a été porté atteinte* ».

Ainsi, les individus sont mis à même de connaître la teneur de la question d'inconstitutionnalité et d'apporter, le cas échéant, leurs observations. Ils débattent donc avec le juge ordinaire sur la nécessité ou la pertinence d'ouvrir une procédure constitutionnelle et participe donc, sans en avoir l'initiative, au déclenchement de la procédure. Il faut, en outre, préciser que l'intervention du ministère public est

²⁴⁸ STC 88/2009 du 23 juin 2009, Motif n°2.

²⁴⁹ Les décisions STC sont des décisions de procédure et les ATC constituent les arrêts.

obligatoire dans tous les cas, qu'il soit ou non partie à la procédure, afin de défendre l'intérêt public d'une bonne administration de la justice, de la sauvegarde de la Constitution et la loi²⁵⁰, ce qui nous pousse à envisager les normes pouvant faire l'objet d'un contrôle par la voie des questions.

2. Les normes pouvant faire l'objet d'une question

Les normes pouvant faire l'objet d'une question déterminées de façon claire et précise (a). Cependant, elles se caractérisent par la présomption de constitutionnalité dont elles bénéficient (b).

a) L'identification claire et précise des normes pouvant faire l'objet d'une question

L'article 32.2 de la LOTC énumère les normes pouvant faire l'objet d'une question d'inconstitutionnalité. Ce sont, en l'occurrence, les « *dispositions normatives et les actes de l'Etat (ou des Communautés autonomes) ayant force de loi* », les Statuts d'autonomie et autres lois organiques, de même que les Traités internationaux²⁵¹ et les règlements des assemblées parlementaires.

Ces normes peuvent être antérieures ou postérieures à la Constitution du 27 décembre 1978, sauf si, s'agissant des normes antérieures à la CE, le juge considère qu'elles ont été abrogées par celle-ci, auquel cas, il se doit d'annuler leur application et, s'il a des doutes, il doit saisir le Tribunal constitutionnel car, suivant la jurisprudence de celui-ci, « *le caractère préconstitutionnel de la norme*

²⁵⁰ ATC 42/1998 du 18 février 1998.

²⁵¹ ATC 38/2007 du 15 février 2008.

*légale contestée n'implique en aucune façon que le juge ou le tribunal doive s'abstenir de soulever une question d'inconstitutionnalité »*²⁵².

Ainsi, sont alors exclues du champ de la « *cuestion de inconstitucionalidad* » les normes réglementaires qui sont du ressort des organes du pouvoir judiciaire en vertu de l'article 106.2 CE²⁵³. Il n'est pas non plus question, d'après le Tribunal, de faire en sorte que la procédure de la question d'inconstitutionnalité soit l'instance par laquelle on discute l'interprétation d'un texte légal²⁵⁴, sauf si, peut être, il s'agit d'une interprétation consolidée par le Tribunal suprême dans un pourvoi en cassation dans l'intérêt de la loi, car une telle interprétation s'imposerait à tous les autres organes du pouvoir judiciaire²⁵⁵.

Le Tribunal constitutionnel a aussi souligné le caractère concret de la procédure, ce qui implique que celle-ci soit étroitement liée à l'applicabilité d'une certaine disposition légale, car son objet « *n'est pas la norme, même en cas de succession de normes dans le temps, mais la loi, le texte légal ou le véhicule formel en tant que « signe sensible » à travers lequel se manifeste le mandat normatif* »²⁵⁶. Aussi, suivant le principe *tempus regit actum*, la question d'inconstitutionnalité peut être soulevée à l'encontre d'une loi abrogée ou qui n'est pas plus vigueur : ce qui compte, c'est son applicabilité au litige en cours devant le juge ordinaire.

Cependant, toutes ces normes bénéficient d'une présomption de constitutionnalité.

²⁵² STC 224/2006 du 6 juillet 2006, Motif n°2.

²⁵³ STC 337/1994 du 23 décembre 1994, Motif n°3.

²⁵⁴ STC 15/1994 du 20 janvier 1994, Motif n°2.

²⁵⁵ STC 166/2007 du 3 Août 2007, Motif n°4.

²⁵⁶ STC 332/1993 du 12 novembre 1993, Motif n°3.

- b) La présomption de constitutionnalité des normes pouvant faire l'objet d'une question

Dans ses décisions de procédure (STC 245/2004 du 16 décembre 2004, Motif n°3, et STC 149/2006 du 11 mai 2006, Motif n°5), le Tribunal constitutionnel a eu à préciser que « *lorsqu'il va de l'assainissement de l'ordre juridique, il appartient à l'organe judiciaire non seulement d'engager la procédure et de saisir le Tribunal constitutionnel, mais aussi de collaborer avec la justice du Tribunal en analysant dans le détail les graves questions qui sont soulevées* » dans la mesure où il « *est clair que la présomption de constitutionnalité des normes ayant force de loi ne peut être mise en cause sans une argumentation minimum et que les allégations globales sans fondement suffisamment développé ne sont pas acceptables* ».

De ce fait, le soulèvement de la question d'inconstitutionnalité doit faire l'objet d'une ordonnance de saisine comme le veut l'article 35.2 LOTC, une ordonnance argumentée au surplus.

Au départ, c'est-à-dire avant 2004, qui constitue une date butoir de la collaboration entre le Tribunal constitutionnel et les organes judiciaires, le juge constitutionnel admettait, ou plutôt tolérait des « rapports » transmis par ces derniers aux fins de soulever une question d'inconstitutionnalité, mais depuis cette date, il n'admet plus que les ordonnances fondées et argumentés.

Ainsi fit-il savoir, très clairement, dans sa décision ATC 133/2004 du 22 juillet 2004 (Motif n°1), qu'il ne ferait plus preuve d'aucune tolérance, cela, en ces termes : « *il y a maintenant de longues années que l'article 35 LOTC est appliqué. S'il était compréhensible qu'au départ une certaine tolérance puisse être admise en cas d'application non rigoureuse des dispositions relatives à la procédure qui doit être observée pour soulever une question d'inconstitutionnalité,*

il pourrait ne plus en être ainsi à l'avenir. Chacun devra en tenir compte »²⁵⁷.

Cette volonté de rigueur prouve la présomption de constitutionnalité dont bénéficient les normes contrôlées et renforce la rigueur qu'affiche le juge constitutionnel concernant le contentieux lié à la procédure de question, ce, d'autant que la phase judiciaire et la phase constitutionnelle de la procédure sont dûment séparées.

3. La séparation entre la phase judiciaire et la phase constitutionnelle

La phase judiciaire et la phase constitutionnelle de la procédure de question d'inconstitutionnalité sont, de fait, séparées, dans la mesure où, une fois la question déclarée recevable par le Tribunal constitutionnel, l'organe judiciaire ayant soulevé la question ne peut plus intervenir, n'étant pas partie à la procédure constitutionnelle, ses arguments et le fondement de la question se trouvant consignés dans l'ordonnance de saisine. Cela met en lumière le fait que la procédure de question d'inconstitutionnalité n'est qu'un instrument de collaboration entre le Tribunal constitutionnel espagnol et les organes juridictionnels, qui remplit une fonction de constitutionnalisation objective du droit en Espagne, de vérification de la conformité des règles applicables à une procédure donnée à la Constitution.

D'autre part, en vertu de l'article 35.3 de la LOTC, une fois la question soulevée déclarée recevable, la procédure judiciaire se retrouve immédiatement suspendue. Ceci est impliqué par le fait que la question d'inconstitutionnalité en Espagne est incontestablement une question préjudicielle et que le jugement définitif de la procédure

²⁵⁷ ATC 133/2004 du 22 juillet 2004.

judiciaire ne peut intervenir qu'après que la décision pertinente a été rendue dans le cadre constitutionnel.

C'est pourquoi que le Tribunal constitutionnel procède à un traitement objectif de la question d'inconstitutionnalité.

B. Le traitement objectif de la question d'inconstitutionnalité par le Tribunal constitutionnel

L'examen de la recevabilité d'une question d'inconstitutionnalité en Espagne est visé à l'article 37.1 de la LOTC.

Il s'agit, d'une part, de vérifier si la validité de la norme en question est déterminante pour la décision que doit rendre le juge ordinaire (c'est le « jugement de pertinence »), qui, donc, est appréhendé objectivement, et, d'autre part, de vérifier la consistance du doute sur la constitutionnalité de cette norme, ce qui marque une teneur voulue objective de la question, c'est-à-dire qui est indépendante de l'instance particulière et des droits et intérêts subjectifs que celle-ci recèle. Faute que quoi, la question d'inconstitutionnalité sera considérée comme étant « notoirement infondée » et sera donc rejetée.

Ce qui nous conduit à examiner l'objectivité de l'approche du juge constitutionnel quant au caractère déterminant de la validité de la norme contestée sur la décision du juge ordinaire (1), avant de voir l'affirmation claire du Tribunal constitutionnel de l'intérêt objectif de la procédure de question d'inconstitutionnalité.

1. L'objectivité de l'approche du juge constitutionnel concernant le caractère déterminant de la validité de la norme contestée

Nous allons tout d'abord envisager l'approche objective du Tribunal constitutionnel dans les deux jugements qu'il identifie et apprécie, qui sont le « jugement d'applicabilité » et le « jugement de pertinence » de la question (a) et nous relèverons les conséquences du défaut d'objectivité, par la déclaration du caractère « notoirement » infondé de la question (b).

a) Un « jugement d'applicabilité » et un « jugement de pertinence » objectivement appréciés

L'article 37.1 de la LOTC prévoit que le Tribunal constitutionnel peut rejeter la question d'inconstitutionnalité, après avoir entendu le Procureur général, « *si les conditions de procédure ne sont pas respectées ou si la question soulevée est notoirement infondée* ».

Le non-respect des conditions de procédure implique que le juge constitutionnel va vérifier si la question a été soulevée au bon moment, si les parties et le ministère public ont été entendus, mais encore si la norme objet de la question est applicable au cas d'espèce, et que de son application dépend la décision que doit rendre le juge qui a soulevé la question. Il s'agit donc dans un premier temps d'un « jugement d'applicabilité » et dans un second temps d'un « jugement de pertinence », comme le Tribunal constitutionnel est amené à les identifier.

A cet égard, le Tribunal constitutionnel déclare, suivant une jurisprudence constante, que ces deux jugements visent à éviter « *que la question d'inconstitutionnalité devienne un moyen de contester directement et de façon abstraite la validité de la loi, et de garantir dans*

le même temps qu'elle permette de concilier la double obligation, qui est celle des organes judiciaires, à savoir de se soumettre à la loi et à la Constitution »²⁵⁸, ce qui a pour effet de rappeler le caractère objectif du contentieux lié au soulèvement des questions.

Pour le « jugement d'applicabilité », le Tribunal constitutionnel se limite à un « contrôle externe », impliquant le rejet des choix et des interprétations de la norme contestée faits par le juge ordinaire, que si ces choix ou ces interprétations apparaissent comme étant manifestement erronés. Il déclare à ce sujet « *qu'il n'y a que lorsqu'il est évident que la norme mise en cause n'est applicable en aucun cas au cas d'espèce qu'il y a lieu de déclarer irrecevable une question d'inconstitutionnalité* ». ²⁵⁹

Quant au « jugement de pertinence », il est lié, d'après le Tribunal, « *au schéma argumentaire selon lequel la décision qui doit être prononcée dans le cadre du procès a quo dépend de la validité ou de l'invalidité de la norme contestée* »²⁶⁰. En outre, la pertinence doit être actuelle selon le Tribunal, en ce sens qu'il ne s'agit pas d'incidences éventuelles du résultat du procès constitutionnel sur le procès *a quo*. Il précise qu' « *il ne s'agit pas de faire en sorte qu'une hypothétique déclaration d'inconstitutionnalité ait une incidence sur le procès a quo, mais que la clôture de ce dernier ne soit possible qu'après avoir levé les doutes de constitutionnalité qui pèsent sur la loi ou les dispositions qui doivent inexorablement être appliquées au cas d'espèce* »²⁶¹.

A défaut, les conséquences à en tirer seront objectives, à savoir la déclaration du caractère « notoirement » infondé de la question.

²⁵⁸ ATC 76/2007 du 27 février 2007, Motif n°2.

²⁵⁹ ATC 357/2004 du 21 septembre 2004, Motif n°2.

²⁶⁰ ATC 124/2009 du 28 Avril 2009, Motif n°3.

²⁶¹ STC 188/2009 du 23 juin 2009, Motif n°2.

b) Les conséquences objectives de l'appréciation du juge constitutionnel : La question « notoirement infondée »

La question « notoirement infondée » est la cause la plus fréquente, d'après Luiz Pomed Sanchez, de rejet de questions d'inconstitutionnalité par le Tribunal constitutionnel espagnol²⁶². Cependant, comme a eu à le dire le Tribunal lui-même, ce n'est pas un concept très précisément défini, « *c'est pourquoi le Tribunal jouit, du point de vue procédural, d'une certaine marge d'appréciation lorsqu'il contrôle la solidité du fondement des questions d'inconstitutionnalité. Dans certains cas, un simple examen préliminaire des questions d'inconstitutionnalité permet d'apprécier que la question soulevée n'est pas viable, sans que cela ne signifie nécessairement pour autant qu'elle est entièrement et absolument dénuée de fondement ou qu'elle est arbitraire. Dans de tels cas, il convient de statuer sur la question d'inconstitutionnalité au cours de la première phase de la procédure* »²⁶³, c'est-à-dire la procédure de recevabilité.

On peut relever en Espagne deux grands cas de questions d'inconstitutionnalité notoirement infondées.

Le premier est celui des questions dénuées de tout fondement ou dont le fondement est arbitraire. Le Tribunal rejette d'évidence ce type de questions.

Le second est celui des questions qui ne sont pas « viables », c'est-à-dire les questions dont un simple examen préliminaire effectué au fond permet de dire qu'elles n'ont pas de chances d'aboutir dans l'hypothèse où elles seraient déclarées recevables et qu'elles devraient ainsi faire l'objet d'un arrêt. Par suite, le Tribunal constitutionnel va

²⁶² Pomed Sanchez L., « *La question d'inconstitutionnalité en droit espagnol* », Actes du colloque organisé à Limoges le 26 mars 2010, « Le justiciable et la protection de ses droits fondamentaux : la question prioritaire de constitutionnalité » : textes réunis par Hélène Pauliat, Eric Négron, Laurent Berthier, *Entretiens D'Aguesseau*, PULIM, 2011, pp. 35-66

²⁶³ STC 123/2009 du 28 Avril 2009, Motif n°1.

juger qu'il n'apparaît pas raisonnable de suspendre la procédure judiciaire en cours dans la mesure où il existe, pour le justiciable espagnol, un droit fondamental à la protection judiciaire effective en vertu de l'article 24.1 de la Constitution du royaume. C'est pourquoi, le Tribunal procède au rejet de ces questions.

Il en est de même lorsque le juge *a quo* soulève une question parce que la norme objet de cette dernière, sans frontalement heurter la Constitution, ne répondrait pas à « l'optimum constitutionnel » : le Tribunal procède au rejet de la question, parce que le jugement de validité « *se transformerait, dit-il « en un jugement de perfection, ce qui porterait atteinte à l'essence même de la norme constitutionnelle »*, qui, selon lui, « *n'est nullement un programme clos mais un texte ouvert, un cadre de coïncidences suffisamment vaste pour arbitrer en son sein diverses options* »²⁶⁴.

Il affirme, en outre, très clairement l'intérêt objectif de la procédure de question d'inconstitutionnalité.

²⁶⁴ Cf. ATC 404/2006 du 8 novembre 2006, Motif n°2.

2. L'affirmation claire par le Tribunal constitutionnel de l'intérêt objectif de la procédure de question

Le Tribunal constitutionnel marque l'intérêt objectif de la procédure de question d'inconstitutionnalité à travers les conditions de la recevabilité, en permettant, notamment, qu'il soit possible de soulever une nouvelle fois la question si le rejet a été opéré pour des raisons de forme, liées au moment du soulèvement de la question ou à l'audience des parties et du ministère public.

Dans sa décision du 23 Avril 1997, le Tribunal constitutionnel espagnol déclare très clairement que *« le rejet de la question d'inconstitutionnalité à l'issue de la procédure d'examen de sa recevabilité, moyennant une décision de procédure (...) rendue conformément aux dispositions de l'article 37.1 LOTC, clôt en principe et en règle générale toute possibilité valable de saisir le Tribunal constitutionnel d'une même question d'inconstitutionnalité –portant sur la même norme et fondée sur les mêmes dispositions constitutionnelles– et donc d'engager la procédure constitutionnelle »*. Mais, dit-il, *« étant donné que toute question d'inconstitutionnalité est fondée sur un intérêt objectif, l'application de ce critère général n'a été modulée ou suspendue que dans les cas où la question d'inconstitutionnalité a été déclarée irrecevable pour des raisons d'ordre strictement formel pouvant être corrigées, afin de permettre à l'organe juridictionnel ayant saisi le Tribunal constitutionnel de la question d'inconstitutionnalité de corriger les vices de procédure relevés et de soulever à nouveau la question d'inconstitutionnalité, après s'être assuré du respect des conditions de procédures requises, sans lesquelles la question ne peut être déclarée recevable »*²⁶⁵. En d'autres termes, l'intérêt objectif de la procédure de question d'inconstitutionnalité, c'est-à-dire de la garantie

²⁶⁵ STC 120/1997 du 23 Avril 1997.

constitutionnelle des normes applicable aux litiges, prime même sur le respect des conditions de forme prévues pour le soulèvement des questions. Ce qui nous paraît fondamental au regard de la constitutionnalisation objective du droit et de la mission objective que le juge constitutionnel espagnol s'assigne lui-même dans le cadre de la procédure de question d'inconstitutionnalité.

Tous ces éléments marquent une faible incidence de l'accès indirect du justiciable au Tribunal constitutionnel sur le processus de constitutionnalisation, mais démontrent par la possibilité de faire contrôler une norme avant sa mise en œuvre cas de doutes sur sa constitutionnalité, les questions préjudicielles qui ont un impact d'approfondissement sur le processus de constitutionnalisation.

C. Le contraste entre l'approfondissement de la constitutionnalisation par les questions et les incidences de l'accès du justiciable

La faible incidence de l'accès du justiciable espagnol au Tribunal constitutionnel par la voie des questions préjudicielles se justifie par son simple rôle de comparant au procès constitutionnel (1), par la tâche de constitutionnalisation objective de fond du juge constitutionnel par le biais des questions qui contrastent avec elle (2), au regard des effets objectifs des décisions qui en résultent sur l'ordre juridique espagnol, qui aboutissent à un faible succès de cette procédure auprès du justiciable espagnol (3).

1. Le simple rôle de « comparant » du justiciable au procès constitutionnel relatif à la question

Le simple rôle de comparant du justiciable dans la procédure constitutionnelle n'en est néanmoins pas importante, dans la mesure où l'organe judiciaire ayant soulevé la question d'inconstitutionnalité n'est pas « partie » à cette procédure, alors même qu'il est le véritable requérant dans la procédure de question d'inconstitutionnalité en Espagne.

L'article 84 de la LOTC utilise à bon escient le terme de « comparants », faisant ainsi référence à tous ceux qui interviennent dans la procédure constitutionnelle, et non celui de « parties ». Et nous avons vu que depuis la réforme du 24 mai 2007, les parties à la procédure judiciaire pouvaient se constituer parties à la procédure constitutionnelle et faire valoir des allégations en faveur ou à l'encontre de la disposition légale contestée. De surcroît, leur désistement à la procédure judiciaire éteint la procédure constitutionnelle de question d'inconstitutionnalité, car, d'après le Tribunal constitutionnel, *« bien que lorsqu'une question d'inconstitutionnalité a été déclarée recevable, l'organe judiciaire qui en est à l'origine n'a plus aucun pouvoir en ce qui la concerne, et ne peut donc ni la retirer, ni prononcer une décision tant que la procédure constitutionnelle n'est pas close, cela ne signifie pas cependant qu'il n'est pas habilité à statuer sur les autres incidents étrangers à la détermination de la validité de la loi mise en cause, ou que, du fait de cette seule circonstance, les parties ne puissent être privées de leur droit de disposer de l'objet de la procédure »*²⁶⁶. Partant, en cas de désistement d'une partie à la procédure judiciaire et de l'extinction de celle-ci, le Tribunal constitutionnel apprécie la *« disparition ultérieure des motifs sur lesquels était fondé le soulèvement de la question*

²⁶⁶ ATC 201/2006 du 20 juin 2006, Motif n°3.

d'inconstitutionnalité...car même si le jugement constitutionnel de la norme restait possible, il ne s'agirait plus d'un jugement de constitutionnalité concret, auquel fait référence l'article 163 de la Constitution, mais d'une inconstitutionnalité abstraite n'ayant pas de rapport avec le cas d'espèce, ce qui est irrégulier dans une question d'inconstitutionnalité », nous dit le même arrêt du 20 juin 2006 visé en référence.

Donc le maintien de la procédure judiciaire du justiciable, suspendue pour cause de déclaration de recevabilité d'une question d'inconstitutionnalité, est capital pour la suite de la procédure constitutionnelle et les parties à la procédure judiciaire sont autorisées à faire valoir des prétentions à l'occasion du procès constitutionnel, ce qui, d'après nous, laisse peu place à de gros impacts sur la décision du Tribunal constitutionnel, quand on connaît la place de premier ordre que joue l'ordonnance de saisine dans la décision du Tribunal constitutionnel.

Au final, la question d'inconstitutionnalité permet au Tribunal constitutionnel de s'acquitter de sa mission de constitutionnalisation objective de fond du droit en Espagne.

2. La tâche de constitutionnalisation objective de fond du juge constitutionnel à travers la procédure des questions

Nous allons examiner les fondements objectifs d'une annulation (a), avant de voir l'examen objectif de fond de la question par le juge constitutionnel (b).

a) Les fondements objectifs d'une annulation

Pour examiner la constitutionnalité de la loi contestée, le Tribunal constitutionnel espagnol tient compte non seulement des

normes contenues dans la Constitution du 27 décembre 1978, mais aussi de ce qu'on appelle, en Espagne, le *bloc de la constitutionnalité*, expression empruntée à la France, mais dont la signification est différente en Espagne, où elle renvoie essentiellement en droit public espagnol à la répartition territoriale du pouvoir législatif, ce qui s'identifie en vertu de l'article 28.1 de la LOTC aux « *lois qui, dans le cadre constitutionnel, auraient été édictées pour délimiter les compétences de l'Etat et des différentes Communautés autonomes ou pour régler ou harmoniser l'exercice des compétences de ces dernières* ».

En outre, comme le prévoit l'article 39.2 de la LOTC, la déclaration d'inconstitutionnalité peut être fondée sur la violation de n'importe quelle disposition constitutionnelle, et ce, « *qu'elle était été invoquée ou non dans le cadre de la procédure* ». A ce propos, le Tribunal constitutionnel déclare dans sa décision de procédure du 13 juin 2006 qu' « *elle est la manifestation du principe iura novit curia et l'instrument nécessaire pour exercer au mieux la fonction d'assainissement de l'ordre juridique confiée à la juridiction de ce Tribunal pour garantir comme il se doit la primauté de la Constitution* »²⁶⁷.

De plus, en vertu de l'article 84 de la LOTC, le Tribunal constitutionnel peut signaler aux parties, ce, à tout moment de la procédure « *l'éventuelle existence de motifs d'inconstitutionnalité autres que les motifs invoqués* ». Le Tribunal examine, le cas échéant, la cause d'inconstitutionnalité, dès lors, en tout cas, que celle-ci est manifeste²⁶⁸, parce que l'article 39.2 de la LOTC fait référence au contenu de l'arrêt, qui, en principe, est déterminé par celui de l'ordonnance de saisine, car, d'après le Tribunal constitutionnel, les motifs autres que ceux qui sont invoqués dans l'ordonnance de saisine

²⁶⁷ STC 179/2006 du 13 juin 2006.

²⁶⁸ ATC 295/2006 du 11 octobre 2006, Motif n°6.

ne doivent pas entraîner une « *transformation de la question soulevée par le juge en une autre totalement nouvelle qui, si elle venait à être déclarée recevable, entraînerait à son tour la substitution du doute judiciaire, lequel serait alors totalement coupé de l'initiative du juge, qui est le seul compétent pour soulever la question d'inconstitutionnalité* »²⁶⁹. Donc le Tribunal les examine et met en œuvre ses pouvoirs prévus aux articles 39.2 et 84 de la LOTC quand les causes sont manifestes, au regard de son arrêt du 11 octobre 2006. Ceci, parce que l'examen qu'il effectue de la question se veut un examen objectif de fond.

b) L'examen objectif de fond de la question

L'examen objectif de fond de la question d'inconstitutionnalité effectué par le Tribunal constitutionnel peut aboutir à ce qu'il y fasse droit ou à ce qu'il rejette la question.

Il faut, tout d'abord, souligner que le Tribunal peut rejeter une question dans un arrêt où on l'attendait au fond pour cause d'irrecevabilité, car le Tribunal considère qu'il n'y a pas de forclusion en ce domaine²⁷⁰, et qu'une question préalablement déclarée recevable, c'est-à-dire dans un premier temps, peut être déclarée irrecevable dans un arrêt définitif ou un arrêt qui implique que l'on recommence la procédure formelle.

Pour les arrêts faisant droit aux questions, il n'y a pas de limitation matérielle en Espagne quant aux dispositions qui les fondent, de telle sorte qu'il peut s'agir aussi bien de dispositions touchant aux droits et libertés fondamentaux que de dispositions portant sur la compétence, notamment la distribution des

²⁶⁹ ATC 1393/1987 du 9 décembre 1987, Motif n°2.

²⁷⁰ STC 140/2008 du 28 octobre 2008, Motif n°2.

compétences entre l'Etat et les communautés autonomes. Mais il arrive souvent qu'à l'occasion des arrêts rendus sur les compétences, le juge constitutionnel pondère les effets *erga omnes* de sa décision, car entre-temps le vice d'incompétence a pu être levé ou même la législation changée²⁷¹.

Sont plus intéressants les arrêts d'interprétation. C'est à l'occasion d'une décision de procédure rendue après une procédure abstraite, en l'occurrence un recours en inconstitutionnalité, que le Tribunal constitutionnel a clairement fixé sa jurisprudence sur les arrêts d'interprétation. Ainsi déclare-t-il dans une décision du 24 juillet 2008²⁷² que « *conformément à une doctrine réitérée du Tribunal (...), il faut aller jusqu'au bout de toutes les possibilités d'interprétation des dispositions conformément à la Constitution et ne décréter l'abrogation que de celles dont l'incompatibilité avec cette dernière ne fait aucun doute lorsque l'interprétation concernée est impossible à appliquer* ». La décision *STC 176/1999, Motif n°3* décline tous les cas de figure que l'on retrouve. Donc l'examen de fond de la question se veut objectif dans la mesure où il tend à envisager toutes les interprétations possibles et ne donnent lieu à une abrogation, comme le dit le Tribunal lui-même, que les interprétations dont l'incompatibilité avec la Constitution ne fait aucun doute.

Ce qui entraîne des effets objectifs de la décision du Tribunal sur l'ordre juridique espagnol.

²⁷¹ Voir en ce sens les arrêts 254/2004 du 22 décembre 2004 et 146/2006 du 24 mai 2006.

²⁷² *STC 101/2008* du 24 juillet 2008.

3. Les effets objectifs des décisions du Tribunal constitutionnel après une procédure de question

L'article 164-1 de la CE dispose que les décisions rendues par le Tribunal constitutionnel « *ont la valeur de la chose jugée à partir du jour qui suit leur publication et ne sont susceptibles d'aucun appel. Celles qui déclarent inconstitutionnelle une loi ou une norme ayant force de loi et toutes celles qui ne se limitent pas à l'estimation subjective d'un droit s'appliquent à tous dans tous leurs effets* ».

Ainsi, les décisions rendues par le Tribunal constitutionnel espagnol, dans le cadre des procédures de questions, en vertu de l'article 163 de la CE sont revêtues de l'autorité de chose jugée et ont des effets *erga omnes* sur l'ordre juridique espagnol et les déclarations d'inconstitutionnalité qu'elles adoptent s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités. Les normes qui sont déclarées inconstitutionnelles sont annulées, mais aussi celles qui en sont la conséquence ou qui leur sont connexes subissent le même sort, en vertu de l'article 161.1. a de la CE, lequel dispose que : « *la déclaration d'inconstitutionnalité d'une norme juridique ayant force de loi, interprétée par la jurisprudence, affectera aussi cette dernière* ».

Tout ceci, c'est-à-dire l'intérêt et la portée objectifs des questions d'inconstitutionnalité, amène un faible succès de la procédure auprès du justiciable, mais que depuis que la réforme de 2007 est entrée dans la culture juridique espagnole, on remarque très clairement une augmentation progressive du volume des questions que renvoient les tribunaux ordinaires.

Ainsi, selon les statistiques de la *Memoria* on notait, au titre de l'année 2009, 35 questions enregistrées par le Tribunal constitutionnel, chiffre qui monte à 106 au titre l'année 2013 et jusqu'à 141 au titre de l'année 2014. Donc d'un instrument de collaboration entre le Tribunal constitutionnel et les organes

judiciaires, les questions d'inconstitutionnalité voient leur importance croître en volume, au contraire des recours d'Amparo constitutionnels (RAC), dont le volume baisse depuis leur réforme en 2007 aussi.

Ainsi, avant 2007, les parties à la procédure judiciaire n'étant pas même comparantes à la procédure constitutionnelle, les questions étaient soulevées purement dans l'intérêt du droit, leur but était donc essentiellement une constitutionnalisation objective du droit, alors que nous verrons qu'une autre voie de recours, bénéficiant cette fois d'un succès maximal, présente des intérêts de loin plus subjectifs pour le justiciable, tout en participant à un autre phénomène revêtant des aspects tout aussi subjectifs qui, selon nous, est celui de la « fondamentalisation » du droit par le biais du RAC.

Une portée substantiellement objective de cette voie d'accès indirecte du justiciable au juge constitutionnel se retrouve Outre-Rhin. Nous n'allons, ce faisant, nous y appesantir.

Section 2. La portée essentiellement objective de la « *Konkrete Normenkontrolle* » sur la constitutionnalisation du droit

Il nous faut, tout d'abord, examiner le droit positif des questions préjudicielles dans la République fédérale allemande (PARAG. I), avant d'en déduire les incidences objectives sur le processus de constitutionnalisation et sur le comportement juridictionnel du justiciable allemand (PARAG. II).

Paragraphe 1. Le droit positif des questions préjudicielles dans la République fédérale allemande

Nous allons, dans un premier temps, nous intéresser au fondement textuel des questions préjudicielles en Allemagne, à savoir l'article 100 de la Loi fondamentale (A), avant d'analyser la pratique des questions préjudicielles dans la République fédérale (B).

A. Le fondement textuel des questions préjudicielles : l'article 100 de la Loi fondamentale

L'article 100 de la loi fondamentale du 23 mai 1949 prévoit quatre cas de renvois d'une question préjudicielle du juge ordinaire au juge constitutionnel allemand, quoiqu'il paraisse dans la forme en présenter trois, le premier cas de figure renvoyant à deux hypothèses.

Comme on peut le constater dans le texte que nous allons reproduire, il y a un cas qui concerne la violation d'une loi fédérale, ou mieux encore l'incompatibilité d'un droit de Land, d'une loi fédérée, avec une loi fédérale.

En effet, l'article 100 de la Loi fondamentale dispose que : « **(1)** *Si un tribunal estime qu'une loi dont la validité conditionne sa décision est inconstitutionnelle, il doit surseoir à statuer et soumettre la question à la décision du tribunal compétent pour les litiges constitutionnels du Land s'il s'agit de la violation de la constitution d'un Land, à la décision de la Cour constitutionnelle fédérale s'il s'agit de la violation de la présente Loi fondamentale. Il est en de même s'il s'agit de la violation de la présente Loi fondamentale par le droit d'un Land ou de l'incompatibilité d'une loi de Land avec une loi fédérale. (2) Si, au cours d'un litige, il y a doute sur le point de savoir si une règle de droit international public fait partie intégrante du droit fédéral et si elle crée directement des droits et obligations pour les individus (article 25), le tribunal doit soumettre la question à la décision de la Cour*

constitutionnelle fédérale. **(3)** Si, lors de l'interprétation de la Loi fondamentale, le tribunal constitutionnel d'un Land entend s'écarter d'une décision de la Cour constitutionnelle fédérale ou du tribunal constitutionnel d'un autre Land, il doit soumettre la question à la décision de la Cour constitutionnelle fédérale ».

De nombreux aspects objectifs ressortent de la lecture de ce texte, à savoir, pour l'essentiel, la compatibilité ou non des normes juridiques applicables, dans le cadre de la « *Konkrete Normenkontrolle* », avec la Loi fondamentale. C'est un texte qui prévient et régit la résolution des conflits de normes par la Cour constitutionnelle fédérale, dans l'intérêt du droit et pour la cohérence de l'ordre juridique.

Les incidences subjectives qui peuvent résulter de la mise en œuvre de l'article 100 sont, comme Espagne, accessoires, parce qu'il n'y a pas de limitation matérielle du champ d'application des questions.

Il existe des exemples (comme dans l'affaire concernant le marché des bananes, affaire complexe où les intérêts subjectifs des particuliers étaient davantage en jeu que la cohérence de l'ordre juridique²⁷³) où peut se déclencher un contrôle subjectif du juge constitutionnel. Mais la pratique qui est faite des questions préjudicielles sur le fondement de l'article 100 démontre l'intérêt essentiellement objectif que ces dernières revêtent dans le droit positif de la République fédérale.

B. L'intérêt objectif des questions préjudicielles dans la pratique de la « Konkrete Normenkontrolle »

L'intérêt essentiellement objectif des questions préjudicielles dans la République fédérale allemande se marque d'un point de vue

²⁷³ BVerfG, 7 juin 2000, RTDE, 2001, page 155.

historique en ce qu'elles étaient du seul ressort des tribunaux supérieurs avant 1956 et s'apparentait à un contrôle abstrait des normes (1). Ensuite, elles pouvaient être soulevées devant n'importe quel tribunal depuis cette date, amplifiant leur « concrétisation » qui a, pour l'essentiel, des incidences objectives sur le processus de constitutionnalisation (2), et puis les effets juridiques qu'elles ont sur l'ordre juridique allemand sont essentiellement objectifs, étant généraux en dépit de leurs « potentialités de subjectivisation »²⁷⁴ (3).

1. L'apanage des tribunaux supérieurs avant 1956

Avant 1956, seuls les tribunaux supérieurs bénéficiaient directement de la possibilité de soulever une question préjudicielle de constitutionnalité devant la Cour constitutionnelle fédérale. Et le contrôle de constitutionnalité qui en résultait s'apparentait à un contrôle abstrait du droit objectif portant sur la validité de la loi dans l'ordonnement juridique.

Cela marquait, à travers l'envergure accordée à cette procédure, son intérêt objectif sur le développement du constitutionnalisme allemand d'alors, semblable, comme nous l'avons vu en Espagne, à un instrument de collaboration entre la Cour constitutionnelle fédérale et les cours suprêmes. Cependant, cela avait eu pour conséquence d'ériger la première chambre civile de la Cour de justice fédérale en véritable chambre constitutionnelle²⁷⁵. Cela pose donc la question de savoir si, au regard du droit comparé, le passage obligatoire imposé par la procédure de QPC devant le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation n'érigera pas à terme ces deux juridictions suprêmes en chambres constitutionnelles. Ainsi, seraient-elles portées à opérer un

²⁷⁴ Grewe C., « *Le contrôle de la constitutionnalité de la loi en Allemagne : quelques comparaisons avec le système français* », *Revue Pouvoirs*, 2011/2, n°137.

²⁷⁵ Favoreu L., Mastor W., *Les cours constitutionnelles*, p. 78

pré-contrôle de constitutionnalité, comme en témoigne la décision de la Cour de la cassation de ne pas renvoyer la Loi Gayssot au Conseil constitutionnel en répondant elle-même par la négative aux griefs d'inconstitutionnalité qu'alléguaient les requérants²⁷⁶. En tout état de cause, le fait qu'avant 1956, la possibilité de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle fédérale n'était directement que du seul ressort des tribunaux supérieurs marquait le fait qu'il y avait une nette démarcation des ordres de juridictions, laquelle (comme nous le verrons, cf. Seconde Partie) s'est ensuite beaucoup atténuée, les questions de constitutionnalité devant, à l'époque, être réglées par les tribunaux suprêmes et la juridiction constitutionnelle entre eux.

Mais, depuis lors, la procédure s'est rapprochée des premiers juges, par la possibilité de soulever la question devant n'importe quel tribunal, d'où une amplification de cette procédure.

2. Le soulèvement de la question devant tout tribunal, marque d'une expansion du constitutionnalisme

C'est donc aujourd'hui en Allemagne du ressort du tribunal saisi du litige de décider du renvoi de la question à la Cour constitutionnelle, et ce, indépendamment des conclusions des parties, ainsi que le veut l'article 83 alinéa 3 de loi sur la Cour constitutionnelle. Constance Grewe nous dit à ce propos que : « *c'est le juge du fond allemand qui décide souverainement et indépendamment de la demande des parties s'il y a lieu ou non de renvoyer à la Cour constitutionnelle* »²⁷⁷.

Mais cela ne vaut que pour les lois postérieures à la Loi fondamentale, car les tribunaux ont l'obligation d'apprécier la validité

²⁷⁶ C. cass., 7 mai 2010, Question prioritaire de constitutionnalité, Arrêt n°12008.

²⁷⁷ Grewe C., « *Le contrôle de la constitutionnalité de la loi en Allemagne : quelques comparaisons avec le système français* », *Revue Pouvoirs*, 2011/2, n°137

et l'applicabilité des lois antérieures à celle-ci, sauf quand elles ont été modifiées après 1949, auquel cas on les assimile aux nouvelles lois.

De même, une question préjudicielle d'inconstitutionnalité pouvait valablement être posée en Allemagne aux fins d'une appréciation de la compatibilité des règlements communautaires avec les droits fondamentaux. Cela se déduit nettement de la lecture de l'article 100 de la Loi fondamentale, mais la décision du 7 juin 2000 sur le marché des bananes marquait le début du refus de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe de contrôler les actes communautaires sur son fondement. Cependant, elle peut être saisie de la question de savoir si une règle de droit international public (hormis le droit de l'UE et la CEDH) crée directement des droits ou des obligations pour les individus.

Au final, l'immense majorité des renvois préjudiciels est aujourd'hui opérée en Allemagne par les premiers juges, ce qui étend considérablement l'ouverture de la saisine du juge constitutionnel.

Depuis la Réforme du 2 Août 1993, une section composée de trois juges peut décider de l'irrecevabilité du renvoi, avec là aussi une fonction objective du recours que l'on peut noter, en ce sens que le renvoi est susceptible d'être opéré indépendamment des conclusions des parties, c'est-à-dire donc dans l'intérêt du droit, le juge ayant, dans ce cas, pour mission de faire vérifier la constitutionnalité des normes qu'il doit appliquer. Et le juge ordinaire allemand doit être convaincu, le cas échéant, par les allégations des parties, car c'est lui qui décide souverainement du renvoi et son doute doit être sérieux. Constance Grewe écrit, dans ses *comparaisons avec le système français*, que : « *La Cour constitutionnelle (...) exerce un contrôle sévère sur la requête* ». Elle précise que : « *Le contrôle porte tant sur la recevabilité que sur le bien-fondé du renvoi. Au titre de la recevabilité, la Cour constitutionnelle examine la pertinence et la nécessité de la*

question posée pour trancher le fond du litige ainsi que les motifs d'inconstitutionnalité allégués par le juge du fond ». Ces motifs, nous rappelle-t-elle, « *ne lient nullement la Cour constitutionnelle, laquelle peut donner à la norme contestée une interprétation toute différente, par exemple une interprétation conforme à la LF* ». Elle rapporte enfin qu'« *il arrive ainsi que le juge du fond soit vigoureusement réprimandé pour avoir posé une « mauvaise question* », par exemple dans l'arrêt sur les bananes (...), où la Cour reproche à la cour administrative de Francfort d'avoir mal compris son arrêt Maastricht ». Elle en conclut que : « *Ce qu'on gagne en somme dans cette procédure autoritaire en uniformité de l'interprétation, on le perd cependant en qualité de dialogue et de coopération entre la Cour constitutionnelle et les juridictions ordinaires, bien que la saisine de la Cour constitutionnelle soit ouverte à tous les juges* ». Michel Fromont précise, par ailleurs, dans sa présentation de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne que : « *selon la loi sur la Cour, le tribunal qui pose la question doit démontrer qu'à ses yeux, la loi soumise à contrôle est inconstitutionnelle et que l'issue du procès dépend de l'application de cette loi* »²⁷⁸.

Mais cette autorité de la Cour constitutionnelle voulue dans l'uniformité de l'interprétation prévient, selon nous, les dérives subjectives pouvant résulter de la pratique des questions préjudicielles et renforcent la fonction objective qu'elles ont tendance à remplir dans le processus de constitutionnalisation de l'ordre juridique allemand. D'ailleurs, Michel Fromont le reconnaît très clairement dans sa présentation de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, en ce sens qu'il affirme que : « *c'est une procédure objective puisqu'elle déclenchée par un organe de l'Etat qui n'est pas partie au procès ; mais c'est une procédure concrète car la question de constitutionnalité se pose à l'occasion de l'application d'une règle de droit à un litige en cours. En*

²⁷⁸ Fromont M., « Présentation de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°15 (dossier : Allemagne), janvier 2004.

effet, il ne s'agit pas de rechercher si d'éventuels effets de la règle de droit seraient contraires à la Constitution, mais de dire si les effets concrètement produits par la règle de droit dans le litige qui est porté devant le juge ordinaire sont ou non compatibles avec la Constitution. Très logiquement, les parties peuvent faire connaître leur point de vue à la Cour »²⁷⁹.

C'est donc en Allemagne, comme le dit si bien Michel Fromont, une fonction essentiellement objective que remplit cette voie d'accès indirecte du justiciable à la Cour constitutionnelle fédérale, car le juge ordinaire, qui n'est pas partie à la procédure constitutionnelle, intervient dans l'intérêt du droit. Il relève et allègue des griefs d'inconstitutionnalité concernant la norme qu'il doit appliquer. Cette fonction objective de la « *Konkrete Normenkontrolle* » se manifeste, en sus, par les effets objectifs et généraux des décisions rendues par la Cour constitutionnelle sur renvoi préjudiciel du juge ordinaire, cependant même que ces décisions peuvent avoir des incidences subjectives sur le procès *a quo*, mais qui demeurent accessoires sur le processus de constitutionnalisation du droit, au vu de l'ampleur que revêt une déclaration d'inconstitutionnalité sur l'ordre juridique d'ensemble.

3. Les effets généraux d'une décision de la Cour constitutionnelle rendue sur renvoi préjudiciel

Une loi déclarée inconstitutionnelle dans le cadre du renvoi par le juge ordinaire d'une question préjudicielle à la CCF est rétroactivement annulée, avec des effets *erga omnes*, et la décision rendue à cette occasion est publiée au Journal Officiel, mais il peut, comme nous l'avons déjà vu, arriver que le juge constitutionnel use d'une déclaration de nullité sans annulation (rétroactive) subséquente, d'où les effets généraux et objectifs de la procédure de question

²⁷⁹ Fromont M., « Présentation de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne », op. cit.

préjudicielle dans leur principe. Mais les décisions peuvent, avant tout, avoir des effets subjectifs sur le procès *a quo*, dans la mesure où la Cour peut se contenter de constater que la loi est devenue nulle, donc inapplicable au litige en cours, sans pour autant l'annuler à titre rétroactif. Parfois, elle constate la nullité, mais laisse la norme provisoirement en vigueur, parce qu'elle estime que son intervention ne doit pas avoir des conséquences plus graves, si elle l'annule sur-le-champ, que l'incompatibilité provisoire avec la Constitution, en fixant, le cas échéant, des délais précis au législateur pour intervenir, délais qui, dans certains cas, ont tenu compte des préoccupations du législateur liées à la réunification²⁸⁰.

Il faut aussi remarquer, un peu comme en Espagne, que c'est l'instance principale qui justifie l'instance devant la Cour constitutionnelle, qui n'en est qu'une annexe. De ce fait, celle-ci s'éteint-elle avec la première, mais, selon nous, il s'agit davantage d'une question de respect des conditions procédurales qu'une question de fond touchant au droit constitutionnel, qui souligne en outre le fait que l'article 100 se veut être un instrument de contrôle concret des normes²⁸¹. C'est une distinction sensible entre le cas français et celui des autres pays étudiés, car le désistement ou l'extinction du procès *a quo* est sans incidence sur la procédure de QPC, alors qu'ils en ont dans les autres pays étudiés, d'où la qualification de « contrôle concret » qui s'attache aux procédures de renvoi dans les autres pays étudiés, alors que cette qualification, généralement, n'est pas retenue pour la France en ce qui concerne la QPC. Par ailleurs, les effets objectifs et généraux de la décision rendue sur renvoi d'une question préjudicielle font qu'il y a globalement des incidences objectives de l'article 100 sur la constitutionnalisation du droit et le comportement juridictionnel du justiciable.

²⁸⁰ CCF, 27 novembre 1990, « Josefina Mutzenbacher », GDCCE, n°137, Dalloz, 2008, p. 713 sq.

²⁸¹ Favoreu L. et Mastor W., *Les cours constitutionnelles*, Dalloz, coll. *Connaissance du droit*, p. 78

Paragraphe 2. Les incidences de l'article 100 sur la constitutionnalisation et le comportement du justiciable

Nous allons, dans un premier temps, considérer les incidences objectives de la « *Konkrete NormenKontrolle* » sur le processus de constitutionnalisation (A), avant de les examiner au regard du comportement juridictionnel du justiciable allemand (B).

A. Les impacts objectifs indirects de la « Konkrete NormenKontrolle » sur la constitutionnalisation du droit

De nombreuses incidences objectives peuvent être relevées de la pratique de l'article 100 de la Loi fondamentale sur le processus de constitutionnalisation du droit en Allemagne. Il s'agit essentiellement de l'unification du droit (1), de la non limitation de l'examen du juge constitutionnel aux normes qui lui sont déférées et que fait la Cour constitutionnelle allemande du contrôle de constitutionnalité au contrôle de l'application des lois (2), ainsi que du fait que le contentieux des droits fondamentaux se trouve souvent épongé par le biais du renvoi préjudiciel (3).

1. L'unification du droit

Il faut remarquer, surtout à l'effet de ceux qui, comme feu le doyen Louis Favoreu, avaient appelé ou annoncé une constitutionnalisation toujours plus accrue et marquée du droit, le souci qu'a l'article 100 de la Loi fondamentale d'opérer cette unification sous l'égide de la Cour constitutionnelle fédérale²⁸². Il s'agit, non seulement d'une unité du droit interne à la Fédération allemande, mais encore d'une unité ou, en tout cas, la garantie d'une bonne réception du droit international public par le droit de la Fédération.

En effet, il y a sans aucun doute un souci de garantir la réception uniforme de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale, de l'interprétation de la Loi fondamentale par celle-ci, que les cours constitutionnelles des Landër opèrent aussi avec une uniformisation garantie par la Cour constitutionnelle fédérale, ainsi que de la compatibilité des normes au sein du système juridique. L'autorité dont fait preuve la Cour constitutionnelle fédérale sur ce sujet ne fait pas l'objet de doutes et l'unité d'interprétation s'effectue sous son égide, et aucun écart n'est possible sans sa permission en vertu de cette disposition.

Quand elle opère un contrôle sur renvoi préjudiciel, la CCF ne se limite pas, de surcroît, à examiner les dispositions dont le juge du fond demande l'annulation, aussi bien d'après Béguin²⁸³ que d'après Constance Grewe²⁸⁴.

²⁸² Cf. Favoreu L., « L'unité du droit », in Mélanges Drago, Paris, Economica, 1996, p. 25 et s.

²⁸³ Béguin J.-C., *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en RFA*, Economica, 1982, p.102.

²⁸⁴ Grewe C., « Le contrôle de la constitutionnalité de la loi en Allemagne : quelques comparaisons avec le système français », 2011, op. cit.

2. La non limitation du jugement constitutionnel aux normes contestées et le contrôle de l'application des lois

Le fait que le juge constitutionnel fédéral ne limite pas son examen aux dispositions dont le juge de renvoi demande l'annulation ou aux dispositions sur lesquelles pèse un doute d'inconstitutionnalité, comme dans l'affaire « Prison à vie » de 1977²⁸⁵, où le juge constitutionnel ne limite pas son contrôle à la loi déférée, mais profite de l'occasion pour faire des injonctions tant au juge pénal qu'au législateur sur la base du principe de proportionnalité au sein de l'Etat de droit, marque, indéniablement, l'intérêt objectif de cette voie de recours indirecte et ses répercussions objectives sur tout l'ordre juridique.

Le juge peut alors soulever d'office l'inconstitutionnalité d'une disposition et l'annuler sans que le juge ou les parties à la procédure judiciaire l'aient demandé, de même qu'il développe sa jurisprudence globale sur l'application des lois ou la conception qu'elle a d'un droit fondamental donné en partant de la question simple qui lui est posée²⁸⁶. Par exemple, la décision « Prison à vie » du 21 juin 1977 comporte une argumentation de près de cent pages où le juge constitutionnel développe, notamment, sa conception de la dignité de personne humaine que nous étudierons plus avant, de même qu'il saisit l'occasion pour faire plusieurs injonctions au Législateur, ainsi qu'au juge pénal dans l'application des lois

Ce pouvoir que se reconnaît le juge constitutionnel fédéral²⁸⁷ va donc au-delà du contrôle concret des normes et relève même d'un

²⁸⁵ Observations Michel Fromont sous l'affaire « Prison à vie », du 21 juin 1977, GDCCE, n°32, Dalloz, 2008, p. 169 sq.

²⁸⁶ CCF, « Prison à vie », du 21 juin 1977, GDCCE, n°32, Dalloz, 2008, p. 169 sq.

²⁸⁷ Cf. Louis Favoreu et Wanda Mastor, *in* Les cours constitutionnelles, page 80.

certain dirigisme de l'ordre juridique²⁸⁸, à l'occasion notamment des questions préjudicielles.

Au surplus, le renvoi préjudiciel est l'occasion pour le juge constitutionnel d'éponger le contentieux des droits fondamentaux et de le régler *ab initio*, c'est-à-dire à l'occasion de l'instance en cours devant le juge ordinaire.

3. Le règlement anticipé du contentieux des droits fondamentaux par la procédure de question

Il faut dire, en effet, que le contentieux des droits fondamentaux peut se retrouver, et souvent se retrouve, épongé par la procédure des questions préjudicielles, car le juge ordinaire allemand est tenu de renvoyer la question en cas de doute sur la constitutionnalité de la disposition dont il a à faire application en vertu de l'article 100 de la Loi fondamentale : il en a l'obligation. Or, une autre voie de recours, le recours constitutionnel direct, qui concerne les droits fondamentaux, a pour condition essentielle de recevabilité auprès du juge constitutionnel celle de l'épuisement des voies de droit, sauf exception.

Ainsi, les questions préjudicielles sont amenées à pouvoir remplir la fonction objective de prévention et de règlement du contentieux des droits fondamentaux *ab initio*, en permettant au juge constitutionnel de se prononcer en amont sur une question de constitutionnalité relative aux droits fondamentaux, ce qui donnerait un signal sur la recevabilité éventuelle d'un recours constitutionnel direct et sur ses chances d'aboutir. Ainsi, dans l'affaire concernant le marché des bananes du 7 juin 2000, la seconde Chambre de la Cour constitutionnelle fédérale profita de la question soulevée par le juge

²⁸⁸ Fromont M, « République fédérale d'Allemagne : la jurisprudence constitutionnelle en 1992 et 1993 », RDP, 1995, II, p. 331.

ordinaire pour fixer la propre ligne de conduite qu'elle allait adopter concernant les nombreuses contestations éventuelles du droit communautaire sur la base des droits fondamentaux par le biais des recours constitutionnels directs.

Moyennant quoi, les questions préjudicielles préviennent, dans certains cas, l'utilisation éventuelle par le justiciable d'un recours constitutionnel direct et garantissent ainsi une constitutionnalisation objective du droit.

Cette fonction objective entraîne des conséquences importantes sur le comportement juridictionnel du justiciable qui a tendance à s'en détourner.

B. Le faible succès des questions préjudicielles auprès du justiciable à cause de leur fonction objective

Le fait que les questions préjudicielles sont à même d'éponger le contentieux des droits fondamentaux, qu'il y ait une tendance au glissement de la Cour constitutionnelle fédérale du contrôle de la constitutionnalité des lois à celui de leur application, le fait qu'elle ne s'abstient pas en outre à leur occasion d'examiner d'autres dispositions que celles dont le juge ordinaire demande l'annulation ou celles autres que les dispositions faisant de l'objet de doutes et, enfin, le souci marqué par l'article 100 de la Loi fondamentale de réaliser une unification du droit sont des facteurs qui mettent le justiciable allemand devant la mission objective du juge constitutionnel allemand de constitutionnaliser le droit à travers la voie de recours indirecte que constitue le renvoi de questions préjudicielles du juge ordinaire devant la Cour constitutionnelle fédérale. De 2000 à 2009, Constance Grewe

note seulement 114 décisions rendues suivant cette procédure, dont 21 pour la seule année 2009²⁸⁹.

Les questions préjudicielles bénéficient en conséquence d'un faible succès auprès du justiciable allemand, dans la mesure où elles procèdent à une constitutionnalisation objective, les recours constitutionnels directs garantissant mieux les intérêts subjectifs.

²⁸⁹ Grewe C., « *Le contrôle de la constitutionnalité de la loi en Allemagne : quelques comparaisons avec le système français* », 2011, op. cit.

CONCLUSION DU PREMIER CHAPITRE DU SECOND TITRE

On peut relever, en Allemagne, comme en Espagne, ainsi que le démontre la pratique qui est respectivement faite sur le fondement de l'article 100 de la LF et 163 de la CE une adéquation presque parfaite entre la mission objective de constitutionnalisation du droit du juge constitutionnel et la voie de recours indirecte que constitue le renvoi de questions préjudicielles devant celui-ci. Aussi, bénéficient-elles d'un faible succès, une faible attractivité auprès du justiciable au regard de leurs intérêts objectifs, qui occasionnent subséquemment des incidences de portée objective sur le processus de constitutionnalisation du droit.

Cela dit, les questions préjudicielles sont dans les deux pays l'élément essentiel et incontournable de la collaboration et du dialogue entre la justice constitutionnelle et la justice ordinaire et participent d'autant à la diffusion des normes et des valeurs que recèle la Constitution dans les ordres juridiques internes, irradiant subséquemment les différentes branches du droit, pouvant être soulevées devant n'importe quel tribunal en Allemagne ou par toute autorité juridictionnelle en Espagne. Elles contribuent à affermir le processus de constitutionnalisation du droit en maintenant son caractère objectif.

C'est pourquoi, au vu de ces intérêts objectifs et de la fonction objective que remplit la voie d'accès indirecte au juge constitutionnel que sont les questions préjudicielles de constitutionnalité, le justiciable allemand, ainsi que l'espagnol, s'en détourne pour d'autres voies de recours qui, pour lui, ont des intérêts bien plus subjectifs, qui sont, comme nous le verrons, le recours constitutionnel direct en Allemagne et le recours d'*Amparo* en Espagne, qui modifient ou dénaturent l'essence du processus de constitutionnalisation objective (cf. infra Deuxième Partie).

Chapitre 2. L'atténuation de la portée objective des voies d'accès indirectes en France et en Italie

Il faut, tout d'abord, rappeler ou souligner qu'en France et en Italie, à travers les voies de recours indirectes ouvertes au justiciable pour accéder au juge constitutionnel, il y a ce qu'il est convenu d'appeler un « *renversement de perspective* » (expression empruntée à Gustavo Zagrebelsky) avec le fait, dit-il, que par « *la saisine par voie incidente, le contrôle de constitutionnalité de la loi est, en quelque sorte, hybridé par la garantie des situations subjectives constitutionnelles* »²⁹⁰.

Il est vrai, comme nous l'a écrit Bertrand Mathieu, que la question prioritaire de constitutionnalité constitue « *une nouvelle voie de droit* »²⁹¹, mais nous pourrions y ajouter pas seulement au regard de la France, mais encore au regard des autres pays que nous avons étudiés. Car, en tant que voie de recours indirecte du justiciable pour accéder au juge constitutionnel, elle se singularise par deux aspects principaux : tout d'abord, son caractère prioritaire, à savoir qu'elle doit être examinée par le juge ordinaire avant tous les autres moyens invoqués par le justiciable devant lui ; d'autre part, seul le justiciable, et non pas le juge, est habilité à l'activer. S'y ajoutent d'autres éléments de procédure tenant notamment au filtrage opéré par les cours suprêmes, qui en font un « unicum » et non pas une nouveauté sur ce point, car l'Allemagne et l'Autriche avaient expérimenté des procédures de filtrage semblables avant de les abandonner et elle est comparable à la question incidente italienne.

²⁹⁰ Cf. Gustavo Zagrebelsky, « Les caractères réaliste et concret du contrôle de constitutionnalité des lois en Italie », CCC, n°22, 2007, pp. 153-154.

²⁹¹ Bertrand Mathieu, « La question prioritaire de constitutionnalité : une nouvelle voie de droit », La Semaine juridique, JCP, G, 2009, n°52, pp.54-69

Ces éléments la distinguent précisément de la question incidente de constitutionnalité de l'Italie. Et d'autres traits s'y ajoutent en mettant en évidence l'atténuation qu'elle apporte concernant la portée objective pure des voies d'accès indirectes du justiciable sur le processus de constitutionnalisation (Section I). Mais, il s'agit d'une atténuation restrictive, comparée son homologue italienne (Section II).

Section 1. L'atténuation restrictive de la portée et de l'intérêt objectifs des voies d'accès indirectes du justiciable apportée par la QPC au regard du droit comparé

En vertu de l'article 61-1 nouveau de la Constitution du 4 octobre 1958, introduit par la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008, « *lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé* ».

La Loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009²⁹², qui modifie l'ordonnance 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, est venue déterminer les conditions d'application de ce nouvel article 61-1 de la Constitution en la qualifiant de « question prioritaire de constitutionnalité » (ci-après QPC).

Nous allons, ce faisant, dans le cadre de cette étude, tout d'abord montrer en quoi la procédure de QPC atténue la portée objective démontrée des voies d'accès indirectes du justiciable au juge constitutionnel, relevée en Espagne et Allemagne, sur le processus de constitutionnalisation (PARAG.I), tout en participant à son affermissement en France (PARAG. II)

²⁹² JO du 11 décembre 2009.

Paragraphe 1. Une atténuation de la portée et de l'intérêt objectifs marquée par le déclenchement de la procédure

La portée et l'intérêt objectifs prouvés des voies d'accès indirectes du justiciable au juge constitutionnel, relevés en Allemagne, davantage encore en Espagne, sont atténués s'agissant de la France par le du justiciable et l'exclusion du juge pour le déclenchement de la procédure (A) et par le rééquilibrage de l'initiative subjective du justiciable par des restrictions de portée objective dans la suite de cette procédure (B).

A. Le choix du justiciable et l'exclusion du juge quant au déclenchement de la procédure

C'est en effet, en France, le justiciable qui, seul, peut déclencher une procédure de QPC : il est le seul à pouvoir l'activer ou prendre son initiative, d'où l'atténuation de la portée et de l'intérêt objectifs ainsi induite par « *la garantie des situations subjectives constitutionnelles* » (pour reprendre l'expression de Zagrebelsky), commandée par cette procédure.

Contrairement à l'exemple espagnol, où nous avons vu que la question d'inconstitutionnalité est essentiellement un instrument de collaboration entre le Tribunal constitutionnel et les organes judiciaires et où seul un juge est habilité à soulever la question, de même qu'en Allemagne, où le juge décide indépendamment des conclusions des parties et souverainement du renvoi de la question de constitutionnalité, pays où la procédure d'accès indirect du justiciable au juge constitutionnel revêt des caractéristiques et a une portée foncièrement objectives sur le processus de constitutionnalisation, le juge ordinaire français n'est, quant à lui, en aucune façon habilité à soulever l'inconstitutionnalité d'une loi à l'occasion d'un litige pendant devant lui. Interdiction même lui en est faite en vertu de l'article 23-1

alinéa 1^{er} de l'ordonnance 58-1067 modifiée (suivant la déduction que l'on fait de l'expression « *s'il est soutenu* » (c'est-à-dire par une partie au procès), qui est une condition de déclenchement de la procédure de QPC).

Ce faisant, le juge du fond peut transmettre la question soulevée par le justiciable à la juridiction suprême dont il relève (Conseil d'Etat ou Cour de cassation), selon l'ordre de juridiction (administratif ou judiciaire) auquel il appartient.

Ainsi, le justiciable français doit en faire la demande, c'est-à-dire soulever la question d'inconstitutionnalité, dans un écrit distinct et motivé, pendant la phase judiciaire à laquelle il est partie. Il peut la soulever aussi bien en première instance, en appel ou en cassation. S'il la soulève pendant la phase d'instruction pénale, c'est la juridiction d'instruction du second degré qui est saisie de la question.

Par contre, la Loi organique du 10 décembre 2009 exclut expressément la cour d'assises des instances pendant lesquelles une QPC peut être valablement soulevée. Cependant, si une décision a été rendue par une cour d'assises en premier ressort, une QPC peut être introduite dans l'écrit qui accompagne la déclaration d'appel.

Mais cette initiative intimement subjective du justiciable est rééquilibrée dans la suite de la procédure par des restrictions qui ont des incidences et une portée objectives sur le processus de constitutionnalisation.

B. Le rééquilibrage de l'initiative subjective du justiciable par des restrictions de portée objective dans la suite de la procédure

Ce n'est pas tant la nature que la portée des restrictions qui est objective dans la consistance et la suite de la procédure de QPC, parce que les juges, organes de l'Etat, sont les transmetteurs, sinon les

médiateurs *sine qua non* de la question. Ainsi y a-t-il des restrictions tenant aux conditions de transmission d'une QPC par le juge du fond aux juges suprêmes (1) et des restrictions (filtres) tenant aux conditions de renvoi de la question au juge constitutionnel par les juridictions suprêmes (2).

1. Les restrictions tenant aux conditions de transmission d'une QPC par le juge du fond aux juges suprêmes

Trois conditions essentielles sont exigées par l'article 23-2 de l'ordonnance 58-1067 aux fins de la transmission d'une QPC par le juge du fond à la juridiction suprême dont il relève.

Tout d'abord, comme en Espagne, la disposition législative contestée doit être applicable au litige ou doit constituer le fondement des poursuites. Dans sa décision 2010-1 QPC du 28 mai 2010²⁹³, le Conseil constitutionnel a estimé qu'il ne lui appartenait pas de mettre en cause les décisions par lesquelles les juridictions suprêmes (Conseil d'Etat et Cour de cassation) jugeaient de l'applicabilité de la disposition législative contestée au litige, que c'était aux juges du fond d'apprécier cette condition, et en dernier ressort, aux juridictions suprêmes dont ils relèvent.

Ensuite (et c'est là une restriction majeure), la disposition législative contestée ne doit pas avoir été déclarée conforme aux normes constitutionnelles dans les motifs ou le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement de circonstances. L'expression « sauf changement de circonstances » incluse dans la loi organique tempère ainsi ladite restriction : il peut s'agir de changement de circonstances de droit ou de fait. Un changement de circonstances de droit et de fait a été reconnu pour la

²⁹³Favoreu L., Philip L., *GDDC*, n°45, *Cristallisation des pensions*, Dalloz, 16^{ème} édition, 2011, page 513.

première fois par le Conseil constitutionnel dans sa décision QPC du 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010 relative à la garde à vue²⁹⁴. De plus, le changement de circonstances peut résulter d'un revirement de jurisprudence, c'est-à-dire d'une décision du Conseil constitutionnel lui-même : c'est ce qui résulte de la décision n°2011-125 QPC du 6 mai 2011²⁹⁵. Cependant, le « changement de circonstances » n'est pas caractérisé, si l'on suit la loi organique au sens du Conseil, par les modifications législatives postérieurement apportées à une disposition législative déjà déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel, peut-on noter dans la décision QPC n°2010-44 du 29 septembre 2010²⁹⁶.

Enfin, la troisième condition exigée pour la transmission d'une QPC par le juge du fond est celle tenant au fait que la question ne doit « pas être dépourvue de caractère sérieux », ce qui a pour effet de laisser une certaine marge d'appréciation au juge devant lequel la question est soulevée et la contestation de la décision de non-transmission d'une QPC par lui ne peut s'effectuer qu'à l'occasion d'un recours dirigé contre la décision réglant tout ou partie du litige, ceci, pour éviter les manœuvres dilatoires.

De plus, il existe des restrictions -vérifications et filtres- qui s'effectuent au niveau des juridictions suprêmes avant de renvoyer la question devant le Conseil constitutionnel.

