

Science et technique de la démocratie; no. 2

EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW
(VENICE COMMISSION)

COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT

Modèles de juridiction constitutionnelle

par

Helmut Steinberger

TABLE DES MATIERES

Science et technique de la démocratie; no. 2	1
Modèles de juridiction constitutionnelle	1
A. INTRODUCTION	3
B. PORTEE POSSIBLE DE LA JURIDICTION DES COURS CONSTITUTIONNELLES SPECIALISEES	4
I.Examen de la constitutionnalité des lois	4
II.Contrôle de la constitutionnalité des actes des organes suprêmes de l'Etat	22
III. Litiges entre l'Etat central et des subdivisions régionales ouautres (Etats fédéraux, cantons, régions autonomes, provinces, etc.)	25
IV.Protection des droits constitutionnels des particuliers(Plaintes constitutionnelles)	27
V. Plaintes constitutionnelles des municipalités ?	33
VI. Plaintes constitutionnelles des sociétés religieuses ?	34
VII. Juridiction aux fins de poursuite pour violationde la constitution.	34
VIII. Juridiction quant à l'inconstitutionnalité des partis politiques	35

IX. Pouvoir de contrôler la formation des organes suprêmes de l'Etat en contrôlant les élections 36

X. Juridiction quant à la déchéance de droits constitutionnels spécifiques à l'encontre des individus 36

C. PROBLEMES RELATIFS AUX REGLES DE PROCEDURE DES COURS CONSTITUTIONNELLES 37

**D. ORGANISATION DE LA JURIDICTION CONSTITUTIONNELLE
QUELQUES ELEMENTS A CONSIDERER 43**

A. INTRODUCTION

Ce rapport repose sur les premier et second rapports relatifs au modèles de juridiction constitutionnelle établi par le rapporteur, les débats de la réunion de la Commission avec les présidents des cours constitutionnelles et des cours suprêmes qui s'est tenue à Padoue en 1990 et sur les commentaires relatifs au questionnaire présenté par le rapporteur à cette même réunion. Le présent rapport se référera donc naturellement aux déclarations générales ainsi qu'aux principes fondamentaux et aux présupposés d'un système de juridiction constitutionnelle contenus dans ces rapports.

Il importe toutefois d'attirer l'attention sur les points suivants:

1. Aux fins de définition, le rapporteur entend par juridiction constitutionnelle les procédures et institutions judiciaires spécialement créées dans le but de garantir le respect de l'ordre constitutionnel d'un Etat.
2. Par institutions judiciaires, le rapporteur entend les institutions créés par la loi qui sont compétentes pour trancher les contestations ou les litiges sur la base du droit et des critères juridiques, en s'appuyant sur des règles de procédure prévues par la loi et rendent des décisions définitives qui ont force obligatoire dans l'étendue de leur compétence territoriale, personnelle et temporelle pour ce qui concerne l'objet du litige à l'égard de toutes les autorités publiques nationales et des autres parties intéressées; ces institutions se composent de membres dont l'indépendance fonctionnelle et personnelle à l'égard des autorités publiques et privées est garantie par la loi.
3. En conclusion du point intitulé "Principaux types de juridictions constitutionnelles - les avantages d'une cour constitutionnelle spéciale" du projet de rapport, il apparaît souhaitable que la compétence constitutionnelle soit exercée par une cour constitutionnelle spéciale permanente.

En particulier, si un Etat souhaite créer pour la première fois dans son système judiciaire une juridiction constitutionnelle, le cas échéant à l'occasion de l'adoption d'une nouvelle constitution, il semble préférable que l'exercice des attributions constitutionnelles soit confié à une institution spécifique, qui serait au-dessus des juridictions ordinaires. En effet, les juges des juridictions ordinaires peuvent ne pas avoir la formation et l'expérience requises pour connaître des questions de constitutionnalité.

Le système d'une cour constitutionnelle spécifique n'a pas pour corollaire que tous les autres tribunaux ne peuvent pas se prononcer sur des questions de droit constitutionnel; mais il est nécessaire que des règles délimitent la compétence des juridictions ordinaires dans ce domaine en fixant les conditions dans lesquelles celles-ci peuvent examiner une affaire au regard de ses conséquences constitutionnelles ou statuer sur des questions de droit constitutionnel.

Pour qu'elle soit d'application immédiate, la constitution doit être respectée par toutes les institutions titulaires de la puissance publique; et notamment les tribunaux. Il découle de certaines dispositions constitutionnelle que les tribunaux ont

le devoir d'appliquer et de respecter la constitution et de protéger par exemple le droit constitutionnel de l'habeas corpus, les droits en matière pénale ou judiciaire en général, tels que les droits de procédure fondamentaux, dont la violation doit être sanctionnée directement par les juridictions supérieures d'appel. Mais la Constitution s'imposant de manière obligatoire à l'administration, les tribunaux ordinaires doivent en outre être compétents pour dire si les actes de l'administration portent atteinte aux droits et libertés constitutionnels, et cela afin d'assurer le respect de ces droits.

Un des mécanismes de contrôle constitutionnel le plus efficace est la procédure du contrôle concret (ou collatéral) des normes. Cette procédure repose sur le principe qu'une juridiction de droit commun est compétente pour interpréter la constitution et se prononcer sur la conformité d'une norme à la constitution, la cour constitutionnelle ayant seule le pouvoir de déclarer inconstitutionnel un acte avant force de loi.

A l'inverse, certains domaines doivent être de la compétence exclusive de la Cour constitutionnelle et être retirés du champ de compétence des tribunaux ordinaires:

- les conflits de compétence entre les organes suprêmes de l'Etat,
- les conflits de compétence entre le pouvoir fédéral et les Etats membres d'une fédération, ou entre le gouvernement central et les provinces ou régimes autonomes, en ce qui concerne leurs attributions, droits et devoirs respectifs;
- le contrôle constitutionnel des actes législatifs;
- le contrôle de constitutionnalité concernant la formation des organes suprêmes de l'Etat à travers l'examen du contentieux électoral;
- la protection de la constitution par la procédure de mise en accusation ("impeachment") des personnes exerçant de hautes fonctions publiques, décisions sur l'inconstitutionnalité des partis politiques et sur la déchéance des droits.

B. PORTEE POSSIBLE DE LA JURIDICTION DES COURS CONSTITUTIONNELLES SPECIALISEES

Le domaine de compétence des cours constitutionnelles peut être plus ou moins vaste. De manière générale, les divers contentions qui relèvent de la cour constitutionnelle doivent pour être régulièrement examinés, satisfaire à diverses conditions portant notamment sur la capacité à intenter une action, les délais, la recevabilité de la requête, l'épuisement des autres voies de recours, la position, l'intervention, la charge de la preuve, la recevabilité des injonctions temporaires, le contenu et les effets des décisions rendues par la Cour, l'exécution des arrêts, le coût de la procédure, etc.

Il y a lieu d'établir une distinction entre les litiges où la question de constitutionnalité fonde l'action principale (poursuite ou requête) et ceux où elle se pose à titre de question préliminaire incidente à un autre point de droit soumis à la juridiction compétente. De cette distinction dépendent la capacité à intenter une action, la position du requérant, les règles de procédure applicables, les effets de la décision rendue, etc.

Voici maintenant quelques points qui peuvent constituer l'objet des actions principales devant une cour constitutionnelle. (Les références à certaines constitutions tout au long du projet de rapport ne constituent que des exemples et ne sont pas exhaustives).

I. Examen de la constitutionnalité des lois

1. Il existe deux principaux types de contrôle judiciaire des lois par les cours constitutionnelles spéciales:

A le contrôle préventif, c'est-à-dire avant la promulgation des lois. Voir à ce sujet l'article 61 al. 1 et 2 et l'article 41 de la Constitution française; article 138 al. 2 de la Constitution autrichienne sur la compétence législative de la fédération ou des Etats; article 127 de la Constitution italienne sur les violations allégués en matière de compétence législative; l'article 278 al. 1 et 2 de la Constitution portugaise; article 26 de la Constitution irlandaise.¹

B Examen de la constitutionnalité des lois promulguées (contrôle a posteriori).

A Contrôle préventif

1) a. Les avantages du système de contrôle préventif des normes sont les suivants:

- si la cour constitutionnelle doit se prononcer dans un délai assez bref prédéterminé, il permet de clarifier dès le début une question de droit constitutionnel, renforçant ainsi la stabilité et la sécurité de l'ordre légal infra-constitutionnel ("Reichtssicherheit") tandis que le contrôle a posteriori laisse souvent la question de constitutionnalité en suspens pendant des années;
- il évite les problèmes qui se posent lorsqu'une loi promulguée, mise en oeuvre et appliquée pendant plusieurs années, est déclarée ultérieurement non conforme à la constitution, en particulier si la déclaration d'inconstitutionnalité a des effets ex tunc (toutefois, ces difficultés propres au contrôle a posteriori ne sont pas sans solution);
- plus que le contrôle a posteriori, il ménage le prestige du législateur si la cour constitutionnelle constate l'inconstitutionnalité d'un acte;
- il permet qu'une loi d'approbation d'un traité international fasse l'objet d'une décision définitive et contraignante quant à sa constitutionnalité avant que le traité soit ratifié et s'impose au plan international, et de résoudre les conflits de compétence dans le cadre d'un système fédéral par exemple.

b. les principaux inconvénients du système de contrôle préventif (par rapport au contrôle a posteriori des normes) sont les suivants:

- Quiconque est ou a été amené à examiner la conformité d'une norme par rapport à la constitution sait que, notamment pour ce qui concerne la législation économique et sociale dans les sociétés au système juridique complexe, il est souvent très difficile d'apprécier une norme d'adoption récente, et cela d'autant plus si le délai d'examen est court. Souvent les effets

réels et potentiels de la loi dans son application ne sont pas au stade de l'examen préventif évaluables avec certitude en raison du fait que la loi n'a pas été mise à l'épreuve de l'action de l'administration et appliquée.

- Si dans le système du contrôle a posteriori la procédure du contrôle des normes dans l'abstrait peut susciter les mêmes difficultés que lorsqu'il s'agit d'apprécier une loi nouvelle, parce que la loi n'a pas été mise à l'épreuve des faits, la cour n'est pas habituellement pressée par le temps et tenue d'examiner une loi (comprenant souvent des centaines d'articles) en une ou plusieurs semaines. L'appréciation judiciaire de la constitutionnalité de la loi requiert une certaine distanciation par rapport aux arguments concrets qui relèvent du processus politique de législation. Les décisions de qualité ne peuvent se prendre à la hâte.

- Les conditions sociales et économiques de nos sociétés développées compte tenu desquelles la loi a été conçue ont pu se modifier au point que l'application de la loi produit des effets non conformes à la constitution, justifiant de déclarer la loi inconstitutionnelle. Si ce problème se pose aussi dans le système du contrôle a posteriori (et peut alors être résolu par la présentation d'un nouveau recours), dans un système de contrôle des normes exclusivement préventif, il est dépourvu de solution judiciaire. (Le fait de savoir si le législateur interviendra, et à quel moment est impossible à prévoir).

- Le contrôle préventif des normes législatives peut par ailleurs empêcher le parlement de légiférer rapidement et immédiatement pour réglementer des situations graves, en particulier si l'engagement de l'action suspend automatiquement la promulgation de la loi jusqu'à ce que la Cour ait rendu sa décision. (Toutefois, cette conséquence peut être atténuée par la fixation de délais courts à la fois pour l'engagement de l'action et pour la décision de la cour constitutionnelle.)

Donc, pour des raisons pratiques tirées de l'expérience judiciaire en matière de contrôle des normes, le contrôle a posteriori semble préférable, sauf en ce qui concerne les lois d'approbation des traités internationaux et les conflits de compétence dans un régime fédéral par exemple.

c. On peut chercher à résoudre les problèmes exposés plus haut en combinant le contrôle préventif et le contrôle a posteriori des normes, par exemple en autorisant les juridictions inférieures qui jugent une loi (déjà promulguée) inconstitutionnelle à soulever devant la cour constitutionnelle la question d'inconstitutionnalité ou en permettant à un particulier d'introduire un recours en inconstitutionnalité devant la cour constitutionnelle s'il estime qu'une décision judiciaire s'appuie sur une norme non conforme à la constitution. (Voir article 280 de la Constitution portugaise, art. 62 et ss. de la loi portugaise n° 28/82 sur la cour constitutionnelle) ou en prévoyant une procédure de contrôle abstrait a posteriori (voir article 281 de la Constitution portugaise, article 57 et ss. de la loi portugaise n° 28/82).

Cependant la combinaison des deux systèmes peut présenter des inconvénients graves: la stabilité juridique (Rechtssicherheit) que procure le contrôle préventif des normes sera ébranlée si la constitutionnalité de la norme peut être contestée après que la cour constitutionnelle l'ait jugée constitutionnelle. La cour constitutionnelle peut se trouver alors dans la situation embarrassante où, dans une procédure ultérieure, elle constatera que la norme est inconstitutionnelle.

Le domaine des conflits de compétence se prête mieux à une combinaison de deux systèmes: en effet, un contrôle préventif des normes dans ce domaine permet une clarification des ambiguïtés dès le début. Après que la cour constitutionnelle s'est prononcée et que la loi en cause a été promulguée, les questions de compétence ne devraient pas pouvoir être soulevées mais d'autres défauts de la loi pourraient tout à fait être allégués et soumis à un contrôle a posteriori. Il subsiste néanmoins le problème de la brièveté du délai généralement exigé (délai d'ailleurs raisonnable compte tenu de l'entrave causée à l'action du législateur) pour un contrôle préventif. Les questions de compétence, en particulier dans un système fédéral ou quasi-fédéral, peuvent avoir des incidences d'une portée considérable; les examiner en une ou quelques semaines peut s'avérer insuffisant.

2) Si, malgré les arguments exposés, un Etat choisit d'appliquer le système de contrôle préventif à tous les actes législatifs ou si, comme le rapporteur le recommande, il soumet au contrôle préventif les seules lois d'approbation d'un traité international, un certain nombre de questions se posent sur la manière d'opérer:

- A quel moment une procédure de contrôle préventif peut-elle être engagée, avant ou après que le législateur ait adopté définitivement un projet de loi (voir article 41 d'une part et article 61 al. 1 et 2 de la Constitution française d'autre part)? Le fait d'attendre que le législateur ait adopté la loi présente l'avantage que le législateur, conscient du contrôle judiciaire qui va s'exercer par la suite, peut de lui-même éliminer les éléments inconstitutionnels de la norme au cours du débat parlementaire; qui plus est, la cour constitutionnelle n'intervient pas dans l'action législative proprement dite (et en tant qu'organe du pouvoir judiciaire ne pénétrerait pas dans la sphère du pouvoir législatif). Par contre, le fait que la cour constitutionnelle se prononce sur la constitutionnalité des actes législatifs encore à l'étude peut enrichir le débat parlementaire et conduire le législateur à se corriger lui-même, lui épargnant ainsi (au moins formellement) l'embarras d'adopter une norme non conforme à la constitution;

- Qui aurait le droit d'engager une procédure?²

- Les lois doivent-elles être soumises obligatoirement à la cour constitutionnelle (voir article 61 al. 1 de la Constitution française), avec pour conséquence que chaque loi est soumise à un contrôle de constitutionnalité, ce qui retarde le processus législatif et que, si l'effet de la chose jugée empêche tout nouveau recours, il ne peut y avoir de

nouvel examen s'appuyant sur l'expérience concrète de l'application de la loi ou sur des faits nouveaux?

