Stratégies argumentatives des acteurs dans le « procès constitutionnel », étude comparée

Marie-Caroline Arreto

Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/revdh/14364>

DOI : 10.4000/revdh.14364

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Marie-Caroline Arreto, « Stratégies argumentatives des acteurs dans le « procès constitutionnel », étude comparée », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 21 | 2022, mis en ligne le 24 janvier 2022, consulté le 26 septembre 2022. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/14364> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.14364>

Ce document a été généré automatiquement le 26 septembre 2022.

Tous droits réservés

Stratégies argumentatives des acteurs dans le « procès constitutionnel », étude comparée

Marie-Caroline Arreto

- ¹ La présente contribution intervient dans l'axe « Interprétations concurrentes et action ». L'idée est ici de faire résonner ces deux termes en défendant l'idée que l'action permet l'échange des interprétations concurrentes ; l'action à l'origine d'un procès constitutionnel est donc un préalable à ce que les stratégies argumentatives puissent être présentées et discutées. Or, puisqu'il s'agit d'action, nous envisagerons ce terme au sens du droit d'action. Le droit d'action est la reconnaissance d'un droit d'agir par les règles de procédure. Plus précisément, le droit d'action se comprend du point de vue de la théorie générale du procès comme le droit d'agir en justice par le biais de la procédure de recours individuel direct. Il convient de définir cette structure procédurale comme « l'acte de procédure par lequel une personne saisit, sans intermédiaire, le juge constitutionnel en vue de contrôler la constitutionnalité d'un acte »¹. Et ce droit d'agir en justice est composé de divers éléments constitutifs qui permettent d'établir son existence : la qualité pour agir (être bénéficiaire du droit subjectif et titulaire du droit d'agir en justice) s'assortit nécessairement d'une position de légitimation (arguer de la lésion dudit droit subjectif). Ces deux éléments traduisent non seulement que la personne agissant en justice bénéficie de droits fondamentaux mais qu'elle se trouve dans une situation dans laquelle elle est fondée à agir en justice parce qu'elle peut établir un droit lésé. Le titulaire du droit d'agir en justice, plus communément appelée le requérant, est fondé à agir car il possède une prétention (*Anspruch*) qui légitime son action. Et cette prétention porte justement sur le droit dont il bénéficie. Mais comme ce droit d'agir en justice n'existe pas seulement en virtualité mais doit pouvoir prendre consistance factuellement, il s'agit d'envisager aussi dans quelle mesure le prétoire du juge est véritablement accessible. Ici il s'agit donc de déterminer dans quelle mesure l'exercice du droit d'action en justice est pratiquement réalisable. Si l'on doit conceptuellement distinguer l'existence d'un droit de sa mise en

œuvre, on ne peut soutenir l'existence d'un droit dont la mise en œuvre serait pour le moins difficile, voire impossible.

- 2 Tâchons d'abord d'éclaircir les éléments du titre de la présente contribution. Tout d'abord, il convient d'entendre par stratégies argumentatives, l'ensemble des éléments composant l'utilisation du droit d'action en justice. En cela, l'expression de stratégies argumentatives sera plutôt entendue dans le sens de « stratégies contentieuses ». Parce que cette contribution s'inscrit dans le sillage de la théorie processuelle, le terme de « procès constitutionnel » est susceptible d'interpeller – ou pas du tout – car en tant que Français, le contentieux constitutionnel français nous est toujours apparu comme un objet à part. Mais grâce au droit comparé, il est justement permis de relativiser une telle conception. En effet, dans les ordres juridiques connaissant d'une structure procédurale recouvrant l'appellation de « recours individuel direct », le procès constitutionnel est un procès comme les autres. L'objet d'une étude sur le recours individuel direct est ainsi l'étude de la procédure au sens large, applicable devant la juridiction constitutionnelle, laquelle est constituée par l'ensemble des règles procédurales et qui de ce fait est susceptible de faire l'objet d'une comparaison avec les procès d'autres natures (civil, pénal, administratif). Il s'agit ici d'utiliser la théorie processuelle pour dépasser une vision particulière du contentieux constitutionnel mais qui n'a pas lieu d'être du point de vue des règles procédurales. Le principe est qu'à tout procès sont applicables des règles qui constituent le cœur de la procédure juridictionnelle. Mais cela n'empêche pas, bien entendu, qu'il existe aussi des règles spécifiques à chaque procès. Le principe est l'unité de la procédure qui est tempéré par certaines exceptions, plutôt qu'un principe qui postulerait la diversité de la procédure².
- 3 Enfin, il s'agit de préciser quels sont les acteurs du procès constitutionnel. En termes de droit d'action, il s'agit bien entendu avant tout des requérants, qui interviennent au titre de l'action, en initiant le recours. Le requérant est en effet titulaire du droit d'action. Ce droit d'action n'existe que parce que le titulaire du droit de recours est aussi bénéficiaire du droit substantiel protégé par ce droit de recours. Si l'on considère la structure dénommée recours individuel direct – de la même façon que le recours pour excès de pouvoir ou le moyen contentieux qu'est la question prioritaire de constitutionnalité – le contentieux qui en découle est en quelque sorte du type « procès fait à un acte ». C'est pourquoi, le dialogue se fait, de façon très schématique, entre le requérant et le juge constitutionnel.
- 4 L'intérêt de l'étude comparée est de relativiser l'expérience française qui nous paraît tellement familière qu'elle peut en devenir naturelle. C'est pourquoi l'intérêt d'une recherche comparée sur le recours individuel direct est source de réflexion pour envisager notre propre perception du contentieux constitutionnel, mais aussi, pour ce qui nous intéresse ici, sur les interprétations concurrentes de la Constitution. En effet, l'utilisation du recours individuel direct rentre tout à fait dans les considérations fondatrices de ce colloque. Parce que le juge constitutionnel n'intervient qu'en ultime recours, il occupe souvent la position de celui qui a « le dernier mot » sur les choses. Néanmoins, cette position doit être relativisée de deux manières. D'une part, dans les ordres juridiques étudiés, il existe non seulement un recours individuel direct devant le juge constitutionnel mais aussi une structure procédurale particulière qui a pour vocation de garantir la protection des droits fondamentaux. Mais l'étude approfondie de cette structure procédurale peut conduire à survaloriser une telle voie de recours, qui après tout, reste une stratégie contentieuse comme une autre – et ce, quand bien