²⁹⁴ Décision n°2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, *Garde à vue*, *GDCC*, n°47, Dalloz, 16^{ème} édition, 2011, p.531

²⁹⁵ CC, 2011-125 QPC du 6 mai 2011, « Abderrahmane L. », disponible sur le site du Conseil constitutionnel.

²⁹⁶ CC, 2010-44 QPC du 29 septembre 2010, « Epx M. (Impôt de solidarité sur la fortune) » sur le site conseil constitutionnel.

2. Les restrictions tenant aux conditions retenues pour le renvoi des questions au Conseil constitutionnel par les juridictions suprêmes

Le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation, en tant que juge suprême, doit vérifier si les deux premières conditions exigées devant le juge du fond sont réunies et, en sus, s'assurer que « *la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux* ».

On peut dès lors relever le caractère plus restrictif tenant au caractère sérieux de la question, en ce sens que la question qui ne doit pas être « *dépourvue de caractère sérieux* » devant le juge du fond doit présenter « *un caractère sérieux* » devant la juridiction suprême.

Quant au caractère nouveau de la question, la décision n°2009-595DC du 3 décembre 2009²⁹⁷ donne certains aspects que cela reflète. Ainsi n'est pas considérée comme étant « nouvelle » une question du seul fait que la disposition qu'elle conteste n'a pas été examinée par le Conseil constitutionnel. Est nouvelle, en revanche, une question qui invoque –chose rare en pratique– une norme constitutionnelle qui n'a jamais été interprétée et appliquée par le Conseil constitutionnel²⁹⁸. Le critère de la nouveauté de la question doit permettre à la juridiction suprême « *d'apprécier l'intérêt de saisir le Conseil constitutionnel en fonction de ce critère alternatif* » (consid. 21 de la décision du 3 décembre 2009 précitée), soit en raison de son caractère important ou inédit ou en raison de la fréquence de son soulèvement, quand bien même elle serait dépourvue de caractère sérieux. Marc Guillaume, ancien secrétaire général du Conseil constitutionnel, considère, en outre, que « *le critère de la « question nouvelle » alternatif au caractère sérieux a pour but d'éviter que les juges judiciaires ou administratifs tranchent eux-mêmes des questions non résolues par le Conseil*

²⁹⁷Décision n°2009-595 DC du 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de Constitution*, GDCC, n° 41, Dalloz, 16^{ème} éd., 2011, p. 466

²⁹⁸CE, 8 octobre 2010, n°338505, Daoudi.

constitutionnel sous prétexte que la difficulté n'est pas assez sérieuse pour qu'ils ne puissent la résoudre eux-mêmes en écartant la question », tant et si bien que « le Conseil constitutionnel est ainsi renforcé dans son rôle d'interprète de la Constitution »²⁹⁹.

Cela dit, en dépit de ces restrictions, les statistiques parlent d'elles-mêmes. Ainsi a-t-on pu dénombrer, selon les chiffres fournies par le site du Constitutionnel, de mars 2010 au 1^{er} mars 2015, 465 dossiers renvoyés (207 par le CE et 258 par la C. cass.) sur un nombre total de 2360 dossiers soit une proportion de 19, 7% de renvoi de la QPC. Le Conseil d'Etat saisi de 856 dossiers en a renvoyé 24 % au Conseil constitutionnel et la Cour de cassation, au regard des 1504 dossiers dont elle a été saisie en a renvoyé 18%, ce qui représente un volume élevé de renvois au regard de l'Espagne ou de l'Allemagne où les voies d'accès indirectes au juge constitutionnel sont peu usitées et où elles bénéficient d'un faible succès à cause des voies de recours directes et si l'on considère encore qu'en Espagne le justiciable ne peut remettre en cause la constitutionnalité d'une loi que par la voie indirecte, dont elle n'a d'ailleurs pas l'initiative ; de surcroît, il s'agit d'un fait remarquable dans la mesure où, mutatis mutandis, il s'agit du taux de recevabilité de la QPC.

Finalement, si l'initiative de la QPC est du seul ressort du justiciable, la suite de la procédure tend à rééquilibrer ce premier trait subjectif, qui confère aux plus hautes juridictions de l'Etat, la décision de renvoyer ou non la question.

²⁹⁹ Guillaume M., « La question prioritaire de constitutionnalité », in « Justice et cassation, revue annuelle des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation », 2010, op. cit., pp. 22-23.

Paragraphe 2. La participation de la QPC à la constitutionnalisation objective du droit

En plus de l'immixtion des autorités publiques dans la procédure de QPC, comme c'est aussi le cas en Espagne ou en Italie, la QPC participe au processus de constitutionnalisation objective du droit par le caractère « prioritaire » de la question (A) et par la purification de l'ordre juridique à laquelle elle procède (B), indifféremment de l'« effet utile » pour le justiciable qui l'a soulevée, ce dernier effet n'étant pas garanti (C).

A. Le caractère « prioritaire » de la question, preuve de la primauté objective accordée aux normes constitutionnelles devant le juge ordinaire

En vertu de l'article 23-2 de l'ordonnance 58-1067, la question de constitutionnalité soulevée par le justiciable devant un juge relevant du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation doit être traitée avant toute autre question, notamment celle relative à la conventionalité (ou non) de la disposition législative contestée, d'où la dénomination de question « prioritaire » de constitutionnalité retenue par la loi organique. Cela s'explique par le fait que depuis la jurisprudence du Conseil constitutionnel dite « IVG » du 15 janvier 1975, le juge ordinaire est autorisé à écarter l'application d'une loi contraire à une convention internationale souscrite par la France, alors que le Conseil constitutionnel n'opère pas un tel contrôle de conventionalité. Devant ce pouvoir du juge ordinaire d'écarter une loi jugée non conventionnelle et non pas une loi dont la constitutionnalité lui paraît douteuse, primauté a été accordée au contrôle de constitutionnalité, en vue d'accorder le privilège aux normes constitutionnelles, car, à défaut d'un tel privilège, en cas de contrariété

avec une convention, la question de constitutionnalité serait devenue superfétatoire devant le juge ordinaire.

D'ailleurs, dans la mesure où elle était peu favorable au caractère prioritaire de la question, lequel la prive de fait de la possibilité directe et immédiate d'écarter par ses propres soins une disposition contraire à une convention internationale, la Cour de cassation avait saisi la Cour de justice de l'Union européenne en 2010 aux fins de savoir si la loi organique n'était pas contraire au droit de l'Union au sens de l'Arrêt du 9 mars 1978 *Simmenthal* interdisant aux pays membres de l'Union de priver leurs juridictions nationales de leur possibilité de poser des questions préjudicielles à l'ancienne Cour de justice des communautés européennes, et d'écarter de leur propre autorité toute disposition législative contraire au droit de l'Union, sans attendre l'intervention éventuelle du juge constitutionnel. Rejoignant le point de vue du Conseil d'Etat (14 mai 2010, *Rukovic*) et du Conseil Constitutionnel (CC. n°2010-605 DC du 12 mai 2010), la Cour de justice de l'Union européenne a fait valoir, dans sa décision du 22 juin 2010, que le caractère prioritaire accordé à la procédure de question de constitutionnalité par la loi organique française n'était pas contraire au droit de l'Union « *pour autant que les autres juridictions nationales restent libres (...) de saisir, à tout moment de la procédure qu'elles jugent approprié, et même à l'issue de la procédure incidente de contrôle de constitutionnalité, la Cour de toute question préjudicielle qu'elles jugent nécessaire, (...) et de laisser inappliquée à l'issue d'une procédure incidente, la disposition législative en cause si elle la juge contraire au droit de l'Union* »³⁰⁰. C'est, d'après nous, une solution de compromis, qui, toutefois, ne remet pas en cause dans le cadre national la primauté que le législateur organique a voulu accorder aux normes constitutionnelles à travers la procédure de QPC. Ce qui était en adéquation avec les motifs avancés par le Comité « Balladur » pour

³⁰⁰ CJUE, 22 juin 2010, « Aziz Melki et Selim Abdeli », affaires jointes C-188/10 et C-189/10.

l'instauration de cette procédure, qui constatait que l'état antérieur du droit poussait le justiciable « à *attacher plus de prix* »³⁰¹ à la norme conventionnelle qu'à la norme constitutionnelle. La démarche de la Cour de cassation a été très critiquée, notamment par certains membres du Conseil d'Etat, car les premières années de mise en œuvre ont prouvé que la juridiction administrative était plus perméable à la nouvelle procédure que la Cour de cassation³⁰².

Ce premier aspect met en évidence la volonté du législateur organique d'accorder une primauté objective aux normes constitutionnelles sur les autres normes, notamment celles conventionnelles. Cela a pour effet de permettre un agencement et une mise en cohérence de l'ordre juridique interne, qui, dès lors, privilégie l'éradication et la régulation des normes internes par la norme suprême nationale.

³⁰¹ Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Vème République, *Une V^{ème} République plus démocratique*, Fayard, La Documentation française, 2007.

³⁰² Ribes D., « La QPC : perspectives historiques. Histoire d'une réforme de circonstance, circonstances d'une réforme historique », in *La question prioritaire de constitutionnalité*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2011, pp. 19-35

B. La purification de l'ordre juridique interne par la procédure de QPC au bénéfice d'une constitutionnalisation objective du droit

La QPC a introduit en France un contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des lois, qui n'existait pas avant son instauration.

Au 1^{er} mars 2013, 66 dispositions législatives contraires aux droits et libertés garantis par la Constitution avaient été éradiquées de l'ordre juridique dans le cadre de la procédure de QPC³⁰³, occasionnant une purification de l'ordre juridique français par l'usage de cette procédure.

Ainsi, quelques exemples tirés du Précis de *Droit constitutionnel*³⁰⁴, sont notables aux fins de justifier cette purification objective de l'ordre juridique. Dans ce cadre, les dispositions relatives à la « *crystallisation des pensions* », c'est-à-dire au régime spécial des retraites applicable aux ressortissants des anciennes colonies françaises, en particulier aux Algériens, ont été abrogées par la décision n°2010-1 QPC du 28 mai 2010³⁰⁵ pour contrariété avec le principe d'égalité. De la même façon, la décision n°6/7 QPC du 11 juin 2010 abroge l'article L.7 du Code électoral qui prévoyait une radiation automatique des listes électorales comme peine accessoire à quelques infractions pénales pour contrariété avec le principe d'individualisation des peines, qui a valeur constitutionnelle. Aussi, la décision n°14/22 QPC du 30 juillet 2010³⁰⁶ avait abrogé, à partir du 1^{er} juillet 2011, plusieurs dispositions du code de procédure pénale ayant trait à la garde à vue, dans la mesure où elles ne respectaient pas les droits de la défense par la non-garantie de l'assistance effective d'un avocat. De façon plus récente, les décisions n°2012-222 QPC du

³⁰³ Favoreu L. et autres, Précis de *Droit constitutionnel*, Dalloz, 16^{ème} édition, 2014, pp. 353-354.

³⁰⁴ Favoreu L. et autres, Précis de *Droit constitutionnel*, Dalloz, 16^{ème} édition, 2014, op. cit.

³⁰⁵ *GDDC*, n°45, 16^{ème} éd., 2011, précitée.

³⁰⁶ *GDDC*, n°47, 16^{ème} éd. 2011, précitée.

17 février 2012 et n°2012-240 QPC du 4 mai 2012 ont abrogé les dispositions du Code pénal qui, respectivement, définissaient « les atteintes sexuelles incestueuses » et le « harcèlement sexuel », pour défaut de précision contraire au principe de la légalité des délits et des peines.

De façon générale, les dispositions abrogées dans le cadre d'une QPC sont expulsées de l'ordre juridique, ont donc des effets généraux objectifs, c'est-à-dire *erga omnes*. Cela met le Législateur devant ses responsabilités, afin qu'il les reprenne de façon à les rendre conformes avec la Constitution ou à ce qu'il y renonce, sachant par ailleurs que l'incompétence négative du Législateur peut être sanctionnée dans le cadre de cette procédure si elle est en rapport avec des droits ou des libertés que la Constitution garantit (Décision n°2010-5 QPC du 18 juin 2010³⁰⁷).

Allant dans le sens de l'objectivité, à l'instar des effets *erga omnes* attachés aux décisions rendues suivant la procédure, l'effet utile de la décision rendue sur QPC n'est pas toujours assurée pour le justiciable qui l'a soulevée.

³⁰⁷ GDCC, n° 46, 16^{ème} éd., 2011, précitée.

C. La non-garantie de l'effet utile pour le justiciable ayant déclenché la procédure

Tout d'abord, il y a lieu de souligner que le Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi d'une QPC, doit immédiatement en aviser le Président de la République, le Premier ministre, ainsi que les présidents des deux assemblées parlementaires, afin que ceux-ci lui adressent leurs observations sur la question qui lui est posée, ce qui constitue des éléments de sauvegarde de l'objectivité du contentieux. Ensuite, le Conseil statue dans un délai de trois mois, suivant une procédure contradictoire et en audience publique (même filmée), sauf cas exceptionnel prévu dans le règlement intérieur du Conseil.

Ce faisant, la procédure de question prioritaire de constitutionnalité a occasionné en trois ans (de mars 2010, début de son application, à mars 2013), avec un délai moyen de jugement de deux mois, 255 décisions du Conseil constitutionnel qui ont abouti à 53,8% de décisions de conformité, 13,7% de conformité sous réserve, 16,4% de non-conformité totale, 10% de non-conformité partielle, 5,3% de non-lieux et 0,8% de décisions liées à des aspects procéduraux³⁰⁸.

Les statistiques fournies par le Conseil constitutionnel au 1^{er} mars 2015 sont assez proches de celles de 2013. En effet, après cinq années de mise en œuvre de la procédure, il y a eu, sur les 465 décisions rendues par le Conseil constitutionnel, 56,2 % de décision de conformité, 14,6 % de décisions de non-conformité totale, 14,1% de conformité avec réserve, 9,3% de non-conformité partielle, 4,5% de non-lieux à statuer et 1,3% au titre d'« autres décisions ».

Une loi déclarée inconstitutionnelle dans le cadre de cette procédure est, dans le cas général, immédiatement abrogée, ce qui peut la rendre inapplicable au litige pendant devant le juge ordinaire

³⁰⁸ Favoreu L. et autres, *Précis de Droit constitutionnel*, 17^{ème} édition, Dalloz, 2015, page 350.

ou se peut trouver abrogée à une date ultérieure fixée par le Conseil lui-même -ce qui peut avoir un effet utile vérifié dans le premier cas et parfois indifférent sur la procédure ordinaire du justiciable dans le second cas.

De toute évidence, les effets de la décision dans le cadre de cette procédure ne se limitent pas à des aspects *inter partes*, ce sont plutôt des effets *erga omnes* qui en résultent le plus souvent, d'où l'objectivité essentielle des effets de la procédure, nonobstant la garantie des situations individuelles qu'a priori elle présente.

De plus, comme c'est le cas de quasiment toutes les procédures indirectes d'accès au juge constitutionnel, le justiciable n'a, au mieux, que la garantie que la loi dont la constitutionnalité est douteuse, et qui est applicable au litige, ne lui sera pas appliquée, aucun gage n'étant apporté pour un succès dans son procès ordinaire. L'effet utile de la décision rendue par le Conseil constitutionnel sur son procès ordinaire n'est pas, de ce fait, assuré dans la suite de la procédure ordinaire, car une autre disposition, supplétive, pourra lui être appliquée avec des effets identiques ou similaires à ceux qui auraient résulté de l'application de la loi litigieuse à son procès en cours. Ce qui relativise d'autant les aspects subjectifs de la procédure et met en exergue la prédominance de la caractéristique objective de cette procédure.

Ce qui enfin marque l'adéquation des voies de recours indirectes du justiciable avec la constitutionnalisation du droit, c'est que si l'on compare la France (où leur portée objective a été dûment atténuée par le choix du justiciable aux fins de leur déclenchement, cependant même que le contradictoire y a été instauré à l'occasion de son instance à son bénéfice) avec l'Italie, qui est son seul véritable pays de comparaison par l'existence d'un recours incident de constitutionnalité garantissant les « *situations subjectives constitutionnelles* », l'on s'aperçoit que la QPC a des incidences et une portée moins étendues

sur la constitutionnalisation objective du droit que sa consœur italienne.

Section 2. La portée de la QPC sur la constitutionnalisation, comparée à la question incidente italienne

Avec l'introduction de la QPC, on a parlé d'une « *italianisation* »³⁰⁹ de la justice constitutionnelle en France. De fait, les mécanismes prévus dans les deux pays sont proches, mais se différencient sous plusieurs aspects. La portée objective des voies de recours indirectes du justiciable sur le processus de constitutionnalisation du droit demeure dans sa substance, mais elle est atténuée et relativisée en Italie comme en France par ce qui a été dit, à savoir la garantie des situations subjectives constitutionnelles. Cependant, l'Italie offre une palette et une latitude normatives plus larges tant au justiciable qu'aux différents juges (ordinaire comme constitutionnel) pour la garantie de ces situations subjectives constitutionnelles, de même que pour la constitutionnalisation objective du droit au regard de l'amplitude et de la souplesse des modalités d'introduction de la requête, ainsi que des conditions de sa recevabilité (PARAG. I), mais encore au regard des normes qui sont impliquées dans le contrôle de constitutionnalité par la voie du recours incident (PARAG. II).

³⁰⁹ Franck Lafaille, « Hic sunt leones . La question prioritaire de constitutionnalité en France (à la lumière de quelques comparaisons tirées du droit italien) », *Rivista dell'Associazione Italiana dei costituzionalisti*, N.00 del 2. 7. 2010 (<http://archivio.rivistaaic.it/rivista/2010/00/LAFAILLE01.pdf>).

Paragraphe 1. La portée plus étendue de la question incidente italienne au regard des modalités d'introduction et des conditions de recevabilité de la question

Nous allons tout d'abord examiner les fondements textuels et théoriques de la portée objective atténuée de la question incidente de constitutionnalité sur le processus de constitutionnalisation du droit en Italie (A), avant de mettre en lumière les modalités de déclenchement et conditions de recevabilité de la requête plus souples en Italie qu'en France et des incidences objectives plus grandes qu'il y a sur le processus de constitutionnalisation du droit (B).

A. Les fondements juridiques et l'approche théorique de l'étendue de la portée objective atténuée de la question incidente de constitutionnalité italienne

Nous allons avant tout exposer les fondements juridiques de la question incidente italienne (1), avant d'en présenter l'approche théorique quant au processus de constitutionnalisation (2).

1. Les fondements juridiques de la question incidente italienne

C'est l'article 1^{er} de la loi constitutionnelle n°1 du 9 février 1948³¹⁰ qui met en œuvre l'article 134 de la Constitution du 27 décembre 1947, lequel prévoit que la *Corte costituzionale* se prononce « *sur les litiges relatifs à la constitutionnalité des lois et des actes ayant force de loi de l'État et des régions* ».

³¹⁰ Gazzetta ufficiale, 20 février 1948, n°43.

L'article 1^{er} dispose, en effet, que « *la question de constitutionnalité d'une loi ou d'un acte ayant force de loi de la République relevée d'office ou soulevée par l'une des parties au cours d'un procès, et non considérée par le juge comme manifestement infondée, est renvoyée à la Cour constitutionnelle afin qu'elle puisse la trancher* ».

Ce sont les trois premiers alinéas de l'article 23 de la loi n°87 du 11 mars 1953 relative aux dispositions sur la Constitution et au fonctionnement de la Cour qui fixent le cadre dans lequel s'inscrit la question incidente de constitutionnalité italienne, en posant les conditions qui doivent régir son contentieux : ils prévoient qu'« *au cours d'un procès pendant devant une autorité juridictionnelle, l'une des parties ou le Ministère public peuvent soulever une question de constitutionnalité au moyen d'une requête expresse indiquant : a) les dispositions de la loi ou de l'acte ayant force de loi de l'Etat ou d'une région entachées d'inconstitutionnalité ; b) les dispositions de la Constitution ou des lois constitutionnelles dont la violation est invoquée. Dans le cas où l'autorité juridictionnelle estime que le procès ne peut être tranché indépendamment de la résolution de la question de constitutionnalité et si elle ne considère pas que la question soulevée est manifestement infondée, elle rend une ordonnance par laquelle (...) elle décide la transmission immédiate des actes à la Cour constitutionnelle et suspend le procès en cours. La question de constitutionnalité peut être relevée d'office par l'autorité juridictionnelle devant laquelle le procès est pendant, par une ordonnance contenant les indications prévues aux lettres a) et b) du premier alinéa et les dispositions dont il est fait état dans l'alinéa précédent* »³¹¹.

Après l'exposé des fondements textuels, nous pouvons nous appesantir sur l'approche théorique de la question incidente de

³¹¹ *Gazzetta ufficiale*, 14 mars 1953, n°62.

constitutionnalité quant au processus de constitutionnalisation du droit.

2. L'approche théorique de la question incidente de constitutionnalité par rapport au processus de constitutionnalisation du droit

Le doyen Jean-Claude Escarras écrivait, en parlant du système italien, que « *la doctrine et la pratique de la Cour qualifient, indifféremment, ce type de contrôle et le procès à l'occasion duquel il est exercé de : contrôle et procès « par voie indirecte », « par voie d'exception », « par voie incidente », voulant ainsi mettre en évidence que « les citoyens » (et d'autres sujets...) ne peuvent pas agir directement devant la Cour constitutionnelle, mais doivent suivre un chemin indirect et tortueux pour saisir cette dernière* »³¹².

De plus, du point de vue du recours introduit en Italie par le justiciable ou par le juge ordinaire, la doctrine italienne estime qu'il renvoie, en effet, à deux configurations différentes. Gustavo Zagrebelsky, qui les explique très bien, estime qu'« *avec la question de constitutionnalité, les parties agissent pour la défense de leurs propres droits, contre la loi (considérée) inconstitutionnelle* », cependant que « *le juge, quant à lui, se préoccupe non seulement de la cohérence abstraite de l'ordonnancement, mais défend aussi (...) sa position d'interprète et de garant de la signification essentielle du droit* »³¹³.

Ce faisant, on peut commencer à entrevoir avec la lecture des dispositions précédemment exposées, du doyen Escarras et de Gustavo Zagrebelsky, les différences et les nuances qui existent à travers les textes et la conception mêmes de la question incidente de

³¹² Jean-Claude Escarras, « Eléments de référence », *Les Cahiers du CDPC*, vol. 1, 1987, p.30.

³¹³ Gustavo Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologne, Il Mulino, 2^{ème} édition, 1988, page 188.

constitutionnalité en Italie et de la QPC en France et la dimension plus étendue de la première sur le processus de constitutionnalisation du droit.

C'est pourquoi, nous allons examiner ces nuances et différences qui existent entre les deux systèmes, en comparant les deux mécanismes juridictionnels au regard, tout d'abord, des modalités de déclenchement et des conditions de la recevabilité du recours constitutionnel, qui est d'évidence indirect dans les deux pays.

B. Des modalités de déclenchement et des conditions de recevabilité du recours globalement plus souples en Italie et leurs incidences

Nous allons, tout d'abord, comparer les modalités de déclenchement du recours prévus des deux côtés des Alpes et leurs incidences sur la constitutionnalisation du droit (1), avant de procéder à la mise en évidence des conditions de recevabilité de la requête, voire d'accessibilité à la Cour, et les incidences qu'elles impliquent sur le processus de constitutionnalisation (2).

1. Les modalités de déclenchement du recours et leurs incidences sur la constitutionnalisation du droit

Nous allons tout d'abord remarquer que les incidences de l'accès du justiciable au juge constitutionnel sont plus étendues en Italie qu'en France par l'origine juridictionnelle commune, mais plus large et plus souple qui est retenue en Italie par le truchement de l'acception qui y est faite de la notion objective de « procès » (a), mais encore par le fait qu'en Italie l'initiative du procès incident de constitutionnalité est tant ouverte au justiciable qu'au juge ordinaire, comme nous entendons l'explicitier (b).

a) L'origine juridictionnelle du recours plus large en Italie, en dépit de la même notion objective de « procès » qu'en France.

La première condition pour qu'une question de constitutionnalité puisse être valablement soulevée dans les deux pays est qu'elle le soit devant un « juge », à l'occasion d'une « instance » portée devant lui.

Sur ce point précis, déjà, l'article 23 de la loi n°87 de 1953 vise toute « autorité juridictionnelle » sans autre précision, pour l'Italie, cependant que l'article 23-1 de la loi organique française du 10 décembre 2009 ne vise que « les juridictions relevant du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation ». Le paradigme italien d'« autorité juridictionnelle » s'avère de fait, et dès lors, plus large, et l'acception qu'en retient la Cour constitutionnelle italienne tout aussi : dans sa décision n°83 du 15 juin 1966³¹⁴, la Cour constitutionnelle italienne reconnaît comme étant des autorités juridictionnelles (quand bien même ce critère est subjectif au contraire du critère alternatif de « procès », qui, lui, est objectif) « *tous les organes qui, même étrangers à l'organisation de la fonction juridictionnelle et dotés, sur le plan*

³¹⁴ Cf. Cour const. Sentence n°83, *Giurisprudenza costituzionale*, 1966, p. 1074 sq.

institutionnel, de missions de nature différente, sont néanmoins investis, de manière exceptionnelle, d'une fonction de jugement afin d'assurer l'application objective de la loi et, à ce titre, occupent une position superpartes ». Quant à la notion, objective, de « procès », la Cour renvoie dans sa décision n°376 du 22 novembre 2001³¹⁵ à toutes les « *procédures qui, qu'elles que soient leur nature et les modalités, sont mises en œuvre, cependant, en présence et sous la direction d'un organe doté d'une fonction juridictionnelle* ». C'est dans un tel cadre que la Cour constitutionnelle italienne accueille des questions incidentes de constitutionnalité posées par des tribunaux arbitraux³¹⁶ ou d'autorités juridictionnelles équivalentes aux autorités administratives indépendantes (AAI) françaises et, de surcroît, s'autorise à se les poser elle-même dans les occurrences où elle peut s'autosaisir en agissant elle-même comme juge *a quo*³¹⁷.

Au contraire, outre l'exclusion explicite des cours d'assises par la loi organique française relative à la QPC, la restriction prévue par l'article 23-1 alinéa 4 de l'Ordonnance de 1958 modifiée concerne également le Tribunal des Conflits, la Cour supérieure d'arbitrage et même les AAI, qui, pourtant, sont considérées comme étant des juridictions au sens de l'article 6. Parag. I de la CEDH et dont les sentences ont l'autorité de la chose jugée en vertu de l'article 1476 du Code procédure civile.

Finalement, au-delà du critère de l'autorité juridictionnelle que retient *la Corte costituzionale*, celle-ci s'attache davantage et fondamentalement à la notion objective de « procès » et, nous dit-elle, à « *l'application objective de la loi* », ce, en vue, d'une constitutionnalisation plus large et étendue du droit.

³¹⁵ Cour const., sentence n°376 du 22 novembre 2001, *Giurisprudenza costituzionale*, 2001, p.3735 sq

³¹⁶ Cour const., sentence n°376 du 22 novembre 2001, précitée..

³¹⁷ Ord. n°22 du 5 Avril 1960, *Giurisprudenza costituzionale*, 1960, p. 210 sq.

- b) L'initiative du recours au juge constitutionnel ouverte tant au justiciable qu'au juge ordinaire en Italie et ses incidences sur la constitutionnalisation

La loi constitutionnelle n°1 du 9 février 1948, mettant en œuvre l'article 134 de la Constitution, permet, en effet aussi bien au justiciable qu'au juge ordinaire italien de soulever la question incidente de constitutionnalité et donc de saisir la Cour constitutionnelle, ce qui amplifie le processus de constitutionnalisation du droit au regard de cette ouverture de la saisine.

Il faut encore souligner, plutôt rappeler, que le renvoi des questions préjudicielles du juge ordinaire à la *Corte costituzionale* est la voie quasi-exclusive d'accès du justiciable italien au juge constitutionnel.

Aussi s'opère-t-il (ce renvoi), le plus souvent (à plus de 65% en 2009), par la voie d'une question incidente de constitutionnalité que peuvent soulever les juges ordinaires, d'office, autant que les parties à la procédure quoiqu'il y ait une tendance au resserrement vis-à-vis du contrôle abstrait, alors qu'on sait qu'en France la saisine parlementaire a représenté, à elle seule, 92% des recours introduits devant le Conseil constitutionnel pour les quarante ans de son ouverture ³¹⁸, ce qui constitue une large proportion que l'avènement de la QPC pourra sans doute minorer au titre des exercices annuels.

Il en résulte que le juge *a quo* français n'a pas obtenu, au moment de l'introduction de la QPC, l'aval des pouvoirs publics en vue de la déclencher. La question se pose alors de savoir ce qui justifie cette sempiternelle défiance que l'on a en France vis-à-vis des juges.

³¹⁸ Favoreu L., Gaïa P. et autres, *Précis de Droit constitutionnel*, Dalloz, 2015, 17^{ème} édition, page 356.

Ab origine fidelis, écrit Jean-Jacques Pardini³¹⁹, sous-entendu « fidèle aux origines », et aussi loin que l'on puisse remonter dans les normes présentes au sein du bloc de constitutionnalité, on s'arrête à la Révolution, d'où peut-être la défiance.

S'agissant donc des juges *a quo* italiens, la *Corte costituzionale* peut être saisie de la question d'inconstitutionnalité par toute autorité pouvant être définie comme « juge » : elle a ainsi opté pour une acception large, extensive, de la notion ou la qualité de « juge », qui est subjective. Elle admet de ce fait le renvoi par toute autorité intégrée dans la hiérarchie juridictionnelle, même si le caractère juridictionnel de ses fonctions peut paraître douteux, et par toute autorité située hors de l'appareil juridictionnel dès lors que sa fonction est juridictionnelle.

Ainsi, en Italie, les auteurs de la saisine à ce titre sont multiples et variés : on en a dénombré 24 types au titre de l'année 2010³²⁰. On remarquera tout aussi, au regard de cette grande diversité, la prééminence des juges inférieurs qui ont de plus en plus tendance à saisir la *Corte*, parfois, d'ailleurs, en vue de se débarrasser – momentanément ou définitivement- d'un litige gênant ou embarrassant à résoudre. Le juge *a quo*, non pas le justiciable, est en fait le véritable requérant dans ces occurrences.

De plus, quoiqu'il s'agisse de deux voies d'accès indirectes du justiciable au juge constitutionnel, la question incidente italienne est une procédure moins indirecte que la QPC.

³¹⁹ Jean-Jacques Pardini, « *Question prioritaire de constitutionnalité et question incidente de constitutionnalité italienne : ab origine fidelis* », *Revue Pouvoirs*, n°137, 2011.

³²⁰ Cf. Favoreu L., Mastor W., *Les cours constitutionnelles*, p. 84

2. Le caractère moins indirect de l'accès à la Corte costituzionale et ses incidences

Nous allons remarquer qu'il y a une absence de filtrage par les juridictions suprêmes en Italie, qui facilite pour le juge ordinaire et le justiciable l'accès à la Cour (a), quand bien même il existe des conditions de recevabilité semblables, mais globalement plus souples en Italie qu'en France (b), et nous noterons enfin leurs incidences sur la constitutionnalisation du droit en Italie (c).

a) L'absence de filtrage par les juridictions suprêmes en Italie et ses incidences sur le processus de constitutionnalisation.

Contrairement à la France où l'on impose au justiciable ou au juge du fond voulant transmettre une QPC de passer par la juridiction suprême dont relève ce dernier, il n'existe pas cette modalité de filtrage en Italie, où le juge ordinaire peut transmettre directement la question soulevée à la Cour constitutionnelle. On explique qu'on a voulu éviter une surchauffe de cette « nouvelle voie de droit » que représente la QPC et que le Conseil constitutionnel soit débordé par le flux des requêtes. Mais nous ne pensons pas que cela soit suffisant comme explications, à moins de penser que le Conseil constitutionnel ou la justice constitutionnelle en France n'aurait pas ou ne mériterait pas qu'on lui attribue les moyens nécessaires pour son fonctionnement. L'Italie et l'Espagne, étant des pays moins riches que la France, et leurs États respectifs bénéficiant de budgets moins élevés que celui de l'État Français, ont cependant des voies d'accès au juge constitutionnel plus larges et plus aisées tant pour les juges ordinaires que pour le justiciable. La vérité ne résiderait-elle pas dans une volonté de réserver le droit constitutionnel, c'est-à-dire la possibilité de contester les lois davantage aux élites ? La question mérite d'être posée sans qu'on s'éloigne du sujet.

Toujours était-il que même si ce filtrage dans la procédure de QPC peut présenter des avantages comme des inconvénients, il garantit la tendance à maintenir le contentieux constitutionnel dont il s'agit le plus objectif possible, par ailleurs proche d'un contrôle abstrait, le risque étant cependant que les juridictions suprêmes que sont le Conseil d'Etat et la Cour de cassation s'érigent en véritables chambres constitutionnelles, comme l'a démontré l'exemple allemand d'avant 1956 et comme nous le prouve le refus opéré par la Cour de cassation dans sa décision du 7 mai 2010 de transmettre la Loi Gayssot de 1990 pour absence de caractère sérieux de la question, tout en répondant, elle-même, par la négative aux griefs d'inconstitutionnalité que l'on opposait à cette loi, dans une même décision³²¹.

b) Des conditions de recevabilité semblables mais globalement plus souples en Italie et leurs incidences sur le processus de constitutionnalisation.

Deux conditions cumulatives sont exigées pour la transmission par le juge *a quo* italien de la question préjudicielle de constitutionnalité (indépendamment du fait de savoir si la QPC est une question préjudicielle ou non : question que l'on nous dit ouverte, et qui l'est d'ailleurs, selon nous) : sa *rilevanza* et sa *non manifesta infondatezza* (littéralement, et respectivement, son caractère déterminant pour la solution du litige et son caractère non manifestement infondé).

Tout d'abord, il y a lieu de préciser que, s'agissant du caractère préjudiciel de la question incidente italienne, la Cour constitutionnelle

³²¹ Cour. cass., 7 mai 2010, question prioritaire de constitutionnalité, arrêt n°12008.

l'a définitivement réglé dans sa sentence n°53 du 12 février 1982³²², dans laquelle elle estime que « *le caractère préjudiciel nécessaire de la question de constitutionnalité au regard de la décision issue du procès a quo doit être compris en considérant qu'une telle décision est l'aboutissement d'un itinéraire logique dont chacune des étapes peut donner lieu à un incident de constitutionnalité, lorsque le juge met en doute la constitutionnalité des dispositions normatives que, à tel ou tel moment, il est amené à appliquer pour la poursuite ou la résolution du jugement* ». Quant au caractère prioritaire de la question en France, comparaison faite avec l'Italie, il n'a pas lieu d'être, car la Cour constitutionnelle italienne intègre depuis 2007 le contrôle de conventionalité dans son contrôle de constitutionnalité par sa jurisprudence sur les normes-relais ou normes interposées, mais nous y reviendrons (cf. infra).

Cela dit, pour ce qui concerne, en l'occurrence, les conditions de la recevabilité du recours, la notion de *rilevanza*, trouvant son origine dans l'alinéa 2 de l'article 23 de la loi n°87 de 1953, commande que le litige ne puisse être tranché « *indépendamment de la résolution de la question de constitutionnalité* ». Gustavo Zagrebelsky considère qu'elle est la « *conséquence du caractère nécessairement concret de la question de constitutionnalité et dérive implicitement du fait que cette question doit être posée de façon incidente et, par conséquent, pouvoir être utile à la résolution du litige* »³²³.

Il en résulte, selon le Doyen Escarras³²⁴, « *qu'on peut définir comme rilevante une question ayant pour objet des dispositions ou des normes dont* » le juge a quo « *aura nécessairement à faire application dans l'action principale, soit qu'elles touchent au fond de celle-ci, soit*

³²² CCI, sentence n° 53, du 12 février 1982, *Giur. Cost.*, 1982, p. 564 sq.

³²³ Gustavo Zagrebelsky, *Manuale di diritto pubblico*, Bologne, Il Mulino, 1984, p.774.

³²⁴ Escarras J-C., « *Eléments de référence* », op. cit.

qu'elles concernent la compétence du juge, les droits et devoirs des parties, les formes de la procédure, l'acquisition des preuves, etc. ».

Ce faisant, la notion de *rilevanza* est proche de la première condition énoncée par la loi organique 2009-1529, qui concerne l'applicabilité de la loi contestée au litige, de la même façon que la *non manifesta infondatezza* peut être rapprochée du critère français de non « dépourvue de caractère sérieux ».

C'est donc au niveau de la condition tenant au fait que la disposition contestée ne doit pas avoir été déclarée conforme à la Constitution dans une décision du Conseil constitutionnel que les deux systèmes se démarquent quelque peu, dans la mesure où l'exception tenant « au changement de circonstances » atténue même la démarcation, car en Italie, cette condition n'est pas retenue pour saisir le juge constitutionnel dans le cadre d'un procès incident de constitutionnalité, lequel juge peut accueillir une question préalablement déclarée irrecevable dans le cadre d'une autre procédure ou une question sur laquelle il s'était déjà prononcé, même au fond, à cause des « anachronismes législatifs » que la Cour constitutionnelle relève depuis sa sentence n°5 du 8 février 1962³²⁵.

Cependant, la nouveauté de la question, d'une part, et du critère plus restrictif de l'expression « doit présenter un caractère sérieux » au niveau des juridictions suprêmes, d'autre part, marquent, quant à eux, le caractère plus restrictif des conditions de la recevabilité d'une QPC, comparée à la question incidente de constitutionnalité italienne, laquelle, suivant l'expression d'Augusto Cerri³²⁶, bénéficie d'un « *filtrage léger* » ou nécessite une « *connaissance*

³²⁵ *Giur. cost.*, 1962, p. 40 *sq.* et sur les « anachronismes législatifs » cf. Jean-Jacques Pardini, *Le juge constitutionnel et le « Fait » en Italie et en France*, Aix-en-Provence-Paris, PUAM-Economica, 2001, p.148 et s.

³²⁶ Cerri A., *Corso di giustizia costituzionale*, Milan, Giuffrè, 4^{ème} éd., 2004, p. 180

sommaire » du juge ordinaire, selon A. Pizzorusso³²⁷. Donc c'est un doute raisonnable qui est exigé en Italie pour la transmission d'une question de constitutionnalité, alors que la mise en œuvre d'une QPC demande, selon nous, plus de teneur sur le fond de la question, notamment au niveau des juges suprêmes.

c) Les incidences de la permissivité italienne sur le processus de constitutionnalisation objective

Faute de *rilevanza*, le renvoi du juge ordinaire sera déclaré irrecevable (22 décisions ont été rendues en ce sens en 2010³²⁸) ou manifestement irrecevable (67 ordonnances rendues en ce sens durant la même période³²⁹).

Le *non manifesta infondatezza* est donc le critère qui permet à la Corte de filtrer les requêtes introduites auprès d'elle et d'arrêter celles qui n'ont aucune chance d'aboutir.

Partant, à la différence du juge *a quo* allemand, ou mieux encore de l'espagnol, qui doit argumenter sur l'inconstitutionnalité d'une disposition, il n'est pas demandé au juge de renvoi italien, un peu comme le juge français, d'examiner de manière approfondie la question d'inconstitutionnalité. Seul est exigé le caractère sérieux de la question, qui ne doit par ailleurs pas être dénuée de tout fondement.

Il faut dans la suite du procès distinguer, en Italie, les décisions rendues par la Cour constitutionnelle des ordonnances, qui, dans un premier temps, ont d'abord pour objet de prendre des mesures d'instruction. Mais, quand elles sont prises en Chambre du Conseil, les ordonnances sont de plus en plus utilisées pour prononcer des

³²⁷ Pizzorusso A., *Commentario della Costituzione. Articolo 137*, Bologna, Zanichelli, Rome, Società editrice del foro italiano, 1981, p. 214

³²⁸ Cf. *Les cours constitutionnelles*, p. 85

³²⁹ *Les cours constitutionnelles*, ibid.

décisions d'irrecevabilité pour défaut de *rilevanza*, de qualité du juge *a quo*, de rejet pour manque de bien-fondé manifeste (27 ordonnances en 2010³³⁰) ou de « restitution », c'est-à-dire de renvoi au juge *a quo* (7 ordonnances en 2010³³¹). De fait, elles sont, d'après les professeurs Favoreu et Wanda Mastor, l'équivalent des décisions de filtrage prises par les commissions de la Cour constitutionnelle allemande s'agissant des premières. Ainsi, du 1^{er} janvier au 31 Août 2010, la *Corte costituzionale* a rendu 156 décisions et 130 ordonnances³³².

La Cour constitutionnelle italienne est en principe liée par les conclusions de la requête ou de l'ordonnance de renvoi, ainsi que par les moyens invoqués à l'appui de celles-ci. Mais une grande exception légale est apportée à ce principe par l'article 27 de la loi de 1953, disposition selon laquelle la Cour peut, lorsqu'elle admet le recours au fond, étendre son annulation aux dispositions « *dont l'illégitimité constitutionnelle est la conséquence du jugement rendu* ».

Dans un premier temps, elle a interprété cette disposition comme invitant à l'annulation des dispositions qu'on qualifie dans le système français « d'inséparables ». Elle a considéré ensuite que les dispositions « analogues » pouvaient être ainsi annulées par voie de conséquence, ce qui est propre à étendre cette première exception³³³.

D'autre part, elle a fortement atténué ou corrigé la règle, en interprétant avec une certaine liberté l'ordonnance ou le recours pour établir elle-même la portée exacte de la question qui aurait dû former l'objet de son jugement, sans tenir compte de façon très stricte, selon Crisafulli³³⁴, des textes ou normes invoqués et des arguments produits.

³³⁰ *Les cours constitutionnelles*, p. 86

³³¹ *Ibid.*

³³² *Ibid.*

³³³ Favoreu L. et Mastor W., *Les cours constitutionnelles*, p. 87

³³⁴ Crisafulli V., « Le système de contrôle de la constitutionnalité des lois en Italie », RDP, 1968, page 112.

Finalement, dans la mesure où la *Corte costituzionale* considère qu'elle peut se saisir elle-même de la constitutionnalité d'autres textes (ou dispositions) législatifs que ceux qui lui sont soumis, il y a ainsi une forme d'élargissement assez remarquable de ses pouvoirs de statuer au-delà des conclusions de la requête, d'où encore la tendance objective des incidences de cette voie de recours sur le processus de constitutionnalisation et son caractère amplifié, comparée à la QPC.

Cela se justifie d'autant quand on considère les normes qui sont impliquées dans le contrôle de constitutionnalité occasionné par l'accès du justiciable au juge constitutionnel, comparaison faite entre les deux mécanismes.

Paragraphe 2. La portée plus étendue de la question incidente italienne au regard des normes impliquées dans le contrôle de constitutionnalité

Nous allons tout d'abord examiner la portée objective plus large de la question incidente de constitutionnalité italienne au regard des actes contestables dans le cadre du recours (A), avant de la mettre en évidence au regard des moyens invocables à l'appui du recours et de la diversité des configurations normatives utilisées par le juge constitutionnel italien aux fins d'identifier les paramètres de constitutionnalité (B).

A. Une portée objective plus large au regard des actes contestables dans le cadre d'une question incidente de constitutionnalité

De prime abord, la simple lecture des textes livre une vision fallacieuse de la réalité des actes pouvant être contestés dans les mécanismes de QPC et de procès incident de constitutionnalité italien, car si, suivi en ce sens par la loi constitutionnelle n°1 du 9 février 1948 et la loi n°83 de mars 1953, l'article 134 de la Constitution italienne vise semblablement à la France, où sont visées les « dispositions législatives » sans autre précision dans le texte, -exception faite de la différence des deux formes d'Etat-, « *les lois et actes ayant force de loi de l'Etat et des régions* », ce qui pourrait égaliser les deux systèmes, s'agissant dans les deux cas de dispositions de valeur ou de nature législative qui sont contestables devant le juge constitutionnel, le cadre italien, en réalité, offre un éventail plus large d'actes contestables par le biais d'une question incidente de constitutionnalité, ceci, parce que la Cour constitutionnelle italienne a identifié plusieurs catégories d'actes pouvant être contestés dans le cadre d'un procès incident.

De fait, si l'on sait qu'en France, les lois ordinaires, les lois organiques (même si les lois organiques présentent une difficulté tenant au fait qu'elles sont obligatoirement déférées au Conseil constitutionnel dans le cadre d'un contrôle a priori, avant leur promulgation), les ordonnances ratifiées, de même que les lois du pays de Nouvelle-Calédonie, sont contestables dans le cadre de la QPC, les lois référendaires ou les normes de valeur constitutionnelle ne le sont pas dans le cadre de la procédure de QPC, ne l'étant pas même dans le cadre d'un contrôle a priori. Or, en Italie, non seulement les lois nationales, régionales ou provinciales et les décrets législatifs délégués et décrets-lois adoptés en vertu des articles 76 et 77 de la Constitution

sont contestables dans le cadre d'un procès incident, mais encore la Cour constitutionnelle entend par lois les dispositions qui, en tout état de cause, le sont matériellement ou formellement (c'est la référence aux *leggi meramente formale* ou « lois purement formelles » et aux *leggi-provvedimenti* ou « lois-mesures »).

De surcroît, la *Corte* contrôle dans cadre du procès incident de constitutionnalité les délibérations référendaires abrogatives de lois³³⁵ et, surtout, les lois constitutionnelles que l'article 138 de la Constitution qualifie de « *lois de révision de la Constitution et autres lois constitutionnelles* » (la catégorie des autres lois constitutionnelles renvoyant aux *leggi rinforzate* ou « lois renforcées » et aux statuts des régions d'autonomie spéciale). La Cour s'autorise, ce faisant, à contrôler le respect des conditions de procédure posées par l'article 138 pour l'adoption de ces lois de révision et autres lois constitutionnelles. Et, vu que la Constitution italienne comporte en elle-même des « principes suprêmes » qui sont opposables au pouvoir de révision constitutionnelle, la Cour constitutionnelle italienne s'autorise à contrôler la constitutionnalité matérielle desdites lois dans le cadre d'un procès incident³³⁶. Ce qui va bien au-delà de ce que le Conseil constitutionnel effectue dans le cadre du contrôle a priori ou à l'occasion d'une QPC, car il n'existe pas en France une constitutionnalité supérieure qui voudrait qu'il y ait une hiérarchie au sein des normes du Bloc de constitutionnalité³³⁷ et le Conseil ne s'autorise pas non plus à contrôler les lois référendaires, contrairement à la Cour constitutionnelle italienne.

Il faut relever, toutefois, chose qui égalise les deux systèmes, que le Conseil constitutionnel a reconnu, qu'en posant une QPC, « *tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée*

³³⁵ Cour const., sentence n°26 du 16 janvier 1987, *Giur cost.*, 1987, page 149 sq. (Consid. 5).

³³⁶ Cf. Arrêt 1146 du 15 décembre 1988, *Giur cost.* 1988, p.5565 sq.

³³⁷ Cf. CC, n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, Révision constitutionnelle relative à l'organisation de la République, Rec., p. 293.

effective qu'une interprétation constante confère à la disposition »³³⁸, ce qui renvoie en Italie à la doctrine du « droit vivant » ou aux possibles « interprétations consolidées », qui, lorsqu'elles existent, peuvent faire l'objet d'une question incidente de constitutionnalité.

Ainsi, non seulement l'Italie offre un éventail plus large pour les actes contestables dans le cadre d'une question incidente, en dépit d'une similitude relative -dans le texte- des deux systèmes, mais encore l'affirmation se vérifie davantage si l'on considère les moyens invocables à l'appui du recours en inconstitutionnalité ouvert par le justiciable ou à travers la question soulevée d'office par le juge ordinaire.

B. Une portée plus large au regard des moyens invocables et de la diversité des configurations normatives utilisées par le juge constitutionnel italien

Il faut tout d'abord souligner que, comparée à son homologue italienne, la question prioritaire de constitutionnalité bénéficie d'un spectre plus étroit, d'un « *thema decidendum* » plus restreint pour son contentieux, car le Constituant français n'a retenu que l'hypothèse où des « dispositions législatives » porteraient atteinte « *à un droit ou une liberté que la Constitution garantit* », de telle sorte que la disposition législative contestée doit être confrontée au contenu matériel et substantiel du bloc de constitutionnalité, notamment la DDHC, les « PFRLR », les « PPNT » (principes particulièrement nécessaires à notre temps), entre autres normes de valeur constitutionnelle relatives aux droits et libertés.

D'autre part, en France, et cela, suivant le « Comité Balladur », le Conseil constitutionnel ne saurait être, dans le cadre de la procédure

³³⁸ CC, 2010-39 QPC du 6 octobre 2010, JO, 7 octobre 2010, p. 18154, (Consid. 2).

prévue à l'article 61-1 de la Constitution, « *le gardien de la procédure législative ou du respect des compétences respectives du législateur et du pouvoir réglementaire* »³³⁹.

Cela se distingue sensiblement du mécanisme italien où l'article 23 de la loi n°87 du 11 mars 1953 retient une formulation très large et sans réserve, qui renvoie simplement « *aux dispositions de la Constitution ou des lois constitutionnelles dont la violation est invoquée* ». Gustavo Zagrebelsky³⁴⁰ identifie très clairement trois catégories de dispositions dont la violation peut être invoquée : les dispositions « *qui imposent ou interdisent des contenus déterminés ; qui prévoient des procédures précises pour l'élaboration des actes normatifs ; qui répartissent les compétences législatives entre les diverses autorités entre lesquelles l'organisation constitutionnelle distribue le pouvoir législatif* ». Ce faisant, et pour reprendre une terminologie empruntée au contentieux administratif, sont donc autant invocables les vices de constitutionnalité interne que les vices de constitutionnalité externe des « *lois ou actes ayant force loi de l'Etat ou des régions* », ce qui a pour effet d'étendre considérablement et objectivement la portée de la question incidente de constitutionnalité sur le processus de constitutionnalisation.

Portée d'autant plus étendue et renforçant corrélativement l'effectivité de la constitutionnalisation, que la Cour constitutionnelle italienne admet qu'il puisse y avoir des *norme interposte* (normes-relais ou, autrement dit, normes interposées, inspirées par la doctrine³⁴¹), qu'elle érige en paramètres de constitutionnalité de la loi. En d'autres termes, il est admis que la constitutionnalité d'une norme de nature ou de valeur législative soit mise en cause dans le cadre d'un procès

³³⁹ Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Vème République, *Une V^{ème} République plus démocratique*, Fayard, La Documentation française, 2007, p. 88.

³⁴⁰ Cf. Zagrebelsky G., *La giustizia costituzionale*, Bologne, Il Mulino, 1^{re} édition, 1977, page 21.

³⁴¹ L'expression est de Carlo Lavagna, *Problemi di giustizia costituzionale sotto il profilo della « manifesta infondatezza »*, Milan, Giuffrè, 1957, p. 28 sq.

incident de constitutionnalité au regard d'une norme interposée entre la norme constitutionnelle et celle législative contestée dans le cas où la Constitution ou une norme de niveau constitutionnel encadre, non pas de façon directe, mais médiate, une disposition législative ordinaire en renvoyant à d'autres sources du droit, parfois même de niveau ordinaire.

Ces *norme interposte* ne constituent pas une catégorie unitaire au sens de la Cour, laquelle n'a pas hésité à assimiler la CEDH à une *norma interposte*, et ainsi opère un contrôle de constitutionnalité sur son fondement. De fait, elle intègre par ce biais le contrôle de conventionalité dans le contrôle de constitutionnalité³⁴².

De la même façon, la Cour assimile à une *norma interposte* la loi de délégation qui, en vertu de l'article 76 de la Constitution, autorise l'adoption des décrets législatifs, qui ont valeur législative. La contestation du décret législatif pourra alors se faire suivant les principes directeurs, les limites de temps ou d'objets posés par la loi de délégation, qui, s'ils sont violés, auront pour résultante la violation médiate de l'article 76.

De ce fait, par la possibilité d'invoquer l'inconstitutionnalité tant interne qu'externe de la loi contestée ou des normes intercalées entre elle et la Constitution, l'arc ou l'éventail des moyens invocables dans le cadre d'une question incidente élargit considérablement sa portée sur la constitutionnalisation du droit, bien plus que la question prioritaire qui se limite aux droits ou aux libertés garantis par la Constitution.

³⁴²Sur les *norme interposte* et l'intégration de la CEDH, cf. Cour const., sentence n°348 et 349 du 22 octobre 2007, *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, pages 3475 et 3535, respectivement.

CONCLUSION DU SECOND CHAPITRE DU TITRE II

La garantie des « situations subjectives constitutionnelles » atténuée sans aucun doute la portée et les intérêts objectifs purs (ou presque) des voies d'accès indirectes du justiciable au juge constitutionnel en France et en Italie, comparées à l'exemple espagnol ou au cas allemand. De fait, le choix du justiciable et l'exclusion des juges quant à l'activation de la procédure marque indéniablement cette atténuation en France, mais, chose peut-être surprenante, la suite de la procédure démontre une teneur plus objective que subjective dans le pays, d'autant plus marquée par le fait que la QPC est le moyen par lequel le juge constitutionnel apure à titre objectif et a posteriori l'ordre juridique français des vices d'inconstitutionnalité dont il est affecté au regard des droits et libertés « que la Constitution garantit », avec un effet utile, quant à lui, non garanti pour le justiciable ayant déclenché la procédure.

Comparée à la question incidente italienne, la question de constitutionnalité française, quoiqu'elle bénéficie d'un caractère prioritaire, qui, d'évidence, accorde la primeur ou le privilège aux normes constitutionnelles, a des incidences moindres sur le processus de constitutionnalisation, non seulement au regard de l'ouverture du recours italien aux juges ordinaires aussi bien qu'aux parties à la procédure, mais encore par l'étendue des dispositions contestables et des moyens invocables à l'appui du recours, les premières ne se limitant pas en Italie à l'hypothèse où des droits et libertés garantis par la Constitution seraient en cause, s'étendant même aux délibérations référendaires abrogatives de lois et aux « lois de révision de la Constitution et autres lois constitutionnelles » en vertu de l'article 138 de la CI, confrontées aux règles de procédure ou, le cas échéant, aux principes suprêmes de la Constitution, les seconds, quant à eux, pouvant concerner des vices de constitutionnalité interne

comme des vices constitutionnalité externe, en appuyant le tout sur la densité des configurations normatives éventuellement relatives aux normes *interposte*. Si bien que si, en Italie, le privilège accordé au contrôle concret des normes fait dire à certains auteurs que la Cour constitutionnelle glisse même parfois vers un contrôle de la micro-constitutionnalité des lois³⁴³, il faut aussi reconnaître qu'il y existe également des niveaux de contrôle moyen ou ordinaire de constitutionnalité et un niveau de contrôle ayant trait à une supra, voire à une macro-constitutionnalité des normes, notamment dans le cadre d'un procès incident de constitutionnalité, ce qui y rend d'autant plus évidente la constitutionnalisation objective du droit, que confirme la Cour par sa possibilité de statuer au-delà des conclusions de la requête ou de reformuler la question dans les termes précis dans lesquels elle aurait dû lui être posée.

Toutes choses qui nous font dire, s'agissant de la France, de même qu'en ce qui concerne l'Italie, qu'en dépit de la garantie des « situations subjectives constitutionnelles », la mission de constitutionnalisation objective du droit par le juge constitutionnel demeure dans ces caractéristiques fondamentales et génériques par les effets et résultats généraux et objectifs qui résultent des procès constitutionnels ouverts suivant l'accès indirect qui y existe aux juridictions constitutionnelles.

³⁴³ Voir en ce sens Voir sur ce point, *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé* (dir. Laurence Gay), Bruylant, version numérique, 2014 (voir la conclusion générale de Laurence Gay) ; Zagrebelsky G, « La démultiplication des recours en Italie : encombrement et micro-constitutionnalité », *AJIC*, I, 1985, p. 111

CONCLUSION SECOND TITRE

Les voies d'accès (ou de recours) indirectes du justiciable au juge constitutionnel, par l'intermédiation du juge ordinaire ou à l'initiative de celui-ci, sont en parfaite adéquation avec le processus de constitutionnalisation objective du droit. L'Espagne en particulier, de même que la République fédérale allemande, démontre par la pratique des questions préjudicielles qui y a cours, en dépit de la faiblesse de leur succès, sa fonction et son intérêt objectifs sur le processus de constitutionnalisation du droit et ces voies de recours indirects participent d'autant au règne du constitutionnalisme de type européen et de l'État de droit dans ces deux pays.

Cela dit, malgré l'atténuation de leur portée objective sur le processus de constitutionnalisation en Italie et en France, par l'obligation qu'il y a aujourd'hui au sein des États de droit modernes d'apporter une garantie aux « situations subjectives constitutionnelles », la portée objective globale n'est pas affectée dans son essence. Les voies de recours indirectes permettent au juge constitutionnel français comme à l'italien de procéder à un contrôle *a posteriori* des lois, de procéder à une purification objective de l'ordre juridique, tout en s'attachant à équilibrer « l'application objective de la loi » et la prise en compte des situations subjectives au regard de la Constitution.

Leur succès en Italie et en France s'explique par le fait qu'elles y sont la voie quasi-exclusive d'accès du justiciable au juge des lois, ce qui n'est pas le cas en Allemagne ou en Espagne.

Elles correspondent bien au modèle de justice constitutionnelle objective de Kelsen et approfondissent le processus de

constitutionnalisation. Surtout, la non-limitation du champ matériel de leur contentieux y contribue en droit comparé.

La France qui l'a restreint au domaine des droits fondamentaux garantis par la Constitution démontre, par là même, que c'est une nouvelle exigence de l'État de droit que de garantir l'effectivité des normes supérieures directement applicables aux individus.

Mais cette effectivité des normes applicables au justiciable, adoptée et mise en œuvre suivant une voie d'accès indirecte au juge constitutionnel, tend à l'objectivisation de la procédure bien plus qu'à sa subjectivisation, qui décline incidemment la mission du juge constitutionnel de constitutionnaliser objectivement le droit.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

Le processus de constitutionnalisation du droit, qui est la conséquence logique de la mission primordiale et objective de contrôle de la constitutionnalité des lois attribuée au juge constitutionnel dans les systèmes de justice constitutionnelle fondés sur le modèle de Kelsen est un processus fondamentalement objectif.

La place de principe des juridictionnelles étudiées dans l'ordonnement juridique, les pouvoirs et les prérogatives attribués au juge constitutionnel, l'usage qu'il en fait dans cadre, de même que les mécanismes de constitutionnalisation qu'il utilise tendent tous vers le renforcement de cette vocation à l'objectivité, le but étant de régner la légitimité constitutionnelle des normes applicables au sein de l'ordre juridique, qui est le résultat même du processus.

Les voies de recours indirectes d'accès indirectes du justiciable au juge constitutionnel remplissent une fonction objective au sein du processus de constitutionnalisation, tendent à le raffermir, l'approfondissement ou le concrétisent, et, donc, en tout état de cause, ne le remettent pas en question et lui sont adaptées, suivant une adéquation quasi-parfaite dans des les pays où le juge ordinaire dispose indépendamment et souverainement de la question de constitutionnalité comme l'Espagne et l'Allemagne, où le juge collabore à la justice constitutionnelle ou avec elle, quand bien même cette adéquation s'atténue en France et en Italie par l'exigence de garantie des « situations subjectives constitutionnelles » aujourd'hui largement répandue au sein des États de droits, faute, dans ces deux derniers pays, d'une voie d'accès directe des individus à la justice constitutionnelle.

Mais cette exigence a un pendant, qui est celui de l'appréhension subjective de ces droits et libertés fondamentaux par les individus, pouvant porter à la subjectivisation de la mission du juge constitutionnel par la juridictionnalisation de ces droits devant lui, comme il peut l'être devant tout autre juge, ce qui change la perspective objective de la constitutionnalisation

du droit, car le domaine concerné n'est pas concentré entre les mains du juge constitutionnel, contrairement à son pouvoir d'annuler les lois et de constitutionnaliser objectivement le droit.

C'est pourquoi, nous allons maintenant nous intéresser à la subjectivité de la mission du juge et la dénaturation du processus constitutionnalisation par la juridictionnalisation, notamment directe, des droits fondamentaux du justiciable.

DEUXIEME PARTIE

LA DENATURATION DU PROCESSUS DE
CONSTITUTIONNALISATION OBJECTIVE PAR L'ACCES
DIRECT DES INDIVIDUS

Les droits fondamentaux constituent aujourd'hui, sans aucun doute, le contentieux-phare porté devant le juge constitutionnel, non seulement au regard de la fréquence de leur invocation, grandissante en France³⁴⁴, mais de façon générale, et depuis bien longtemps, dans les autres pays étudiés, notamment en Allemagne et en Espagne. Aussi, et surtout, c'est à leur titre que le justiciable en Allemagne comme Espagne a directement accès au juge constitutionnel : ce qui a pour effet de nous placer au centre de notre démarche.

Les voies de recours directes (Verfassungsbeschwerde en Allemagne et recours d'Amparo constitutionnel ou RAC en Espagne) permettent la défense de la constitutionnalité et sont, chacune, un « *instrument d'interprétation des droits fondamentaux* »³⁴⁵. Elles ont donc a priori une fonction objective dans le processus de constitutionnalisation du droit et constituent, en outre, des garanties spécifiques des droits fondamentaux³⁴⁶.

Cependant, cet accès direct du justiciable au juge constitutionnel en vue de faire respecter ses droits fondamentaux, les faire protéger, les restaurer ou les garantir, modifie foncièrement la perspective classique de la mission du juge constitutionnel. Ceci, parce que c'est à une nouvelle fonction à laquelle il est appelé au regard de la « théorie pure du droit » initiée par Kelsen et l'école de Vienne. Et, même s'il existe un rapprochement possible entre la diffusion de la justice constitutionnelle en Europe et l'émergence et la montée en puissance de la notion de « droits fondamentaux » (Kelsen ayant été consulté par l'Assemblée constituante et le gouvernement autrichiens pour l'adoption de la loi constitutionnelle du 1^{er} octobre 1920 qui

³⁴⁴En France, 40% des moyens invoqués par la saisine parlementaire qui représente 92% de l'ensemble des recours portés devant le Conseil constitutionnel sont fondés sur les droits fondamentaux (cf. Louis Favoreu et alii, *Droit constitutionnel*, Dalloz, coll. *Précis*, 17^{ème} éd., 2015, p. 356) et la procédure de QPC est prévue aux fins de les garantir.

³⁴⁵ Cf. *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, sous la direction de P. Bon et D. Maus, Dalloz, coll. *Grands arrêts*, 2008, p. 746.

³⁴⁶ Favoreu et L., *Droit constitutionnel*, Dalloz, coll. *Précis*, 17^{ème} éd., 2015, p. 914.

devait mettre en place la première Cour constitutionnelle de type kelsénien, et qu'entre autres prérogatives la Cour devait se prononcer sur la violation des « *droits constitutionnellement garantis* »), la « *théorie pure du droit* » « *ne s'est cependant que très peu intéressée à cette structure en tant que telle, déplorant principalement le caractère extrêmement vague des dispositions respectives* »³⁴⁷.

En effet, fondée sur la théorie de la hiérarchie des normes et la pyramide de Kelsen, l'école de Vienne posait, essentiellement, les bases d'un contentieux et d'une justice constitutionnelle de pur droit objectif et positiviste, c'est-à-dire de confrontation des normes dans un système juridique, dans l'intérêt du droit, indépendamment de leur application aux sujets de droits que sont les justiciables.

Toutefois, parallèlement à la mise en place du système kelsénien dans les pays d'Europe occidentale étudiés, se déployait un nouvel outil du contentieux constitutionnel, qui, lui, faisait place à la subjectivité du juge constitutionnel et de l'approche juridictionnelle de cette structure nouvelle portée devant ce dernier, que sont les droits fondamentaux. Et, dans des pays comme l'Allemagne et l'Espagne, ces derniers outils ont été mis à la disposition juridictionnelle du justiciable, lequel a reçu le droit de les invoquer directement et, à titre subjectif, devant le juge constitutionnel. Or, nous nous accordons à dire avec le Professeur G. Drago que les droits fondamentaux sont une notion « *qui traverse la hiérarchie des normes* »³⁴⁸, parce qu'ils sont invocables devant tout juge quasiment, et que les relations entre les systèmes qui les fondent sont « *marquées par la différenciation et encore par le désordre* »³⁴⁹.

³⁴⁷ Favoreu L. et al., *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, coll. *Précis*, 6^{ème} éd., 2012, page 67.

³⁴⁸³⁴⁸ Drago G., « Les droits fondamentaux entre juge administratif et juge constitutionnel et européens. », *Revue mensuelle du JurisClasseur-Droit administratif*, juin 2004, p. 7.

³⁴⁹ Drago G., op. cit., p. 7.

