

## LA COEXISTENCE DE LA QUESTION PRÉJUDICIELLE ET DU RECOURS DIRECT EN ALLEMAGNE

Thomas HOCHMANN<sup>1</sup>

Si la Cour constitutionnelle jouit en Allemagne d'une telle popularité<sup>2</sup>, si elle est perçue comme la gardienne des droits fondamentaux, c'est certainement en grande partie grâce au recours constitutionnel (*Verfassungsbeschwerde*). En vertu de l'article 93 de la Constitution, « quiconque estime avoir été lésé par la puissance publique dans l'un de ses droits fondamentaux » peut saisir la Cour<sup>3</sup>. Depuis 1951, ce sont plus de 200 000 recours qui ont ainsi été formés<sup>4</sup>. Loin derrière, avec 3 610 décisions, le deuxième mode de saisine le plus utilisé est celui de la question préjudicielle prévue à l'article 100 alinéa 1 de la Loi Fondamentale<sup>5</sup>.

La question par laquelle un juge saisit la Cour de Karlsruhe de l'inconstitutionnalité d'une loi n'est qu'un des multiples modes de questions préjudicielles prévus en droit allemand, même s'il est le plus utilisé. La Cour peut également être amenée à se prononcer sur la conformité d'une loi régionale à une loi fédérale (article 100 alinéa 1 LF), sur l'appartenance d'une règle de droit international au droit fédéral (article 100 alinéa 2 LF), sur le souhait du tribunal constitutionnel d'un Land de s'écarter de l'interprétation de la Loi Fondamentale retenue par un de ses homologues ou par la Cour constitutionnelle (article 100 alinéa 3 LF), ou encore sur l'appartenance au droit fédéral d'une norme adoptée avant l'entrée en vigueur de la Constitution (article 126 LF et 86 alinéa 2 BVerfGG).

Seule la question relative à la conformité d'une loi à la Constitution retiendra notre attention, dès lors que c'est à son égard que l'existence du recours constitutionnel soulève les principales

<sup>1</sup> Professeur de droit public à l'Université de Reims Champagne-Ardenne.

<sup>2</sup> Cf. Uwe KRANENPOHL, *Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses. Der Willensbildungs- und Entscheidungsprozess des Bundesverfassungsgerichts*, Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2010, p. 19.

<sup>3</sup> Article 93, alinéa 1, 4a de la Loi Fondamentale (LF). Le recours constitutionnel a été créé par le législateur en 1951 dans la loi sur la Cour constitutionnelle (BVerfGG). Il n'est mentionné par la Constitution que depuis 1969. Cf. Rüdiger ZUCK, *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, 4<sup>e</sup> éd., München, C.H. Beck, 2013, par. 4 et 149.

<sup>4</sup> 212 827 précisément au 31 décembre 2015. Il faut immédiatement préciser que le requérant n'obtient satisfaction que dans 2 % des cas (1,92 % en 2014, 1,89 % en 2015). Cf. les statistiques disponibles sur le site de la Cour, [http://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/2015/statistik\\_2015\\_node.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/2015/statistik_2015_node.html).

<sup>5</sup> « 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 en est 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 ».

questions. Un certain « parallélisme » est en effet d'emblée observable entre les deux modes de saisine : « quiconque », dans un cas, et n'importe quel juge, dans l'autre, peut directement saisir la Cour constitutionnelle d'une violation de la Loi Fondamentale<sup>6</sup>. L'objet du recours est en revanche différent. Le recours constitutionnel peut être formé contre tout acte d'une personne publique. Pour des raisons que l'on expliquera dans un instant, l'essentiel des recours concerne cependant des décisions de justice. La question préjudicielle ne porte quant à elle que sur la loi. La désignation habituelle de cette compétence de la Cour constitutionnelle ne doit pas tromper : on affirme traditionnellement que, saisie d'une question préjudicielle, la Cour exerce un contrôle « concret » (*konkrete Normenkontrolle*). Mais l'examen réalisé par la Cour n'est pas davantage concret que celui auquel se livre en France le Conseil constitutionnel saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité. Ce contrôle est qualifié de concret parce qu'il naît à l'occasion d'un litige, et que la Cour n'examine la loi qu'en ce qu'elle est essentielle à la solution de celui-ci. Cette procédure est ainsi distinguée du contrôle « abstrait » (article 93 alinéa 1.2 LF), pour lequel la Cour est saisie par certaines autorités politiques en dehors de tout litige. Mais, suite à une question préjudicielle, la Cour se contente bien de confronter abstraitement la loi à la Constitution.