même, elle fait partie des voies de recours à épuiser avant d'être en mesure de saisir la Cour européenne de Strasbourg³. D'autre part, le juge constitutionnel intervient en dernier recours parce qu'il possède une compétence spécifique, en raison de la nature du contrôle qu'il effectue s'agissant de la conformité des normes générales et abstraites à la Constitution. Et c'est précisément sur ce point que l'enjeu va se situer : si le recours individuel direct a pour vocation de protéger les droits fondamentaux des requérants, c'est-à-dire que l'action suppose la violation d'un droit subjectif du requérant, dans quelle mesure le contrôle effectué par le juge peut devenir abstrait, ce dernier pouvant ouvrir son contrôle à une question de constitutionnalité objective distincte de tout cas particulier. Autrement dit, il s'agit de savoir si la compétence particulièrement délimitée du juge constitutionnel explique que lui soit dévolu le contentieux issu de cette structure procédurale et si cela permet *in fine* d'influer sur le type de contrôle opéré.

- 5 Cette contribution reprend le fruit d'un travail qui s'est effectué en deux temps. Dans un premier temps, la réalisation d'un travail de doctorat sur la structure de protection des droits fondamentaux qui recouvre la notion de recours individuel direct⁴. Dans un second temps, une recherche postdoctorale, dans le cadre du projet QPC, ayant pour objet de s'interroger sur l'émergence d'un droit processuel constitutionnel⁵. En envisageant la pratique du contentieux constitutionnel, il s'agissait de mesurer l'intelligibilité des règles de procédure et l'accessibilité des requérants au Conseil constitutionnel⁶ afin de déterminer si les règles du contentieux de la QPC s'étaient en quelque sorte normalisées, appartenant désormais au droit commun de la procédure. La synthèse de ces deux travaux nous permettra d'envisager les éventuels décalages de stratégies contentieuses des requérants dans l'utilisation du recours individuel direct et de la question prioritaire de constitutionnalité, permettant d'exposer respectivement les interprétations concurrentes des règles de procédure par rapport à celles du juge constitutionnel. Plus précisément, il s'agira d'envisager successivement la manière dont ces interprètes de la Constitution sont susceptibles de comprendre la qualification du requérant pour accéder au prétoire ainsi que le type de contrôle que le juge constitutionnel doit effectuer à l'occasion d'un tel litige.

