

DÉBATS

sous la présidence de Madame Anne LEVADE

Caterina Severino réagit aux propos de Marc Verdussen et de Bertrand Mathieu concernant leurs réserves sur l'introduction d'un éventuel contrôle de la conformité des décisions de justice devant le juge constitutionnel. Elle s'interroge d'abord sur la Cour constitutionnelle belge et le contrôle de microconstitutionnalité que Marc Verdussen attribuerait aux juges ordinaires, en laissant à la Cour constitutionnelle le seul contrôle de la macroconstitutionnalité. Elle pose la question de savoir si le juge ordinaire est le plus indiqué pour réaliser le contrôle de microconstitutionnalité. Elle note que la Cour constitutionnelle belge est composée majoritairement de parlementaires ce qui laisse supposer que ce ne sont pas forcément des juristes. Si cette Cour était composée essentiellement de juristes, alors elle serait peut-être mieux armée pour vérifier également des questions de microconstitutionnalité, c'est-à-dire de questions très techniques. Pour Caterina Severino, la différence entre la microconstitutionnalité et la macroconstitutionnalité est très subtile et n'est pas forcément pertinente : la Constitution est la norme fondamentale d'où tout devrait découler. Les juges constitutionnels devraient être capables de se pencher sur la microconstitutionnalité, concernant des questions très techniques, tout comme ils peuvent se pencher sur des questions de macroconstitutionnalité.

Puis, Caterina Severino s'interroge sur les propos de Bertrand Mathieu. Elle précise que bien que, apparemment, personne n'ait le dernier mot, au final un acteur a véritablement le dernier mot : la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour EDH, pour reprendre les propos de Bertrand Mathieu, est un « *big brother* » et tout peut passer par elle. Or, la QPC a été mise en place pour éviter de se tourner sans cesse vers la Cour EDH qui donne des leçons aux différents juges et aux différents législateurs étatiques. Tout cela laisse donc planer un doute : est-ce que l'on continue avec la QPC en France en en développant toutes les potentialités ou bien se tourne-t-on, encore une fois, vers la Cour EDH, qui a le dernier mot et qui est capable, elle, de sanctionner les décisions de justice, les interprétations jurisprudentielles ainsi que les législations qui vont à l'encontre des principes de la Convention ?

Anne Levade apporte quelques précisions sur la Cour EDH. La Cour EDH subit le même type de mutation que le Tribunal constitutionnel avec le recours d'*Amparo*. Elle est elle-même débordée par les événements. Elle est amenée à développer des mécanismes d'examen de la recevabilité qui vont conduire à ce que cela soit beaucoup plus sélectif et donc qu'elle ne puisse plus toujours avoir le dernier mot tout le temps. C'est peut-être une incitation à ce que les cours constitutionnelles développent un contrôle d'un genre nouveau.

Marc Verdussen ne souhaite pas entrer dans le débat sur la composition de la Cour constitutionnelle belge. Il est parmi ceux, d'ailleurs, qui soulèvent des critiques quant à la composition de cette Cour et il a de grandes réserves sur la question. Pour lui, les parlementaires n'y ont pas leur place. Sur ce point, il est assez isolé par rapport aux autres constitutionnalistes en Belgique. **Marc Verdussen** revient, par ailleurs, sur le contrôle concret de constitutionnalité des lois. Pour lui, un État de droit constitutionnel réclame un contrôle concret de constitutionnalité. En effet, la violation d'un droit fondamental se fait le plus souvent dans l'application de la loi. Ce contrôle est le plus adéquat pour contrôler les inconstitutionnalités. En revanche, il n'est pas certain que le juge constitutionnel soit le plus apte à le réaliser, et ce pour plusieurs raisons. La première raison concerne la capacité technique de ce juge à réaliser un tel type de contrôle. Dans certains domaines, le juge constitutionnel belge a pu développer une jurisprudence sur des questions extrêmement concrètes, une jurisprudence qui s'est retrouvée déphasée par rapport à la manière dont les disciplines sont conçues par les spécialistes mêmes de celles-ci. Les juges constitutionnels et les référendaires sont recrutés de façons différentes; ce qui fait que les différentes disciplines ne sont pas forcément représentées au sein de la Cour constitutionnelle, comme c'est le cas actuellement du droit de la famille et de la filiation. Certes, les juges constitutionnels et les référendaires sont assez intelligents pour se documenter, mais ils ne sont pas des spécialistes de la matière. En deuxième lieu, **Marc Verdussen** craint qu'en accentuant le rôle du juge constitutionnel dans les contrôles concrets, on éloigne le juge du cœur de sa mission c'est-à-dire d'avoir un rôle principiel. Le risque, avec le contrôle de la microconstitutionnalité, est que le juge ne puisse plus jouer ce rôle qui consiste à dégager des principes et non seulement des solutions, selon l'idée de **Dominique Rousseau**. Lorsqu'on demande au juge constitutionnel de faire de la microconstitutionnalité, il développe lui-même des principes protecteurs, voire des mécanismes d'autodéfense. Ainsi en Italie, selon **Jean-Jacques Pardini**, la Cour constitutionnelle oblige les juges à faire des efforts d'interprétation et s'ils ne le font pas, le recours peut être considéré comme irrecevable. En Espagne, un recours d'*Amparo* peut être considéré comme étant irrecevable si on ne démontre pas qu'il y a une importance constitutionnelle spéciale. La violation présumée du droit fondamental ne suffit pas. Ainsi, il existe des mécanismes auto-protecteurs des juges constitutionnels. Cela ne manifeste-t-il pas une préoccupation du juge qu'il faille revenir à l'essentiel ?