Une précision mérite tout de même d'être apportée, en raison de son lien évident avec l'objet du présent ouvrage. Une question préjudicielle donne forcément lieu, en un certain sens, à un contrôle des décisions de justice, puisque la saisine de la Cour constitutionnelle est elle-même une décision de justice. Celle-ci fait donc l'objet d'un contrôle à travers l'examen de la recevabilité de la question. Or, cette analyse très approfondie peut être qualifiée de contrôle de constitutionnalité. En effet, l'article 100 alinéa 1 LF ne permet au juge de saisir la Cour qu'à propos d'une loi dont la validité « conditionne » sa décision. L'article 80 BVerfGG précise que, dans la motivation de sa question, le tribunal doit indiquer à quel point sa décision au fond dépend de la validité de la loi. Le respect de cette exigence est vérifié de manière extrêmement serrée par la Cour. Elle exige du tribunal qu'il développe et compare les solutions auxquelles il parviendrait en présence ou en absence de la loi concernée<sup>7</sup>. La Cour n'entend pas se substituer au tribunal pour la résolution du litige concret, mais elle contestera le caractère indispensable de la loi déférée si les appréciations du tribunal lui paraissent « évidemment intenable » (*offensichtlich unhaltbar*)<sup>8</sup>. Dès lors que ce contrôle de la jurisprudence « virtuelle » du tribunal se justifie par l'exigence constitutionnelle selon laquelle la décision du juge doit « dépendre » de la validité de la loi, il semble permis d'évoquer un contrôle de constitutionnalité des décisions de justice par le biais de la question préjudicielle.

Bien entendu, on n'ignore pas que le véritable thème des contributions rassemblées ici porte sur la possibilité donnée à un organe de contrôler le respect des droits fondamentaux par les décisions de justice. De ce point de vue, l'instrument pertinent en Allemagne est bien le recours constitutionnel<sup>9</sup>. Lorsqu'il s'agit de savoir si un juge a suffisamment tenu compte des droits fondamentaux

6 Klaus SCHLAICH et Stefan KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, 8<sup>e</sup> éd., München, C.H. Beck, 2010, p. 101.

7 Cf. K. SCHLAICH et St. KORIOH, *op. cit.*, p. 108 ; Jan-Reinard Sieckmann, « Art. 100 », in Hermann v. Mangoldt, Friedrich KLEIN et Christian STARCK (dir.), *Kommentar zum Grundgesetz*, 6<sup>e</sup> éd., Tome 3, 2010, Munich, Franz Vahlen, par. 41 et s.

8 Cf. J.-R. SIECKMANN, *art. cit.*, par. 50 (avec les références jurisprudentielles).

9 Cf. dans ce volume la contribution de Michel Fromont.

en appliquant une loi conforme à la Constitution, la question préjudicielle n'a aucune espèce de pertinence. Mais il se peut également qu'une loi porte atteinte aux droits fondamentaux. Sa concrétisation juridictionnelle sera susceptible d'un recours constitutionnel, mais la question préjudicielle a également dans ce cas un rôle à jouer. Les deux recours semblent alors complémentaires (I), même si l'on peut s'interroger sur les risques d'une neutralisation réciproque (II).

## I. La complémentarité des recours

Face à ce qui lui semble former une atteinte législative à ses droits fondamentaux, un justiciable peut envisager de saisir directement la Cour constitutionnelle. Un tel recours, possible en théorie, n'en demeure pas moins extrêmement hasardeux en pratique. La question préjudicielle peut venir au secours du requérant débouté (A). Si la Cour ne devait pas être saisie de la sorte, il demeure toujours possible d'attaquer devant elle la décision de justice qui fait application de la loi litigieuse (B).

### A. La question préjudicielle : un remède à la probable irrecevabilité du recours direct contre la loi

Le recours constitutionnel, ouvert à « quiconque estime avoir été lésé par la puissance publique dans l'un de ses droits fondamentaux », peut bien entendu viser une loi. La loi sur la Cour constitutionnelle le précise explicitement<sup>10</sup>. Néanmoins, ce type de recours direct contre la loi ne sera jugé recevable que dans de très rares cas<sup>11</sup>, et ce pour deux raisons principales.