- ou bien la saisine de la cour constitutionnelle est-elle facultative? (voir article 61 al.2 de la Constitution française; article 278 al. 1 et 2 de la Constitution française; article 278 al. 1 et 2 de la Constitution portugaise; article 26 al. 1 de la Constitution irlandaise);

- le délai d'engagement de la procédure (voir article 278 al. 3 de la Constitution portugaise: cinq jours après réception du document pertinent; article 26 al. 2 de la constitution irlandaise: avant sept jours), doit être assez bref afin d'atténuer les conséquences négatives sur l'activité législative et de ne pas nuire à la capacité du parlement à intervenir dans des situations graves;

- le délai dans lequel la cour constitutionnelle doit rendre son arrêt (voir article 61 al. 3 et art. 41 al. 3 de la constitution française: un mois; en cas d'urgence sur demande du gouvernement huit jours; article 278 al. 4 de la constitution portugaise: vingt jours, le Président de la République pouvant raccourcir le délai; article 26 al. 2 (1) de la constitution irlandaise: vingt jours au plus après l'introduction de la requête) doit également être court; naturellement le risque existe qu'un délai trop bref amoindrisse la qualité du raisonnement juridique que l'on est en droit d'attendre d'une juridiction constitutionnelle spéciale.

3) Catégories de normes soumises au contrôle préventif et portée du contrôle.

a. Les principales catégories de normes susceptibles de faire l'objet d'un contrôle préventif sont les suivantes:

- toutes les lois (voir article 61 al. 2 de la constitution française; art. 278 al. 1 de la constitution portugaise);

- les lois spéciales (voir article 61 al. 1 de la constitution française);

- les lois d'approbation d'un traité international (art. 278 al. 1 de la constitution portugaise);

- il peut être souhaitable qu'un contrôle préventif s'exerce avant que le traité soit ratifié (ou signé) afin d'éviter qu'il entre en vigueur au niveau international alors que, pour des raisons constitutionnelles, il n'est peut être pas applicable dans l'ordre juridique national.³

Comme il a été dit plus haut, le contrôle préventif est dans un tel cas particulièrement approprié, ce qui explique que les Etats peuvent souhaiter appliquer ce type de contrôle dans ce domaine exclusivement;

- exclusion de certaines catégories de lois particulières (voir article 26 al. 1 de la constitution irlandaise: projet de loi de finances); lois portant modification de la constitution; lois soumises à référendum; lois d'exception;

- normes infra-législatives (voir art. 278 al. 2 de la constitution portugaise: ordonnances des régions; ordonnances d'application des lois générales).

b. la portée de l'examen peut inclure:

- seulement la vérification de la conformité des procédures législatives à la constitution;

- seulement les questions de compétences législatives.

On peut sans hésitation recommander la limitation du contrôle préventif à ces deux domaines car c'est dans ces deux sphères que la cour constitutionnelle peut le plus nettement, le plus définitivement et le plus indiscutablement se prononcer avant la promulgation et la mise en oeuvre de la loi. Par ailleurs, la courte durée du délai imparti à la décision de la cour rend difficile une extension de l'examen au-delà des aspects formels;

- ou un examen complet portant aussi sur la compétence de l'organe duquel émane la norme et sur les dispositions de fond de la constitution telles celles sur les libertés et droits fondamentaux, les principes généraux, les valeurs et la doctrine du droit constitutionnel;

Un tel type d'examen semble délicat à mettre en oeuvre étant donné les inconvénients du contrôle préventif exposés plus haut; l'ignorance des contextes sociaux et économiques dans lesquels la loi prendra effet serait particulièrement gênante.

Néanmoins, s'agissant du contrôle préventif d'une loi d'approbation d'un traité international, seul un examen complet de la conformité formelle et matérielle de la loi avec la constitution peut éviter qu'un traité soit d'abord ratifié puis déclaré inconstitutionnel (bien sûr cela n'est pertinent que si la constitutionnalité de la loi est susceptible d'être contestée après la promulgation de ladite loi).

- Si la compétence de la cour constitutionnelle n'est pas limitée au contrôle de constitutionnalité de la procédure parlementaire et aux questions de compétences législatives, il semble sage de restreindre au moins la compétence de la cour à l'examen des points de droit constitutionnel invoqués par le requérant, et de ne pas habiliter la cour à exercer ex officio un examen général de toutes les questions de droit constitutionnel possibles. Cela permettrait au moins, en vertu du principe de la *res iudicata*, qu'un contrôle a posteriori puisse être appliqué aux aspects de la norme qui n'ont pas été soulevés dans la procédure de contrôle préventif.

4) Effets de la saisine (requêtes) de la cour constitutionnelle et des arrêts de celle-ci sur le projet de norme ou la norme contestée:

- Reconnaître à une requête en vue d'un contrôle préventif un effet suspensif sur la procédure législative, faisant par exemple obstacle à la promulgation de la loi (voir art. 61 al. 4 de la constitution française; article 26 al. 3 de la constitution irlandaise) comporte le risque mentionné plus haut de freiner l'adoption de la législation tout en garantissant qu'une loi anticonstitutionnelle ne sera pas adoptée et appliquée, ce qui est le but même du contrôle.

- Un arrêt de la cour constatant qu'un projet de loi ou une loi est inconstitutionnelle interdit en règle générale la promulgation de la loi; sinon, la norme semblerait valable et en vigueur.

- Admettre que, par un vote spécial, le parlement puisse passer outre à une telle interdiction (voir article 279 al. 2 et 4 de la constitution portugaise: s'agissant des traités internationaux, vote à la majorité des deux tiers des membres présents; article 27 al. 4 et 33 a al. 2 de la constitution polonaise, article 3 al. 1 et 6 al. 3 et 4 de la loi polonaise sur le tribunal constitutionnel), c'est considérer que le parlement est supérieur à la cour constitutionnelle et a le pouvoir de modifier le droit constitutionnel en renversant le verdict d'inconstitutionnalité rendu par la cour constitutionnelle.⁴ Le rapporteur n'est pas en faveur d'une telle solution.

- Si un projet de norme ou une norme font l'objet d'un arrêt d'inconstitutionnalité, ils peuvent être renvoyés devant l'organe législatif (voir article 279 al. 1 de la constitution portugaise; article 33 al. 2 (voir aussi article 35 al. 2) de la loi hongroise n° XXXII de 1989) afin que celui-ci rende cette norme conforme à la constitution ou, si le rôle dévolu au parlement le permet, qu'il passe outre à la décision de la cour.

- On peut imaginer qu'un arrêt d'inconstitutionnalité interdise au parlement d'adopter à l'avenir une loi avec le même contenu que celle déclarée inconstitutionnelle. Même si cette idée peut paraître séduisante à première vue, elle soulèverait la question grave et délicate de savoir quand le contenu d'une norme peut être considéré comme identique à celui d'une autre norme.

C'est seulement en ce qui concerne les questions spécifiques de constitutionnalité sur lesquelles la cour constitutionnelle a tranché que les tribunaux inférieurs doivent être liés par la déclaration de constitutionnalité de la norme en cause (si elle est promulguée) laissant la possibilité qu'un contrôle a posteriori s'exerce par la suite.

B. Examen constitutionnel des lois adoptées (contrôle a posteriori)

Les principales questions qui se posent dans un système de contrôle a posteriori des normes sont les suivantes:

- Quelles catégories de normes doivent faire l'objet d'un contrôle?
- Qui peut engager une procédure et avec quelle position?
- Le contrôle doit-il s'exercer au moyen d'une procédure contentieuse (contradictoire) ou d'une procédure "objective" (sans défendeur formel face au requérant)?
- Quelles institutions ou personnes autres que le requérant doivent avoir le droit d'intervenir dans la procédure, ou le droit ou la possibilité d'être entendues par la cour constitutionnelle?
- Quels sont le contenu et les effets de l'arrêt de la cour constitutionnelle?

1) Toutes les catégories de normes de l'ordre juridique national sont en général susceptibles d'être soumises à un contrôle a posteriori: lois, règlements des organes parlementaires, décrets et ordonnances ayant force de loi, normes d'organes fédéraux, régionaux, municipaux, etc. Le choix de celles qui seront être en fait soumises à la cour constitutionnelle doit être fonction de l'importance concrète de chacune des catégories de normes, de leur place dans la hiérarchie, c'est-à-dire essentiellement des lois, puisque l'annulation des lois ne devrait pas relever des tribunaux ordinaires en raison du respect dû à l'organe démocratique suprême de l'Etat. En revanche, l'examen de constitutionnalité des actes infra-législatifs peut fort bien être du ressort des tribunaux inférieurs.

Au sein de la catégorie des lois, il faut décider quelles lois, outre les lois ordinaires adoptées par l'organe législatif, peuvent faire l'objet d'un contrôle:

a. Les lois portant modification de la constitution?

Dans cette hypothèse, le parlement est considéré comme lié par la constitution, il n'est pas pleinement souverain, et l'on admet que la constitution peut limiter l'action du parlement en ce qui concerne la modification des dispositions constitutionnelles. La cour constitutionnelle est considérée comme le garant de la constitution, le cas échéant contre la volonté du parlement.

- examen portant seulement sur les questions de compétence et/ou de procédures législatives (voir article 148 al. 1 de la Constitution turque de 1982).

Cet examen garantit surtout une conformité formelle des modifications constitutionnelles à la constitution, la cour constitutionnelle ne se prononçant pas sur le fond.

- examen portant également sur la substance de la loi (par exemple, en vertu de l'article 79 al. 3 de la Loi fondamentale allemande, la modification de certaines dispositions de la Loi fondamentale - concernant la division de la fédération en Länder, le principe de leur participation à l'action législative, et les principes fondamentaux énoncés à l'article 1 (dignité humaine) et à l'article 20 (Etat fédéral démocratique et social, prééminence du droit) est inadmissible).

L'étendue du contrôle extensif sur les normes modificatrices de la constitution se justifie par l'idée que certains principes ne peuvent être changés sans que l'essence de la constitution en soit gravement affectée, et que donc le pouvoir en place ne doit pas pouvoir les altérer. Le cas échéant, seul le pouvoir constituant doit pouvoir apporter des modifications à la constitution.

b. Lois organiques ou lois analogues; "lois constitutionnelles" (Autriche); (compétence: procédure ou substance)?

c. Lois adoptées par référendum populaire? (compétence: procédure ou substance)?

d. Lois d'approbation d'un traité international (compétence: procédure ou substance)?

Etant donné qu'on peut supposer que ces lois rendent le traité international applicable par les organes de l'Etat au niveau national, elles sont susceptibles d'avoir les mêmes effets que les actes législatifs d'ordre interne (qui peuvent être particulièrement graves si les dispositions sont d'application immédiate). Il semblerait donc logique de les inclure parmi les normes susceptibles d'être soumises à un contrôle de constitutionnalité. Cependant, comme il a été dit, la situation deviendra très délicate si la loi est déclarée inconstitutionnelle et nulle et non avenue au niveau national alors que le traité est déjà en vigueur au plan international. En effet, en général, selon le droit international, un Etat ne peut refuser d'exécuter un traité international pour le motif qu'il est contraire au droit national (voir article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités).

e. Lois adoptées avant l'entrée en vigueur d'une (nouvelle) constitution. Ce cas concerne surtout les Etats qui adoptent une nouvelle constitution. (La Loi fondamentale allemande de 1949 prévoit que toutes les normes de la période passée qui sont contraires à la Loi fondamentale ne seront plus applicables; l'examen de conformité avec la loi fondamentale n'est pas du ressort exclusif du tribunal constitutionnel fédéral, il peut aussi (et doit) être exercé par chaque tribunal allemand quand la question de constitutionnalité se pose dans le cadre d'une affaire dont il est saisi. Lorsqu'un tribunal estime qu'une norme adoptée avant la constitution est contraire à la Loi fondamentale de 1949, il n'a pas à déclarer formellement ladite norme nulle et non avenue, mais il ne doit pas l'appliquer dans l'affaire en jeu).

Le fait de réserver l'exercice du contrôle a posteriori (ou au moins le droit de déclarer une loi nulle et non avenue) à la cour constitutionnelle vise à assurer le respect des lois par l'ensemble des juridictions inférieures. Lorsqu'une nouvelle constitution entre en vigueur, la déclaration d'inconstitutionnalité des lois fondées sur l'ancienne constitution n'affectera que l'"ancien" parlement (et avec lui l'ancien ordre juridique) et non le législateur du moment. Donc réserver exclusivement le contrôle des normes pré-constitutionnelle à la cour constitutionnelle n'est pas absolument nécessaire.

f. Seulement les normes émanant des subdivisions de l'Etat (central) (par exemple, en Suisse, le recours constitutionnel n'est possible que contre les normes cantonales)?

Cette restriction du contrôle des normes peut avoir pour inconvénient que la législation de l'Etat (central) aura davantage

tendance à s'immiscer dans chacune des sphères de la vie sociale, et de porter atteinte aux libertés et droits individuels plus gravement que les normes des subdivisions. Donc, plus que ces dernières, les lois de l'Etat central sembleraient devoir pouvoir faire l'objet d'un examen quant à leur constitutionnalité.

g. Exclusions de certaines catégories de lois, par exemple les lois d'exception, les décrets-lois, etc. (voir article 148 al. 1 de la constitution turque)?

Le fait de soustraire les lois d'exception au contrôle constitutionnel doit être envisagé avec prudence car une telle mesure peut accroître le risque d'utilisation abusive de ces lois. En outre, cela peut aller à l'encontre de l'idée selon laquelle le législateur doit rester fidèle à la constitution, voire nuire à ce principe.

h. Les normes infra-législatives? Le contrôle de constitutionnalité de ces normes doit-il être laissé aux juridictions ordinaires ou exercé exclusivement par la cour constitutionnelle? Si le fait qu'une cour constitutionnelle spécialisée soit compétente en la matière serait d'une grande importance pratique, le risque existe que la cour soit surchargée par un volume excessif d'affaires. Il semble donc souhaitable d'habiliter toutes les autres juridictions ordinaires à contrôler la constitutionnalité des normes infra-législatives, non cependant par une décision opposable erga omnes, mais par une non application de ces normes (*res iudicata inter partes*); les divergences entre les décisions des tribunaux inférieurs pourraient par la suite être harmonisés par la cour suprême de juridiction ordinaire.

i. Règlement intérieur du parlement (voir article 34 de la loi hongroise n° XXXII de 1989 sur la cour constitutionnelle)?

2) Textes auxquels les normes devront être conformes pour être considérées comme valides: les lois ne devraient se plier qu'à la Constitution. En Hongrie, les lois adoptées par le parlement doivent être conformes aux traités internationaux.⁵

Les normes de rang inférieur doivent aussi être conformes aux règles légales qui leur sont supérieures, y compris la constitution comme *lex suprema*.

3) Engagement de la procédure de contrôle a posteriori.