La difficulté réside, donc, dans le fait que les droits fondamentaux sont le plus souvent considérés comme des droits subjectifs, ce qui est leur approche première selon la théorie de Jellinek sur les « droits publics subjectifs » (*Die subjektiven öffentlichen Rechte*)³⁵⁰. C'est une structure qui a vocation à prendre en compte la situation particulière des individus. Toutefois, dans le souci de préserver ce qui fonde sa légitimité au regard de la « théorie pure du droit », le juge constitutionnel, en Allemagne comme en Espagne (même dans les autres pays), a tendance à les intégrer, suivant une démarche et une vision d'ensemble, dans le droit constitutionnel objectif. Cependant, en même temps, qu'ils sont invocables et sont invoqués par le justiciable selon sa situation particulière et/ou un par un, ce qui est de nature à renforcer le caractère subjectif du contrôle des normes opéré par le juge constitutionnel sur leur fondement et à le rendre plus complexe et mais aussi « concret » au sens empirique et juridique du terme.

Dès lors, nous pouvons rappeler qu'un premier emploi de la notion de « droits fondamentaux » se trouvait déjà dans la Constitution allemande de mars 1849³⁵¹. Et que les juristes allemands, notamment Gerber, mais surtout Georg Jellinek³⁵² ont tendu, dans leurs travaux, à les systématiser. Cette systématisation a permis que la notion puisse être intégrée dans le droit constitutionnel objectif, c'est-à-dire applicable à tous, de façon générale, sans prise en compte des situations particulières. Cependant, la réalité contentieuse des voies de recours directes a développé la subjectivité de leur approche juridictionnelle et même la légitime.

³⁵⁰ Jouanjan O., « Les fonctions de la théorie des droits publics subjectifs dans la pensée de Georg Jellinek », *RUDH*, volume 16, n°1-4, 2004, pp. 6-16.

³⁵¹ Favoreu L. et al., *Droit des Libertés fondamentales*, 6^{ème} éd., Dalloz, 2012, p. 61

³⁵² Cf. Jouanjan O., « Les fonctions de la théorie des droits publics subjectifs dans la pensée de Georg Jellinek », *op. cit.*

De fait, le processus de constitutionnalisation du droit qui est, comme nous l'avons vu dans la première partie, un processus essentiellement objectif - confrontant les normes constitutionnelles aux normes des autres branches du droit dans un système de droit kelsénien positiviste, au regard de son fondement et de ses ressorts basés sur la « théorie pure du droit » et la hiérarchie des normes- va se retrouver dénaturé par un autre processus que légitime l'accès direct du justiciable au juge constitutionnel sur la base des « droits fondamentaux », à savoir le processus de fondamentalisation subjective du droit.

Il consiste, devant le juge constitutionnel, en une dérivation de la constitutionnalisation, laquelle ne peut qu'être objective, c'est-à-dire dans l'intérêt du droit et en vue de faire primer la Constitution. La fondamentalisation est un processus qui peut se dérouler devant n'importe quel juge : juge ordinaire, juge constitutionnel ou juge européen, cependant que la constitutionnalisation est le processus propre au juge constitutionnel. La fondamentalisation peut être objective devant le juge constitutionnel, c'est-à-dire se produire dans l'intérêt du droit et au bénéfice de tous. Mais les voies de recours directes du justiciable au juge constitutionnel sur la base des droits fondamentaux occasionnent des dérivations subjectives dans le processus de constitutionnalisation du droit devant le juge constitutionnel, consistant alors en une fondamentalisation subjective. En effet, les procédés utilisés par le juge constitutionnel vont revêtir des caractéristiques subjectives, car ils sont destinés à protéger des intérêts particuliers. Ce faisant, les droits fondamentaux vont alors irradier l'ensemble de l'ordre juridique avec les voies de recours directes sous l'impulsion des prétentions subjectives du justiciable.

Ce processus, qui « *produit un effet de perte de visibilité* »³⁵³ de l'aveu même de ce qui l'ont répandu en France, par la recherche du fondamental par différents types de juges, et à l'occasion de différentes instances, trouve, selon nous, sa légitimité devant le juge constitutionnel et ses caractéristiques subjectives par le biais de cet accès direct du justiciable au titre des droits fondamentaux, les cours constitutionnelles étudiées ayant été pensées et mises en place qu'en vue d'une constitutionnalisation objective du droit. Cette constitutionnalisation tend, en effet, à l'applicabilité générale des normes constitutionnelles et dans tous leurs ressorts, compte étant non tenu des situations particulières des individus.

Le seul fait pour le justiciable de pouvoir accéder au juge constitutionnel (qui n'était pas prévu par Kelsen), s'il peut, comme nous l'avons vu à l'occasion des voies d'accès indirectes, atténuer la portée purement objective du processus de constitutionnalisation, en lui-même, et par lui-même, ne dénature pas l'objectivité fondamentale de la mission du juge constitutionnel, car les rouages de la procédure s'y opposent, par l'intermédiaire et la présence d'autres juges, organes de l'Etat, qui marquent l'objectivité du contentieux.

Aussi, la simple juridictionnalisation des droits fondamentaux, notamment auprès des autres auteurs de saisine du juge constitutionnel que le justiciable, si elle initie, sans aucun doute, un facteur potentiel de subjectivité de la mission du juge constitutionnel (les droits fondamentaux se prêtant notoirement à la subjectivité, étant à l'origine considérés comme « des droits publics subjectifs »), ne légitime pour autant pas la fondamentalisation subjective.

Cependant, ces deux facteurs cumulés, ajoutés à la possibilité accordée en Allemagne et en Espagne d'accéder directement au juge constitutionnel et d'invoquer la violation de leurs droits fondamentaux,

³⁵³ Drago G., op. cit., p. 7

font sauter les verrous et, cette fois, légitiment la fondamentalisation subjective, par la subjectivité de la mission du juge constitutionnel, c'est-à-dire que se trouve légitimée la particularisation de l'application des normes constitutionnelles. De telle sorte que le processus de constitutionnalisation du droit -qui est d'essence objective, et fondé sur le droit objectif (d'autant que les droits fondamentaux sont considérés comme étant « *aussi un ordre objectif de valeurs qui s'impose comme choix fondamental à toutes les branches du droit* » si l'on se réfère à la Cour constitutionnelle allemande dans l'arrêt « Lüth » du 15 janvier 1958³⁵⁴)- va se retrouver dénaturé au regard de cette possibilité pour le justiciable d'accéder directement au juge constitutionnel, et la mission du juge constitutionnel s'en retrouve même changée.

C'est pourquoi, nous allons, dans un premier temps, nous intéresser à la dérivation de la constitutionnalisation objective en « fondamentalisation » subjective du droit qu'occasionnent et légitiment les voies d'accès directes (Titre 1), avant d'analyser les conséquences de cette dérivation de la fonction objective en mission de fondamentalisation subjective (Titre 2).

³⁵⁴ GDDCE, sous la direction de P. Bon et D. Maus, Dalloz, coll. *Grands Arrêts*, n°24, 2008, p. 116

TITRE I. LA DERIVATION DE LA CONSTITUTIONNALISATION OBJECTIVE EN « FONDAMENTALISATION » SUBJECTIVE DU DROIT INDUITE PAR L'ACCES DIRECT DES INDIVIDUS

Les justiciables, dans les pays étudiés, n'ont directement accès au juge constitutionnel que sur la base des droits fondamentaux, qui sont, tout d'abord, rappelons-le, des droits subjectifs, car étant destinés à protéger des intérêts particuliers et sont invocables devant un juge.

A l'occasion du colloque organisé à Aix-en-Provence en février 1981 sur le thème « Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux », les juristes spécialisés dans le droit constitutionnel, s'accordaient dans un premier temps, c'est-à-dire dans le rapport introductif³⁵⁵, à reconnaître comme étant « fondamentaux » « *les droits et libertés constitutionnellement protégés* ». C'est une définition simple et consensuelle qui assimile le « fondamental » au « constitutionnel ». La réalité contentieuse va nous montrer que les choses sont plus complexes, car dans sa recherche et sa saisine du fondamental, le juge constitutionnel va jusqu'à discuter avec le juge ordinaire de questions de « stricte légalité ».

Aussi, les travaux dudit colloque ont permis aux différents intervenants, français comme étrangers, d'utiliser la notion de « droits fondamentaux » (« DF ») pour qualifier certains droits et libertés « *dès l'instant qu'ils recevaient une protection constitutionnelle et internationale, alors surtout que l'utilisation en droit international de l'expression « fundamental rights » renforçait d'autant l'appellation droits fondamentaux* »³⁵⁶.

L'on s'aperçoit bien, donc, que la notion, d'une part, « *traverse la hiérarchie des normes* », comme le soulignait le Professeur Drago, ne

³⁵⁵ Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, Dalloz, 17^{ème} éd., p. 895

³⁵⁶ *Ibid.*

serait-ce que par son internationalisation, mais encore que le rôle du juge constitutionnel va alors muter dans le cadre des recours directs, car il aura à puiser dans la Constitution certains droits et libertés pour mettre en exergue leur « *fondamentale* » ou, inversement, ce que les travaux du Colloque ne disent pas, identifier des notions ou valeurs fondamentales dans d'autres branches du droit pour reconnaître leur *fondamentale* au regard de la Constitution. Le cas échéant, il devra dire de certains droits ou libertés s'ils bénéficient de la protection juridictionnelle prévue auprès de lui dans les instances constitutionnelles (notamment directes, qui nous concernent ici).

Ce rôle va alors pouvoir être subjectif eu égard à la théorie essentialiste des droits fondamentaux, qui ne s'appuie pas sur le critère de l'inscription constitutionnelle, mais donne une définition jusnaturaliste, dans certains cas, empirique ou morale du *fondamental* . Ceci, parce que les développements théoriques et philosophiques d'une Cour constitutionnelle, comme la Cour constitutionnelle fédérale allemande le permettent et parce que sont en jeu des intérêts particuliers et la protection de droits qui sont, avant tout, *subjectifs* ...

Subjectifs aussi, dans le sens commun du terme, dès l'instant où le juge constitutionnel reconnaît comme étant justiciables dans le cadre d'un recours direct certains droits inscrits dans la constitution, et pas d'autres ; car les constitutions allemande et espagnole, par qui est autorisé l'accès direct du justiciable au juge constitutionnel, ont initialement et objectivement limités les droits et libertés invocables dans le cadre de l'Amparo constitutionnel ou de la « *Verfassungsbeschwerde* ».

Mais, si le Tribunal constitutionnel de Madrid s'en tient strictement aux droits limitativement énumérés par l'article 53-2 de la CE, la Cour constitutionnelle de Karlsruhe les étend, quant à elle, de

son propre chef, en considérant que les droits fondamentaux constituent un ensemble juridique objectif : c'est elle qui détermine, non pas la fundamentalité, mais la justiciabilité de certains droits ou libertés devant elle dans le cadre du recours constitutionnel direct, en faisant valoir le fait que « *les droits fondamentaux forment un ordre juridique objectif qui doit être interprété non comme une série de garanties ponctuelles, mais comme un système cohérent et complet de valeurs qui vise à la protection de la dignité de la personne humaine et à son libre développement* »³⁵⁷. Il en résulte que d'autres droits que ceux énumérés aux premiers articles de la Loi fondamentale ou aux articles 20, al. 4, 33, 38, 101, 103 et 104 sont invocables dans le cadre d'une « *Verfassungsbeschwerde* »³⁵⁸.

Par conséquent, en dépit des conclusions du Colloque de 1981 organisé à Aix-en-Provence, il faut reconnaître, compte étant du fait que la Constitution espagnole de 1978 accorde une protection différenciée aux droits dits « fondamentaux », expressément dans son Chapitre IV (où il y a des droits qui bénéficient d'une protection maximale, notamment par le truchement de l'Amparo constitutionnel, d'autres d'une protection moyenne ou minimale), et du fait que la Cour de Karlsruhe procède elle-même à la détermination des droits invocables dans le cadre du recours constitutionnel direct, que le degré de « fundamentalité » d'un droit ou d'une liberté varie selon la protection juridictionnelle que la Constitution ou le juge constitutionnel décide de lui accorder, indépendamment de l'appellation pédagogique qu'on en donne.

Et la déclinaison d'un droit ou d'une liberté que le juge constitutionnel fait d'un droit fondamental à l'occasion d'un recours direct est une tâche différente de la constitutionnalisation objective, car souvent le droit ou la liberté en question est déjà inscrit dans le

³⁵⁷ Béguin J.-C., *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en RFA*, Economica, 1982, p. 128

³⁵⁸ Favoreu L., Mastor W., *Les cours constitutionnelles*, Dalloz, coll. *Connaissance du droit*, 2011, p. 79.

texte constitutionnel et que l'on appelle le juge constitutionnel à juger de situations particulières, impliquant une mission subjective.

Ainsi glisse-t-il d'une mission de constitutionnalisation objective du droit à une mission de « fondamentalisation » subjective du droit, qui tient compte des situations particulières.

L'accès direct du justiciable au juge constitutionnel au titre des droits fondamentaux, en ce qu'il permet la déclinaison et la mise en œuvre *intuitu personae* d'un droit fondamental pour un justiciable déterminé, légitime, par conséquent, le travail de fondamentalisation subjective du juge constitutionnel en cette occurrence, autant en Allemagne qu'en Espagne (Chapitre 1). Cependant, le processus est plus limité en Espagne, ce qui nous amènera à étudier son approfondissement dans la péninsule (Chapitre 2).

CHAPITRE 1. La légitimation de la fondamentalisation subjective par l'accès direct en Allemagne et en Espagne

Il faut d'abord souligner le fait que, quel que soit le mode de saisine, la juridictionnalisation des droits fondamentaux est une instance où, souvent, le juge constitutionnel fait montre de subjectivité –dans le sens commun du terme– dans l'approche qu'il peut avoir d'un droit fondamental déterminé.

C'est ainsi qu'en Allemagne, d'où nous vient la notion de « droits fondamentaux », les professeurs Favoreu et Mastor remarquent à bon escient le « *jusnaturalisme* »³⁵⁹ dont fait preuve la Cour constitutionnelle de Karlsruhe dans ses deux décisions du 25 février 1975 et du 28 mai 1993 relatives au droit à l'avortement et au statut de l'embryon, par le privilège qu'elle accorde à ce dernier sur les droits de la mère.

Cette situation peut s'expliquer par l'histoire du pays, en l'occurrence la période de nazisme, qui a vu se déployer des politiques eugéniques ou des programmes d'euthanasie. Mais cette position est critiquée, notamment par le Professeur Michel Fromont, qui estime que « *cette tendance à tout régenter est d'autant plus préoccupante que la Cour le fait au nom de principes constitutionnels, la dignité de la personne humaine, auxquels même le pouvoir constituant dérivé ne peut déroger !* ». « *Est-ce* », se demande-t-il, « *le triomphe du droit naturel ou l'instauration de la dictature de huit juges prenant de plus en plus de liberté avec les règles de l'interprétation du droit écrit ?* »³⁶⁰.

En tout état de cause, d'après nous, l'accès direct du justiciable au juge constitutionnel pour faire valoir, à titre personnel, ses droits fondamentaux légitime la mission subjective du juge constitutionnel

³⁵⁹ Favoreu L. et Mastor W., *Les cours constitutionnelles*, page 133.

³⁶⁰ Fromont M., « République fédérale d'Allemagne : la jurisprudence constitutionnelle en 1992 et 1993, *RDJ*, 1995, II, p. 331.

dans les instances particulières, à l'inverse des autres modes de saisine, car sa raison d'être, outre la fonction objective de défense de la constitutionnalité, est la fonction subjective de défense d'un droit fondamental de l'individu et la protection des intérêts particuliers.

Ainsi relève-t-on la coexistence de droits subjectifs avec des garanties objectives. « *La formule, empruntée à Christian Starck* », rend ainsi compte « *d'une orientation essentielle de la jurisprudence constitutionnelle allemande, reprise par le Tribunal constitutionnel espagnol, selon laquelle les droits fondamentaux peuvent être à la fois des droits subjectifs et des éléments objectifs de l'ordonnement juridique* »³⁶¹.

C'est pourquoi le juge constitutionnel, allemand comme espagnol, reconnaît l'existence de deux volets (objectif et subjectif) des « DF ». Car, en vérité, les droits fondamentaux sont, il faut le reconnaître, de prime abord, des droits subjectifs, étant destinés à protéger des intérêts particuliers des individus et étant invocables devant un juge.

La subjectivité se révèle aussi par la nature relative du caractère fondamental d'un droit ou d'une liberté ou de son degré de « *fondamentalité* », dès lors que l'on sort de la définition qui retient le critère de l'inscription textuelle dans la Constitution et si l'on s'attache à une démarche essentialiste où prennent place plusieurs juges. Mais, pris dans leur globalité, ils s'inscrivent dans le droit constitutionnel objectif, applicable à tous, compte étant non tenu des situations particulières ou des intérêts particuliers.

Ce qui explique, donc, que nous allons nous appesantir dans un premier moment à la légitimation de la fondamentalisation subjective devant le juge constitutionnel induite par les voies de recours directes,

³⁶¹ Favoreu L. et al, Droit constitutionnel, 17^{ème} édition, 2015, p. 902.

par le biais de l'approche binaire des « droits fondamentaux » et la fonction double (objective et subjective) des voies de recours directes devant les cours constitutionnelles allemande et espagnole (Section 1). Nous verrons, ensuite, la dénaturation de la mission du juge constitutionnel en fondamentalisation subjective sur la base de la démultiplication des prétentions subjectives au titre des droits fondamentaux (Section 2).

Section 1. La légitimation de la fondamentalisation subjective par l'accès direct et l'approche binaire des droits fondamentaux

Par la reconnaissance d'un double volet (objectif et subjectif) des droits fondamentaux par les juridictions constitutionnelles allemande et espagnole³⁶², l'approche binaire qui est la clef de voûte de la fondamentalisation subjective du droit par le juge constitutionnel n'est cependant pas simple à réaliser à l'occasion des recours individuels directs.

Ceci, parce que, si les voies de recours directes constituent une garantie spécifique des droits fondamentaux, qui eux-mêmes s'inscrivent dans le droit constitutionnel objectif, les requêtes n'en sont pas moins subjectives, d'où la concrétisation de l'approche binaire que réalisent les cours constitutionnelles à leur occasion (parag. I). De surcroît, dans le cadre des voies d'accès directes, le juge constitutionnel s'attache à mettre en évidence ou en lumière la « fondamentalité » d'un droit ou d'une liberté au bénéfice du justiciable, en discutant le plus souvent de questions de légalité pure avec le juge ordinaire : ce qui a pour effet d'accroître considérablement les recours (parag. II).

³⁶² Bon P., « Les droits et libertés en Espagne. Eléments pour une théorie générale », in *Dix ans de démocratie constitutionnelle en Espagne*, Ed. CNRS, Paris, 1991, p. 35 sq. ; Cour constitutionnelle fédérale, arrêt « Lüth » de 1968.

Paragraphe 1. L'approche binaire des droits fondamentaux à l'occasion des voies de recours directes

La garantie spécifique des droits fondamentaux par les voies de recours directes, que constituent la « Verfassungsbeschwerde » pour la RFA et le recours d'Amparo constitutionnel pour l'Espagne et la teneur subjective des requêtes, qui demandent leur mise en œuvre, mettent ainsi en évidence la nécessité de la réalisation d'une approche binaire des droits fondamentaux par le juge constitutionnel à l'occasion des voies de recours directes.

Aussi nous allons relever les incidences de cette approche binaire sur le processus de constitutionnalisation, mais aussi sur le processus de fondamentalisation qui en dérive. Nous montrerons donc que le volet objectif de l'approche juridictionnelle des « DF » rentre bien dans le processus de constitutionnalisation objective, mais que l'aspect subjectif du contrôle, c'est-à-dire celui qui est lié à la situation particulière du justiciable et de la défense des intérêts particuliers, participe plutôt, et plus précisément, du processus de fondamentalisation subjective du droit, car destiné à protéger les intérêts particuliers du justiciable : droits et intérêts invocables devant un juge, même ordinaire. Ceci, parce que si la définition académique des droits fondamentaux assimile ce qui est fondamental à ce qui est constitutionnel, nous vérifierons avec la pratique contentieuse devant les cours que ce n'est pas toujours le cas, et que le fondamental peut se révéler ailleurs que dans ce qui est constitutionnel.

Le juge va alors puiser ce qui est fondamental dans une branche du droit déterminée pour l'intégrer à la sphère de rayonnement de la Constitution ou, inversement, faire rayonner les droits fondamentaux prévus dans la Constitution sur les autres branches du droit. Nous le vérifierons devant le juge constitutionnel

allemand (A), mais nous verrons que les choses sont plus nuancées et restreintes devant son homologue espagnol (B).

A. L'approche binaire de la Cour constitutionnelle allemande à l'occasion du recours constitutionnel direct

Le recours constitutionnel direct ou « Verfassungsbeschwerde », qui donne au justiciable allemand le droit de contester un acte juridique (loi, décision administrative ou juridictionnelle) qui lui est applicable devant la Cour constitutionnelle de Karlsruhe, dès lors qu'il s'estime lésé dans ses droits fondamentaux, est l'occasion pour le juge constitutionnel de mettre en œuvre une approche juridique objective des droits fondamentaux, qui rentre dans le processus de constitutionnalisation du droit, étant un recours qui remplit une fonction objective de défense de la constitutionnalité (1). D'un autre côté, il permet à la Cour d'avoir une approche contentieuse subjective rentrant dans ce qui est une dérivation de la constitutionnalisation, à savoir la fondamentalisation subjective du droit, qui lui permet, donc, de défendre des intérêts particuliers (2).

1. L'approche juridique objective entrant dans le processus de constitutionnalisation

L'approche juridique objective des droits fondamentaux, que retient le juge constitutionnel allemand dans la réalisation d'une approche binaire de ces derniers à l'occasion du recours constitutionnel direct, se retrouve dans l'arrêt « Lüth » de 1958³⁶³.

³⁶³ CCF, 15 janvier 1958, « Lüth », *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, sous la direction de P. Bon et D. Maus, n°24, Dalloz, coll. *Grands arrêts*, 2008, p. 115 sq.

Le juge constitutionnel allemand affirme, ainsi, dans ladite décision que : « *la Loi fondamentale, qui ne veut pas être un ordre juridique neutre en matière de valeurs, a établi dans sa partie consacrée aux droits fondamentaux également un ordre objectif de valeurs (eine objektive Wertordnung) et exprimé ainsi son intention d'accroître la force des droits fondamentaux* »³⁶⁴.

Le juge constitutionnel, dans sa tâche de constitutionnalisation du droit, en tire les conséquences sur ledit processus. C'est pourquoi affirme-t-il, dans la même décision, que « *ce système de valeurs (...) doit s'imposer à toutes les branches du droit comme décision fondamentale du constituant. Les pouvoirs législatif, administratif et judiciaire en reçoivent directives et impulsions. Ainsi, ce système de valeurs influence tout naturellement le droit civil ; aucune disposition de droit civil ne doit être en contradiction avec lui et chacune doit être interprétée dans esprit* »³⁶⁵.

Il s'agit, en l'occurrence, de l'imprégnation du droit civil par les droits fondamentaux, mais toutes les autres branches du droit sont, en vérité, concernées. Et le juge constitutionnel allemand ne s'arrête pas là, car il recherche un effet de « rayonnement » des droits fondamentaux sur les branches du droit. Il fixe même les contours de l'influence que le droit constitutionnel objectif résultant des droits fondamentaux doit avoir sur les branches du droit. En effet, il affirme que « *la teneur juridique des droits fondamentaux en tant que règles objectives se manifeste en droit privé par l'intermédiaire des dispositions qui dominent de façon immédiate cette branche du droit. De même que le droit nouveau doit être en harmonie avec le système de valeur des droits fondamentaux, de même le droit existant doit s'orienter selon ce système ; de celui-ci découlent des règles constitutionnelles qui commandent son interprétation (...). L'influence des normes de valeur*

³⁶⁴ GDCCE, p. 116

³⁶⁵ Ibid.

*résultant des droits fondamentaux se fera sentir principalement sur les règles de droit privé qui contiennent des dispositions impératives et forment une partie de l'ordre public au sens large du terme »³⁶⁶. Ce faisant, la Cour constitutionnelle allemande prend les clauses générales d'une branche du droit donnée, en l'occurrence le droit civil dans l'arrêt « Lüth », comme étant les brèches (Einbruchstellen) « *par lesquelles les droits fondamentaux pénètrent dans le droit civil* ».*

Nous voyons, donc, très bien que, par cette conception objective des droits fondamentaux, où le constitutionnel rencontre le fondamental, le juge constitutionnel détermine les modalités par lesquelles le droit constitutionnel tiré des droits fondamentaux influence et irradie les autres branches du droit. Il s'agit là d'une œuvre de fondamentalisation, mais c'est aussi une œuvre de constitutionnalisation, également objective, s'imposant à tous et applicable à tous et qui n'est pas destinée à protéger des intérêts particuliers, mais l'intérêt général et la constitutionnalité. C'est pourquoi, le juge constitutionnel fédéral fait-il valoir qu' « *en vertu de la Constitution, le juge a donc à s'assurer que les règles de fond du droit civil qu'il doit appliquer sont bien influencées par les droits fondamentaux* » dans le sens qui a été « *indiqué (...). S'il n'en tient pas compte et si son jugement repose sur la méconnaissance de l'influence que la Constitution doit exercer sur les règles de droit civil, il ne viole pas seulement le droit constitutionnel objectif par méconnaissance du contenu de la règle consacrant le droit fondamental (en tant que règle de droit objectif), mais encore, en sa qualité de titulaire de la puissance publique, il viole par son jugement le droit fondamental, car le citoyen a un droit constitutionnel à ce qu'il soit respecté par le pouvoir judiciaire. Contre une telle décision de justice, un recours individuel pour violation*

³⁶⁶ Ibid.

*des droits fondamentaux peut être porté devant la Cour constitutionnelle fédérale (...)*³⁶⁷.

De fait, quand les droits fondamentaux sont pris dans leur globalité, c'est-à-dire entendus comme un ordre juridique objectif par le juge constitutionnel allemand, le constitutionnel rencontre toujours le fondamental dans le contrôle qu'opère le juge constitutionnel, car il s'agit de la défense de l'intérêt général et de la Loi fondamentale. Le juge procède donc à la constitutionnalisation objective du droit en mesurant, selon ses propres termes tirés de l'arrêt « Lüth », « « le rayonnement » des droits fondamentaux sur le droit civil », pour « faire valoir les valeurs d'un Etat de droit régi par la Constitution »³⁶⁸.

Le juge constitutionnel allemand en tire les conséquences qui concernent la recevabilité des recours constitutionnels, car en reconnaissant, comme le relève si bien Jean-Claude Béguin, que « les droits fondamentaux forment un ordre juridique objectif qui doit être interprété non comme une série de garanties ponctuelles, mais comme un système cohérent et complet de valeurs qui vise à la protection de la dignité de la personne humaine et à son libre développement »³⁶⁹, il permet que d'autres droits ou libertés que ceux des premiers articles de la Loi fondamentale et des articles 20 al. 4, 33, 38, 101, 103 et 104 attachés à la « Verfassungsbeschwerde » soient invocables devant lui dans le cadre cette voie de recours.

La fonction objective de la « Verfassungsbeschwerde » se manifeste d'autant plus que, quel que soit le mode de saisine, la Cour constitutionnelle allemande ne s'estime pas liée par les conclusions

³⁶⁷ GDCCE, p. 117

³⁶⁸ GDCCE, p. 116.

³⁶⁹ Béguin J.-C, précité.

des parties. Elle peut relever d'office des vices d'inconstitutionnalité d'une loi et statuer au-delà de la requête³⁷⁰.

Toutefois, cela ne constitue qu'une première approche, objective, des droits fondamentaux à l'occasion d'un recours constitutionnel direct, qui permet au juge de constitutionnaliser objectivement les branches du droit.

Ainsi, le second volet, à savoir l'approche subjective, fait dériver le processus de constitutionnalisation en fondamentalisation subjective du droit, d'autant que le fondamental n'y rencontre pas, de façon claire et précise comme dans la première occurrence, la règle de droit constitutionnel.

2.L'approche juridictionnelle subjective prouvant une fondamentalisation subjective

Une fois que le juge constitutionnel allemand a affirmé que les droits fondamentaux constituaient un ordre juridique objectif s'imposant à toutes les branches du droit et qu'ils doivent rayonner sur ces dernières à travers leurs clauses générales, il déploie ensuite, dans le cadre des recours constitutionnels directs, une approche juridictionnelle subjective qui est destinée à protéger des intérêts particuliers et qui est liée à la situation particulière du justiciable pour déterminer ce qui est fondamental dans leurs droits ou leurs libertés.

La Cour constitutionnelle de Karlsruhe formule même des prescriptions précises à l'endroit des juges ordinaires dans la saisine et la mise en œuvre du fondamental.

Aussi, cela se vérifie-t-il au regard des effets horizontaux (*Drittwirkung*) des droits fondamentaux, où le juge ne s'attache plus

³⁷⁰ Favoreu L., Mastor W., *Les cours constitutionnelles*, p. 80.

seulement à l'effet de rayonnement, mais à l'effectivité subjective des droits fondamentaux. C'est vérifiable notamment pour ce qui regarde la liberté contractuelle et le principe d'autonomie de la volonté³⁷¹, ou bien quand le juge constitutionnel s'attache à montrer la voie pour ce qui relève de la morale ou de la bonne foi en matière de contrats, à l'instar de ce qu'il préconise dans sa décision « Lüth » de janvier 1958, en guidant le juge civil pour sa mission d'appliquer le droit civil aux regards de certains comportements humains tels que les « bonnes mœurs ».

D'ailleurs, dans la décision « Lüth », avant même d'en arriver à l'approche juridique objective des droits fondamentaux, la Cour s'est tout d'abord attachée à rappeler que « *sans aucun doute, les droits fondamentaux sont en premier lieu destinés à garantir la sphère de liberté de l'individu contre les ingérences de la puissance publique* »³⁷². Elle reconnaît donc que les droits fondamentaux sont avant tout des droits subjectifs.

Par conséquent, dans sa décision « Cautions abusives » du 19 octobre 1993³⁷³, le juge constitutionnel démontre son penchant à diriger les juges ordinaires dans la mise en œuvre d'une branche du droit qui les concerne, pour saisir ce qui est subjectivement fondamental pour un justiciable. Il discute même de questions de « stricte légalité » avec le juge ordinaire pour faire valoir la fondamentalité d'un droit.

Ainsi, il affirme dans sa décision de 1993 : « *La doctrine civiliste est d'accord pour admettre que le principe de bonne foi constitue une limite immanente à la force obligatoire du contrat et qu'elle permet un contrôle du contenu du contrat par le juge. Certes, il existe des*

³⁷¹ CCF, 19 octobre 1993, « Cautions abusives », *BVerfGE*, tome 89, p. 214 ; *GDCCE*, n°25, Dalloz, 2008, p. 121

sq.

³⁷² *GDCCE*, p. 115

³⁷³ *GDCCE*, n°25, 2008, page 121 *sq.*

divergences dans la doctrine sur les conditions et l'intensité de ce contrôle. Pour une appréciation du point de vue constitutionnel, il suffit de constater qu'en tout cas, le droit positif met à la disposition du juge des instruments qui permettent de réagir à des altérations structurelles de l'égalité entre les parties à un contrat. »³⁷⁴ Il en résulte, nous dit la Cour, que « les tribunaux civils ont le devoir (...) de veiller à ce que les contrats ne soient pas utilisés par l'une des parties pour imposer sa volonté à l'autre. Si les parties ont convenu d'un contenu admissible en soi, un contrôle plus poussé du contenu du contrat sera en général superflu. Mais si le contenu du contrat est particulièrement contraignant pour l'une des parties et qu'il est manifestement impropre à concilier les intérêts en présence, les tribunaux ne doivent pas se contenter de l'affirmation « Un contrat est un contrat ». Ils doivent au contraire rechercher si ce contenu est une conséquence d'une inégalité structurelle du pouvoir de négociation des deux parties et si, éventuellement ils doivent corriger le contrat en se fondant sur les clauses générales »³⁷⁵.

Il apparaît donc très clairement que la Cour constitutionnelle fédérale sort de son rôle de juge constitutionnel pour aller chercher jusque dans la doctrine civiliste ce qui est fondamental pour le justiciable dans un contrat. Il dirige aussi le juge ordinaire dans sa tâche de vérification des contrats, pour savoir si ce qui est reconnu comme étant fondamental a été violé (cela pour ce qui concerne des relations entre particuliers).

Ainsi, dans sa quête et sa saisine du fondamental, le juge constitutionnel allemand développe une approche subjective, c'est-à-dire destinée à protéger des intérêts particuliers et liée à la situation particulière d'un ou des intéressés et procède conséquemment à la dérivation de la constitutionnalisation objective, à savoir une fondamentalisation subjective du droit. Il va jusqu'à rechercher dans

³⁷⁴ GDCCE, p. 122

³⁷⁵ GDCCE, p. 122

la doctrine civiliste tout ce qui est fondamental pour le justiciable contractant dans sa liberté contractuelle, faisant donc appel à la doctrine d'une branche du droit considérée.

Cette approche juridictionnelle subjective retenue par le juge constitutionnel à l'occasion d'un recours constitutionnel direct qui venait dénoncer le contrat de cautionnement d'une femme gagnant 1150 DM, cautionnaire de son père pour des opérations financières ayant finalement environné les 2,4 millions de DM, vient finalement compléter l'approche globale objective des droits fondamentaux et prouve, selon nous, que le recours constitutionnel fonde la légitimité du procédé subjectif que réalise le juge constitutionnel et parachève l'approche binaire que le juge constitutionnel développe s'agissant des droits fondamentaux à l'occasion des instances individuelles directes.

La reconnaissance de ce double volet (objectif et subjectif) des droits fondamentaux est reprise par le Tribunal constitutionnel de Madrid³⁷⁶. Il est dès lors intéressant de relever les incidences de cette réalisation par l'*Amparo* sur le processus de constitutionnalisation en Espagne.

³⁷⁶ Bon P., « Les droits et libertés en Espagne. Eléments pour une théorie générale », in *Dix ans de démocratie constitutionnelle en Espagne*, Ed. CNRS, Paris, 1991, p. 35 sq.

B. La réalisation de l'approche binaire (objective et subjective) par le biais de l'Amparo et ses incidences sur la constitutionnalisation du droit

Nous allons d'abord analyser la fonction objective du recours d'Amparo sur le processus de constitutionnalisation (1), avant de nous intéresser à la nature restreinte et nuancée du processus de fondamentalisation subjective qu'il occasionne en Espagne (2), sa fonction subjective de garantie des droits individuels n'étant plus à démontrer, car elle était sa vocation originelle³⁷⁷.

1. La constitutionnalisation objective du droit par le recours d'Amparo

Le recours d'Amparo remplit une fonction objective importante sur la constitutionnalisation du droit en Espagne. Elle n'est pas la même que celle que joue la « Verfassungsbeschwerde » en Allemagne, qui, elle, permet de contester l'inconstitutionnalité d'une loi dans l'année suivant son entrée en vigueur, car, en Espagne, comme nous l'avons vu, seule la question d'inconstitutionnalité permet au justiciable d'émettre des observations sur la constitutionnalité d'une loi.

De fait, le recours d'Amparo constitutionnel permet au juge constitutionnel espagnol d'opérer un contrôle des actes (administratifs ou juridictionnels) sur la base des droits fondamentaux énumérés aux articles 14 à 29 de la CE, auxquels il faut ajouter l'objection de conscience, prévue à l'article 30. La fonction objective se manifeste par le fait que c'est la voie de recours qui, comme nous le dit Maria

³⁷⁷ Ruiz Miguel C., « l'amparo constitutionnel en Espagne : droit et politique », CCC, n°10 (Dossier : l'accès des personnes à la justice constitutionnelle), mai 2001, p. 1 sq.

Fraile³⁷⁸, à titre principal (95% des affaires soumises au Tribunal), sert à défendre la constitutionnalité et « *sert d'instrument d'interprétation des droits fondamentaux* » par le juge constitutionnel, « *interprète suprême de la Constitution* » (article 1 LOTC)³⁷⁹. Alors que nous avons vu, par ailleurs, le nombre très réduit de questions d'inconstitutionnalité soumises au Tribunal constitutionnel de Madrid (35 seulement au titre de l'année 2009, cf. supra, 1^{ère} Partie). C'est donc, nous dit Maria Fraile, « *le recours qui remplit le plus cette fonction de défense de la constitutionnalité* ». « *Cela se traduit, précise-t-elle, entre autres choses, par le fait que le recours d'Amparo est la procédure qui oriente le plus l'action des juges ordinaires, ces derniers étant liés par l'interprétation que donne de la Constitution son interprète suprême* ».

Cette affirmation est reprise par la loi organique relative au pouvoir judiciaire qui dispose, dans son article 5-1 que « *les juges et tribunaux (...) interpréteront et appliqueront les lois et règlements selon les préceptes et principes constitutionnels, conformément à l'interprétation de ces derniers résultant des résolutions édictées par le Tribunal constitutionnel dans tout type de procès* », c'est-à-dire donc, et notamment, à l'occasion des recours d'Amparo constitutionnel. Or, le succès du recours d'Amparo est tel, en Espagne, que la loi organique du 24 mai 2007 dit, dans son préambule, que cela « *va jusqu'à monopoliser tout le temps, les moyens matériels et humains du Tribunal* »³⁸⁰.

Par conséquent, le recours d'Amparo remplit, à titre principal, en Espagne, la fonction objective de défense de la constitutionnalité et participe ainsi notoirement au processus de constitutionnalisation objective. L'autre élément prouvant la fonction objective de l'Amparo,

³⁷⁸ Fraile M., observations sur l'arrêt du 2 octobre 1997, *GDCCE*, n°143, page 746.

³⁷⁹ <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-2/textes-a-l-appui-tribunal-constitutionnel-espagnol.52881.html>.

³⁸⁰ Favoreu L., Mastor W., *Les cours constitutionnelles*, p. 28

c'est qu'en vertu de l'article 46 LOTC, outre les particuliers s'estimant lésés dans leurs droits fondamentaux consacrés aux articles 14 à 30 de la CE³⁸¹ (volet subjectif), le recours d'Amparo peut être interjeté par le ministère public, qui, en vertu de l'article 124.1 de la CE, a « *pour mission de promouvoir l'action de la justice en défense de la légalité, des droits des citoyens et de l'intérêt public protégé par la loi* », de même que par le défenseur du peuple, qui, d'après l'article 54 de la Constitution, est un « *haut mandataire des Cortes générales...pour défendre les droits...* » fondamentaux. Ces derniers éléments terminent de consacrer la fonction objective du recours.

Reste alors à savoir s'il y a une dérivation subjective participant d'un processus de fondamentalisation subjective.

2. Le champ strictement limité de la fondamentalisation subjective par l'Amparo constitutionnel

La fondamentalisation subjective du droit devant le juge constitutionnel espagnol est impliquée par l'utilisation du recours d'Amparo constitutionnel par le justiciable à l'encontre des actes administratifs ou juridictionnels sur le fondement des droits et libertés garantis aux articles 14 à 30 de la CE, particulièrement l'article 24 relatif à la protection juridique effective qui impose aux juges ordinaires, suivant une jurisprudence constante du Tribunal constitutionnel³⁸², de sévères exigences en termes de motivation des décisions judiciaires, ou encore le droit à l'égalité devant la loi prévu à l'article 14 CE, le droit à l'intimité de la vie privée protégé par l'article 18 entre autres droits et libertés que le juge constitutionnel a pour

³⁸¹ <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-2/textes-a-l-appui-tribunal-constitutionnel-espagnol.52881.html>.

³⁸² ATC n°186/2001 du 17 septembre 2001, *GDCCE*, n°136, p. 702 sq.

mission de garantir, de protéger, de rétablir, parfois de réparer, comme nous allons le voir dans l'approfondissement de la fondamentalisation subjective en Espagne (Cf. Chap. II).

A l'instar de la « coloration » progressive des branches du droit par le « constitutionnel »³⁸³, le « *processus de fondamentalisation du droit* »³⁸⁴ est censé impliquer la même imprégnation des branches du droit par le « fondamental »³⁸⁵. Cependant, ce phénomène n'est pas absolument descriptible en Espagne, en tout cas, du point de vue du juge constitutionnel par le seul biais du recours d'Amparo constitutionnel : ceci, pour plusieurs raisons.

D'une part, le recours d'Amparo ne peut pas être dirigé contre une loi. Il peut seulement être intenté à l'encontre d'un acte administratif ou juridictionnel, ce qui restreint considérablement son champ d'application juridique.

Ensuite, le recours ne concerne pas tous les droits fondamentaux, mais seulement les droits énumérés aux articles 14 à 30 de la Constitution du Royaume, à la différence de la conception extensive retenue par le juge allemand dans l'arrêt « Lüth » de 1958. Il s'agit, donc, uniquement de droits et libertés auxquels le Constituant a voulu accorder une protection maximale ou renforcée par le biais de l'article 53-2 CE.

De fait, le Tribunal constitutionnel espagnol, contrairement, à la Cour constitutionnelle de Karlsruhe, s'en tient limitativement aux dispositions énumérées par l'article 53-2 de la Constitution et adopte

³⁸³ Favoreu L., « *L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit* », in Mélanges Léo Hamon, Paris, Economica, 1982, p. 235 sq.

³⁸⁴ Drago G., « Les droits fondamentaux entre juge administratif et juge constitutionnel et européens. », *Revue mensuelle du JurisClasseur-Droit administratif*, juin 2004, p. 7.

³⁸⁵ Morales V., « La protection juridictionnelle des droits fondamentaux : révélation d'une entente conceptuelle, VIème Congrès français de droit constitutionnel à Montpellier, 9, 10, 11 juin 2005, Atelier : le renouveau du droit constitutionnel par les droits fondamentaux, sous la direction de J. Pini et L. Burguoguel-Larsen.

une position restrictive s'agissant du champ d'application du recours d'amparo constitutionnel³⁸⁶. Ainsi, même avec cette restriction, le juge constitutionnel espagnol doit faire face à des critiques au sein même du champ restrictif qu'il retient. Car, selon le Professeur Carlos Ruiz Miguel³⁸⁷, l'interprétation extensive de l'article 24 (relatif à la protection juridique effective, qui est de loin la disposition la plus invoquée, et qui, selon lui, est devenu un « macro-droit »³⁸⁸) tend les relations entre le Tribunal constitutionnel et les juges ordinaires, parce qu'il implique des exigences de motivation maximales pour le juge ordinaire. Une partie de la doctrine espagnole est d'ailleurs favorable, nous dit-il, à la soustraction de l'article 24 du champ d'application de l'Amparo constitutionnel pour décharger le Tribunal constitutionnel³⁸⁹. Donc, la tendance en Espagne n'est pas, selon le Professeur Carlos Ruiz Miguel, à l'extension, mais plutôt au resserrement du champ d'application du « RAC » pour désencombrer le Tribunal constitutionnel. D'aucuns, selon lui, en appellent à une réforme qui supprimerait l'article 24 du champ du recours pour décharger le Tribunal, mais se contredisent, par ailleurs, en demandant l'application du recours aux lois³⁹⁰.

Ce faisant, l'effet de « rayonnement » global des droits fondamentaux sur les branches du droit recherché par le juge constitutionnel allemand ne se retrouve pas dans les mêmes termes en Espagne et le RAC ne permet d'invoquer qu'un certain nombre de droits fondamentaux déterminé et ne s'applique pas aux lois.

³⁸⁶ Tribunal constitutionnel, 2 octobre 1997, *Affaire de la taxe fiscale sur les jeux*, GDCCE, n°143, 2008, p. 737

sq.

³⁸⁷ Ruiz Miguel C., « l'amparo constitutionnel en Espagne : droit et politique », CCC, n°10 (Dossier : l'accès des personnes à la justice constitutionnelle), mai 2001.

³⁸⁸ Ruiz Miguel C., « l'amparo constitutionnel en Espagne : droit et politique », op. cit., p. 6

³⁸⁹ Ruiz Miguel C., « l'amparo constitutionnel en Espagne : droit et politique », op. cit., p. 8

³⁹⁰ Ruiz Miguel C., « l'amparo constitutionnel en Espagne : droit et politique », op. cit., p. 5

Ainsi, on ne saurait parler d'un processus de fondamentalisation subjective du droit espagnol par le biais du RAC qu'en prenant des précautions.

Cela dit, les droits fondamentaux énumérés à l'article 53-2 de la CE rayonnent bien sur l'Administration et les deux ordres de juridictions, par l'autorité dont bénéficie leur interprète suprême.

Finalement, en adoptant un champ d'application restrictif pour l'Amparo constitutionnel, le juge constitutionnel espagnol fait, dans la plupart des cas, se rencontrer le « constitutionnel » et le « fondamental » dans le cadre de cette voie de recours et procède, selon nous, à une constitutionnalisation qui interprète et décline les droits constitutionnels maximalelement protégés par le biais du recours, tout en protégeant des intérêts particuliers, ce qui induit la dérive subjectiviste et essentialiste qu'implique souvent la « fondamentalisation » subjective. De fait, le juge constitutionnel espagnol s'en tient, dans la majorité des cas, à la Constitution, au contraire du juge allemand qui, lui, élabore et développe des théories moralistes, extra-juridiques et philosophiques. Or, le premier protège tout aussi bien, dans le cadre du recours d'*Amparo* constitutionnel (appelé « RAC » par les comparatistes espagnols comme est utilisée en France la terminologie « QPC »), les droits subjectifs maximalelement protégés du justiciable.

Il reste que, par les voies d'accès directes, la mutation-dérivation de la constitutionnalisation objective en fondamentalisation subjective peut être relevée au regard du rôle de la mise en exergue nécessaire de la « fondamentalité » d'un droit ou d'une liberté par le juge constitutionnel dans des situations particulières.

Paragraphe 2. Le rôle de mise en exergue de la « fondamentalité » à l'occasion des recours directs et ses incidences sur la fondamentalisation

Les voies de recours directes sont l'occasion pour le juge constitutionnel de mettre en exergue, suivant une approche subjective, c'est-à-dire dans l'intérêt particulier du justiciable, la fondamentalité d'un droit ou d'une liberté, c'est-à-dire qu'il confronte le droit fondamental du justiciable reconnu par la Constitution à la situation particulière de celui-ci. Le recours constitutionnel direct allemand (RCD) (A), ainsi que le recours d'Amparo espagnol dans son champ restrictif d'application (B), permet cette confrontation et cette mise en exergue de la fondamentalité d'un droit ou d'une liberté.

A. L'exégèse de la « *fundamentalité* » des droits et libertés par le juge constitutionnel allemand et ses conséquences sur le comportement du justiciable

Dans la démarche du juge constitutionnel allemand, la *fundamentalité* d'un droit, en plus de l'exigence d'une reconnaissance constitutionnelle, revêt sans aucun doute une dimension morale, liée au droit naturel. Cette démarche est très critiquée, notamment par les juristes français³⁹¹, y compris comme nous l'avons vu Michel Fromont, souhaitant que le juge s'en tienne à la structure juridique normative, facilement identifiable de « Grundrechte ».

De fait, le juge constitutionnel allemand procède autrement que le veulent les puristes, en élaborant des théories tout-à-fait extra-juridiques ou de philosophie juridique, moralistes ou jusnaturalistes, qui développent des droits fondamentaux déterminés par de très longues exégèses philosophiques sortant du droit écrit, de façon à étendre et faciliter considérablement l'accès à son prétoire par le biais de la « Verfassungsbeschwerde ».

En effet, le Professeur de l'Université de Stuttgart, Armin Dittmann note que « *l'accès à la Cour constitutionnelle fédérale est (...) simplifié du fait que l'article 2, alinéa 1 LF est considéré depuis la célèbre décision Elfes comme la consécration d'un droit fondamental général de la liberté d'action. Les actes de la puissance publique qui viendraient la restreindre ne sont alors autorisés que pour autant qu'ils respectent entièrement la Constitution. « Quiconque », d'après lui, « se voit ainsi ouvert la possibilité de faire examiner de manière compréhensive, grâce à l'article 2, al. 1 LF, tout acte de la puissance publique imposant une obligation par la Cour constitutionnelle ; par exemple si les règles de compétence et de procédure ont été correctement appliquées. Cette jurisprudence a permis au juge constitutionnel*

³⁹¹ Favoreu L. et al. *Droit des libertés fondamentales*, 6^{ème} éd., 2012, p. 68 sq.

d'introduire une passerelle reliant les droits fondamentaux au reste de l'ordre constitutionnel et de fonder sa légitimité lorsqu'il examine non seulement des violations spécifiques des droits fondamentaux, mais aussi d'autres normes constitutionnelles »³⁹².

Il en va de même, sinon plus, pour tout qui concerne la dignité de la personne humaine, à laquelle, comme nous l'avons vu avec Michel Fromont et que nous allons étayer avec la décision « Prison à vie » de 1977, même le pouvoir constituant dérivé ne saurait porter atteinte.

L'hypostasie de ces deux droits (liberté d'action et dignité de la personne humaine) a pour effet de démultiplier les recours constitutionnels en ouvrant un véritable océan où tout justiciable, qui se sentirait lésé dans sa dignité humaine ou sa liberté d'agir, pourrait venir se baigner. Et cela relève d'un véritable processus de fondamentalisation du droit, qui est, contrairement à la constitutionnalisation objective, d'essence subjective, parce que destinée à protéger les intérêts particuliers et dont les fondements que constituent les « DF » sont invocables devant un juge, outre le fait que le juge constitutionnel recherche un effet de rayonnement des « DF » sur l'ensemble des branches du droit.

En effet, la simple lecture d'une décision de la Cour constitutionnelle fédérale relative à la dignité de la personne révèle de façon évidente la fondamentalisation subjective destinée à protéger les intérêts particuliers ou la sphère de liberté et d'épanouissement subjectifs de l'individu.

Ainsi, dans sa décision « Prison à vie » du 21 juin 1977³⁹³, la Cour constitutionnelle fédérale, saisie par un juge pénal à propos de la

³⁹² Dittmann A., « Le recours constitutionnel en droit allemand », CCC, n°10 (Dossier : l'accès des personnes à la justice constitutionnelle), mai 2001, p. 5

³⁹³ GDCCE, n°32, 2008, p. 169.

constitutionnalité d'une loi, développe une véritable théorie moraliste et philosophique sur la question de la dignité de la personne humaine, étendant considérablement le champ de ce droit fondamental. Ainsi, développe la Cour : « *Respect et protection de la dignité de la personne humaine appartiennent aux principes constitutifs de la Loi fondamentale. La libre personnalité humaine et sa dignité représentent la plus haute valeur dans l'ordre constitutionnel (...). Ces principes reposent sur la représentation de l'être humain comme un être intelligent et moral qui est fait pour se déterminer et agir en liberté (...). Il est contraire à la dignité humaine de faire de l'homme un simple objet de l'action de l'Etat (...). La phrase « L'être humain doit toujours rester sa propre raison d'être » vaut sans restriction pour toutes les branches du droit ; car la dignité inaliénable de l'homme comme personne consiste précisément en ce qu'il demeure reconnu comme personnalité responsable d'elle-même ».*

Ces extraits peuvent faire sursauter autant le juriste que le philosophe, car à entendre la Cour la sottise n'existerait plus, l'irresponsabilité non plus.

Toujours est-il qu'à entendre une semblable et si large exégèse d'un droit fondamental déterminé, en l'occurrence la dignité de la personne humaine, l'on comprend et admet facilement que les recours constitutionnels se multiplient sur son fondement, de façon comparable à la liberté d'action.

Ce qui, donc, nous fait dire qu'il ne s'agit plus d'une constitutionnalisation objective du droit impliquant une confrontation de normes au sein d'un système juridique rationnel, mais bien d'un processus de fondamentalisation subjective destinée à protéger des droits et intérêts subjectifs attachés aux particuliers et invocables devant le juge, et qui a pour corollaire l'accroissement considérable des recours constitutionnels directs.

En retour, l'existence de cette voie de recours directe, qui est une garantie spécifique des droits fondamentaux du justiciable, légitime la mission subjective du juge constitutionnel, étant prévue pour protéger les intérêts subjectifs des particuliers et garantir la sphère subjective de liberté et d'épanouissement de l'individu.

Un semblable phénomène de fondamentalisation subjective ne se retrouve pas en Espagne, car le juge constitutionnel s'y attache davantage au droit écrit, c'est-à-dire au texte de la Constitution.

Il n'empêche qu'il procède lui aussi à la recherche de la fondamentalité subjective d'un droit ou d'une liberté pour la mettre en évidence au bénéfice du justiciable dans le cadre d'un recours d'Amparo en posant, toutefois, des limites.

B. L'autolimitation du juge constitutionnel espagnol dans sa tâche de mise en évidence de la « fondamentalité » subjective des droits et libertés

Outre la limitation restrictive du champ d'application du recours d'Amparo constitutionnel (à laquelle procède le Tribunal constitutionnel³⁹⁴ en s'en tenant au texte constitutionnel), dans sa tâche de mettre évidence, à titre subjectif, la « fondamentalité » des droits et libertés rentrant dans le cadre de l'article 53-2 de la CE, le juge constitutionnel espagnol s'octroie très clairement des limites et limite, lui-même, les droits fondamentaux, comme pourrait le faire le juge constitutionnel français.

Non seulement, il ne statue pas bien au-delà des requêtes, comme le fait la Cour constitutionnelle de Karlsruhe, laquelle ne s'estime pas liée par les conclusions des parties quel que soit le mode

³⁹⁴ Arrêt du 2 octobre 1997 précité.

de saisine³⁹⁵, mais encore il délimite le champ des droits fondamentaux protégés dans le cadre du RAC.

C'est ainsi que dans la célèbre et tragique « Affaire de la liberté religieuse du mineur »³⁹⁶, qui décéda par refus d'une transfusion sanguine, ses parents et lui-même étant des témoins de Jéhovah (affaire qui entraîna la cassation par le Tribunal suprême du jugement qui avait relaxé les parents), le juge constitutionnel, saisi d'un recours d'amparo constitutionnel, montra les limites qu'il s'octroyait et que l'on devait avoir dans la recherche, la mise en œuvre et la mise en évidence subjectives des droits fondamentaux, quoiqu'ils soient destinés à protéger les personnes, leurs biens ou leurs intérêts dans la sphère individuelle et subjective.

En effet, dans la dite affaire, le Tribunal constitutionnel procède à des déclarations qui revêtent une portée générale et dépeignent l'approche qu'elle retient dans sa tâche de mise en œuvre subjective des droits fondamentaux et les limites qu'il pose et qu'il s'y octroie.

Ainsi, il affirme (consid. 8) que : « *L'existence de limites dans l'exercice du droit fondamental à la liberté de religion est l'expression ou la manifestation de l'absence, en général, du caractère absolu des droits fondamentaux. En effet, nous avons affirmé dans plusieurs arrêts que « les droits fondamentaux reconnus par la Constitution ne peuvent céder que devant les limites que la Constitution impose elle-même expressément, ou devant celle qui de manière médiate ou indirecte sont induites par la Constitution car justifiées par la nécessité de préserver d'autres droits ou biens juridiquement protégés » et que, « dans tous les cas, les limites établies ne peuvent entraver l'exercice du droit fondamental au-delà du raisonnable ».*

³⁹⁵ Béguin J.-C., *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en RFA*, Economica, 1982, pp. 60, 102, 123.

³⁹⁶ Tribunal constitutionnel, 18 juillet 2002, *GDCCE*, n°31, 2008, p. 157 sq.

Ainsi, d'autres exigences constitutionnelles peuvent, d'après le juge constitutionnel, limiter un droit fondamental et que, en tout état de cause, cela doit rester dans les limites du raisonnable.

Deux choses sont à relever dans ce raisonnement : le caractère non absolu des droits fondamentaux, au contraire du juge constitutionnel allemand, qui, pour ainsi dire, hypostasie la dignité de la personne humaine, d'une part, et la nécessité d'un principe de proportionnalité d'autre part. Et le Tribunal constitutionnel met en œuvre ces éléments mêmes dans sa décision du 18 juillet 2002.

En effet, dans le considérant 7, il met en évidence le caractère non absolu qu'il retient pour les droits fondamentaux en ces termes : « *L'apparition de conflits juridiques liés aux croyances religieuses ne peut étonner dans une société qui proclame la liberté de croyances et de culte des individus et des communautés tout comme la laïcité et la neutralité de l'Etat. La réponse constitutionnelle à la situation critique résultant de la prétendue dispense ou exemption de l'accomplissement des devoirs juridiques, dans le but de rendre compatibles et conformes ses propres agissements à une conduite éthique ou un plan de vie qui résulte de croyances religieuses, peut seulement découler d'un jugement pondéré veillant aux particularités de chaque affaire. Un tel jugement se doit d'établir la portée d'un droit –qui n'est ni illimité ni absolu- à la vue des incidences que son exercice peut engendrer sur d'autres titulaires de droits et biens constitutionnellement protégés et sur les éléments composant l'ordre public protégé par la loi qui, conformément aux dispositions de l'article 16-1 de la Constitution espagnole, limite ses manifestations* ».

Le Tribunal constitutionnel, en reconnaissant que les droits fondamentaux ne sont ni illimités ni absolus, pose lui-même les limites auxquelles il s'astreint dans leur mise en œuvre subjective, c'est-à-dire dans son rôle de défense des intérêts particuliers dans le

cadre du RAC. Il procède à sa propre autolimitation, sa propre pondération et reconnaît même la nécessité d'un principe de proportionnalité dans la mise en oeuvre des « DF ».

De fait, dans le considérant n°8 (in fine) de la décision du 18 juillet 2002, il précise que : « *Découle de ce qui précède (...) que « tout acte ou décision limitant des droits fondamentaux se doit d'assurer que ces mesures limitatives sont nécessaires pour atteindre le but poursuivi, se doit de veiller à la proportionnalité entre le sacrifice du droit et la situation dans laquelle se trouve l'individu concerné, et, dans tous les cas, se doit de respecter son contenu essentiel ».*

En conséquence, il existe bien un processus de fondamentalisation subjective par le biais du RAC en Espagne, mais il est loin d'être général. Il se limite étroitement au cadre restrictif du champ d'application des dispositions constitutionnelles protégées dans le cadre du recours, d'une part, et des actes juridictionnels ou administratifs, et non des lois, d'autre part.

De surcroît, à l'inverse du juge allemand, le juge constitutionnel s'autolimite et pose des limites dans sa tâche de protéger et faire garantir les « DF ». Il le fait, pourrait-on dire, « raisonnablement », sans transgresser le droit écrit, bien qu'il est vrai que le justiciable espagnol s'engouffre souvent dans l'article 24 pour introduire un Amparo constitutionnel, mais c'est autant le fait du juge constitutionnel que du Constituant espagnol, s'agissant, en l'occurrence, du droit à la « protection juridique effective ». Car si ce droit répond aux nouvelles exigences de l'Etat de droit, il est évident qu'il nécessite, pour sa réalisation effective, du temps et une rigueur considérables de la part du juge ordinaire pour le mettre en oeuvre, ou bien il revêt des caractéristiques si contraignantes que n'importe quel justiciable peut s'y engouffrer ou ester en justice devant le Tribunal constitutionnel sur son fondement.

Il nous faut, à présent, envisager la dénaturation de la mission du juge constitutionnel par l'accès direct sur la base de prétentions subjectives.

Section 2. La tendance à la dénaturation de la mission du juge constitutionnel en fondamentalisation subjective induite par l'accès direct

L'accès direct du justiciable au juge constitutionnel au titre des droits fondamentaux dénature la mission classique ou initiale de constitutionnalisation objective du droit du juge constitutionnel en une mission de fondamentalisation subjective destinée à protéger des intérêts particuliers. Ceci parce que les procédures extraordinaires que sont le recours constitutionnel direct (RCD) allemand et le RAC espagnol ont progressivement été transformées sous l'action et la pression des justiciables en procédures banales de dernier ressort, quand leurs prétentions subjectives n'ont pas été satisfaites par la justice ordinaire, ce qui participe du phénomène de fondamentalisation subjective (parag. I). Aussi il apparaît difficile au juge constitutionnel de résister à ce phénomène de fondamentalisation au regard de ses obligations constitutionnelles (parag. II).

Paragraphe 1. Des procédures extraordinaires, banalisées par le justiciable participant du processus de fondamentalisation subjective du droit

Nous allons tout d'abord nous intéresser à la transformation progressive des voies de recours directes participant au processus de fondamentalisation subjective (A), avant d'analyser comment le juge constitutionnel résiste à cette tendance à transformer les procédures (B).

A. La transformation progressive des procédures d'accès direct en procédures « banales » participant à la fondamentalisation subjective

Rappelons tout d'abord qu'en Allemagne, de 1951 au 1^{er} janvier 2010, le RCD a constitué 96, 44% de l'ensemble des recours introduits devant le juge constitutionnel fédéral³⁹⁷. En Espagne, rien qu'en 2009, 10 792 RAC ont été introduits sur un total de 10 848 recours devant le Tribunal constitutionnel³⁹⁸. Mais on note dans ce dernier pays une baisse du volume des recours d'Amparo constitutionnel avec la réforme introduite en 2007. Ainsi, si en 2009, on dépassait les 10 000 recours d'Amparo, les statistiques de que fournit le Tribunal constitutionnel sur son site internet dans la *Memoria*, montre une baisse progressive, puis une stabilisation du volume de recours d'Amparo. En effet, le Tribunal constitutionnel a respectivement enregistré 8948 RAC en 2010, 7098 en 2011, 7205 en 2012 et, plus récemment, au titre de l'exercice de l'année 2013, 7376 RAC sur un total de 7573 recours et, en 2014, 7663 RAC sur un total de 7878 recours.

³⁹⁷ Favoreu L., Mastor W., *Les cours constitutionnelles*, Dalloz, 2011, p. 80.

³⁹⁸ *Les cours constitutionnelles*, p. 99.

La popularité de ces voies de recours n'est donc plus à démontrer. Nous allons, par conséquent, nous attacher à montrer que cette popularité a conduit à leur banalisation et que celle-ci va conduire à un phénomène de fondamentalisation subjective. Nous entendons ainsi prouver que la banalisation de l'accès direct participe à la fondamentalisation subjective tout d'abord en Allemagne (1). Nous allons, ensuite, nous attacher au cas de l'Espagne (2).

1. L'accès direct au juge constitutionnel, cause de la fondamentalisation subjective et de ses velléités d'expansion en Allemagne

En dépit du principe de subsidiarité qui commande que le recours constitutionnel direct ne puisse être introduit devant la Cour constitutionnelle fédérale qu'après l'épuisement des voies de recours qui existent devant les tribunaux ordinaires (Parag. 90, al. 2 de la loi de la LCCF), malgré l'obligation prévue pour les délais du recours (un an à partir de l'entrée en vigueur pour une loi –parag. 93, al. 3 LCCF- et un mois pour les actes administratifs ou juridictionnels –parag. 93, al. 1), l'obligation d'une présentation écrite et justifiée. A cet égard, le Professeur Armin Dittmann souligne que *« l'idée de départ selon laquelle le recours constitutionnel devait être une voie de droit extraordinaire dans laquelle on ne s'engagerait qu'en tout dernier lieu afin de protéger les droits fondamentaux a aussitôt été dépassée par les événements. L'élaboration détaillée des règles de procédures dans la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale et la jurisprudence rendue par la Cour à partir de ce fondement ont largement ouvert les portails (...). « Le très faible pourcentage de succès, de seulement 2,6 %, constitue », d'après lui, « un indice montrant clairement que cet instrument n'est pas utilisé uniquement en cas de violation grave de droits fondamentaux exigeant en guise d'ultime recours un remède émanant de la Cour (...) en*

tant que « gardien de la Constitution », mais que la Cour est submergée par un tas de suppliques matériellement insignifiantes, comme une espèce d' « armoire des chagrins de la Nation »³⁹⁹.

Or, nous avons vu qu'en Allemagne le juge constitutionnel recherche un effet de « rayonnement » des DF sur l'ensemble des branches du droit par le biais d'une pénétration des branches à travers les clauses générales de celles-ci, mais qu'aussi le juge constitutionnel allemand va rechercher jusque dans la doctrine d'une branche du droit donnée, en l'occurrence la doctrine civiliste dans sa décision « Cautions abusives », ce qui est fondamental pour un justiciable déterminé⁴⁰⁰. Cependant, ce qui est fondamental pour le justiciable, et qui, en principe, est garanti par la Constitution, se retrouve davantage dans l'effectivité des « DF », notamment dans ses relations ordinaires avec les particuliers, l'Administration, la loi ou la justice. Etant donc destinés à protéger des intérêts particuliers et étant invocables devant un juge, les « DF » revêtent des caractéristiques très subjectives pour le justiciable. Or, le RCD est une garantie spécifique des « DF » de ce dernier. Ainsi, ce qui est fondamental à ses yeux bénéficie d'une garantie et d'une protection qu'il peut défendre par son recours en justice.

