

précis
DOMAT

DROIT PUBLIC

Dominique ROUSSEAU
Pierre-Yves GAHDOUN
Julien BONNET

DROIT DU CONTENTIEUX CONSTITUTIONNEL

11^e édition

Édition
entièrement
refondue

LGDJ une marque de
Lextenso

Domat droit public

Droit du contentieux constitutionnel

DOMINIQUE ROUSSEAU

Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne

PIERRE-YVES GAHDOUN

Professeur à l'Université de Montpellier

JULIEN BONNET

Professeur à l'Université de Montpellier

Préface de Georges Vedel †

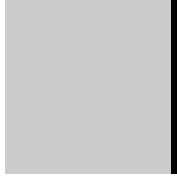
11^e édition (entièrement refondue)

LGDJ une marque de
Lextenso

Retrouvez tous nos titres
Defrénois - Gazette du Palais
Gualino - Joly - LGDJ
Montchrestien
sur notre site
@ www.lextenso-editions.fr



© 2016, LGDJ, Lextenso éditions
70, rue du Gouverneur Général Éboué
92131 Issy-les-Moulineaux Cedex
ISBN 978-2-275-04517-7
ISSN 0767-4309



SOMMAIRE

Préface de la deuxième édition	13
Introduction	17
PREMIÈRE PARTIE : LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL : L'INSTITUTION	27
Titre 1 : La naissance du Conseil constitutionnel	29
Chapitre I. L'histoire compliquée du Conseil constitutionnel	31
<i>Section I. La lente montée en puissance du Conseil constitutionnel ..</i>	<i>31</i>
§ 1. L'indécision du constituant originaire	31
§ 2. L'intervention décisive du constituant dérivé	38
<i>Section II. L'implantation réussie du Conseil constitutionnel</i>	<i>48</i>
§ 1. Une implantation discutée	48
§ 2. Une implantation consacrée	54
Chapitre II. La mutation juridictionnelle du Conseil constitutionnel ..	67
<i>Section I. Le Conseil, une juridiction constitutionnelle incomplète</i>	<i>67</i>
§ 1. La controverse doctrinale	67
§ 2. Une controverse récurrente : le mode de désignation des membres du Conseil	73
<i>Section II. Le Conseil, une Cour suprême du système juridictionnel ?</i>	<i>89</i>
§ 1. La juridictionnalisation de l'institution	89
§ 2. Le Conseil constitutionnel, Cour suprême en devenir	95

Titre 2 : L'accès au Conseil constitutionnel	109
Chapitre I. Un accès élargi dans le contentieux a priori	111
<i>Section I. L'élargissement des autorités de saisine</i>	111
§ 1. La qualité des saisissants	111
§ 2. L'avenir de la saisine	117
<i>Section II. L'élargissement des actes contrôlés</i>	120
§ 1. Le régime général des lois ordinaires	120
§ 2. Les régimes particuliers	138
§ 3. Les actes non contrôlés	150
Chapitre II. Un accès restreint dans le contentieux de la QPC	169
<i>Section I. Les conditions de recevabilité de la QPC</i>	169
§ 1. Les conditions externes de recevabilité	170
§ 2. Les conditions internes de recevabilité	178
<i>Section II. La décision de recevabilité de la QPC</i>	216
§ 1. Les délais de la décision	216
§ 2. La procédure contradictoire	217
§ 3. Le contenu de la décision	218
§ 4. La décision des Cours suprêmes	221
§ 5. Les recours contre la décision	222
Titre 3 : Les instruments du contrôle	229
Chapitre I. Les textes de référence	231
<i>Section I. L'étendue du bloc de constitutionnalité</i>	231
§ 1. Les textes inclus dans le bloc de constitutionnalité	231
§ 2. Les textes exclus du bloc de constitutionnalité	246
§ 3. La notion de « droits et libertés que la Constitution garantit » ..	257
<i>Section II. La question de la hiérarchie des textes de référence</i>	266
§ 1. L'absence de hiérarchie juridique pré-établie	266
§ 2. Une « mise en balance » concrète des principes constitutionnels	273
Chapitre II. Les techniques de contrôle	285
<i>Section I. Les cas d'ouverture</i>	285
§ 1. Le contrôle de la constitutionnalité « externe »	285
§ 2. Le contrôle de la constitutionnalité « interne »	293