I. La légitimation du titulaire comme condition d'accès au prétoire

- 6 Ce que le terme de légitimation recouvre est la condition selon laquelle la prétention du titulaire doit porter sur une lésion d'un droit dont il bénéficie. Parce que le requérant peut aussi bien contester une norme générale et abstraite qu'une norme individuelle, il convient de justifier d'une atteinte à ses droits. Plus précisément, l'atteinte doit être personnelle, actuelle et directe. Il s'agit ainsi de donner une définition resserrée de l'atteinte à un droit subjectif. Le recours individuel direct allemand ou autrichien donne une double condition au titulaire pour agir. Tout d'abord celui-ci doit faire état du bénéfice du droit puis il doit ensuite prouver l'atteinte à ce même droit. Du point de vue de la théorie processuelle, ces deux conditions se résumeraient dans deux concepts que les administrativistes français connaissent tout particulièrement : d'une part, la qualité pour agir et d'autre part, l'intérêt pour agir. Afin d'éviter tout malentendu, nous préférons parler de légitimation, plutôt que de légitimité – terme connoté politiquement – ou d'intérêt pour agir. Cette légitimation permet de rechercher la

raison d'agir du titulaire du droit d'action en justice, une raison d'agir juridique. En effet, dans le cadre du recours individuel direct, mise à part le cas belge, il convient de faire état d'un droit lésé. Ce dernier doit avoir été plus que troublé, véritablement empêché. Ceci tient à la fonction que possèdent les droits fondamentaux qui servent de protection de la sphère d'autonomie individuelle.

- 7 Afin de caractériser une potentielle lésion d'un droit, il convient que le titulaire puisse faire état d'une application de la norme contestée : le requérant est destinataire de la norme (*Normadressat*) puisque cette dernière touche à sa sphère juridique (*Berührung der Rechtssphäre*). La norme est donc applicable à la situation juridique du requérant et cela constitue un test pertinent pour savoir dans quelle mesure le titulaire est bel et bien destinataire de la norme. Si la disparition de l'ordonnancement juridique de cette dernière ne change rien à la situation du requérant, alors la légitimation n'est pas avérée. Plus précisément, la norme contestée doit être applicable directement à la situation du titulaire (*direkte Wirksamkeit*). D'où la difficulté pour certains membres de la doctrine de concevoir qu'une norme générale et abstraite puisse être directement applicable à la situation d'un de ses destinataires et que ce dernier puisse véritablement établir une lésion d'un de ses droits.

- 8 De ce point de vue, le recours en annulation qui existe en Belgique, le recours pour excès de pouvoir, et dans son prolongement la question prioritaire de constitutionnalité, posent une condition plus large d'intérêt à agir. Bien entendu, identifier une différence entre droit et intérêt est le préalable nécessaire en vue de distinguer la légitimation du recours individuel direct et le simple intérêt à agir que l'on connaît en contentieux administratif français. Au delà de la distinction terminologique, il existe une réalité contentieuse qui consolide cette différence. Et cette réalité contentieuse figurait déjà dans les écrits d'Édouard Laferrière : « Si l'on avait exigé, pour la recevabilité des recours pour excès de pouvoir que la partie se prévalut d'un droit contre l'acte administratif attaqué, on n'aurait, en réalité, ouvert le recours que contre les actes qui lèsent des droits acquis. Ceux qui ne lèsent que des intérêts auraient échappé au recours, alors même qu'ils auraient été entachés d'incompétence ou de vice de forme, il était cependant nécessaire que ces irrégularités puissent être relevées, même dans les actes facultatifs et discrétionnaires de l'administration, car la vigilance des intérêts lésés est ici la meilleure sauvegarde de la légalité. »⁷ Demander ainsi un intérêt permet d'agrandir le cercle des personnes reconnues comme ayant un « intérêt donnant qualité à agir »⁸. Nuançons par deux points successifs. Premièrement, cette citation de Laferrière ne vaut que dans les limites du contentieux contemporain à l'auteur. En effet, l'état du développement du contentieux administratif ultérieur a fait apparaître le mécanisme de tierce opposition, contentieux dans lequel un droit lésé, voire parfois un intérêt suffisant c'est-à-dire calqué sur l'intérêt du requérant ayant présenté le recours pour excès de pouvoir, permettent de contester une décision rendue par une juridiction administrative⁹. Deuxièmement, et dans le prolongement de la jurisprudence CFDT Finances¹⁰, qui fait peu de cas des éléments de légalité externe, il n'est plus sûr que le Conseil d'État ne requiert pas aujourd'hui la démonstration d'un droit lésé plutôt que d'un « simple intérêt froissé »¹¹. Une telle hypothèse irait dans le sens du courant doctrinal défendant une subjectivation du contentieux administratif, qui serait associée à un recul du recours pour excès de pouvoir au profit du recours de plein contentieux objectif¹². Pour conclure sur ce point, la différence entre droit et intérêt prend tout son sens dans la

distinction des contentieux de recours pour excès de pouvoir et de recours de plein contentieux objectif. Rappelons ainsi que le premier contentieux suppose un intérêt à agir quand le second requiert « pour agir être titulaire d'un droit lésé »¹³.