La question de savoir qui peut engager la procédure de contrôle des normes devant une cour constitutionnelle spécialisée est capitale. Trois groupes d'initiateurs possibles peuvent être distingués:

- les organes suprêmes de l'Etat et les autorités fédérales, régionales et communales
- les juridictions nationales (autres que la cour constitutionnelle)
- les particuliers et les entités privées
- la cour constitutionnelle elle-même ex officio (proprio motu) (le rapporteur n'est pas partisan de cette possibilité).

Le droit d'engager une procédure peut être accordé à :

a. un organe suprême ou une entité (à définir) de l'Etat, tel que le Chef de l'Etat, le gouvernement central, un organe législatif (tels que la chambre basse ou le conseil fédéral, alléguant que son droit de prendre part à l'élaboration de la législation a été violé par l'autre organe législatif de sorte que la loi attaquée est anticonstitutionnelle), ou un certain nombre de membres d'organes parlementaires, le Premier Ministre, le procureur général, le médiateur, une instance fédérale ou régionale (alléguant que la loi porte atteinte à ses attributions constitutionnelles de légiférer et est dès lors anticonstitutionnelle) (voir article 1 et 2 de la loi belge sur la Cour d'arbitrage; article 37, 39 de la loi italienne n° 87/1953; article 140 al. 1 phrase 2 de la constitution autrichienne; article 281 de la constitution portugaise; article 161 al. 1 a et article 162 al. 2 de la constitution espagnole; article 93 al. 2 de la loi fondamentale allemande). Il est particulièrement important de décider si une minorité de membres des assemblées parlementaires ont le droit (la capacité juridique) d'engager une procédure (comme c'est le cas au Portugal - un dixième des membres de l'Assemblée de la République; en Turquie, article 150 de la constitution; article 162 al. 1a) de la constitution espagnole; Autriche - un tiers des membres du Conseil national; République fédérale d'Allemagne - un tiers des membres de la Diète fédérale) car une telle mesure implique que l'opposition parlementaire peut également saisir la cour constitutionnelle.

Le droit de former un recours de constitutionnalité peut aussi être accordé aux subdivisions de l'Etat central telles que les Etats fédéraux, les cantons, les régions autonomes, les communautés (belges par exemple), les provinces, etc. Ce point sera traité plus loin à la section III.

b. Le droit d'engager une procédure peut aussi être accordé aux tribunaux ordinaires en prévoyant que si le tribunal considère, lors de l'examen d'une affaire dont il est saisi, que la loi sur laquelle il devrait baser sa décision est inconstitutionnelle, il doit (soit proprio motu, soit sur la demande d'une des parties) déférer la question d'inconstitutionnalité à la cour constitutionnelle, et rendre un jugement sur la base de la décision de la cour lorsque celle-ci se sera prononcée.

Dans la procédure du contrôle "concret" (ou "collatéral"), le tribunal (inférieur) est habilité à interpréter la constitution et à examiner la loi en jeu (sans cela, il ne pourrait pas en venir à la conclusion que la loi en question est - ou est peut être - contraire à la constitution); mais la procédure de renvoi interdit aux tribunaux ordinaires de décider eux-mêmes qu'une loi est anticonstitutionnelle et reconnaît ce droit seulement à la cour constitutionnelle; ce système a pour avantage qu'il évite les divergences de jurisprudence en matière de validité des normes.

Ce système de renvoi du contrôle concret figure, avec des différences de détail, par exemple à l'article 140 al. 1 phrase 1 de la constitution autrichienne (renvoi de la Cour administrative suprême, de la cour suprême et des tribunaux de deuxième instance); article 163 de la constitution espagnole; article 152 de la constitution turque; article 1 de la loi italienne n° 1/1948; en Belgique, article 26 et ss. de la loi sur la Cour d'arbitrage; article 100 al. 1 de la loi fondamentale allemande. C'est le système de contrôle judiciaire des actes législatifs que certains états européens ont emprunté au modèle américain.

c. Si la constitution garantit une certaine autonomie de gestion aux collectivités locales, aux communes et à leurs associations, il est possible de prévoir une procédure par laquelle ces entités peuvent saisir la cour constitutionnelle dès lors qu'elles considèrent qu'une loi est contraire à l'autonomie de gestion que leur garantit la constitution (voir art. 119a al. 9 et art. 144 de la constitution autrichienne; article 93 al. 1 n° 4 b de la loi fondamentale allemande de 1949), ce qui renforce la garantie.

d. Le droit de déclencher un contrôle de la constitutionnalité des normes peut encore être accordé aux particuliers et aux entités privées par la voie d'un recours en inconstitutionnalité devant la cour constitutionnelle concernant une loi (ou une norme) dont ils allèguent qu'elle viole leurs droits et libertés garantis par la constitution (voir article 161 al. 1b), article 162 al. 1b) et article 53 al. 2 de la constitution espagnole; article 140 al. 1 phrase 4 de la constitution autrichienne; article 93 al. 1 n° 4a de la loi fondamentale allemande). Etant donné

que les lois peuvent porter atteinte aux droits des citoyens - soit en permettant un abus de pouvoir de l'administration soit en raison de leur effets directs -, tout individu doit avoir accès à une voie de recours, qui peut prendre la forme particulière d'un recours constitutionnel.

Afin d'exclure une actio quivis ex populo, il est habituellement exigé pour que la demande d'examen soit recevable que le requérant soit directement et immédiatement lésé dans ses libertés et droits fondamentaux énoncés dans la constitution (voir aussi sous la section C; une action popularis est recevable en Hongrie: voir article 21 al. 2 et 4 de la loi n° XXXII de 1989 sur la cour constitutionnelle).

Outre les demandes principales (c'est-à-dire portant sur la norme en tant que telle) il existe des requêtes qui portent sur des décisions administratives ou judiciaires fondées sur une norme anticonstitutionnelle ou un règlement illégal (voir article 280 de la constitution portugaise; article 144 de la constitution autrichienne).

e. Certaines constitutions prévoient que des membres d'autorités publiques tels que les procureurs généraux ou les médiateurs peuvent engager une procédure de contrôle des normes en tant que "gardiens de la constitution" (voir article 162 al. 1a) de la constitution espagnole; article 19 al. 1 et 2 de la loi polonaise sur le tribunal constitutionnel).

Dans la mesure où leur droit de contester le caractère constitutionnel d'une loi n'exclut pas d'autres requérants possibles, ce mécanisme peut affecter la rapidité du contrôle des normes. Il semble préférable que la décision de contester ou de ne pas contester les lois pour violation de droits individuels protégés par la constitution appartienne seulement à l'individu intéressé, qui est la personne qui percevra le mieux les effets de la loi. Réserver l'engagement du contrôle des normes aux seuls organes de l'autorité publique serait reconnaître à ceux-ci un certain pouvoir discrétionnaire dont l'exercice pourrait affaiblir la protection des droits constitutionnels des individus.

f. Dans certains Etats, la cour constitutionnelle elle-même peut déclencher une procédure de contrôle de sa propre initiative (voir article 19 al. 3 de la loi polonaise sur le tribunal constitutionnel; article 387 dernier al. de la constitution de la République socialiste fédérale de Yougoslavie); cela est peu courant, mais peut souligner le rôle de la cour comme gardien de la constitution.

4) Contrôle de normes incident exercé par la cour constitutionnelle

Les procédures de contrôle présentées plus haut sont des procédures principales, c'est à dire qu'elles portent directement sur la norme en cause; l'objet (au sens procédural "Streitgegenstand") est la constitutionnalité de la norme en tant que telle.

En plus des procédures principales il existe des procédures devant la cour constitutionnelle qui ne portent pas sur la constitutionnalité d'une norme mais sur la constitutionnalité d'une règle juridique qui repose sur cette norme ou lui est indissociablement liée. Dans certains systèmes juridiques, il est prévu que, s'agissant de ce deuxième type de procédure, la cour constitutionnelle peut non seulement constater que la règle juridique est inconstitutionnelle mais aussi affirmer dans la substance de sa décision le caractère inconstitutionnel de la loi (ou de la norme). Par exemple, selon le par. 95 al. 3 phrase 2 de la loi fondamentale allemande sur le tribunal constitutionnel fédéral, si dans un recours en inconstitutionnalité dirigé contre une décision administrative ou judiciaire, le tribunal constitutionnel constate que la décision attaquée est inconstitutionnelle car elle repose sur une loi inconstitutionnelle, il est tenu de déclarer la loi inconstitutionnelle et de nul effet erga omnes. Il découle de cette disposition que tout recours ultérieur en inconstitutionnalité alléguant la violation d'un droit constitutionnel en application de la loi déclarée nulle ne sera pas recevable. Aux termes du par. 55 al. 2 de la loi organique espagnole 2/1979 sur le tribunal constitutionnel, dans une situation analogue, la chambre du tribunal constitutionnel qui a été saisie doit déférer la question de la constitutionnalité de la loi à l'assemblée plénière du tribunal qui peut, dans un arrêt séparé, déclarer la loi inconstitutionnelle.

2. Examen des omissions inconstitutionnelles en matière législative

De manière générale, les systèmes juridiques dotés d'une cour constitutionnelle ne prévoient pas de procédures de recours à l'encontre des omissions inconstitutionnelles en matière législative. Il y a toutefois des exceptions et des situations spécifiques.

En vertu de l'article 283 de la constitution portugaise, sur la demande du Président de la République ou du médiateur, ou sur l'allégation d'une violation des droits des régions autonomes faite par le président d'une assemblée régionale, la cour constitutionnelle peut déclarer que l'absence d'actes législatifs nécessaires pour exécuter

(mettre en oeuvre) les normes constitutionnelles n'est pas conforme à la constitution.

Cependant, si les questions relatives aux omissions peuvent se poser et être résolues dans le cadre d'autres procédures, il n'y a pas lieu de mettre en place de procédures spéciales pour l'examen de la constitutionnalité des cas éventuels de vide législatif: en République fédérale d'Allemagne par exemple, les lacunes du législateur peuvent faire l'objet d'une procédure dans le cadre des litiges entre la fédération et les Etats ou dans celle des litiges entre les organes constitutionnels suprêmes (article 93 al. 2 et 1 de la loi fondamentale). Dans ces cas là, la cour constitutionnelle doit seulement déclarer qu'en s'abstenant de légiférer dans le domaine en cause, le défendeur a porté atteinte aux droits constitutionnels du requérant.

En République fédérale d'Allemagne, les plaintes constitutionnelles présentées par des particuliers ou des entités privées pour mettre en cause le vide législatif ne sont recevables que si la loi fondamentale contient une obligation expresse de légiférer sur la question soulevée par le requérant, ce qui n'est qu'exceptionnellement le cas.

Une situation spéciale peut survenir en application des clauses sur l'égalité de protection contenues dans la constitution: en effet, si une loi protège certaines catégories d'individus en en excluant d'autres (ou en omettant de les englober dans sa protection), ce qui est contraire au principe de l'égalité de protection, l'exclusion (ou l'omission) est inconstitutionnelle. Une telle loi peut être contestée par la voie d'un recours constitutionnel formé par les membres de la catégorie d'individus privés de la protection. La cour constitutionnelle peut le cas échéant déclarer la loi ou certaines de ses dispositions inconstitutionnelles et nulles et affirmer que la non-inclusion de la catégorie d'individus plaignante est inconstitutionnelle, enjoignant le législateur de trouver une solution appropriée.⁶

3. Objet de la vérification des normes

a. En ce qui concerne les règles générales du droit international public, la loi fondamentale allemande dispose, en son article 10 al. 2, que si la question se pose dans un litige examiné par un tribunal ordinaire de savoir si une règle de droit international public forme partie intégrante du droit fédéral, le tribunal doit soumettre la question à la décision du tribunal constitutionnel fédéral. Cette procédure a été conçue pour que, en cas de "doutes", la vérification de la valeur des règles du droit international public soit confiée au

tribunal constitutionnel afin de diminuer les chances que la fédération devienne responsable au regard du droit international des décisions prises par ses juridictions en violation de ces règles. Le non renvoi au tribunal constitutionnel au mépris de l'article 100 al.2 de la loi fondamentale constitue une violation de l'obligation constitutionnelle de présentation à un "juge légal" énoncée à l'article 101 al. 1 de la loi fondamentale et peut faire l'objet d'une plainte constitutionnelle. Le droit grec va plus loin, qui prévoit, s'agissant de litiges devant les autorités administratives, la possibilité de soulever la question de l'application des règles généralement acceptées du droit international public par le ministre compétent devant la cour suprême spéciale; l'initiateur du renvoi peut être soit les parties au procès soit la personne intéressée par la procédure administrative (voir art. 100 al. 1 et s. et article 28 de la constitution grecque; article 52 de la loi grecque n° 345/1976 sur la Cour suprême spéciale).

b. Dans les Etats qui adoptent une nouvelle constitution modifiant leur organisation interne (par exemple instituant des régions autonomes, des provinces, des Etats fédérés avec des compétences législatives, ou en remplacement d'un système unifié), il peut être opportun de doter la cour constitutionnelle de la compétence lui permettant de décider si les normes antérieures à la nouvelle constitution sont applicables à titre de normes centrales ou régionales, fédérales ou des Etats selon le cas. Cette détermination permettra de décider pour l'avenir laquelle de ces entités est compétente pour légiférer et prendre des règlements administratifs (L'article 126 de la loi fondamentale allemande prévoit cette compétence).

c. En Grèce, la cour suprême spéciale est compétente pour clarifier des questions de fond quant à la constitutionnalité ou pour interpréter le sens d'une loi (au sens formel) si des décisions divergentes (voire contradictoires) ont été prises par le Conseil d'Etat, l'Aeropag ou la Cour des comptes; la procédure à cette fin est une procédure mixte qui associe en quelque sorte la vérification des normes et le contrôle des normes, et qui peut être engagée par le ministre de la justice, le procureur général près de l'Aeropag, les commissaires généraux de la Cour des comptes et le juge administratif, ainsi que par toute personne qui a un intérêt légitime en la matière.

d. A proprement parler, les décisions prises par le Conseil constitutionnel français en vertu de l'article 41 de la constitution sur le point de savoir si une question est ou non du ressort du législateur (article 34) peuvent être considérées comme relevant d'une procédure de vérification plutôt que d'une procédure de contrôle (préventif) des

normes (mais on peut aussi estimer qu'il ne s'agit en fait que d'un problème de terminologie).

4. Contenu et effets des arrêts pris dans le cadre d'un contrôle a posteriori des normes

Même si le contenu et les effets d'un contrôle a posteriori des cours constitutionnelles dépendent de la procédure employée, on peut dégager certaines questions générales pertinentes:

- Le recours de constitutionnalité a-t-il un effet suspensif sur l'applicabilité de la norme contestée? Automatiquement ou sur requête du requérant (voir par exemple l'article 19 et s. de la loi belge sur la Cour d'arbitrage; l'article 161 al. 2 de la constitution espagnole en ce qui concerne les normes des Communautés autonomes)?

Accorder au recours un effet suspensif automatique n'est pas toujours bon; si l'engagement d'un recours d'inconstitutionnalité qui peut par la suite être déclaré non fondé suspend l'applicabilité de la norme, il peut en résulter un grave préjudice pour l'administration qui ne sera pas en mesure d'exécuter la loi avant que la cour constitutionnelle rende son arrêt, ce qui peut prendre un temps considérable. Il semble plus sage de conférer à la cour constitutionnelle un pouvoir discrétionnaire en la matière et de lui permettre d'apprécier au cas par cas les avantages et les inconvénients d'une suspension de l'applicabilité de la loi. D'une certaine façon, cette manière de procéder serait aussi une expression de respect à l'égard des décisions du législateur sans donner à penser nécessairement que les actes législatifs in dubio sont considérés comme inconstitutionnels.