Marc Verdussen souhaite répondre enfin à une affirmation de **Bertrand Mathieu** selon laquelle le contrôle concret serait une forme d'empiétement sur l'autonomie du législateur. **Marc Verdussen** n'est pas d'accord. Pour lui, la normativité législative doit rester abstraite et les juges constitutionnels qui font du contrôle concret le rappellent. On ne peut pas exiger que le législateur fasse du concret. C'est là le rôle du juge. Le juge ne vient pas se substituer au législateur mais le compléter et l'affiner. Ainsi il n'y a pas de risques de gouvernement des juges et encore moins quand il y a un contrôle concret. La difficulté « contre-majoritaire » est moins épineuse lorsqu'il s'agit d'un contrôle concret. **Marc Verdussen** ajoute qu'en Belgique, lorsque la Cour constitutionnelle répond à une question préjudicielle, concrète ou abstraite, la décision n'abroge pas et n'annule pas la norme. La norme est juste inappliquée. Ensuite, le législateur doit en tirer les conséquences. Ici, le législateur est peut-être davantage préservé que si la norme devait être abrogée ou annulée.

Bertrand Mathieu souhaite rebondir sur les propos de **Caterina Severino**. Il est vrai que la QPC a été créée pour rapatrier le contrôle du respect des droits et libertés fondamentaux. Mais la Cour européenne des droits de l'homme est gagnante dans le système. Elle n'a peut-être pas toujours le dernier mot, mais elle a le dernier mot quand elle veut avoir le dernier mot. Le principe de subsidiarité l'arrange. Une question subsidiaire est une question que la Cour européenne laisse au juge national le soin de trancher et une question non subsidiaire est une question qui l'intéresse. Ceci se constate à travers un certain nombre de décisions. Frédéric Sudre, qui n'est pas un adversaire farouche de la Cour EDH, démontre que le principe de subsidiarité est appliqué de manière aléatoire. La seule solution est d'appliquer à la Convention EDH la notion de « principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ». De quoi s'agit-t-il ? Déterminer ce qui relève de ces principes inhérents ne doit pas nécessairement être établi *a priori*. Il s'agit d'une arme de dissuasion. Elle offre au législateur et au juge national une possibilité de résister. En réalité nous assistons à un théâtre d'ombres. Dans les commentaires du Conseil constitutionnel sur son site internet, on constate que, parfois, la moitié du commentaire est consacré à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Pourquoi ? Parce que le Conseil constitutionnel craint fondamentalement de se faire désavouer par la Cour. Ainsi, c'est un mécanisme de soumission qui est à l'œuvre.

Sur la notion de contrôle concret, **Bertrand Mathieu** est d'accord avec **Marc Verdussen**, sauf qu'il y a des cas où le juge ordinaire français décide de ne pas appliquer la loi en allant ainsi contre la volonté même du législateur. Cela a été le cas, par exemple, s'agissant de la décision du Conseil d'État sur l'insémination *post mortem*, dans laquelle le Conseil d'État dit que la loi n'est pas contraire à la CEDH mais que, pour des raisons diverses et pratiques, il ne l'applique pas tout de même, car il prend en compte le cas concret. Ici, il y a une violation de la volonté même du législateur. Le législateur n'a pas voulu laisser d'angle mort ni laisser d'exception. La Cour de cassation a eu la même interprétation concernant des gestations pour autrui réalisées à l'étranger. Dans ces cas-là, il y a des empiétements clairs, nets, voulus et assumés par le juge sur la compétence du législateur.

Jean-Jacques Pardini revient sur la question soulevée par **Caterina Severino** et souhaite apporter une précision concernant le juge constitutionnel italien. Par un arrêt n° 49 de 2015, dans son considérant n° 4, la Cour constitutionnelle affirme que le raisonnement du juge de renvoi est erroné de deux points de vue. D'abord, le juge de renvoi suppose que c'est au juge de Strasbourg de déterminer le sens de la loi nationale. Or, ce n'est pas le cas. Le juge européen doit apprécier si la loi, telle qu'appliquée par les autorités nationales, a généré des violations de la Convention EDH. La Convention EDH et non la loi vit dans sa dimension herméneutique. Cela signifie que rien n'empêche l'interprétation conforme à la Convention EDH de la loi, mais qu'il faut également et prioritairement une lecture conforme à la Constitution et cela ressort des arrêts n^{os} 348 et 349 de 2007. La Cour constitutionnelle est l'organe de clôture au regard de la supériorité axiologique de la Constitution sur la Convention européenne des droits de l'homme.

Bertrand Mathieu est persuadé que le grand oublié de ces procédures est le justiciable. Le justiciable est seulement celui qui lance le processus. **Bertrand Mathieu** est favorable à ce qu'il y n'ait pas uniquement des professeurs de droit dans une Cour constitutionnelle comme en Allemagne car le risque est de trop théoriser le débat. Faut-il intégrer des justiciables dans le système ? Il faudrait un mélange au sein des conseils et ce mélange permettrait de ne pas oublier le justiciable. On ne peut pas toujours critiquer les hommes politiques. Un homme politique, quand bien même fusse-t-il éloigné du justiciable, est toujours plus proche du justiciable qu'un professeur de droit ou qu'un juge. Un bon système constitutionnel et juridictionnel est un système qui répond aux besoins des citoyens et non un système qui répond aux critères abstraits des professeurs de droits.

Anne Levade conclut la séance et clôture la première journée du colloque.