- 9 Une fois ces aspects précisés, il convient que le titulaire démontre l'existence d'un préjudice résultant de l'application de la norme contestée. Sur ce point, il s'agit de différencier la restriction (*Schranke*) de l'atteinte (*Eingriff*) d'un droit. Si la première est nécessaire pour articuler la protection de différents droits qui pourraient se retrouver en conflit, la seconde empêche tout simplement à cette protection d'exister. Il est donc nécessaire ici de faire appel à la notion de grief (*Beschwer*). C'est donc dans cette dernière et seule hypothèse qu'il est possible d'utiliser la procédure de recours individuel direct. Si l'on prend en considération l'arrêt Elfes de la Cour de Karlsruhe¹⁴, on peut reprendre la distinction faite entre restriction et lésion. Dans le cas d'une loi, celle-ci ne peut être considérée comme portant atteinte aux droits fondamentaux entraînant ainsi une lésion que dans l'hypothèse où elle a été adoptée en violation des dispositions portant sur la compétence du législateur. Mais la difficulté va se poser dans l'hypothèse où la Loi fondamentale allemande ne prévoit aucune réserve de loi pour certains droits fondamentaux. Sur le fondement du principe de l'État de droit, le titulaire de l'action est susceptible de contester toute intervention injustifiée du législateur. Pour pousser la réflexion sur ce point, précisons que le juge constitutionnel allemand estime qu'il n'est pas entièrement lié par la requête. Ainsi, si le titulaire doit agir sur le fondement de ses droits subjectifs lésés, le juge constitutionnel est susceptible d'exercer son contrôle à l'aune de l'ordre constitutionnel dans son entier¹⁵. Ici s'entrechoquent de manière particulièrement vive les interprétations concurrentes du juge constitutionnel et du titulaire de l'action.
- 10 Si l'on opère ici une comparaison avec le moyen de QPC, on soupçonne l'existence d'un hiatus au cœur même de l'action. Ainsi, la QPC ne possède à proprement parler aucune condition procédurale comparable à celle du recours individuel direct. La disposition législative doit simplement être applicable au litige au cours duquel la question se pose. Seule une QPC soulevée dans l'hypothèse d'un recours pour excès de pouvoir est conditionnée à l'existence d'un intérêt à agir : celui requit par le juge administratif. Mais le faible intérêt dans la stratégie contentieuse pour la QPC a permis le développement d'une autre stratégie. Outre le fait que la QPC est un moyen de droit et non un recours, il semblerait que la QPC soit devenue pour certains acteurs un véritable moyen de communiquer avec le législateur. Ainsi, telle est par exemple la stratégie contentieuse développée par la Section française de l'Observatoire International des Prisons. En provoquant la possibilité de former un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État, l'OIP recherche à alerter le législateur afin que celui-ci intervienne en droit pénitentiaire. Si le Conseil d'État choisit de renvoyer la QPC soulevée au Conseil constitutionnel, ce dernier sera susceptible de traiter la question sur le fondement de l'incompétence négative ; si le Conseil d'État ne renvoie pas, le juge administratif sera en mesure de formuler une injonction indirecte à l'attention du législateur pour que celui-ci légifère en la matière.
- 11 Enfin, si l'on prolonge la comparaison entre recours individuel direct et QPC sur le plan contentieux, on comprend en partie l'intérêt du titulaire de l'action. Si le recours individuel direct est perçu comme un ultime recours, et constitue notamment une voie de recours à épuiser au sens de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la QPC n'est pas perçue comme un passage

procédural obligé. Certes, la QPC n'est qu'un moyen de droit et non un recours autonome, ce qui en fait une stratégie contentieuse négociable. Cela explique peut-être qu'elle soit insuffisamment exploitée. Pour autant, ce qui constitue une vraie différence entre ces deux stratégies contentieuses, ce serait davantage le fait que la QPC ne demande pas un droit lésé de manière aussi stricte que les règles du recours individuel direct peuvent le faire. De ce point de vue, il semble révélateur que la QPC soit davantage mobilisée par les acteurs souhaitant la protection d'un intérêt collectif que des requérants souhaitant la protection de leurs droits subjectifs. Ici, se pose implicitement la question de la qualification de « protection de droits subjectifs » de la disposition de l'article 61-1 de la Constitution de « droits et libertés que la Constitution garantit ». Ces considérations couplées à des règles de procédure plus exigeantes – l'obligation d'assistance d'un avocat, un traitement de la requête avec un peu moins de bienveillance – sont susceptibles d'expliquer en partie le faible intérêt des requérants pour la QPC comme stratégie contentieuse.