- La déclaration d'inconstitutionnalité de la cour annule-t-elle la norme (ou la partie de norme) contestée, c'est-à-dire a-t-elle un effet erga omnes? (voir par exemple l'article 136 de la constitution italienne, l'article 153 de la constitution turque, l'article 140, al. 3 de la constitution autrichienne, l'article 164 al. 1 de la constitution espagnole et l'article 38 al. 1 de la loi espagnole sur le tribunal constitutionnel).

L'effet erga omnes des arrêts correspond bien au caractère abstrait de la loi. En outre, il évite que d'autres recours en inconstitutionnalité concernant la norme déjà contestée soient formés devant la cour. Par ailleurs, l'annulation de la norme à l'égard de tous est de nature à protéger les individus qui n'ont pas la capacité de former un recours concernant la norme ou les actes exécutifs fondés sur la norme

contre une éventuelle violation de leurs droits par une loi inconstitutionnelle, et est d'autant plus justifiée quand les individus ne peuvent avoir facilement accès à une voie de recours.

- ou bien une loi déclarée inconstitutionnelle doit-elle être renvoyée devant l'organe législatif qui l'a adoptée? (voir art. 33 a al. 1 et 2 de la constitution polonaise et article 6 al. 3 et 4 de la loi polonaise sur le tribunal constitutionnel; article 384 de la constitution de la République socialiste fédérale de Yougoslavie: les lois seules doivent être déférées à l'assemblée compétente; si le législateur n'abroge pas les dispositions inconstitutionnelles de la loi dans un certain délai (prolongeable sur demande), ces dispositions deviennent inapplicables et sont déclarées non valides par une sentence déclaratoire de la cour)

- La déclaration d'inconstitutionnalité a-t-elle seulement un effet inter partes; l'effet de res iudicata s'applique-t-il néanmoins à toutes les autres autorités et juridictions publiques?

L'effet inter partes est illustré par l'article 62 al. 2 de la constitution française. Cette disposition doit être considérée dans le cadre du système de contrôle préventif des normes. Dans ce contexte, il est approprié de restreindre les effets d'une norme déclarée inconstitutionnelle par le Conseil constitutionnel aux parties et à toutes les autorités publiques (administratives et judiciaires) car la procédure se déroule avant la promulgation de la loi (article 61 al. 1 et 2 de la constitution française).

Contrairement à la situation qui existe à la fin d'une procédure de contrôle a posteriori des normes, l'impression n'a pas été donnée que la loi inconstitutionnelle était en vigueur et valable ou conforme à la constitution.⁷ Dans un régime de contrôle a posteriori des normes il apparaît logique que l'inconstitutionnalité d'une norme soit affirmée par un arrêt qui détruit efficacement et généralement l'impression erronée de validité de la norme, et possède donc un effet erga omnes plutôt que inter partes.

- En cas de déclaration de nullité, la norme cesse-t-elle de s'appliquer ex tunc ou ex nunc? (voir art. 136 de la constitution italienne: dès le jour qui suit la publication de la décision, un genre de ius superveniens; article 153 al. 3 et 5 de la constitution turque: aussi ex nunc, avec la possibilité que la cour fixe la date d'effet de la décision, cette date ne pouvant se situer plus d'une année après la publication de l'arrêt; article 140 al. 4 de la constitution autrichienne: ex nunc, sauf si la cour fixe une autre date, se situant dans un délai inférieur à un an; article 282 al. 1 de la constitution portugaise; en République fédérale d'Allemagne, en règle générale les arrêts

produisent leur effet ex tunc; mais dans certains cas la cour déclare la loi inconstitutionnelle mais non nulle; en Hongrie, la loi déclarée nulle et non avenue n'est pas applicable à partir du jour de la publication de l'arrêt pertinent au journal officiel; la cour constitutionnelle peut néanmoins décider que l'abrogation du texte de loi inconstitutionnel ou la suspension de son applicabilité ne suivra pas cette règle si cela est justifié dans l'intérêt de la sécurité juridique ou dans celui de la personne à l'origine de la procédure);

Alors que le système selon lequel l'abrogation d'une loi inconstitutionnelle ne peut être décidée que par un arrêt de la cour constitutionnelle peut admettre aussi bien l'annulation ex tunc que ex nunc ou même pro futuro, le système où l'on admet qu'une loi contraire à la constitution est nulle et non avenue est semble-t-il seulement compatible avec l'annulation de la loi à partir de la date de sa promulgation. Toutefois, ce dernier système crée des difficultés en ce qui concerne les actes administratifs ou les décisions judiciaires qui se fondent sur la loi inconstitutionnelle: ceux-ci doivent-ils aussi être considérés ipso iure comme non valables? Peuvent-ils à leur tour faire l'objet d'un recours?

- en cas d'annulation d'une loi: quels sont les effets de l'annulation sur les lois antérieures qui étaient en vigueur avant que la loi déclarée inconstitutionnelle entre en vigueur? (Voir article 140 al. 6 de la constitution autrichienne; article 282 al. 1 de la constitution portugaise);

- en cas d'annulation: quels sont les effets sur les actes administratifs et les décisions judiciaires fondés sur la loi déclarée nulle qui étaient déjà devenus res iudicatae avant la date de l'annulation? Sur les jugements (définitifs) des tribunaux pénaux? L'exécution de ces décisions doit-elle être poursuivie? Les procédures pénales ou autres concernées réouvertes? (Voir par exemple article 140 al. 7 de la constitution autrichienne; article 79 de la loi fondamentale allemande; article 30 al. 3 de la loi italienne n° 87/1953; article 10 et S. et 14 et s. de la loi belge sur la cour d'arbitrage; article 282 al. 3 de la constitution portugaise; article 40 de la loi espagnole sur le tribunal constitutionnel);

- Dans l'examen de ces questions, il faut mettre en balance l'intérêt général à faire respecter les actes administratifs et les décisions judiciaires qui ne sont plus contestables par des voies de recours ordinaires et l'obligation d'appliquer les dispositions constitutionnelles, et notamment d'assurer l'exercice des droits constitutionnels individuels.

Les sentences des juridictions pénales fondées sur une loi inconstitutionnelle devraient en règle générale être soumises à une révision car elles affectent la liberté personnelle de la personne condamnée. En revanche, il n'est pas nécessairement utile que les actes administratifs et les décisions de justice définitifs fondés sur une loi annulée puissent à nouveau être mis en cause; pourtant faire appliquer ces décisions équivaut à exiger le respect d'un "ordre" inconstitutionnel, ce qui est contraire au principe de la prééminence du droit constitutionnel. Donc, il vaut mieux interdire l'application de tels actes (Voir aussi la section D 17 plus loin).

- Si une loi a été déclarée conforme à la constitution par la cour constitutionnelle ou si le recours formé contre une loi a été rejeté au fond, ladite loi peut-elle faire l'objet ultérieurement d'un contrôle des normes? Les réponses varient d'un Etat à l'autre (voir par exemple art. 38 al. 2 de la loi espagnole sur le tribunal constitutionnel) et les solutions doivent dépendre pour une large part de la portée de l'examen de la cour constitutionnelle (examine-t-elle la loi in toto et sous tous les aspects de la constitutionnalité?). Selon le système allemand, seul un changement radical de circonstances rend possible l'ouverture d'une nouvelle procédure de contrôle des normes.

On peut aussi envisager que la décision déclarant une loi conforme à la constitution n'ait qu'un effet inter partes, la conséquence étant que la cour constitutionnelle peut être à nouveau appelée à se prononcer sur la loi.

Si la cour constitutionnelle a rejeté au fond un recours (ou un renvoi d'une juridiction ordinaire) contre une loi en n'examinant que les violations constitutionnelles alléguées par le requérant (sans exercer un contrôle général de la loi), la possibilité d'introduire un nouveau recours (au moins s'il est fondé sur des allégations différentes) devrait être donnée (sauf éventuellement au premier requérant pour des raisons tenant à la res judicata de la décision).

II. Contrôle de la constitutionnalité des actes des organes suprêmes de l'Etat

1. Etendue des questions relevant d'une telle juridiction:

- violations alléguées de toutes sortes de compétences, de droits ou d'obligations des organes suprêmes de l'Etat (à définir) prévus par la constitution (voir par ex. article 93 alinéa 1 n° 1 de la loi fondamentale allemande);

Si en particulier la cour constitutionnelle joue le rôle d'autorité ultime en matière de droit constitutionnel, un tel champ de compétence semble approprié.

- seulement les litiges quant aux compétences (respectives) des organes suprêmes de l'Etat (voir article 134 de la constitution italienne: les conflits d'attribution entre les pouvoirs de l'Etat; art. 126 a) de la constitution autrichienne; article 59 n° 3 et ch. 3 de la loi espagnole sur le tribunal constitutionnel);

- les actes législatifs peuvent-ils, au moins du point de vue de la compétence, être soumis à ce type de contrôle? C'est le cas par exemple en République fédérale d'Allemagne, mais là la cour constitutionnelle n'est pas habilitée à déclarer la loi inconstitutionnelle et peut seulement affirmer que l'adoption de la loi a porté atteinte à un droit constitutionnel du requérant, ou à son domaine de compétence ou constitue une violation des obligations constitutionnelles qui existent à l'égard du requérant. En France, les questions relatives à la répartition des compétences, régies par l'article 34 al. 3 de la constitution en ce qui concerne les attributions du législateur et par les articles 37 et 38 en ce qui concerne le pouvoir réglementaire et les ordonnances, peuvent faire l'objet d'un contrôle préventif en vertu de l'article 41 al. 2 et de l'article 61 al. 2 de la constitution;

- question de savoir si la conclusion d'un instrument international exige une révision préalable de la constitution (voir article 54 de la constitution français; article 95 al. 2 de la constitution espagnole);

- litiges quant aux compétences d'organes spéciaux (non suprêmes) ou d'entités prévus par la constitution (par ex: litiges entre la Cour des comptes - Rechnungshof -d'une part et le gouvernement fédéral, un ministre fédéral ou le gouvernement d'un Etat d'autre part, sur l'interprétation des dispositions légales qui délimitent les attributions de la Cour des comptes, article 126 de la constitution autrichienne).

2. Le droit d'engager une telle procédure dépend bien sûr de l'objet du recours constitutionnel. En général la procédure est une procédure contentieuse sur la violation alléguée des droits, des compétences ou des obligations constitutionnelles des parties en cause. La partie adverse interviendra de manière constructive et appropriée dans les diverses phases du contentieux constitutionnel.

Etant donné l'étendue des questions qui, en vertu de la loi fondamentale allemande, peuvent faire l'objet d'un contentieux constitutionnel, la liste des organes et entités qui sont habilités à engager une procédure de contrôle ou à être parties à de telles procédures est remarquablement longue; elle comprend le Président de la République, la Diète fédérale, le gouvernement fédéral et les sections de ces organes à qui la loi fondamentale a accordé de droits propres (le Chancelier fédéral, le ministre fédéral des Finances, les commissions d'enquête parlementaires, selon l'article 44 de la loi fondamentale) ou qui sont autorisés à ce faire par le règlement de la Diète fédérale (par exemple, fractions de partis politiques représentés à la Diète fédérale ou le Président de la Diète fédérale) et le Conseil fédéral. Par une décision prise en assemblée plénière en application de l'article 93 al. 1 n° 1 de la loi fondamentale, le tribunal constitutionnel fédéral a déclaré que même les partis politiques pouvaient engager une procédure sur la base des droits qui leur sont reconnus par l'article 21 de la loi fondamentale pour défendre leurs prérogatives face aux organes suprêmes établis par la constitution.

3. Les principales questions de procédure qui se posent dans les recours concernant la compétence des organes suprêmes de l'Etat sont les suivantes:

- nécessité qu'il existe une contestation dans une affaire réelle ou un litige concret entre les parties (et non seulement une question théorique ou une hypothèse d'école) pour que le recours soit recevable; cette condition est souhaitable pour les raisons exposées au point B II 2 ci-dessus;
- recevabilité d'une requête visant à obtenir une déclaration sur l'existence ou la non existence d'un lien constitutionnel spécial entre le demandeur et le défendeur?
- nécessité d'une position particulière du requérant; en particulier, le requérant doit-il prouver devant la cour constitutionnelle l'existence de faits et de circonstances qui, s'ils sont exacts, montrent que le défendeur a pu porter atteinte à son statut constitutionnel propre;

Exiger que le demandeur allègue une violation de ses droits écarte les actions quasi-populaires. La nécessité qu'il existe une affaire ou un litige réel garantit que la décision de la cour constitutionnelle aura des effets concrets et évite les contestations purement théoriques.

- ou bien la procédure peut-elle être engagée en qualité de "gardien de la constitution" sans qu'il soit nécessaire de prouver que la position constitutionnelle du demandeur a fait l'objet d'une violation spécifique?

- Le recours doit-il avoir un effet suspensif sur l'applicabilité ou l'exécution de la loi en cause (voir par ex. le par. 36 b de la loi autrichienne sur la cour constitutionnelle)?

Comme on l'a déjà dit à propos du contrôle a posteriori, il semble souhaitable de laisser à la cour constitutionnelle le pouvoir d'apprécier elle-même l'opportunité de suspendre l'application d'une loi contestée car cela est apte à assurer une certaine souplesse dans le traitement de chacun des cas, en évitant la rigidité indifférente d'une suspension automatique.

- un délai de saisine de la cour doit-il être fixé? (voir par ex., en droit allemand: délai de six mois après que le demandeur ait eu connaissance de la loi ou de l'omission qui porte atteinte aux droits garantis par la constitution; en Autriche, délai de quatre semaines, voir par. 36 a al. 1 et 2 de la loi sur la cour constitutionnelle);

Imposer que la procédure devant la cour constitutionnelle soit engagée dans un certain délai a pour avantage d'éviter que ne viennent sur le bureau de la cour des affaires qui commencent à perdre de leur pertinence ou de leur clarté. Par ailleurs, le délai passé, les éventuels protagonistes des litiges constitutionnels sauront que telle ou telle loi ne peut plus être mise en cause devant la cour, ce qui peut contribuer à apaiser la querelle.

- acceptation de l'intervention dans la procédure d'autres organes suprêmes lorsque la décision est susceptible de concerner aussi leur position au regard de la constitution?

Un tel système permet à la cour constitutionnelle de réunir une gamme étendue d'opinions et d'arguments, et d'avoir une compréhension large de l'affaire et des divers intérêts en cause.

4. En ce qui concerne le contenu et les effets de l'arrêt de la cour constitutionnelle: la cour constitutionnelle doit-elle se borner à faire une déclaration affirmant que la loi ou l'omission en cause porte atteinte (ou ne porte pas atteinte) aux droits constitutionnels du requérant, ou est contraire aux obligations du défendeur à l'égard du requérant (voir par ex. par. 67 de la loi allemande sur le tribunal constitutionnel fédéral) ou bien la cour constitutionnelle doit-elle être aussi compétente pour annuler une loi inconstitutionnelle?