Afin de ne pas transformer le recours constitutionnel en *actio popularis*, la Cour constitutionnelle a très tôt exigé que celui qui la saisit d'une loi démontre un intérêt à agir qualifié pour que son recours soit recevable<sup>12</sup>. Il ne suffit pas d'assurer vaguement avoir été « lésé » dans l'un de ses droits fondamentaux. Le requérant devra établir être touché personnellement, actuellement et directement par la mesure attaquée<sup>13</sup>. Or, le caractère direct de l'atteinte forme une barrière souvent difficile à franchir pour le recours dirigé directement contre une loi. Bien souvent, seule l'intervention d'un acte d'exécution de la loi portera atteinte au droit fondamental. Le recours direct contre la loi ne sera donc recevable que dans les rares cas où la loi est « *self-executing* », où elle modifie la situation juridique du requérant sans qu'un acte de concrétisation soit nécessaire<sup>14</sup>.

Ce critère de recevabilité suffit à exclure la plupart des recours constitutionnels directs contre des lois. La Cour constitutionnelle a néanmoins ajouté une barrière supplémentaire. En vertu de l'article 90 alinéa 2 BVerfGG, le recours constitutionnel n'est recevable qu'après épuisement des autres voies de droit. Cette condition est inopérante lorsqu'une loi est attaquée, dès lors qu'il n'existe

10 Cf. par exemple l'article 93 alinéa 3 BVerfGG : « Si le recours constitutionnel est dirigé contre une loi [...] ».

11 Pour une monographie sur la question, cf. Markus VAN DEN HÖVEL, *Zulässigkeits- und Zulassungsprobleme der Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze*, Berlin, Duncker & Humblot, 1990.

12 BVerfGE 1, 97, p. 101 et s.

13 D'abord développée au sujet des recours contre une loi, cette triple exigence a par la suite été étendue à l'ensemble des recours constitutionnels, notamment afin de lutter contre l'engorgement de la Cour. Herbert BETHGE, « § 90 [Erhebung der Verfassungsbeschwerde] » (2013), in Th. MAUNZ, B. SCHMIDT-BLEIBTREU, F. KLEIN, H. BETHGE, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Beck online, 2016, par. 342.

14 H. BETHGE, *art. cit.*, par. 373 ; R. Zuck, *op. cit.*, par. 702.

aucun autre recours direct contre les lois<sup>15</sup>. La Cour a néanmoins considéré que la condition d'épuisement des voies de recours n'était que l'expression d'un principe plus général, la « subsidiarité » du recours constitutionnel<sup>16</sup>. En vertu de ce « principe » inventé par la Cour, le requérant doit utiliser tous les moyens procéduraux à sa disposition pour faire cesser l'atteinte. En particulier, il lui faudra attaquer l'acte d'exécution de la loi devant les tribunaux compétents, plutôt que de saisir directement la Cour de la loi<sup>17</sup>. La Cour justifie cette exigence par la nécessité de conserver le rôle des tribunaux du fond comme premiers gardiens des droits fondamentaux, et d'éviter que la Cour constitutionnelle se prononce sans qu'un juge du fond ait « préparé » le terrain en établissant le contexte juridique et factuel du litige<sup>18</sup>.

La Cour admet certaines exceptions à l'exigence d'attaquer l'acte d'exécution<sup>19</sup>. Il en va ainsi des actes dont le requérant ne peut avoir connaissance, par exemple en matière de surveillance<sup>20</sup>. La Cour a également considéré qu'on pouvait permettre à un requérant d'attaquer, sans attendre d'être plus directement touché par une mesure d'exécution, la loi qui permettait d'abattre les avions détournés par des terroristes<sup>21</sup>. On ne peut en outre imposer au requérant de commencer par enfreindre une loi pénale avant de pouvoir arguer de son inconstitutionnalité. Enfin, la Cour n'exige pas du requérant qu'il provoque de manière purement formelle un acte d'« exécution » qui n'était pas indispensable.

Il n'en demeure pas moins que l'essentiel des recours constitutionnels intentés directement contre des lois échouent à satisfaire les conditions de recevabilité<sup>22</sup>. Le requérant devra attaquer un acte d'exécution, et le recours constitutionnel ne sera possible qu'à l'issue de la procédure contre cet acte, après épuisement des voies de recours. C'est alors que le requérant pourra demander à la Cour constitutionnelle de constater l'inconstitutionnalité de la loi exécutée par l'acte contesté. Néanmoins, il est possible que la Cour soit saisie plus tôt de la loi concernée, par le biais d'une question préjudicielle transmise par le juge qui examine un litige lié à l'application de cette loi.