- 12 Si le titulaire du recours individuel direct compte sur l'existence de son droit d'action devant le juge constitutionnel, le contrôle exercé à cette occasion permet difficilement de délimiter l'office du juge.

II. Le type de contrôle exercé à l'occasion de la saisine du juge constitutionnel

- 13 Parce que le recours individuel direct coexiste avec d'autres procédures de protection des droits fondamentaux – le juge constitutionnel n'est pas le juge de droit commun des droits fondamentaux –, il a bien fallu que le juge constitutionnel développe une argumentation pour restreindre sa compétence. Entre contrôle de conformité objective totalement détaché de tout litige – ce que l'on nomme habituellement contrôle abstrait – et le rejugement de l'affaire – contrôle concret de l'application de la norme contestée qui laisse planer le doute d'un contrôle de la conformité de la norme ou bien de sa seule application – le juge constitutionnel doit trouver un point d'équilibre, sachant qu'aucun juge constitutionnel compétent dans le cadre de cette structure procédurale ne souhaite devenir une super instance de cassation (*Superrevisionsgericht*) vis-à-vis des juridictions ordinaires. L'étendue du contrôle est ici l'enjeu, surtout pris sous l'angle des normes de référence du contrôle exercé par le juge constitutionnel.
- 14 L'exemple de l'Autriche est de ce point de vue particulièrement intéressant. Si le juge constitutionnel et le juge administratif partagent une compétence pour la protection des droits fondamentaux, le droit positif a choisi de délimiter clairement les normes susceptibles de servir à contrôler la conformité constitutionnelle de normes individuelles. Dans le cadre du *Grundrechtsbeschwerde*, seules les mesures individuelles privatives de liberté (*strafgerichtliche Entscheidung* et *Verfügung*) sont susceptibles d'être contestées devant la juridiction suprême de l'ordre judiciaire. S'agissant des normes de référence du contrôle, les titulaires ne peuvent agir que sur le fondement de la loi de la protection de la liberté personnelle¹⁶. En revanche, les choses étaient un peu plus complexes pour la Cour constitutionnelle autrichienne qui partageait jusqu'à 2014 une compétence s'agissant de la conformité objective des actes administratifs individuels avec la Cour administrative. Ce partage de compétence était rattaché à la justice administrative. Si la première était compétente pour contrôler la constitutionnalité au sens strict, la seconde devait contrôler la légalité au sens strict de l'acte administratif

individuel. Ainsi, la Cour constitutionnelle possédait une compétence de justice administrative spéciale. Pour délimiter au mieux le contrôle de chaque juridiction, la Cour constitutionnelle a développé une jurisprudence insistant sur l'étendue du contrôle. Cette dernière référant un contrôle grossier (*Grobprüfung*), la Cour administrative procédait davantage à un contrôle subtil (*Feinprüfung*). Ce dernier est qualifié de subtil puisqu'il sert à contrôler dans le détail la conformité juridique (*Rechtmäßigkeit*) de l'acte individuel. De manière complémentaire, le contrôle grossier pratiqué par la Cour constitutionnelle portait sur trois cas de figure : deux cas flagrants d'illégalité – l'arbitraire de l'administration (*Willkür*) ne s'appuyant sur aucune loi pour adopter l'acte individuel en présence qui inclura par la suite l'interprétation manifestement fautive et l'hypothèse de manque de base légale de l'acte lui-même – et une hypothèse plus commune au juriste français de droit public¹⁷, celle de l'acte individuel ayant pour fondement une norme générale et abstraite elle-même non conforme à la Constitution. C'est grâce à cette dernière hypothèse d'illégalité que la Cour constitutionnelle autrichienne a développé une pratique intéressante du point de vue des recours individuels : la possibilité d'auto-saisine du juge constitutionnel¹⁸. En effet, nul besoin que le titulaire de l'action soulève lui-même la question de la conformité du fondement légal de l'acte contesté, le juge constitutionnel pouvant se poser et se saisir de lui-même de cette question. Finalement, on pourrait voir dans ce recours incident, une forme de QPC au sein même de la juridiction constitutionnelle autrichienne, c'est-à-dire sans qu'un juge d'une juridiction suprême ne procède au filtrage de la question. Si la norme générale et abstraite sur laquelle repose l'acte individuel s'avère effectivement non conforme aux dispositions constitutionnelles, l'acte administratif n'est pas considéré comme un acte portant atteinte lui-même aux droits constitutionnellement garantis mais il est perçu comme inconstitutionnel car il concrétise correctement une norme elle-même fautive. Ce contrôle grossier auquel procède le juge constitutionnel équivaut en quelque sorte à un contrôle de l'erreur manifeste, dans les mots de la doctrine administrativiste française. On aperçoit ainsi les potentialités qu'une interprétation du juge constitutionnel peut avoir sur le recours individuel : ce contrôle en interne du fondement de l'acte individuel contesté, est un peu comme la deuxième chance de faire reconnaître une éventuelle atteinte aux droits. Une sorte de contrôle à double détente, démontrant la difficulté de distinguer contrôle vis-à-vis des droits fondamentaux et contrôle de la constitutionnalité objective des normes juridiques.