Il est peut-être superflu que la cour ait compétence pour annuler les lois, soit que, s'agissant d'actes législatifs ayant des effets externes (c'est-à-dire ayant des répercussions sur les relations intra-organiques et inter-organiques des organes suprêmes de l'Etat), ces actes puissent être d'une autre manière contestés et, s'ils sont inconstitutionnels, annulés par la cour constitutionnelle; soit que l'on admette que les parties aux procédures sur la constitutionnalité des activités des organes suprêmes de l'Etat respectent la teneur et l'essence de la décision de la cour, même si celle-ci n'a qu'une valeur déclaratoire.

En déterminant la nature de la décision de la cour, il y a lieu de prendre en considération le point suivant: si, comme on peut aussi le concevoir, l'arrêt de la cour peut imposer une obligation à l'une des parties, le caractère de la décision demeurera essentiellement déclaratoire s'il n'existe pas de moyen d'assurer concrètement le respect de l'arrêt.

III. Litiges entre l'Etat central et des subdivisions régionales ou autres (Etats fédéraux, cantons, régions autonomes, provinces, etc.)

Les régimes constitutionnels qui reconnaissent des compétences d'ordre législatif, administratif ou judiciaire à certains types de subdivision, tels que les Etats fédéraux, les régions autonomes, les communautés (en Belgique), les provinces, ou d'autres entités, peuvent accorder à la cour constitutionnelle juridiction pour statuer sur les litiges qui opposent ces entités.

Plusieurs arguments militent en faveur d'une telle juridiction: le fait que de tels litiges soient tranchés par une institution impartiale s'appuyant exclusivement sur les dispositions constitutionnelles et non influencée par les attaches politiques de ses membres empêchera en principe que des litiges se forment en fonction des rapports de force politique. Soumettre ces litiges à une procédure juridique peut aussi contribuer à décourager les tendances sécessionnistes des entités constitutionnelles autonomes et favoriser l'acceptation de la répartition des compétences, étant donné que l'objectif de la cour constitutionnelle est de préserver la division verticale des pouvoirs, tout en offrant une garantie à l'autonomie des entités.

Certains des litiges peuvent être soumis à d'autres procédures devant la cour constitutionnelle telles que le contrôle abstrait des normes, par exemple dans le cas où la constitutionnalité d'une loi portant sur la compétence d'un Etat ou de l'Etat fédéral à légiférer est en cause. Cette situation de "redondance" peut être traitée soit en

excluant le contrôle des normes (concernant les compétences législatives) de l'une ou l'autre des procédures, soit en offrant deux procédures au requérant et en lui laissant le droit de choisir entre l'une ou l'autre (en interdisant les actions simultanées par objection lis pendens).

1. Les questions soulevées dans le cadre de cette juridiction sont le plus souvent des litiges sur les attributions respectives de la fédération/ de l'Etat central et d'une subdivision administrative, ou sur les compétences législatives et administratives des subdivisions ou encore sur la répartition des compétences entre les autorités administratives et les autorités judiciaires.

a. En conséquence, il est souhaitable que toutes les lois de l'Etat et des subdivisions administratives soient susceptibles de faire l'objet d'un contrôle constitutionnel par une cour constitutionnelle et que celle-ci ait l'autorité pour se prononcer sur les domaines de compétence respectifs de l'Etat fédéral/central et des subdivisions. Cela ne signifie pas qu'un type particulier de procédure soit nécessaire à cette fin car un tel contrôle constitutionnel peut être exercé selon la procédure du contrôle a posteriori des normes.⁸, et ⁹.

b. Les conflits de compétences concernant des compétences autres que législatives, comme les compétences administratives, devraient aussi pouvoir être déférés à la cour constitutionnelle, voir par ex. en Autriche (art. 138 al. 1c de la constitution et article 138 al. 1a: litige entre un tribunal fédéral et une autorité administrative de l'Etat), en Suisse (article 113 al. 1 n° 1 de la constitution suisse), en République fédérale d'Allemagne (loi fondamentale article 93 al. 1 n° 3 et 4; article 84 al. 4 : supervision fédérale de l'application des lois fédérales par les Etats), en Espagne (par. 60 et s. de la loi sur le tribunal constitutionnel).

c. En outre, les conflits d'attribution entre les subdivisions de l'Etat devraient aussi pouvoir être soulevés devant la cour constitutionnelle (voir par ex. en Italie, article 134 de la Constitution; en Espagne, article 161 al. 1c; en Autriche, article 138 al. 1c de la constitution - conflits de compétences; en Allemagne, article 93 al. 1 n° 4).

2. Pour les mêmes raisons que celles invoquées à propos des litiges d'ordre judiciaire entre les organes suprêmes de l'Etat énumérés plus haut (voir B II 2. et 3), seules les entités qui peuvent alléguer que leurs droits ou compétences constitutionnelles propres ont été enfreints devraient pouvoir engager une procédure (sauf si les lois sont soumises à un contrôle abstrait; à ce sujet, il y a semble-t-il

un intérêt public général à vérifier la constitutionnalité d'une norme spécialement en raison de son caractère abstrait et de son applicabilité universelle); donc, en règle générale, seuls les gouvernements fédéral, étatique, régional ou provincial devraient pouvoir engager une action par l'intermédiaire de leurs organes spécifiques.¹⁰

En règle générale, la procédure doit être à caractère contentieux (à l'exception éventuelle des cas où le litige concernant une loi promulguée ne peut être soumis qu'à un contrôle abstrait des normes). Le contenu et les effets des décisions varient selon l'objet du litige.

3. Si l'acte contesté est un acte administratif ou judiciaire, qui est jugé inconstitutionnel, la cour constitutionnelle peut, en règle générale, annuler cet acte. Dans les procédures de contrôle préventif des normes portant sur les compétences en matière législative, la cour indiquera le plus souvent laquelle des parties est compétente sur le point soulevé (pour plus de précisions, voir par. 66 - conflit de compétences positif - et par. 72 - conflit négatif - de la loi espagnole sur le tribunal constitutionnel).

IV. Protection des droits constitutionnels des particuliers (Plaintes constitutionnelles)

1. Le fait de donner aux cours constitutionnelles la compétence pour assurer la protection des libertés et droits constitutionnels des personnes, des associations et des autres formes d'entités privées implique que la constitution garantit les droits et libertés individuels.

Pour que l'exercice des droits constitutionnels individuels soit réel, il doit être défendu. Cette protection peut être assurée par les tribunaux civils et pénaux et par les tribunaux administratifs; dans certains pays, les juridictions administratives, en France, le Conseil d'Etat, sont des défenseurs traditionnels et éprouvés des libertés publiques. Doter une cour constitutionnelle spéciale de la capacité d'examiner les plaintes constitutionnelles liées à la violation des droits constitutionnels individuels peut améliorer la protection de ces droits et souligner leur valeur constitutionnelle.

Donc un contrôle constitutionnel en matière de droits individuels, s'il est efficace, contribuera à renforcer le respect des droits et libertés fondamentales, et notamment la dignité et la liberté, de la personne.

Néanmoins, une procédure de recours constitutionnel ouverte aux particuliers ne doit pas être un recours ordinaire de plus, auquel cas la cour constitutionnelle risquerait d'être saisie d'un nombre excessif d'affaires et de se trouver submergée. Il s'ensuit que les règles

de recevabilité des plaintes constitutionnelles doivent être conçues avec beaucoup de soin.

2. Qui doit posséder la capacité légale de déposer une plainte constitutionnelle? Les requérants éventuels doivent être ceux à qui le droit matériel constitutionnel reconnaît des droits individuels. La qualité de ceux qui posséderont ces droits, - personnes physiques ou morales, seulement citoyens de l'Etat ou tout individu -, dépendra de la portée reconnue aux droits. C'est sur cette base que sera déterminée la capacité à porter plainte.

3. Quels types d'actes peuvent faire l'objet d'une plainte constitutionnelle?

Les solutions varient d'un pays à l'autre; elles vont de l'acceptation de tous les actes émanant d'une autorité publique nationale à certains actes seulement (normes de diverses catégories, décisions judiciaires, actes administratifs des arrêts et injonctions du pouvoir judiciaire et même des actes législatifs, y compris les lois, les normes infra-législatives et les ordonnances des organes autonomes.^{11, 12, 13, 14, 15, 16.}

Il peut sembler pertinent de soumettre à un examen constitutionnel les lois ou les actes infra-législatifs étant donné que les lois d'application immédiate, c'est-à-dire s'appliquant sans qu'un acte d'application spécifique soit nécessaire, peut porter atteinte aux droits des individus garantis par la constitution. L'inclusion des actes du pouvoir judiciaire correspond notamment à la garantie de droits constitutionnels tels que l'habeas corpus et les droits de la défense. En République fédérale d'Allemagne, les omissions des tribunaux, de l'administration et même dans des conditions très strictes de recevabilité -, du parlement peuvent aussi faire l'objet d'une plainte si elles portent atteinte aux libertés et droits garantis par la constitution.

Le point de savoir si les actes des particuliers peuvent être contestés par la voie d'un recours constitutionnel dépend de la doctrine sur laquelle repose le droit constitutionnel. En République fédérale d'Allemagne par exemple, le principe est que la mise en oeuvre des droits et libertés constitutionnels protège la liberté de la personne contre les ingérences des autorités publiques et est un garde-fou contre la puissance étatique. Ces droits ne concernent pas directement les actions des particuliers (mais, en tant que partie du droit objectif, ils exercent un "rayonnement" sur l'interprétation des normes du droit civil, notamment par les clauses générales).

En Espagne, le tribunal constitutionnel semble avoir étendu sa juridiction aux recours constitutionnels portant sur les actes de

particuliers par une interprétation du droit procédural constitutionnel: le tribunal constitutionnel a admis que l'objet du recours était la décision du tribunal civil, statuant dans un litige privé, dans la mesure où ce tribunal n'avait pas assuré une protection réelle des droits individuels reconnus par la constitution contre un acte d'un particulier. Aux termes de l'article 44 de la loi sur le tribunal constitutionnel, une décision judiciaire ne peut être contestée devant la cour constitutionnelle que si la violation alléguée découle directement de la décision judiciaire. (Aux Etats-Unis, des questions analogues sont soulevées sous la rubrique "State action").

4. Position de l'initiateur

Afin de garder le nombre de plaintes constitutionnelles dans de limites raisonnables, l'actio popularis ne doit pas être recevable; il faut exiger que le requérant allègue la violation par l'autorité publique de ses propres droits et libertés constitutionnels (voir par. 46 de la loi espagnole sur le tribunal constitutionnel; le par. 90 al.1 de la loi allemande sur le tribunal constitutionnel; en Allemagne, une plainte quivis ex populo est recevable exclusivement devant le tribunal constitutionnel de Bavière - l'exigence d'une position de l'initiateur est compensée par le coût de la procédure devant le tribunal constitutionnel de Bavière).

En outre, et toujours pour éviter que la cour constitutionnelle n'ait à examiner des recours qui n'ont qu'une importance théorique, seules devraient être recevable les plaintes qui contestent la constitutionnalité des actes portant effectivement et immédiatement atteinte aux droits constitutionnels du requérant. Cette condition est en particulier très importante si le requérant conteste la constitutionnalité d'un acte législatif.

5. L'efficacité du droit constitutionnel sera renforcée si les juridictions ordinaires privilégient et font respecter les dispositions constitutionnelles dans leurs jugements. La procédure de recours constitutionnel n'a pas vocation à remplacer la compétence des juridictions ordinaires en matière de respect des droits constitutionnels. Ces juridictions doivent en particulier pouvoir connaître des questions de constitutionnalité des actes administratifs; toutes les cours d'appel devraient notamment être compétentes pour connaître des violations de droits procéduraux garantis par la constitution (tels que par exemple le droit à un procès équitable et d'autres droits liés à la procédure judiciaire) commises par des juridictions inférieures.

6. Épuisement des autres voies de recours judiciaires

Il se peut que l'objet de la plainte ait disparu avec le jugement des tribunaux ordinaires, si ceux-ci ont fait prévaloir le respect du droit constitutionnel en cause. Il s'ensuit que la plainte constitutionnelle doit avoir un caractère subsidiaire, et n'être recevable qu'après que le requérant ait épuisé toutes les voies de recours auxquelles il a accès (voir par ex. par. 44 al. 1a et 1c de la loi espagnole sur le tribunal constitutionnel; par. 93 al. 1 et 2 de la loi allemande sur le tribunal constitutionnel).

Il serait souhaitable d'autre part d'accorder aux cours constitutionnelles le pouvoir discrétionnaire de décider, dans les cas où toutes les autres voies de recours n'ont pas été épuisées, si l'objet de la plainte revêt une importance de caractère général ou si une action devant d'autres juridictions entraînerait pour le plaignant un préjudice grave et inévitable.

7. Délai de dépôt d'une plainte constitutionnelle

De manière générale, on admet que plus le requérant attend pour se plaindre de la violation de ses droits, moins son intérêt à agir sera reconnu. En outre, plus le temps s'écoule et plus les faits de l'affaire sont difficiles à prouver. Pour ces raisons et dans l'intérêt général de la sécurité juridique, qui justifie la fixation de délais en matière de procédure, un délai de dépôt de la plainte doit être fixé au-delà duquel celle-ci ne sera pas recevable. La longueur de ce délai peut varier selon la nature juridique de l'acte contesté (en République fédérale d'Allemagne le délai est en général de un mois; si un acte législatif est contesté après une année, par. 93 al. 1 et 2 de la loi sur le tribunal constitutionnel; en Espagne, le délai est en général de 20 jours pour les recours dirigés contre des décisions judiciaires, et de 3 mois pour les actes normatifs autres que les lois, par. 44 al. 2 et par. 42 de la loi sur le tribunal constitutionnel).

8. Effet suspensif de la plainte constitutionnelle?

Si l'on suppose qu'une plainte constitutionnelle n'est déposée qu'après épuisement des autres voies de recours, cette plainte attaque une décision qui est définitive. La question se pose donc de savoir si l'engagement de la plainte doit avoir un effet suspensif (sur l'application, la mise en oeuvre ou l'exécution de l'acte contesté). La meilleure solution est peut-être de ne pas prévoir la suspension des décisions judiciaires ou des normes attaquées en règle générale, mais d'accorder à la cour constitutionnelle le pouvoir d'ordonner la suspension de l'acte incriminé dans certaines conditions et sur

demande, en fonction des circonstances particulières de chaque espèce.

Cette solution tient compte du fait qu'une période considérable de temps peut s'écouler avant que les juridictions ordinaires aient statué sur l'espèce (à cause du caractère subsidiaire de la plainte constitutionnelle), que ces juridictions ont ou auraient dû examiner la question du respect des droits individuels prévus dans la constitution (et n'auront pas constaté de violation) et que la plainte constitutionnelle doit être considérée comme une voie de recours extraordinaire.

9. Conditions particulières de recevabilité des plaintes constitutionnelles par la cour constitutionnelle?

En particulier pour que la cour constitutionnelle ne soit pas submergée par un trop grand nombre d'affaires, il y a lieu de se demander si chaque plainte (recevable!) ne doit pas en plus obtenir l'acceptation spéciale de la cour constitutionnelle et si, dans cette hypothèse, le rejet de la plainte doit relever du seul pouvoir discrétionnaire de la cour ou être soumis à des critères précis.