S'il ne trouve pas satisfaction auprès de la justice ordinaire, il s'en remet volontiers à la justice constitutionnelle pour faire valoir ce qu'il trouve fondamental pour lui au regard de la Constitution et de sa situation particulière en usant du RCD qui lui est ouvert, sur le fondement de la disposition qui sied le plus à sa situation ou, à défaut, sur le fondement de la disposition la plus largement « acceptée » par le juge constitutionnel (comme le droit fondamental absolu de dignité de la personne humaine ou la liberté d'action). Par conséquent, ce que le juge constitutionnel retiendra comme fondamental à la fin de la

³⁹⁹ Dittman A., « Le recours constitutionnel en droit allemand », CCC, n°10, mai 2001, op. cit., p. 7

⁴⁰⁰ Arrêt « Cautions abusives » de 1993 précité.

procédure d'accès direct, si la procédure est admise, part d'éléments proprement subjectifs, à savoir des intérêts particuliers. D'où la fondamentalisation subjective du droit à laquelle est appelé le juge, qui n'est plus une fondamentalisation verticale, mais une fondamentalisation partant de la base, c'est-à-dire du justiciable, - base qui, naturellement, a tendance à vouloir l'amplifier, d'où la résistance du juge constitutionnel que nous étudierons (cf. infra).

2. L'accès direct du justiciable, cause de la fondamentalisation des rapports juridiques en Espagne

Le succès et l'ampleur du recours d'Amparo constitutionnel en Espagne ne sont plus à démontrer : les chiffres parlent pour eux-mêmes, induisant une banalisation de la procédure, nonobstant le principe de subsidiarité qui nécessite, comme en Allemagne, l'épuisement des voies de droit (si l'on adopte une lecture littérale de l'article 44.1 a) LOTC). Cependant, comme nous avons déjà eu à le souligner, un phénomène assuré de fondamentalisation subjective du droit par le biais du RAC, et du RAC seul, n'est pas parfaitement descriptible en Espagne ou, en tout cas, il y est plus restreint et plus nuancé.

Cela dit, l'Amparo constitutionnel joue en Espagne un rôle de fondamentalisation des rapports juridiques qui, selon nous, est indéniable.

D'une part, comme le souligne le Professeur Carlos Ruiz Miguel, « *le RAC est une institution qui a connu un succès extraordinaire : il a permis de donner un contenu aux droits fondamentaux ; la doctrine ainsi créée a été suivie par les tribunaux (de bon gré, et pas uniquement à cause de l'obligation faite à l'article 5.1 de la loi organique 6/1985, du*

pouvoir judiciaire) et, ce qui plus important »⁴⁰¹, précise-t-il, « *il a contribué de manière décisive à créer une « culture des droits fondamentaux », non seulement dans une magistrature en bonne partie étrangère à ceux-ci, mais également dans la population* »⁴⁰².

Ces derniers éléments, qui sont à préciser, nous amènent à la seconde partie du propos, à savoir que le RAC a, d'autre part, contribué à « *fondamentaliser* » les rapports juridiques entre particuliers.

Ainsi, dans un premier temps⁴⁰³, le Tribunal constitutionnel refusait d'octroyer l'amparo constitutionnel dans les cas où un particulier violait un droit fondamental d'un autre particulier, cela, en renvoyant le justiciable à la voie civile ou pénale, ce qui distinguait bien le RAC et l'amparo ordinaire. Dans un second temps⁴⁰⁴, la même année (en 1982), le Tribunal madrilène accepte d'octroyer l'amparo constitutionnel dans le cas où un particulier viole le droit fondamental d'un autre particulier, mais en imputant au juge ordinaire la méconnaissance du droit fondamental, nous dit le Professeur Miguel, « *s'il ne reconnaît pas la violation par un particulier* »⁴⁰⁵. Mais cette position, perçue comme la « *construction de l'assomption judiciaire* »⁴⁰⁶ est critiquée, car l'on estime⁴⁰⁷ qu'il « *y a eu lésion avant l'intervention du juge* », mais aussi que le juge n'est pas directement et immédiatement responsable de la violation ni du préjudice tel que l'exige la LOTC, s'il ne fait que confirmer un comportement effectué dans la sphère *inter privatos*.

⁴⁰¹ Ruiz Miguel C., « l'amparo constitutionnel en Espagne : droit et politique », CCC, n°10 (Dossier : l'accès des personnes à la justice constitutionnelle), mai 2001, p. 7

⁴⁰² Ibid.

⁴⁰³ ATC 162/1982 du 5 mai 1982.

⁴⁰⁴ STC 78/1982 du 20 décembre 1982.

⁴⁰⁵ Ruiz Miguel C., « l'amparo constitutionnel en Espagne : droit et politique », CCC, n°10 (Dossier : l'accès des personnes à la justice constitutionnelle), mai 2001, p. 4

⁴⁰⁶ Ibid.

⁴⁰⁷ Juan Maria Bilbao Ubilles, *L'efficacité des droits fondamentaux face aux particuliers*, CEC, Madrid, 1997, p. 168.

Nous voyons, donc, comment le RAC, qui est une procédure extraordinaire en principe⁴⁰⁸, devenue «banale » en Espagne, participe à la fondamentalisation des rapports juridiques entre les particuliers, une fondamentalisation subjective du droit, ainsi que celle des relations entre ces derniers et les juges, mais aussi de la même façon entre eux et l'Administration, bien qu'il ne soit pas possible, selon nous, de parler d'un large processus de fondamentalisation subjective du droit par son biais. Le caractère subjectif de cette fondamentalisation n'est plus à démontrer, étant destiné à protéger des intérêts particuliers dans le cas d'une violation d'un « DF » prévus aux articles 14 à 30 de la CE et que le justiciable peut invoquer devant un juge.

Ce qui est maintenant remarquable, c'est que le phénomène de fondamentalisation subjective, qui est une dérivation du processus de constitutionnalisation auprès du juge constitutionnel à cause de cet accès direct, voit celui-là résister et à la banalisation des procédures et au phénomène de fondamentalisation subjective.

B. La résistance du juge constitutionnel face à la banalisation des procédures et au phénomène de fondamentalisation subjective.

Nous allons tout d'abord nous intéresser à la résistance qu'impose et que s'impose le juge constitutionnel fédéral face aux dérives (1). Nous verrons ensuite la rigueur affichée par son homologue espagnol (2).

⁴⁰⁸ ATC 159/1997 du 2 octobre 1997.

1. La résistance du juge constitutionnel allemand face aux dérives

Il faut, tout d'abord, souligner que les procédures de recours constitutionnels directs subissent des verrous législatifs. Ainsi sont-elles mises à l'épreuve par une procédure d'admission examinée, en vertu du parag. 93 a) LCCF, par les sections de trois juges (Kammern) qui composent les deux Chambres (Senate) de la Cour constitutionnelle fédérale (CCF), sans parler des obligations de délais, de forme ou de motivation, qui sont exigées aux fins de l'examen. En vertu du deuxième alinéa de la disposition susmentionnée, l'admission du RCD n'est obligatoire aux fins d'une décision que si cela implique une importance constitutionnelle de principe. L'atténuation de cette règle n'est opérée que si le refus d'admission fait risquer au requérant un préjudice d'une gravité particulière et d'une nature irréversible. Le refus d'admission n'exige pas une motivation si le requérant a auparavant été avisé des doutes pesant sur la recevabilité de son recours (parag. 24 de la Loi sur la Cour constitutionnelle fédérale ou LCCF) ou, dans certains cas, depuis la réforme d'août 1993, la motivation se limite à « *l'indication du point juridique déterminant pour le refus* ». Les refus d'admission, sans motivation, très nombreux, rapproche -chose que nous allons nuancer- le système allemand et le « Writ of certiorari » de la Cour suprême des Etats-Unis, selon les Professeurs Favoreu et Mastor⁴⁰⁹.

De même, le principe de subsidiarité, qui exige l'épuisement des voies de droit, tend à limiter l'accès à la Cour, en permettant aux juges ordinaires la possibilité de protéger eux-mêmes les droits fondamentaux, avant l'intervention du juge constitutionnel.

⁴⁰⁹ Favoreu L., Mastor W., *Les cours constitutionnelles*, p. 60

En dépit de ces verrous législatifs, le flux massif des recours a fait élaborer par la Cour des mécanismes tendant à lutter contre les dérives et la banalisation des RCD par le justiciable et, par conséquent, freine un processus de fondamentalisation subjective du droit par le juge constitutionnel.

C'est ainsi que la Cour exige que l'acte attaqué doive léser le requérant « *en personne* », écrit le Professeur Dittmann, « *de manière immédiate et actuelle, dans sa position juridique protégée par les droits fondamentaux* »⁴¹⁰.

C'est ainsi, nous dit-il, que « *par une interprétation sévère de cette exigence d'être immédiatement concerné que la Cour (...) cherche à maintenir en des limites très étroites le recours constitutionnel contre les lois afin de pouvoir ainsi renforcer le principe de subsidiarité du recours constitutionnel direct par rapport à la protection juridique ordinaire* »⁴¹¹.

Par conséquent, outre les verrous législatifs existants, la CCF tend elle-même à garantir, faute du « caractère extraordinaire » du recours, le caractère sérieux et consistant de celui-ci pour éviter qu'il devienne prosaïque ou qu'il soit utilisé à tort et à travers pour une dérive de fondamentalisation subjective. Qui plus est, nous dit Béguin⁴¹², le recours constitutionnel a même plutôt tendance à assurer une autre fonction, objective cette fois, qui est de permettre au « *juge constitutionnel chaque fois qu'il le juge utile (...) d'assurer la « mise à jour » et le développement systématique du droit constitutionnel* » et c'est le juge constitutionnel, lui-même, qui choisit « *parmi les affaires celles qui feront l'objet d'un véritable jugement* »⁴¹³, ce qui n'est pas tout-à-fait exact, comme nous le verrons.

⁴¹⁰ Dittmann A., op. cit. p. 5.

⁴¹¹ Dittmann A. op. cit.

⁴¹² Béguin J.-C., Le contrôle de la constitutionnalité des lois en RFA, 1982, p 123.

⁴¹³ Favoreu L., Mastor W., *Les cours constitutionnelles*, p. 25

Cela dit, dans le cadre de l'Amparo constitutionnel, le juge constitutionnel affiche une véritable rigueur face aux potentielles dérives.

2. La rigueur affichée par le juge constitutionnel espagnol en prévention des dérives

Des restrictions législatives semblables à celles qui existent en Allemagne pour la « Verfassungsbeschwerde » existent en Espagne, telles que la condition d'épuisement des voies de droit ou encore la procédure d'admission des recours, examinée par les sections du Tribunal constitutionnel.

Ce qu'il y a donc à relever, c'est la rigueur qu'affiche le Tribunal madrilène allant à l'encontre des dérives qui tendent à banaliser le recours, étant par ailleurs établi qu'il ne fait plus de doutes que la fondamentalisation subjective du droit par le RAC est restreinte.

Ainsi, les affirmations du Tribunal constitutionnel, dans son arrêt ATC 159 du 2 octobre 1997 (*Affaire de la taxe fiscale sur les jeux*)⁴¹⁴ ne font nulle place au doute sur la rigueur qu'il affiche pour délimiter le champ de l'Amparo et lutter contre les dérives. En effet, dans le considérant n°6, le Tribunal estime qu'« *il convient de prendre en compte, d'une part, le fait que le recours d'amparo a pour finalité essentielle (...) la protection, dans la sphère constitutionnelle, des droits et libertés exprimés à l'article 53-2 de la Constitution espagnole, auxquels est exclusivement circonscrit son domaine d'intervention (arrêts du Tribunal constitutionnel 10/1985, 32/1987 et 54/1993, entre autres), de telle manière que la seule question à laquelle ce Tribunal peut répondre dans un tel procès est celle relative à l'existence ou non d'une violation desdits droits et libertés fondamentaux, sans qu'il lui soit*

⁴¹⁴ GDCCE, n°143, 2008, p. 739 sq.

possible de se prononcer au-delà de ce domaine. Ainsi, même lorsque peut être admise « une demande directe d'inconstitutionnalité par des particuliers », cette possibilité demeure doublement limitée : d'une part, par les droits et libertés reconnus aux articles 14 à 30 de la Constitution espagnole ; d'autre part, « aux hypothèses où le requérant a subi un préjudice concret et actuel de ses droits (...) ».

Cette décision dénote ainsi, très bien, la rigueur dont fait preuve le Tribunal constitutionnel face au succès dont bénéficie le RAC auprès du justiciable, en mettant en évidence les limites de son champ d'application, les barrières de clôture, ainsi que les exigences que le juge constitutionnel impose.

Malgré de telles restrictions en Allemagne comme en Espagne, il est difficile au juge constitutionnel de résister face au phénomène de fondamentalisation subjective, ce, au regard de ses obligations constitutionnelles.

Nous allons nous attacher à le démontrer.

Paragraphe 2. La difficulté pour le juge constitutionnel de résister au phénomène de fondamentalisation subjective

Ce qui est fondamental aux yeux du justiciable étant a priori subjectif, les voies de recours directes dont il bénéficie auprès du juge constitutionnel, et qui sont unanimement reconnues comme étant populaires, placent ce dernier juge devant la situation difficile de devoir faire face à son devoir, sinon son obligation constitutionnelle, de rendre des décisions de portée relative et subjective devant une masse de requêtes tendant à faire proliférer un phénomène de fondamentalisation (A). C'est pourquoi le juge réagit-il à cette difficulté en faisant preuve d'un pragmatisme, auquel contribue le législateur, d'ailleurs, par la mise en avant de sa mission de constitutionnalisation objective ou le développement substantiel des conditions d'accès à son prétoire (B).

A. Le juge constitutionnel face à son devoir de rendre des décisions de portée relative et subjective devant la masse des requêtes

Il faut, tout d'abord, noter que la fondamentalisation subjective est un phénomène surtout voulu par la base, c'est-à-dire par le justiciable sur le fondement de la lettre de la Constitution ou des décisions du juge constitutionnel (1). Et c'est, d'après nous, d'évidence, ce qui occasionne le surencombrement des cours et rend difficile la mission du juge constitutionnel face à la prolifération des requêtes subjectives (2).

1. La fondamentalisation voulue par le justiciable sur le fondement de la lettre de la Constitution ou de la jurisprudence du juge constitutionnel

Une lecture, sans doute non pas proprement juridique, mais bien historico-sociologique des constitutions allemande et espagnole ferait rapidement admettre qu'il s'agit de constitutions d'antithèse aux périodes de dictature (nazisme en Allemagne et franquisme en Espagne) tendant à renforcer les droits et libertés des individus et à établir de solides et véritables Etats de droit.

Aussi, la lettre desdites constitutions concernant des droits fondamentaux, tel que l'article 1 al.3 LF qui dispose que « *Les droits fondamentaux énoncés ci-après lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire comme droit directement applicable* », à laquelle s'ajoute une garantie spécifique de ces droits par les voies d'accès directes du justiciable au juge constitutionnel, de même que la teneur des droits et libertés énoncés, placent le justiciable dans une situation particulièrement favorable de protection de ses droits et libertés fondamentaux. De telle manière que ce dernier entend en user au maximum, au bénéfice de ces garanties. Cet usage, qui, de fait, est facilité par certaines dispositions de la Constitution ou par l'interprétation que retient le juge constitutionnel, tend à favoriser la fondamentalisation du droit au bénéfice du justiciable.

En effet, si l'on envisage, en premier lieu, le texte constitutionnel, le droit à une protection juridique effective prévue à l'article 24 de la CE, représente une brèche dans laquelle tout justiciable qui n'a pas reçu satisfaction auprès de la justice ordinaire peut naturellement ou intuitivement s'engouffrer pour intenter un Amparo constitutionnel. Cette disposition, nous dit le Professeur Carloz Ruiz Miguel, fonde 80% des RAC intentés devant le Tribunal

constitutionnel⁴¹⁵ et constitue par voie de conséquence, selon lui, un « macro-droit ». Ceci, s'agissant de la lettre même de la Constitution, qui participe de la fondamentalisation subjective d'un droit, dans l'intérêt du justiciable, lequel peut l'invoquer devant un juge.

Pour ce qui concerne, maintenant, l'interprétation que fait le juge constitutionnel du texte constitutionnel, la décision « *Prison à vie* » du 21 juin 1977 rendue par la Cour constitutionnelle de Karlsruhe qui estime, comme nous l'avions précédemment citée, que « *La libre personnalité humaine et sa dignité représentent la plus haute valeur dans l'ordre constitutionnel* », ou encore la décision Elfes de 1957⁴¹⁶ qui prévoit, en somme, que « *Chaque homme peut faire valoir devant le juge constitutionnel qu'une norme limitant sa liberté d'agir est inconstitutionnelle* » sont des décisions qui ouvrent une très grande porte aux recours constitutionnels, qui, par essence, sont des requêtes subjectives et constituent ainsi, selon nous, un large éventail pour un processus de fondamentalisation subjective du droit, dont le justiciable entend naturellement profiter, dans son intérêt particulier, d'où le surencombrement des cours constitutionnelles allemande et espagnole induit par lesdites portes de l'accès direct.

Ce qui place le juge constitutionnel devant son devoir de rendre la justice.

⁴¹⁵ Ruiz Miguel C., « l'amparo constitutionnel en Espagne : droit et politique », CCC, n°10 (Dossier : l'accès des personnes à la justice constitutionnelle), mai 2001.

⁴¹⁶ BVerfGE 6, 32 de 1957.

2. Les obligations juridictionnelles du juge constitutionnel à l'épreuve de la prolifération des requêtes subjectives.

La masse des recours individuels introduits devant le juge constitutionnel aux fins de cette fondamentalisation subjective du droit que recherche le justiciable rend la tâche du juge constitutionnel plus difficile et plus complexe, car cela le met face à ses obligations de rendre la justice, en rendant des décisions de portée relative et subjective, alors qu'en pratique, il s'agit d'une mission quasi-impossible, quoiqu'il y ait une multitude de requêtes remplissant toutes les conditions de forme.

Ainsi, remarque le Professeur Dittmann, « *cette acceptation large* », c'est-à-dire, en réalité, l'enregistrement des requêtes, « *ne manque pas de produire des effets négatifs. La surcharge quantitative produit une augmentation des retards, un prolongement de la durée des procédures et un transfert des décisions des Chambres vers les Sections, et, enfin, une menace pour le fonctionnement de la Cour constitutionnelle fédérale dans la mesure où la masse des recours insignifiants, même aberrants, ralentit excessivement la liquidation de ceux qui sont difficiles et importants* »⁴¹⁷. Ceci, parce que les Cours constitutionnelles sont obligées de procéder à un examen préalable, même sommaire, de toutes les requêtes, or nous avons vu leur flux massif.

Ainsi, le juge constitutionnel a dû mal, en réalité, à faire face à ses obligations constitutionnelles mêmes, à cause de cette prolifération des requêtes subjectives. Il s'acquitte difficilement de sa mission, même dans les occurrences où la nécessité de son intervention paraît évidente.

⁴¹⁷ Dittman A., « Le recours constitutionnel en droit allemand », op. cit., p. 7

Le Tribunal constitutionnel de l'Espagne fait face à la même difficulté. Certains sont allés jusqu'à proposer la soustraction de l'article 24 de la CE relatif à la protection juridique effective du champ d'application du RAC pour décharger le Tribunal, nous dit le Professeur Carlos Ruiz Miguel⁴¹⁸, au vu du fait qu'il s'agit de la disposition qui fonde le plus grand nombre de recours. Le débat doctrinal s'y est aussi ouvert, d'après lui, sur «*la question de savoir s'il était possible d'introduire en Espagne un système comme le système nord-américain (writ of certiorari) qui permette au Tribunal constitutionnel d'avoir un pouvoir discrétionnaire de décision en matière de recevabilité des recours, avec pour corollaire la possibilité de pouvoir contrôler le volume des affaires qu'il peut traiter (docket control)*»⁴¹⁹.

Ce faisant, nous voyons bien que les recours individuels introduits devant le juge constitutionnel pour défendre des droits ou intérêts subjectifs rendent les obligations juridictionnelles de ce dernier difficiles à mettre en œuvre, car ils participent d'une fondamentalisation subjective devant un juge constitutionnel, initialement prévu et pensé en vue d'une constitutionnalisation objective, alors même que les « DF » et les voies de recours de recours qui les garantissent auprès de lui au profit du justiciable n'empêchent pas ce processus de fondamentalisation subjective, bon gré mal gré pour le juge constitutionnel.

C'est pourquoi, face à cette complexité et cette mission quasi-impossible, les juges constitutionnels allemands et espagnols ont opté pour des solutions pragmatiques.

⁴¹⁸ Ruiz Miguel C., « l'amparo constitutionnel en Espagne : droit et politique », CCC, n°10 (Dossier : l'accès des personnes à la justice constitutionnelle), mai 2001, p. 4

⁴¹⁹ Ruiz Miguel C., « l'amparo constitutionnel en Espagne : droit et politique », CCC, n°10 (Dossier : l'accès des personnes à la justice constitutionnelle), mai 2001, p. 5

B. Les réponses pragmatiques du juge constitutionnel face à la difficulté de la fondamentalisation subjective confortées par le Législateur

Le pragmatisme du juge constitutionnel devant l'âpreté du phénomène de fondamentalisation subjective, voulue notamment par la base, c'est-à-dire les individus, et par permise les recours constitutionnels individuels est, selon nous, marqué par le fait que le juge constitutionnel préserve sa mission de constitutionnalisation objective, applicable à tous, même à l'occasion des voies de recours directes (et il est aidé en cela par le Législateur dans les deux cas) (1) et il renforce ou approfondit les conditions d'accès à son prétoire, pour laisser au juge ordinaire le soin de protéger les droits fondamentaux (2).

1. La préservation de la mission de constitutionnalisation objective même pour des requêtes de teneur subjective

S'agissant, d'abord, de l'Allemagne, la préservation de la constitutionnalisation objective face à la fondamentalisation subjective par le juge constitutionnel est marquée par le fait que le juge constitutionnel, comme nous avons déjà eu à le dire, même à l'occasion des RCD, ne s'estime pas lié par les conclusions des requérants⁴²⁰. Et, comme l'a rappelé Jean-Claude Béguin, il procède à un tri sévère des requêtes, choisit le plus souvent –pour être plus exact- lui-même celles qui donneront lieu un véritable jugement au fond, pour dégager des solutions de principe lui permettant ainsi d'opérer « *une mise à jour systématique du droit constitutionnel* » et de procéder à son développement « *à chaque fois qu'il le juge utile* »⁴²¹ ou qu'il « *réalise qu'il est nécessaire de faire évoluer le droit*

⁴²⁰ Béguin J.-C. , *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en RFA*, Economica, pp. 60, 102 et 123

⁴²¹ Béguin, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en RFA* 1982, p. 123.

constitutionnel »⁴²². Ainsi, dans les faits, à peine plus de 2, 4% des RCD ont été déclarés recevables de 1951 à 2010⁴²³.

Le parag. 90, al. 2 de la LCCF développe cette fonction objective, en prévoyant une admission des recours, pouvant faire fi du principe de subsidiarité, dès lors qu'il s'agit d'une question d'intérêt général et l'article 93 a, al. 2 rend obligatoire l'admission des recours dès lors qu'ils revêtent une importance constitutionnelle de principe.

Par conséquent, non seulement le juge constitutionnel, mais aussi le Législateur, insistent sur la mission fondamentale de constitutionnalisation objective que doit réaliser le juge constitutionnel.

Aujourd'hui, c'est encore plus visible en Espagne quant à cette insistance du Législateur sur le volet objectif de la mission du juge constitutionnel, car une réforme de la procédure d'admissibilité des recours a été introduite par la Loi organique 6/2007. Cette dernière a bouleversé la procédure d'admissibilité, car, si depuis 1980, il s'agissait d'une vérification de l'inexistence d'une cause d'inadmissibilité, dorénavant le Loi organique prévoit que le RAC intenté doit présenter « *une importance constitutionnelle* ». Maria Fraile précise, sous la décision du 2 octobre 1997, que ce n'est maintenant « *que dans cette hypothèse qu'il sera considéré comme admissible et, par conséquent, sa procédure d'examen sera poursuivie* »⁴²⁴.

Ainsi, tel que le commande l'exposé des motifs de la Loi organique 6/ 2007, « *le requérant devra alléguer et démontrer que le contenu de son recours justifie une décision sur le fond de la part du Tribunal constitutionnel à raison de son importance constitutionnelle spéciale qui sera appréciée en prenant en considération son intérêt pour*

⁴²² Schlaich K., *Cours constitutionnelles européennes et droit fondamentaux*, Economica et PUAM, 1987, p.207

⁴²³ Favoreu L., Mastor W., *Les cours constitutionnelles*, p. 80.

⁴²⁴ Fraile Maria, Observations sous la décision du TC du 2 octobre 1997, *GDCCE*, 2008, p. 751

l'interprétation de la Constitution, pour son application ou pour son efficacité générale et pour la détermination du contenu et de la portée des droits fondamentaux ». De telle sorte que, selon nous, il est dorénavant demandé au requérant espagnol de prouver que son RAC contribue à la constitutionnalisation objective du droit, c'est-à-dire, dans l'intérêt du droit, la primauté de la Constitution, applicable à tous, avec des incidences sur l'intérêt général (fondamental).

Ainsi le juge constitutionnel (en Allemagne), tout comme le Législateur (en Espagne), insiste sur la fonction objective des recours individuels directs sur le processus de constitutionnalisation pour faire face à la difficulté de la fondamentalisation subjective qu'ils permettent.

L'autre méthode utilisée par le juge constitutionnel consiste à approfondir les conditions de forme, notamment la subsidiarité, par des exigences de fond pour accéder à son prétoire.

2. L'approfondissement des conditions de forme au bénéfice de l'intervention du juge ordinaire

Ce fait est valable autant en Espagne (a), qu'en Allemagne (b).

a) L'approfondissement de la subsidiarité au bénéfice de l'intervention du juge ordinaire espagnol

Outre l'exigence, déjà remarquée, de conditions de fond d'accès au prétoire du juge constitutionnel, telles que la nature directe, actuelle ou immédiate de l'atteinte, le juge constitutionnel procède à

un approfondissement des conditions de forme au bénéfice de l'intervention du juge ordinaire.

Ainsi, le Tribunal constitutionnel insiste sur le principe de subsidiarité du recours, qu'il approfondit matériellement, afin que le juge ordinaire, considéré en l'occurrence comme le protecteur naturel des droits fondamentaux, puisse intervenir en cas de leur violation.

De fait, le principe de subsidiarité, consistant en l'épuisement préalable des voies de droit, revêt a priori un caractère formel et constitue une exigence objective. C'est pourquoi, le juge constitutionnel s'appuie sur sa dimension téléologique, sa finalité, à savoir permettre au juge ordinaire de remplir sa mission de protection des droits fondamentaux, c'est-à-dire, écrit Maria Fraile, celle « *consistant dans le fait que les juges et tribunaux doivent avoir l'opportunité effective de connaître et de protéger le droit fondamental supposé violé (arrêt 77/1999)* ». ⁴²⁵. « *Par conséquent, nous dit-elle, « il ne suffit pas qu'il y ait eu un jugement préalable ; il faut que, lors de ce jugement, les juges aient eu la possibilité effective de réparer la lésion dès que possible »*⁴²⁶. C'est ainsi que, dans la décision ATC 159/1997, le Tribunal constitutionnel met en œuvre cette exigence, non pas comme une condition de forme, mais comme une condition de fond, c'est-à-dire en vérifiant si les juges ont eu l'occasion de discuter de la violation d'un droit fondamental, et pas uniquement si le droit fondamental a été « formellement invoqué » ou s'il a été cité.

Cette jurisprudence du Tribunal constitutionnel espagnol a entraîné la modification en 2007 de l'article 44-1 c) LOTC qui remplace le verbe « invoquer » par celui de « dénoncer » (la violation d'un droit fondamental), ce qui donne une consistance supplémentaire à l'épuisement des voies de recours.

⁴²⁵ Observations sous la décision ATC 159/1997, *GDCCE*, p. 750.

⁴²⁶ *Ibid.*

Le même approfondissement se retrouve Outre-Rhin.

b) L'approfondissement de la subsidiarité au bénéfice du juge ordinaire allemand

Tout d'abord, la Cour constitutionnelle de Karlsruhe, nous dit le Professeur Armin Dittmann, insiste, au bénéfice du principe de subsidiarité des recours constitutionnels, sur le fait, en citant la Cour, que « *le requérant est obligé d'entreprendre tout ce qu'il est possible d'exiger de sa part* », afin de produire tous les arguments qu'il considère pertinents devant le juge ordinaire »⁴²⁷. De même qu'en Espagne, « *la subsidiarité, ainsi fortement soulignée* », note-il, « *marque nettement la tendance consistant à attribuer la protection des droits fondamentaux en première ligne aux tribunaux ordinaires. L'épuisement des voies de recours devrait permettre à la Cour constitutionnelle fédérale de connaître l'opinion acquise par les tribunaux ordinaires tant au regard des faits que des problèmes juridiques.* » Autrement, assure-t-il, « *le juge constitutionnel court le risque de rendre des décisions de grande portée sans disposer de fondements assurés* »⁴²⁸.

Ces éléments ont pour conséquence une bonne répartition des tâches entre le juge ordinaire et la juridiction constitutionnelle, que prévoit la Cour de Karlsruhe elle-même. Ainsi, le fait que le juge ordinaire apparaisse en première sur le terrain de la protection des droits fondamentaux facilite l'intervention du juge constitutionnel, qui, lui, pourra intervenir en aval, en se basant sur la Loi fondamentale ou sur sa jurisprudence relative aux droits fondamentaux. C'est l'analyse que confirme le Professeur Dittmann, qui estime que : « *D'une part, l'on confirme la tâche des tribunaux ordinaires « de protéger les droits fondamentaux et d'assurer leur efficacité » par rapport à la justice*

⁴²⁷ Dittman A., « Le recours constitutionnel en droit allemand », CCC, n°10, mai 2001, p. 6

⁴²⁸ Dittmann A., *Ibid.*

constitutionnelle ; d'autre part, l'examen préalable effectué par les tribunaux facilite la concentration de la Cour constitutionnelle fédérale sur le contrôle à l'aune du droit constitutionnel »⁴²⁹.

En d'autres, l'intervention en amont du juge ordinaire facilite le travail de recherche et de saisine de la fundamentalité des droits et libertés sur la base de la Loi fondamentale, à l'occasion de l'accès direct.

Ces derniers éléments nous amènent aux conclusions qu'il faut retenir du présent chapitre.

⁴²⁹Ibid.

CONCLUSION DU CHAPITRE I DU TITRE I

L'étude de l'utilisation des voies d'accès directes du justiciable au juge constitutionnel en Allemagne et en Espagne montre bien cette tendance à la dénaturation de la constitutionnalisation objective, œuvre primordiale du juge constitutionnel, en une fondamentalisation subjective, qui en est une dérivation.

L'approche binaire que retient le juge constitutionnel des droits fondamentaux, c'est-à-dire le volet double de ces derniers (objectif et subjectif), est mise en œuvre dans le cadre des voies de recours de directes par le juge constitutionnel par un pragmatisme lui permettant de faire face à ces obligations constitutionnelles, consistant en constitutionnaliser le droit au travers des droits fondamentaux, tout en s'échinant à rendre la justice pour des requêtes subjectives appelant en principe des décisions de portée relative.

Ainsi, le juge constitutionnel allemand, qui affiche clairement sa volonté de fondamentaliser le droit par la préconisation qu'il fait d'un effet de « rayonnement » global des droits fondamentaux sur l'ordre juridique de la république fédérale, indiquant, par surcroît, la voie de l'imprégnation des branches du droit par les droits fondamentaux, qui sont les clauses générales de ces branches du droit.

Il ne peut s'abstenir d'entrer dans le fond des débats des branches du droit considérées, puisqu'il s'appuie à la fois sur la doctrine de ces branches et sur les règles législatives générales qui commandent ces branches, pour mettre en évidence la fondamentale des droits et libertés dans des occurrences particulières, comme il le fait dans la décision « Cautions abusives » de 1993.

Il ouvre ainsi la porte à la multiplication des prétentions subjectives, d'autant qu'il hypostasie certains droits et libertés comme la liberté d'action et la dignité de la personne humaine, s'obligeant par

la suite à rééquilibrer la dérivation par une objectivisation du fondamental. Seulement, sa jurisprudence même, très favorable aux droits fondamentaux, favorise la demande de fondamentalisation subjective par la base et rend difficile l'acquittement de sa mission, qui est très ambitieuse.

Son homologue espagnol, ne disposant pas d'un outil lui permettant d'avoir la même ambition par le champ restreint de l'Amparo constitutionnel, se montre, quant à lui, plus mesuré et tente d'afficher une certaine rigueur lui permettant de mieux contrôler la fondamentalisation par le biais du RAC. Aucun droit fondamental n'est absolu auprès de lui, quoiqu'il ouvre une grande porte à son prétoire avec le « macro-droit » que constitue l'article 24 de la CE.

De la sorte, la fondamentalisation subjective est plus aisément descriptible en Allemagne qu'en Espagne. Le rôle des juridictions ordinaires est essentiel dans ce processus.

De fait, pour l'Espagne, comme pour l'Allemagne, la protection subjective des droits fondamentaux, c'est-à-dire des intérêts particuliers du justiciable, finalement, le processus de fondamentalisation subjective du droit incombe, avant tout, par le truchement du principe de subsidiarité, au juge ordinaire. Ce dernier doit avoir discuté de la question de la violation du droit fondamental du requérant avant l'intervention du juge constitutionnel, lequel doit se concentrer sur les questions constitutionnelles de principe. Ceci, parce qu'une fondamentalisation subjective, bien que voulue et impulsée par la base sur le fondement de la lettre de la Constitution ou des solutions jurisprudentielles que le juge constitutionnel a retenues, est difficile à réaliser devant lui, au regard du flux massif des requêtes.

Mais encore, il s'agit d'une dénaturation de sa mission de constitutionnalisation, ce que confirme l'exigence nouvelle en Espagne

qui requiert, depuis 2007, que le RAC présente une « importance constitutionnelle » pour être admissible ou encore l'obligation d'admettre une « Verfassungsbeschwerde » présentant une telle caractéristique en Allemagne.

Cela démontre que la fondamentalisation subjective du droit n'est pas l'apanage du juge constitutionnel.

Au contraire, se retrouve en première ligne le juge ordinaire, qui doit s'être fait une opinion, de même, par ailleurs, que le justiciable qui doit participer au processus en « *dénonçant* », depuis la modification de l'article 44-1 c) LOTC, la violation d'un droit fondamental auprès du juge ordinaire espagnol ou en entreprenant en Allemagne, comme le souhaite la Cour constitutionnelle de Karlsruhe « *« tout ce qu'il est possible d'exiger de sa part », afin de produire tous les arguments qu'il considère pertinents devant le juge ordinaire* ».

C'est ce qui distingue nettement le processus de constitutionnalisation objective, qui est concentré entre les mains du juge constitutionnel et la fondamentalisation subjective, qui est plus diffuse, pouvant se produire devant n'importe quel juge et occasionnant, comme nous l'a dit le Professeur Drago, « *un effet de perte de visibilité* », car elle implique la participation active du justiciable et l'existence d'une opinion acquise par les juridictions ordinaires.

Cependant, lorsqu'elle se produit devant le juge constitutionnel, elle peut atteindre une certaine profondeur. Nous allons nous y intéresser, en étudiant, de façon plus approfondie, son déroulement en Espagne.

CHAPITRE 2. L'approfondissement de la mission de fondamentatisation subjective du juge constitutionnel (étude du cas espagnol)

Avant tout, on peut remarquer, s'agissant de l'Espagne, comme l'estime le Professeur Carlos Ruiz Miguel, que : « *Quand la Constitution espagnole de 1978 a décidé d'inclure l'amparo comme protection spécifique des droits fondamentaux, l'amparo mexicain, la constitution précédente de 1931, et le recours constitutionnel allemand (Verfassungsbeschwerde) étaient très présents dans les esprits, même si ce dernier n'avait pas été beaucoup signalé par la doctrine allemande et qu'on peut penser que son modèle d'inspiration était l'amparo espagnol de la Constitution de 1931, connue dans le reste de l'Europe* »⁴³⁰.

Ainsi, même si la doctrine allemande n'ignorait pas l'existence de l'Amparo espagnol de la Constitution de 1931, elle n'établit pas, comme l'écrit le Professeur Ruiz Miguel l'inspiration de la « *Verfassungsbeschwerde* » par rapport à celui-ci. En réalité, comme l'écrit le Professeur Dittmann, « *lors de l'élaboration de la loi fondamentale en 1948/1949 ce qu'on appelait alors le recours constitutionnel individuel (individualverfassungsbeschwerde) n'avait pas été prévu. Il a été d'abord organisé en tant qu'élément de la loi simple sur la Cour constitutionnelle fédérale et n'a été introduit qu'après coup dans la Constitution en 1969. En vertu de l'article 93, alinéa 4, n°4 LF, le recours constitutionnel bénéficie depuis lors de la protection des institutions ayant un fondement constitutionnel et se trouve placé hors d'atteinte de la disposition du simple législateur* »⁴³¹.

⁴³⁰ Ruiz Miguel C., « L'amparo constitutionnel en Espagne : droit et politique », CCC n°10 (dossier : l'accès des personnes à la justice constitutionnelle), mai 2001, p. 2.

⁴³¹ Dittmann A., « Le recours constitutionnel en droit allemand », CCC n°10 (Dossier : l'accès des personnes à la justice constitutionnelle)- mai 2001, p. 2.

Cependant, le fait que le recours d'Amparo constitutionnel (RAC) de la Constitution espagnole de 1978 s'inspire du recours constitutionnel direct allemand est explicitement reconnu par la doctrine espagnole.

En effet, comme le souligne le Professeur Ruiz Miguel, « *L'article 53. 2 de la CE instaure deux mécanismes de protection des droits fondamentaux : d'une part, un recours d'amparo « ordinaire » ou « judiciaire », à la charge des tribunaux ordinaires (proche de « l'amparo » mexicain) et un recours d'amparo « constitutionnel », confié au Tribunal constitutionnel (article 161.b de la CE) dans la droite ligne de l'amparo prévu dans la Constitution de 1931 et de la Verfassungsbeschwerde allemande* »⁴³².

Or, comme le relève le Professeur Dittmann, « *par la voie du recours constitutionnel, l'individu doit pouvoir faire respecter, en dehors des possibilités de protection juridique par les différents ordres de juridiction, ses droits fondamentaux et, ainsi, participer au « combat pour le droit » dans le domaine du droit constitutionnel (...). En tant que le citoyen défend sa sphère de droits fondamentaux, il enclenche en même temps une procédure qui sert également le droit constitutionnel objectif* »⁴³³, ce qui confirme la réalisation de l'approche binaire (objective et subjective) des droits fondamentaux par le biais des voies de recours directes.

En Allemagne, le volet subjectif est renforcé par l'attachement du justiciable allemand à l'existence d'un recours de protection juridique individuelle, par la possibilité qui lui est offerte d'attaquer tout acte de la puissance publique allemande, d'où qu'il émane, et d'avoir gain de cause. Le justiciable allemand est également conscient d'une jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale particulièrement

⁴³² Ruiz Miguel C., op. cit., p. 2

⁴³³ Dittmann A., op. cit.

favorable aux droits fondamentaux, lesquels représentent les fonds baptismaux de la Loi fondamentale dont le juge de Karlsruhe est gardien. La faiblesse des chances de succès ne s'explique, d'après le Professeur Dittmann, que par le fait que « *l'action de la puissance publique est visiblement, dans la plupart des cas, et fort heureusement, en accord avec les exigences sévères de la loi fondamentale en matière de droits fondamentaux* »⁴³⁴. Il existe aussi en Allemagne une tendance à l'affermissement de la portée générale et objective des décisions rendues par la CCF sur un contrôle subjectif, qui dénote la tendance à l'objectivisation du fondamental par le juge constitutionnel allemand, usant de sa possibilité de dégager des solutions constitutionnelles de principe.

Les voies de recours directes permettent donc au juge constitutionnel de procéder à une constitutionnalisation objective, mais aussi à la fondamentalisation subjective du droit dans l'intérêt du justiciable ayant introduit le recours.

Cela implique, par conséquent, deux procédés et, si l'on développe, deux processus différents, qui sont, dans certains cas, concurrents et, dans d'autres, complémentaires. Ceci est le résultat de l'approche binaire (volet objectif et volet subjectif) des « DF » retenue par le juge constitutionnel.

Cependant, à l'occasion des voies de recours directes, le volet subjectif, c'est-à-dire le contrôle subjectif opéré par le juge constitutionnel du respect des « DF » du justiciable, et qui implique la fondamentalisation subjective, s'approfondit par rapport au volet objectif, que le juge constitutionnel peut réaliser en d'autres instances, sur renvoi du juge ordinaire ou dans le cadre du contrôle abstrait des lois. Ceci, parce que la vocation des voies de recours individuels est

⁴³⁴ Dittmann A., op. cit., p. 7

d'abord de garantir les intérêts subjectifs des particuliers, quoiqu'ils participent au « combat pour le droit ».

Ainsi, les voies de recours directes approfondissent la mission de défense des intérêts subjectifs par le juge constitutionnel et laissent une place véritable, mais incidente seulement, à sa mission de constitutionnalisation objective, laquelle tend toujours à assurer la primauté de la Constitution dans tous les domaines et veille au respect du principe de constitutionnalité.

Ainsi, en Espagne, bien que la fondamentalisation subjective soit moins large et visible qu'en Allemagne, car le RAC est strictement limité au contrôle des actes administratifs ou juridictionnels et ne s'applique pas aux lois, que son fondement (l'article 53-2 de la CE) ne concerne que les articles 14 à 30 du texte constitutionnel, elle n'est pas moins profonde si l'on déroule le processus.

Ainsi, ledit processus tend à y assigner au juge constitutionnel la mission de reconnaissance de l'atteinte subjective portée à un droit fondamental du justiciable (parmi les droits visés aux articles 14 à 30) et une mise en œuvre effective du droit fondamental au profit du justiciable (Section 1). Au point que la doctrine espagnole arrive à se demander s'il ne faudrait pas ouvrir la possibilité d'attaquer les normes générales à caractère législatif ou réglementaire par le biais du RAC, ce qui aurait pour conséquence de développer considérablement le processus de fondamentalisation par cette voie de recours (Section 2).

Section 1. La mission de reconnaissance et de réparation de l'atteinte subjective portée à un droit fondamental du justiciable

Pour savoir comment le juge constitutionnel opère dans la mise en œuvre concrète du droit fondamental d'un justiciable déterminé et, in fine, comment il participe à la fondamentalisation du droit en Espagne, nous allons tout d'abord connaître du procédé par lequel le juge constitutionnel effectue la reconnaissance de l'atteinte subjective portée au droit fondamental (PARAG. I), avant de voir comment il remplit sa mission de rétablissement du droit fondamental et de réparation du préjudice (PARAG. II).

PARAGRAPHE 1. La reconnaissance de l'atteinte subjective portée à un droit fondamental du justiciable

Dans sa mission de reconnaissance de l'atteinte subjective portée à un droit fondamental du justiciable, le juge constitutionnel espagnol constate et détermine l'atteinte subjective (A), puis la caractérise (B), souvent de façon concomitante.

A. La constatation et la détermination de l'atteinte subjective

Afin de déterminer l'atteinte subjective portée au droit fondamental d'un justiciable déterminé, le juge constitutionnel rappelle ou vise la teneur du droit fondamental considéré au regard de la jurisprudence qui l'a été établie et la confronte aux faits.

Ainsi, dans l'affaire « Isabel Preysler II »⁴³⁵, le Tribunal constitutionnel espagnol devait se prononcer sur la portée de l'article 24-1 CE conférant le droit à la protection juridique effective et sur la violation du droit à l'intimité de la vie privée protégé par l'article 18-1 de la CE.

En effet, le juge constitutionnel considère, dans sa décision, comme étant insuffisante la motivation de l'arrêt qui minore la lésion des deux droits fondamentaux, au regard des exigences de motivation incombant au juge ordinaire résultant de l'article 24-1, d'une part, et de la consistance du droit à l'intimité de la vie privée, d'autre part.

Ainsi, en rappelant sa jurisprudence, déclare-t-il, au sujet de l'article 24-1 : « *A la vue de cette jurisprudence, force est de conclure que l'arrêt contesté ne satisfait pas les exigences de motivation découlant du droit à un recours effectif (...) dans la mesure où elles portent sur la réparation d'un préjudice d'un droit fondamental, le droit*

⁴³⁵ ATC n°186/2001 du 17 septembre 2001, *GDCCE*, n°136, p. 702 sq.

à l'intimité. En effet, le Tribunal suprême a procédé à la révision du montant de l'indemnisation (...) en négligeant des données déterminantes relatives à la portée des dommages, en omettant les faits prouvés lors de la procédure (...) et en méconnaissant des critères légaux que le juge doit prendre en compte pour évaluer le dommage moral causé par l'immixtion illicite déclarée ». Le Tribunal constitutionnel insiste par suite sur la portée de l'article 24-1 (l'article 18-1 interdisant, quant à lui, les immixtions illicites dans l'intimité de la vie privée). Il le fait en ces termes : « en effet, comme l'a réitéré ce Tribunal, le manque ou l'insuffisance de motivation d'une décision judiciaire relative à un droit fondamental substantif devient lui-même lésion de ce droit (à ce sujet, l'arrêt du Tribunal constitutionnel 24/2000 du 15 février 2000, fondement juridique (considérant 4) ». Donc, le juge ordinaire lèse le droit fondamental invoqué par le justiciable s'il ne motive pas suffisamment sa décision concernant la prétendue lésion, ce, en vertu de l'article 24-1, ce qui en fait, comme l'a remarqué le Professeur Carlos Ruiz Miguel, un « macro-droit ». Le juge constitutionnel constate, par ailleurs, que le Tribunal suprême n'a pas tenu compte de l'arrêt du Tribunal constitutionnel, qui s'était déjà lui-même prononcé positivement sur l'existence d'une immixtion illicite dans l'intimité de la vie privée dans l'affaire « Isabel Preysler I » (Arrêt 115/2000).

Donc, le juge constitutionnel procède au constat de l'atteinte subjective en se fondant sur les faits déterminés par le juge ordinaire et confrontés à sa jurisprudence. Il procède lui-même à son analyse en rappelant les faits afin de déterminer une violation double des « DF », tirée et de l'article 24-1 et de l'article 18-1. Il aurait même pu, dans cette décision, se contenter de déterminer l'atteinte subjective sur le fondement de l'article 24-1 seulement, qui, si l'on suit son raisonnement, est un « macro-droit » dont la méconnaissance ou la négligence occasionne incidemment la lésion d'autres droits

fondamentaux substantifs. Mais, il préféra, dans cet arrêt, aussi se fonder sur l'article 18-1 pour régler l'affaire lui-même, pour éviter d'avoir à renvoyer à nouveau l'affaire devant le Tribunal suprême. Ceci entraîna deux opinions dissidentes, de nombreuses critiques et des frictions entre le Tribunal suprême et le Tribunal constitutionnel, car le premier considéra, en l'occurrence, que le second avait empiété sur son domaine de compétence en réglant lui-même des questions de « stricte légalité »⁴³⁶.

Après avoir déterminé l'atteinte subjective, aussi le juge constitutionnel espagnol s'attèle-t-il à la caractériser.

B. La caractérisation de l'atteinte subjective

Le juge constitutionnel caractérise ordinairement la lésion d'un droit fondamental en soulignant sa gravité ou son caractère manifeste, surtout en démontrant de telles caractéristiques.

Il caractérise ainsi l'atteinte au droit fondamental de la requérante dans l'Affaire « Isabel Preysler II », par la non prise en compte par le Tribunal suprême de l'arrêt rendu par le juge constitutionnel dans l'« Affaire Isabel I », par la négligence des exigences posées en vertu de l'article 24-1 et en soulignant l'éloignement du juge ordinaire par rapport aux exigences constitutionnelles. Il le fait en ces termes : « *Etant donné que l'arrêt contesté sur la base d'un recours d'amparo ne considère pas, même après le jugement opéré par l'arrêt du Tribunal constitutionnel 115/2000, que la révélation de tels éléments ait pu constituer une immixtion illégitime dans l'intimité personnelle et familiale de la requérante en amparo, et que cet arrêt minore à nouveau le préjudice souffert par le droit fondamental sur la base du prétendu « caractère insignifiant » de quelques phrases du reportage publié dans la revue*

⁴³⁶Cf. Observations de Maria Fraile sous la décision « Isabel Preysler II », *GDDCE*, sous la direction de P. Bon et D. Maus, Dalloz, *Grands Arrêts*, p. 709

Lecturas, cet arrêt réalise une interprétation qui, loin de réparer le droit lésé, porte à nouveau préjudice au droit à l'intimité (article 18-1 de la Constitution espagnole), minorant ainsi l'efficacité juridique de la situation subjective déclarée dans notre précédent arrêt ».

Ce faisant, la lésion du droit fondamental de la requérante se caractérise, in fine, par la minoration de l'efficacité juridique de la situation subjective de la requérante que le juge constitutionnel avait reconnue dans un premier temps, d'une part, et, d'autre part, par la négligence des obligations de motivation nées de l'article 24-1 de la CE par le juge ordinaire.

La caractérisation et la détermination de l'atteinte subjective portée au droit de la requérante l'appelle ensuite à sa mission de rétablissement du droit fondamental et de réparation du préjudice.

PARAGRAPHE 2. Le rétablissement du droit fondamental du justiciable et la réparation du préjudice

Pour tout juriste kelsénien classiquement habitué aux fonctions objectives du juge constitutionnel, si le rétablissement du justiciable dans son droit fondamental est une tâche qui paraît logique dans le cadre d'un recours individuel (A), la mission de réparation du préjudice, notamment moral, et la fixation d'indemnités pécuniaires a priori semble plus inédite (B).

A. Le rétablissement du justiciable dans son droit fondamental.

La fonction de rétablissement du droit fondamental par le RAC est primordiale dans la conception même du recours. Il s'agit, à titre subjectif, de rétablir le justiciable dans son droit fondamental qui a été lésé.

Ainsi, cette fonction paraît logique et participe du processus de fondamentalisation subjective. D'ailleurs, le Professeur Carlos Ruiz Miguel nous dit que la « *thèse majoritaire* », en Espagne, « *construit l'amparo autour du « rétablissement » du droit (caractère réparateur)* »⁴³⁷.

En effet, le Constituant aurait pu se contenter d'assigner au juge constitutionnel la mission de constatation et de caractérisation de l'atteinte subjective d'un droit fondamental du justiciable et laisser au juge ordinaire le soin de rétablir et/ou de réparer la lésion.

Le rétablissement du droit fondamental peut, ainsi, être suffisamment opéré par une simple annulation de la décision ou de la mesure faisant l'objet du RAC. Cela se conçoit très bien en matière pénale, où l'annulation d'une condamnation pour méconnaissance des

⁴³⁷ Ruiz Miguel C., op. cit., p. 6

droits fondamentaux procéduraux ou une insuffisance de motivation suffit à rétablir le justiciable dans son droit fondamental.

Cependant, dans les autres cas, la question se poserait de savoir suivant quels critères le droit fondamental serait rétabli par le juge ordinaire, s'il n'existe pas une jurisprudence du Tribunal constitutionnel.

Ainsi, il incombe donc au juge constitutionnel de rétablir le droit fondamental selon la jurisprudence qu'il a lui-même établie.

Une simple annulation de décision peut suffire, mais il arrive que le juge constitutionnel aille bien au-delà, ce qu'on lui reproche parfois, en réparant lui-même le préjudice.

B. La réparation du préjudice du justiciable par le juge constitutionnel.

La réparation du préjudice par le juge constitutionnel est une question qui appelle souvent des commentaires et de nombreuses critiques, notamment par certains membres du Tribunal constitutionnel qui ont émis des opinions dissidentes à l'occasion de l'affaire « Isabel Preysler II ».

Ceci, parce que le préjudice matériel ou moral est souvent considéré comme étant une question de « stricte légalité »⁴³⁸ et constitue une source de conflits entre le juge ordinaire et le juge constitutionnel espagnols.

En effet dans l'arrêt « Isabel Presley II », le juge constitutionnel fit valoir que le Tribunal suprême avait déjà eu à connaître à deux reprises de cette affaire, qu'un nouveau renvoi entraînerait une durée

⁴³⁸ Observations de Maria Fraile sous la décision « Isabel Preysler II », *GDDCE*, p. 709

de la procédure trop longue qui « *rendrait illusoire* » la réparation du dommage causé. Il annule, donc, la décision par laquelle le Tribunal suprême lui accordait une réparation symbolique en raison de sa notoriété⁴³⁹ (environ 150 euros) et fixe le montant à la somme que lui avait accordée l'Audience provinciale (environ 60 mille euros).

Cette fonction de réparation du préjudice est une source de conflits entre les organes juridictionnels⁴⁴⁰.

Une simple annulation et un renvoi de l'affaire devant le juge ordinaire, comme c'est souvent le cas dans les instances pénales, devant suffire pour ceux qui s'y opposent. Et, quand cela arrive que le juge constitutionnel empiète dans le domaine du juge pénal, cela « *donne lieu* », nous dit Maria Fraile⁴⁴¹ « *à de nombreux commentaires doctrinaux* » et à « *des opinions séparées émises par des membres du Tribunal constitutionnel* » et, évidemment entraîne « *la méfiance du Tribunal suprême* » et des « *frictions* » entre les deux juridictions.

Cela prouve combien s'approfondit la fondamentalisation subjective du droit par le biais du RAC en Espagne, laquelle peut aller de la simple constatation de l'atteinte subjective du droit fondamental du justiciable à la réparation du préjudice moral causé par cette atteinte.

Cet approfondissement du processus va de pair avec ses demandes d'élargissement aux normes générales de caractère législatif ou réglementaire.

⁴³⁹ Isabel Preysler est connue pour avoir été la première femme du chanteur Julio Iglésias, ensuite pour ses relations avec des personnalités du monde public. Une employée avait révélé certains aspects de sa vie privée dans un reportage publié ensuite dans la Presse dite « *people* », d'où son action en justice.

⁴⁴⁰ Voir en ce sens Fraile M., op. cit.

⁴⁴¹ Fraile M., op cit.

Section 2. Le débat portant sur l'extension du RAC aux normes générales

Il faut distinguer le débat portant sur l'application du RAC aux normes générales de caractère réglementaire, qui a été progressivement clos par le Tribunal constitutionnel (PARAG. I) et le débat portant sur l'application du RAC aux lois, qui, aujourd'hui, est largement ouvert (PARAG. II).

PARAGRAPHE 1. L'application du RAC aux normes générales à caractère réglementaire

La question de l'application de l'Amparo constitutionnel aux normes générales à caractère réglementaire a été progressivement résolue par le Tribunal constitutionnel (A), mais demeure toujours débattue (B).

A. Une question progressivement résolue par le Tribunal constitutionnel

La question de savoir si une norme générale à caractère réglementaire pouvait être attaquée par le biais d'un amparo constitutionnel a été progressivement résolue par le juge constitutionnel espagnol.

Au départ, c'est-à-dire en 1982⁴⁴², le Tribunal constitutionnel mettait en avant le fait que : *« L'objet et la fonction du recours d'amparo (...) sont, entre autres, des raisons qui mettent en évidence le fait que ces requêtes directes en contestation sont non recevables à l'encontre de dispositions générales et, dès lors, de dispositions réglementaires »*⁴⁴³.

Ainsi, ces dispositions recevaient le même traitement que celui que le Tribunal constitutionnel réserve aux lois.

Cependant, il modifia par la suite sa jurisprudence en établissant une distinction entre les règles qui ne sont pas formellement des normes générales et sont ainsi appelées « règlements d'auto-application » ou encore « règlements particuliers » et admit par là que le justiciable puisse les contester par le biais du RAC⁴⁴⁴, d'une

⁴⁴² STC 40/1982 du 30 juin 1982.

⁴⁴³ STC 40/1982 préc.

⁴⁴⁴ STC 9/1986 du 21 janvier 1986.

part. D'autre part, le Tribunal constitutionnel fit évoluer sa jurisprudence en ce qui regarde les règlements portant bien leur nom, c'est-à-dire les règlements qui, matériellement, sont des normes générales. Il admit, d'abord, les recours et, en cas de recevabilité, il annulait simplement les actes d'application de ces règlements en laissant le soin à l'ordre administratif d'annuler la norme de caractère général. Ensuite, en 1990, il annula lui-même plusieurs règlements généraux qui, matériellement, étaient des normes générales⁴⁴⁵.

Cette évolution fut saluée par une bonne partie de la « *doctrine scientifique* », mais critiquée dans le raisonnement⁴⁴⁶.

B. Une question toujours débattue en Espagne

Le premier aspect du débat sur l'évolution jurisprudentielle du Tribunal constitutionnel qui va dans le sens du raisonnement du juge, tient au fait que c'est une solution « *guidée par le principe de l'effectivité (ce que la jurisprudence communautaire appelle « l'effet utile »)*, selon le Professeur Miguel⁴⁴⁷.

Or, précise-t-il cela « *bouleverse non seulement le principe de répartition des compétences entre la juridiction ordinaire et la juridiction constitutionnelle, mais aussi la nature même de la fonction judiciaire dans l'Etat constitutionnel européen continental* »⁴⁴⁸.

De fait, à quoi servirait le juge administratif si le juge constitutionnel annule lui-même à la fois les actes administratifs individuels et les règlements de portée générale, dès lors qu'ils portent atteinte à l'un des droits fondamentaux prévus aux articles 14 à 30 de la CE ? La question mérite largement d'être posée, d'autant que les

⁴⁴⁵ STC 7/1990 du 18 janvier 1990 ; STC 32/1990 et 61/1990.

⁴⁴⁶ Ruiz Miguel C., « l'amparo constitutionnel en Espagne : droit et politique », op. cit., p. 5

⁴⁴⁷ Op. cit.

⁴⁴⁸ Op. cit.

règlements sont le plus souvent adoptés en exécution des lois, et les tribunaux administratifs sont chargés d'annuler les règlements illégaux. Et, on sait qu'en Espagne le droit le plus invoqué dans le cadre du RAC, après celui de l'article 24 relatif à la protection juridique effective, est le droit à l'égalité devant la loi prévue à l'article 14⁴⁴⁹, d'où les propositions de suppression de ces deux articles du champ du recours, ne serait-ce que pour désengorger le Tribunal constitutionnel et empêcher que le RAC ne soit amplement dirigé, comme le souligne le Professeur Miguel⁴⁵⁰, contre les juges.

Cela dit, la question la plus débattue en Espagne demeure celle de l'application du RAC aux lois, car, au vu, du raisonnement adopté par le Tribunal à propos des normes générales à caractère réglementaire, rien n'empêcherait, intellectuellement, non pas peut-être juridiquement, d'appliquer le RAC aux lois, notamment aux lois qu'on qualifie de « particulières ».

⁴⁴⁹ Ruiz Miguel C., op. cit. p. 6

⁴⁵⁰ Ruiz Miguel C., op. cit. p. 8

PARAGRAPHE 2. Le débat ouvert de l'application du RAC aux lois

La question de l'application du RAC aux lois s'est posée avec l'existence de lois « particulières » démontrée par l'affaire Ruiz Mateos (A), ce qui entraîna le débat sur l'extension du recours à ce type de lois (B).

A. L'existence de lois « particulières » : l'affaire « Ruiz Mateos », point de départ du débat

Le problème de l'application du recours d'Amparo constitutionnel aux lois s'est posé à partir de 1983 en Espagne, quand fut adoptée une loi qui, de fait, était destinée à exproprier le propriétaire d'un des principaux groupes économiques espagnols (Ruiz Mateos), au lieu de lui appliquer les règles d'expropriation prévues dans le cadre général.

La Cour européenne des droits de l'Homme, qui aura finalement à connaître de l'affaire en 1993 (toutes les questions d'inconstitutionnalité ayant été rejetées par le Tribunal madrilène⁴⁵¹), a développé le point de vue le plus clair sur ce sujet, qui, par ailleurs, l'a amenée à considérer que l'article 6 paragraphe 1 de la CEDH relatif au droit à un procès équitable était applicable aux procédures constitutionnelles (Monsieur Ruiz Mateos n'ayant pas pu présenter des observations devant le Tribunal constitutionnel, alors que l'avocat de l'Etat le pouvait).

Ainsi, réfutant l'argument de l'objectivité du contentieux que l'Etat espagnol avançait, la Cour de Strasbourg, qui rend bien compte de la complexité de l'affaire, reconnut que : « *En l'occurrence, les instances civiles et constitutionnelles apparaissaient même tellement imbriquées qu'à les dissocier on verserait dans l'artifice et l'on*

⁴⁵¹ STC 166/1986 du 19 décembre 1986 et STC 6/1991 du 15 janvier 1991.

affaiblirait à un degré considérable la protection des droits des requérants. La Cour rappelle qu'en suscitant des questions d'inconstitutionnalité, ces derniers utilisaient l'unique moyen –indirect– dont il disposait pour se plaindre d'une atteinte à leur droit de propriété : la voie du recours d'amparo ne s'ouvre pas dans le domaine de l'article 33 de la Constitution espagnole »⁴⁵².

Ainsi, outre le champ d'application du RAC limité aux articles 14 à 30 et non ouvert à l'article 33 relatif au droit de propriété, l'affaire « Ruiz Mateos » posa clairement le débat en Espagne de la possibilité d'intenter un RAC en cas d'existence de lois « particulières ».

B. La consistance constitutionnelle du débat de l'application du RAC aux lois

Tout d'abord, dans le cas de l'existence d'une loi particulière, les auteurs favorables à la possibilité d'intenter un RAC à son encontre⁴⁵³ soutiennent qu'il convient d'abord d'admettre la constitutionnalité de ce type de lois et de résoudre ensuite le problème en ouvrant la possibilité d'intenter un RAC contre elles.

Ceux qui y sont défavorables⁴⁵⁴ avancent l'argument de l'inconstitutionnalité des lois « particulières », notamment en vertu de l'article 14 de la CE, qui prévoit le principe d'égalité devant la loi et donc le fait qu'elles ne devraient tout simplement pas exister.

Cependant, le Professeur Ruiz Miguel va plus loin en estimant qu'« *en tout état de cause, et indépendamment du fait qu'une décision du Tribunal n'ait annulé une loi dans le cadre d'une procédure*

⁴⁵² CEDH, 23 juin 1993, Ruiz-Mateos, n°12952/87, AJDA 1994. 16, chronique J.-F. Flauss.

⁴⁵³ Montilla Martos J. A., « Défense judiciaire versus loi particulière d'intervention », *Revue espagnole de droit constitutionnel*, n°40, 1994, p. 294 sq. ; Cruz Villalon P., « La curiosité du juriste perse et autres études sur la Constitution », CEPC, Madrid, 1999, p. 495 sq.

⁴⁵⁴ Ruiz Miguel C., op. cit. 5 ; Carl Schmitt, *Le recours d'amparo constitutionnel : nature juridique, caractéristiques actuelles et crise*, Centre d'études constitutionnelles, Madrid, 1987, p. 30

d'amparo »⁴⁵⁵, « l'argumentation du Tribunal en vue de juger dans le cadre du RAC les règlements administratifs généraux est applicable en substance à cette autre norme générale appelée loi »⁴⁵⁶.

Ainsi, la même évolution jurisprudentielle qui a amené le juge constitutionnel à accepter la recevabilité des RAC dirigés contre les règlements généraux pourrait conduire à accueillir les RAC dirigés contre les lois.

Le problème de cette énonciation réside, selon nous, dans le fait que pour contrôler une loi dans le cadre du RAC, il faudrait bien que le juge constitutionnel dispose d'un fondement textuel qui l'y habilite, or ce fondement textuel n'existe pas. Et le Tribunal constitutionnel outrepasserait largement ses compétences, s'il s'aventurait à contrôler des lois par le biais du RAC, même lorsqu'il s'agit de lois « particulières » sans fondement textuel, a fortiori pour ce qui touche aux lois générales.

Cependant, rien n'empêche une réforme constitutionnelle tendant à ouvrir la possibilité d'intenter un RAC contre les lois, la « Verfassungsklage » peut bien être dirigée en Allemagne contre une loi, ce qui d'ailleurs rapprocherait plus encore les deux systèmes et entraînerait une expansion du processus de constitutionnalisation en Espagne et, subséquemment, le processus de fondamentalisation qui en dérive.

⁴⁵⁵ Ruiz Miguel C., *ibid.*

⁴⁵⁶ *Ibid.*

CONCLUSION DU SECOND CHAPITRE DU PREMIER TITRE

L'étude du cas espagnol dépeint, en profondeur, les procédés par lesquels le juge constitutionnel fondamentalise le droit au bénéfice des particuliers, que sont la détermination et la constatation de l'atteinte subjective portée à un droit fondamental du justiciable, la caractérisation de l'atteinte, le rétablissement du justiciable dans son droit fondamental, qui, dans certains cas, débouchent, comme dans l'affaire « Isabel Preysler II » de 2001 sur la réparation du préjudice, en l'occurrence, moral que le justiciable a subi.