## B. Le recours constitutionnel : un remède à l'absence de transmission d'une question préjudicielle

Le requérant se gardera bien de nourrir d'excessifs espoirs. En effet, les conditions de recevabilité de la question préjudicielle sont elles aussi très élevées, et peuvent s'opposer à l'examen de la question ou dissuader le juge de saisir la Cour constitutionnelle. La condition en vertu de laquelle l'issue du litige doit dépendre de la loi concernée a déjà été mentionnée. En outre, la question préjudicielle n'est pas, du moins en théorie, une faculté du juge : sa transmission n'est jamais une simple

15 L'article 93 alinéa 3 BVerfGG le remarque : « Si le recours constitutionnel est dirigé contre une loi ou contre un autre acte à l'encontre duquel n'est ouverte aucune voie de droit [...] ».

16 Cf. Eckart Klein, « Subsidiarität der Verfassungsgerichtsbarkeit und Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde », in Walther FÜRST *et al.* (dir.), *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, tome 2, Berlin, de Gruyter, 1987, p. 1305.

17 Dans la plupart des cas, le critère de l'atteinte directe suffisait à obtenir ce résultat, et il n'était guère besoin d'invoquer ce principe de subsidiarité. Cf. H. BETHGE, *art. cit.*, par. 412.

18 H. BETHGE, *art. cit.*, par. 403 ; Michael Sachs, *Verfassungsprozessrecht*, 3<sup>e</sup> éd., Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, par. 537.

19 Cf. H. BETHGE, *art. cit.*, par. 376 s., et par. 408.

20 Cf. BVerfGE 109, 279, à propos d'une loi qui facilitait les écoutes à l'intérieur du domicile.

21 BVerfGE 115, 118, p. 139.

22 Pour un exemple récent de recours recevable, cf. BVerfG, 14 janvier 2015, 1 BvR 931/12, par. 24.

permission, elle relève soit de l'obligation soit de l'interdiction. Le juge ne peut saisir la Cour constitutionnelle que s'il est convaincu de l'inconstitutionnalité de la loi. Il doit donc s'efforcer d'interpréter l'énoncé de la loi d'une telle manière qu'elle contienne une norme conforme à la Constitution. Ce n'est que s'il parvient à la conclusion que le texte ne permet aucune interprétation conforme que le juge pourra saisir la Cour. Il aura alors même l'obligation de le faire.

Cette obligation doit bien être comprise : elle traduit en réalité une interdiction, celle faite au juge d'écarter lui-même l'application de la loi. La question préjudicielle n'est pas conçue en Allemagne, comme elle peut l'être en France, comme une augmentation des compétences du juge afin d'assurer le respect des droits fondamentaux. La conception dominante en Allemagne semble être que les lois contraires à la Constitution sont des nullités<sup>23</sup>. En bonne logique, le juge qui identifie une inconstitutionnalité devrait donc être libre de ne pas appliquer l'apparente loi, qui est en réalité dénuée de validité. Pour éviter une telle situation, la Loi Fondamentale impose au juge de saisir la Cour constitutionnelle, ce qui permet de centraliser le contrôle de constitutionnalité, et qui a incidemment pour effet de maintenir en vigueur les lois inconstitutionnelles tant qu'elles n'ont pas été « déclarées nulles »<sup>24</sup> (plus exactement : annulées) par la Cour constitutionnelle<sup>25</sup>. L'article 100 alinéa 1 LF introduit ainsi dans le droit positif ce qu'Adolf Merkl appelait une « prise en compte des défauts » (*Fehlerkalkül*) : les lois demeurent valides en dépit de leur contrariété à la Constitution<sup>26</sup>.

Cette obligation de déposer une question préjudicielle ne s'applique donc que lorsque le juge est convaincu de l'inconstitutionnalité de la loi. En effet, on ne saurait imaginer que le juge écarte une loi à l'égard de laquelle il ne fait que nourrir certains doutes. La Cour exige donc du juge qu'il motive sa question en démontrant sa conviction sans omettre de s'appuyer sur la doctrine et la jurisprudence. Il doit justifier l'impossibilité de retenir une interprétation conforme. Ajoutées à la lourde tâche qui tient à établir le caractère déterminant de la loi pour l'issue du litige, ces exigences forment des conditions de recevabilité qu'un juge ne peut satisfaire aisément. La Cour constitutionnelle a rendu très difficile d'accès le chemin de la question préjudicielle, en se donnant les moyens d'écarter facilement les saisines<sup>27</sup>. Il ne fait guère de doute que de nombreux juges sont ainsi dissuadés de faire usage de l'article 100 alinéa 1. Il leur est aisé de renoncer, dès lors qu'ils sont les seuls à connaître leur « conviction » et donc à pouvoir déclencher l'obligation de saisir la Cour<sup>28</sup>. Le juge devra simplement donner une interprétation de l'énoncé législatif qui semble conforme à la Constitution.