Il ressort de l'expérience de certaines cours constitutionnelles qu'il est utile que des formations restreintes (chambres) de la cour soit habilitées à soumettre les plaintes à un examen préliminaire, et le cas échéant à rejeter une plainte a limine par une procédure sommaire dans les cas où la plainte est manifestement irrecevable ou manifestement mal fondée, ou même à se prononcer en faveur du requérant si la plainte est manifestement fondée, (voir par exemple par. 93 b de la loi allemande sur le tribunal constitutionnel). Vu le très grand nombre de recours constitutionnels susceptibles d'être formés, un tel mécanisme peut soulager la charge de travail de la cour et permettre à celle-ci de se concentrer sur les affaires importantes; il n'atténue pas substantiellement la protection des droits constitutionnels en général, risque inhérent au fait de laisser à la cour constitutionnelle toute latitude pour accepter ou rejeter une plainte.

10. Portée de l'examen au fond par la cour constitutionnelle.

Un recours constitutionnel sera admis si la cour constitutionnelle constate qu'un de droits constitutionnels du requérant a été violé. Il n'en reste pas moins qu'une cour constitutionnelle ne doit pas être conçue pour jouer le rôle d'ultime juridiction d'appel; la cour doit se limiter à examiner avec attention si l'acte incriminé constitue en l'espèce une violation des droits constitutionnels et ne pas se prononcer sur sa légalité en général. (Il peut être à cet égard malaisé de faire la distinction entre les violations des droits constitutionnels et les autres éléments d'illégalité, notamment si l'on admet que le droit au libre développement de sa personnalité doit être protégé des atteintes inconstitutionnelles et si tout acte non conforme à l'ordre juridique infra-constitutionnel est considéré comme inconstitutionnel).

En outre, étant donné que le recours constitutionnel se situe dans le contexte des droits individuels, l'inconstitutionnalité objective d'un acte contesté (pour des raisons d'ordre constitutionnel autres que le motif fondant le recours du requérant) ne doit pas suffire pour que la cour constitutionnel fasse droit au grief du requérant.

En revanche, l'efficacité de la protection des droits constitutionnels individuels se trouvera renforcée si la cour constitutionnelle peut prendre en compte tous les aspects de l'espèce et examiner s'ils ont constitué une violation du droit constitutionnel en cause sans être tenue de se limiter au seul examen des éléments spécifiquement allégués comme inconstitutionnel par le plaignant (comme le veut l'usage à la cour suprême fédérale suisse par exemple).

Il y a violation d'un droit individuel lorsqu'un acte d'une autorité publique porte directement atteinte à ce droit au mépris du droit constitutionnel (violation immédiate), mais aussi lorsque un acte administratif affectant un droit est fondé sur une loi ou sur un acte infra-législatif que, pour une raison donnée, la cour constitutionnelle juge inconstitutionnel (violation dérivée). Ce dernier cas suppose que la cour constitutionnelle soit compétente pour connaître de tous les questions juridiques liées à une affaire, et notamment pour exercer un contrôle incident des lois.

11. Contenu et effets de l'arrêt

Si le recours est fondé, la cour constitutionnelle doit prononcer l'annulation de la loi incriminée. La cour constitutionnelle n'étant compétente que pour examiner le recours sous l'angle de la constitutionnalité de la loi en cause, elle ne peut substituer une loi édictée par elle à la loi contestée, mais doit renvoyer l'affaire devant l'entité juridique (tribunal ou autorité administrative) dont l'acte a été annulé.

Si un acte législatif est jugé inconstitutionnel incidemment, la cour constitutionnelle doit pouvoir déclarer la norme nulle et non avenue avec effet erga omnes (voir par ex. par. 95 al. 3 phrase 1 de la loi allemande sur le tribunal constitutionnel; par. 55 al. 2 de la loi espagnole sur le tribunal constitutionnel).

Ainsi, le résultat du recours constitutionnel d'une personne vaudra pour tous ceux dont les droits ont été violés ou pourraient être violés par la loi en cause. Cela empêche qu'un même acte législatif ne suscite une série de recours constitutionnels analogues.

V. Plaintes constitutionnelles des municipalités ?

Lorsqu'une constitution confère une autonomie (autogestion) partielle à des districts, à des communes ou à leurs associations, il peut être approprié de reconnaître à ces collectivités le droit de former auprès de la cour constitutionnelle un recours alléguant la

violation de leurs droits (ou compétences) autonomes, de sorte que leur statut privilégié soit renforcé et consolidé.

Deux exemples illustrent les conceptions possibles.

Alors qu'une Suisse la cour suprême fédérale a estimé qu'une collectivité locale (bien qu'elle soit légalement un organisme public) avait le privilège de contester un acte par la voie d'un recours constitutionnel général, en République fédérale d'Allemagne, l'article 93 (1) n° 4 b de la loi fondamentale et le par. 91 et s. de la loi sur le tribunal constitutionnel autorisent expressément les communes ou les associations communales à introduire "des recours constitutionnels pour violation du droit d'autogestion en vertu de l'article 28 par une loi autre qu'une loi de l'Etat fédéré susceptible d'être déférée devant le tribunal constitutionnel dudit Etat". Les communes et les associations communales jouissent donc du droit de déclencher un contrôle individuel spécial des actes législatifs. Mais, étant donné qu'elles ne bénéficient pas de la protection des mêmes droits que les particuliers, elles ne sont en général pas admises à introduire un recours constitutionnel portant sur la violation de droits de ces derniers (par exemple, du droit à la propriété).

VI. Plaintes constitutionnelles des sociétés religieuses ?

En fonction des dispositions constitutionnelles qui régissent les liens entre l'Etat et les églises (par exemple, reconnaissance d'un certain degré d'autonomie des sociétés religieuses), il est envisageable que ces sociétés puissent former un recours devant la cour constitutionnelle si elles estiment que les pouvoirs publics (législatif, exécutif ou judiciaire) ont porté atteinte à l'autonomie qui leur est reconnue par la constitution. En République fédérale d'Allemagne, les sociétés religieuses sont habilitées à former un recours constitutionnel si elles allèguent que le droit fondamental à la liberté de religion (énoncé à l'article 4 al. 1 de la loi fondamentale) a été violé par une atteinte à leur autonomie garantie par l'article 140 de la loi fondamentale.

VII. Juridiction aux fins de poursuite pour violation de la constitution.

En dehors des procédures visant à démettre de leur poste certains titulaires de hautes fonctions publiques (vote d'une motion de censure par le parlement, etc.) et à confier les procédures criminelles à des juridictions pénales spéciales (peut-être à une haute cour spéciale: voir article 133 et article 199 de la constitution portugaise; article 102 de la constitution espagnole; article 49 et article 86 de la constitution grecque; en Autriche en revanche les accusations

de nature pénale dirigées contre des personnes ayant agi dans leurs fonctions officielles doivent être portées devant la cour constitutionnelle, selon l'article 143 de la constitution autrichienne), les constitutions peuvent prévoir des procédures de mise en accusation ("impeachment") des personnes publiques pour infraction au droit constitutionnel et traduire ces personnes devant la cour constitutionnelle. Une telle juridiction constitutionnelle n'est utile que s'il n'existe pas de procédure efficace de destitution, par exemple si le président de la république est élu par le peuple ou par un organe particulier pour un mandat de plusieurs années, et que rien ne permette de le déchoir de ses fonctions (voir par exemple les articles 54 et 61 de la loi fondamentale allemande; la constitution autrichienne, article 142 al. 1, contient probablement le nombre le plus grand de procédures de mise en accusation; seule la procédure de landeshauptmann est devenue utilisable).

La requête de mise en accusation doit être présentée par un certain quorum de députés (comparer l'article 61 (1) 2 de la loi fondamentale allemande et l'article 49 al. 2 de la constitution grecque), après quoi le parlement décide d'engager ou non la procédure de mise en accusation. En Italie et en Autriche, la constitution prévoit une procédure mixte pénale et constitutionnelle. Le Président de la République italienne peut être mis en accusation en cas de haute trahison ou "d'attentat à la constitution" (article 90 de la constitution), les ministres pour les délits commis dans l'exercice de leurs fonctions (article 96 de la constitution). Cette procédure a été mise en oeuvre à l'occasion de l'"affaire Lockheed" de 1975 - 1979. En ce qui concerne l'Autriche, comparer les articles 142 et 143 de la constitution.

L'arrêt de la cour constitutionnelle peut être déclaratoire et constater une violation du droit constitutionnel. La cour peut aussi avoir le pouvoir de démettre ou de suspendre l'accusé de ses fonctions dans les cas les plus graves (voir article 61 al. 2 de la loi fondamentale allemande, aux termes duquel le tribunal constitutionnel, par mesure provisoire prise après la mise en accusation, peut déclarer que le président de la République fédérale est empêché d'exercer ses fonctions).

La loi fondamentale de la République d'Allemagne prévoit des procédures analogues devant le tribunal constitutionnel fédéral à l'encontre des juges (article 98 al. 2).

VIII. Juridiction quant à l'inconstitutionnalité des partis politiques

En République fédérale d'Allemagne ¹⁷, le tribunal constitutionnel fédéral a le pouvoir exclusif de déclarer un parti politique inconstitutionnel si ce parti cherche à porter atteinte à l'ordre fondamental libre et démocratique, à le renverser ou à compromettre l'existence de l'Etat (article 21, al. 2 de la loi fondamentale, par. 43 et s. de la loi sur le tribunal constitutionnel), de dissoudre un tel parti et d'interdire la création d'organisations de remplacement (de façade) (par. 46 al. 1 et 2 de la loi sur le tribunal constitutionnel). Le tribunal a aussi le pouvoir d'ordonner la saisie et la confiscation des biens du parti. Cette possibilité a été conçue dans le but de protection préventive de la constitution. Elle peut aussi avoir un effet stabilisateur sur le "paysage politique" car, tant que le tribunal constitutionnel fédéral n'a pas déclaré un parti inconstitutionnel, celui-ci est considéré comme constitutionnel et doit jouir de tous les droits et privilèges reconnus aux partis politiques dans l'ordre juridique.

La procédure à l'encontre des partis politiques peut être engagée par la Diète fédérale, le conseil fédéral ou le gouvernement fédéral seulement, ainsi que par le gouvernement d'un Etat dans le cas où un parti politique est seulement implanté sur le territoire de cet Etat (par. 43 al.1 et 2 de la loi sur le tribunal constitutionnel).

Cette procédure n'a été employée que deux fois dans les premières années d'existence de la République fédérale d'Allemagne (voir BVerfGE 2:1; 5,85). Le fait de réserver à la cour constitutionnelle le pouvoir de déclarer un parti politique inconstitutionnel présente l'avantage de prévenir tout abus en la matière de la part du pouvoir exécutif et de son administration.

IX. Pouvoir de contrôler la formation des organes suprêmes de l'Etat en contrôlant les élections

X. Juridiction quant à la déchéance de droits constitutionnels spécifiques à l'encontre des individus

Une des originalités de la loi fondamentale allemande est l'article 18, aux termes duquel quiconque abuse de la liberté d'expression, notamment de la liberté de la presse, de la liberté de l'enseignement, de la liberté de réunion, de la liberté d'association, du secret de la correspondance, de la poste et des télécommunications, de la propriété ou du droit d'asile pour lutter contre l'ordre fondamental libre et démocratique est déchu de ces droits, le tribunal constitutionnel fédéral ayant la compétence exclusive de prononcer la déchéance des droits et d'en fixer l'étendue.

Cette procédure n'a eu qu'une faible portée pratique: le tribunal constitutionnel fédéral n'a été saisi à ce sujet dans le passé que de deux affaires, dans lesquelles la déchéance n'a pas été prononcée. Il n'en reste pas moins que l'article 18 est considéré comme l'un des éléments qui donnent à la loi fondamentale son caractère de bastion de la démocratie. L'énumération des droits dont un citoyen peut être privé, qui est faite à l'article 18, a été critiquée par la doctrine et considérée comme un échec. A l'évidence, en 1949 les rédacteurs de la loi fondamentale, tirant les leçons de l'expérience de la république de Weimar et du régime totalitaire qui a existé de 1933 à 1945, ont voulu éviter toute atteinte aux droits et libertés fondamentaux de la loi fondamentale et empêcher que la garantie de ces droits ne soit détournée de sa finalité et utilisée pour renverser l'ordre fondamentale démocratique en se prévalant des droits constitutionnels.

On peut penser qu'il est bon de confier exclusivement le pouvoir de prononcer la déchéance des droits constitutionnels au tribunal constitutionnel étant donné que d'autres pouvoirs pourraient plus facilement être tentés d'utiliser arbitrairement cette procédure pour faire taire les adversaires politiques.

On peut envisager de remplacer ce système par l'introduction d'une clause interprétative visant à éviter toute perversion ou tout usage dévoyé des droits et libertés constitutionnels.

C. PROBLEMES RELATIFS AUX REGLES DE PROCEDURE DES COURS CONSTITUTIONNELLES

L'élaboration d'un système de règles de procédure pour les cours constitutionnelles ne peut se faire dans l'abstrait puisque ces règles doivent former un ensemble cohérent de normes, adapté aux besoins particuliers des recours devant la cour, en fonction du type de juridiction constitutionnelle choisie. Les différentes règles doivent en tout cas ne pas se contredire. A cette fin, il est nécessaire de définir d'abord le type des procédures accueillies par la cour et de fixer des règles impératives comme le ferait le législateur. Le présent rapport ne pouvant présenter un ensemble de règles de procédure universellement appropriées et valables, le rapporteur se bornera à mettre l'accent sur un certain nombre (limité) de problèmes de procédure en relation avec la compétence exercée par les cours constitutionnelles (certains de ces problèmes ont d'ailleurs déjà été évoqués).

1. Il va sans dire que la compétence constitutionnelle ne peut être exercée que dans le cadre d'un règlement intérieur. Cette exigence satisfait à la notion de sécurité de l'ordre juridique, mais constitue aussi une garantie d'une égale protection des lois, principe fondamental de la justice inhérent à toute constitution démocratique qui tend à assurer la prééminence du droit.

Posséder le pouvoir et la capacité d'établir le règlement veut dire avoir une influence capitale sur l'exercice concret de la juridiction constitutionnelle. La question de savoir qui conçoit les règles revêt donc une grande importance.

Outre que l'inclusion des règles de procédure dans la constitution risque de surcharger la loi fondamentale de détails, ces règles devront peut-être subir des modifications, et la plupart des constitutions ne sont révisables que par une procédure spéciale et compliquée.

Une solution plus commode est de confier au parlement (fédéral le cas échéant) le soin d'établir le règlement intérieur. Cela permet une plus grande souplesse dans les règles et en même temps accorde au parlement une influence considérable en ce qui concerne le fonctionnement et les méthodes de travail de la cour constitutionnelle. Le système retenu en Hongrie est remarquable: selon l'article 29 de la loi n° XXXII de 1989, le parlement établit les règles de procédure sur la suggestion de la cour constitutionnelle.

Il existe une troisième possibilité: elle consiste à donner à la cour le pouvoir de créer et de modifier elle-même son règlement.