- ¹⁵ En Allemagne, le juge constitutionnel est compétent pour contrôler les décisions juridictionnelles après que la Cour suprême de l'ordre juridictionnel concerné se soit prononcé. Pour éviter de rejurer l'affaire, le juge constitutionnel a dû préciser comment s'effectuait la répartition de l'appréciation entre la juridiction constitutionnelle et les juridictions ordinaires¹⁹. Pour ce faire, le juge constitutionnel a développé le concept de droit constitutionnel spécifique (*Spezifisches Verfassungsrecht*), s'opposant au droit constitutionnel simple (*Einfaches Verfassungsrecht*). La Cour constitutionnelle est compétente pour contrôler la constitutionnalité des décisions juridictionnelles. Mais cette compétence est matériellement limitée ; elle ne lui permet de les contrôler que dans la mesure où celles-ci se prononcent sur des violations par la loi (*Gesetzesverstoß*) en lien avec ce droit constitutionnel spécifique. Ici le juge constitutionnel allemand délimite son propre contrôle sur deux tableaux : d'une part, les normes de référence de son contrôle ; d'autre part, sur le type de contrôle dont il fera usage. Dans la décision précitée du 10 juin 1964, le juge précise qu'une décision

juridictionnelle viole le droit constitutionnel spécifique lorsque « l'erreur réside dans le non-respect des droits fondamentaux »²⁰. Pourtant, compte tenu de la possibilité pour la Cour de Karlsruhe d'étendre son contrôle à des normes constitutionnelles qui ne se limitent pas aux droits fondamentaux énumérés par l'article 93 al. 1 4a de la Loi fondamentale, il semble que cela réduise à néant cette construction très subtile entre droit constitutionnel spécifique et droit constitutionnel simple. De plus, dans la mesure où les droits fondamentaux constituent un ordre objectif de valeurs²¹, « toute violation juridique simple a par conséquent fondamentalement le potentiel de valoir comme une violation d'un droit fondamental »²². Grâce à l'instrument qu'est le contrôle de proportionnalité, l'omniprésence des droits fondamentaux conduit la Cour constitutionnelle allemande à étendre son office et à faire de la juridiction ce que précisément elle clame ne pas faire : être une instance de cassation.

- 16 De manière générale, on retrouve ici les difficultés qu'il peut y avoir pour distinguer un contrôle de cassation du rejugement de l'affaire, dans le cas d'une juridiction suprême. Peut-être conviendrait-il ici que la juridiction constitutionnelle soit strictement compétente pour contrôler la conformité de la norme contestée à la Constitution et ne pas s'étendre à vérifier que le droit a été correctement appliqué au cas particulier dont le juge ordinaire a été saisi. Le juge constitutionnel semble ainsi ne pas réussir à se limiter à une appréciation de niveau abstrait. On peut alors se demander précisément pourquoi confier ce contentieux au juge constitutionnel. Ainsi dans le recours individuel direct, il semble que le juge constitutionnel opère davantage un contrôle dit concret, voire même de cassation.
- 17 Beaucoup d'imperfections procédurales peuvent être reprochées à la procédure de QPC, mais s'il fallait mentionner une chose à son crédit, ce serait précisément la compétence de contrôler la conformité de la loi à la Constitution qui revient au Conseil constitutionnel. Ce dernier l'assure d'ailleurs par l'exercice d'un contrôle abstrait. Et cela vaut toujours, quand bien même la communication du Conseil constitutionnel chercherait à diffuser l'idée que son contrôle se concrétise²³. Pour certains de nos interlocuteurs lors de la recherche sur la procédure QPC²⁴, le doute, quant à savoir si le juge du filtre opère un contrôle concret, est beaucoup plus grand. Cela pourrait rejoindre une certaine tendance du contrôle de conventionnalité *in concreto* par exemple²⁵. Mais ce doute n'est pas systématique²⁶. Dans tous les cas, l'ambiguïté de la nature du contrôle réalisé n'est pas levée grâce à la règle du mémoire distinct. Si pour le Président Bruno Genevois, le mémoire distinct est la matérialisation d'un contrôle déjà considéré comme concret, il est plutôt rare selon le personnel du Secrétariat général du Gouvernement que les faits soient directement étudiés pour travailler une défense gouvernementale en QPC, même si dans certaines cas particuliers, l'hypothèse s'est déjà présentée²⁷.
- 18 Enfin, il convient d'évoquer ici rapidement le déséquilibre qui peut rapidement s'installer entre l'usage que fait le requérant d'une procédure et la manière dont le juge reçoit le recours. Si le recours individuel direct répond à des conditions relativement claires à cocher afin de voir son recours étudié, nous souhaiterions attirer l'attention sur le développement des procédures dites de filtrage. Par ce mécanisme, le législateur tente de désengorger les juridictions, victimes de leur succès. Or, ce filtrage appréciatif, qui consiste à ce que seuls les recours disposant de suffisamment de chances de succès soient examinés ou que seuls ceux posant une question importante de droit constitutionnel puissent être appréciés, introduit une dimension subjective de