Ces procédés montrent bien comment le processus de fondamentalisation subjective, c'est-à-dire opéré au bénéfice d'un justiciable déterminé, se démarquent et se distinguent des procédés utilisés par le juge constitutionnel dans son œuvre de constitutionnalisation objective étudiée dans la première Partie.

En effet, à travers le RAC, le juge constitutionnel procède à la mise en œuvre subjective de la fondamentalité des droits d'un justiciable, au regard de sa situation particulière et procède à un contrôle subjectif des actes administratifs ou juridictionnels applicables au justiciable.

Surtout, l'étude approfondie de l'Espagne montre la clef utilisée par le juge constitutionnel pour opérer cette fondamentalisation subjective. Elle se trouve à l'article 24 de la CE relatif au droit à la protection juridique effective, qui commande, selon la jurisprudence constante du Tribunal, mise en œuvre notamment dans la décision ATC n°186/2001, de sévères exigences au juge ordinaire en matière de motivation des décisions de justice. Faute de respecter ces exigences, le juge ordinaire lèse incidemment le justiciable dans le droit fondamental dont il demande la protection, d'où la démultiplication des recours d'Amparo constitutionnel sur le fondement de cet article.

L'étude de l'Espagne montre également comment le juge constitutionnel a tendance à empiéter sur le domaine du juge ordinaire dans son œuvre de fondamentalisation en lui disputant des questions de « stricte légalité », notamment l'estimation du préjudice moral d'un requérante en Amparo opérée par le juge ordinaire et insuffisamment motivée selon le Tribunal constitutionnel. Ce dernier reproche au juge ordinaire cette insuffisance, en l'accusant, de surcroît, de léser le justiciable dans le droit fondamental dont il demandait la réparation pour des faits intervenus dans la sphère *inter privatos*.

En outre, l'évolution jurisprudentielle du Tribunal constitutionnel, de 1982 à 1990, sur la question de la possibilité de contester les règlements généraux par le biais du RAC, en étant tout d'abord partie de la possibilité de contester les règlements dits « particuliers » ou d'auto-application, a naturellement ouvert le débat de la possibilité de contester des lois dites « particulières » en cas d'existence de celle-ci, l'Affaire « Ruiz-Mateos » a eu pour effet de légitimer et de soulever le débat. Cela, parce que le raisonnement progressif qui a amené le Tribunal constitutionnel à annuler des actes généraux de nature réglementaire est intellectuellement applicable aux lois, notamment, et a fortiori, quand il s'agit de lois « particulières ».

Cependant cette fondamentalisation subjective (laquelle peut voir le juge constitutionnel réviser le montant du préjudice moral fixé par le juge ordinaire en se basant sur sa jurisprudence après une première connaissance de l'affaire ou bien qui peut voir le juge constitutionnel annuler autant les actes administratifs individuels que les actes administratifs généraux) pose, de fait, le problème de la répartition des compétences juridictionnelles. De plus, elle soulève la question de l'utilité même du juge ordinaire, si ce n'est d'être en première ligne sur le terrain de la garantie des droits. Ce qui a pour conséquence de mettre en évidence le lien hiérarchique fonctionnel qui

existe entre la justice ordinaire et la justice constitutionnelle à travers l'accès direct du justiciable au juge constitutionnel.

Ainsi, l'approfondissement de la fondamentalisation subjective en Espagne révèle bien la dénaturation de la constitutionnalisation objective par les voies d'accès directes, constitutionnalisation qui demeure toutefois un processus notable par le biais de ces voies de recours, dont le volet objectif tendra à s'affermir en Espagne avec la réforme de 2007 demandant, dorénavant, aux requérants de démontrer que leur recours présente une « importance constitutionnelle ».

CONCLUSION DU PREMIER TITRE

La « Verfassungsbeschwerde » en Allemagne, tout comme le recours d'Amparo constitutionnel en Espagne, ont été prévus pour être des garanties spécifiques des droits fondamentaux dans ces deux pays, mises à la disposition du justiciable, qui peut en user pour faire valoir ces derniers. Aussi, ces voies de recours ont été conçues pour être des instruments de protection juridique individuelle du justiciable.

Cependant, ces voies d'accès directes, bien que répondant aux nouvelles exigences de l'Etat de droit érigé dans ces pays, devaient revêtir un caractère extraordinaire en principe, ce qui n'a pas été le cas et ne l'est toujours pas, les statistiques étant édifiantes à ce sujet (96, 44% des recours introduits devant la Cour constitutionnelle de Karlsruhe de 1951 au début de l'année 2010 ont été des recours constitutionnels directs et 7 663 recours sur un total de 7 878 devant le Tribunal constitutionnel ont été des RAC pour l'année 2014). Ce qui démontre bien que ces recours ne revêtent pas, en pratique, un caractère extraordinaire, et même ont été banalisés par le justiciable.

Ce dernier s'engouffre, en effet, dans les portes les plus ouvertes devant le juge constitutionnel (liberté d'action et dignité de la personne humaine en Allemagne, l'article 24 relatif au droit à la protection juridique effective en Espagne) pour aboutir au juge constitutionnel et faire valoir ses prétentions subjectives devant lui. Le juge, quant à lui, a développé une jurisprudence favorable aux prétentions subjectives. La Cour de Karlsruhe recherche, elle-même, comme dans les arrêts « Lüth » de 1958 et « Cautions abusives » de 1993 un effet de « rayonnement » global des droits fondamentaux sur l'ordre juridique allemand et une imprégnation de toutes les branches du droit par ces derniers à travers les clauses générales gouvernant ces branches du droit. L'hypostasie de certains droits, comme la liberté d'action dans la

décision « Elfes » de 1957⁴⁵⁷ et la dignité de la personne humaine, « plus haute valeur de l'ordre constitutionnel » allemand dans la décision « Prison à vie » de 1977⁴⁵⁸ légitime les prétentions subjectives et la fondamentalisation subjective du droit, d'abord, voulue par la base, c'est-à-dire par le justiciable. De même que l'Amparo constitutionnel permet cette fondamentalisation au bénéfice des intérêts particuliers, dans son champ restrictif d'application, qui n'empêche cependant pas la fondamentalisation des rapports juridiques en Espagne. Bien que le juge constitutionnel espagnol fasse montre de moins d'absolutisme que son homologue allemand, les incidences de ces voies de recours spécifiques sont les mêmes sur le processus de constitutionnalisation, à savoir une dérivation tendant à une fondamentalisation subjective, qu'elles permettent, d'ailleurs, étant des instruments de protection juridique individuelle. Et, quoique le justiciable, en usant de la voie de recours spécifique participe au « combat pour le droit » qu'est la constitutionnalisation objective, son but et ses prétentions, pris dans le cas général, tendent à dénaturer ce processus en le faisant muter en une fondamentalisation subjective.

Le juge constitutionnel, dont la jurisprudence va au-delà du texte constitutionnel en Allemagne, mais aussi en Espagne où nous vu qu'il pouvait réviser le montant fixé par le juge ordinaire pour la réparation du préjudice moral subi par une requérante en Amparo, permet et accepte donc qu'il y ait une fondamentalisation subjective du droit devant lui. Mais sa mission deviendrait une mission impossible s'il devait s'appesantir sur toutes les requêtes subjectives et donner une réponse à chacune d'elles.

C'est pourquoi, il fait preuve de pragmatisme pour faire face à la banalisation des procédures et à la fondamentalisation subjective permise, mais difficile devant lui, d'où l'approfondissement qu'il fait du

⁴⁵⁷ BVerfGE, 6, 32, Elfes

⁴⁵⁸ CCF, 21 juin 1977, préc.

principe de subsidiarité, afin que le juge ordinaire soit en première ligne dans la protection des droits fondamentaux. En même temps, il préserve sa mission de constitutionnalisation objective pour que le droit constitutionnel soit en permanence à jour, en vue de lui permettre de se prononcer sur les recours présentant une « importance constitutionnelle ».

Ce faisant, outre sa surcharge (qui s'avère évidente au vu de sa promesse ou de son ambition juridictionnelle) et le fait que sa mission ne consiste plus seulement en une œuvre de constitutionnalisation objective, mais bien plutôt en une œuvre de fondamentalisation subjective impulsée par les prétentions subjectives du justiciable et facilitée par les dérivations subjectives du juge constitutionnel lui-même par sa tendance à discuter de questions de « stricte légalité » ou de doctrine de droit infra-constitutionnel avec le juge ordinaire afin de déterminer ou de saisir le « fondamental » dans l'intérêt des particuliers, le juge constitutionnel voit ainsi naître, de façon évidente, un lien hiérarchique fonctionnel entre lui et le juge ordinaire à travers les voies d'accès directes à son prétoire.

Cette fonction de défense spécifique des intérêts particuliers, que jouent le RAC en Espagne et le RCD en Allemagne, laisse donc une place véritable, mais incidente seulement au processus de constitutionnalisation objective, et s'approfondit en se déroulant en tant qu'une œuvre de fondamentalisation subjective, dont il faut maintenant analyser les conséquences.

TITRE II. LES CONSEQUENCES DE LA DERIVATION DE LA CONSTITUTIONNALISATION OBJECTIVE EN FONDAMENTALISATION SUBJECTIVE

Le phénomène de fondamentalisation, qui revêt des caractéristiques très subjectives, en ce sens qu'il vise à la défense des intérêts particuliers du justiciable, pouvant se dérouler devant n'importe quel juge, qu'il s'agisse des juges ordinaires, des juges européens ou du juge constitutionnel (auprès de qui elle est légitimée par les voies d'accès directes au titre des droits), produit, en effet, comme l'écrit le Professeur Drago, « *un effet de perte de visibilité* »⁴⁵⁹, qui est marqué « *par le désordre* »⁴⁶⁰, ceci, parce que la « *notion de droits fondamentaux traverse la hiérarchie des normes* »⁴⁶¹.

De même, puisque le processus et les voies d'accès directes qui le légitiment devant le juge constitutionnel (lequel discute de questions de légalité et de doctrine de droit infra-constitutionnel avec le juge ordinaire) entraînent une relation hiérarchique fonctionnelle entre lui et le juge ordinaire, le juge constitutionnel va avoir tendance à se comporter en Cour de supercassation ou super-Cour de cassation tant en Allemagne qu'en Espagne, voire tout simplement en cours suprême (CHAP. I). Mais puisque les juges européens, notamment la Cour européenne de Strasbourg prend place dans le processus de fondamentalisation par la défense des droits subjectifs des particuliers contre les Etats, cela oblige le juge constitutionnel à participer à la circulation des solutions juridiques, tant nationales que supranationales (CHAP. II). Tout ceci s'explique par le caractère diffus du processus de fondamentalisation, marqué « *par la différenciation et encore par le désordre* »⁴⁶².

⁴⁵⁹ Drago G., « Les droits fondamentaux entre juge administratif et juges constitutionnels et européens. », *Revue mensuelle du JurisClasseur-Droit administratif*, juin 2004, p. 7.

⁴⁶⁰ Drago G., op. cit. p. 7

⁴⁶¹ Drago G., op. cit.

⁴⁶² Ibid.

CHAPITRE 1. La tendance des cours constitutionnelles à devenir des cours suprêmes

Les cours constitutionnelles, en Allemagne comme en Espagne, ont tendance à se comporter en cours suprêmes par le truchement des voies d'accès directes, ce qui confirme la tendance à la dénaturation de leur mission originelle par l'usage fait de ces voies de recours (Section 1), car, en leur absence, comme c'est le cas en Italie et en France, les cours constitutionnelles sont dans l'impossibilité de se comporter en cours suprêmes (Section 2).

Section 1. Une tendance à la suprématie en Allemagne
et Espagne, preuve de l'incidence de dénaturation induite
par l'accès direct

La tendance des cours constitutionnelles allemande et espagnole à se comporter en cours suprêmes est impliquée par l'usage majoritaire des voies d'accès directes à l'encontre de décisions juridictionnelles définitives (PARAG. II). Ce fait n'est pas sans incidence sur le fonctionnement des cours et sur l'attachement des Allemands et des Espagnols à ces voies de recours (PARAG. II).

Paragraphe 1. Une tendance impliquée par l'usage majoritaire des voies de recours directes contre les décisions juridictionnelles définitives

L'usage majoritaire des voies de recours directes contre les décisions juridictionnelles définitives s'explique par le principe de subsidiarité des recours (A), lequel donne l'occasion au juge constitutionnel de se comporter en super-Cour de cassation et de rendre des décisions ayant un effet d'importance sur tout l'ordre juridique (B).

A. Une tendance expliquée par le principe de subsidiarité des recours

Nous allons, dans un premier temps, nous intéresser à l'usage majoritaire du recours constitutionnel direct contre les décisions juridictionnelles définitives en Allemagne (1), avant de procéder au même constat en Espagne s'agissant de l'Amparo constitutionnel (2).

1. L'usage de la « Vergassungsbeschwerde » à l'encontre des décisions définitives en Allemagne

L'usage majoritaire du recours constitutionnel direct contre les décisions juridictionnelles définitives en Allemagne est impliqué par le principe de subsidiarité du recours, qui consiste, comme nous le savons, en l'épuisement des voies de recours ordinaires.

En effet, comme nous l'indique le Professeur Dittmann, « *Avant l'introduction d'une requête, les voies de recours existantes devant les tribunaux ordinaires doivent être épuisées (parag. 90, al. 2 LCCF)* »⁴⁶³. « *En règle générale, dit-il, «les recours constitutionnels ne sont recevables qu'à l'encontre des décisions rendues en dernier ressort ou*

⁴⁶³ Dittmann A., « Le recours constitutionnel en droit allemand », op. cit., p. 6

contre les décisions définitives dans le cadre de procédures de protection juridique provisoire »⁴⁶⁴, la seule atténuation étant le cas où le requérant a omis d'introduire un recours ordinaire possible dans les délais requis.

De fait, le principe de subsidiarité oblige le justiciable allemand à user du recours constitutionnel direct à l'encontre des décisions juridictionnelles définitives. « *En fait, comme l'ont souligné les professeurs Favoreu et Mastor, « les actes administratifs et surtout les actes juridictionnels représentent l'essentiel du contentieux ainsi porté devant la Cour. Dans la majeure partie des cas, ce recours permet aux individus de contester la constitutionnalité du jugement d'un Tribunal suprême. La plupart des recours constitutionnels sont dirigés contre les jugements des tribunaux fédéraux « donc rendus en troisième instance » (...). La Cour devient ainsi une sorte de juridiction suprême chargée d'imposer une interprétation uniforme des règles constitutionnelles à l'ensemble des tribunaux supérieurs allemands, ce qui lui permet d'exercer une influence décisive sur l'ensemble du droit allemand, y compris le droit civil et le droit pénal (...)* »⁴⁶⁵.

Le même constat se retrouve sensiblement se retrouve en Espagne.

2. L'usage du RAC « contre les juges » en Espagne

Le principe de subsidiarité, c'est-à-dire l'épuisement des voies de recours ordinaire (que sont l'appel et la cassation) est obligatoire pour le justiciable espagnol en vertu de l'article 44.1 a) LOTC.

A ce sujet, le Professeur Carlos Ruiz Miguel remarque que : « *L'origine des recours d'amparo est majoritairement judiciaire (seuls trois recours ont eu pour origine des actes particuliers du Parlement) et*

⁴⁶⁴ Dittmann A., op. cit.

⁴⁶⁵ Favoreu L., Mastor W., *Les cours constitutionnelles*, Dalloz, 2001, p. 117

parmi ceux d'origine judiciaire prédominent ceux émanant de la juridiction pénale (42%), ceux émanant de l'ordre civil et du contentieux administratif étant les suivants par importance (20%) et pour le reste, il s'agit de cas de l'ordre social ou militaire »⁴⁶⁶.

On remarquera, comme nous l'avons vu dans l'affaire « Isabel Preysler II » que l'usage du RAC « *contre les juges* » découle, en Espagne, des sévères exigences de motivation des décisions juridictionnelles posées par le Tribunal constitutionnel sur le fondement de l'article 24-1 CE relatif au droit à la protection juridique effective, lequel fonde 80% des recours selon le Professeur Ruiz Miguel⁴⁶⁷. Ceci, parce que l'insuffisance de motivation au titre de l'article 24 occasionne, d'après le Tribunal constitutionnel, une lésion incidente du droit fondamental substantif dont se prévaut le justiciable⁴⁶⁸.

De plus, d'après le Professeur Ruiz Miguel⁴⁶⁹, la prédominance de la matière pénale découle de la possibilité de suspendre l'exécution des décisions juridictionnelles au cas où un RAC est introduit, ce, en vertu de l'article 56.1 LOTC. En principe, seul le Tribunal constitutionnel a la possibilité d'ordonner la suspension de l'exécution de la décision. Mais le justiciable, dans l'attente du prononcé de la décision sur la recevabilité, va se tourner vers le juge ordinaire, pour lui dire qu'un RAC a été introduit, et il arrive souvent, dans de tels cas, nous dit le Professeur Miguel⁴⁷⁰, que le juge ordinaire suspende l'exécution de la décision de condamnation, en attendant que le Tribunal constitutionnel se prononce sur la recevabilité, comportement qui surcharge considérablement le Tribunal constitutionnel.

⁴⁶⁶ Ruiz Miguel C., « L'amparo constitutionnel en Espagne : droit et politique », op. cit. p. 6

⁴⁶⁷ Ruiz Miguel C., op. cit., p. 6

⁴⁶⁸ Cf., Affaire « Isabel Preysler II », ATC 186/2001 précitée.

⁴⁶⁹ Ruiz Miguel C., op. cit. p. 7

⁴⁷⁰ Ibid.

L'usage des recours individuels à l'encontre des décisions juridictionnelles définitives facilite et explique, donc, la tendance des cours constitutionnelles à se comporter en Cour de supercassation ou super-Cour de cassation.

B. La tendance des cours constitutionnelles à se comporter en super-Cour de cassation et l'effet d'importance des décisions sur l'ordre juridique

Nous allons d'abord voir la tendance des cours allemande et espagnole à se comporter en super-Cour de cassation (1) et nous remarquerons ensuite l'effet d'importance des décisions rendues à l'occasion des recours individuels directs sur l'ordre juridique (2).

1. La tendance des cours constitutionnelles à se comporter en super-Cour de cassation

La tendance des cours constitutionnelles allemande et espagnole à se comporter en super-Cour de cassation, finalement en Cour suprême, est directement impliquée par l'usage des recours individuels directs à l'encontre des décisions juridictionnelles définitives, comme nous persistons à le dire.

Ainsi, comme nous l'avons vu dans l'arrêt ATC 186/2001, le Tribunal constitutionnel espagnol a pris l'habitude de « casser » les décisions des tribunaux supérieurs pour insuffisance de motivation au titre de l'article 24, de même que la Cour constitutionnelle de Karlsruhe, bien qu'elle s'en défende dans l'arrêt « Lüth », se confie à elle-même un devoir de surveillance.

Ainsi, dès 1958, cette dernière affirme-t-elle dans ladite décision: « Autant la Cour constitutionnelle fédérale n'a pas à jouer le rôle d'une cour de cassation ou même de « *supercassation* » *vis-à-vis des tribunaux civils*, autant elle ne doit pas s'abstenir de tout contrôle sur

les jugements de ceux-ci et fermer les yeux sur la méconnaissance des règles relatives aux droits fondamentaux qui apparaît »⁴⁷¹.

De fait, comme le fait le Tribunal constitutionnel de Madrid dans l’Affaire « Isabel Preysler II » par rapport au Tribunal suprême, la Cour constitutionnel de Karlsruhe contrôle le respect par les tribunaux ordinaires de sa jurisprudence relative aux droits fondamentaux et toutes deux jouent le rôle de cours suprêmes par ce biais.

Les Professeurs Favoreu et Wanda Mastor affirment ainsi que :
« Tant le recours constitutionnel direct allemand que le recours d’amparo espagnol concourent à donner à la cour constitutionnel allemande et au Tribunal constitutionnel espagnol des allures de cours suprêmes »⁴⁷².

Ainsi, ils confirment, comme le Professeur Ruiz Miguel et nous-mêmes, que *« la quasi-totalité des recours est intenté contre des actes juridictionnels, faisant apparaître le Tribunal espagnol comme une cour suprême »⁴⁷³*. Le Professeur Miguel emporte d’autant et définitivement la conviction quand il déclare que *« si déjà la nature subsidiaire même de l’amparo conduisait le Tribunal constitutionnel à agir d’une certaine manière comme une cour de cassation, les recours fondés sur l’article 24 et l’article 14 faisait de lui une authentique cour de cassation en occupant le champ matériel que la Constitution réserve au pouvoir judiciaire »⁴⁷⁴*, tel que nous le disions à propos de l’Affaire « Isabel Preysler II ».

Cependant cette tendance à la suprématie des cours constitutionnelles sur l’ordre juridique n’aurait pas la même consistance si les effets attachés aux décisions rendues à l’occasion des recours individuels directs ne dépassaient pas ceux relatifs de la chose jugée entre parties.

⁴⁷¹ CCF, « Lüth », *GDCCE*, p. 117.

⁴⁷² Favoreu L, Mastor W., *Les cours constitutionnelles*, p. 118

⁴⁷³ Favoreu L., Mastor W., *Les cours constitutionnelles*, p. 118

⁴⁷⁴ Ruiz Miguel C., *op. cit.*, p. 7

2. L'importance des décisions rendues à l'occasion des recours directs sur l'ordre juridique

L'effet d'importance des décisions rendues sur une « Verfassungsbeschwerde » s'explique en Allemagne par le choix initial opéré par le Constituant en faveur de la primauté générale de la Constitution en vertu de l'article 20, al. 3 LF. Or, nous dit le Professeur Dittmann, « *les droits fondamentaux sont associés à cette priorité du constitutionnel* »⁴⁷⁵ et l'article 93 LF « *prévoit (...) une juridiction centrale en la forme de la Cour constitutionnelle fédérale, qui se voit confier, « en tant que gardien de la Constitution » la protection générale de la Constitution et, par la procédure du recours constitutionnel, la protection des droits fondamentaux en particulier* »⁴⁷⁶.

Ce choix structurant en Allemagne, qui souligne une nouvelle fois la fonction objective et subjective du recours, est renforcé par les effets que produisent les décisions rendues via le RCD sur tout l'ordre juridique. Cet effet se démontre, selon le professeur Dittmann, « *entre autre dans le caractère obligatoire spécifique que les décisions de la Cour constitutionnelle fédérale revêtent également en ce qui concerne les recours constitutionnels et qui dépasse de loin l'effet habituellement relatif de la chose jugée entre parties* »⁴⁷⁷. Cela, nous dit-il, parce qu'en vertu du paragraphe 31 de la LCCF, « *les décisions lient les organes constitutionnels de la Fédération comme des Länder ainsi que tous les tribunaux et autorités ; dans certains cas, il revient même force de loi* »⁴⁷⁸. Les cas où la décision revêt la force d'une loi sont les cas prévus par le paragraphe 31 al. 2 de la LCCF, où la décision déclare une loi compatible, incompatible ou nulle, et qui est à promulguer

⁴⁷⁵ Dittmann A., op. cit. p. 1

⁴⁷⁶ Ibid.

⁴⁷⁷ Dittmann A. op. cit., p. 2

⁴⁷⁸ Dittmann A. Ibid.

(c'est-à-dire qu'on promulgue la décision avec sa formule) dans la *Gazette des lois fédérales*.

En Espagne, les décisions rendues dans le cadre du recours d'Amparo rayonnent sur tout l'ordre juridique, non seulement au regard de leur caractère obligatoire, mais encore sous deux autres aspects.

Le premier émane de l'article 5-1 de la loi organique sur le pouvoir judiciaire qui dispose que « *les juges et tribunaux (...) interpréteront et appliqueront les lois et règlements selon les préceptes et principes constitutionnels, conformément à l'interprétation de ces derniers résultant des résolutions édictées par le Tribunal constitutionnel dans tout type de procès* ».

Le second résulte de la réforme de la Loi organique 6/2007 qui prévoit que, dorénavant, pour être admissible, le requérant devra démontrer que son recours présente une « *importance constitutionnelle* ». Ce qui, donc, implique que les recours sur lesquels le Tribunal constitutionnel se prononce désormais doivent rechercher le dépassement de l'effet relatif de la chose jugée entre parties et permettre au Tribunal de rendre des arrêts de principe.

Ces deux éléments combinés, ajoutés au fait que la majorité des recours sont dirigés contre des décisions rendues en dernier ressort, et que le Tribunal a tendance à se comporter, par ce truchement, en Cour de supercassation, renforcent la tendance du Tribunal constitutionnel, comme son homologue allemand, à se comporter en Cour suprême.

C'est pourquoi, nous allons remarquer que cette tendance à la suprématie n'est pas sans incidences sur le fonctionnement des cours constitutionnelles allemande et espagnole et sur l'attachement du justiciable à ces voies de recours.

Paragraphe 2. Les conséquences de la tendance à la suprématie des cours constitutionnelles allemande et espagnole

La tendance des cours constitutionnelles allemande et espagnole à se comporter en cours suprêmes entraîne leur surcharge permanente, d'où les appels au modèle de certiorari (A), mais l'attachement des justiciables allemands et espagnols à ces voies d'accès directes s'y opposent, les recours remplissant une certaine fonction démocratique de contrôle des juridictions ordinaires (B).

A. La surcharge des Cours constitutionnelles et les appels au modèle de certiorari

La tendance des cours constitutionnelles allemande et espagnole à se comporter en cours suprêmes a pour effet premier de les surcharger en permanence, et considérablement, ce, au détriment de leurs autres fonctions de Cours d'Etat.

Tout d'abord, les statistiques que nous allons rappeler sont édifiantes : de 1951 au début des années 2010, le RCD a constitué 96, 44% de l'ensemble des recours introduits devant le juge constitutionnel fédéral allemand⁴⁷⁹. En Espagne, comme nous soulignons, rien qu'en 2014, 7 663 RAC ont été introduits sur un total de 7 878 recours devant le Tribunal constitutionnel⁴⁸⁰. Cela a fait dire au Professeur Dittmann, pour ce qui concerne l'Allemagne, que « *la Cour est submergée par un tas de suppliques matériellement insignifiantes, comme une espèce d'« armoire des chagrins de la Nation* »⁴⁸¹, et au Professeur Ruiz Miguel, s'agissant de l'Espagne

⁴⁷⁹Favoreu L., Mastor W., *Les cours constitutionnelles*, Dalloz, 2011, p. 80.

⁴⁸⁰Favoreu L., Mastor W., *Les cours constitutionnelles*, p. 99.

⁴⁸¹Dittmann A. op. cit., p. 7

qu'« à l'heure du bilan, s'il ressort quelque chose de clair c'est que la surcharge actuelle en matière d'affaires est insoutenable, quelque soit l'idée que l'on a du RAC (« contrôle du législateur » ou « contrôle des juges »)⁴⁸².

Ce dernier en appelle à « l'introduction du modèle de certiorari pour la recevabilité des affaires »⁴⁸³, qui laisserait au Tribunal la discrétion de la connaissance des affaires. Mais il avoue lui-même que c'est une question très controversée en Espagne.

Quant à l'Allemagne, les professeurs Favoreu et Mastor affirment que la CCF pratique de fait le modèle de certiorari, en ce sens que « La Cour constitutionnelle allemande se reconnaît non seulement le droit de soulever d'office l'inconstitutionnalité d'une loi, mais encore de choisir parmi les affaires celles qui feront l'objet d'un véritable jugement »⁴⁸⁴. Cependant, les choses y sont plus nuancées si l'on s'en tient au Professeur Dittmann, en ce sens qu'il s'agirait d'une simple tendance que certains auteurs voudraient qu'on légalise ou qu'on officialise⁴⁸⁵, d'autant que nous savons que l'admission du recours est obligatoire en vertu du paragraphe 93a alinéa 2 LCCF, dès l'instant qu'il implique une décision revêtant une importance constitutionnelle de principe ou si le justiciable s'expose à un préjudice imminent et particulièrement grave si l'on devait le renvoyer au juge ordinaire.

Cela dit, des appels au modèle de certiorari existent, donc, en Allemagne, à l'instar de l'Espagne, depuis les propositions de la Commission pour le désengorgement de la Cour, convoquée en 1996 par le Ministre allemand de la Justice, mais l'attachement et la confiance du justiciable à ces voies d'accès directes s'y opposent.

⁴⁸² Ruiz Miguel C., op. cit. p. 7

⁴⁸³ Ibid.

⁴⁸⁴ Favoreu L., Mastor W., Les cours constitutionnelles, p. 25

⁴⁸⁵ Dittmann A., op. cit., p. 7 sq.

B. L'attachement et la confiance démocratiques des justiciables allemands et espagnols aux recours individuels directs.

Nous allons voir que le RAC est perçu comme la garantie d'une justice démocratique en Espagne (1), semblablement au recours constitutionnel direct en Allemagne (2).

1. Le RAC, en tant que garantie d'une justice démocratique en Espagne.

En Espagne, le recours d'Amparo devant le juge constitutionnel, notamment à l'encontre des décisions de justice, est perçu par le justiciable comme une garantie démocratique.

Dans le pays, où un premier pas vers le « writ of certiorari » a été franchi par la réforme 6/2007, qui impose au requérant de démontrer l'importance constitutionnelle de son recours⁴⁸⁶, ceux qui en appellent au modèle de certiorari même reconnaissent qu'il est difficile de s'y avancer en raison du caractère démocratique du recours.

C'est ainsi que le Professeur Carlos R. Miguel avoue que : « *Ce qui précède ne préjuge, cependant, en rien du choix final du modèle (« contre les lois » ou « contre les juges) qui répond fondamentalement à un modèle politique. La configuration du RAC « contre les juges » répond, selon nous, à une logique politique implacable. La Constitution*

⁴⁸⁶ L'exposé des motifs de la réforme 6/2007 loi organique sur le Tribunal constitutionnel mérite d'être rappelé ici : « *le requérant devra alléguer et démontrer que le contenu de son recours justifie une décision sur le fond de la part du Tribunal constitutionnel à raison de son importance constitutionnelle spéciale qui sera appréciée en prenant en considération son intérêt pour l'interprétation de la Constitution, pour son application ou pour son efficacité générale et pour la détermination du contenu et de la portée des droits fondamentaux* ».

proclame que « la souveraineté nationale réside dans le peuple espagnol duquel émanent tous les pouvoirs de l'Etat » (art. 1. 3 de la CE) et que « la justice émane du peuple et est administrée...par des juges et des magistrats responsables » (art. 117.1 de la CE)⁴⁸⁷. Selon lui, « dans un Etat démocratique, il ne peut y avoir de pouvoirs politiquement irresponsables. En Espagne, néanmoins, les juges se trouvent soumis à une responsabilité civile, pénale et disciplinaire, qu'en fin de compte ils exigent eux-mêmes, et l'autocontrôle n'est pas un véritable contrôle. Ils ne sont pas soumis à une responsabilité politique (comme dans les systèmes anglo-saxons) ». Il en conclut que « « L'amparo contre les juges » est l'unique forme de contrôle politique d'un pouvoir qui échappe à la logique démocratique », le Tribunal constitutionnel, dit-il « est, en fin de compte, un organe politique même s'il a un pouvoir juridictionnel ».

Ceci dénote bien, d'après nous, la fonction démocratique que joue le RAC en Espagne, notamment auprès du justiciable, qui y est fortement attaché, parce que l'Amparo lui prouve que les juges, qui sont chargés de lui rendre justice, sont bien contrôlés par un organe juridictionnel supérieur.

Le même attachement et la même confiance à la « Verfassungsbeschwerde » se retrouvent chez le justiciable allemand. Ils empêchent un modèle de certiorari et les propositions plus radicales de suppression du recours.

⁴⁸⁷ Ruiz Miguel C., op. cit., p. 8

2. L'attachement et la confiance du justiciable allemand dans la « Verfassungsbeschwerde »

La Commission pour le désengorgement de la Cour constitutionnelle fédérale, s'inspirant de la procédure d'admission des recours devant la Cour suprême des Etats--Unis, proposa de laisser à la discrétion de la CCF l'admission des recours, en réservant ces décisions aux Chambres et non pas aux Sections, et de simplifier la procédure pour faciliter l'identification des recours dignes de faire l'objet d'une décision au fond.

Le Professeur Dittmann, notamment au regard de l'attachement du justiciable à cette voie de recours et des exigences démocratiques, fait partie de la doctrine qui s'est montrée très sévère sur ces propositions de réforme. Ainsi fait-il valoir qu'« *il est tout d'abord problématique que, dès lors qu'elle pourrait admettre en discrétion, la Cour constitutionnelle fédérale ne déciderait plus « selon la loi», mais pourrait développer une politique délibérée en matière de droits fondamentaux. La fonction du recours constitutionnel, consistant à prévoir une protection individuelle des droits fondamentaux, serait relativisée et la fonction objective de l'interprétation constitutionnelle serait rendue absolue* »⁴⁸⁸. « *Le recours constitutionnel, dit-il, «serait fondamentalement modifié par rapport à sa conception originelle et transformé en un instrument de surveillance constitutionnelle, laissant le requérant sans la moindre certitude quant à savoir si sa demande individuelle de protection juridique sera prise en considération et soumise à examen* ». Il nuance cependant en estimant que « *l'on peut certes partager l'opinion que la mission de la justice constitutionnelle consiste dans le traitement de la solution de questions juridiques d'importance constitutionnelle fondamentale* », mais précise que « *décevoir ainsi la conviction fermement enracinée dans la conscience juridique générale en*

⁴⁸⁸ Dittmann A., « Le recours constitutionnel en droit allemand », op. cit. p. 9

République fédérale d'Allemagne que le recours constitutionnel est un instrument de la protection juridique individuelle, constituerait cependant une bien difficile entreprise. On ne devrait s'y avancer que si la capacité de fonction de la Cour constitutionnelle fédérale ne peut plus, en aucune autre manière raisonnable, être maintenue. En dehors d'une situation de détresse absolue, la confiance subjective, nourrie et développée pendant des décennies, qu'il existe encore des « juges à Karlsruhe » ne doit pas être délibérément et prématurément abandonnée »⁴⁸⁹.

Cela prouve, d'une part, que la « Verfassungsbeschwerde » remplit chez le justiciable allemand une fonction démocratique indéniable, qui nourrit sa confiance en la justice de Karlsruhe, dont il sait qu'elle est particulièrement favorable aux droits fondamentaux et qu'elle fait contrôle l'action des juges, d'où son attachement à cette voie de recours.

Cette tendance à la suprématie des cours constitutionnelles ne se retrouve pas en France et en Italie, ce qui démontre, d'une part, qu'il n'y a pas de dénaturation de la mission de constitutionnalisation objective du juge constitutionnel en l'absence de voies d'accès directes et que ce sont, en l'occurrence, elles qui permettent et justifient cette tendance des cours constitutionnelles à être des cours suprêmes.

⁴⁸⁹ Dittmann A., « Le recours constitutionnel en droit allemand », op. cit. pp. 9-10

Section 2. Une tendance à la suprématie du juge constitutionnel moins marquée en Italie et France par l'absence d'accès direct

En Italie et en France, il y a une coïncidence entre la fondamentalisation du droit devant le juge constitutionnel et le processus de constitutionnalisation.

En effet, la protection des droits fondamentaux par les juges constitutionnels français et italien s'opère principalement au bénéfice du droit et non dans la perspective de protection juridique individuelle d'un justiciable déterminé.

Ce faisant, dans les deux pays, contrairement en Espagne et en Allemagne, le « fondamental » est intimement lié au « constitutionnel ».

Il n'y a pas de dérivation à la protection individuelle subjective du justiciable requérant, eu égard à sa situation particulière par rapport à la norme contrôlée et le juge constitutionnel n'y discute des questions de « stricte légalité » ou de doctrine de droit infra-constitutionnel avec le juge ordinaire.

Il y a, ce faisant, une nette détermination des rôles respectifs des juridictions ordinaires et de la justice constitutionnelle, marquant, d'un sceau impérial, l'objectivité du contrôle de constitutionnalité opéré par le Conseil constitutionnel et la *Corte costituzionale*.

Nous allons le vérifier en analysant l'impact de la procédure de QPC sur l'ordonnement juridique, qui va nous confirmer qu'il n'y a pas de dénaturation de l'office du juge constitutionnel ni une tendance à la suprématie du Conseil sur les juridictions ordinaires par le biais de la QPC (PARAG. I). Nous relèverons un constat identique quant à l'office et la place de son homologue transalpin.

PARAGRAPHE 1. L'impact de la QPC sur l'ordonnancement juridique en France

Les professeurs Favoreu et Mastor écrivait, à propos de la réforme du 23 juillet 2008 introduisant une procédure de question prioritaire de constitutionnalité en France, que celle-ci « *a voulu que la QPC française ne transforme surtout pas le Conseil constitutionnel en une quelconque cour suprême* »⁴⁹⁰.

De fait, il n'existe pas de relation hiérarchique entre le Conseil constitutionnel et les deux cours suprêmes des ordres administratif et judiciaire en dépit de l'émergence de la QPC (A). Celle-ci détermine d'ailleurs très précisément le rôle de chacune de ces juridictions dans le cadre cette procédure (B).

⁴⁹⁰ Les cours constitutionnelles, Dalloz, p. 118

A. L'inexistence d'une relation hiérarchique entre le Conseil constitutionnel et les deux cours suprêmes en dépit de l'émergence de la QPC

L'inexistence d'un lien hiérarchique entre le Conseil constitutionnel et les deux cours suprêmes de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire, que sont, respectivement, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, est indéniablement révélée par l'impossibilité pour le premier de « casser » une décision rendue en dernier ressort par les secondes (1). Il existe seulement, pour le Conseil constitutionnel, la possibilité de remettre en cause les interprétations consolidées d'une loi par celles-ci (2). Aussi, preuve que le Conseil constitutionnel n'empiète pas sur les domaines du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation, l'accent est mis en France sur l'objectivité de la procédure de QPC, le Conseil ne s'intéressant que très peu aux faits du cas d'espèce, qui n'ont presque pas de place dans ses décisions QPC (3).

1. L'impossibilité de « casser » les décisions définitives du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation

Au contraire de l'Espagne, où un recours d'Amparo peut être introduit devant le Tribunal constitutionnel dans le délai de vingt jours à compter de l'intervention d'une décision juridictionnelle définitive rendue, le cas échéant, par un tribunal supérieur, ou de l'Allemagne, où la « Verfassungsbeschwerde » peut être intentée contre une semblable décision dans le délai d'un mois à compter de sa publication, en France, aucune procédure ne permet au justiciable d'introduire une requête à l'encontre d'une décision rendue en dernier ressort par le Conseil d'Etat ou par la Cour de cassation. Cela, même dans les occurrences où ces décisions définitives auraient violé un

droit fondamental du justiciable garanti par la Constitution ou par une Convention internationale.

Ceci démontre l'autonomie des cours suprêmes des ordres administratif et judiciaire par rapport au Conseil constitutionnel en l'absence de voies de recours directes.

Le Conseil constitutionnel n'a d'influence sur les tribunaux supérieurs français que par l'autorité que l'article 62 alinéa 3 de la Constitution confère aux décisions du Conseil constitutionnel, lesquelles disposent, alors, de l'autorité de la chose jugée et d'une force de persuasion au regard de « l'autorité absolue de la chose jugée » par le Conseil ou encore de « l'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel »⁴⁹¹, sans nier « *l'apport du Conseil constitutionnel au droit* » d'une façon générale⁴⁹², ni « *l'irrigation du droit par les décisions du Conseil constitutionnel* »⁴⁹³. Ce qui confirme, selon nous, la corrélation entre la stricte mission de constitutionnalisation objective du droit et la concentration spécialisée d'une juridiction constitutionnelle kelsénienne en droit constitutionnel, qui empêche une suprématie de la juridiction constitutionnelle sur les juridictions ordinaires, car s'il existe bel et bien un lien hiérarchique entre les normes que mettent en œuvre des juridictions distinctes, il n'y a pas de lien hiérarchique organique ni fonctionnel entre les juridictions ordinaires et la justice constitutionnelle.

Les voies de recours directes initient, donc, un lien hiérarchique fonctionnel entre les juridictions ordinaires et la juridiction constitutionnelle, et changent ou dénaturent la mission de celle-ci

⁴⁹¹ Mathieu Disant, *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, L.G.D.J., Collection Thèses, 2010.

⁴⁹² Cf. Favoreu L., « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », *Revue Pouvoirs*, 1980, n°13.

⁴⁹³ Nicolas Molfessis, « *L'irrigation du droit par les décisions du Conseil constitutionnel* », *Revue Pouvoirs* n°105, Avril 2003, pp. 89 à 102.

(laquelle est obligée de discuter de questions de légalité avec le juge ordinaire dans sa saisine du droit fondamental du justiciable), alors que leur absence laisse les juridictions ordinaires dans leur autonomie juridictionnelle.

Toutefois, la QPC permet au juge constitutionnel français de pouvoir contrôler l'interprétation consolidée que les juges ordinaires ou suprêmes confèrent à une norme législative donnée.

2. La possibilité de remettre en cause les « interprétations consolidées » d'une loi

La possibilité de remettre en cause l'interprétation consolidée d'une loi par les cours suprêmes, si tant est que ces dernières acceptent de renvoyer au Conseil constitutionnel la QPC soulevée, est l'unique moyen par lequel le juge constitutionnel français peut exercer une autorité véritable sur les décisions des cours suprêmes des ordres administratif et judiciaire.

En effet, le Conseil constitutionnel a reconnu, concernant l'interprétation que la Cour de cassation donnait à l'article 365 du Code civil, qu'en posant une question prioritaire de constitutionnalité, « *tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation confère à la disposition* »⁴⁹⁴, renvoyant à ce que l'on appelle en Italie la théorie du « droit vivant »⁴⁹⁵.

Par ce biais, donc, le Conseil constitutionnel peut exercer son contrôle sur l'interprétation constante que les cours suprêmes donnent à une loi au regard « *des droits et libertés que la Constitution garantit* ».

⁴⁹⁴ CC, QPC 2010-39, du 6 octobre 2010, Mmes Isabelle D. et Isabelle B., JO, 7 octobre 2010, p. 18154.

⁴⁹⁵ Caterina Severino, *La Doctrine du droit vivant*, Economica-PUAM, 2003.

C'est une arme importante, selon nous, dont l'usage peut impliquer une emprise du Conseil constitutionnel sur la justice ordinaire en France, car, non seulement il s'agit d'un contrôle a posteriori des lois, mais également cela fait sortir quelque part de l'abstraction le contrôle exercé sur les lois par le Conseil dans le cadre de la QPC pour le rapprocher d'un contrôle, qu'il ne serait pas tout-à-fait erroné de qualifier de concret. Ceci, parce qu'il s'agirait d'un contrôle de l'application de la norme, mais non pas limité au cas d'espèce, mais généralement étendu au droit effectif, interprété par le juge ordinaire, car, en l'occurrence, ce n'est pas la norme en elle-même qui est inconstitutionnelle, mais l'interprétation qu'en fait le juge.

Au surplus, l'inexistence d'un lien hiérarchique entre le juge constitutionnel français et le juge supérieur ordinaire est marquée par l'accent mis sur l'aspect objectif de la seule procédure qui les lie, à savoir la QPC.

3. L'accent mis en France sur le caractère objectif du contentieux de la QPC

L'accent mis sur le caractère objectif de la procédure de QPC sépare, selon nous, d'autant le Conseil constitutionnel des juridictions ordinaires.

D'une part, preuve que ce n'est pas un contrôle concret au sens pur du terme et dans l'acception classique du terme, le Conseil constitutionnel ne connaît pas de l'affaire au fond.

Il a ainsi jugé que « *n'étant pas compétent pour connaître de l'instance à l'occasion de laquelle la question prioritaire de constitutionnalité a été posée, seuls l'écrit ou le mémoire « distinct et motivé » ainsi que les mémoires et conclusions propres à cette question*

prioritaire de constitutionnalité doivent lui être transmis »⁴⁹⁶. Le secrétaire Général du Conseil constitutionnel, Marc Guillaume, soulignait aussi le fait que « *la loi organique organise ainsi l'identification de ce contentieux objectif et le traitement de cet incident d'instance particulier à l'intérieur du contentieux d'espèce* »⁴⁹⁷.

Le caractère objectif et la séparation des procédures ordinaire et constitutionnelle sont, d'autre part, mis en exergue par l'article 23-9 de la LO du 27 décembre 1958, qui prévoit, qu'en cas de saisine du Conseil constitutionnel d'une QPC, « *l'extinction, pour quelque cause que soit, de l'instance à l'occasion de laquelle la question a été posée est sans conséquence sur l'examen de la question* ».

Le député Warsmann, qui a introduit cet amendement souligne dans son rapport, que la QPC « *présentera un caractère de contentieux objectif, dans l'intérêt du droit –tout comme le confirme également l'effet erga omnes de l'éventuelle décision d'abrogation du Conseil constitutionnel* »⁴⁹⁸.

Marc Guillaume confirme cette analyse en estimant que « *l'article 23-9 confirme la logique de l'objectivisation de la QPC qui est bien au cœur de la réforme* »⁴⁹⁹.

C'est finalement l'article 62 de la Constitution qui parachève l'objectivisation de la QPC par le biais de l'effet erga omnes, en ce qu'il dispose qu'« *une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et*

⁴⁹⁶ CC, n° 2009-595 DC, du 3 décembre 2009, AJDA, 2009. 2318

⁴⁹⁷ Guillaume M., « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », NCCC n°32 (dossier Convention européenne des droits de l'homme), juillet 2011, p. 3

⁴⁹⁸ Warsmann, AN, rapport n°1898, p. 82

⁴⁹⁹ Guillaume M., « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », op. cit., p. 3.

limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ».

On peut donc conclure avec le Secrétaire général du Conseil que, dans le fond, « *la QPC n'est pas, comme dans la plupart des Etats européens, un contrôle a posteriori et concret. Cette procédure demeure un contrôle, certes désormais a posteriori, mais abstrait. Les circonstances de l'espèce y ont peu de place. Le Conseil constitutionnel n'y fait d'ailleurs pas référence dans ses décisions* »⁵⁰⁰.

Cependant, nous estimons, quant à nous, que la possibilité de remettre en cause les interprétations consolidées des lois par les cours suprêmes par le biais de la QPC fait sortir la procédure de son caractère purement abstrait pour l'appliquer au droit pratiqué par les juges ordinaires et non plus intimement vis-à-vis de la loi en question, car ce n'est point celle-ci qui est inconstitutionnelle en elle-même, mais l'interprétation qu'en fait le juge ordinaire.

⁵⁰⁰ Guillaume M., « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », op. cit., p. 4.

B. La détermination précise des rôles respectifs de chaque juridiction dans le cadre de la QPC.

La réforme de 2008 a renforcé le Conseil constitutionnel dans son rôle d'unique juge de la loi (1) et a érigé, selon le mot du Secrétaire général du Conseil Marc Guillaume, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation en « *juge négatif de constitutionnalité* »⁵⁰¹.

1. Le renforcement du Conseil constitutionnel comme juge unique de la constitutionnalité de la loi par la QPC

En vertu de l'article 62 alinéa 3 de la Constitution, les décisions du Conseil constitutionnel ne sont pas susceptibles de recours ; elles s'imposent aux organes de l'Etat et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles.

La difficulté résidait longtemps dans le fait que les ordres administratif et judiciaire sont soumis à l'autorité de la chose jugée par le Conseil constitutionnel, mais qu'il n'existait aucune procédure permettant de trancher les conflits de jurisprudence et que ce fut donc à titre volontaire que le Conseil d'Etat et la Cour de cassation se pliaient à la primauté des décisions du Conseil constitutionnel, notamment les réserves d'interprétations de la loi.

Ce faisant, comme le souligne le Secrétaire général du Conseil constitutionnel, Marc Guillaume, « *La réforme constitutionnelle a opéré (...) une nette spécialisation des juges (...). Le Conseil constitutionnel est renforcé par la réforme du 23 juillet 2008 dans sa fonction de juge constitutionnel(...). Il est l'unique juge constitutionnel de la loi mais il*

⁵⁰¹ Guillaume M., « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », op. cit., p. 14

n'est que cela »⁵⁰² . Cela veut dire que le Conseil constitutionnel n'est pas le juge de la conventionalité de la loi, mais qu'il est en outre le seul habilité à abroger une loi pour inconstitutionnalité, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ne le pouvant pas, d'autant que le moyen tiré de l'inconstitutionnalité d'une loi doit être, en vertu de la loi organique, examiné avant tous les autres moyens, et que, par conséquent, les deux cours suprêmes sont tenues de renvoyer la question au Conseil constitutionnel si les conditions posées par la loi organique sont réunies, avant de mettre en œuvre leur possibilité de l'écarter pour cause de non-conventionalité.

La réforme renforce donc le rôle du Conseil constitutionnel en tant qu'unique juge constitutionnel de la loi, ceci, sur la base des droits fondamentaux, lesquels se trouvent dans le bloc de constitutionnalité. Ce qui entraîne qu'il y a bien un processus de fondamentalisation du droit devant le Conseil constitutionnel, qu'affermite la procédure de QPC, qui se limite aux « *droits et libertés que la Constitution garantit* », mais c'est un processus de fondamentalisation objective, qui n'est pas une dérivation mais un corolaire de son œuvre de constitutionnalisation objective, parce que, comme nous l'avons vu avec Marc Guillaume, la procédure de QPC, bien qu'étant un contrôle a posteriori des lois, emprunte bien des aspects au contrôle abstrait.

Outre le renforcement du Conseil constitutionnel dans son rôle de juge unique de la constitutionnalité des lois, la procédure de QPC fait apparaître les deux cours suprêmes, reconnues en tant que telles, comme « *juge négatif de constitutionnalité* ».

⁵⁰² Guillaume M., « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », op. cit., p. 2

2. L'émergence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation comme juge négatif de la constitutionnalité

Cette acception des juridictions administrative et judiciaire suprêmes comme « *juge négatif de constitutionnalité* » résulte du fait, comme le souligne l'ancien Secrétaire Général du Conseil constitutionnel, que « *c'est de la seule saisine du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation et non celle du Conseil constitutionnel que dépend l'épuisement des voies de recours interne* »⁵⁰³ en vue de saisir éventuellement la Cour européenne de Strasbourg, comme l'exige l'article 35 paragraphe 1 de la CEDH.

En effet, comme nous avons eu à le relever dans la première partie de cet ouvrage et que le développe Marc Guillaume, « *le constituant français a mis en place un système unique en Europe dans lequel les deux cours suprêmes sont juge négatif de constitutionnalité. Si elles ne transmettent pas une QPC au Conseil constitutionnel, cette voie de recours interne est épuisée (...). D'une part, cette réforme associe les deux cours suprêmes dans le contrôle de constitutionnalité. D'autre part, seule la saisine du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation est à la totale discrétion du justiciable* ».

Le problème, c'est que, comme le reconnaît Marc Guillaume, les hypothèses où la QPC et la saisine de la Cour de Strasbourg ont un même objet sont rares⁵⁰⁴ et que la question se pose même de savoir si la QPC est un simple moyen de droit constitutionnel ou bien s'il s'agit

⁵⁰³ Ibid.

⁵⁰⁴ Guillaume M., « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », op. cit., p. 13

d'une voie de droit⁵⁰⁵. La seconde hypothèse emporte notre faveur dans la mesure où la question posée ouvre droit à un procès, et que le justiciable bénéficie du droit de faire examiner sa demande⁵⁰⁶.

En tout état de cause, comme l'écrivait l'ancien Secrétaire général du Constitutionnel, « *le constituant français a confié aux deux cours suprêmes la régulation du système. Elles apprécient les conditions de la transmission de la QPC pour permettre, le cas échéant, au Conseil constitutionnel d'abroger une norme législative. Si elles ne transmettent pas, la saisine de la Cour de Strasbourg est possible. Ce rôle se déduit de leur double rôle de juge conventionnel et de filtre constitutionnel (...). Le Conseil constitutionnel reste une juridiction spécialisée en matière constitutionnel. Certes sa saisine a été élargie mais il n'est pas devenu une cour régulatrice* ».

Ce qu'il faut déduire de cette assertion, c'est que, d'une part, il y a une nette spécialisation des rôles et que la loi organique a entendu ne surtout pas ériger le Conseil constitutionnel en Cour suprême. Même, elle érige les juridictions qu'elle reconnaît comme telles, à savoir le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, comme juridictions régulatrices de l'accès du justiciable français à la justice constitutionnelle.

D'autre part, lesdits éléments démontrent une nouvelle fois la tendance à l'objectivisation, voire à l'abstraction du contrôle de constitutionnalité des lois en l'absence d'accès direct du justiciable au juge constitutionnel. Ils tendent à faire apparaître le juge constitutionnel comme le juge spécialiste du droit constitutionnel et permettent au juge ordinaire de s'acquitter lui-même de son rôle de juge de la légalité des actes, au contraire des hypothèses d'accès direct où le juge constitutionnel, en Espagne ou en Allemagne, est amené à

⁵⁰⁵ Bertrand Mathieu, « La question prioritaire de constitutionnalité : une nouvelle voie de droit », *La Semaine juridique*, n°52, pp.54-69

⁵⁰⁶ CC, 2009-595 DC du 3 décembre 2009 précitée.

discuter de questions de « stricte légalité » avec le juge ordinaire, en le dédisant parfois sur ces questions pour déceler ce qui est fondamental pour le justiciable.

Au-delà desdits éléments, l'article 23-7 de la LO du 7 novembre 1958 commande que si les cours suprêmes (Conseil d'Etat ou Cour de cassation) ne s'acquittent pas de la mission qui leur incombe, qui est celle d'examiner et de transmettre, le cas échéant, la QPC au Conseil constitutionnel dans le délai de trois mois qui leur est imparti, « *la question est transmise au Conseil constitutionnel* », c'est-à-dire, donc, qu'elles sont dans l'obligation de s'acquitter de leur tâche de filtre ou, pour reprendre l'expression de Marc Guillaume, de leur mission de « *juge négatif de constitutionnalité* », faute de quoi le juge constitutionnel ès qualité est saisi de la question.

Ce filtre et cette spécialisation des rôles ne se retrouvent certes pas en Italie entre Tribunaux supérieurs et cour constitutionnelle, mais il y a un certain nombre de points de ressemblance concernant le rôle du juge ordinaire et celui du juge constitutionnel.

PARAGRAPHE 2. L'impact de la question incidente de constitutionnalité sur la place et la mission de la Cour constitutionnelle italienne

Le fait que la loi de 1953 ouvre seulement la possibilité et non pas l'obligation pour le juge ordinaire de soulever ou transmettre une question incidente de constitutionnalité au juge constitutionnel montre bien l'indépendance du premier par rapport au second, outre le fait qu'il ne peut pas, à l'instar de la France, « casser » les décisions rendues en dernier ressort par les tribunaux (A). Aussi, depuis sa décision n°13 de mars 1960, la Corte a elle-même bien précisé son rôle, qui se distingue de la juridiction ordinaire et n'en fait en aucune manière une cour suprême (B).

A. La simple faculté du juge ordinaire de soulever une question incidente de constitutionnalité, preuve de son indépendance par rapport au juge constitutionnel

Comme la France, l'Italie n'ouvre pas un droit d'accès direct du justiciable au juge constitutionnel. Les trois premiers alinéas de l'article 23 de la n°87 du 11 mars 1953, qui mettent en œuvre l'article 134 de la CI, fixant, ainsi, le cadre dans lequel peut être soulevée une question incidente d'inconstitutionnalité, en raison de sa *rilevanza* ou de son caractère non manifestement infondé, n'obligent pas le juge ordinaire à transmettre une question d'inconstitutionnalité au juge constitutionnel.

Cela marque indéniablement, selon nous, l'indépendance de la justice ordinaire italienne par rapport à la justice constitutionnelle, une spécialisation des tâches et une autonomie tant organique que

fonctionnelle de la justice ordinaire par rapport à la justice constitutionnelle. C'est ce que remarque, d'ailleurs, la Cour européenne de Strasbourg, qui, au regard de la simple faculté du juge ordinaire, et non pas de l'obligation de transmettre au juge constitutionnel une question d'inconstitutionnalité, n'inclut pas la procédure de question incidente de constitutionnalité italienne dans les voies de recours internes à épuiser pour sa saisine en vertu de l'article 35 parag. I de la CEDH⁵⁰⁷.

De fait, justice ordinaire et justice constitutionnelles italiennes sont indépendantes l'une de l'autre. Il est impossible, comme en France, à la Cour constitutionnelle italienne de casser une décision définitive ou un jugement rendu en dernier ressort par un Tribunal supérieur par quelque procédure que ce soit. Il lui est seulement possible de remettre en cause « le droit vivant »⁵⁰⁸ ou les « interprétations consolidées » d'une norme législative par la justice ordinaire. Par conséquent, l'œuvre du juge constitutionnel italien consiste bien en une œuvre de constitutionnalisation ou de fondamentalisation objective, dès lors qu'il met en œuvre les « *droits et libertés constitutionnellement protégés* »⁵⁰⁹, c'est-à-dire qu'il agit dans l'intérêt du droit constitutionnel objectif, pour faire régner la primauté de la Constitution sur les autres normes, et non pas un processus de fondamentalisation qui pourrait se dérouler dans l'intérêt subjectif d'un particulier.

Ce faisant, la question incidente de constitutionnalité ouvre une voie pour la garantie juridictionnelle des droits et libertés constitutionnellement protégés pour le justiciable, comme nous l'avons vu dans la première partie (car le champ de la question italienne n'est pas limité). Cependant, c'est une voie, qui, comme en France, peut

⁵⁰⁷ CEDH, *Padovani c/Italie*, n°13396/8, 26 février 1993, AJDA, 1993, p. 483, chronique J.-F. Flauss.

⁵⁰⁸ Cf. Caterina Severino, *La Doctrine du droit vivant*, Aix-en-Provence-Paris, Economica-PUAM, 2003

⁵⁰⁹ Articles 2 et suivants de la constitution italienne.

toucher simplement aux questions de constitutionnalité et où, donc, le « fondamental » rencontre ce qui est expressément reconnu dans la Constitution. Nous verrons toutefois (cf. infra sur la participation du juge constitutionnel italien à la circulation des solutions juridiques) la question du catalogue ouvert ou fermé des droits fondamentaux en Italie, où le plus souvent le « fondamental » rencontre « le constitutionnel » de façon objective et stricte. Il s'agit donc d'un processus de fondamentalisation objective qui se déroule en Italie comme en France devant le juge constitutionnel, quand celui-ci protège ou met en œuvre les droits fondamentaux du justiciable dans le cadre d'une question incidente⁵¹⁰. Il n'y a donc pas un processus avec des relents et caractéristiques subjectifs, qui peut se dérouler devant la justice constitutionnelle de ces deux pays, ne pouvant pas s'effectuer au bénéfice d'un individu déterminé, en raison de sa situation individuelle comme le permettent le RAC en Espagne et la « Verfassungsbeschwerde » en Allemagne. Il s'effectue seulement au bénéfice de l'intérêt commun, avec des effets erga omnes et pour la primauté des normes constitutionnelles sur les normes infra-constitutionnelles.

D'ailleurs, la Cour constitutionnelle italienne a déterminé elle-même depuis longtemps son propre rôle, qui la distingue des juridictions ordinaires et l'empêche, conséquemment, de jouer le rôle d'une Cour suprême.

⁵¹⁰ CCI, n°161/1985 du 23 mai 1985, GDCCE, n°21, Dalloz, p. 103 sq.

B. La définition par la Cour constitutionnelle italienne de son propre rôle

La sentence n°13 du 23 mars 1960⁵¹¹ est sans doute la plus fondamentale des décisions que la Cour constitutionnelle ait adoptée concernant son rôle dans l'ordonnancement juridique italien et sa mission dans le cadre d'un contrôle incident de constitutionnalité.

L'argumentation qu'y retient la Cour, et qui est valable jusqu'à ce jour, est un exemple de clarté dans la définition de sa mission.

Elle y estime, tout d'abord, que « *la Cour exerce essentiellement une fonction de contrôle constitutionnel, de garantie suprême du respect de la Constitution de la République de la part des organes constitutionnels de l'Etat et des Régions* » (considérant 1), mettant ainsi en relief l'objectivité primordiale des contentieux de droit constitutionnel portés devant elle. Elle ajoute ensuite, dans le même considérant, que « *la preuve en est, dans les cas où la question de constitutionnalité se pose en relation à une controverse concernant des personnes privées, que l'organe juridictionnel compétent pour résoudre cette controverse garde le pouvoir de décider de toutes les autres questions, et même celui d'apprécier le caractère pertinent⁵¹² de la question de constitutionnalité par rapport à celle-ci ; tandis que la Cour est appelé à résoudre la question de constitutionnalité, abstraction faite des rapports entre celle-ci et la controverse principale et même des suites procédurales de celle-ci (extinction du procès pour renonciation acceptée, mort de l'accusé, etc.)* ». La Corte costituzionale précise en outre que « *sa décision, concernant la norme en elle-même, ne participe pas tant à l'interprétation et à l'application qu'à la validité des normes de l'ordonnancement et, lorsqu'elle en déclare l'inconstitutionnalité, possède –comme cela est su- une efficacité erga omnes* ».

⁵¹¹ GDDCE, n°132, Dalloz, 2008, p. 681

⁵¹² Ou rilevanza.

La Cour constitutionnelle tire les conséquences de ces précédentes affirmations, qui concernent la définition de sa mission et de ses compétences en concluant son argumentation par une phrase de principe, qui la distingue fondamentalement des autres juridictions et l'empêche de se comporter en une cour suprême. En effet, elle met en avant le fait qu' « *il faut rejeter l'opinion selon laquelle la Cour peut être incluse parmi les organes judiciaires, ordinaires ou spéciaux, étant donné les différences nombreuses et profondes qui existent entre la tâche confiée à la première, sans précédents dans l'ordonnement italien, et celles bien connues et historiquement consolidées propres aux organes juridictionnels* ».

Cette décision marque le caractère fondamentalement kelsénien de principe de la *Corte costituzionale*, c'est-à-dire celui qui entre parfaitement dans le modèle européen de justice constitutionnelle et participe de la mission de constitutionnalisation objective du droit par le juge constitutionnel, même à l'occasion d'une question incidente de constitutionnalité soulevée à la demande du justiciable ou, d'office, par le juge ordinaire.

Ce qui démontre une nouvelle fois que l'absence d'accès direct ne dénature pas l'office de constitutionnalisation objective du juge constitutionnel et n'occasionne pas une mutation de sa place dans l'ordonnement juridique, au contraire de sa présence qui, elle, enclenche une dénaturation de portée subjective de sa mission sur la base des droits fondamentaux et tend à permuter sa place dans l'ordonnement juridique pour en faire une Cour suprême.

CONCLUSION DU CHAPITRE I DU SECOND TITRE

Nous avons pu établir, dans le présent chapitre, la corrélation intime entre l'existence de voies d'accès directes du justiciable au juge constitutionnel et la tendance des cours constitutionnelles à se comporter en cour suprême.

En effet, en l'absence de voies d'accès directes du justiciable au juge constitutionnel, il est impossible à celui-ci d'exercer une suprématie sur les juges ordinaires, cependant qu'avec l'existence des recours individuels directs, il s'établit une hiérarchie fonctionnelle et non pas organique entre les juges ordinaires et les juges constitutionnels, au bénéfice évident de ces derniers.

De fait, ce n'est pas le processus de constitutionnalisation –qui est l'office exclusif du juge constitutionnel, les juges ordinaires allemands et espagnols étant tenus de renvoyer la question au juge constitutionnel en cas de doutes sur la constitutionnalité d'une norme qu'ils ont à appliquer-, mais plutôt la fondamentalisation du droit qui entraîne la suprématie des cours constitutionnelles ouvrant l'accès direct du justiciable au titre des droits fondamentaux. Ceci, dans la mesure où le juge ordinaire, chargé d'assurer l'efficacité juridique des droits fondamentaux prépare le terrain tant au regard des faits et des problèmes juridiques, discute et donne son opinion sur l'existence éventuelle d'une violation d'un droit fondamental, avant l'intervention du juge constitutionnel.

Cette tendance à la suprématie des cours constitutionnelles ouvrant l'accès direct au justiciable au titre des droits fondamentaux est, en effet, facilitée par l'usage majoritaire des voies de recours directes à l'encontre des décisions juridictionnelles définitives, lui-même impliqué par le principe de subsidiarité des recours. Ces éléments permettent non seulement au juge constitutionnel de pouvoir

se comporter en cour de supercassation ou en super-Cour de cassation et de rendre des décisions qui ont une importance et des effets juridiques dépassant de loin l'effet relatif attendu de la chose jugée entre parties. Bien qu'elle s'en défende dans l'arrêt « Lüth » de 1958, une cour constitutionnelle, comme la Cour constitutionnelle fédérale allemande, avoue elle-même avoir un devoir de surveillance quant au respect des droits fondamentaux par les décisions des juridictions ordinaires. De même, en Espagne, comme l'a écrit le Professeur Ruiz Miguel et que l'ont confirmé les professeurs Favoreu et Mastor, le RAC est majoritairement dirigé contre les juges. Ce qui, en Allemagne comme en Espagne, donne aux cours constitutionnelles des allures de cours suprêmes. D'ailleurs, elles sont surchargées en tant que telles par les recours individuels directs, d'où les appels au modèle de certiorari et au « docket control », que repoussent l'attachement et la confiance du justiciable en ces voies de recours, parce qu'il y voit la garantie d'une justice démocratique et la certitude que ceux qui sont chargés de lui rendre la justice sont bien contrôlés par un organe suprême.