2. Même dans la troisième hypothèse, il est utile d'inscrire dans la constitution certaines des caractéristiques principales des modalités

d'établissement et de modification du règlement. En plus d'indiquer les sujets les plus importants qui relèvent de la juridiction de la cour, la constitution devrait aussi dire qui a qualité pour former un recours (et sur certains points qui a qualité pour être défendeur) dans les différents types d'action. La question de l'accès à la cour constitutionnelle est l'une des plus fondamentales du problème de la juridiction constitutionnelle. La question de la répartition des affaires du rôle entre ses possibles formations peut être laissée à l'appréciation autonome de la cour.

3. Si la juridiction constitutionnelle a pour but d'assurer le plus possible la conformité des textes de droit au droit constitutionnel, la cour constitutionnelle devrait avoir l'obligation d'admettre toutes les affaires qui lui sont présentées régulièrement. C'est seulement pour empêcher qu'elle soit surchargée de travail qu'il est possible d'envisager que, s'agissant des recours constitutionnels introduits par des particuliers, la cour ait le pouvoir discrétionnaire de rejeter une demande.

4. En ce qui concerne le pouvoir d'investigation de la Cour, le pouvoir d'examiner d'office les faits d'une affaire doit être la règle.

En effet si, lors de l'examen d'une affaire, la cour constitutionnelle est seulement habilitée à prendre en compte les éléments expressément allégués comme inconstitutionnels et les preuves produites par les parties, elle ne verra l'affaire qu'"à travers les yeux des parties". Pour que la cour constitutionnelle ait plus de pouvoir, il faut qu'elle soit en mesure d'examiner une affaire en ce qui concerne les faits et le droit. Donner à la cour le pouvoir d'enquêter sur les faits de l'affaire renforcera l'autorité de la cour et la libérera de sa dépendance vis-à-vis des éléments d'information fournis par les parties. L'issue d'un contentieux constitutionnel peut dépendre des faits de l'affaire.

Cela ne veut pas dire que la cour constitutionnelle ne sera pas autorisée à s'appuyer sur les constatations des autres tribunaux si elle juge celles-ci pertinentes; mais elle ne doit pas être empêchée ou restreinte si elle souhaite mener sa propre enquête afin de déceler d'éventuelles déclarations fallacieuses sur les faits des organes administratifs ou judiciaires.

La cour devrait se voir reconnaître le même pouvoir en ce qui concerne les "faits législatifs". Le point de savoir si elle peut adopter une appréciation des faits différente de celle du législateur est une autre question. Dans ce domaine, la cour devra respecter la prérogative du législateur dans les limites d'une appréciation arbitraire. La jurisprudence de la cour suprême des Etats-Unis et des cours constitutionnelles européennes montre que ces cours ont pris grand soin de respecter la prérogative du législateur d'apprécier les faits législatifs (en particulier dans la sphère des affaires étrangères).

5. Rien ne semble exiger impérativement que les parties soient représentées par un avocat à tous les stades de la procédure car l'on peut compter que la cour respectera les droits procéduraux et matériels des parties en cause. En revanche, il semblerait souhaitable que les parties soient représentées par leur avocat à l'audience à des fins de rationalisation.

6. Pour favoriser l'établissement des faits mais aussi pour faire bénéficier la cour d'une large variété d'analyses et d'opinions sur les intérêts constitutionnellement protégés qui sont en cause dans une procédure, la cour ne doit pas seulement entendre tous les individus et toutes les autorités qu'intéresse la procédure; elle doit aussi pouvoir inviter toute institution ou personne qui, à son avis, pourrait contribuer à favoriser l'analyse juridique à présenter des observations ou à faire des déclarations à l'audience. Ceux dont les droits ou les pouvoirs peuvent être touchés par l'arrêt devraient avoir la possibilité de présenter des observations en tant que amicus curiae ou d'intervenir d'une autre manière pour faire part de leurs intérêts. A cette fin, il serait bon d'instaurer une phase préliminaire de la procédure au cours de laquelle les parties et les autres participants présenteraient par écrit leur opinion concernant l'affaire.

7. Les audiences doivent être obligatoires dans toutes les procédures où il est important aux fins de l'arrêt et de ses conséquences que la cour recueille une large gamme d'avis, en particulier dans les litiges qui opposent les organes suprêmes des Etats, les litiges fédéraux et quasi-fédéraux, les procédures de contrôle abstrait des normes sur recours des requérants publics, les procédures de mise en accusation, les procédures (éventuelles) visant à déclarer les partis politiques inconstitutionnels et la procédure de déchéance des droits fondamentaux; dans les autres types de procédure, les audiences peuvent être facultatives, c'est-à-dire n'avoir lieu que si la cour le juge utile dans l'intérêt de la procédure.

Afin de que les participants à un contentieux constitutionnel puissent faire valoir valablement leur cause devant la cour, soit au cours d'une audience soit par un mémoire écrit, il convient qu'au moins les parties (au sens strict du terme) et l'initiateur d'une procédure non accusatoire aient accès à tous les documents présentés à la cour et au dossier de l'affaire.

8. Dans certains cas, une procédure sommaire quant à la recevabilité est opportune pour permettre que les décisions soient rendues rapidement, ce qui est surtout utile lorsque le nombre d'affaires présentées est important, par exemple lorsqu'il s'agit des recours constitutionnels formés par des particuliers (Voir ce qui a été dit sur le recours constitutionnel).

9. Quand est-il interdit à un juge de voter? Quand considère-t-on qu'un juge est partial? Une partie peut-elle récuser un juge lorsqu'elle a des raisons de craindre sa partialité ou son manque d'impartialité?

Aux termes du par. 18 al. 1 de la loi sur le tribunal constitutionnel fédéral de la République fédérale d'Allemagne, un juge n'est pas autorisé par la loi à participer à une affaire s'il est ou a été mêlé à l'affaire en cause, s'il est allié à l'un des participants ou s'il a exercé une fonction officielle ou professionnelle dans le cadre de l'affaire (par ex., en qualité de juge, d'avocat, ou de fonctionnaire dans l'administration; toutefois cette disposition ne s'applique pas à la participation des juges à la procédure de législation¹⁸ ni à l'expression d'une opinion scientifique sur une question de droit pertinente dans l'espèce, voir par. 18 al. 3). Un juge peut être récusé (mais ce n'est pas la loi qui interdit qu'il exerce sa fonction) si une partie à l'espèce peut donner une raison objectivement justifiée apte à faire douter de son impartialité, la preuve de la partialité n'étant pas exigée (voir par. 19 al. 1). Le délai de récusation du juge s'achève au début de l'audience de l'affaire (voir par. 19 al. 3)¹⁹.

Qui doit décider dans ce domaine? (Le mieux serait sans doute que les décisions en la matière soient prises par les autres juges, sous réserve qu'ils satisfassent au quorum, ou par une autre formation de la cour).

10. Certains types de questions doivent-elles être tranchées par une majorité déterminée de juges? (Selon le par. 15 al. 3 de la loi allemande sur le tribunal constitutionnel, les décisions sont prises à la majorité; les décisions d'une nature particulière - sur la déchéance des droits fondamentaux, l'inconstitutionnalité des partis politiques et la destitution du président fédéral ou la révocation des juges fédéraux ou des Etat - son prises à la majorité des deux tiers.)

11. Comment procéder en cas d'égalité de suffrages? En Italie, Espagne, Portugal, Suisse et France, le président (en exercice) de la cour constitutionnelle a voix prépondérante; la loi sur le tribunal constitutionnel fédéral allemand dispose, en son par. 15 al. 3, que dans ce cas il ne peut y avoir de déclaration d'inconstitutionnalité.

12. Faut-il, pour favoriser les débats de doctrine et rendre les discussions entre les juges plus transparentes, admettre les opinions séparées ou bien la cour constitutionnelle doit-elle parler d'une seule voix pour donner plus d'autorité à sa décision?

Il semble que cette question dépende des possibilités pratiques, la réponse étant sujette à un pronostic: les deux formules peuvent avoir un effet stabilisateur sur la constitution en tant que "droit en action" et sur la perception de la constitution par le public: si la cour parle d'une voix, l'on

dispose de déclarations claires sur les questions de droit constitutionnel²⁰ et l'unanimité de la décision peut renforcer l'autorité de la cour. En revanche, la possibilité pour les membres de publier des opinions séparées montre la richesse de la pensée et de l'argumentation juridiques, ce qui peut être considéré (d'un point de vue politique, et non juridique) comme une caractéristique démocratique de la juridiction constitutionnelle et enrichit aussi les débats de doctrine sur les questions de droit constitutionnel, tout en révélant les différentes approches dans le raisonnement.

13. Le recours doit-il avoir un effet suspensif quant à l'acte incriminé? De manière particulièrement urgente dans la procédure du contrôle constitutionnel, la question se pose de savoir si l'engagement de la procédure doit automatiquement avoir un effet suspensif quant à l'acte contesté, de sorte que cet acte ne sera plus applicable tant que l'affaire sera pendante.

En règle générale, les procédures constitutionnelles n'ont pas un effet suspensif, sauf dans le domaine du contrôle préventif des normes. Certaines cours constitutionnelles ont le pouvoir d'ordonner la suspension provisoire de l'acte contesté (voir par ex. la loi allemande sur le tribunal constitutionnel, par. 32, dans tous les types de procédures, même s'agissant du contrôle abstrait d'un acte législatif; lorsque l'affaire est pendante, la cour peut même agir d'office (motu proprio) et non seulement sur demande). Comme on l'a vu plus haut, un tel système souple semble opportun.

La possibilité de prendre des mesures interlocutoires permet d'améliorer l'efficacité de la juridiction constitutionnelle en ce que la cour constitutionnelle peut éviter que sa décision soit dépassée par le cours des événements.

14. Alors que dans la plupart des Etats, les procédures constitutionnelles sont gratuites, en République fédérale d'Allemagne le tribunal constitutionnel fédéral peut faire payer à un requérant dont il a rejeté le recours dans une procédure préliminaire ou a limine une somme qui peut s'élever à 5000 DM maximum si le tribunal estime qu'il y a eu abus de la procédure du recours constitutionnel (par. 34 al. 2 à 4 de la loi sur le tribunal constitutionnel). Toutefois, il y a lieu d'être vigilant pour que cette disposition ne serve pas à empêcher de facto les requérants d'avoir accès au tribunal et n'ait pas un effet inhibiteur.

15. Types de décisions

Alors que certains arrêts sont purement déclaratoires (c'est en général le cas des arrêts relatifs à des litiges entre les organes suprêmes de l'Etat ou entre la fédération et un Etat fédéré ou encore entre les organes suprêmes entre les Etats membres d'une fédération), les arrêts qui déclarent un texte

législatif nul et non avenu peuvent être considérés soit comme déclaratoires soit comme constitutifs, selon la théorie appliquée aux actes législatifs inconstitutionnels - effet ex tunc ou ex nunc -). Un arrêt relatif à un recours constitutionnel ou à un recours analogue contre un acte concret autre qu'une norme entraîne normalement l'annulation de l'acte. Si la cour conclut que l'omission d'un organe suprême de l'Etat viole la constitution, son arrêt peut équivaloir à un mandamus.

16. Effets inter partes, erga omnes et quasi-législatifs des arrêts.

Les effets des arrêts varient selon l'objet et la nature des procédures:

a. Les arrêts relatifs à des conflits de compétence tendent à être déclaratoires. Ils doivent donc tout d'abord avoir des effets inter partes. (A la connaissance du rapporteur, dans tous les systèmes juridiques, le principe de res iudicata inter partes a pour effet que toutes les autorités publiques et les juridictions sont liées par l'arrêt, c'est-à-dire qu'elles doivent respecter le fait que, pour ce qui concerne les relations entre les parties, la question soulevée a été tranchée au fond).

Il peut néanmoins être judicieux d'autoriser la cour à se prononcer avec autorité sur une question autre que le strict point en litige si cette question est pertinente (préjudicielle) à la question soulevée, ce qui présente l'avantage que ladite question ne sera plus soumise à l'examen de la cour dans une autre procédure.

Il est aussi possible de prévoir que les arrêts relatifs aux conflits de compétence aient l'autorité de la chose jugée plus largement que inter partes, afin d'éviter que la même question soit à nouveau portée devant la cour (par. 31 de la loi allemande sur le tribunal constitutionnel, qui reconnaît notamment une force obligatoire aux arrêts rendus sur des questions de droit dans lesquels la cour se détache des faits particuliers de l'affaire).

b. Les arrêts sur recours constitutionnels qui annulent un acte s'appliquent en premier lieu inter partes; toutefois s'il est constaté incidenter qu'un texte de loi porte atteinte à un droit constitutionnel, il peut être opportun soit de donner à la décision un effet quasi-législatif soit qu'une procédure spéciale soit engagée automatiquement afin que la loi soit déclarée inconstitutionnelle avec effet erga omnes (voir article 40 al. 1 et article 38 al. 1 de la constitution espagnole; la question doit être déférée à l'assemblée plénière de la cour). Comme on l'a vu, ce mécanisme décourage l'engagement d'autres recours constitutionnels contre des textes qui exécutent ou appliquent la même loi et écarte une application ultérieure de la loi et donc d'autres atteintes éventuelles aux droits constitutionnels individuels.

c. Dans les procédures de contrôle préventif des textes de loi, les arrêts peuvent s'imposer à tous les organes de l'Etat (voir par ex. article 62 al. 2 de la constitution française).

d. Le contrôle concret (collatéral) des lois doit entraîner, si la loi contestée est déclarée inconstitutionnelle, la nullité de la norme erga omnes, tout comme dans le cas du contrôle dans l'abstrait d'une loi promulguée.

Selon ces procédures, un arrêt tenant la loi pour constitutionnelle ne doit avoir un effet contraignant erga omnes que si la constitutionnalité a été affirmée positivement. Si une demande de contrôle concret ou abstrait d'une norme est rejetée (au fond), l'effet légal de l'arrêt de la cour doit dépendre de la portée de l'examen:

d.1 si la cour examine seulement les motifs d'inconstitutionnalité allégués par le requérant et les rejette, la loi peut malgré tout être inconstitutionnelle pour des motifs autres que ceux examinés. Dans ce cas, la loi ne doit pas être déclarée constitutionnelle, et l'arrêt doit seulement rejeter le recours.

d.2 si la cour procède à un examen complet de la loi et constate que la loi est constitutionnelle, elle doit rejeter le recours et peut, dans le contenu de sa décision, déclarer la loi constitutionnelle; cette partie de la décision sera applicable erga omnes.

e. L'annulation des lois inconstitutionnelles peut dans certaines circonstances être inappropriée. Ainsi, dans certains cas (portant par exemple sur une question fiscale), le tribunal constitutionnel fédéral allemand s'est abstenu de déclarer une loi nulle et non avenue et s'est bornée à la déclarer inconstitutionnelle et non conforme à la constitution afin de ne pas créer une situation d'incertitude née du "vide juridique". Dans ce type de circonstances, il peut être bon d'accorder à la cour le pouvoir de fixer une date ultérieure à partir de laquelle ladite loi ne sera plus en vigueur (voir en Autriche et en Turquie), cela pour donner le temps au législateur de combler le vide législatif.