23 Cf. K. Schlaich et St. Koriath, *op. cit.*, p. 244 et s.

24 Article 78 BVerfGG.

25 Cf. Rainer LIPPOLD, « Gilt im Deutschen Recht ein Fehlerkalkül für Gesetze? Eine Untersuchung des Problems des verfassungswidrigen Gesetzes auf der Grundlage der Reinen Rechtslehre », *Der Staat*, vol. 29, 1990, p. 185-208.

26 Sur le *Fehlerkalkül*, cf. notamment Adolf Julius MERKL, « Die gerichtliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen. Die Idee einer gerichtlichen Rechtskontrolle » (1921), in Adolf Julius MERKL, *Gesammelte Schriften*, éd. par Dorothea Mayer-Maly, Herbert Schambeck et Wolf-Dietrich Grussmann, vol. II/1, Berlin, Duncker & Humblot, 1999, p. 393-438. Pour une présentation en français, cf. Otto PFERSMANN, « La production des normes : production normative et hiérarchie des normes », in Michel TROPER et Dominique CHAGNOLLAUD, *Traité international de droit constitutionnel*, tome 2, Paris, Dalloz, 2012, p. 498 et s.

27 K. SCHLAICH et St. KORIOATH, *op. cit.*, p. 107.

28 Cette construction normative dans laquelle le sujet de l'obligation est seul à même de pouvoir identifier son fait générateur peut paraître surprenante. Encore une fois, elle s'explique très bien si l'on garde en mémoire que l'obligation prévue à l'article 100 alinéa 1 est surtout une interdiction du contrôle diffus.

La question préjudicielle, qui offre un raccourci procédural permettant de saisir la Cour avant la fin de la procédure, demeure donc un remède bien relatif aux perspectives réduites qu'offre le recours constitutionnel direct contre les lois. Le requérant n'est pas démuné pour autant. À l'issue de la procédure, il pourra former un recours constitutionnel contre la décision de dernière instance. La grande majorité des recours constitutionnels sont soulevés contre des jugements (*Urteilsverfassungsbeschwerde*). Le requérant pourra ainsi s'efforcer d'obtenir, cette fois de manière indirecte, l'annulation de la loi, en arguant que l'inconstitutionnalité du jugement est due à l'inconstitutionnalité de la loi qu'il applique.

Notons en outre que l'absence de question préjudicielle peut elle-même faire l'objet du recours constitutionnel. En effet, les juges sont directement liés par les droits fondamentaux (article 1 alinéa 3 LF) et doivent donc en tenir compte dans leur interprétation et leur application du droit<sup>29</sup>. S'ils s'abstiennent d'un tel examen, et donc notamment s'ils renoncent à saisir la Cour constitutionnelle alors même que l'énoncé législatif ne semble pas permettre une interprétation conforme à la Loi Fondamentale, ils violent le droit fondamental concerné<sup>30</sup>. L'absence de question préjudicielle peut en outre constituer la violation d'un droit fondamental spécifique, le droit de voir son affaire examinée par le juge prévu par la loi<sup>31</sup>.

Le recours constitutionnel permet ainsi de compenser l'absence de question préjudicielle, il garantit la possibilité de saisir la Cour constitutionnelle, même en l'absence de saisine juridictionnelle. Cette virtualité contentieuse enlève un poids des épaules du juge du fond : renoncer à poser une question préjudicielle ne revient pas à barrer définitivement la route de Karlsruhe. Néanmoins, en déresponsabilisant de la sorte le juge, le recours constitutionnel ne conduit-il pas à l'effacement de la question préjudicielle ?

## II. Une neutralisation des recours ?

En dépit des évidences, la multiplication des voies d'accès à la Cour constitutionnelle a-t-elle pour effet d'en compliquer la saisine ? L'expérience allemande, à l'égard de laquelle cette crainte peut être écartée (A), invite à la vigilance en cas d'introduction d'un recours direct en France (B).