Finalement, cette diffusion de la mission de protéger les droits fondamentaux entre les juges ordinaires et les juges constitutionnels va occasionner une concurrence entre ces juges, parce qu'il existe des mécanismes, notamment d'urgence, qui sont entre les mains du juge ordinaire et que les juges supranationaux participent également au processus de fondamentalisation, par cette diffusion même de la mission de protection des droits fondamentaux.

CHAPITRE 2. Le caractère diffus de la fondamentalisation, cause de la concurrence faite au juge constitutionnel par les juges ordinaires et européens

La protection des droits fondamentaux n'est pas seulement du ressort du juge constitutionnel, au regard de la primauté du juge ordinaire quant au fait de leur donner une pleine efficacité juridique et au regard des instances internationales qui veillent à leur respect par les différents Etats.

Ainsi, le juge constitutionnel des pays étudiés, quel qu'il soit, doit faire face à cette situation, afin qu'elle ne lui échappe pas, étant confronté la concurrence du juge ordinaire, qui est notamment le juge de l'urgence et la concurrence particulière de la Cour européenne des droits de l'homme qui, finalement, agit en dernier ressort sur le terrain de la fondamentalisation du droit au bénéfice du justiciable européen.

Cette diffusion de la fondamentalisation entraîne que les juges constitutionnels auprès de qui l'accès direct est ouvert au titre des droits fondamentaux sont d'autant plus responsables dans le processus de fondamentalisation, auquel ils prennent naturellement part. Mais aussi, les juges constitutionnels auprès de qui cet accès direct n'est pas ouvert doivent s'adapter à cette nouvelle donne, que constitue l'exigence de garantie des droits fondamentaux au sein des États de droit, quoiqu'ils soient chargés de procéder à une fondamentalisation objective, -les difficultés apparaissant souvent comme étant les mêmes.

C'est pourquoi, nous allons, avant tout, nous intéresser à la concurrence faite au juge constitutionnel sur le terrain de la fondamentalisation par les juges ordinaires et européens (Section 1), avant d'en conclure que c'est précisément, aujourd'hui, ce qui oblige le juge constitutionnel à prendre part à la circulation des solutions

juridiques (Section 2), la constitutionnalisation, quant à elle, étant de son seul ressort.

Section 1. La concurrence des juges ordinaires et européens sur le terrain de la fondamentalisation

Nous allons d'abord analyser la concurrence que le juge ordinaire fait au juge constitutionnel sur le terrain de la fondamentalisation du droit au bénéfice des justiciables (PARAG. I), avant de nous intéresser au cadre européen, particulièrement propice à la Cour européenne de Strasbourg, qui est une véritable concurrente du juge constitutionnel sur ce terrain (PARAG. II).

PARAGRAPHE 1. La concurrence du juge ordinaire sur le terrain de la fondamentalisation.

Nous allons, tout d'abord, analyser la concurrence que le juge ordinaire fait au juge constitutionnel sur le terrain de la fondamentalisation, en étudiant, de façon plus approfondie, les ressorts de sa présence, en première ligne, dans le domaine de la protection des droits fondamentaux (A). Nous verrons ensuite que sa concurrence est d'autant plus facilitée par le fait que le juge constitutionnel se trouve dans l'impossibilité manifeste d'être le juge de la totalité des cas d'espèces (B).

A. Les ressorts de la présence en première ligne du juge ordinaire sur le terrain de la fondamentalisation ddu droit.

Les ressorts de la présence en première ligne du juge ordinaire sur le terrain de la fondamentalisation sont, d'abord, dans les pays ouvrant l'accès direct une conséquence du principe de subsidiarité, de même qu'il existe des voies de recours ordinaires visant à la protection des droits fondamentaux (1). Mais encore, sa concurrence est plus ardue au regard de ses plus grandes accessibilité et rapidité d'intervention par rapport au juge constitutionnel (2).

1. Une conséquence de la subsidiarité dans les pays ouvrant l'accès direct et l'existence de voies de recours ordinaires

C'est d'abord une exigence des textes dans les pays ouvrant l'accès direct au justiciable devant le juge constitutionnel pour faire valoir ses droits fondamentaux que d'épuiser les voies de recours ordinaires (Parag. 90, al. 2 LCCF pour l'Allemagne et article 44-1 c) LOTC pour l'Espagne). Ce qui, par conséquent, consiste, comme l'a dit Maria Fraile à propos de l'Espagne, en substance, « *dans le fait que les juges et tribunaux doivent avoir l'opportunité effective de connaître et de protéger le droit fondamental supposé violé (arrêt 77/1999)* »⁵¹³, avant que le justiciable puisse recourir au juge constitutionnel. Ou encore, comme l'a souligné le Professeur Dittmann pour l'Allemagne, « *la subsidiarité, ainsi fortement soulignée, marque nettement la tendance consistant à attribuer la protection des droits fondamentaux en première ligne aux tribunaux ordinaires (...). Le principe de subsidiarité garantit ainsi le domaine de compétence des tribunaux* »⁵¹⁴, c'est-à-dire « *la tâche des tribunaux ordinaires « de protéger les droits fondamentaux et d'assurer leur efficacité »* ».

De fait, le juge ordinaire va s'avérer être le premier juge à devoir protéger les droits fondamentaux et à se prononcer sur la violation ou non d'un droit fondamental du justiciable.

Pour ce faire, il interprète la loi ou analyse la jurisprudence des juridictions constitutionnelles pour décider de l'existence ou non d'une violation d'un droit fondamental. Ainsi se retrouve-t-il en première ligne sur le terrain de la fondamentalisation. Sa concurrence face au juge constitutionnel est dû au fait que, dans le principe, c'est lui le juge des questions de « stricte légalité ». Or les droits fondamentaux

⁵¹³ Fraile M., Observations sous la décision ATC 159/1997, *GDCCE*, p. 750

⁵¹⁴ Dittmann A., « Le recours constitutionnel en droit allemand », op. cit. p. 6

sont prévus dans la Constitution mais ils se déclinent dans les textes législatifs, qui peuvent, d'ailleurs, les limiter.

Le juge ordinaire est aussi le juge naturel ou premier des actes administratifs individuels ou généraux et il peut procéder à leur annulation. C'est le juge légitimé à intervenir au nom de la loi, alors le juge constitutionnel est, en principe, enfermé dans le texte constitutionnel.

Donc, la concurrence s'opère sur les textes qui fondent, d'abord, leurs décisions.

Le juge constitutionnel agit au nom de la Constitution, alors que le juge ordinaire est habilité à agir sur le fondement de différents textes, notamment législatifs mettant en ouvre les droits fondamentaux. Même s'il existe un lien de subordination entre les normes constitutionnelles et les autres normes, nous avons pu relever dans les précédents développements que le fondamental pouvait se discuter au niveau de textes législatifs, voire dans la doctrine. Le juge constitutionnel ne le met en évidence qu'en discutant de questions de légalité, voire en faisant appel à la doctrine, comme l'a fait la CCF dans l'arrêt « Cautions abusives » ou le Tribunal constitutionnel de Madrid qui révisa l'indemnité de la requérante dans l'Affaire « Isabel Preysler II » pour le préjudice moral qu'elle a subi par une immixtion illicite dans l'intimité de sa vie privée.

Donc le juge ordinaire est bien un concurrent du juge constitutionnel sur le terrain de la fondamentalisation, mais les voies de recours directes permettent à ce dernier d'avoir le dernier mot et de faire preuve de suprématie.

Aussi, dans la protection des droits fondamentaux, il faut noter qu'il existe des voies de recours ordinaires devant les juges ordinaires. En Espagne, par exemple (pour ne citer que cet exemple, nous verrons

certaines autres cas dans les autres pays, cf. infra), existe un amparo ordinaire pour les droits de « premier rang » en vertu de l'article 53-2 CE disposant que les individus « *peuvent demander protection au juge ordinaire en utilisant une procédure spéciale fondée sur les principes de priorité et d'urgence (preferencia y sumariedad)* »⁵¹⁵. Ce qui a entraîné la mise en place de procédures accélérées devant le juge administratif, le juge pénal et le juge civil, en induisant conséquemment une autre concurrence sur le terrain de la fondamentalisation du droit.

Ce qui nous conduit, quant à nous, à la plus grande accessibilité et plus grande rapidité du juge ordinaire dans la garantie des droits fondamentaux, in fine, dans le cadre du processus de fondamentalisation du droit.

2. Une plus grande accessibilité et une plus grande rapidité du juge ordinaire dans les différents pays étudiés

A l'instar de l'existence en France d'une procédure dite de référé-liberté fondamentale prévue à l'article 521-2 du Code justice administrative depuis la loi du 30 juin 2000 (outre, par ailleurs le fait que le juge civil est érigé en gardien de la « liberté individuelle » en vertu de l'article 66 de la Constitution et qu'il est compétent en matière de voie de fait), il existe dans les autres pays étudiés, notamment, comme nous l'avons vu, en Espagne mais aussi en Allemagne, des procédures permettant aux juges ordinaires de suspendre des actes, provisoirement, dans le cadre d'un référé, dans les cas où ils porteraient atteinte aux droits fondamentaux.

⁵¹⁵ Bon P., « Les droits et libertés en Espagne. Eléments pour une théorie générale », in *Dix ans de démocratie constitutionnelle en Espagne*, Ed. CNRS, Paris, 1991, pp. 35-71

En effet, en Allemagne, l'article 19-4 LF prévoit que « *quiconque est lésé dans ses droits par la puissance publique dispose d'un recours juridictionnel* », ce qui empêche en Allemagne la mise en œuvre de la règle selon laquelle les actes administratifs sont immédiatement exécutoires.

Ainsi, l'article 80 de la loi du 21 janvier 1960⁵¹⁶ sur la juridiction administrative⁵¹⁷ prévoit l'effet suspensif des recours en annulation des actes administratifs, ainsi que celui du recours administratif préalable qui est obligatoire avant l'introduction du recours en annulation. Mais cette règle connaît une multitude d'exceptions, notamment en matière de prélèvements publics obligatoires ou en matière de mesures urgentes des fonctionnaires de police entre autres exceptions légales ou bien administratives, dès lors que l'intérêt général le justifie.

L'article 123 de la loi sur la juridiction administrative prévoit en Allemagne que, dans certaines circonstances, le tribunal est habilité à prendre une ordonnance de référé, quand le requérant prouve qu'il n'existe pas d'autre moyen de sauvegarder ses droits et que le juge évalue favorablement les chances de succès au fond, en pesant, par ailleurs, les intérêts en présence, mais le juge ne peut adopter que des mesures provisoires.

En Espagne, c'est la loi 62/1978 du 26 décembre 1978 relative à la protection juridictionnelle des droits fondamentaux de la personne (LPJDFP) qui prévoit une procédure contentieuse sommaire en cas de violation des droits fondamentaux par l'Administration : elle dispense le requérant d'un recours administratif préalable et lui accorde la

⁵¹⁶ <http://www.bijus.eu/?p=10003>.

suspension de l'acte, sauf si cela occasionne « *un préjudice grave à l'intérêt général* »⁵¹⁸.

Ce faisant, dans la protection des droits fondamentaux, le juge ordinaire est, fort logiquement, le juge de l'urgence. Il est plus accessible que le juge constitutionnel, dont l'accès implique l'épuisement des voies de droit et s'avère, dans le cas général, plus rapide dans la protection des droits fondamentaux.

Le juge constitutionnel n'agit qu'en aval, et, en principe, de façon extraordinaire, dans la garantie individuelle des droits fondamentaux d'un justiciable donné. Cela, parce qu'il lui est impossible d'être le juge des cas d'espèces au regard de leur multiplicité et des contraintes matérielles et techniques auxquelles il a à faire face.

B. L'impossibilité matérielle et technique du juge constitutionnel d'être le juge la totalité des cas d'espèces

Il y a tout d'abord une impossibilité matérielle et technique pour le juge constitutionnel de rendre une décision au fond et/ou motivée pour tous les cas d'espèce (1). Il y a en outre une séparabilité technique entre les questions constitutionnelles par rapport aux faits du cas d'espèce et des autres problèmes juridiques impliqués par une instance particulière (2).

1. L'impossibilité de rendre une décision au fond et /ou motivée pour chaque espèce

En Allemagne, comme en Espagne, le juge ordinaire est d'autant plus le concurrent du juge constitutionnel sur le terrain de la

⁵¹⁸ <http://m2bde.u-paris10.fr/node/2618?destination=node%2F2618>.

protection des droits fondamentaux, conséquemment s'agissant de la fondamentalisation du droit, qu'il est impossible au juge constitutionnel de rendre une décision au fond motivée pour chaque cas d'espèce. Nous le verrons autant en Allemagne (a) qu'en Espagne (b).

a) Une impossibilité matérielle et technique en Allemagne.

Rappelons tout d'abord qu'en Allemagne la Cour constitutionnelle fédérale est composée de seize membres, qui se répartissent en deux chambres (*Senate*) de huit juges chacune.

Or, le parag. 30 de la LCCF prévoit, pour les décisions prises par les Chambres, que : « *la décision doit être formulée par écrit, être motivée et être signée par les juges qui y ont pris part* ». De fait, au regard de la multitude des recours constitutionnels directs, il est impossible aux juges de mettre en œuvre cette exigence pour chaque requête.

C'est pourquoi, la Cour constitutionnelle fédérale a érigé, comme principe de droit processuel général en matière de RCD dirigé contre une décision de justice, le principe selon lequel « *la motivation ne devait pas traiter tous les arguments déduits ou supposés* »⁵¹⁹.

De plus, une multitude de décisions sont dispensées de l'obligation de motivation. Elles se divisent en trois catégories, dont deux participent du filtrage juridictionnel.

D'abord, le parag. 24 de la LCCF permet à chaque chambre de rejeter à l'unanimité les affaires pour irrecevabilité, auxquels cas la décision n'a pas à être motivée si le requérant avait été prévenu sur les doutes qui pesaient sur la recevabilité de son recours.

⁵¹⁹CCF, BVerfGE, tome 22, 267 (274) de 1995

Ensuite, le nouveau parag. 93 LCCF, introduit par la cinquième réforme de cette loi en Août 1993, prévoit que les « *nicht annahme* » ou décisions de non-acceptation des RCD prises par les Sections (*Kammern*) sont motivées, dans certains cas, par une simple « *indication du point de vue juridique déterminant pour le refus* ». De fait ces « *nicht annahme* » sont extrêmement nombreuses et participent d'un filtrage très proche du modèle de certiorari, selon certains auteurs⁵²⁰.

De la même façon, il n'y a pas d'obligation de motivation, en vertu du nouveau parag. 32-5 lorsque la Cour adopte des mesures conservatoires.

Finalement, face au surencombrement de la Cour, déjà remarqué, dû au flux massif des requêtes, seize juges ne peuvent pas traiter toute cette multitude, en examinant de façon approfondie chaque requête et rendre une décision au fond, qui doit être écrite et motivée. Cela rend impossible pour le juge constitutionnel de s'appesantir sur chaque d'espèce, alors que le juge ordinaire, spécialisé dans le contentieux qui le concerne, et réparti sur tout le territoire, est lui le juge naturel des cas d'espèces, d'où une inégalité structurelle de leur concurrence pour la défense des droits fondamentaux.

Le même constat se révèle en Espagne.

⁵²⁰ Favoreu L., Mastor W., *Les cours constitutionnelles*, p. 60

b) L'impossibilité de rendre des décisions au fond et/ou motivées pour chaque cas d'espèce pour le juge constitutionnel espagnol

En Espagne, le Tribunal constitutionnel est composé de douze membres répartis en deux chambres de six juges chacune, qui se subdivisent en sections de trois juges, lesquelles examinent la recevabilité des recours.

En principe, les sentences du Tribunal constitutionnel sont motivées, semblablement à ses « autos ». En effet, l'article 50-1 LOTC prévoit que le Tribunal peut décider de la non-admission d'un recours d'Amparo à l'unanimité de ses membres. Faute d'unanimité, le Tribunal peut décréter la non-admission par une ordonnance motivée, dite « auto », contre laquelle aucun recours n'est possible en vertu de l'article 50-1 LOTC.

Le filtrage juridictionnel s'opère selon les modalités suivantes.

Selon l'article 50-1, « *la section peut décréter, à l'unanimité de ses membres et par une ordonnance non motivée (providencia) l'inadmissibilité du recours dans les cas qui suivent...* ». Il s'agit, par exemple, de cas dits « faciles », où l'inadmissibilité est évidente parce que les droits ou libertés en question ne sont pas susceptibles de RAC (article 50-1 b) LOTC) ou encore, en vertu de l'article 50-1 d), « *lorsque le Tribunal a déjà débouté sur le fond un recours ou une cuestión de inconstitucionalidad ou un recours d'amparo dans un d'espèce substantiellement identique* ». Cependant la providencia prise par une Section est susceptible d'appel, tandis que les « autos » ne le sont pas, étant motivées.

C'est, ici encore, la masse des RAC qui justifie la multitude d'ordonnances non motivées, ou motivées de façon succincte, parce que la loi organique 6/2007 exige dorénavant que le requérant justifie

« l'importance constitutionnelle » de son recours. En une année, 2014, douze juges ont eu à examiner 7 663 RAC, comme nous l'avons déjà dit et comme le souligne le préambule de la réforme qui estimait que le RAC allait jusqu'à « *monopoliser tous les moyens humains et matériels du Tribunal* ». C'est pourquoi, il est impossible de rendre des décisions au fond, écrites et motivées pour tous les recours, ce qui renforce le juge ordinaire dans son rôle de juge de droit commun, juge naturel des cas d'espèces, et dans sa mission de protéger les droits fondamentaux du justiciable, à titre premier, au détriment du juge constitutionnel qui, dorénavant, aura tendance à rendre des décisions revêtant « une importance constitutionnelle » dans le cadre du RAC.

Cet élément est d'autant plus remarquable qu'on note une séparabilité des questions de droit constitutionnel et des faits du cas d'espèce et des autres problèmes juridiques dans les instances particulières.

2. La séparabilité des questions constitutionnelles par rapport aux faits du cas d'espèce et des autres problèmes juridiques de l'instance particulière

Ici encore, le rôle du juge ordinaire est déterminant, parce que c'est lui qui établit les faits dans le contentieux des droits fondamentaux qu'aura à connaître le juge constitutionnel, d'où l'exigence de la subsidiarité devant lui permettre de prendre connaissance de l'opinion des tribunaux ordinaires s'agissant des faits, mais aussi des problèmes juridiques autres que constitutionnelles dans les instances particulières, les premiers éléments visés étant séparables des seconds. Or, ce sont surtout les problèmes juridiques constitutionnels et non pas les autres, qui, en principe, concernent le juge constitutionnel, parce que son contrôle s'opère sur les actes juridictionnels ou sur les règles de droit à l'aune du droit constitutionnel. C'est pourquoi, le Professeur Dittmann

souligne que « *l'examen préalable effectué par les autres tribunaux facilite la concentration de la Cour constitutionnelle fédérale sur le contrôle à l'aune du droit constitutionnel* ».

C'est ce qui explique que, dorénavant, il est exigé en Espagne de prouver que le RAC intenté présente « une importance constitutionnelle ». Et nous avons bien vu qu'en France, le Conseil constitutionnel fait peu de cas des faits de l'espèce dans son contrôle de constitutionnalité *a posteriori* des lois dans le cadre de la QPC. Cela prouve donc qu'il y a bien une séparabilité entre les faits du cas d'espèce et les problèmes juridiques autres que constitutionnels et les questions constitutionnelles dans les instances particulières, qui se posent à l'occasion des recours individuels devant le juge constitutionnel.

Donc c'est le juge ordinaire qui est le juge des faits dans les cas d'espèces et des autres problèmes juridiques en principe, or c'est dans l'établissement des faits et la présentation des problèmes juridiques, ce qui est son rôle, qu'on justifie ou non de l'existence d'une violation d'un droit fondamental. Il joue, ce faisant, un rôle déterminant dans la fondamentalisation du droit, car ce qui sera retenu pour fondamental a toujours pour point de départ des faits et plusieurs problèmes juridiques (administratifs, législatifs ou juridictionnels), le juge constitutionnel devant régler les questions qui en résultent au regard du droit constitutionnel.

Outre la concurrence du juge ordinaire sur terrain de la fondamentalisation du droit en droit interne, le juge constitutionnel des différents pays étudiés, tous membres de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme de 1950, doit faire face à la concurrence ardue du juge européen de Strasbourg, spécialisé en matière de protection des droits de l'homme.

PARAGRAPH 2. La concurrence particulière du juge de Strasbourg en matière de fondamentalisation du droit

La concurrence faite au juge constitutionnel par le juge européen de Strasbourg en matière de fondamentalisation du droit est due au fait notable qu'il est le juge de l'harmonisation des droits fondamentaux en Europe (A), et qu'en pratique, c'est le juge de dernier ressort du justiciable européen invoquant une violation de son droit fondamental par un Etat-membre de la Convention (B).

A. La Cour de Strasbourg, juridiction d'harmonisation des droits fondamentaux au niveau de l'Europe

La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) est une sévère concurrente du juge constitutionnel dans la mesure où elle harmonise les droits fondamentaux en Europe, étant, d'une part, la gardienne du patrimoine commun en matière de droits de l'homme (1), et, d'autre part, chargée de protéger le standard minimum en matière de droits de l'homme (2).

1. Le juge de Strasbourg, gardien du patrimoine commun en matière de droits de l'homme.

Le patrimoine commun des droits de l'homme, que garde la Cour européenne de Strasbourg, s'attache, principalement, aux droits dits « *fondateurs de la démocratie* ». La Cour s'attache, en effet, au principe de prééminence du droit dans son arrêt du 21 février 1975 (n°18, *Golder c/Royaume-Uni*⁵²¹), qui constitue la garantie collective des droits de l'homme. En tant qu'il fonde la société démocratique, ce principe fait office de fondement des droits au procès équitable, à la sécurité juridique ou encore du droit à la sûreté.

Le premier droit que la Cour consacra expressément comme « fondateur de la démocratie » est le droit à la liberté d'expression, décliné comme tel dans l'arrêt « *Handyside* » de 7 décembre 1976⁵²².

Il consacra le même jour un autre droit comme tel, à savoir la liberté de choix des parents en matière d'éducation des enfants, ce, dans l'arrêt « *Kjeldsen, Busk, Madsen et Pedersen c/ Danemark* » (n°23), car il « *vise, nous dit la Cour, à sauvegarder le principe du pluralisme éducatif dont l'existence est jugée essentielle à la préservation de la société* »⁵²³. De même le droit à des élections libres⁵²⁴, l'interdiction absolue des traitements inhumains et dégradants⁵²⁵ ou encore la liberté de pensée, de conscience et de religion⁵²⁶ sont considérés et garantis comme principes fondateurs de la démocratie par la jurisprudence de la Cour.

Ainsi, en tant qu'elle se positionne comme étant le gardien du patrimoine commun des droits de l'homme à travers les principes

⁵²¹ CEDH, 21 février 1975, « *Golder c/ R.U.* req. n°4451/70

⁵²² CEDH, 7 décembre 1976, « *Handyside* », req. n° 5493/ 72. En ce sens, Favoreu L. et alli, *Droit des libertés fondamentales*, 6^{ème} édition, 2012, p. 460

⁵²³ CEDH, 7 décembre 1976, *Madsen, Pedersen et autres*, req. n°5095/71, 5920/72 et 5926/72.

⁵²⁴ CEDH, *Mathieu-Mohin et Clerfayt*, 2 mars 1987, n°113

⁵²⁵ CEDH, 7 juillet 1989, *Soering c/Royaume*, n°161

⁵²⁶ CEDH, 25 mars 1993, *Kokkinakis c/Grèce*, n°260 A.

fondateurs de la démocratie, la juridiction européenne, dont l'exécution des décisions est obligatoire pour les Etats membres de la Convention en vertu de l'article 46 de celle-ci, est une concurrente sérieuse du juge constitutionnel dans le processus de fondamentalisation du droit et dans la garantie de l'Etat de droit.

Cette concurrence et son positionnement dans l'ordre juridique supranational obligent le juge constitutionnel à avoir un œil sur sa jurisprudence, parfois même les Etats à modifier leur législation.

Ainsi, l'arrêt « Ruiz-Mateos », déjà cité, obligea l'Espagne et les autres Etats-Membres à appliquer le droit au procès équitable aux procédures constitutionnelles.

Mieux encore, la Cour constitutionnelle de Karlsruhe, dans son arrêt « Görgülü » de 2004⁵²⁷ affirme que l'Administration et les tribunaux sont tenus de prendre en compte la Convention selon les interprétations qu'en donne la Cour de Strasbourg.

Celle-ci est d'autant plus une concurrente du juge constitutionnel, qu'elle est chargée de protéger le standard minimum des droits de l'homme.

2. Le juge de Strasbourg, chargé de protéger le standard minimum des droits de l'homme.

Il existe, en effet, un certain nombre de droits dits « intangibles »⁵²⁸, auxquels aucun Etat ne peut déroger, quelles que soient les circonstances, ni en cas de guerre ni pour des raisons d'ordre public. C'est la Cour européenne de Strasbourg qui veille sur leur intangibilité, car ils constituent le standard minimum des droits

⁵²⁷ BVerfGE 111, 307 du 14 octobre 2004

⁵²⁸ Favoreu L. et alii, *Droit des libertés fondamentales*, 6^{ème} éd., 2012, p. 459

de l'homme. Et l'article 15 parag. 2 de la Convention en font des droits imprescriptibles et inaliénables. Il s'agit du droit à la vie, prévu à l'article 2 de la Convention, du droit de ne pas être torturé ni de subir des traitements inhumains et dégradants (article 3), du droit de ne pas être réduit à l'esclavage ni de subir des travaux forcés (article 4 parag. I), la non-rétroactivité de la loi pénale (article 7), du droit de ne pas être jugé et puni deux fois pour la même infraction (article 4 du 7^{ème} Protocole).

Ce faisant, en tant que protectrice du standard minimum en matière de droits de l'homme pour tous les pays étudiés, lesquels sont membres de la Convention, et parce qu'elle garantit les principes fondateurs de la démocratie, la Cour européenne de Strasbourg joue d'autant le rôle de gardienne du patrimoine commun en matière de droits fondamentaux et participe d'autant à la fondamentalisation du droit et procède à son harmonisation en Europe, d'où sa concurrence avec le juge constitutionnel.

C'est une concurrente directe, même évidente, du juge constitutionnel en matière de fondamentalisation du droit et elle bénéficie d'une légitimité supranationale. Ceci a ouvert le débat sur l'assimilation de la Cour européenne de Strasbourg à une « Cour constitutionnelle européenne » suivant la référence de son ancien président Ryssdal⁵²⁹, dimension « constitutionnelle » évoquée par la Cour elle-même dans son arrêt « *Loizidou* » du 23 mars 1995⁵³⁰ et entretenue par des commentateurs comme J.-F. Flauss⁵³¹ ou Constance Grewe et Ruiz Fabri⁵³², qui ferait de la Cour de Strasbourg une « super-Cour constitutionnelle » et de la Convention une « charte constitutionnelle » en matière de droits fondamentaux.

⁵²⁹ Favoreu L. et al, *Droit des libertés fondamentales*, 6^{ème} éd., p. 472

⁵³⁰ CEDH, 23 mars 1995, « *Loizidou* », req. n°15318/89

⁵³¹ Flauss J.-F., Les droits de l'homme comme élément d'une Constitution et de l'ordre européen, PA n°52, 1993, p. 10 ; Radioscopie de l'élection de la nouvelle Cour européenne des droits de l'Homme, RTDH, 1998, p. 435

⁵³² Grewe C. et Ruiz Fabri H., *Droits constitutionnels européens*, PUF, coll. « Droit fondamental », 1995.

Mais cette dimension sous-tendue par l'usage fait, en l'occurrence, de l'article 6 parag. I, notamment dans l'Arrêt « Ruiz Mateos », se heurte au fondement de la légitimité de la Cour et de la Convention elle-même, à savoir le caractère international et non constitutionnel du droit qui les fonde : c'est le régime des traités internationaux qui fonde la légitimité de la Cour européenne de Strasbourg et non une Constitution, qui, en principe, émane du peuple souverain ou d'une majorité qualifiée de ses représentants.

Ceci n'empêche que la Cour de Strasbourg soit une véritable concurrente des cours constitutionnelles pour la protection des droits fondamentaux et dans le processus de fondamentalisation du droit, par la divergence des jurisprudences possible entre elle et les Cours constitutionnelles, qui a amenée la Cour constitutionnelle de Karlsruhe à affirmer dans l'arrêt « Görgülü » de 2004 qu'il faut prendre en compte les décisions de la CEDH, ou encore, pour l'Espagne, le fait que le champ d'application couvert par le RAC (article 14 à 30) ne couvre pas tous les droits protégés par la Convention, ce que démontra l'affaire « Ruiz-Mateos », ayant entraîné une condamnation de l'Espagne.

Ce dernier aspect est d'autant plus marqué par le fait que la Cour de Strasbourg se situe en tout dernier ressort s'agissant des voies de recours que le justiciable des pays étudiés a tendance, en pratique, à utiliser pour faire ses droits fondamentaux et la Cour elle-même a tendance à superviser l'activité des cours constitutionnelles par le biais de l'article 6 parag. I.

B. La Cour européenne de Strasbourg, juridiction de dernier ressort en matière de fondamentalisation du droit en Europe

La concurrence de la CEDH par rapport au juge constitutionnel est manifeste sur le terrain de la fondamentalisation du droit par l'inclusion des recours constitutionnels individuels dans le champ des voies de recours internes à épuiser en vertu de l'article 35 parag. I (1), l'utilisation de l'article 6 parag. I pour superviser l'activité des cours constitutionnelles, notamment au regard du délai raisonnable (2) et par le fait que les décisions de la CEDH, rendues, en pratique, en dernier ressort concernant la protection des droits fondamentaux sont obligatoires, exécutoires et non susceptibles de recours pour les Etats (3).

1. L'inclusion des recours constitutionnels dans les voies de recours à épuiser en vertu de l'art. 35 Parag. I CEDH.

En vertu de l'article 35 parag. I de la Convention, la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes. Ceci implique, selon la jurisprudence de la Cour, non seulement le fait que le justiciable doit user de tous les moyens de procédure internes à sa portée en vue d'éviter une violation de la Convention, à condition que ces voies de recours soient accessibles, disponibles et effectives, en droit et en pratique⁵³³.

C'est pourquoi, étant des voies de recours accessibles au justiciable, disponibles et effectives, en droit comme en pratique, la Cour européenne de Strasbourg a été amenée, à la suite de la Commission européenne des droits de l'homme, à inclure, suivant une

⁵³³ CEDH, 20 février 1991, Epoux Vernillo c/France, n°11889/85.

jurisprudence constante la « Verfassungsbeschwerde » allemande⁵³⁴ et le recours d'Amparo⁵³⁵ constitutionnel espagnol comme des voies de recours internes à épuiser en vertu de l'article 35 parag. I, afin de pouvoir la saisir, hors le cas où le requérant se plaint d'une durée excessive de la procédure.

Cette inclusion des voies de recours individuelles directes dans le champ de l'article 35 parag. I revêt une importance considérable dans la mesure où si le justiciable débouté dans son pays en dernier ressort par le juge constitutionnel trouve satisfaction auprès du juge de Strasbourg, cela remet en cause ou l'efficacité de la protection du juge constitutionnel concernant les droits fondamentaux (d'autant plus, si le recours porte sur le même objet, d'où la concurrence) ou l'efficacité des procédures ouvertes devant le juge constitutionnel pour la garantie des droits fondamentaux. Ce qui est source d'une concurrence notoire sur le terrain de la fondamentalisation du droit, avec l'atout du juge européen, que nous verrons, consistant dans le fait qu'il se prononce, le plus souvent, en tout dernier ressort.

Cette inclusion des voies d'accès directes du justiciable au juge constitutionnel⁵³⁶ dans le champ des voies de recours internes à épuiser permet, par ailleurs, au juge européen de superviser l'action des cours constitutionnelles au regard du délai raisonnable, qui, le plus souvent, occasionne les condamnations.

⁵³⁴ CEDH, 18 juillet 1986, *W c /RFA*, n°107885/84 ; et *Adam c/RFA*, 4 décembre 2008, n°44036/02, *AJ Famille*, 2009, p. 32

⁵³⁵ CEDH, 11 décembre 1987 *Union Alimentaria Sanders SA c/ Espagne*, n°11681/85.

⁵³⁶ Signalons aussi que les questions préjudicielles allemande et espagnole sont également incluses dans le champ de l'article 35 parag. I, au contraire de la question incidente italienne au regard de la simple faculté et non de l'obligation du juge ordinaire de soulever la question, la QPC représentant, d'après nous, est une voie de droit, ouverte, disponible et effective, avec l'obligation du juge ordinaire de la transmettre dès lors que les conditions sont réunies et devant donc être incluse dans le champ de cette disposition.

2. La supervision de l'activité des cours constitutionnelles à travers le délai raisonnable de leurs procédures

C'est sur le terrain du délai raisonnable que la Cour européenne de Strasbourg condamne très souvent, en vertu du droit à un procès équitable prévu à l'article 6 parag. I CEDH, des pays comme l'Allemagne ou l'Espagne qui ouvrent un droit d'accès direct au justiciable devant le juge constitutionnel.

Ainsi, le juge européen supervise-t-il l'activité des cours constitutionnelles, qui, comme nous l'avons vu avec le Professeur Dittmann et Ruiz Miguel, est considérablement ralentie par le flux massif des requêtes, notamment les requêtes insignifiantes.

Ainsi, l'Allemagne a été maintes fois condamnée sur le terrain du délai raisonnable par la Cour européenne de Strasbourg⁵³⁷. En effet, dans l'Affaire « Kind c/ Allemagne » de 2003, la CEDH relève et condamne le fait que la procédure avait duré plus de sept ans devant la Cour constitutionnelle fédérale et en a déduit une violation de l'article 6 parag. I. De la même manière, elle condamne l'Espagne pour le caractère excessif de la durée de la procédure devant le Tribunal constitutionnel de Madrid dans l'Affaire « Soto Sanchez »⁵³⁸.

Donc le surencombrement et le ralentissement des cours constitutionnelles par les voies de recours directes sont de nature à occasionner la condamnation de ces pays pour durée excessive de la procédure et fait jouer à la Cour de Strasbourg un rôle de supervision de leur activité, voire de critique même de ce phénomène de lenteur et de surencombrement dû à leur mission de protection subjective des droits fondamentaux. Ce qui peut ouvrir le débat sur le

⁵³⁷ CEDH, 1^{er} juillet 1997, Pammel c/ Allemagne, n°17820/91, AJDA, 1997, p. 977, chronique Flauss ; CEDH, 20 février 2003, Kind c/ Allemagne, n°44324/98 ; Voggenreiter c/Allemagne, 8 février 2004, n°44169/99 (Pour ne citer que celles-ci).

⁵³⁸ CEDH, 25 novembre 2003, Soto Sanchez c/ Espagne, n° 66 6990/01.

surencombrement de la Cour de Strasbourg elle-même, dont nous savons qu'elle liquide de nombreuses affaires, suivant un examen véritablement sommaire.

En tout état de cause, pour se prémunir de ce reproche, la France a règlementé la procédure de QPC, pour ce qui concerne les délais de transmission des juridictions suprêmes, qui sont relativement brefs (trois mois), ainsi que le délai de décision du Conseil constitutionnel (trois mois une fois qu'il est saisi).

Outre cette supervision de l'activité des cours constitutionnelles, la Cour européenne de Strasbourg est une véritable concurrente des cours constitutionnelles en matière de fondamentalisation au regard des caractéristiques et de la portée que revêtent ses décisions.

3. Les décisions obligatoires, exécutoires en droit interne et non susceptibles de recours de la Cour de Strasbourg

La place de la Cour européenne des droits de l'homme est une place privilégiée dans sa mission de garantie et de défense des droits fondamentaux, in fine, dans le processus de fondamentalisation du droit auquel elle procède en Europe. Ceci, parce qu'en vertu de l'article 46 de la Convention, les Etats s'engagent « *à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour, dans les litiges auxquels ils sont parties* ».

Les arrêts de la CEDH revêtent ainsi un caractère obligatoire pour les Etats, l'article 46 parag. II, confiant au Comité des ministres l'exécution des arrêts de la Cour par les Etats (à défaut de laquelle l'Etat peut se voir suspendre son siège au sein du Conseil de l'Europe), et les décisions de la Cour sont non susceptibles de recours, sauf quand elles prises par une Chambre, auquel cas l'appel peut interjeter devant la Grande Chambre, les décisions de cette dernière étant définitives.

Malgré l'autorité relative de chose jugée entre parties dont est revêtue une décision de la CEDH, la non-modification d'une législation ou d'une jurisprudence peut occasionner une démultiplication des requêtes en provenance d'un Etat qui a fait l'objet d'une condamnation pour le motif retenu. Ainsi, l'autorité de la chose jugée par la Cour de Strasbourg dépasse le cadre simple de l'autorité relative pour rentrer dans le cadre de l'autorité de la chose qu'elle a « interprétée ». Une démultiplication des requêtes pouvant induire une somme semblable de condamnations et nuire à l'image de l'Etat, l'Etat condamné se voit en pratique dans l'obligation de mettre en conformité son droit interne avec les exigences de la Cour européenne de Strasbourg.

Ainsi, la CEDH joue un rôle capital dans la fondamentalisation du droit en Europe et centralise en quelque sorte le processus par l'harmonisation européenne des droits fondamentaux qu'elle est amenée à opérer, le plus souvent a minima, parce qu'il existe de nombreuses différences de législations entre les Etats-membres, lesquels jouissent, par ailleurs, du choix de la méthode de mise en conformité de leur droit interne avec la Convention. Mais cela ne laisse nulle place au doute quant au fait que la Cour de Strasbourg garde le patrimoine commun et fait office de concurrent du juge constitutionnel dans la protection des droits fondamentaux.

Ces derniers éléments, ajoutés aux autres voies de recours existant en droit interne et tendant à la protection des droits fondamentaux, rendent aujourd'hui obligatoire pour le juge constitutionnel de prendre part à la circulation des solutions juridiques.

Section 2. L'obligation pour le juge constitutionnel de participer à la circulation des solutions juridiques

L'obligation, aujourd'hui, inévitable pour le juge constitutionnel de prendre part à la circulation des solutions juridiques résulte de la nécessité pour lui d'harmoniser ou de participer à l'harmonie des solutions juridiques internes, d'une part (PARAG.I), mais aussi de sa responsabilité morale ou partielle pour l'intégration du droit international en prévention de ses éventuelles condamnations (PARAG. II).

PARAGRAPHE 1. La nécessité d'harmoniser ou de participer à l'harmonie des solutions juridiques internes

La nécessité d'harmoniser ou de participer à l'harmonie des solutions juridiques internes est, tout d'abord, remarquable en Allemagne en raison du fédéralisme (A), mais aussi dans tous les autres pays étudiés pour des besoins de cohérence du système de protection des droits fondamentaux (B).

A. La nécessité de participer à l'harmonie des solutions juridiques en Allemagne en raison du fédéralisme

En Allemagne, l'ordre fédéral implique l'existence de cours constitutionnelles des Länder, or l'article 90 alinéa 3 de la Loi fondamentale ouvre la possibilité d'une double protection des droits fondamentaux, en ce sens que des recours constitutionnels directs peuvent être intentés devant les cours constitutionnelles des Länder. Cela nécessite donc une clarification de « *ce parallélisme de recours constitutionnels, afin d'exclure le plus possible des collisions ainsi que des décisions divergentes dans l'intérêt de la sécurité juridique* », écrit le professeur Dittmann⁵³⁹.

En principe, le justiciable ne peut introduire un recours constitutionnel direct devant la Cour constitutionnelle d'un Land que sur le fondement de la Constitution de ce Land.

Le problème se pose lorsque le justiciable se trouve en position d'attaquer un acte de la puissance publique d'un Land pour violation d'un droit fondamental consacré et par la Constitution du Land et par la Constitution fédérale (la Loi fondamentale). Ce qui fait que son recours est ouvert autant devant la Cour constitutionnelle fédérale que

⁵³⁹ Dittmann A., « Le recours constitutionnel en droit allemand », op. cit., p. 10

devant la Cour constitutionnelle du Land concerné, d'où la possibilité qu'il y ait des divergences de décisions.

Ici, l'article 100 alinéa 3 de la LF prend tout son sens, car il oblige la Cour constitutionnelle du Land devant lequel est introduit le recours constitutionnel direct de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle fédérale si elle entend s'écarter de l'interprétation que celle-ci ou une cour constitutionnelle d'un autre Land retient de la Loi fondamentale, d'où le rôle d'harmonisation des solutions juridiques internes que la Cour constitutionnelle de Karlsruhe est amenée à jouer dans ces occurrences, parfois en étant obligée de procéder à des revirements de jurisprudence⁵⁴⁰.

Ainsi, comme le note le Professeur Dittmann, « *Ce « renvoi préjudiciel pour divergence » rend une surveillance mutuelle des cours constitutionnelles possible et garantit, en dernier lieu, par la primauté de la Cour constitutionnelle fédérale, l'interprétation homogène des droits fondamentaux contenus de manière identique dans la loi fondamentale et les constitutions des Länder* »⁵⁴¹.

Cependant, le problème s'intensifie lorsque le justiciable souhaite attaquer un acte de la puissance publique d'un Land dont le fondement se trouve dans le droit fédéral, notamment les lois fédérales de procédure. C'est une décision de la CCF de Karlsruhe de 1997 qui donne la solution, en ce sens que l'article 31 de la LF accordant la primauté au droit fédéral n'empêche pas une cour constitutionnelle de Land de procéder à un contrôle de l'acte sur le fondement des droits fondamentaux de la Constitution du Land, à condition que le contenu de ceux-ci diffère des droits fondamentaux analogues compris dans la loi fondamentale⁵⁴². Cette décision tend donc à renforcer les

⁵⁴⁰ Fromont M., « Les revirements de jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne », CCC, n°20 (Dossier : les revirements de jurisprudence du juge constitutionnel), juin 2006.

⁵⁴¹ Dittmann A., *op. cit.*

⁵⁴² BVerfGE 96, p. 345 sq

compétences des cours constitutionnelles des Länder pour désengorger la Cour constitutionnelle fédérale.

Ainsi, en Allemagne, c'est la Cour constitutionnelle fédérale qui harmonise les solutions juridiques et fixe les options de l'harmonisation du système juridique fédéral.

Dans les autres pays étudiés, le juge constitutionnel n'a sans doute pas un rôle identique, mais il demeure obligé de participer à l'harmonisation des solutions juridiques internes pour la cohérence d'ensemble du système de protection des droits fondamentaux.

B. La nécessité de participer à l'harmonie des solutions pour des besoins de cohérence du système de protection des droits fondamentaux

Nous allons respectivement étudier la participation du juge constitutionnel espagnol à l'harmonisation des solutions juridiques internes pour la cohérence du système de protection des droits fondamentaux (1), puis nous nous intéresserons à celle du Conseil constitutionnel (2), avant de l'envisager pour ce qui concerne la Cour constitutionnelle italienne (3).

1. La participation du Tribunal constitutionnel à la cohérence du système interne des droits fondamentaux

Rappelons, d'abord, qu'en Espagne, la loi 62/1978 du 26 décembre 1978 relative à la protection juridictionnelle des droits fondamentaux de la personne (LPJDFP) prévoit une procédure contentieuse sommaire devant le juge administratif pour faire provisoirement obstacle à la violation éventuelle des droits fondamentaux par l'Administration. En outre, à côté de l'amparo constitutionnel, existe l'amparo ordinaire également prévu par l'article 53-2 à la charge du juge ordinaire.

Ces différents mécanismes occasionnent des solutions juridiques parfois substantiellement différentes émanant des juridictions ordinaires. Ce faisant, le Tribunal constitutionnel va jouer le rôle d'harmonisation des solutions juridiques internes par le biais, non pas seulement du RAC ouvert devant lui, mais à travers tous les types de procès portés devant lui. C'est ce qui résulte de la lecture compréhensive de l'article 5-1 de la loi organique relative au pouvoir judiciaire qui dispose que : « *les juges et tribunaux (...) interpréteront et appliqueront les lois et règlements selon les préceptes et principes constitutionnels, conformément à l'interprétation de ces derniers résultant des résolutions édictées par le Tribunal constitutionnel dans tout type de procès* ».

Cette disposition confère, donc, implicitement au Tribunal constitutionnel le rôle de clef de voûte des solutions juridiques internes au système juridique espagnol, en donnant à la « chose interprétée » par le Tribunal une véritable force d'impulsion de l'ensemble du système juridique, car les droits fondamentaux protégés dans le cadre de l'amparo ordinaire seront mis en œuvre par les tribunaux, conformément à l'interprétation que retiendra le Tribunal

dans le cadre de la cuestión de inconstitucionalidad ou du recours en inconstitutionnalité.

Ainsi, outre le RAC, le Tribunal participe à l'harmonisation du système des droits fondamentaux en Espagne par le truchement des autres recours ouverts devant lui.

Ce faisant, comme en Allemagne, l'harmonie des solutions juridiques internes dépend, en Espagne, considérablement des interprétations du Tribunal constitutionnel, qui, comme nous avons déjà eu à le dire, a tendance à y jouer le rôle d'une cour suprême.

La tendance est différente dans les pays privant l'accès direct au justiciable, mais la participation n'y est pas moins nécessaire.

2. La nécessité pour le Conseil constitutionnel de participer à la circulation des solutions juridiques internes

Il n'y a certes pas de fondamentalisation subjective devant le Conseil constitutionnel français, mais bien une fondamentalisation objective, dans l'intérêt du droit et non pas d'un particulier déterminé. Cependant, des voies de recours telles que le référé-liberté de l'article 521-2 du CJA permettent une fondamentalisation subjective devant le juge ordinaire.

Ainsi, cette disposition prévoit que : « *Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement*

illégale ». Ce qui, selon certains auteurs ⁵⁴³ a entraîné, de la part du Conseil d'Etat, « *une interprétation très libérale de la notion de liberté fondamentale* »⁵⁴⁴. Par exemple, le Conseil d'Etat ne considère pas comme étant une liberté fondamentale le droit à protection de la santé⁵⁴⁵, alors qu'il est constitutionnellement protégé par l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 et que le Conseil constitutionnel le reconnaît en tant que tel depuis sa décision 74-54 DC « IVG » de 1975 et accepte de le mettre en œuvre dans de nombreuses décisions telles que la 99-416 DC du 23 juillet 1999 « *CMU* »⁵⁴⁶.

Il en résulte une nécessité, pour le juge constitutionnel, de participer à la circulation des solutions juridiques, pour des besoins de cohérence du système de protection des droits fondamentaux. D'ailleurs, cette interprétation du juge administratif peut être bien mise en question dans le cadre d'une QPC. Faute de quoi, tout comme le juge administratif, le juge judiciaire, « *gardienne de la liberté individuelle* » en vertu de l'article 66, pourrait aussi prendre des libertés avec la jurisprudence du Conseil constitutionnel, mais, fort heureusement, depuis l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 10 octobre 2001 « *Breisacher* », il s'y plie volontairement pour les textes ayant été soumis à l'examen du Conseil. De même, le Conseil d'Etat, dans une décision du 26 juin 2006 « *Anfian et Hassani* » considère que « *l'application et l'interprétation d'une loi, aussi bien par les autorités administratives que le juge, sont liés par les réserves d'interprétation énoncées par le Conseil constitutionnel* »⁵⁴⁷.

Ce faisant, par le biais de la possibilité pour le justiciable de pouvoir contester la portée effective que le juge ordinaire accorde à une

⁵⁴³ Favoreu et al., Droit constitutionnel, p. 915

⁵⁴⁴ Ibid.

⁵⁴⁵ CE, ord. 8 septembre 2005, Garde des Sceaux c/ Bunel, n°284803.

⁵⁴⁶ CC, n°99-416 DC du 23 juillet 1999, « Couverture maladie universelle ».

⁵⁴⁷ CE, ord., ref., 26 juin 2006, n°294505 et 294506, Juris-Data n°2006- 070366.

loi dans le cadre d'une QPC, le Conseil constitutionnel sera plus souvent amené à participer à la circulation des solutions juridiques internes, ainsi qu'il le fit dans sa décision QPC 2010-39⁵⁴⁸, à propos de l'interprétation de l'article 365 du Code civil par la Cour de cassation. Faute de quoi la fondamentalisation du droit sera encore plus diffuse en France, comme le soulignait le Professeur Drago. Car, comme l'écrit le professeur Picard, « *le contrôle de constitutionnalité a permis d'assurer la prééminence des droits fondamentaux. Il est plus vrai encore de reconnaître que, en leur fondamentalité, ils ont déterminé, en droit ce contrôle. Car ce sont bien eux qui ont justifié, en même temps que l'inclusion dans la Constitution de son Préambule, l'extension du rôle du juge constitutionnel, que la Constitution ne prévoyait pas formellement* »⁵⁴⁹.

Cette nécessité d'harmonisation est remarquée par B. Poullain, selon qui, le Conseil constitutionnel « *réunifie le droit. Il le fait par l'interprétation qu'il donne aux droits fondamentaux dont la logique commande qu'elle soit identique dans tout le système juridique* »⁵⁵⁰.

C'est donc un véritable appel au Conseil constitutionnel, qui, dorénavant, en a une grande possibilité par le biais de la QPC de réunifier les solutions juridiques liés à la protection des droits fondamentaux en France, si les juridictions suprêmes chargées de réguler la procédure acceptent de jouer le jeu de la transmission des questions.

Cette nécessité s'impose, de la même manière, à son homologue transalpin.

⁵⁴⁸ CC, QPC 2010-39, du 6 octobre 2010, Mmes Isabelle D. et Isabelle B., JO, 7 octobre 2010, p. 18154.

⁵⁴⁹ Picard E., « L'émergence des droits fondamentaux en France », AJDA, 1998, n° spécial, p. 38

⁵⁵⁰ Poullain B., intervention à la table ronde « L'autorité de chose jugée des juridictions constitutionnelles », in *La Cour de cassation et la Constitution de la république*, PUAM, 1995, p. 280

3. La participation de la Corte costituzionale à la cohérence des solutions juridiques internes

La Cour constitutionnelle italienne participe à la cohérence des solutions juridiques internes par la technique de conciliation des droits et des intérêts en présence⁵⁵¹.

En effet, contrairement à la lecture doctrinale qui entraînerait un catalogue ouvert des droits fondamentaux en Italie à travers l'article 2 de la Constitution, qui dispose que « *La République reconnaît et garantit les droits inviolables de l'homme* », la Cour constitutionnelle italienne avait tendance à faire montre de dogmatisme, restant dans l'optique d'un catalogue fermé jusqu'au milieu des années 1980, c'est-à-dire à retenir comme fondamentaux les droits constitutionnellement garantis et énumérés à la suite de l'article 2⁵⁵².

C'est à partir de l'année 1985 que la Corte s'est engagée dans la voie d'un infléchissement et accepte de dialoguer sur la question avec les juges ordinaires.

Ainsi, dans sa décision 161/1985 du 23 mai 1985, où le juge ordinaire contestait la constitutionnalité de la loi permettant aux transsexuels de changer l'indication de leur sexe au niveau de leur identité, le juge constitutionnel italien accepta, en quelque sorte, d'aller vers l'ouverture et de participer à la circulation des solutions juridiques en reconnaissant la constitutionnalité de la loi en ces termes : « *En définitive, la loi n°164 de 1982 a voulu également prendre en charge ces personnes « différentes », en mettant en place une réglementation visant à leur permettre d'affirmer leur personnalité et ainsi à les aider à dépasser l'isolement, l'hostilité, l'humiliation, lesquels trop souvent les accompagnent. Ce faisant, le législateur italien s'est*

⁵⁵¹ Groppi T. et Meoli C., observations sous l'arrêt 161/1985 du 23 mai 1985, *GDCCE*, n°21, p. 104 sq.

⁵⁵² Groppi T. et Meoli C., observations sous l'arrêt 161/1985 du 23 mai 1985, *GDCCE*, n°21, p. 104 sq.

aligné sur les orientations législatives, administratives et jurisprudentielles, déjà affirmées dans de nombreux Etats, accueillies, à l'unanimité, par la Cour européenne des droits de l'homme (arrêt du 9 mai 1978, affaire Daniel OostenWijck c/ Belgique) et dont l'adoption dans tous les pays membres de la Communauté a été appuyé par une proposition de résolution présentée au Parlement européen en Février 1983 »⁵⁵³. « La loi n°164 de 1982, nous dit la Cour, « se place, ainsi, dans le cadre d'une civilisation juridique en évolution, toujours plus attentive aux valeurs de liberté et de dignité de la personne humaine, qu'elle recherche et protège même dans les situations minoritaires et hors du commun ».

De cette manière, donc, faisant d'une pierre deux coups, la Corte accepte d'entrer dans le débat propre à l'Italie d'un catalogue ouvert ou fermé des droits fondamentaux, ainsi que dans la circulation des solutions juridiques internationales.

Ce dernier élément nous amène à la responsabilité morale ou partielle du juge constitutionnel concernant l'intégration du droit international et les condamnations éventuelles qui y sont relatives.

⁵⁵³ CCI, n°161/1985 du 23 mai 1985, GDCCE, n°21, Dalloz, 2008, p. 103

PARAGRAPHE 2. La responsabilité morale ou partielle du juge constitutionnel dans l'intégration du droit international et la prévention de ses condamnations

La responsabilité morale est plus grande pour le juge constitutionnel dans la prévention des condamnations internationales, dès lors que le justiciable bénéficie d'un accès direct auprès de lui au titre des droits fondamentaux, comme c'est le cas en Allemagne ou en Espagne (A) et il y a un besoin d'adaptation du juge constitutionnel dans les pays le privant de l'accès direct toujours en vue de prévenir les condamnations (B).

A. La responsabilité morale ou partielle du juge constitutionnel dans les pays ouvrant l'accès direct.

Nous allons, tout d'abord, nous intéresser à la responsabilité du juge constitutionnel dans l'intégration du droit international et la prévention des condamnations (1), avant de l'établir pour son homologue de la péninsule ibérique (2).

1. La responsabilité du juge constitutionnel allemand dans l'intégration du droit international et la prévention des condamnations

En Allemagne, au regard du positionnement de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe sur le terrain de la protection des droits fondamentaux, les condamnations internationales qui relèvent de l'intégration de l'Allemagne au système de protection des droits de l'homme de la CEDH ou simplement de son intégration à l'Union européenne lui sont moralement ou partiellement imputables.

Ainsi, lorsque le pays est condamné pour des raisons de forme pour une durée excessive de la procédure devant la Cour constitutionnelle comme dans les affaires « Pammel » de 1997, « Kind » de 2003 ou « Voggenreiter » de 2004, les condamnations lui sont partiellement, moralement, voire directement imputables.

Mais aussi, au regard de son positionnement sur le terrain de la fondamentalisation et dans l'ordonnancement juridique de la République fédérale, les condamnations au fond lui sont également moralement ou partiellement imputables, car c'est elle qui régule la protection des droits fondamentaux au sein de la Fédération. C'est pourquoi incite-t-elle dans sa décision « Görgüllü » de 2004 les tribunaux et l'Administration à prendre en considération les décisions de la CEDH. Sa responsabilité n'est pas juridique, car la convention n'est pas intégrée dans la loi fondamentale, mais elle est morale au regard de son rôle de régulatrice suprême des droits fondamentaux en Allemagne.

Cela dit, sa responsabilité devient plus directe au fond et plus juridique aussi, par le biais de l'intégration de la Fédération à l'Union Européenne, qui édicte des normes qui emportent avec elles des droits fondamentaux ou posant des problèmes au regard des droits fondamentaux.

C'est pourquoi, en 1974, dans une décision dite « Solange I »⁵⁵⁴, la Cour admettait de contrôler les actes communautaires au regard des droits fondamentaux aussi longtemps que ceux-là ne garantissaient pas une protection équivalente à celle qu'offre la Constitution allemande. A partir de 1986, c'est-à-dire à partir de la décision dite « Solange II »⁵⁵⁵, la Cour commença à ne plus admettre la « Verfassungsbeschwerde » contre les actes communautaires dérivés

⁵⁵⁴ BVerfGE 3, p. 271 *sq.*

⁵⁵⁵ BVerfGE 73, p 339 *sq.*

pour cause d'irrecevabilité, parce qu'elle considérait, alors, que le même niveau de protection des droits fondamentaux était garanti par ces actes⁵⁵⁶, et qu'il en serait ainsi tant que cette situation durerait.

Puis, elle se rétracta à travers sa décision « Maastricht » de 1993⁵⁵⁷, en se considérant comme responsable de la protection d'ensemble des droits fondamentaux dans le cercle de validité de la Loi fondamentale et qu'elle n'excluait plus, ainsi, de contrôler les actes du droit communautaire dérivé à l'aune des droits fondamentaux garantis par la Loi fondamentale.

Elle se démentit partiellement ensuite à partir de l'affaire dite du « marché de bananes » du 7 juin 2000 (déjà cité, cf. 1^{ère} Partie), en faisant valoir qu'elle ne s'était pas absolument écartée de sa décision « Solange II », reprochant même, rappelons-le, au juge qui lui avait posé la question d'avoir mal compris sa décision « Maastricht ». Elle entra, ainsi, dans la tendance consistant à renforcer son contrôle au regard des critères fixés par la décision « Solange II », c'est-à-dire, finalement, qu'un contrôle des actes communautaires dérivés est possible, à condition qu'on établisse que le droit issu de l'Union européenne, y compris de la jurisprudence de la CJUE, serait descendu en dessous du standard minimum de protection fixé par « Solange II », maintenant incluse dans la clause dite de « garantie structurelle » de l'article 23, I, 3) de la Loi Fondamentale.

Ce qui entraîne que la « Verfassungsbeschwerde » contre les actes communautaires n'est possible que si le justiciable démontre, non pas seulement qu'il y a eu déficit de protection des droits fondamentaux dans le cas d'espèce, mais que le droit européen, d'une façon générale, est descendu en dessous du standard minimum de protection des droits fondamentaux. Or, comme l'avoue le Professeur

⁵⁵⁷ BVerfGE 89, p. 155 sq.

Dittmann, « *La preuve d'un tel déficit paraît assez difficile à établir en pratique, alors précisément que les tribunaux communautaires intensifient leurs efforts en vue de renforcer l'efficacité des droits fondamentaux communautaires comme de faire progresser leur approfondissement doctrinal* »⁵⁵⁸.

Par conséquent, il existe non seulement une responsabilité morale du juge constitutionnel au regard d'éventuelles condamnations internationales sur le terrain des droits fondamentaux par la CEDH, mais aussi une responsabilité dans l'intégration et la réception du droit international qui transporte ou pose des problèmes de droits fondamentaux au sein du système juridique de la Fédération.

La responsabilité du juge constitutionnel espagnol, est quant à elle, plus claire et plus simple à établir.

2. La responsabilité du juge constitutionnel espagnol dans l'intégration du droit international et la prévention des condamnations.

La responsabilité du juge constitutionnel espagnol en matière de prise en compte du droit international et des ses éventuelles condamnations est aisée à établir pour deux raisons, dont l'une relève de l'histoire bien connue des procédures constitutionnelles intentées devant lui, et l'autre de l'article 10 parag. II de la CE qui est très explicite en ce sens.

Ainsi, dans l'affaire « Ruiz Mateos » de 1993, la responsabilité du juge constitutionnel espagnol est clairement établie au regard du procès équitable par la Cour européenne de Strasbourg, qui affirma, en effet, que « *la Cour ne peut s'empêcher de constater qu'en*

⁵⁵⁸ Dittmann A., « Le recours constitutionnel en droit allemand », op. cit. p. 11

l'occurrence les procédures constitutionnelles s'établirent sur un laps de temps trop long »⁵⁵⁹. De la même façon, l'Espagne fut condamnée pour durée excessive de la procédure imputable au juge constitutionnel dans l'affaire « Soto Sanchez » de 2003 précitée.

Mais, la responsabilité du juge constitutionnel espagnol en matière d'intégration du droit international et de ses éventuelles condamnations résulte plus explicitement de l'article 10-2 de la Constitution du Royaume qui prévoit que « *les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés publiques que la Constitution reconnaît seront interprétées conformément à la Déclaration universelle des droits de l'homme et aux traités et accords internationaux sur les mêmes matières ratifiés par l'Espagne* ».

La Convention européenne des droits de l'homme étant la norme la plus contraignante pour le Royaume, comme le reconnaît Maria Fraile⁵⁶⁰, le Tribunal constitutionnel s'est d'abord montré réticent face à une modification du droit interne espagnol qu'impliquerait les arrêts de la CEDH⁵⁶¹, puis les affaires « Ruiz-Mateos » et les modifications de la LOTC intervenues en 2007, facilitèrent son acceptation de mise en conformité avec les décisions de la Cour de Strasbourg, car la réforme tendit à élargir les causes de déclenchement d'un recours en nullité devant le Tribunal.

Avant cette modification, la Cour avait accepté de collaborer plus efficacement en acceptant mieux les décisions provenant de Strasbourg, comme dans le cas que nous cite Maria Fraile⁵⁶², de l'admission d'un amparo par une ordonnance (« auto ») rendue en 2005 (ordonnance n°27/2005), qui portait sur des faits qui avaient donné

⁵⁵⁹ CEDH, 23 juin 1993, Ruiz-Mateos c/Espagne, n°12952/87.

⁵⁶⁰ Fraile M., Observations la décision ATC n°245/1991 du 16 décembre 1991, « Bulto », GDDCE, n°27, Dalloz, 2008, p. 133 sq.

⁵⁶¹ ATC n° 245/ 1991, « Bulto », GDCCE, n°27, Dalloz, 2008, pp. 132-133

⁵⁶² Fraile M., Observations sous ATC 245/1991, GDDCE, p. 39

lieu à une condamnation de l'Espagne par la CEDH dans l'affaire « Moreno Gomez c/Espagne du 16 novembre 2004, alors que, dans un premier temps (ATC 119/2001), le Tribunal constitutionnel avait refusé des RAC sur des faits similaires, à savoir le prix attaché à la passivité des pouvoirs publics devant le bruit⁵⁶³.

Ainsi, le juge constitutionnel espagnol est responsable de la mise en œuvre effective de l'article 10-2 CE, notamment au regard de la CEDH. Le débat s'était, d'ailleurs, ouvert sur l'extension du champ d'application du RAC pour éviter les condamnations de l'Espagne à la suite de l'affaire Ruiz-Mateos, car était en cause le droit de propriété prévu à l'article 33 et n'entrant pas dans le champ du recours.

Il faut donc relever que dans le cadre de la *question de inconstitucionalidad* ou du recours en inconstitutionnalité, le Tribunal peut interpréter les droits fondamentaux n'entrant pas dans le champ du RAC à la lumière des traités relatifs aux droits de l'homme ratifiés par le pays, d'où sa responsabilité plus que morale, mais juridique, quant à la réception du droit international et la prévention des condamnations du pays susceptibles d'en résulter, a fortiori, quand le droit fondamental entre dans le champ de l'Amparo constitutionnel, comme dans l'Affaire « Moreno Gomez ».

Ainsi, le processus de fondamentalisation du droit oblige le juge constitutionnel à se conformer ou à s'adapter à leur logique d'internationalisation.

Les pays n'ouvrant pas l'accès direct du justiciable au juge constitutionnel n'y échappent pas.

⁵⁶³ Fraile M., Observations la décision ATC n°245/1991 du 16 décembre 1991, « Bulto », GDDCE, n°27, Dalloz, 2008, p. 133 sq.

B. La nécessaire adaptation du juge constitutionnel en l'absence de voie de recours directes dans l'intégration du droit international et la prévention de ses condamnations

Nous allons, d'abord, analyser la nécessité de l'adaptation du juge constitutionnel français au contexte international (1), avant d'en faire de même pour son homologue italien (2).

1. La nécessaire adaptation du juge constitutionnel français au contexte international

Le Conseil constitutionnel français est conscient du contexte international relatif à la fondamentalisation du droit, notamment au regard de la jurisprudence de la Cour européenne de Strasbourg. C'est pourquoi, non seulement il s'adapte au contexte en se mettant en conformité avec les exigences de Strasbourg, d'abord, dans le cadre de ce qu'il est convenu d'appeler « un dialogue sans paroles »⁵⁶⁴, mais encore il procède à l'anticipation des condamnations.