17. Effets ex nunc ou ex tunc des arrêts et leurs conséquences

Si un texte de loi inconstitutionnel est considéré comme nul et non avenue à partir de la date de sa promulgation, c'est-à-dire ex tunc, l'arrêt de la cour qui constate l'inconstitutionnalité est "déclaratoire". Il produit néanmoins des effets ex tunc (pro futuro): tous les textes qui se fondent juridiquement sur la loi inconstitutionnelle seront dépourvus de base légale. Une décision doit être prise sur le statut de ces textes. Les décisions des tribunaux ou des autorités administratives qui sont fondées sur une loi inconstitutionnelle peuvent être considérées comme incontestable en application du principe de l'autorité de la chose jugée (et du principe

correspondant en droit administratif), mais il semble plus approprié de les rendre inapplicables ex tunc. En ce qui concerne les jugements (définitifs) en matière pénale, il y a lieu de prévoir la possibilité de déclencher la révision d'une affaire.

18. Un des problèmes généraux concernant les effets des arrêts de la cour constitutionnelle porte sur le point de savoir si le caractère contraignant des arrêts doit être attribué à la décision proprement dite ou si le raisonnement principal (ratio decidendi) doit aussi être respecté, au moins par l'interprétation de la teneur de l'arrêt à la lumière des rationes decidendi (ce qui d'ailleurs peut se révéler impossible s'il existe une pluralité d'opinions dont aucune ne réunit la majorité).

19. Un autre aspect à ne pas négliger est celui de savoir comment assurer l'application des arrêts des cours constitutionnelles qui ne sont pas seulement déclaratoires. La cour peut être habilitée par la loi à déterminer elle-même les modalités d'application si les formes normales d'application fixées par le droit procédural général se révèlent inadaptées à un cas particulier.

D. ORGANISATION DE LA JURIDICTION CONSTITUTIONNELLE **QUELQUES ELEMENTS A CONSIDERER**

Il y a lieu de suivre deux directives en la matière:

- L'indépendance des juges de la cour constitutionnelle doit être garantie.
- La cour constitutionnelle a besoin d'une structure efficace pour bien fonctionner.

1. Vu l'importance de la juridiction constitutionnelle et sa portée possible, le rapporteur est partisan d'une cour permanente plutôt que d'un tribunal ad hoc dans le cas des recours constitutionnels (voir, dans une certaine mesure, en Grèce, article 100 al. 2 de la constitution grecque).

2. Le nombre des juges (membres) des cours constitutionnelles varient en Europe occidentale entre 9 et 16 (France: 9; Grèce: 12; Belgique: 12; Espagne; 12 Portugal; 13 Autriche: 14; Italie : 15, République fédérale d'Allemagne: 16). Si le nombre des juges est fixé par la constitution, l'adaptation de la composition de la cour à l'accroissement de la charge de travail sera plus difficile. C'est seulement dans le cas où l'on juge utile de prévenir les tentatives possible de manipulations politiques (comme la tentative de F. D. Roosevelt pendant la période du New Deal) qu'il y a lieu d'inscrire le nombre de juges dans la constitution. Sinon la détermination du nombre peut se faire par le moyen plus souple d'une loi (fédérale).

3. Les juges doivent-ils siéger pour chaque affaire en tant qu'assemblée plénière ou faut-il mettre en place deux ou plusieurs formations restreintes (chambres, commissions, "sénats")? Si cette deuxième formule est apte à accroître la capacité de la cour, elle présente le risque non négligeables que se développent (de manière visible ou invisible) des courants divergents de jurisprudence qui affaibliront l'autorité de la cour. S'il existe plusieurs chambres, il faut fixer la manière dont les affaires du rôle seront réparties et prévoir le mécanisme à mettre en oeuvre en cas de conflit de compétence entre les chambres.

Si une chambre décide de s'écarter de la jurisprudence d'une autre chambre, l'affaire doit être soumise à la cour en formation plénière.

On peut aussi prévoir la possibilité que les chambres défèrent à l'assemblée plénière les affaires importantes.

Pour éviter que la cour ne soit "noyée" par le flux des affaires, on peut utilement envisager d'attribuer à de petites commissions (de trois juges par exemple) le soin de décider à l'unanimité de la non-recevabilité des recours constitutionnels formés par les particuliers.

4. La question de la désignation des juges est plus délicate. Déjà le choix de qui peut proposer des candidats en vue de l'élection ou de la désignation est d'une importance capitale.

Dans tous les pays d'Europe de l'Ouest sauf en Grèce, les parlements participent à la procédure de désignation.

- Dans certains pays, c'est seulement le parlement (central/fédéral) qui élit les juges (Suisse, Belgique).

- En Autriche, sur quatorze juges et six suppléants, le président de la cour, le vice-président, six juges et trois suppléants sont nommés sur proposition du gouvernement fédéral, trois juges et deux suppléants sur proposition du Nationalrat, trois juges et un suppléant sur proposition du Bundesrat.

- En Italie, sur quinze membres de la cour constitutionnelle, cinq sont élus par le parlement, cinq sont choisis par le pouvoir judiciaire parmi les juges des juridictions supérieures et cinq sont nommés par le président de la république.

- En Espagne, quatre de douze juges sont élus par chacune des deux chambres du parlement, deux sont nommés sur proposition du gouvernement et deux sur proposition du conseil général du pouvoir judiciaire.

- En France, le conseil constitutionnel se compose de neuf membres dont trois sont nommés par le président de la République, trois par le président du Sénat, trois par le président de l'Assemblée nationale, et des anciens présidents de la république qui sont membres de droit.
- En République fédérale d'Allemagne, selon le par. 5 et s. de la loi sur le tribunal constitutionnel, une moitié des juges est élue par la Diète fédérale et l'autre moitié par le conseil fédéral, dans lequel les Etats de la fédération sont représentés par les membres de leur gouvernement.

Si les membres de la cour constitutionnelle sont élus, ils doivent l'être à une majorité qualifiée (ce qui, en règle générale, oblige les partis politiques à trouver un consensus; la conséquence en est un marchandage sur le choix des candidats mais aussi une forte légitimité des candidats élus).

Dans le choix d'un mode de nomination, l'influence possible des différents organes de l'Etat qui prennent part à la décision et des forces politiques doit être estimée et prise en compte.

Les candidats doivent-ils être entendus par un organe parlementaire, comme c'est le cas aux Etats-Unis? Bien que cette procédure sensibilise le grand public aux processus et aux critères de nomination, elle expose les candidats aux projecteurs de mass media, ce qui - et il faut le dire sans nier la grande importance de la liberté de la presse et de la radiodiffusion dans une démocratie pluraliste - comporte le risque que les médias "fouillent" dans la vie privée des candidats en quête d'"informations" à sensation, quitte à ne pas respecter la présomption d'innocence pour faire des révélations s'ils "flairent" une bonne affaire, surtout à l'odeur du scandale.

5. Les critères d'éligibilité des juges doivent être fixés avec soin afin de donner aux membres de la cour constitutionnelle la plus grande indépendance possible par rapport à ceux qui les ont élus mais aussi de leur permettre d'échapper aux diverses influences qui nuisent à leur impartialité et au fiat qu'ils ne doivent être soumis qu'au droit. Les aspects à prendre en compte sont les suivants:

- Quelles qualifications professionnelles doit-on exiger? Les juges doivent-ils être des juristes? Une partie d'entre eux doit-elle être choisie parmi les juges des cours suprêmes de l'Etat (ce qui serait au moins la garantie d'une excellente connaissance des techniques judiciaires)?
- A cet égard, un problème peut se poser dans les Etats où, à la suite d'une révolution, une nouvelle constitution va voir le jour: si les juges et les juristes ont été des serviteurs fidèles du précédent régime, leur désignation

comme juges constitutionnels pour jouer le rôle de gardiens de la constitution peut apparaître contradictoire et susciter des sentiments de méfiance quant à leur impartialité et à leur loyauté vis-à-vis du nouveau régime.

- Doit-il y avoir une représentation proportionnelle des nationalités, des groupes linguistiques, des minorités ou des professions au sein de la cour en assemblée plénière ou en chambres? (voir par ex. article 31 de la loi belge sur la cour d'arbitrage).

- L'appartenance à un parti politique doit-elle être incompatible avec la fonction de juge? (En Hongrie, l'appartenance à un parti politique ainsi que l'exercice d'activités politiques en dehors de celles liées à la sphère de compétence de la cour constitutionnelle sont incompatibles avec le statut de juge constitutionnel.) Ou seule l'occupation d'un poste important devrait-elle être incompatible? Ou ne doit-on tenir aucun compte de l'appartenance à un parti politique?

Pour répondre à ces questions, il faut penser que, dans une société pluraliste, fondée sur les droits (de l'homme) constitutionnels tels que la liberté de parole, de conscience et de réunion, y compris le droit de fonder un parti politique et de s'affilier à un parti politique, il est légitime de permettre à toutes les personnes, y compris les juges constitutionnels, de jouir de ces libertés fondamentales. Néanmoins cela ne veut pas dire qu'il ne faut pas exiger des juges un certain degré de réserve dans l'exercice de ces droits afin de préserver leur impartialité et le respect des citoyens pour eux et leur charge.

- L'appartenance à d'autres organes suprêmes de l'Etat doit être incompatible avec la fonction de juge afin d'éviter les conflits d'intérêts.

- Les juges ne doivent pas être autorisés à exercer d'autres professions pendant la durée de leur mandat (toutefois l'enseignement à l'université peut ne pas être considéré comme une profession incompatible). Ils doivent avoir les moyens de concentrer leur énergie sur leurs fonctions judiciaires et ne pas être tentés d'écouter leurs ambitions professionnelles ou économiques personnelles.

6. Dans l'exercice de leurs fonctions, les juges ne doivent être soumis qu'à la constitution et au droit conforme à la constitution. Ils ne doivent donc pas en aucune manière être responsables devant le parlement, le gouvernement ou un ministre.

7. Aucune mesure disciplinaire même émanant des organes suprêmes de l'Etat ne doit pouvoir être prise à l'encontre des juges, cela afin d'éviter que la cour puisse être soumise directement ou indirectement à des

pressions indues. En particulier, serait nulle et non avenue toute directive tendant à influencer sur l'opinion juridique des juges ou leur vote dans une affaire.

Pour assurer l'impartialité des juges, il y a lieu de garantir que leurs décisions ne leur seront source d'aucun désagrément; ils doivent avoir des compensations.

Les juges ne doivent pas être suspendus ou révoqués contre leur propre gré sauf dans les cas où ils révèlent une incapacité objective à assumer leurs fonctions (par exemple en cas de maladie ou si apparaît un motif d'incompatibilité; des doutes quant à leurs connaissances ou leurs capacités dans le domaine juridique ne doivent pas suffire, cela pour éviter les risques de manipulations). Un juge peut néanmoins démissionner de sa propre initiative. Seule la cour constitutionnelle, et non d'autres organes de l'Etat, doit avoir le pouvoir de décider si, dans un cas concret, les conditions pour qu'un juge abandonne ses fonctions sont réunies.

La question se pose de savoir si la qualité de membre de la cour constitutionnelle doit conférer une immunité à l'égard de toute poursuite. Accorde une immunité garantit la liberté personnelle des juges et empêche qu'ils ne "sautent" à l'occasion d'une affaire en faisant, par exemple, l'objet d'une accusation erronée de délit pénal. Mais dans ce cas des règles de levée de l'immunité doivent être prévues; le pouvoir de décision en la matière doit appartenir à la seule cour constitutionnelle pour éviter les abus.

8. Les juges doivent-ils être nommés à vie ou pour une durée déterminée? Le système des mandats à vie (en vigueur à la cour suprême des Etats-Unis) comporte le risque d'un vieillissement excessif de la cour constitutionnelle; il est donc préférable que les juges soient désignés pour un nombre d'années déterminé. Si (pour renforcer l'indépendance des juges) la réélection est interdite, le mandat ne doit pas être trop court, pour préserver la continuité de la jurisprudence de la cour, ce qui est très important.

9. La question de la possibilité de soumettre les juges à une procédure de mise en accusation peut se révéler être le talon d'Achille de l'organisation de la cour constitutionnelle car elle peut mettre la cour au centre d'un débat politique féroce. Mais à l'inverse cette possibilité est un moyen de faire cesser un éventuel abus de pouvoir par un juge.

10. Les juges doivent percevoir un traitement suffisamment élevé pour résister aux tentatives de corruption; son montant doit être fixé à l'avance et ne pas être modifié au cours du mandat. L'octroi d'une pension de retraite aux juges qui ont exercé leurs fonctions pendant longtemps est aussi un moyen de protéger les juges des promesses alléchantes (quelquefois très subtiles) de gains financiers pour après leur retraite (ce qui est un risque

inhérent au système des mandats à durée déterminée, le risque étant d'autant plus grand que le mandat est court).

11. La cour doit dépendre le moins possible du pouvoir budgétaire du parlement, et encore moins des organes de l'exécutif, tels que le ministre de la justice ou celui des finances. Donc la cour constitutionnelle devrait élaborer elle-même son programme budgétaire, le parlement l'adoptant formellement, mais étant tenu d'accepter l'estimation des dépenses présentée par la cour. Il est très important dans la pratique que la cour gère elle-même son budget, indépendamment des interventions du pouvoir exécutif.

12. La cour constitutionnelle travaillera beaucoup plus efficacement si elle dispose d'un personnel qualifié en matière juridique. Les membres du personnel seront recrutés par les juges, dont ils doivent avoir l'entière confiance.

13. Les procédures techniques et administratives du fonctionnement de la cour doivent relever de la gestion de la seule cour, et échapper à toute directive extérieure. Le président (élu soit au moment de la désignation des juges soit par les membres de la cour de manière autonome) doit être le chef de la structure organisationnelle, tout en demeurant primus inter pares en tant que juge.

Les tâches administratives doivent être exécutées par les fonctionnaires de la cour constitutionnelle qui - pour satisfaire à l'exigence d'indépendance de la cour - devraient être responsables seulement devant le président de la cour, qui serait leur supérieur.

14. Combinaison des fonctions de cour constitutionnelle et de cour d'appel.

L'existence au sommet du système judiciaire d'une cour unique exerçant à la fois la juridiction d'appel et la juridiction constitutionnelle présente certains avantages:

- Si la juridiction constitutionnelle est nouvelle, l'Etat peut s'appuyer sur une structure existante, même si les précautions à prendre pour assurer l'indépendance des juges constitutionnels (voir plus haut) imposent généralement de changer au moins les règles de désignation des juges.
- Les frais d'établissement et de fonctionnement peut être abaissés.

Mais les inconvénients sont sérieux:

- Si elle n'est pas une cour constitutionnelle spéciale connaissant exclusivement des questions de droit constitutionnel, la cour ne sera pas

véritablement suprême mais apparaîtra plutôt comme un simple maillon du système judiciaire.

- La charge du contentieux que la cour aura à examiner en tant que cour d'appel freinera l'examen des recours traditionnels.
- Dans les pays très peuplés, les juges de la cour devront être très nombreux pour assumer de manière satisfaisant les juridictions d'appel et constitutionnelle.

Pour ces raisons il semble préférable de créer une cour constitutionnelle unique, dotée d'une compétence constitutionnelle exclusive, plutôt qu'une cour mixte exerçant à la fois les attributions d'une cour d'appel et d'une cour constitutionnelle.