### A. L'absence de neutralisation en Allemagne

Une première thèse consisterait à affirmer que la possibilité du recours constitutionnel neutralise la question préjudicielle. Dès lors qu'il sera toujours possible au requérant d'attaquer devant la Cour le jugement de dernière instance, le juge du fond pourrait être tenté de renoncer à se livrer lui-même à la lourde tâche que représente une question préjudicielle dûment motivée. Mais l'on pourrait tout aussi bien faire la pari inverse, et voir dans l'éventuel recours constitutionnel contre le

29 Cf. BVerfGE 7, 198 *Lüth*.

30 BVerfGE 66, 313, par. 18.

31 Article 101 alinéa 1 LF : « [...] Nul ne doit être soustrait à son juge légal ». Cf. K. SCHLAICH et St. KORIOTH, *op. cit.*, p. 115 ; BVerfGE 138, 64 (16 décembre 2014).

jugement une incitation pour le juge à saisir la Cour. Ainsi évitera-t-il de voir son « interprétation » de l'énoncé législatif dénoncée comme une déformation qui n'était pas permise par le texte.

Surtout, la perspective d'un recours constitutionnel, voire d'une multitude de ceux-ci, peut inciter le juge à poser une question préjudicielle, et la Cour constitutionnelle à accepter de l'examiner alors même que les conditions de recevabilité ne sont pas parfaitement remplies. Un arrêt rendu à propos d'une loi qui encadrait la création de centrales nucléaires illustre ce point<sup>32</sup>. En règle générale, lorsqu'une loi organise un régime d'autorisation d'activités par ailleurs interdites, la question préjudicielle n'est recevable que si le juge établit que le requérant satisfait les conditions posées. En effet, dans le cas contraire, il n'a de toutes façons pas droit à l'autorisation, et la solution du litige est la même avec ou sans la loi litigieuse. En l'espèce, le juge avait saisi la Cour sans examiner si le projet de centrale satisfaisait les nombreuses conditions, notamment de sécurité, prévues par la loi. La Cour accepta néanmoins d'examiner la question, en raison de sa « signification générale et fondamentale pour le bien commun »<sup>33</sup>. La Cour applique ainsi à la procédure de la question préjudicielle une disposition prévue par le législateur à l'égard du recours constitutionnel : l'article 90 alinéa 2 BVerfGG impose l'épuisement des voies de recours mais réserve les cas où le recours revêt une « signification générale ». La Cour transpose cette exception à la question préjudicielle, et accepte la saisine sans imposer au juge du fond de réaliser auparavant un examen des preuves « long, difficile et coûteux »<sup>34</sup>. Or, pour la Cour, une question de droit revêt une « signification générale » notamment lorsque sa réponse sera décisive pour un grand nombre de recours pendants ou futurs<sup>35</sup>. Appliquée au mécanisme de l'article 100 alinéa 1 LF, ce raisonnement signifie que la question préjudicielle sera plus aisément acceptée par la Cour lorsqu'il lui apparaît que de multiples recours constitutionnels sont susceptibles d'invoquer l'inconstitutionnalité de la loi concernée. Loin de neutraliser la question préjudicielle, la virtualité du recours constitutionnel peut donc la faciliter.

Un plus grand danger de neutralisation apparaît dans l'autre sens. Il est en effet envisageable que la possibilité donnée au juge de poser une question préjudicielle augmente les chances d'irrecevabilité d'un recours constitutionnel ultérieur. L'absence de question préjudicielle ne saurait pourtant contrevenir à l'exigence d'épuisement des voies de recours, dès lors que c'est au juge qu'il revient de saisir d'office la Cour constitutionnelle<sup>36</sup>. Les parties au procès ne peuvent pas formellement demander le dépôt d'une question préjudicielle, et le tribunal n'est nullement tenu de répondre à une requête en ce sens<sup>37</sup>. Néanmoins, afin d'écartier davantage de recours au stade de la recevabilité, la Cour constitutionnelle a inventé le « principe » déjà mentionné de « subsidiarité du recours

32 BVerfGE 47, 146 (31 janvier 1978).

33 *Ibid.*, p. 157.

34 BVerfGE 47, 146, p. 161.

35 Cf. BVerfGE 108, 370, p. 386 ; Nikolaus MARSCH, « Die objektive Funktion der Verfassungsbeschwerde in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts », *Archiv des öffentlichen Rechts*, 2012, vol. 137, p. 611 ; Th. HOCHMANN, « Les limites de l'objectivation du contentieux des droits fondamentaux en Allemagne », in Jordane ARLETTAZ et Julien BONNET (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits fondamentaux*, Pedone, 2015, p. 111-125.

36 Cf. l'article 80 alinéa 3 BVerfGG : « La requête du tribunal est indépendante de l'invocation de la nullité de la disposition juridique par une partie au procès ».