Ainsi, Olivier Dutheillet de Lamothe a pu déterminer de façon précise la convergence jurisprudentielle du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne de Strasbourg⁵⁶⁵. Citons en référence le concept de pluralisme des courants de pensée et d'opinion⁵⁶⁶, importé depuis Strasbourg, de même que le rapprochement de l'article 6 de la Convention avec l'article 16 de la DDHC. Ce qui a fait dire au

⁵⁶⁴ Dutheillet de Lamothe O., « Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme : un dialogue sans paroles », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 403-417

⁵⁶⁵ Dutheillet de Lamothe O., *L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le Conseil constitutionnel*, 13 février 2009, Exposé lors de la rencontre Conseil constitutionnel-Cour européenne des droits de l'homme sur le site du Conseil constitutionnel, lien : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/cedh_130209_odutheillet.pdf.

⁵⁶⁶ CC, n°89-271 DC du 11 janvier 1990.

professeur François Luchaire que « *le Conseil constitutionnel et la cour européenne protègent en fait les mêmes droits* »⁵⁶⁷.

A ce sujet, l'ancien Secrétaire général Marc Guillaume, admettait l'alignement du Conseil constitutionnel sur la Cour européenne de Strasbourg en matière de validations législatives⁵⁶⁸, qui a amené le premier à se montrer plus exigeant dans le caractère suffisant du motif d'intérêt général, la Cour européenne ayant eu à déclarer comme étant contraire à la Convention ⁵⁶⁹, une loi de validation que le Conseil constitutionnel avait déclarée conforme à la Constitution⁵⁷⁰, ce qui entraîna un renversement de jurisprudence de la part du Conseil en renforçant ses exigences⁵⁷¹. Cet épisode rapprocha, selon Marc Guillaume, les deux institutions, de l'aveu du président Jean-Paul Costa⁵⁷². Et le Conseil visa même une décision de la CEDH, en l'occurrence l'Affaire « Leila Sahin C/Turquie » du 29 juin 2004 dans sa décision 2004-505 DC du 19 novembre 2004 sur le projet d'un traité établissant une Constitution pour l'Europe.

Ceci, s'agissant seulement de l'adaptation du Conseil constitutionnel, car comme le remarque O. Dutheillet de Lamothe : « *Le Conseil constitutionnel, s'il veut garantir l'unité de l'ordre juridique français et la sécurité juridique qui en découle pour les justiciables, est donc tenu de s'inspirer, lui aussi, de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg* »⁵⁷³.

⁵⁶⁷ Luchaire F., « Le Conseil constitutionnel et la Convention européenne des droits de l'homme », Gaz. Pal. 10 juin 2007, n°161, p. 11.

⁵⁶⁸ Guillaume M., « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », op. cit. pp. 1-2

⁵⁶⁹ Zilelinki, Pradal Gonzal et autres c/ France, AJDA, 2000, p. 526, chronique Flauss.

⁵⁷⁰ CC, n° 93-332 DC du 13 janvier 1993, D. 1995, p. 289 observations Gaïa ; op. cit. Observations Oliva, p. 293.

⁵⁷¹ CC, n°99-422DC du 21 décembre 1999, RFDA, 2000, p. 289, note B. Mathieu.

⁵⁷² Guillaume M., « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », op. cit.

⁵⁷³ Dutheillet de Lamothe O., *L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le Conseil constitutionnel*, 13 février 2009, op. cit.

Mais il y a aussi une anticipation du Conseil constitutionnel, qui est allé jusqu'à auditionner le jurisconsulte de la CEDH, selon Marc Guillaume⁵⁷⁴, avant de statuer sur la loi de 2008 relative à rétention de sûreté et la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental.

Cette adaptation et cette anticipation s'opèrent non seulement dans le cadre du contrôle a priori, mais aussi, aujourd'hui, dans le cadre de la QPC. C'est ainsi que la décision QPC 2010-1 du 28 mai 2010 relative à la « cristallisation des pensions » a été inspirée et précédée par une étude minutieuse de la jurisprudence de la Cour européenne de Strasbourg de la part du Conseil constitutionnel⁵⁷⁵, ceci, pour éviter une probable condamnation.

Outre ce dialogue avec Strasbourg, le Conseil constitutionnel s'adapte à l'intégration de la France à l'Union européenne, dont nous savons qu'elle emporte également avec elle des droits fondamentaux ou occasionne, comme nous l'avons vu Outre-Rhin des problématiques liées aux droits et libertés que la Constitution garantit.

En effet, le Conseil constitutionnel affirme, dans sa décision 2004-496 DC du 10 juin 2004 relative à la loi sur l'Economie numérique que la transposition d'une directive est une exigence constitutionnelle résultant de l'article 88-1 de la Constitution et il se veut, ainsi, compétent pour contrôler le respect de la loi de transposition par rapport à la directive qui a entraîné son adoption (CC n°2006-535 DC du 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*)⁵⁷⁶.

⁵⁷⁴ Guillaume M., « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », op. cit., p. 11.

⁵⁷⁵ Guillaume M., « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », op. cit., p. 12

⁵⁷⁶ Cf. Favoreu L. et al., *Droit constitutionnel*, 17^{ème} éd., 2015, p. 140

Cependant, pour marquer la souveraineté du pays, le Conseil fait valoir, dans sa décision 540 DC du 27 juillet 2006, que « *la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti* ». D'autre part, il affirme dans la décision 543 DC du 30 novembre 2006, qu'il ne déclare non conforme à l'article 88-1 de la Constitution qu' « *une disposition législative manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer* »⁵⁷⁷.

Ici, il nous faut avouer une chose, celle qui consiste à dire que, bien qu'une doctrine sans doute majoritaire⁵⁷⁸ n'intègre pas le droit communautaire dans le Bloc de constitutionnalité, le contrôle qu'opère le juge constitutionnel français sur le fondement de l'article 88-1 est très proche de celui-ci qu'opère son homologue italien par la théorie des « *normes interposées* ». Cela nous prouve, au regard de ce que nous avons pu relever en Allemagne et en Espagne, que les juges constitutionnels, bien qu'étant placés dans des systèmes juridiques différents, avec des procédures différentes, sont confrontés aux mêmes difficultés et doivent faire face aux mêmes problèmes, en l'occurrence, ceux liés à l'intégration à un système supranational de protection des droits fondamentaux (la CEDH) et à l'intégration souveraine de leurs Etats au sein de l'Union européenne.

Ce qui, en fin de compte, nous emmène de l'autre côté des Alpes.

⁵⁷⁷ Cf. Favoreu L. et autres, *Droit constitutionnel*, ibid

⁵⁷⁸ Cf. Favoreu L. et autres, *Droit constitutionnel*, ibid.

2. L'adaptation du juge constitutionnel italien au contexte international

Nous avons déjà vu qu'avec la décision n°161/1985⁵⁷⁹, la *Corte costituzionale* admettait déjà que ses décisions rentraient dans « le cadre d'une civilisation juridique en évolution, toujours plus attentive aux valeurs de liberté et de dignité de la personne humaine, qu'elle recherche et protège même dans les situations minoritaires et hors du commun » et que, finalement, « le législateur italien » s'était « aligné sur les orientations législatives, administratives et jurisprudentielles, déjà affirmées dans de nombreux Etats, accueillies, à l'unanimité, par la Cour européenne des droits de l'homme (arrêt du 9 mai 1978, affaire *Daniel OostenWijck c/ Belgique*) et dont l'adoption dans tous les pays membres de la Communauté a été appuyé par une proposition de résolution présentée au Parlement européen en Février 1983 »⁵⁸⁰. Ceci démontra son acceptation explicite de participer à la circulation des solutions juridiques et de s'adapter au contexte international, s'agissant, en l'occurrence, dans le droit des transsexuels à affirmer leur identité, réfutant, ainsi, les arguments que lui opposait le juge de renvoi.

Cependant, comme nous l'avons également souligné, à travers les arrêts « *Brozicek c/ Italie* » de 1989 ou encore *Spadea et Scalabrino c/Italie* de 1995⁵⁸¹, la Cour européenne de Strasbourg ne reconnaît pas la question incidente de constitutionnalité italienne comme une voie de recours interne à épuiser pour la saisir en vertu de l'article 35 parag. I CEDH, au regard de la simple faculté, et non de l'obligation, pour le juge ordinaire italien de poser une question au juge constitutionnel en soulevant d'office l'inconstitutionnalité de la norme contestée ou à la demande du justiciable.

⁵⁷⁹ *GDCCE*, n°21, Dalloz, 2008, p. 103 sq.

⁵⁸⁰ *GDCCE*, n°21, Dalloz, 2008, p. 103 sq.

⁵⁸¹ CEDH, 28 septembre 1995, *Spadea et Scalabrino c/ Italie*, n°12868/87, *AJDA*, 1995, p. 124, chronique Flauss.

Ainsi, la réaction-adaptation de la Corte *costituzionale* est dorénavant bien connue, elle consiste à intégrer le contrôle de conventionalité dans le contrôle de constitutionnalité en retenant comme étant une *norma interposta* et donc un paramètre du contrôle de constitutionnalité la norme issue de la convention internationale.

Elle le fait avec audace, clarté et éclat dans son arrêt n° 349/2007 du 24 octobre 2007⁵⁸² en s'appuyant sur l'article 117 de la CI.

La lecture de la décision montre, comme nous l'avons remarqué, des similitudes avec le contrôle qu'opère le Conseil constitutionnel des lois de transposition des directives sur le fondement de l'article 88-1.

En effet, l'argumentation est la même.

De fait, la Cour estime qu' « *à la lumière de l'ensemble des normes constitutionnelles ainsi que des orientations de cette Cour, il ne fait aucun doute que le nouveau texte de l'article 117, premier alinéa, comble une lacune et qu'il est lié, en harmonie avec les constitutions d'autres pays européens et abstraction faite de sa place au sein de la Charte constitutionnelle, à l'ensemble des principes garantissant déjà de manière expresse au niveau primaire le respect de certaines obligations internationales prises par l'Etat* ». « *Cela ne signifie pas, bien entendu, nous dit la Cour, qu'avec l'article 117, premier alinéa, de la Constitution, on puisse attribuer un rang constitutionnel aux normes contenues dans des accords internationaux qui font l'objet d'une loi ordinaire d'adaptation, comme c'est le cas des normes de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)* ». « *Le paramètre constitutionnel ici examiné, explique-t-elle, implique, en fait, l'obligation pour le législateur ordinaire de respecter lesdites normes, avec la conséquence que la norme nationale incompatible avec la norme de la CEDH et donc avec les obligations internationales visées par*

⁵⁸² GDCCE, sous la direction de P. Bon et D. Maus, Dalloz, 2008, p. 413 sq.

l'article 117, premier alinéa, viole pour cela même ce paramètre constitutionnel(...) de sorte que la norme de référence applicable (...) est communément qualifiée de « norme interposée ». C'est une argumentation fascinante, qui pose cependant un problème que voici.

Le juge constitutionnel italien intègre le contrôle de conventionalité au regard de la CEDH dans le contrôle de constitutionnalité et félicite même le juge de renvoi, quant au fait qu'il a bien perçu qu'en cas de doutes sur la compatibilité entre la norme interne et la norme interposée il doit le saisir afin qu'il puisse en juger.

Cependant, cette invitation à la saisine s'agissant des normes issues de la CEDH, il ne le reprend pas s'agissant des actes communautaires. Il accepte et affirme la primauté du droit communautaire sur le droit interne depuis longtemps⁵⁸³, admet que le droit communautaire puisse être qualifiée de « norme interposée »⁵⁸⁴ et de contrôler les normes internes sur son fondement, mais uniquement par voie d'action.

Rien ne justifie que le juge italien, dans le cadre des procès incidents, refuse de contrôler les normes internes à la lumière des actes communautaires, qui pourtant trouvent leur fondement de « normes interposées » dans l'article 111, premier alinéa. *« Il retient, nous disent Tania Groppi et Chiara Meoli, « l'argument selon lequel, dans le procès par voie incidente, il revient au juge de renvoi de soulever une question préjudicielle communautaire, avant de soulever la question de constitutionnalité. Ainsi, dans le cas d'une « double question préjudicielle » (communautaire et constitutionnelle), la Cour a déclaré inadmissibles les questions dans lesquelles le juge de renvoi ne s'était*

⁵⁸³ CCI, n°170/1984 du 8 juin 1984, GDCCE, n°98, Dalloz, 2008, p. 447 sq. Obs. T. Groppi et C. Meoli.

⁵⁸⁴ Cf. Observations Groppi et Meoli sous l'arrêt 170/1984, GDCCE, pp. 450-451

pas adressé, de manière préventive, à la Cour de Luxembourg (voir, par l'ordonnance n°319 de 1996) »⁵⁸⁵.

Dans le cadre des procès par voie d'action, la Cour constitutionnelle italienne soulève elle aussi des questions préjudicielles de droit communautaire devant la Cour de Justice de Luxembourg (voir par exemple, Ordonnance n°103 de 2008).

Ainsi, au contraire de la France où la question de constitutionnalité revêt un caractère prioritaire, en Italie, dans la perspective de l'intégration européenne, c'est la question préjudicielle à la CJUE qui revêt le caractère prioritaire selon la *Corte*.

Finalement, dans chaque pays, le juge constitutionnel s'adapte comme il peut pour participer à la circulation des solutions juridiques, prendre en compte le droit issu de la CEDH (ou prévenir ses condamnations) et collaborer à l'évolution de la communauté de nations intégrées que constitue l'Union européenne.

⁵⁸⁵ Groppi T. et Meoli C., obs. sous l'arrêt n°13/1960 du 23 mars 1960, GDCCE, Dalloz, 2008, p. 682

CONCLUSION DU CHAPITRE II DU TITRE II

Le dernier chapitre de cette thèse démontre que c'est dans la protection des droits fondamentaux, finalement dans le processus de fondamentalisation du droit, que le juge constitutionnel est amené à être concurrencé par les juges ordinaires et européens, la constitutionnalisation du droit étant de son seul ressort.

La concurrence que lui fait le juge ordinaire est, tout d'abord, naturellement inégale, car ce dernier est non seulement le juge de l'urgence, le juge du provisoire, en même temps que c'est souvent le juge des mesures conservatoires, mais encore il y a une inégalité structurelle, car le juge ordinaire est réparti sur tout le territoire et s'avère, en pratique, plus accessible et plus rapide que le juge constitutionnel.

Cependant, il y a une complémentarité entre les niveaux et les domaines de leurs interventions respectives, puisque, le plus souvent, il y a une différence entre les textes qu'ils ont à appliquer, mais également une différence entre les objectifs des recours par lesquels ils sont saisis.

De fait, en Allemagne et en Espagne, où il existe des procédures d'urgence ou de référés, et où l'accès direct au juge constitutionnel est ouvert au justiciable, le juge ordinaire prépare le terrain de l'intervention du juge constitutionnel, car c'est dans la mise en œuvre qu'il opère des droits fondamentaux, que le juge constitutionnel réalise l'état dans lequel se trouve leur niveau de protection et il intervient, dans un sens ou dans l'autre, en vue de mettre à jour leur système de défense par des décisions de grande portée.

Donc, le fait que le juge ordinaire se trouve en première ligne sur le terrain de la fondamentalisation donne un éclairage et apporte des possibilités de solutions de grande portée au juge constitutionnel.

Ainsi, si le caractère extraordinaire initial de la « Verfassungsbeschwerde », ainsi que de l'Amparo constitutionnel, montre bien, que leur usage a été banalisé par le justiciable, les voies de recours qu'ils constituent n'en sont pas moins des garanties spécifiques primordiales des droits fondamentaux. C'est, en effet, la demande de fondamentalisation par le justiciable qui dépasse l'offre de constitutionnalisation, mais cela ne pose pas de problème au niveau interne, pour les pays ouvrant l'accès direct, car le juge constitutionnel harmonise et régule les solutions juridiques internes, en intervenant en aval dans la circulation des solutions, avec l'atout dont il bénéficie dans les pays ouvrant l'accès direct, qu'il peut se comporter en cour suprême.

Au niveau international, puisqu'il est le juge suprême d'un Etat de droit intégré dans un système de protection commune des droits fondamentaux et, que de cette manière, les condamnations de l'Etat lui sont, souvent, ou moralement ou partiellement imputables, il collabore bon gré mal gré avec les juges européens par une prise en compte de leurs décisions, comme l'article 10-2 de CE l'impose au juge constitutionnel espagnol ou en appelant les tribunaux et l'Administration à les prendre compte, comme le fait la Cour constitutionnelle de Karlsruhe dans sa décision « Görgulli » de 2004, conscient qu'il est de sa responsabilité dans l'intégration du droit international et dans la prévention de ses condamnations.

Dans les pays privant l'accès direct du justiciable au juge constitutionnel, ce dernier s'adapte par anticipation comme le fait le Conseil constitutionnel en France ou par intégration comme le fait la

Cour constitutionnelle italienne, laquelle intègre le contrôle de conventionalité dans le contrôle de constitutionnalité et demande au juge ordinaire d'accorder la priorité à la question préjudicielle possible devant la CJUE, quand il est face à la situation de poser, en même temps, une question incidente à la Cour constitutionnelle, ce, au bénéfice de l'intégration de l'Italie à l'Union européenne.

Ainsi, dans les différents pays étudiés, le juge constitutionnel s'adapte à cette nouvelle exigence des Etats de droit que constitue la fondamentalisation subjective, en étant obligé de participer à la circulation des solutions juridiques.

CONCLUSION DU SECOND TITRE

La dénaturation de la mission de constitutionnalisation objective en fondamentalisation subjective du droit a, donc, dans les pays ouvrant l'accès direct du justiciable au juge constitutionnel, pour conséquence principale d'obliger le juge constitutionnel à se comporter en Cour suprême, ce qui, d'ailleurs, est le souhait même du justiciable.

Mais la concurrence que lui fournit tant le juge ordinaire que le juge supranational européen sur ce terrain l'appelle à plus de pragmatisme et l'oblige à collaborer efficacement avec les différentes instances.

Il est, dès lors, remarquable que si les constitutions, quasiment toutes les constitutions que nous avons étudiées, ont été prévues pour être rigides, elles ne rentrent dans le cadre des nouvelles exigences de l'État de droit et dans le système d'intégration européen que parce que le juge constitutionnel fait montre de pragmatisme, non pas de dogmatisme.

Le juge constitutionnel allemand, en particulier, fait preuve d'une si grande habileté qu'il rayonne sur le terrain de la fondamentalisation autant, sinon davantage que le juge européen de Strasbourg, qui est souvent décrié au nom des souverainetés nationales. Ainsi, fondamentalise-t-il le droit allemand et réagit-il avec autant de flexibilité que de fermeté qu'il n'a, souvent, de leçons à n'attendre de personne, sinon seulement au regard du délai raisonnable, par ailleurs dû à son surencombrement.

Le juge espagnol agit avec autant de rigueur, mais se montre moins flexible sur le terrain de la fondamentalisation par une certaine forme de réticence par rapport à Strasbourg, bien qu'il est vrai que le RAC est constitutionnellement limité aux dispositions des articles 14 à

30 de la Constitution, si bien que ses prérogatives en matière de garantie individuelle des droits fondamentaux sont subséquentement limitées.

La QPC en France constitue un grand pas posé en avant dans cette nouvelle exigence de l'Etat de droit que constituent la fondamentalisation du droit et celle des rapports juridiques qui vont avec, mais il s'agit d'un pas insuffisant au regard du droit comparé, car plus rien ne justifie qu'on prive le justiciable français d'un droit d'accès direct à la justice constitutionnelle, car ses semblables allemands, espagnols et américains en bénéficient, sinon, peut-être, l'élitisme qui est encore le fait en France du droit constitutionnel.

En tout état de cause, le Conseil constitutionnel s'adapte, disons-le, bien et comme il peut à ses nouvelles exigences, en se mettant en conformité ou en anticipant sur les décisions de condamnations européennes, il ne lui reste plus qu'à faire preuve de plus d'audace dans le cadre de la QPC et d'imposer aux cours suprêmes des ordres administratif et judiciaire ses visées par le biais de la remise en cause de leur jurisprudence effectuée sur la base d'interprétations consolidées, car rien, par exemple, ne justifie que le Conseil d'Etat n'accorde pas la garantie d'une liberté fondamentale au droit à la santé dans le cadre du référé-liberté, alors que l'article 11 du Préambule de la Constitution de 1946 le prévoit explicitement. C'est « *un combat pour le droit* » que le Conseil constitutionnel se doit de mener et de remporter avec les instruments dont il dispose.

Son homologue italien a fait preuve de cette audace en intégrant le contrôle de conventionalité au bénéfice de la fondamentalisation, le Conseil peut en faire davantage, en dépit des textes, en imposant d'ambitieuses exigences de protection des droits fondamentaux par le biais de la QPC.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

La décision de la Cour Constitutionnelle Fédérale allemande du 10 juin 1964 “Règle constitutionnelles spécifiques”⁵⁸⁶ démontre très bien la complexité de la problématique qui gouverne le processus de constitutionnalisation et le processus de fondamentalisation dans le cadre de l’accès direct des individus à la justice constitutionnelle.

En effet, nos travaux ont pu mettre en évidence le fait que les voies d’accès directes au juge constitutionnel sont, dans la majorité des cas, dirigées contre des décisions juridictionnelles définitives. Or, le contrôle du juge constitutionnel sur les actes juridictionnels est d’une grande complexité, car les juges ordinaires sont appelés à mettre en œuvre le droit en vigueur, alors même que les droits fondamentaux constituent, d’un côté, des droits subjectifs garantissant la sphère de liberté et d’épanouissement personnel des individus.

La conséquence est qu’il existe une imbrication difficilement démalable entre la mise en œuvre des lois et la garantie des situations subjectives constitutionnelles. La « VerfassungsBeschwerde », tout comme le recours d’Amparo, est destiné à garantir cette sphère individuelle subjective contre la puissance publique. La difficulté pour le juge constitutionnel va alors résider dans le fait qu’il est le gardien de la Constitution dans son applicabilité générale, cependant qu’il est appelé à juger des situations subjectives particulières dans le cadre des voies d’accès directes. C’est ce qui explique qu’il est obligé de s’immiscer dans le travail du juge ordinaire dans sa mission de recherche et de mise en évidence de la fundamentalité d’un droit ou d’une liberté. Il en vient, comme nous l’avons vu, dans l’affaire « Isabel Preysler 2 » de 2001 en Espagne et dans l’affaire « Caution abusives » de

⁵⁸⁶ CCF, 10 juin 1964, “Règles constitutionnelles spécifiques”, *BVerfGE*, Tome XVIII, pp. 85-97, *GDCCE*, n° 138, Dalloz, 2008, p. 719 sq

1993 en Allemagne, à discuter des questions de stricte légalité avec le juge ordinaire pour avoir le dernier mot, en le faisant au nom de la Constitution.

Cette immixtion dans la mission du juge ordinaire le fait se comporter en Cour Suprême ou bien, en tout état de cause, en troisième ou quatrième degré de juridiction. Ces éléments ont, comme nous l'avons vu en Espagne, pour conséquence de tendre les relations entre la juridiction constitutionnelle et la justice ordinaire.

Quant à l'Allemagne, c'est peut-être la pratique depuis longtemps admise des recours constitutionnels directs qui explique une plus grande acceptation de l'intervention du juge constitutionnel dans le domaine réservé au juge ordinaire et de son rôle de guide dans l'application des lois dans l'esprit des droits fondamentaux. La Cour Constitutionnelle Fédérale se défend certes dans l'arrêt « Lüth » de 1958 ou encore dans la décision « Règles constitutionnelles spécifiques » de jouer le rôle de Cour de « supercassation ». Elle tente aussi de laisser une marge d'appréciation au juge ordinaire, notamment pour ce qui concerne la constatation et l'établissement des faits ou l'interprétation des lois, mais s'octroie un devoir de surveillance relatif au respect de l'esprit de la Constitution, que traduisent les droits fondamentaux, par les décisions juridictionnelles. Il sanctionne, le cas échéant, les interprétations erronées ou manifestement incompatibles avec les droits fondamentaux comme dans l'arrêt « règles constitutionnelles spécifiques » de 1964. En l'espèce, elle reconnaît dans ladite décision que « *le recours individuel pour violation d'un droit fondamental est dirigé contre les décisions pénales qui fondamentalement ne doivent pas être contrôlées par la Cour Constitutionnelle Fédérale en ce qui concerne la constatation des faits et l'application du droit pénal. Celle-ci doit cependant s'assurer que les tribunaux ordinaires respectent les règles relatives aux droits fondamentaux* »⁵⁸⁷.

⁵⁸⁷ GDDCE, p. 720.

Ainsi la ligne de démarcation entre le processus de constitutionnalisation et celui de la fondamentalisation subjective devant le juge constitutionnel n'est sans doute pas aisée à établir, parce que la fondamentalisation s'opère au nom de la Constitution. Cependant, l'étude des voies d'accès directs, qui permet d'avoir une approche plus contentieuse des deux processus, permet une meilleure visibilité de leurs frontières devant le juge constitutionnel.

Cette visibilité est facilitée par la conception que retient le juge constitutionnel du fondement de ces voies d'accès directes, à savoir les droits fondamentaux. En effet, l'approche binaire (objective et subjective) que les juges constitutionnels allemands et espagnols retiennent des droits fondamentaux et la fonction double (objective et subjective) que ces voies de recours individuelles remplissent au sein du système juridique sont les clefs qui nous permettent de mieux établir la frontière entre la constitutionnalisation et la fondamentalisation. Car, si le premier processus est d'essence objective par les ressorts kelséniens positivistes qui conditionnent son déroulement au sein de l'ordre juridique, le second processus, qui tend à garantir des droits subjectifs et des intérêts particuliers au bénéfice d'individus déterminés, revêt, par cette dimension, des caractéristiques foncièrement subjectives. Les droits fondamentaux invoqués dans le cadre des recours constitutionnels directs pouvant être invoqués, en même temps que les intérêts particuliers, devant n'importe quel juge, la constitutionnalisation qui est du seul ressort du juge constitutionnel se retrouve concurrencée par la fondamentalisation, qui elle implique l'intervention de différents juges.

Dès lors, la fondamentalisation, qui est aussi un phénomène notable en France et en Italie, où les voies d'accès directes n'existent pas, oblige le juge constitutionnel à s'adapter, ne serait-ce que pour faire face aux exigences induites par l'existence d'une protection et d'une garantie intégrées des droits fondamentaux dans le cadre de la Convention

européenne de sauvegarde des droits de l'homme. De cette manière, les juges constitutionnels des différents pays étudiés sont obligés de participer à la circulation des solutions juridiques, ne serait-ce qu'au niveau européen, en même temps qu'ils ont pour mission de garantir la cohérence de l'ordre juridique interne, qu'ils ont vocation à agencer autour de la Constitution.

Cela pose toutefois la question de savoir si les voies d'accès au juge constitutionnel au titre des droits fondamentaux ne perdent pas quelque part de leur consistance, dans la mesure où le droit communautaire représente aujourd'hui une part majeure du droit applicable au niveau interne, ainsi que se le pose le professeur Armin Dittmann à propos du recours constitutionnel direct et sa pertinence au regard du droit communautaire qui, de fait, échappe à l'action des individus auprès du juge constitutionnel, parce qu'il est difficile de prouver que le droit communautaire descend en dessous du seuil de protection standard des droits fondamentaux qu'exige la Cour Constitutionnelle Fédérale.

Le droit comparé, ainsi, apporte un éclairage sur les choix effectués par les pays respectifs quant à la réception de ce « nouveau droit », qui nous amène à conclure que la République Fédérale d'Allemagne s'en accommode avec flexibilité, que l'Espagne le fait aussi malgré les réticences du tribunal constitutionnel, que l'Italie a fait le choix d'accorder la priorité aux questions préjudicielles relatives au droit communautaire en cas de dédoublement avec une question de constitutionnalité -en même temps que la Corte intègre le contrôle de conventionalité dans son contrôle de constitutionnalité-, tandis que la France a accordé la priorité à la question qui relève de ses sources de droit interne en dépit des réticences initiales de la Cour de Cassation.

Le positionnement des différents pays sur les questions relatives au droit européen dénote quelque part, selon nous, leur positionnement diplomatique et leur poids politique pour tout ce qui relève de l'intégration à l'Union Européenne. C'est une affirmation peut-être étonnante, mais l'étude du droit et de ses nouvelles sources sont également un facteur de décryptage

des rapports de forces qui existent entre les différents pays membres de l'Union Européenne et leur positionnement stratégique respectif. Faits qui se vérifient au regard du poids que l'on accorde généralement à chaque pays dans le cadre de l'Union et du Conseil de l'Europe. Nous affirmions en introduction que le droit et la science politique marchent et fonctionnent depuis longtemps main dans la main, nous le réaffirmons au vu de l'étude de droit comparé en conclusion de la présente partie.

CONCLUSION GENERALE

Nous avons entendu démontrer dans la présente étude que la mission de constitutionnalisation du juge constitutionnel revêtait par essence des caractéristiques objectives. L'accès indirect des individus à la justice constitutionnelle approfondit l'œuvre de constitutionnalisation, en même temps qu'elle est en adéquation avec la constitutionnalisation objective. En revanche, l'accès direct des individus sur la base des droits fondamentaux, dans la mesure où il tend à défendre des intérêts particuliers et des droits subjectifs fait muter l'œuvre de constitutionnalisation en une œuvre de fondamentalisation subjective précisément permise par la promesse ambitieuse de la protection des situations individuelles qui résulte de l'existence de ces voies de recours.

L'accès direct des individus à la justice constitutionnelle satisfait très largement aux exigences de l'Etat de droit et aux enjeux que ces exigences impliquent. La tendance des Cours Constitutionnelles allemande et espagnole à se comporter en Cour Suprême, ainsi que l'attachement des justiciables d'Allemagne et d'Espagne à ces voies de recours individuelles démontre, d'une part, que le constitutionnalisme européen et l'Etat de droit, autrement dit la « Rule of Law », sont en corrélation. Le justiciable allemand, grâce au recours constitutionnel direct, et le justiciable espagnol, grâce au recours d'Amparo constitutionnel, espèrent autant de la Cour Constitutionnelle de Karlsruhe et du Tribunal Constitutionnel de Madrid que le justiciable nord-américain peut espérer de la Cour Suprême des Etats-Unis. Cela met en lumière le fait que les deux juridictions sus-évoquées sont les solides garantes de l'Etat de droit dans ces pays. Cela nous pose la question de savoir s'il ne faudrait pas établir une distinction entre les systèmes juridiques qui offrent aux justiciables la possibilité d'accéder directement aux juridictions constitutionnelles et les systèmes qui l'interdisent. Ceci, parce que les voies de recours individuelles, surtout

quand elles sont directes, mettent à la disposition des individus le droit de faire contrôler la portée effective de leurs droits fondamentaux et la conformité des actes juridiques individuels ou des décisions juridictionnelles qui leur sont applicables par le juge spécialiste de la Constitution lui-même.

L'instauration en France de la question prioritaire de constitutionnalité qui permet aux justiciables de pouvoir contester la constitutionnalité des lois en vigueur par rapport à la Constitution, sous certaines conditions, au regard de leurs droits fondamentaux, est une belle promesse faite à la justice constitutionnelle française. Cependant, la procédure gagnerait en démocratisation si elle échappait aux cours suprêmes des juridictions administratives et judiciaires, qui régulent, filtrent et peut-être administrent cette voie de droit. Car le rôle de vérification de la compatibilité des lois qui lui sont applicables par rapport à la Constitution et du respect de ses droits fondamentaux par ces lois dorénavant attribué au justiciable constitue une épée juridictionnelle du contrôle de l'effectivité des normes constitutionnelles. Mieux, il répand le constitutionnalisme parmi les réflexes des praticiens du droit et introduit dans conscience collective la garantie des droits fondamentaux par le biais de la Constitution entendue au sens large. La question prioritaire de constitutionnalité gagnerait en simplification aussi, si l'élitisme qui conditionne sa procédure était levé.

En Italie, ce sont les juridictions du premier degré qui soulèvent le plus des questions incidentes de constitutionnalité sans qu'il n'y ait de filtrage. L'Allemagne et l'Espagne offrent quant à elles des garanties spécifiques de protection des droits fondamentaux mises à la disposition du justiciable lui-même. Cependant, les modalités de filtrage et les chances de succès des recours avec la nouvelle exigence espagnole de démontrer « l'importance constitutionnelle » de l'Amparo constitutionnel depuis la réforme de 2007, de même que la pratique inavouée de Writ of Certiorari que fait la Cour Constitutionnelle allemande d'après certains auteurs, dont

Schlaich, démontrent toutefois que la mise en œuvre effective des promesses que ces voies de recours font au justiciable est difficilement réalisable. C'est ainsi que l'on retombe sur la mission objective du juge constitutionnel, c'est-à-dire de l'œuvre de constitutionnalisation qui s'opère dans l'intérêt du droit, pour le bien commun, avec des effets à l'égard de tous. Le rayonnement de la Constitution sur tout l'ordre juridique est, dès lors, une chose bel et bien possible, à condition que le juge constitutionnel remplisse sa mission en mettant l'accent sur le volet objectif de toutes les voies de recours tout en s'autorisant de faire évoluer le droit à chaque fois qu'il le juge utile par des décisions audacieuses. Le Conseil Constitutionnel, à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité ou de toute autre voie de recours, pourrait comme le juge constitutionnel allemand, prendre l'initiative d'instaurer un « ordre constitutionnel » en France et développer son emprise sur les deux cours suprêmes, en remettant en cause de front certaines caractéristiques du « droit vivant ». Rien ne semble pouvoir justifier que le Conseil d'Etat, depuis son ordonnance « Garde des Sceaux contre Bunel » de 2005, ne considère pas le droit à la protection de la santé comme étant une liberté fondamentale rentrant dans le champ de l'article 521-2 du code de justice administrative, car ce droit est bel et bien inscrit à l'article 11 du Préambule de la Constitution de 1946 qui fait partie intégrante du Bloc de Constitutionnalité et conséquemment des normes suprêmes de la France. Si le positivisme s'attache à l'observation de la réalité sociale, le droit à la protection de la santé est bel et bien un droit fondamental au regard du texte constitutionnel et de son niveau de protection si élevé par tous les services publics hospitaliers. La France est un pays attaché à un certain nombre d'idéaux d'égalité et de justice. Ces idéaux sont véhiculés par les normes juridiques, les juges ordinaires ne sauraient en faire fi sans violer eux-mêmes la norme suprême et l'autorité juridique qui s'attache à elle.

Pour finir, nous pouvons ouvrir le champ de cette thèse.

Le 2 octobre 2015 passé, l'association française de droit constitutionnel organisait, à l'initiative de notre directrice de thèse et de Laurence Gay, dans la même salle où nous aurons l'honneur de présenter les conclusions de la présente étude, une journée de débats portant sur "la perméabilité du droit constitutionnel aux autres sciences". Etant intimement convaincu, au moment de quitter les bancs de notre faculté, que le droit constitutionnel est bel et bien perméable à toutes les sciences positivistes, nous faisons le choix de nous ouvrir à elles.

Ainsi, nous allons aborder quelques problèmes sociaux du moment. La Cour Constitutionnelle Fédérale Allemande, dans sa décision du 21 juin 1977 « Prison à vie », faisait valoir que « *la dignité de la personne humaine est la plus haute valeur de l'ordre constitutionnel* » allemand. La récente crise des réfugiés, qui a vu l'Europe occidentale submergée par des vagues de populations immigrées venant toutes parts, notamment de la péninsule arabique, suite à des massacres et à des conflits, a démontré par la réaction des autorités allemandes, prêtes à leur ouvrir leurs portes, autant que cela leur serait économiquement et démographiquement possible, tout en invitant les autres Etats européens à en faire de même selon le ratio de leur population, démontre qu'aujourd'hui l'Allemagne a bel et bien érigé la dignité de la personne humaine au nombre de ses valeurs fondamentales, non pas seulement en théorie, mais aussi en pratique, en dépit des réticences d'une partie de sa population.

Edourd Herriot écrivait, dans ses « *Notes et maximes* », une chose qui, aujourd'hui, sonne comme un adage populaire. C'est l'affirmation selon laquelle « la culture, c'est ce qui demeure dans l'homme, lorsqu'il a tout oublié » : nous allons dire ce que ce nous n'oublierons pas au terme de nos années d'études en droit.

La première consiste à dire que le droit n'aime pas le hasard, car tout ce qui relève du hasard relève quelque part du désordre, or le droit est un facteur de mise en ordre. Ce que nous retiendrons aussi, et en définitive,

c'est que le plus grand pas de l'Homme n'est pas celui que Neil Armstrong effectua sur la lune. Le plus grand pas de l'Homme est celui qu'il fit, il y a belle lurette, quand, dans son esprit, l'idée de droit remplaça l'idée de violence. Ce pas eut donc lieu sur Terre, et il était collectif. C'est lui qui nous fit passer de notre état de nature à notre état social. Il reste un nouveau pas à accomplir. Il se déroulera de la même sorte, en ce sens qu'il sera collectif : c'est la jonction très difficile du pied resté en arrière, et gardant la violence, en direction du pied posé en avant, afin que de façon définitive, l'idée de droit remplace chez les Hommes l'idée de violence. A partir de ce moment-là l'être humain sera autre, nous pensons.

BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE

I. OUVRAGES :

1. Ouvrages généraux

BEGUIN J.-C., *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en RFA*, Economica, 1982

BON P. et **MAUS D.** (dir.), *Les Grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Dalloz, coll. *Grands Arrêts*, 2008

CARBONNIER J., *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, coll. *Champs Essais*, 1996

CARRE DE MALBERG R., *La loi, expression de la volonté générale : Etude sur le concept de loi*, Librairie du Recueil Sirey, 1931, p. 128

Dictionnaire de la culture juridique (dir. **D. ALLAND** et **S. RIALS**), Lamy-PUF, 2003, pp. 1172-1173

FAVOREU L., **PHILIP L.**, avec la collaboration de **GAÏA P.**, **GHEVONTIAN R.**, **MELIN-SOUCRAMANIEN**, **ROUX A.**, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, coll. *Grandes décisions*, 16^{ème} édition, 2011.

FAVOREU L., **GAÏA P.**, **GHEVONTIAN R.**, **MELIN-SOUCRAMANIEN F.**, **PENA A.**, **PFERSMANN O.**, **PINI J.**, **ROUX A.**, **SCOFFONI G.**, **TREMEAU J.**, *Droit des Libertés fondamentales*, 6^{ème} éd., Dalloz, 2012

FAVOREU L., **GAÏA P.**, **GHEVONTIAN R.**, **MESTRE J.-L.**, **PFERSMANN O.**, **ROUX A.**, **SCOFFONI G.**, *Droit constitutionnel*, Dalloz, coll. *Précis*, 17^{ème} éd., 2015

KELSEN H., *Théorie pure du droit*, LGDJ, coll. *La pensée juridique*, 1999

LAMBERT E., *Le gouvernement des juges*, réimpression de l'édition de 1921, Dalloz, 2005, Préface de Franck Moderne.

Les grandes démocraties, Constitutions des Etats-Unis, de l'Allemagne, de l'Espagne et de l'Italie, textes présentés par **FERDINAND MELIN-SOUCRAMANIEN**, Armand Colin, 2005

LONG M., WEIL P., BRAIBANT G., DEVOLVE P., Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, coll. Grands Arrêts, 20^{ème} éd., 2015

MATHIEU B. et VERPEAUX M., *La constitutionnalisation des branches du droit*, Economica, 1999

VEDEL G., *Droit administratif*, 5^{ème} édition, PUF, coll. *Thémis*, 1973

2. Ouvrages spéciaux

BILBAO UBILLES J. M., *L'efficacité des droits fondamentaux face aux particuliers*, CEC, Madrid, 1997, p. 168.

CERRI A., *Corso di giustiziacostituzionale*, Milan, Giuffrè, 4^{ème}éd., 2004, p. 180

DI MANNO TH., *Le juge constitutionnel et la technique des décisions interprétatives en France et en Italie*, Economica-PUAM, 1997.

FAVOREU L. et MASTOR W., *Les cours constitutionnelles*, Dalloz, coll. *Connaissance du droit*, 2011.

FERNANDEZ SEGADO F., *La evolucion de la justicia constitucional*, Dykinson-Constitucional (versionnumérique).

La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé (DIR. LAURENCE GAY), Bruylant, version numérique, 2014 (la conclusion générale de Laurence Gay).

GREWE C. et RUIZ FABRI H., *Droits constitutionnels européens*, PUF, coll. « Droit fondamental », 1995.

LAVAGNA C., *Problemi di giustizia costituzionale sotto il profilo della « manifesta infondatezza »*, Milan, Giuffrè, 1957

PIZZORUSSO A., *Commentario della Costituzione. Articolo 137*, Bologne, Zanichelli, Rome, Società editrice del foro italiano, 1981, p. 214

PIZZORUSSO A., *L'organisation de la justice en Italie*, Torino, Einaudi, 1982

Le justiciable et la protection de ses droits fondamentaux : la question prioritaire de constitutionnalité, Actes du colloque organisé à Limoges le 26 mars 2010, textes réunis par **HELENE PAULIAT, ERIC NEGRON, LAURENT BERTHIER**, *Entretiens D'Aguesseau*, PULIM, 2011

Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Vème République, *Une Vème République plus démocratique*, Fayard, La Documentation française, 2007.

SCHMITT C., *Le recours d'amparo constitutionnel : nature juridique, caractéristiques actuelles et crise*, Centre d'études constitutionnelles, Madrid, 1987, p. 30

SEVERINO C., *La Doctrine du droit vivant*, Economica-PUAM, 2003.

ZAGREBELSKY G., *La giustizia costituzionale*, Bologne, Il Mulino, 1^{re} édition, 1977

ZAGREBELSKY G., *Manuale di dirittopubblicco*, Bologne, Il Mulino, 1984, p.774.

ZAGREBELSKY G., *La guistizia costituzionale*, Bologne, Il Mulion, 2^{ème} édition, 1988, page 188

3. Thèses

CARPENTIER E., *La résolution juridictionnelle des conflits entre organes constitutionnels*, LGDJ, coll. « Thèses (Fondation Varenne) », 2006.

DE MONTALIVET P., *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, (Préface Michel Verpeaux), Dalloz, 2006

DESAULNAY O., *L'application de la Constitution par la Cour de cassation*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, 2009

DISANT M., *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2010

FRANGI M., *Constitution et droit privé, Les droits individuels et les droits économiques*, Economica-PUAM, 1992.

MOLFESSIS N., *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, Paris, 1997.

MOUTON S., *La constitutionnalisation du droit en France*, thèse, Toulouse I, 1998.

OULDBOUBOUTt, *L'apport du Conseil constitutionnel au droit administratif*, Economica-PUAM, coll. « Droit public positif, Paris-Aix-en-Provence, 1987

PARDINI J.-J., *Le juge constitutionnel et le « Fait » en Italie et en France*, Aix-en-Provence-Paris, PUAM-Economica, 2001, p.148 et s.

PINI J., *Recherches sur le contentieux de constitutionnalité*, (Thèse, dir. L. favoreu), Aix-Marseille III, 1997

TREMEAU J., *La réserve de loi*, thèse, Aix-marseille III, 1994.

II. ARTICLES :

BON P., « Les droits et libertés en Espagne. Eléments pour une théorie générale », in *Dix ans de démocratie constitutionnelle en Espagne*, Ed. CNRS, Paris, 1991, p. 35 sq.

BON P., « La constitutionnalisation du droit espagnol », *RFDC*, 5-1991, p. 47

CRISAFULLI V., « Le système de contrôle de la constitutionnalité des lois en Italie », *RDP*, 1968, page 83.

CRUZ VILLALON P., « La curiosité du juriste perse et autres études sur la Constitution », CEPC, Madrid, 1999, p. 495 sq.

DE MONTALIVET P., « Les objectifs de valeur constitutionnelle », *CCC*, n°20, juin 2006

DITTMANN A., « Le recours constitutionnel en droit allemand », *CCC*, n°10 (Dossier : accès des personnes à la justice constitutionnelle)- mai 2001

DRAGO G., « Les droits fondamentaux entre juge administratif et juge constitutionnel et européens. », *Revue mensuelle du JurisClasseur-Droit administratif*, juin 2004, p. 7.

DUTHEILLET DE LAMOTTE O., « Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme : un dialogue sans paroles », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 403-417

ESCARRAS J.-C., « Eléments de référence », *Les Cahiers du CDPC*, vol. 1, 1987, p.30.

FATIN-ROUGE STEFANINI M., « La question préjudicielle de constitutionnalité en droit comparé. Études réunies », *AJJC*, PUAM, 2008, XXIII, p. 11 *sq.*

FAVOREU L., « Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Mélanges Eisenmann*, 1975, p. 33

FAVOREU L., « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public, *Pouvoirs*, 1980, n°13

FAVOREU L., « L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit, Etudes offertes à Léo Hamon, *Economica*, Paris, 1982, pp. 235-245

FAVOREU L., « L'applicabilité directe et l'effet direct des normes constitutionnelles », *RFDA*, 1984, p. 174

FAVOREU L., « La constitutionnalisation du droit », in *Mélanges Drago*, « L'unité du droit, Paris, *Economica*, 1996, p. 25 et suivantes, texte reproduit dans l'ouvrage de Michel Verpeaux et Bertrand Mathieu, *La constitutionnalisation des branches du droit*, *Economica*, 1999, p. 181 *sq.*

FLAUSS J.-F., « Les droits de l'homme comme élément d'une Constitution et de l'ordre européen », *PA* n°52, 1993, p. 10

FLAUSS J.-F., « Radioscopie de l'élection de la nouvelle Cour européenne des droits de l'Homme », *RTDH*, 1998, p. 435

FROMONT M., « Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République fédérale d'Allemagne », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, 1977, page 64.

FROMONT M., « République fédérale d'Allemagne : la jurisprudence constitutionnelle en 1992 et 1993 », *RDP*, 1995, II, p. 331.

FROMONT M., « Présentation de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne », CCC, n°15 (Dossier : Allemagne), janvier 2004.

FROMONT M., « Les revirements de jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne), CCC, n°20 (Dossier : les revirements de jurisprudence du juge constitutionnel), juin 2006

GREWE C., « Subjectivité et objectivité dans le contentieux de la Cour de Karlsruhe », *Droits*, n°9, 1989

GREWE C., « *Le contrôle de la constitutionnalité de la loi en Allemagne : quelques comparaisons avec le système français* », *Revue Pouvoirs*, 2011/2, n°137

GUILLAUME M., « La question prioritaire de constitutionnalité », in « Justice et cassation, revue annuelle des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation », 2010 sur le site du Conseil constitutionnel.

GUILLAUME M., « *Question prioritaire de constitutionnalité et convention européenne des droits de l'homme* », *NCCC*, n°32 (Dossier : Convention européenne des droits de l'homme)- juillet 2011

JEAMMAUD A., « Le droit constitutionnel dans les relations du travail », *AJDA*, 1991, p. 612.

KELSEN H., « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *RDP*, 1926. p. 561

KELSEN H., « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *RDP*, 1928, p. 226

KELSEN H., « Le contrôle de constitutionnalité des lois. Une étude comparative des Constitutions autrichienne et américaine », *RFDC*, n°1, 1990, p. 17

LAFAILLE F., « Hic sunt leones . La question prioritaire de constitutionnalité en France (à la lumière de quelques comparaisons tirées du droit italien) », *Rivista dell'Associazione Italiana dei costituzionalisti*, N.00 del 2. 7. 2010

LUCHAIRE F., « L'objectif de valeur constitutionnelle », *RFDC*, n°64, 2005, p. 675 sq.

LUCHAIRE F., « Le Conseil constitutionnel et la Convention européenne des droits de l'homme », *Gaz. Pal.* 10 juin 2007, n°161, p. 11.

MATHIEU B., « La question prioritaire de constitutionnalité : une nouvelle voie de droit », *La Semaine juridique*, JCP, G, 2009, n°52, pp.54-69

MOLFESSIS N., « L'irrigation du droit par les décisions du Conseil constitutionnel », *Pouvoirs* 2003, n°105, pp. 89-102

MONTILLA MARTOS J. A., « Défense judiciaire versus loi particulière d'intervention », *Revue espagnole de droit constitutionnel*, n°40, 1994, p. 294 sq.

JOUANJAN O., « Les fonctions de la théorie des droits publics subjectifs dans la pensée de Georg Jellinek », *RUDH*, volume 16, n°1-4, 2004, pp. 6-16.

PARDINI J.-J., « *Question prioritaire de constitutionnalité et question incidente de constitutionnalité italienne : ab origine fidelis* », *Revue Pouvoirs*, n°137, 2011

PHILIP L., « La valeur de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 Août 1789, selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Mélanges Kayser*, PUAM, 1979, p.317.

PICARD E., « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 1998, n° spéc., p. 6.

RIBES D., « La QPC : perspectives historiques. Histoire d'une réforme de circonstance, circonstances d'une réforme historique », in *La question prioritaire de constitutionnalité*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2011, pp. 19-35

RUIZ MIGUEL C., « L'amparo constitutionnel en Espagne : droit et politique », *CCC*, n°10 (dossier l'accès des personnes à la justice constitutionnelle)-mai 2001

SCHLAICH K., « Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux ; Tribunal constitutionnel fédéral allemand », in *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux* (dir. L. Favoueu), Economica et PUAM, 1987

TROPER M., « La logique de la justification du contrôle de la constitutionnalité des lois », *Mélanges Pactet*, Dalloz, 2003, p. 911

ZAGREBELSKY G., « La démultiplication des recours en Italie : encombrement et micro-constitutionnalité », *AIJC*, I, 1985, p. 111

ZAGREBELSKY G., « Les caractères réaliste et concret du contrôle de constitutionnalité des lois en Italie », CCC, n°22 (Dossier : le réalisme en droit constitutionnel)- juin 2007

ACTES DE COLLOQUES, COMMENTAIRES, CHRONIQUES, NOTES ET OBSERVATIONS DE JURISPRUDENCE :

DUTHEILLET DE LAMOTHE O., *L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le Conseil constitutionnel*, 13 février 2009, Exposé lors de la rencontre Conseil constitutionnel-Cour européenne des droits de l'homme sur le site du Conseil constitutionnel

FAVOREU L., « Rapport introductif », in *La Cour de cassation et la Constitution de la république*, PUAM, 1995, p. 23

FAVOREU L. et **PHILIP L.**, Observations sous la décision « Liberté d'Association », GDCC, n°6, 16^{ème} éd., 2011, p. 54

FRAILE M., Observations la décision ATC n°245/1991 du 16 décembre 1991, « Bulto », GDDCE, n°27, Dalloz, 2008, p. 133 sq.

FRAILE M., observations sur l'arrêt du 2 octobre 1997, GDCCE, n°143, page 746

FRAILE M., obs. sous la décision « Isabel Preysler II », ATC 186/2001 du 19 octobre 2001, GDDCE, n° 136, Dalloz, 2008, p. 709

FROMONT M., obs. sous l'affaire « Prison à vie », du 21 juin 1977, GDCCE, n°32, Dalloz, 2008, p. 170 sq

GAÏA P. , **OLIVA E.**, Obs. sous, CC, n° 93-332 DC du 13 janvier 1993, D. 1995, p. 289.

GROPPI T. et **MEOLI C.**, obs. sous l'arrêt n°13/ 1960 du 23 mars 1960, GDCCE, Dalloz, 2008, p. 682

GROPPI T. et **MEOLI C.**, obs. sous la sentence CCI, n°170/1984 du 8 juin 1984, GDCCE, n°98, Dalloz, 2008, p. 447 sq.

GROPPI T. et **MEOLI C.**, observations sous l'arrêt 161/1985 du 23 mai 1985, GDCCE, n°21, p. 104 sq

MORALES V., « La protection juridictionnelle des droits fondamentaux : révélation d'une entente conceptuelle, VIème Congrès français de droit constitutionnel à Montpellier, 9, 10, 11 juin 2005, Atelier : le renouveau du droit constitutionnel par les droits fondamentaux, sous la direction de J. Pini et L. Burguoguel-Larsen.

POULLAIN B., intervention à la table ronde « L'autorité de chose jugée des juridictions constitutionnelles », in *La Cour de cassation et la Constitution de la république*, PUAM, 1995, p. 280

ROUSSEAU D., « Y a-t-il trop de contrôle de constitutionnalité des lois en France ? », dans l'ouvrage de Mathieu et Verpeaux, *La constitutionnalisation des branches du droit*, 1999, p. 19 sq.

SANCHEZ L. P., « La question d'inconstitutionnalité en droit espagnol », Actes du colloque organisé à Limoges le 26 mars 2010, « Le justiciable et la protection de ses droits fondamentaux : la question prioritaire de constitutionnalité » : textes réunis par Hélène Pauliat, Eric Négron, Laurent Berthier, *Entretiens D'Aguesseau*, PULIM, 2011, p. 35 sq.

VEDEL G., propos d'ouverture des ateliers du 3^{ème} Congrès de l'association française des constitutionnalistes en juin 1996 à Dijon, dont les travaux sont reproduits dans l'ouvrage de Mathieu et Verpeaux, *La constitutionnalisation des branches du droit*, p. 13 sq..

WARSMANN, AN, rapport n°1898, remis le 3 février 2009, la documentation française, coll. *Les rapports officiels*, p. 82

Commentaire de la décision 2013-669 DC du 17 mai 2013 du Conseil constitutionnel disponible sur le site de la juridiction.

III. TABLE DE JURISPRUDENCE :

1. CONSEIL CONSTITUTIONNEL

CC, N°71-44 DC DU 16 JUILLET 1971, « LIBERTE D'ASSOCIATION », GDCC, N°6, DALLOZ, COLL. GRANDES DECISIONS, 2011, P. 50 SQ.

CC, N°73-51 DC DU 27 DECEMBRE 1973, « TAXATION D'OFFICE ».

CC, 74-54 DC DU 15 JANVIER 1975, « IVG », GDCC, N°9, DALLOZ, COLL. GRANDES DECISIONS, 2011, P. 84 SQ.

CC, 119 DC DU 22 JUILLET 1980

CC, 82-141 DC DU 27 JUILLET 1982

CC, 224 DC DU 23 JANVIER 1987 CONSEIL DE LA CONCURRENCE.

CC, 89-254DC DU 4 JUILLET 1989, MODALITES D'APPLICATION DES PRIVATISATIONS.

CC, N°89-271 DC DU 11 JANVIER 1990.

CC, N° 93-332 DC DU 13 JANVIER 1993, D. 1995, P. 289

CC, N°99-416 DC DU 23 JUILLET 1999, « COUVERTURE MALADIE UNIVERSELLE ».

CC, N°99-422DC DU 21 DECEMBRE 1999, RFDA, 2000, P. 289, NOTE B. MATHIEU

CC, N° 2003-469 DC DU 26 MARS 2003, REVISION CONSTITUTIONNELLE RELATIVE A L'ORGANISATION DE LA REPUBLIQUE, REC., P. 293.

CC, N°2009-595 DC DU 3 DECEMBRE 2009, LOI ORGANIQUE RELATIVE A L'APPLICATION DE L'ARTICLE 61-1 DE CONSTITUTION, GDCC, N° 41, DALLOZ, 16^{EME} ED., 2011, P. 466

CC, N°2010-605 DC, 12 MAI 2010, LOI RELATIVE A L'OUVERTURE A LA CONCURRENCE ET A LA REGULATION DU SECTEUR DES JEUX D'ARGENT ET DE HASARD EN LIGNE

CC, N°2010-1 QPC DU 28 MAI 2010, « CRISTALLISATION DES PENSIONS », GDCC, N°45, DALLOZ, 16^{EME} ED., P. 513 SQ.

CC, N°2010-3 QPC DU 28 MAI 2010, UNION DES FAMILLES EN EUROPE, JO, 29 MAI 2010, P. 9730

CC, N°2010-5 QPC DU 18 JUIN 2010, GDCC, N°19

CC, 2010-14/22 QPC DU 30 JUILLET 2010, GARDE A VUE, GDCC, N°47, DALLOZ, 16^{EME} EDITION, 2011, P.531

CC, 2010-44 QPC DU 29 SEPTEMBRE 2010, « EPX M. (IMPOT DE SOLIDARITE SUR LA FORTUNE »

CC, QPC 2010-39, DU 6 OCTOBRE 2010, MMES ISABELLE D. ET ISABELLE B., JO, 7 OCTOBRE 2010, P. 18154.

CC, 2010-39 QPC DU 6 OCTOBRE 2010, JO, 7 OCTOBRE, 2010, P. 18154

CC, 2010-77 QPC DU 10 DECEMBRE 2010

CC, 2011-125 QPC DU 6 MAI 2011, « ABDERRAHMANE L. ».

CC, 2013-669 DC DU 17 MAI 2013.

CC, 2014-393 QPC DU 25 AVRIL 2014

2. COUR CONSTITUTIONNELLE FEDERALE ALLEMANDE

CCF, BVERFGE 6, 32, DU 16 JANVIER 1957, « ELFES ».

CCF, «LÜTH » DU 15 JANVIER 1958, BVERFGE, TOME 7, PP. 198-230, GDCCE, N°24, DALLOZ, 2008, P. 114 SQ,

CCF, 10 JUIN 1964, « REGLES CONSTITUTIONNELLES SPECIFIQUES », BVERFGE, TOME XVIII, PP. 85-97

CCF, BVERFGE 37, P. 271 SQ, 29 MARS 1974, « SOLANGE I ».

CCF, 25 FEVRIER 1975 AVORTEMENT, BVERFGE, TOME 39, P. 1

CCF, 21 JUIN 1977, « PRISON A VIE », BVERFGE, TOME 45, P. 187, GDCCE, N° 32, DALLOZ, 2008, P. 169 SQ.

CCF, BVERFGE 73, P 339 SQ., 22OCTOBRE 1986, « SOLANGE II »

CCF, 27 NOVEMBRE 1990, « JOSEFINE MUTZENBACHER », GDCCE, N°137, DALLOZ, 2008, P. 713 SQ.

CCF, 28 MAI 1993, BVERFGE, TOME 88, P. 203

CCF, BVERFGE 89, P. 155 SQ, 12 OCTOBRE 1993, « MAASTRICHT »..

CCF, 19 OCTOBRE 1993, « CAUTIONS ABUSIVES », BVERFGE, TOME 89, P, 214, GDCCE, N°25, 2008, PAGE 121 SQ.

CCF, BVERFGE, TOME 22, 267 (274) DE 1995

CCF, BVERFGE, 96, P. 345, NJW, 1998

CCF, « MARCHÉ DES BANANES », 7 JUIN 2000, RTDE, 2001, PAGE 155.

CCF, BVERFGE 111, 307, « GÖRGÜLLI », DU 14 OCTOBRE 2004

3. COUR CONSTITUTIONNELLE ITALIENNE

CCI, SENTENCE N°1 DU 5 JUIN 1956, GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE, 1956, P. 1 SQ.

CCI, SENT. N°13, DU 23 MARS 1960, GDDCE, N°132, DALLOZ, 2008, P. 681

CCI., ORD. N°22 DU 5 AVRIL 1960, GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE, 1960, P. 210 SQ.

CCI, SENTENCE N°5 DU 8 FEVRIER 1962, GIUR. COST., 1962, P. 40 SQ.

CCI. SENTENCE N°83, GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE, 1966, P. 1074 SQ.

CCI, SENTENCE N° 53, DU 12 FEVRIER 1982, GIUR. COST., 1982, P. 564 SQ.

CCI, N°170/1984 DU 8 JUIN 1984, GDCCE, N°98, DALLOZ, 2008, P. 447 SQ.

CCI, N°161/1985 DU 23 MAI 1985, GDCCE, N°21, DALLOZ, P. 103 SQ.

CCI., SENTENCE N°26 DU 16 JANVIER 1987, GIUR. COST., 1987, PAGE 149 SQ. (CONSID. 5).

CCI., SENT. N° 1146 DU 15 DECEMBRE 1988, GIUR. COST. 1988, P.5565 SQ.

CCI., SENTENCE N°376 DU 22 NOVEMBRE 2001, GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE, 2001, P.3735 SQ.

**CCI, SENTENCE N°348 ET 349 DU 22 OCTOBRE 2007,
GIURISPRUDENZACOSTITUZIONALE, 2007, PAGES 3475 ET 3535,
RESPECTIVEMENT.**

4. TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL DU ROYAUME D'ESPAGNE

ATC 162/1982 DU 5 MAI 1982.

STC 40/1982 DU 30 JUIN 1982

STC 78/1982 DU 20 DECEMBRE 1982

STC 9/1986 DU 21 JANVIER 1986

STC 166/1986 DU 19 DECEMBRE 1986

ATC 1393/1987 DU 9 DECEMBRE 1987, MOTIF N°2

STC 7/1990 DU 18 JANVIER 1990 ; STC 32/1990 ET 61/1990.

STC 6/1991 DU 15 JANVIER 1991

**ATC N°245/1991 DU 16 DECEMBRE 1991, « BULTO », GDDCE, N°27, DALLOZ,
2008, P. 132 SQ.**

STC 76/1992 DU 14 MAI 1992.

STC 332/1993 DU 12 NOVEMBRE 1993, MOTIF N°3.

STC 15/1994 DU 20 JANVIER 1994, MOTIF N°2.

STC 337/1994 DU 23 DECEMBRE 1994, MOTIF N°3.

STC 60/1995 DU 17 MARS 1995.

STC 120/1997 DU 23 AVRIL 1997

**ATC 159/ 1997, 2 OCTOBRE 1997, *AFFAIRE DE LA TAXE FISCALE SUR LES JEUX*,
GDCCE, N°143, 2008, P. 739 SQ.**

ATC 42/1998 DU 18 FEVRIER 1998.

ATC N°186/2001 DU 17 SEPTEMBRE 2001, GDCCE, N°136, P. 702 SQ.

**ATC 186/2001 DU 19 OCTOBRE 2001, GDDCE, N° 136, DALLOZ, 2008, P. 702
SQ.**

STC 35/2002 DU 11 FEVRIER 2002, MOTIF N°3.

ATC 154/2002 DU 18 JUILLET 2002, GDCCE, N°31, P. 157 SQ.

ATC 133/2004 DU 22 JUILLET 2004.

ATC 357/2004 DU 21 SEPTEMBRE 2004, MOTIF N°2

ATC 254/2004 DU 22 DECEMBRE 2004

ATC 505/2005 DU 13 DECEMBRE 2005, MOTIF N°5

ATC 136/2006 DU 4 AVRIL 2006, MOTIF N°2.

ATC 146/2006 DU 24 MAI 2006.

STC 179/2006 DU 13 JUIN 2006.

ATC 201/2006 DU 20 JUIN 2006, MOTIF N°3.

STC 224/2006 DU 6 JUILLET 2006, MOTIF N°2.

ATC 282/2006 DU 18 JUILLET 2006, MOTIF N°2.

ATC 295/2006 DU 11 OCTOBRE 2006, MOTIF N°6.

ATC 404/2006 DU 8 NOVEMBRE 2006, MOTIF N°2.

ATC 17/2007 DU 16 JANVIER 2007, MOTIF N°2.

ATC 76/2007 DU 27 FEVRIER 2007, MOTIF N°2

STC 166/2007 DU 3 AOUT 2007, MOTIF N°4.

ATC 38/2007 DU 15 FEVRIER 2008.

STC 101/2008 DU 24 JUILLET 2008.

STC 140/2008 DU 28 OCTOBRE 2008, MOTIF N°2.

ATC 55/2009 DU 23 FEVRIER 2009, MOTIF N°2.

STC 123/2009 DU 28 AVRIL 2009, MOTIF N°1.

STC 88/2009 DU 23 JUIN 2009, MOTIF N°2.

ATC 124/2009 DU 28 AVRIL 2009, MOTIF N°3.

5. COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

CEDH, 21 FEVRIER 1975, « GOLDER C/ R.U. REQ. N°4451/70

CEDH, 7 DECEMBRE 1976, « HANDYSIDE », REQ. N° 5493/ 72

CEDH, 18 JUILLET 1986, W C /RFA, N°107885/84

CEDH, MATHIEU-MOHIN ET CLERFAYT, 2 MARS 1987, N°113

**CEDH, 11 DECEMBRE 1987 UNION ALIMENTARIA SANDERS SA C/
ESPAGNE, N°11681/85.**

CEDH, 7 JUILLET 1989, SOERING C/ROYAUME, N°161

CEDH, 20 FEVRIER 1991, EPOUX VERNILLO C/FRANCE, N°11889/85.

**CEDH, 28 AOUT 1991, « BRANDSTETTER C/AUTRICHE », REQ.
N°11170/84**

**CEDH, PADOVANI C/ITALIE, N°13396/8, 26 FEVRIER 1993, AJDA,
1993, P. 483, CHRONIQUE J.-F. FLAUSS**

CEDH, 25 MARS 1993, KOKKINAKIS C/GRECE, N°260 A..