l'admission du recours en laissant la part belle à l'appréciation du juge constitutionnel. Quand bien même certaines formations de la juridiction seront toujours présentes pour mettre fin à une lésion du droit du titulaire, gardons à l'esprit que les réformes successives conduisent irrémédiablement à une américanisation de l'admission des recours²⁸. Ainsi, la Cour de Karlsruhe n'est pas loin de pouvoir choisir arbitrairement les contentieux dans lesquels elle souhaite intervenir, et cela au détriment du mécanisme de protection initialement instauré par cette procédure.

- 19 En ouverture, nous souhaiterions mentionner un autre acteur du procès constitutionnel, susceptible de donner une dimension plus importante à cette idée d'interprétations concurrentes de la Constitution. Un des acteurs caché du procès constitutionnel, mais qui est paradoxalement omniprésent, est le législateur. En effet, si l'on veut lutter contre la position du juge constitutionnel disposant du dernier mot, il convient de s'intéresser au cas intéressant de l'Autriche. Si la figure du juge constitutionnel autrichien bénéficie d'une aura particulière, dans le pays de Hans Kelsen, le prestige de l'institution n'en entraîne pas plus de privilège qu'une autre institution. De ce point de vue, les Sages du Conseil constitutionnel bénéficient d'une aura plus aristocratique que les quatorze juges viennois. Ainsi, le constituant autrichien n'hésite pas à réformer la Constitution pour faire obstacle aux décisions de la Cour constitutionnelle. Parce que la procédure de révision de la Constitution autrichienne est facilitée, cette dernière a fait l'objet de plus d'un millier de révisions depuis son entrée en vigueur, dont certaines répondaient directement à l'objectif de contrer une décision rendue par la juridiction constitutionnelle. Ainsi, si sur le plan juridique et sur le plan symbolique, il est possible de revenir sur les décisions du juge constitutionnel, l'idée que le juge constitutionnel disposerait du dernier mot ne pourrait pas tenir longtemps.

NOTES

1. Otto PFERSMANN, « Le recours direct entre protection juridique et constitutionnalité objective », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 10, mai 2001, p. 66.
2. Sur la défense de la thèse inverse, voir les travaux de Peter Häberle sur l'autonomie de la procédure constitutionnelle : « Die Eigenständigkeit des Verfassungsprozessrechts », in Peter HÄBERLE, *Verfassungsgerichtsbarkeit – Verfassungsprozessrecht. Ausgewählte Beiträge aus vier Jahrzehnten*, Berlin, Duncker & Humblot, Schriften zum Öffentlichen Recht. vol. 1275, 2014, p. 97-115.
3. CEDH, 16 juill. 1971, *Ringeisen c. Autriche*, req. n° 2614/65.
4. Marie-Caroline ARRETO, *Les recours individuels directs devant la juridiction constitutionnelle (Allemagne, Autriche, Belgique, Espagne). Contribution à une approche processuelle du contentieux constitutionnel*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 2022, [à paraître].
5. Agnès ROBLOT-TROIZIER & Marie-Caroline ARRETO, « Vers l'émergence d'un droit processuel constitutionnel ? », 15 janvier 2020, [En ligne], 415 p.
6. Bien entendu, de tels outils de mesure possèdent une part d'imperfection en s'appuyant sur des mesures susceptibles de présenter une part de subjectivité.