37 Article 80 alinéa 3 BVerfGG. Cf. MÜLLER-TERPITZ, « § 80 [Vorlage] » (2015), in Th. MAUNZ, B. SCHMIDT-BLEIBTREU, F. KLEIN, H. BETHGE, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Beck online, 2016, par. 254.

constitutionnel », dont l'exigence d'épuisement des voies de recours ne serait qu'une illustration. Pour la Cour, le requérant ne doit pas se contenter d'épuiser formellement les voies de droit disponibles. Il lui faut utiliser toutes les possibilités procédurales pour s'efforcer d'empêcher l'atteinte à son droit fondamental<sup>38</sup>. Il en va ainsi, comme il a déjà été expliqué, à l'égard des recours constitutionnels intentés contre des lois. Plutôt que de saisir directement la Cour, le requérant doit attaquer un acte d'exécution de la loi et espérer le dépôt d'une question préjudicielle<sup>39</sup> : « le contrôle incident avec possibilité d'une question préjudicielle en vertu de l'article 100 alinéa 1 LG prime sur le recours constitutionnel principal contre la loi »<sup>40</sup>.

En va-t-il de même à l'égard du recours constitutionnel contre une décision de justice ? La Cour a pu considérer que le requérant devait soulever des moyens d'inconstitutionnalité dès le procès au fond, afin de s'efforcer de provoquer une question préjudicielle. Faute d'avoir procédé de la sorte, son recours constitutionnel contre la décision de dernière instance serait irrecevable<sup>41</sup>. Suivant une telle conception, la question préjudicielle joue au détriment du recours constitutionnel : l'existence de ce mode juridictionnel de saisine augmente les risques d'irrecevabilité du recours individuel.

La Cour a néanmoins clairement abandonné cette ligne de jurisprudence<sup>42</sup>. Le requérant n'est tenu d'apporter au juge que des arguments de fait et les moyens de preuve qui s'y rapportent. Hormis les cas où le droit procédural en décide autrement, il ne lui revient pas d'indiquer au juge le droit à appliquer<sup>43</sup> : « iura novit curia »<sup>44</sup>. Aussi le requérant n'a-t-il pas à montrer qu'il a dès le début de la procédure soulevé des arguments de droit constitutionnel, et qu'il a fait valoir qu'il était blessé dans ses droits fondamentaux. L'absence de moyen d'inconstitutionnalité lors du procès au fond ne pourra être opposée au requérant que dans les cas où son silence lui ôtait toute chance de succès. Il en va ainsi lorsque sa prétention repose sur l'inconstitutionnalité d'une norme, ou sur une interprétation qui ne s'explique que par des considérations constitutionnelles. Dans de tels cas, il lui faut faire le nécessaire pour que les juridictions se saisissent de ces aspects de droit constitutionnel.

Mais, de manière générale, l'exigence d'épuisement des voies de recours et le principe de subsidiarité ne doivent pas conduire à une « constitutionnalisation » du procès au fond, le requérant n'est pas tenu de mener un « procès constitutionnel » dès ce stade<sup>45</sup>. La neutralisation du recours constitutionnel est ainsi évitée en Allemagne. En revanche, si un recours similaire était créé en droit français, la coexistence avec la question préjudicielle paraîtrait plus problématique.

38 Cf. BVerfGE 123, 148, p. 172 ; E. KLEIN, *art. cit.*, p. 1306 s. ; et H. BETHGE, *art. cit.*, par. 401, avec d'autres références jurisprudentielles.

39 Cf. BVerfGE 123, 148, p. 172 s. ; et récemment BVerfG (3<sup>e</sup> section de la première chambre), 25 juin 2015, par. 4.

40 H. BETHGE, *art. cit.*, par. 402.

41 BVerfGE 68, 334. Cf. K. SCHLAICH et St. KORIOH, *op. cit.*, p. 156.

42 BVerfGE 112, 50 (9 novembre 2004).

43 BVerfGE 112, 50, p. 60 s.

44 Cf. K. SCHLAICH et St. KORIOH, *op. cit.*, p. 157.

45 BVerfGE 112, 50, p. 61 ; BVerfGE 129, 78 (19 juillet 2011), p. 93.



## B. Le risque d'une neutralisation en France

L'examen des rapports entre la question préjudicielle et un éventuel recours constitutionnel direct en droit français relève évidemment de la gageure. Il n'en demeure pas moins possible d'étudier quelques pistes à la lumière de l'expérience allemande.