**CEDH, 23 JUIN 1993, RUIZ-MATEOS, N°12952/87, AJDA 1994. 16,
CHRONIQUE J.-F. FLAUSS.**

CEDH, 23 MARS 1995, « LOIZIDOU », REQ. N°15318/89

**CEDH, 28 SEPTEMBRE 1995, SPADEA ET SCALABRINO C/ ITALIE,
N°12868/87, AJDA, 1995, P. 124, CHRONIQUE FLAUSS.**

**CEDH, 1^{ER} JUILLET 1997, PAMMEL C/ ALLEMAGNE, N°17820/91,
AJDA, 1997, P. 977, CHRONIQUE FLAUSS**

**CEDH, 28 OCTOBRE 1999, ZILELINKI, PRADAL, GONZALES ET AUTRES
C/ FRANCE, AJDA, 2000, P. 526, CHRONIQUE FLAUSS**

**CEDH, 12 NOVEMBRE 2002, « ZVOLSKY ET ZVOLSKA C/ REPUBLIQUE
TCHEQUE, N°46129/99, AJDA, 2003, P. 603, CHRONIQUE J.-F. FLAUSS**

CEDH, 20 FEVRIER 2003, KIND C/ ALLEMAGNE, N°44324/98

**CEDH, 25 NOVEMBRE 2003, SOTO SANCHEZ C/ ESPAGNE, N° 66
6990/01.**

CEDH, VOGGENREITER C/ALLEMAGNE, 8 FEVRIER 2004, N°44169/99

CEDH, 25 MAI 2004, « KADLEC ET AUTRES C/ REPUBLIQUE TCHEQUE », N° 49478/99.

CEDH ADAM C/RFA, 4 DECEMBRE 2008, N°44036/02, AJ FAMILLE, 2009, P. 32

6. CONSEIL D'ÉTAT FRANÇAIS

CE, 20 DECEMBRE 1985, STE DES ETABLISSEMENTS DU BASSIN.

CE, 3 JUILLET, 1996, « KONE », GAJA, N°97, DALLOZ, COLL. GRANDS ARRETS, 18^{EME} ED., 2011, P. 700 SQ.

CE, ORD., REF. 8 SEPTEMBRE 2005, GARDE DES SCEAUX C/ BUNEL, N°284803.

CE, ORD., REF., 26 JUIN 2006, N°294505 ET 294506, JURIS-DATA N°2006- 070366.

CE, 14 MAI 2010, RUKOVIC, N°312305

CE, 8 OCTOBRE 2010, N°338505, DAUDI.

7. COUR DE CASSATION FRANÇAISE

C.CASS., 25 AVRIL 1985, VUKOVIC ET BOGDAN

C. CASS., 10 OCTOBRE 2001, « BREISACHER », BULLETIN CRIMINEL 2001, N°206, P. 660

C. CASS., 7 MAI 2010, QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE, ARRET N°12008.

8. COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE (ANCIENNE CJCE)

CJCE, 9 MARS 1978, SIMMENTHAL, AFFAIRE N° 106/77

CJUE, 22 JUIN 2010, « AZIZ MELKI ET SELIM ABDELI », AFFAIRES JOINTES C-188/ 10 ET C-189/10. SITES INTERNET :

www.conseil-constitutionnel.fr

www.legifrance.gouv.fr

<http://www.conseil-etat.fr/>

<https://www.courdecassation.fr/>

<http://www.bundesverfassungsgericht.de>

<http://www.cortecostituzionale.it>

<http://tribunalcostitucional.es>

[http://hudoc.echr.coe.int/fre#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/fre#{)

<http://archivio.rivistaaic.it>

<http://www.codices.coe.int>

<http://www.bijus.eu>

TABLE DES MATIERES

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS.....	Erreur ! Signet non défini.
SOMMAIRE.....	Erreur ! Signet non défini.
INTRODUCTION GENERALE.....	Erreur ! Signet non défini.
PREMIERE PARTIE	Erreur ! Signet non défini.
LA CONSTITUTIONNALISATION OBJECTIVE DU DROIT ET SON APPROFONDISSEMENT PAR L'ACCES INDIRECT DES INDIVIDUS	Erreur ! Signet non défini.
TITRE I. LE CARACTERE FONDAMENTALEMENT OBJECTIF DE LA MISSION DE CONSTITUTIONNALISATION DU DROIT DU JUGE CONSTITUTIONNEL	Erreur ! Signet non défini.
Chapitre 1. Une objectivité liée aux modalités et effets classiques du contentieux constitutionnel sur l'ordre juridique	Erreur ! Signet non défini.
Section 1. La place du juge constitutionnel dans l'ordonnement juridique et les effets directs de la constitutionnalisation.....	Erreur ! Signet non défini.
Paragraphe 1. La nature objective de la constitutionnalisation au regard de la place du juge constitutionnel dans l'ordonnement juridique	Erreur ! Signet non défini.
A. La spécificité et la spécialisation des cours constitutionnelles, preuves de leur vocation à l'objectivité.....	Erreur ! Signet non défini.
B. La place des cours constitutionnelles hors des appareils juridictionnels traditionnels, garantie du caractère objectif de la mission du juge constitutionnel	Erreur ! Signet non défini.
Paragraphe 2. La nature objective de la constitutionnalisation au regard de ses modalités et de ses effets sur l'ordre juridique	Erreur ! Signet non défini.
A. Les modalités objectives de la constitutionnalisation	Erreur ! Signet non défini.
B. Le caractère objectif de la constitutionnalisation par ses effets sur l'ordre juridique	Erreur ! Signet non défini.

Section 2. Le caractère objectif de la constitutionnalisation en dépit des évolutions	Erreur ! Signet non défini.
Paragraphe 1. Le domaine classique du contentieux, source de l'objectivité de la constitutionnalisation	Erreur ! Signet non défini.
A. L'évolution du domaine classique du contentieux constitutionnel	Erreur ! Signet non défini.
B. Le caractère objectif de la constitutionnalisation en dépit de l'évolution du champ matériel	Erreur ! Signet non défini.
Paragraphe 2. Les acteurs publics ou politiques participant à l'objectivité de la constitutionnalisation.....	Erreur ! Signet non défini.
A. L'évolution des acteurs traditionnels	Erreur ! Signet non défini.
B. Le caractère objectif de la constitutionnalisation en dépit de l'évolution du nombre des acteurs	Erreur ! Signet non défini.
CONCLUSION DU PREMIER CHAPITRE	Erreur ! Signet non défini.
Chapitre 2. Les pouvoirs et mécanismes utilisés par le juge constitutionnel pour la constitutionnalisation objective	Erreur ! Signet non défini.
Section 1. La mise en œuvre des pouvoirs du juge constitutionnel pour une constitutionnalisation objective en Allemagne et en France..	Erreur ! Signet non défini.
Paragraphe 1. Les pouvoirs et méthodes de constitutionnalisation objective du juge constitutionnel allemand.....	Erreur ! Signet non défini.
A. Les pouvoirs de la Cour de Karlsruhe tendant à l'objectivité du contrôle de constitutionnalité des lois.....	Erreur ! Signet non défini.
B. Les méthodes utilisées par le juge constitutionnel allemand pour la constitutionnalisation objective	Erreur ! Signet non défini.
C. La tendance du juge constitutionnel à éviter la censure, preuve de son souci de préserver l'objectivité.....	Erreur ! Signet non défini.
Paragraphe 2. L'application objective des règles et principes constitutionnels par le juge constitutionnel français	Erreur ! Signet non défini.

A. La détermination de l'applicabilité objective des règles et principes de la Constitution	Erreur ! Signet non défini.
B. Le positivisme et l'objectivisme dans la reconnaissance des règles et principes de valeur constitutionnelle	Erreur ! Signet non défini.
C. La mise en œuvre des règles et principes constitutionnels : le cas des OVC.....	Erreur ! Signet non défini.
Section 2. La recherche de la légitimité constitutionnelle en Italie et l'intérêt général supérieur des constitutions.....	Erreur ! Signet non défini.
Paragraphe 1. La recherche de la légitimité constitutionnelle, caractéristique principale de la constitutionnalisation en Italie	Erreur ! Signet non défini.
A. Le privilège accordé en Italie au contrôle a posteriori et concret des normes	Erreur ! Signet non défini.
B. Les techniques de constitutionnalisation objective utilisées par le juge constitutionnel italien.....	Erreur ! Signet non défini.
Paragraphe 2. Le principe de constitutionnalité, marque d'une volonté ou d'un intérêt général supérieur	Erreur ! Signet non défini.
A. L'existence d'un intérêt général supérieur exprimé par le principe de constitutionnalité.....	Erreur ! Signet non défini.
B. La satisfaction directe des individus, mission non primordiale dans le contrôle de la constitutionnalité des lois	Erreur ! Signet non défini.
CONCLUSION DU SECOND CHAPITRE	Erreur ! Signet non défini.
CONCLUSION DU PREMIER TITRE	Erreur ! Signet non défini.
TITRE II. L'APPROFONDISSEMENT DE LA CONSTITUTIONNALISATION PAR L'ACCES INDIRECT	Erreur ! Signet non défini.
Chapitre 1. La fonction objective pure (ou presque) des voies d'accès indirectes en Espagne et en Allemagne.....	Erreur ! Signet non défini.
Section 1. La portée objective de la « <i>cuestion de inconstitucionalidad</i> » sur la constitutionnalisation du droit en Espagne.....	Erreur ! Signet non défini.
Paragraphe 1. La portée objective pure de la « <i>cuestion de inconstitucionalidad</i> » modulée par la réforme du 24 mai 2007	Erreur ! Signet non défini.

- A. Les fondements textuels et théoriques de la portée objective de la procédure de question avant la réforme 2007.....**Erreur ! Signet non défini.**
- B. L'assouplissement de la portée objective pure des questions d'inconstitutionnalité par la réforme du 24 mai 2007**Erreur ! Signet non défini.**

Paragraphe 2. La portée objective actuelle de la question d'inconstitutionnalité sur le processus de constitutionnalisation **Erreur ! Signet non défini.**

A. Des conditions de soulèvement globalement objectives..**Erreur ! Signet non défini.**

1. La teneur et les conditions objectives de la procédure de question
Erreur ! Signet non défini.

a) Le critère de « juge » retenu par le Tribunal constitutionnel.**Erreur ! Signet non défini.**

b) L'ouverture du champ de la constitutionnalisation par la teneur objective des questions..... **Erreur ! Signet non défini.**

c) Le moment de soulèvement, moment de précaution et de vigilance pour le respect de la constitutionnalité avant le délibéré **Erreur ! Signet non défini.**

d) L'obligation d'entendre les parties et le ministère public, preuve de la différence d'envergure entre la procédure constitutionnelle et la procédure judiciaire **Erreur ! Signet non défini.**

2. Les normes pouvant faire l'objet d'une question ..**Erreur ! Signet non défini.**

a) L'identification claire et précise des normes pouvant faire l'objet d'une question..... **Erreur ! Signet non défini.**

b) La présomption de constitutionnalité des normes pouvant faire l'objet d'une question..... **Erreur ! Signet non défini.**

3. La séparation entre la phase judiciaire et la phase constitutionnelle
Erreur ! Signet non défini.

B. Le traitement objectif de la question d'inconstitutionnalité par le Tribunal constitutionnel..... **Erreur ! Signet non défini.**

1. L'objectivité de l'approche du juge constitutionnel concernant le caractère déterminant de la validité de la norme contestée **Erreur ! Signet non défini.**

a) Un « jugement d'applicabilité » et un « jugement de pertinence » objectivement appréciés.....**Erreur ! Signet non défini.**

b) Les conséquences objectives de l'appréciation du juge constitutionnel : La question « notoirement infondée »...**Erreur ! Signet non défini.**

2. L'affirmation claire par le Tribunal constitutionnel de l'intérêt objectif de la procédure de question..... **Erreur ! Signet non défini.**

C. Le contraste entre l'approfondissement de la constitutionnalisation par les questions et les incidences de l'accès du justiciable...**Erreur ! Signet non défini.**

1. Le simple rôle de « comparant » du justiciable au procès constitutionnel relatif à la question **Erreur ! Signet non défini.**

2. La tâche de constitutionnalisation objective de fond du juge constitutionnel à travers la procédure des questions...**Erreur ! Signet non défini.**

a) Les fondements objectifs d'une annulation**Erreur ! Signet non défini.**

b) L'examen objectif de fond de la question.....**Erreur ! Signet non défini.**

3. Les effets objectifs des décisions du Tribunal constitutionnel après une procédure de question **Erreur ! Signet non défini.**

Section 2. La portée essentiellement objective de la « *Konkrete Normenkontrolle* » sur la constitutionnalisation du droit **Erreur ! Signet non défini.**

Paragraphe 1. Le droit positif des questions préjudicielles dans la République fédérale allemande..... **Erreur ! Signet non défini.**

A. Le fondement textuel des questions préjudicielles : l'article 100 de la Loi fondamentale **Erreur ! Signet non défini.**

B. L'intérêt objectif des questions préjudicielles dans la pratique de la « Konkrete NormenKontrolle ».....**Erreur ! Signet non défini.**

1. L'apanage des tribunaux supérieurs avant 1956**Erreur ! Signet non défini.**

2. Le soulèvement de la question devant tout tribunal, marque d'une expansion du constitutionnalisme **Erreur ! Signet non défini.**

3. Les effets généraux d'une décision de la Cour constitutionnelle rendue sur renvoi préjudiciel **Erreur ! Signet non défini.**

Paragraphe 2. Les incidences de l'article 100 sur la constitutionnalisation et le comportement du justiciable..... **Erreur ! Signet non défini.**

A. Les impacts objectifs indirects de la « Konkrete NormenKontrolle » sur la constitutionnalisation du droit **Erreur ! Signet non défini.**

1. L'unification du droit **Erreur ! Signet non défini.**

2. La non limitation du jugement constitutionnel aux normes contestées et le contrôle de l'application des lois**Erreur ! Signet non défini.**

3. Le règlement anticipé du contentieux des droits fondamentaux par la procédure de question..... **Erreur ! Signet non défini.**

B. Le faible succès des questions préjudicielles auprès du justiciable à cause de leur fonction objective **Erreur ! Signet non défini.**

CONCLUSION DU PREMIER CHAPITRE DU SECOND TITRE....**Erreur ! Signet non défini.**

Chapitre 2. L'atténuation de la portée objective des voies d'accès indirectes en France et en Italie **Erreur ! Signet non défini.**

Section 1. L'atténuation restrictive de la portée et de l'intérêt objectifs des voies d'accès indirectes du justiciable apportée par la QPC au regard du droit comparé..... **Erreur ! Signet non défini.**

Paragraphe 1. Une atténuation de la portée et de l'intérêt objectifs marquée par le déclenchement de la procédure..... **Erreur ! Signet non défini.**

A. Le choix du justiciable et l'exclusion du juge quant au déclenchement de la procédure..... **Erreur ! Signet non défini.**

B. Le rééquilibrage de l'initiative subjective du justiciable par des restrictions de portée objective dans la suite de la procédure **Erreur ! Signet non défini.**

1. Les restrictions tenant aux conditions de transmission d'une QPC par le juge du fond aux juges suprêmes **Erreur ! Signet non défini.**
2. Les restrictions tenant aux conditions retenues pour le renvoi des questions au Conseil constitutionnel par les juridictions suprêmes **Erreur ! Signet non défini.**

Paragraphe 2. La participation de la QPC à la constitutionnalisation objective du droit..... **Erreur ! Signet non défini.**

- A. Le caractère « prioritaire » de la question, preuve de la primauté objective accordée aux normes constitutionnelles devant le juge ordinaire **Erreur ! Signet non défini.**
- B. La purification de l'ordre juridique interne par la procédure de QPC au bénéfice d'une constitutionnalisation objective du droit... **Erreur ! Signet non défini.**
- C. La non-garantie de l'effet utile pour le justiciable ayant déclenché la procédure **Erreur ! Signet non défini.**

Section 2. La portée de la QPC sur la constitutionnalisation, comparée à la question incidente italienne **Erreur ! Signet non défini.**

Paragraphe 1. La portée plus étendue de la question incidente italienne au regard des modalités d'introduction et des conditions de recevabilité de la question..... **Erreur ! Signet non défini.**

- A. Les fondements juridiques et l'approche théorique de l'étendue de la portée objective atténuée de la question incidente de constitutionnalité italienne **Erreur ! Signet non défini.**
 1. Les fondements juridiques de la question incidente italienne **Erreur ! Signet non défini.**
 2. L'approche théorique de la question incidente de constitutionnalité par rapport au processus de constitutionnalisation du droit **Erreur ! Signet non défini.**

B. Des modalités de déclenchement et des conditions de recevabilité du recours globalement plus souples en Italie et leurs incidences..... **Erreur ! Signet non défini.**

1. Les modalités de déclenchement du recours et leurs incidences sur la constitutionnalisation du droit.....**Erreur ! Signet non défini.**

a) L'origine juridictionnelle du recours plus large en Italie, en dépit de la même notion objective de « procès » qu'en France. **Erreur ! Signet non défini.**

b) L'initiative du recours au juge constitutionnel ouverte tant au justiciable qu'au juge ordinaire en Italie et ses incidences sur la constitutionnalisation..... **Erreur ! Signet non défini.**

2. Le caractère moins indirect de l'accès à la *Corte costituzionale* et ses incidences **Erreur ! Signet non défini.**

a) L'absence de filtrage par les juridictions suprêmes en Italie et ses incidences sur le processus de constitutionnalisation.....**Erreur ! Signet non défini.**

b) Des conditions de recevabilité semblables mais globalement plus souples en Italie et leurs incidences sur le processus de constitutionnalisation..... **Erreur ! Signet non défini.**

c) Les incidences de la permissivité italienne sur le processus de constitutionnalisation objective **Erreur ! Signet non défini.**

Paragraphe 2. La portée plus étendue de la question incidente italienne au regard des normes impliquées dans le contrôle de constitutionnalité . **Erreur ! Signet non défini.**

A. Une portée objective plus large au regard des actes contestables dans le cadre d'une question incidente de constitutionnalité..**Erreur ! Signet non défini.**

B. Une portée plus large au regard des moyens invocables et de la diversité des configurations normatives utilisées par le juge constitutionnel italien..... **Erreur ! Signet non défini.**

CONCLUSION DU SECOND CHAPITRE DU TITRE II.....**Erreur ! Signet non défini.**

CONCLUSION SECOND TITRE	Erreur ! Signet non défini.
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE	Erreur ! Signet non défini.
DEUXIEME PARTIE.....	Erreur ! Signet non défini.
LA DENATURATION DU PROCESSUS DE CONSTITUTIONNALISATION OBJECTIVE PAR L'ACCES DIRECT DES INDIVIDUS	Erreur ! Signet non défini.
TITRE I. LA DERIVATION DE LA CONSTITUTIONNALISATION OBJECTIVE EN « FONDAMENTALISATION » SUBJECTIVE DU DROIT INDUITE PAR L'ACCES DIRECT DES INDIVIDUS.....	Erreur ! Signet non défini.
CHAPITRE 1. La légitimation de la fondamentalisation subjective par l'accès direct en Allemagne et en Espagne	Erreur ! Signet non défini.
Section 1. La légitimation de la fondamentalisation subjective par l'accès direct et l'approche binaire des droits fondamentaux	Erreur ! Signet non défini.
Paragraphe 1. L'approche binaire des droits fondamentaux à l'occasion des voies de recours directes.....	Erreur ! Signet non défini.
A. L'approche binaire de la Cour constitutionnelle allemande à l'occasion du recours constitutionnel direct.....	Erreur ! Signet non défini.
1. L'approche juridique objective entrant dans le processus de constitutionnalisation	Erreur ! Signet non défini.
2. L'approche juridictionnelle subjective prouvant une fondamentalisation subjective	Erreur ! Signet non défini.
B. La réalisation de l'approche binaire (objective et subjective) par le biais de l'Amparo et ses incidences sur la constitutionnalisation du droit	Erreur ! Signet non défini.
1. La constitutionnalisation objective du droit par le recours d'Amparo	Erreur ! Signet non défini.
2. Le champ strictement limité de la fondamentalisation subjective par l'Amparo constitutionnel	Erreur ! Signet non défini.
Paragraphe 2. Le rôle de mise en exergue de la « fondamentalité » à l'occasion des recours directs et ses incidences sur la fondamentalisation	Erreur ! Signet non défini.

A. L'exégèse de la «
fondamentalité
» des droits et libertés par le juge constitutionnel allemand et ses conséquences sur le comportement du justiciable.....**Erreur ! Signet non défini.**

B. L'autolimitation du juge constitutionnel espagnol dans sa tâche de mise en évidence de la «
fondamentalité
» subjective des droits et libertés**Erreur ! Signet non défini.**

Section 2. La tendance à la dénaturation de la mission du juge constitutionnel en fondamentalisation subjective induite par l'accès direct ..**Erreur ! Signet non défini.**

Paragraphe 1. Des procédures extraordinaires, banalisées par le justiciable participant du processus de fondamentalisation subjective du droit... **Erreur ! Signet non défini.**

A. La transformation progressive des procédures d'accès direct en procédures «
banales
» participant à la fondamentalisation subjective **Erreur ! Signet non défini.**

1. L'accès direct au juge constitutionnel, cause de la fondamentalisation subjective et de ses velléités d'expansion en Allemagne..... **Erreur ! Signet non défini.**

2. L'accès direct du justiciable, cause de la fondamentalisation des rapports juridiques en Espagne..... **Erreur ! Signet non défini.**

B. La résistance du juge constitutionnel face à la banalisation des procédures et au phénomène de fondamentalisation subjective..... **Erreur ! Signet non défini.**

1. La résistance du juge constitutionnel allemand face aux dérives **Erreur ! Signet non défini.**

2. La rigueur affichée par le juge constitutionnel espagnol en prévention des dérives..... **Erreur ! Signet non défini.**

Paragraphe 2. La difficulté pour le juge constitutionnel de résister au phénomène de fondamentalisation subjective **Erreur ! Signet non défini.**

A. Le juge constitutionnel face à son devoir de rendre des décisions de portée relative et subjective devant la masse des requêtes.....**Erreur ! Signet non défini.**

1. La fondamentalisation voulue par le justiciable sur le fondement de la lettre de la Constitution ou de la jurisprudence du juge constitutionnel
Erreur ! Signet non défini.

2. Les obligations juridictionnelles du juge constitutionnel à l'épreuve de la prolifération des requêtes subjectives.....**Erreur ! Signet non défini.**

B. Les réponses pragmatiques du juge constitutionnel face à la difficulté de la fondamentalisation subjective confortées par le Législateur **Erreur ! Signet non défini.**

1. La préservation de la mission de constitutionnalisation objective même pour des requêtes de teneur subjective **Erreur ! Signet non défini.**

2. L'approfondissement des conditions de forme au bénéfice de l'intervention du juge ordinaire **Erreur ! Signet non défini.**

a) L'approfondissement de la subsidiarité au bénéfice de l'intervention du juge ordinaire espagnol.... **Erreur ! Signet non défini.**

b) L'approfondissement de la subsidiarité au bénéfice du juge ordinaire allemand **Erreur ! Signet non défini.**

CONCLUSION DU CHAPITRE I DU TITRE I..... **Erreur ! Signet non défini.**

CHAPITRE 2. L'approfondissement de la mission de fondamentalisation subjective du juge constitutionnel (étude du cas espagnol)**Erreur ! Signet non défini.**

Section 1. La mission de reconnaissance et de réparation de l'atteinte subjective portée à un droit fondamental du justiciable **Erreur ! Signet non défini.**

PARAGRAPHE 1. La reconnaissance de l'atteinte subjective portée à un droit fondamental du justiciable **Erreur ! Signet non défini.**

A. La constatation et la détermination de l'atteinte subjective **Erreur ! Signet non défini.**

B. La caractérisation de l'atteinte subjective..... **Erreur ! Signet non défini.**

PARAGRAPHE 2. Le rétablissement du droit fondamental du justiciable et la réparation du préjudice 297

A. Le rétablissement du justiciable dans son droit fondamental..... **Erreur ! Signet non défini.**

- B. La réparation du préjudice du justiciable par le juge constitutionnel.
Erreur ! Signet non défini.

Section 2. Le débat portant sur l'extension du RAC aux normes générales....300

PARAGRAPHE 1. L'application du RAC aux normes générales à caractère règlementaire..... **Erreur ! Signet non défini.**

- A. Une question progressivement résolue par le Tribunal constitutionnel
Erreur ! Signet non défini.
- B. Une question toujours débattue en Espagne **Erreur ! Signet non défini.**

PARAGRAPHE 2. Le débat ouvert de l'application du RAC aux lois . **Erreur ! Signet non défini.**

- A. L'existence de lois « particulières » : l'affaire « Ruiz Mateos », point de départ du débat **Erreur ! Signet non défini.**
- B. La consistance constitutionnelle du débat de l'application du RAC aux lois **Erreur ! Signet non défini.**

CONCLUSION DU SECOND CHAPITRE DU PREMIER TITRE....**Erreur ! Signet non défini.**

CONCLUSION DU PREMIER TITRE **Erreur ! Signet non défini.**

TITRE II. LES CONSEQUENCES DE LA DERIVATION DE LA CONSTITUTIONNALISATION OBJECTIVE EN FONDAMENTALISATION SUBJECTIVE..... **Erreur ! Signet non défini.**

CHAPITRE 1. La tendance des cours constitutionnelles à devenir des cours suprêmes **Erreur ! Signet non défini.**

Section 1. Une tendance à la suprématie en Allemagne et Espagne, preuve de l'incidence de dénaturation induite par l'accès direct**Erreur ! Signet non défini.**

Paragraphe 1. Une tendance impliquée par l'usage majoritaire des voies de recours directes contre les décisions juridictionnelles définitives..... **Erreur ! Signet non défini.**

- A. Une tendance expliquée par le principe de subsidiarité des recours
Erreur ! Signet non défini.

1. L'usage de la « Vergassungsbeschwerde » à l'encontre des décisions définitives en Allemagne **Erreur ! Signet non défini.**
2. L'usage du RAC « contre les juges » en Espagne **Erreur ! Signet non défini.**

B. La tendance des cours constitutionnelles à se comporter en super-Cour de cassation et l'effet d'importance des décisions sur l'ordre juridique **Erreur ! Signet non défini.**

1. La tendance des cours constitutionnelles à se comporter en super-Cour de cassation **Erreur ! Signet non défini.**
2. L'importance des décisions rendues à l'occasion des recours directs sur l'ordre juridique **Erreur ! Signet non défini.**

Paragraphe 2. Les conséquences de la tendance à la suprématie des cours constitutionnelles allemande et espagnole **Erreur ! Signet non défini.**

A. La surcharge des Cours constitutionnelles et les appels au modèle de certiorari **Erreur ! Signet non défini.**

B. L'attachement et la confiance démocratiques des justiciables allemands et espagnols aux recours individuels directs. **Erreur ! Signet non défini.**

1. Le RAC, en tant que garantie d'une justice démocratique en Espagne. **Erreur ! Signet non défini.**
2. L'attachement et la confiance du justiciable allemand dans la « Verfassungsbeschwerde » **Erreur ! Signet non défini.**

Section 2. Une tendance à la suprématie du juge constitutionnel moins marquée en Italie et France par l'absence d'accès direct **Erreur ! Signet non défini.**

PARAGRAPHE 1. L'impact de la QPC sur l'ordonnancement juridique en France **Erreur ! Signet non défini.**

A. L'inexistence d'une relation hiérarchique entre le Conseil constitutionnel et les deux cours suprêmes en dépit de l'émergence de la QPC **Erreur ! Signet non défini.**

1. L'impossibilité de « casser » les décisions définitives du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation **Erreur ! Signet non défini.**

2. La possibilité de remettre en cause les « interprétations consolidées » d'une loi **Erreur ! Signet non défini.**

3. L'accent mis en France sur le caractère objectif du contentieux de la QPC **Erreur ! Signet non défini.**

B. La détermination précise des rôles respectifs de chaque juridiction dans le cadre de la QPC. **Erreur ! Signet non défini.**

1. Le renforcement du Conseil constitutionnel comme juge unique de la constitutionnalité de la loi par la QPC **Erreur ! Signet non défini.**

2. L'émergence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation comme juge négatif de la constitutionnalité..... **Erreur ! Signet non défini.**

PARAGRAPHE 2. L'impact de la question incidente de constitutionnalité sur la place et la mission de la Cour constitutionnelle italienne **Erreur ! Signet non défini.**

A. La simple faculté du juge ordinaire de soulever une question incidente de constitutionnalité, preuve de son indépendance par rapport au juge constitutionnel **Erreur ! Signet non défini.**

B. La définition par la Cour constitutionnelle italienne de son propre rôle **Erreur ! Signet non défini.**

CONCLUSION DU CHAPITRE I DU SECOND TITRE **Erreur ! Signet non défini.**

CHAPITRE 2. Le caractère diffus de la fondamentalisation, cause de la concurrence faite au juge constitutionnel par les juges ordinaires et européens **Erreur ! Signet non défini.**

Section 1. La concurrence des juges ordinaires et européens sur le terrain de la fondamentalisation..... **Erreur ! Signet non défini.**

PARAGRAPHE 1. La concurrence du juge ordinaire sur le terrain de la fondamentalisation. **Erreur ! Signet non défini.**

A. Les ressorts de la présence en première ligne du juge ordinaire sur le terrain de la fondamentalisation ddu droit. **Erreur ! Signet non défini.**

1. Une conséquence de la subsidiarité dans les pays ouvrant l'accès direct et l'existence de voies de recours ordinaires**Erreur ! Signet non défini.**

2. Une plus grande accessibilité et une plus grande rapidité du juge ordinaire dans les différents pays étudiés**Erreur ! Signet non défini.**

B. L'impossibilité matérielle et technique du juge constitutionnel d'être le juge la totalité des cas d'espèces **Erreur ! Signet non défini.**

1. L'impossibilité de rendre une décision au fond et /ou motivée pour chaque espèce..... **Erreur ! Signet non défini.**

a) Une impossibilité matérielle et technique en Allemagne. **Erreur ! Signet non défini.**

b) L'impossibilité de rendre des décisions au fond et/ou motivées pour chaque cas d'espèce pour le juge constitutionnel espagnol .. **Erreur ! Signet non défini.**

2. La séparabilité des questions constitutionnelles par rapport aux faits du cas d'espèce et des autres problèmes juridiques de l'instance particulière..... **Erreur ! Signet non défini.**

PARAGRAPH 2. La concurrence particulière du juge de Strasbourg en matière de fondamentalisation du droit..... **Erreur ! Signet non défini.**

A. La Cour de Strasbourg, juridiction d'harmonisation des droits fondamentaux au niveau de l'Europe..... **Erreur ! Signet non défini.**

1. Le juge de Strasbourg, gardien du patrimoine commun en matière de droits de l'homme. **Erreur ! Signet non défini.**

2. Le juge de Strasbourg, chargé de protéger le standard minimum des droits de l'homme. **Erreur ! Signet non défini.**

B. La Cour européenne de Strasbourg, juridiction de dernier ressort en matière de fondamentalisation du droit en Europe.....**Erreur ! Signet non défini.**

1. L'inclusion des recours constitutionnels dans les voies de recours à épuiser en vertu de l'art. 35 Parag. I CEDH. ... **Erreur ! Signet non défini.**

2. La supervision de l'activité des cours constitutionnelles à travers le délai raisonnable de leurs procédures.....**Erreur ! Signet non défini.**
3. Les décisions obligatoires, exécutoires en droit interne et non susceptibles de recours de la Cour de Strasbourg**Erreur ! Signet non défini.**

Section 2. L'obligation pour le juge constitutionnel de participer à la circulation des solutions juridiques..... **Erreur ! Signet non défini.**

PARAGRAPHE 1. La nécessité d'harmoniser ou de participer à l'harmonie des solutions juridiques internes..... **Erreur ! Signet non défini.**

A. La nécessité de participer à l'harmonie des solutions juridiques en Allemagne en raison du fédéralisme..... **Erreur ! Signet non défini.**

B. La nécessité de participer à l'harmonie des solutions pour des besoins de cohérence du système de protection des droits fondamentaux.... **Erreur ! Signet non défini.**

1. La participation du Tribunal constitutionnel à la cohérence du système interne des droits fondamentaux..... **Erreur ! Signet non défini.**
2. La nécessité pour le Conseil constitutionnel de participer à la circulation des solutions juridiques internes... **Erreur ! Signet non défini.**
3. La participation de la Corte costituzionale à la cohérence des solutions juridiques internes..... **Erreur ! Signet non défini.**

PARAGRAPHE 2. La responsabilité morale ou partielle du juge constitutionnel dans l'intégration du droit international et la prévention de ses condamnations..... **Erreur ! Signet non défini.**

A. La responsabilité morale ou partielle du juge constitutionnel dans les pays ouvrant l'accès direct..... **Erreur ! Signet non défini.**

1. La responsabilité du juge constitutionnel allemand dans l'intégration du droit international et la prévention des condamnations**Erreur ! Signet non défini.**
2. La responsabilité du juge constitutionnel espagnol dans l'intégration du droit international et la prévention des condamnations..... **Erreur ! Signet non défini.**

B. La nécessaire adaptation du juge constitutionnel en l'absence de voie de recours directes dans l'intégration du droit international et la prévention de ses condamnations.**Erreur ! Signet non défini.**

1. La nécessaire adaptation du juge constitutionnel français au contexte international.**Erreur ! Signet non défini.**

2. L'adaptation du juge constitutionnel italien au contexte international. **Erreur ! Signet non défini.**

CONCLUSION DU CHAPITRE II DU TITRE II **Erreur ! Signet non défini.**

CONCLUSION DU SECOND TITRE **Erreur ! Signet non défini.**

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE **Erreur ! Signet non défini.**

CONCLUSION GENERALE **Erreur ! Signet non défini.**

BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE 415

TABLE DES MATIERES 432

INDEX.....447

INDEX

A

A posteriori (contrôle), 33, 61, 82, 107, 108, 109, 126, 136, 190, 220, 335, 337, 339, 432

A priori (Contrôle), 212, 213, 393

Accès des individus, 13, 15, 33, 35, 36, 39, 77, 83

Accès direct, 11, 36, 44, 45, 46, 61, 93, 124, 222, 225, 228, 229, 232, 234, 235, 236, 238, 262, 263, 264, 265, 267, 269, 276, 284, 308, 315, 330, 341, 343, 347, 348, 350, 353, 354, 371, 380, 385, 391, 399, 400, 402, 403, 404, 409, 437, 438, 439, 440, 441, 443

Accès indirect, 11, 37, 44, 45, 48, 50, 59, 64, 73, 77, 81, 82, 109, 153, 160, 168, 176, 181, 219, 221, 222, 409

Accessibilité du juge constitutionnel, 40

Actes administratifs, 139, 250, 265, 291, 302, 307, 308, 317, 355, 357

Actes juridictionnels, 261, 317, 320, 362, 404

Administration, 104, 138, 143

Allemagne, 11, 13, 14, 17, 18, 20, 22, 34, 36, 40, 41, 45, 46, 57, 61, 63, 64, 70, 72, 73, 76, 77, 79, 80, 81, 86, 87, 88, 89, 90, 93, 94, 106, 109, 112, 119, 121, 126, 127, 129, 162, 164, 165, 166, 167, 168, 170, 171, 173, 175, 176, 177, 178, 180, 181, 186, 220, 222, 225, 226, 227, 230, 234, 235, 248, 264, 265, 266, 267, 272, 273, 275, 279, 281, 285, 286, 287, 290, 291, 306, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 321, 324, 325, 328, 330, 332, 342, 345, 349, 354, 356, 357, 359, 371, 376, 377, 378, 380, 385, 386, 394, 399, 405, 407, 409, 410, 412, 414, 417, 418, 431, 432, 437, 438, 439, 440, 442

Amparo (recours d'), 22, 36, 80, 81, 160, 177, 225, 239, 248, 249, 250, 251, 253, 254, 258, 264, 267, 289, 304, 307, 310, 322, 325, 332, 361, 370, 404, 409, 437

Amparo constitutionnel (RAC)-, 10, 14, 232, 233, 250, 252, 253, 261, 267, 272, 275, 286, 301, 311, 316, 390, 400, 410, 437

Autorité de chose jugée –Autorité relative- Autorité absolue- Autorité de chose interprétée, 32, 33, 111, 159, 333, 373, 382, 420

C

- Catalogue ouvert ou fermé (des droits fondamentaux)*, 112, 345, 383, 384
- CEDH*, 9, 13, 14, 15, 135, 166, 201, 216, 304, 305, 340, 344, 364, 365, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 385, 386, 388, 389, 390, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 426, 427, 442
- Circulation des solutions juridiques, 40, 313, 345, 351, 374, 375, 380, 381, 382, 383, 384, 395, 398, 401, 407, 442, 443
- Compatibilité (des normes)*, 74, 94, 163, 166, 171, 397, 410
- Conflits de normes*, 163
- Conformité- (conformité sous réserve)-*
Conformité partielle- (Conformité totale), 19, 58, 94, 116, 147, 192, 373, 374, 389, 391, 403, 410
- Conseil d'Etat*, 19, 21, 32, 98, 164, 180, 182, 183, 185, 186, 187, 188, 200, 205, 332, 338, 339, 340, 341, 342, 380, 381, 403, 411, 418, 440, 441
- Constitution -(applicabilité de la Constitution) - (normativité de la constitution)-*, 9, 17, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 32, 36, 40, 44, 46, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 57, 58, 59, 63, 64, 65, 66, 70, 71, 72, 74, 75, 77, 78, 80, 81, 84, 85, 90, 94, 96, 97, 98, 100, 101, 105, 110, 111, 113, 114, 116, 117, 118, 119, 123, 125, 129, 131, 132, 138, 139, 140, 143, 144, 147, 149, 151, 155, 156, 158, 168, 169, 176, 180, 184, 185, 186, 190, 191, 196, 197, 202, 207, 212, 213, 214, 215, 216, 218, 220, 227, 228, 232, 233, 236, 239, 242, 243, 249, 250, 251, 253, 254, 255, 258, 259, 261, 265, 266, 273, 274, 275, 276, 281, 286, 288, 289, 291, 296, 305, 320, 321, 326, 332, 333, 334, 336, 338, 339, 344, 346, 355, 356, 368, 376, 378, 381, 382, 383, 386, 389, 392, 393, 394, 396, 403, 404, 405, 406, 407, 410, 411, 415, 416, 417, 418, 420, 431, 438
- Constitutionnalisation (du droit)-*
constitutionnalisation des branches du droit- constitutionnalisation objective, 11, 12, 16, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 49, 50, 51, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 69, 70, 73, 74, 75, 76, 78, 79, 80, 81, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 90, 95, 96, 98, 102, 103, 106, 107, 108, 110, 112, 113, 115, 116, 117, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 129, 130, 134, 136, 137, 139, 140, 146, 153, 155, 160, 161, 164, 167, 168, 170, 171, 174, 175, 176, 177, 179, 180, 181, 182, 187, 190, 193, 195, 196, 198, 199, 200, 202, 204, 205, 208, 210, 215, 217, 218, 219, 220, 222, 223, 225, 228, 229, 230, 234, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 247, 248, 249, 253, 256, 257, 263, 269, 274, 278, 279, 280, 281, 285, 286, 287, 290, 291, 306, 307, 309, 311, 312, 328, 330, 333, 339, 344, 347, 348, 351, 399, 400, 402, 404, 406, 409, 410, 414, 416, 417, 420, 421, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 438
- Constitutionnalisation objective*, 11, 12, 46, 50, 73, 76, 80, 84, 86, 87, 88, 90, 98, 106, 110, 120, 124, 129, 134, 136, 146, 153, 155, 160, 174, 175, 177, 187, 190, 194, 195, 208, 219, 220, 229, 230, 234, 239, 243, 247, 248, 249, 253, 256, 257, 263, 274, 278, 279, 280, 281, 285, 287, 290, 291, 307, 309, 311, 312, 328, 333, 339, 347, 402, 409, 431, 432, 433, 435, 436, 437, 438
- Constitutionnalité (Bloc de) – principe de constitutionnalité- (question de constitutionnalité)-*, 10, 13, 14, 15, 16, 18, 19, 20, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 33, 37, 38, 39, 43, 44, 45, 48, 49, 57, 61, 62, 71, 73, 74, 75, 76, 77, 80, 82, 83, 84, 88, 89, 91, 92, 93, 94, 97, 98, 104, 105, 107, 108, 109, 110, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 125, 126, 131, 132, 133, 134, 139, 141, 142, 143, 145, 146, 147, 150, 153, 155, 164, 165, 166, 168, 170, 171, 173, 174, 175, 176, 178, 179, 180, 181, 186, 187, 188, 189, 190, 192, 193, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 205, 206, 207, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 218, 219, 222, 225, 233, 236, 240, 242, 248, 249, 257, 259, 271, 279, 291, 305, 317, 330, 331, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 346, 347, 348, 363, 382, 383, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 400, 407, 410, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 431, 432, 433, 435, 436, 441
- Contentieux (constitutionnel)- contentieux objectif- Contentieux subjectif*, 11, 17, 38, 42, 43, 44, 49, 50, 51, 52, 54, 55, 58, 59, 60, 61, 62, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 84, 90, 96, 98, 105, 118, 120, 122, 124, 125, 126, 127, 134, 146, 149, 170, 173, 174, 192, 197, 205, 214, 215, 220, 226, 229, 304, 317, 318, 335, 336, 346, 360, 362, 416, 418, 430, 431, 434, 441
- Contrôle - Contrôle abstrait- Contrôle concret- Contrôle objectif- Contrôle a posteriori- Contrôle a priori- Contrôle de la constitutionnalité- Contrôle subjectif- contrôle de conventionalité*, 13, 18, 22, 23, 24, 25, 26, 31, 33, 38, 43, 44, 48, 49, 50, 57, 58, 61, 71, 73, 74, 75, 76, 77, 82, 83, 84, 88, 89, 91, 92, 93, 94, 97, 98, 107, 108, 109, 110, 111, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 125, 126, 129, 131, 132, 136, 137, 143, 149, 150, 163, 164, 165, 166, 169, 170, 171, 172, 174, 175, 178, 187, 188, 190, 195, 198, 202, 205, 206, 210, 211, 212, 213, 216, 219, 220, 222, 227, 233, 239, 243, 245, 248, 259, 271, 279, 284, 290, 291, 307, 320, 323, 324, 326, 328, 330, 334, 335, 337, 339, 340, 341, 346, 362, 363, 378, 382, 387, 393, 394, 396, 397, 400, 403,

404, 407, 410, 413, 416, 418, 419, 420, 431, 432, 434, 436

Contrôle objectif, 94

Convention (Convention européenne), 14, 418

Conventionalité (des lois)- Conventionalité des normes, 31, 187, 206, 216, 339, 396, 397, 400, 403, 407

Conventionnel (normes conventionnelles), 341

Cour constitutionnelle (fédérale, allemande)-

Cour constitutionnelle italienne, 18, 59, 80, 94, 342, 349, 377

Cour de cassation, 320

Cour européenne des droits de l'homme, 9, 14,

350, 364, 369, 373, 384, 391, 393, 395, 416, 419

Cuestion de inconstitucionalidad, 129, 130, 131,

133, 134, 139, 144, 361, 379, 390, 432

D

Décisions (rendues par le juge constitutionnel)- décisions juridictionnelles définitives, 20, 22, 24, 27, 37, 78, 90, 91, 96, 97, 98, 100, 101, 104, 111, 113, 117, 121, 123, 132, 133, 135, 140, 141, 142, 146, 147, 148, 149, 152, 154, 155, 156, 158, 162, 165, 166, 168, 169, 170, 172, 182, 183, 184, 185, 186, 188, 190, 191, 192, 193, 200, 205, 206, 207, 240, 241, 242, 245, 255, 256, 257, 260, 261, 266, 270, 273, 276, 278, 280, 282, 285, 293, 294, 295, 297, 298, 306, 307, 310, 318, 319, 322, 325, 326, 327, 332, 336, 343, 344, 346, 347, 354, 358, 359, 360, 372, 373, 377, 381, 382, 383, 386, 387, 389, 390, 392, 393, 394, 395, 396, 400, 404, 405, 412, 420, 421, 434, 442

Démocratie, 15, 17, 22, 50, 51, 116, 238, 247, 356, 365, 366, 367, 416

Dénaturation (de la mission du juge), 11, 46, 104, 223, 237, 262, 263, 285, 286, 309, 314, 315, 328, 330, 347, 402, 437, 439

Diffusion (des normes constitutionnelle)-

Diffusion du processus- Caractère diffus, 33, 34, 35, 46, 65, 67, 111, 114, 115, 118, 176, 225, 349, 350

Dignité de la personne humaine, 30, 76, 233, 235, 243, 256, 257, 260, 266, 285, 310, 384, 395, 412

Direct (accès), 11, 36, 44, 45, 46, 61, 93, 124, 222, 225, 228, 229, 232, 234, 235, 236, 238, 262, 263, 264, 265, 267, 269, 276, 284, 308, 315, 330, 341, 343, 347, 348, 350, 353, 354, 371, 380, 385, 391, 399, 400, 402, 403, 404, 409, 437, 438, 439, 440, 441, 443

E

Effectivité (des droits)- Effectivité des normes, 26, 52, 62, 75, 84, 96, 103, 106, 215, 221, 245, 266, 302, 410

Effet de rayonnement (des droits fondamentaux), 245, 256

Effets juridiques, Effets sur l'ordre juridique, 164, 348

Espagne, 11, 13, 14, 17, 21, 22, 34, 36, 40, 41, 45, 46, 50, 57, 59, 63, 70, 72, 77, 79, 80, 81, 82, 109, 119, 123, 125, 127, 129, 130, 131, 132, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 147, 150, 154, 155, 156, 157, 163, 164, 169, 176, 177, 180, 181, 183, 186, 187, 204, 220, 222, 225, 226, 227, 230, 234, 235, 238, 239, 247, 248, 249, 251, 252, 258, 261, 264, 265, 267, 268, 269, 272, 273, 275, 276, 277, 278, 280, 281, 283, 285, 286, 287, 288, 291, 292, 297, 299, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 322, 324, 325, 326, 330, 332, 342, 345, 349, 354, 355, 356, 357, 359, 360, 361, 363, 366, 368, 370, 371, 372, 379, 380, 385, 389, 390, 394, 399, 405, 407, 409, 410, 414, 416, 419, 432, 437, 438, 439, 440

Espagnol (Tribunal constitutionnel espagnol), justiciable espagnol, 11, 22, 36, 39, 51, 58, 131, 132, 134, 135, 138, 146, 150, 151, 152, 153, 155, 158, 159, 176, 181, 208, 218, 236, 239, 248, 250, 251, 253, 254, 258, 261, 263, 269, 272, 281, 282, 286, 287, 288, 293, 295, 301, 304, 307, 311, 317, 319, 320, 326, 361, 370, 378, 379, 388, 389, 390, 400, 402, 409, 416, 421, 437, 438, 442, 443

État de droit, 15, 49, 71, 72, 93, 116, 120, 220, 221, 402

F

Fondamentalité, Fondamentalisation (fondamentalisation objective, fondamentalisation subjective-

Fondamentaux (Droits), 11, 12, 30, 31, 40, 41, 42, 45, 46, 73, 124, 160, 228, 229, 230, 234, 235, 237, 238, 239, 240, 242, 244, 247, 248, 250, 251, 253, 254, 256, 258, 261, 263, 264, 265, 267, 269, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 281, 285, 286, 287, 288, 290, 291, 292, 297, 299, 306, 307, 308, 309, 311, 312, 313, 330, 339, 344, 345, 348, 349, 350, 352, 353, 354, 355, 356, 359, 363, 364, 366, 367, 368, 369, 370, 372, 373, 380, 382, 386, 390, 391, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 406, 407, 409, 437, 438, 441, 442

Français (Juge constitutionnel), 98, 204

France, 10, 11, 13, 14, 15, 16, 19, 20, 22, 24, 26, 27, 28, 29, 31, 32, 33, 34, 35, 37, 39, 40, 41, 44, 50, 51, 52,

53, 57, 59, 62, 66, 68, 70, 72, 73, 77, 79, 80, 81, 82, 86, 87, 94, 95, 96, 97, 102, 106, 111, 117, 119, 125, 126, 127, 156, 170, 178, 180, 181, 187, 190, 193, 195, 196, 199, 200, 202, 203, 204, 206, 207, 212, 213, 215, 218, 219, 220, 222, 225, 229, 253, 314, 328, 330, 331, 332, 335, 343, 344, 356, 363, 370, 372, 382, 392, 393, 394, 398, 400, 403, 407, 410, 411, 414, 416, 418, 419, 420, 431, 434, 436, 440, 441

G

Garantie (des droits fondamentaux), garanties spécifiques, 17, 44, 46, 49, 57, 58, 60, 61, 75, 77, 84, 90, 119, 123, 126, 136, 153, 171, 178, 181, 193, 195, 218, 219, 220, 222, 238, 239, 248, 258, 266, 275, 308, 325, 344, 346, 349, 350, 356, 358, 365, 366, 370, 373, 387, 403, 404, 407, 410, 418, 430, 440

H

Hiérarchie des normes, 48, 61, 63, 67, 74, 118, 226, 228, 232, 313

I

Imprégnation (des normes), 66, 241, 251, 285, 310
Incidences (objectives)- Incidences subjectives, 45, 50, 75, 124, 130, 134, 136, 149, 153, 161, 163, 164, 168, 170, 176, 182, 194, 196, 199, 200, 202, 204, 205, 208, 210, 218, 239, 247, 248, 254, 260, 281, 311, 323, 433, 434, 435, 436, 437
Incompatible (avec la constitution), 322, 394, 397
Inconstitutionnalité (déclaration d')- question d'inconstitutionnalité- Inconstitutionnelle-, 22, 35, 37, 89, 92, 113, 114, 121, 129, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 165, 166, 167, 168, 172, 181, 182, 197, 203, 205, 208, 214, 216, 218, 244, 248, 249, 273, 304, 305, 324, 339, 343, 344, 347, 379, 390, 396, 421, 432, 433
Indirect (Accès), 44, 73, 81, 198, 199, 204, 305, 436
Individus, 11, 15, 17, 35, 36, 38, 39, 44, 45, 46, 48, 50, 61, 67, 73, 74, 75, 76, 77, 81, 82, 85, 109, 115, 118, 119, 120, 127, 143, 162, 166, 221, 222, 227, 229, 236, 260, 275, 279, 317, 356, 404, 406, 407, 409, 432
Intérêt du droit, 48, 49, 53, 54, 57, 58, 73, 84, 85, 115, 118, 123, 126, 132, 160, 163, 166, 168, 226, 228, 281, 336, 344, 380, 410
Intérêt général, 54, 86, 94, 95, 107, 115, 118, 242, 243, 280, 281, 357, 358, 392, 431, 432
Intérêts objectifs- Intérêts particuliers- Intérêts subjectifs, 37, 45, 49, 61, 84, 94, 115, 124, 132, 135,

147, 160, 163, 175, 176, 218, 228, 231, 232, 236, 239, 240, 242, 244, 246, 253, 256, 258, 259, 261, 263, 266, 267, 269, 278, 286, 291, 311, 312, 313, 357, 383, 406, 409

Interprétation -Interprétations consolidées- (décisions interprétatives)- chose interprétée, 33, 66, 84, 92, 94, 111, 112, 113, 139, 144, 158, 163, 167, 171, 214, 225, 235, 241, 248, 249, 252, 271, 275, 276, 281, 296, 317, 322, 326, 327, 334, 335, 337, 346, 377, 379, 381, 382, 405

Italie, 11, 14, 17, 22, 23, 34, 57, 59, 61, 63, 64, 66, 70, 71, 73, 75, 79, 80, 81, 82, 83, 94, 106, 107, 108, 109, 111, 112, 114, 119, 121, 122, 125, 127, 178, 179, 187, 193, 195, 196, 198, 199, 200, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 212, 214, 218, 219, 220, 222, 314, 328, 330, 334, 342, 343, 344, 345, 383, 384, 395, 398, 401, 407, 410, 414, 416, 419, 431, 432, 434, 435, 436, 440

J

Juge constitutionnel-, 11, 12, 14, 16, 24, 25, 26, 29, 30, 31, 35, 36, 37, 39, 40, 41, 42, 44, 45, 48, 49, 50, 52, 53, 54, 56, 57, 59, 60, 61, 62, 64, 65, 66, 69, 70, 73, 74, 75, 76, 79, 81, 82, 84, 85, 86, 87, 88, 90, 92, 93, 94, 95, 96, 98, 99, 100, 101, 102, 104, 105, 106, 107, 108, 110, 111, 112, 115, 117, 118, 119, 121, 123, 124, 125, 126, 127, 134, 136, 137, 145, 146, 147, 148, 150, 153, 155, 158, 160, 162, 163, 166, 169, 170, 172, 173, 174, 176, 178, 180, 181, 183, 186, 188, 193, 200, 202, 204, 207, 210, 211, 212, 214, 218, 219, 220, 221, 222, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 285, 286, 287, 288, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 301, 302, 306, 307, 308, 310, 311, 312, 313, 316, 324, 325, 328, 330, 334, 335, 338, 339, 341, 342, 343, 344, 345, 347, 348, 350, 352, 353, 354, 355, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 366, 367, 369, 370, 371, 374, 375, 377, 378, 381, 382, 383, 384, 385, 388, 389, 390, 391, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 404, 405, 406, 407, 409, 410, 414, 416, 417, 430, 431, 432, 433, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443

Juge ordinaire, 31, 37, 42, 44, 57, 63, 80, 93, 114, 118, 125, 126, 137, 143, 145, 147, 149, 162, 166, 168, 173, 174, 178, 181, 187, 193, 198, 200, 202, 204, 208, 214, 220, 222, 228, 231, 238, 245, 246, 252, 262, 268, 279, 281, 282, 283, 284, 286, 287, 291, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 307, 308, 311, 312, 313, 318, 325, 330,

333, 335, 337, 341, 342, 343, 347, 348, 349, 350, 352, 353, 354, 355, 356, 358, 359, 360, 362, 363, 371, 379, 380, 381, 383, 396, 399, 400, 401, 402, 404, 405, 435, 436, 438, 441

Juridicisation-, 65

Jusnaturalisme, 76, 235

Justice constitutionnelle, 13, 15, 17, 19, 20, 21, 22, 23, 26, 35, 36, 38, 39, 40, 41, 44, 45, 48, 49, 50, 51, 58, 64, 71, 74, 77, 79, 84, 90, 109, 119, 122, 123, 176, 195, 204, 220, 222, 225, 226, 248, 252, 256, 266, 268, 276, 278, 284, 288, 289, 308, 328, 330, 333, 341, 343, 344, 345, 347, 403, 404, 409, 410, 416, 419

Justiciable, 13, 14, 15, 16, 18, 22, 23, 36, 37, 38, 39, 40, 42, 44, 45, 46, 49, 50, 51, 52, 53, 60, 61, 62, 71, 72, 77, 81, 82, 84, 105, 116, 120, 122, 124, 125, 127, 129, 131, 134, 135, 137, 139, 150, 151, 153, 154, 155, 159, 160, 161, 168, 170, 174, 175, 176, 178, 179, 180, 181, 182, 186, 187, 189, 191, 192, 193, 195, 198, 200, 202, 203, 204, 210, 213, 214, 218, 220, 221, 222, 223, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 232, 234, 236, 238, 239, 240, 244, 245, 246, 247, 248, 250, 253, 254, 255, 256, 258, 261, 263, 264, 266, 267, 268, 269, 271, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 285, 286, 287, 290, 291, 292, 293, 294, 296, 297, 298, 299, 301, 307, 308, 310, 311, 312, 313, 317, 318, 323, 325, 326, 327, 328, 330, 332, 333, 334, 340, 341, 343, 344, 347, 348, 350, 354, 358, 362, 364, 368, 369, 370, 371, 376, 377, 380, 381, 385, 387, 391, 396, 399, 400, 402, 403, 409, 410, 415, 421, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 440

K

Kelsenien(s), 17, 22, 26, 38, 48, 49, 74, 75, 226, 228, 296, 347

L

Légalité, 49, 75, 110, 115, 191, 231, 238, 245, 250, 295, 298, 308, 312, 313, 330, 333, 341, 354, 355, 405

Libertés (Droits et libertés)- Liberté d'action, 30, 77, 105, 210, 214, 233, 235, 236, 238, 245, 247, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 266, 276, 285, 310, 356, 365, 380, 381, 384, 395, 403, 404, 411

Loi – Loi fondamentale- Compatibilité de la loi avec la Constitution- Conformité de la loi avec la Constitution- (contrôle de constitutionnalité de la)- contrôle de la conventionalité-, 9, 17, 18, 36, 66, 78, 80, 100, 101, 129, 132, 162, 163, 165, 166, 170, 171, 173, 174, 180, 182, 185, 205, 233, 240, 243, 257, 270, 280, 283, 284, 290, 322, 376, 377, 387, 394, 434

M

Majorité qualifiée, 368

Mission du juge constitutionnel- Mission

objective- Mission subjective, 11, 18, 19, 48, 50, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 69, 70, 73, 74, 75, 78, 79, 81, 84, 85, 88, 90, 93, 94, 95, 103, 106, 110, 112, 115, 117, 119, 123, 136, 153, 155, 166, 174, 176, 219, 221, 222, 223, 225, 229, 230, 234, 236, 237, 245, 250, 258, 262, 263, 274, 277, 278, 279, 280, 282, 286, 288, 291, 292, 293, 296, 297, 311, 312, 314, 328, 333, 342, 343, 346, 347, 349, 362, 372, 373, 402, 404, 405, 407, 409, 410, 430, 432, 437, 438, 439, 441

N

Normes constitutionnelles- Hiérarchie des

normes, 18, 24, 25, 26, 27, 29, 30, 33, 34, 48, 49, 50, 52, 58, 61, 62, 64, 65, 66, 67, 70, 73, 74, 77, 82, 84, 88, 93, 97, 98, 100, 102, 104, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 113, 114, 115, 117, 118, 121, 122, 123, 125, 126, 132, 136, 137, 139, 142, 143, 144, 145, 146, 153, 155, 159, 163, 164, 166, 169, 170, 171, 172, 176, 183, 187, 188, 189, 195, 203, 206, 207, 210, 211, 212, 213, 214, 216, 218, 221, 222, 226, 227, 228, 229, 230, 241, 256, 257, 291, 299, 300, 301, 303, 333, 344, 345, 346, 355, 386, 389, 394, 396, 397, 410, 411, 417, 432, 433, 434, 435, 436, 439

O

Objectif, 11, 38, 49, 53, 54, 55, 56, 57, 59, 60, 61, 63, 64, 65, 69, 70, 71, 73, 74, 75, 76, 77, 79, 81, 84, 89, 90, 93, 98, 102, 104, 106, 118, 121, 122, 123, 127, 134, 137, 142, 147, 148, 149, 151, 152, 155, 157, 158, 163, 164, 172, 176, 201, 205, 218, 222, 226, 227, 228, 230, 233, 236, 238, 239, 241, 242, 243, 244, 247, 280, 285, 289, 290, 291, 309, 335, 336, 344, 411, 418, 430, 431, 433, 434, 441

Objectifs de valeur constitutionnelle (OVC)-, 96, 103, 104, 415, 416

Objectivisation, 85, 86, 221, 285, 290, 336, 341

Objectivisme-, 85, 87, 94, 99, 431

Objectivité (du juge)-, 11, 43, 55, 56, 57, 60, 61, 67, 70, 73, 76, 78, 79, 88, 90, 93, 94, 95, 99, 100, 101, 124, 126, 131, 147, 148, 191, 192, 193, 222, 229, 304, 330, 332, 346, 418, 430, 431, 433

Ordonnancement juridique-, 16, 20, 21, 29, 42, 51, 54, 55, 56, 57, 58, 60, 61, 64, 84, 114, 122, 123, 124, 136, 164, 222, 236, 330, 331, 346, 347, 386, 430, 440

Ordre juridique-, 11, 15, 25, 27, 28, 30, 32, 34, 42, 44, 45, 48, 55, 58, 61, 62, 63, 64, 65, 72, 75, 76, 78, 85,

90, 93, 110, 114, 115, 117, 118, 123, 125, 126, 139, 145, 153, 156, 158, 159, 163, 164, 167, 168, 172, 173, 187, 189, 190, 191, 218, 220, 222, 228, 233, 241, 243, 244, 285, 310, 316, 319, 320, 321, 322, 366, 393, 406, 407, 411, 417, 430, 435, 440

P

Parties (à la procédure, au procès), 19, 50, 59, 79, 125, 126, 133, 134, 135, 137, 139, 142, 148, 152, 154, 155, 156, 160, 165, 166, 168, 172, 181, 197, 198, 202, 207, 218, 244, 246, 259, 321, 322, 349, 373, 433

Positif (Droit), 52, 63, 75, 92, 97, 106, 113, 161, 162, 163, 246, 434

Positivisme, 48, 94, 98, 99, 100, 102, 411, 431

Préambule de la Constitution de 1958, 97

Procédure constitutionnelle, 142, 143, 146, 152, 154, 155, 160, 168, 433

Procès constitutionnel, *Procès équitable*, 20, 42, 50, 59, 71, 79, 80, 82, 89, 125, 134, 135, 149, 153, 154, 155, 167, 168, 169, 182, 193, 197, 198, 200, 201, 206, 207, 209, 212, 213, 216, 219, 249, 273, 304, 322, 341, 346, 365, 366, 371, 379, 388, 397, 398, 433, 436

Q

Question de constitutionnalité- Question d'inconstitutionnalité- question incidente de constitutionnalité- Questions préjudicielles, Question prioritaire de constitutionnalité (QPC), 10, 13, 14, 73, 82, 109, 165, 203, 336, 337, 338, 339, 340, 392, 393, 418, 419

R

Rapports entre particuliers- Rapports juridiques, 15, 30, 35, 51, 65, 113, 145, 267, 268, 269, 311, 346, 403, 408, 421, 438

Recevabilité (du recours, des requêtes), 42, 125, 133, 135, 147, 150, 152, 155, 166, 173, 186, 195, 196, 199, 204, 205, 206, 207, 243, 270, 278, 302, 306, 318, 324, 360, 361, 435, 436

Recours (d'Amparo, RAC) – Recours constitutionnel direct (RCD)- Voies de recours directes- voies de recours indirectes, 14, 18, 19, 22, 36, 42, 53, 58, 73, 78, 80, 81, 88, 89, 90, 105, 108, 109, 110, 122, 124, 127, 129, 132, 133, 158, 160, 166, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 184, 193, 195, 198, 199, 200, 202, 206, 209, 210, 211, 214, 218, 219, 220, 225, 228, 232, 233, 237, 238, 239, 240, 242, 243, 244, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 256, 257, 258, 259, 261, 263, 264, 265, 266, 267, 270, 271, 272, 273,

276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 288, 289, 290, 291, 294, 295, 296, 297, 301, 302, 303, 304, 305, 307, 309, 310, 311, 312, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 332, 338, 340, 348, 354, 356, 357, 359, 360, 361, 363, 369, 370, 373, 376, 377, 379, 380, 388, 389, 390, 391, 395, 399, 404, 405, 406, 407, 409, 410, 415, 416, 419, 435, 436, 437, 440, 442, 443

Réparation du préjudice, 292, 296, 298, 299, 307, 311, 439

Responsabilité du juge constitutionnel, 385, 388, 389, 443

Rilevanza, 205, 206, 207, 208, 209, 343, 346

S

Santé (droit à la protection de la), 411

Sécurité juridique, 91, 365, 376, 393

Solutions juridiques, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 382, 383, 400, 442, 443

Souveraineté, 93, 101, 326, 394

Subjectif (droits subjectifs, intérêts subjectifs, fondamentalisation subjective), 38, 71, 163, 186, 200, 226, 227, 232, 236, 238, 239, 247, 250, 258, 269, 274, 285, 290, 291, 297, 307, 344

Subjectivisme (du juge), 76

Subjectivité (du juge), 60, 76, 77, 223, 226, 228, 229, 230, 235, 236

Subsidiarité (principe de, du recours), 265, 267, 270, 271, 280, 281, 282, 283, 286, 312, 316, 317, 348, 353, 354, 362, 438, 440, 441

T

Traités internationaux, 30, 368

Tribunal constitutionnel, 163, 407

V

Vie privée (droit au respect de la), intimité de la vie privée, 250, 293, 294, 298, 355

Voies d'accès directes, Voies d'accès indirectes, 11, 41, 53, 60, 82, 88, 89, 90, 124, 127, 129, 178, 179, 180, 181, 186, 204, 218, 220, 229, 230, 238, 253, 275, 285, 309, 310, 312, 313, 314, 315, 323, 325, 328, 348, 371, 404, 406, 407, 432, 434

Voies de recours directes – Voies de recours indirectes, 14, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 44, 45, 46, 50, 52, 53, 57, 59, 62, 78, 79, 107, 115, 122, 124, 125, 127, 177, 178, 186, 193, 195, 220, 222, 225, 227, 228, 237, 238, 239, 254, 264, 265, 274, 278, 279, 282, 283, 285, 289, 290, 291, 309, 310, 311, 314, 315, 316, 317,

323, 333, 340, 344, 348, 353, 354, 355, 368, 369, 370,
371, 372, 374, 380, 400, 406, 409, 410, 437, 440, 441,
442