7. Édouard LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Hachette Livre, BNF, Tome 2, 1896, p. 436.
8. Fabrice MELLERAY, « À propos de l'intérêt donnant qualité à agir en contentieux administratif », *AJDA*, 2014, n° 27, p. 1530-1537.
9. CE, 29 nov. 1912, *Boussuge et autres*.
10. CE ass., 18 mai 2018, *CFDT Finances*, req. n° 414583.
11. Maurice HAURIU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz, 12^{ème} éd., 2002 (rééd.), p. 424.
12. Hélène LEPETIT-COLLIN, *Recherches sur le recours de plein contentieux objectif*, Paris, L.G.D.J.-Lextenso éd., coll. Bibliothèque de droit public t. 269, 2011, 586 p.
13. Marcel LALIGANT, « La notion d'intérêt pour agir et le juge administratif », *RDP*, 1971, n° 1, p. 52.
14. BVerfGE 6, 32, *Elfes*.
15. BVerfGE 115, 118, *Luftsicherheitsgesetz*.
16. RGBl. 87/1862, Loi du 27 oct. 1862 pour la protection de la liberté personnelle (*Gesetz zum Schutz der persönlichen Freiheit*).
17. CE Sect., 6 nov. 1936, *Arrighi*, Rec. Leb., p. 966.
18. Cette auto-saisine n'est pas prévue en tant que telle par les dispositions constitutionnelles autrichiennes. Mais elle résulte de l'application simultanée des dispositions permettant le recours individuel contre un acte administratif (art. 144 B-VG dans sa version en vigueur avant 2012) mais aussi le contrôle de la constitutionnalité objective des dispositions législatives et réglementaires (art. 139 et 140 B-VG).
19. BVerfGE 18, 85, *Spezifisches Verfassungsrecht*.
20. « *der Fehler muss gerade in der Nichtbeachtung von Grundrechten liegen* ».
21. BVerfGE 7, 198, *Lüth*.
22. Matthias JESTAEDT, « Phänomen Bundesverfassungsgericht. Was das Gericht zu dem macht, was es ist », in Matthias JESTAEDT, Oliver LEPSIUS, Christoph MÖLLERS & Christoph SCHÖNBERGER, *Das entgrenzte Gericht : Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren*, Berlin, Surkamp Verlag, 2011, p. 122.
23. Ce mouvement de concrétisation serait favorisé par la condition d'un changement de circonstances de fait.
24. Agnès ROBLOT-TROIZIER & Marie-Caroline ARRETO, « Vers l'émergence d'un droit processuel constitutionnel ? », *Op. cit.*
25. Julien BONNET & Agnès ROBLOT-TROIZIER, « La concrétisation des contrôles de la loi », *RFDA*, 2017, p. 821 et s.
26. « La QPC suppose d'appréhender la loi de façon abstraite, et non simplement son application à l'espèce », Conclusions sur Conseil d'État, 27 mai 2019, *M. Buche*, req. n° 426461.
27. Cons. const., déc. n° 2018-744 QPC du 16 novembre 2018, *Mme Murielle B.*
28. Par cette formule, nous nous référons à la procédure de délivrance du *writ of certiorari*. Face au nombre très important de cas litigieux dont la Cour Suprême est saisie, celle-ci ne retient les cas qui seront examinés au fond sur une base totalement arbitraire, en fonction des intérêts ou de la difficulté de chacun des cas particuliers présentés.

RÉSUMÉS

La comparaison entre les recours directs au juge constitutionnel à l'étranger et la QPC permettent de voir comment les interprétations des dispositions constitutionnelles par le juge conditionne la plus ou moins grande réception de ces recours. Alors que les recours directs apparaissent comme la forme la plus aboutie de protection des droits fondamentaux, les interprétations des conditions de recours par le juge lui-même conduisent à une protection qui tend à s'étioler, quand parallèlement, la QPC embrasse plus largement la protection des droits et libertés ce qui donne lieu à la défense d'un intérêt élargi. Les stratégies argumentatives montrent ainsi une forme de remodelage de chacune de ces procédures de protection.

The comparison between the direct complaint to the constitutional judge abroad and the QPC questions the greater or lesser reception of these two procedures to ensure the protection of fundamental rights. While direct complaints appear to be the most successful form of protection of fundamental rights, the interpretations of the conditions of claim by the judge himself lead to a protection which tends to wither, when at the same time, the QPC embraces more widely the protection of rights and freedoms which gives rise to the defense of a broader interest. Argumentative strategies thus show a form of remodeling of each of these protection procedures.

INDEX

Mots-clés : droit processuel comparé, protection des droits fondamentaux, filtrage, légitimation du requérant

Keywords : comparative processual law, fundamental rights protection, screening procedure, petitioner's legitimation

AUTEUR

MARIE-CAROLINE ARRETO

Marie-Caroline Arreto est enseignante-chercheuse à l'Institut catholique de Paris