Si une voie de recours permettait de saisir directement le Conseil constitutionnel pour contester la conformité à la Constitution d'une décision de justice, on pourrait d'abord s'attendre à un tarissement des questions prioritaires de constitutionnalité. Peut-être que les tribunaux du fond et les juridictions suprêmes refuseraient (encore) plus volontiers de transmettre ou renvoyer les questions qui leur parviennent, conscientes que le justiciable conserve ultérieurement une voie d'accès directe au Conseil constitutionnel.

Néanmoins, l'hypothèse inverse est tout aussi vraisemblable, sinon plus. Les juges pourraient être davantage tentés de saisir le Conseil, afin de « renforcer » leurs décisions et de rendre plus improbable une annulation ultérieure suite à un recours constitutionnel. Le problème, cependant, est que la création d'un tel recours risque de conduire les justiciables à soulever systématiquement des questions prioritaires de constitutionnalité. Du moins est-ce ce que l'on voudrait démontrer.

On peut imaginer qu'un recours constitutionnel, s'il était créé en droit français, serait accompagné par des exigences de recevabilité semblables à celles que connaît le droit allemand. En particulier, il ne fait guère de doute qu'il serait soumis à un épuisement préalable des voies de recours. Sous cet angle, la différence fondamentale entre la question prioritaire de constitutionnalité et la question préjudicielle de l'article 100 alinéa 1 LF joue un rôle déterminant. Comme chacun sait, la question prioritaire de constitutionnalité doit être initiée par le requérant, le juge ne peut la soulever d'office. Dans le concert de célébration qui a accompagné la création de cet instrument, une mélodie récurrente touchait justement à cette « constitutionnalisation » du procès rejetée par la Cour allemande. Enfin, les français allaient « s'approprier » leur Constitution<sup>46</sup>. Enfin, le « réflexe constitutionnel » appelé de ses vœux par Louis Favoreu allait s'épanouir, « c'est-à-dire la réaction consistant à se demander, dans tout procès, si les aspects constitutionnels ne doivent pas être évoqués »<sup>47</sup>. Bref, dans les termes de la Cour de Karlsruhe, un « procès constitutionnel » allait pouvoir être mené d'emblée.

La situation est donc opposée à celle qui prévaut en Allemagne. À partir du moment où la question prioritaire de constitutionnalité est dans les mains du requérant, l'épuisement des voies de recours exige qu'une telle question soit soulevée lors du procès au fond. À défaut, un recours constitutionnel qui attaque une décision de justice sera irrecevable, au moins dans les cas où ce recours reproche au jugement d'avoir appliqué une loi inconstitutionnelle. On risque ainsi d'assister, dans un premier temps, à des décisions répétées d'irrecevabilité et, dans un deuxième temps, au

46 Guy CARCASSONNE et Olivier DUHAMEL, *QPC, La question prioritaire de constitutionnalité*, Paris, Dalloz, 2011, p. 44 ; Wanda MASTOR, « La QPC au cœur du dialogue – conflit ? – des juges », in Xavier MAGNON *et al.* (dir.), *Le réflexe constitutionnel. Question sur la question prioritaire de constitutionnalité*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 144.

47 Louis FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit » (1996), in L. FAVOREU, *La Constitution et son juge*, Paris, Economica, 2014, p. 1092.

développement d'une stratégie contentieuse assimilable à une « *Intercopie* constitutionnelle »<sup>48</sup> : afin de ne pas fermer la porte à un recours constitutionnel, la question prioritaire de constitutionnalité deviendra systématique.

La Cour constitutionnelle allemande prévoit une exception : une voie de droit n'a pas besoin d'être empruntée lorsqu'elle est évidemment vouée à l'échec<sup>49</sup>. Dans le même esprit, on pourrait considérer qu'une question prioritaire de constitutionnalité n'a pas besoin d'être soulevée contre une loi déjà déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel. Mais on peut supputer qu'il y a là un péril que les justiciables renonceront à courir. La question sera également soulevée contre des lois déjà déclarées conformes, afin de ne prendre aucun risque et de ne pas se voir opposer l'éventualité d'un changement de circonstances.

Cette multiplication des questions prioritaires de constitutionnalité ne devrait guère encombrer l'agenda du Conseil constitutionnel. La plupart de ces questions ne franchiront vraisemblablement pas les étapes qui filtrent l'accès au Conseil. Cette complication procédurale pèsera surtout sur les justiciables et leurs avocats, ou en tous cas sur les premiers, qui seront facturés par les seconds.

48 CE, 20 février 1953, *Société Intercopie*.

49 Cf. par exemple récemment BVerfG, 14 janvier 2015, 1 BvR 931/12, par. 23, avec d'autres références jurisprudentielles.