<i>Section II. Les moyens de contrôle</i>	297
§ 1. L'interprétation normative	297
§ 2. Le contrôle de proportionnalité	305
Titre 4 : La décision du Conseil constitutionnel	319
Chapitre I. La procédure devant le Conseil constitutionnel	321
<i>Section I. La procédure dans le contentieux a priori</i>	321
§ 1. La procédure de saisine	321
§ 2. La procédure de jugement	328
<i>Section II. La procédure dans le contentieux a posteriori</i>	335
§ 1. L'application des règles du procès juste et équitable	335
§ 2. L'application des règles du tribunal neutre et impartial	344
Chapitre II. Les différentes décisions du conseil constitutionnel	349
<i>Section I. La forme des décisions</i>	349
§ 1. Les décisions « ordinaires »	349
§ 2. Les décisions « pratiques »	353
<i>Section II. La modulation des décisions</i>	354
§ 1. La question de la date de l'abrogation	356
§ 2. La question des effets de la loi abrogée	362
Chapitre III. L'autorité des décisions	369
<i>Section I. La portée des décisions</i>	369
§ 1. La portée enrichie de l'article 62 de la Constitution	369
§ 2. La portée renouvelée de l'article 62 de la Constitution	374
<i>Section II. L'effectivité des décisions</i>	380
§ 1. L'autorité à l'égard du pouvoir politique	380
§ 2. L'autorité à l'égard des juridictions	387
 DEUXIÈME PARTIE : LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL : LA JURISPRUDENCE	 407
Titre 1 : La jurisprudence relative à la représentation politique	409
Chapitre I. Le contrôle de la représentation politique	411
<i>Section I. La définition des principes de la représentation politique</i> ..	411
§ 1. Le principe démocratique	412

§ 2. Le principe de suffrage	440
Section II. Le contrôle des élections politiques nationales	463
§ 1. Le contrôle des élections parlementaires	463
§ 2. Le contrôle de l'élection présidentielle et du référendum	478
Chapitre II. Le contrôle de la séparation des pouvoirs	499
Section I. Le contrôle de la séparation horizontale des pouvoirs	499
§ 1. La séparation des pouvoirs entre les institutions politiques	500
§ 2. La séparation des pouvoirs entre les institutions politiques et juridictionnelles.....	545
Section II. Le contrôle de la séparation verticale des pouvoirs	563
§ 1. Les principes d'organisation de l'Hexagone	563
§ 2. Les principes d'organisation de l'outre-mer	580
Titre 2 : La jurisprudence relative à la garantie des droits	603
Chapitre I. Les droits et libertés classiques	605
Section I. Les libertés de la personne	605
§ 1. La dignité de la personne humaine	605
§ 2. La liberté personnelle et individuelle.....	609
§ 3. L'encadrement de la matière pénale et punitive.....	626
Section II. Les libertés de la pensée	640
§ 1. La liberté de conscience, d'opinion et le principe de laïcité	641
§ 2. La liberté d'expression et de communication	643
§ 3. Les libertés de l'action collective	648
§ 4. Liberté de l'enseignement et liberté universitaire	651
Section III. Le droit au juge	653
§ 1. Les garanties du recours juridictionnel	653
§ 2. Les garanties d'une procédure juste et équitable	660
Chapitre II. Les exigences constitutionnelles liées à la temporalité	669
Section I. La jurisprudence de la rétroactivité des lois	670
§ 1. Les sources constitutionnelles de la non-rétroactivité des lois ...	670
§ 2. La mise en œuvre de la non-rétroactivité	673
Section II. La jurisprudence de la survie de la loi ancienne	681
§ 1. Les contrats.....	681
§ 2. Les situations légalement acquises	692

Chapitre III. Les droits économiques, sociaux, et environnementaux .	699
Section I. Les droits économiques	699
§ 1. Le droit de propriété	699
§ 2. La liberté d’entreprendre	707
§ 3. La liberté contractuelle	711
Section II. Les droits sociaux	721
§ 1. Les droits des travailleurs	721
§ 2. Droit à la santé, droits de la famille, droit d’asile	736
Section III. Les droits environnementaux	741
§ 1. Le contrôle vigilant des droits procéduraux	742
§ 2. L’utilisation prudente des droits substantiels	745
Chapitre IV. Le principe d’égalité	755
Section I. La valeur constitutionnelle du principe d’égalité	755
§ 1. La force du principe d’égalité	755
§ 2. Les composantes du principe d’égalité	758
Section II. Le traitement jurisprudentiel du principe d’égalité	763
§ 1. Le contrôle des justifications des atteintes au principe d’égalité	763
§ 2. Les cas particuliers	773
§ 3. La portée du contrôle du principe d’égalité	778
TROISIÈME PARTIE : LE DROIT CONSTITUTIONNEL, UN DROIT CONNECTÉ	783
Chapitre I. La transformation de l’objet de la constitution : la société	785
Section I. La Constitution, forme classique de la représentation légitime du politique	785
§ 1. La mesure de la juridicisation de la politique	785
§ 2. La portée de la juridicisation de la politique	792
Section II. La constitution, forme nouvelle de la représentation de la société.	797
§ 1. La (re)découverte de l’article 16 de la Déclaration de 1789 : « toute société... »	797
§ 2. La (re)découverte de la figure médiatrice du juge constitutionnel	802

Chapitre II. La transformation de la notion de démocratie : la démocratie continue	809
<i>Section I. La Constitution, espace d'identité du peuple</i>	809
§ 1. La rupture de l'identification gouvernants-gouvernés	810
§ 2. La construction constitutionnelle du peuple	814
<i>Section II. Le Conseil constitutionnel, institution de la mesure démocratique</i>	820
§ 1. Les compréhensions positivistes et jus-naturalistes de la juridiction constitutionnelle	821
§ 2. La compréhension herméneutique de la juridiction constitutionnelle	828
Index alphabétique	845



AVANT-PROPOS

1990 : première édition de ce manuel. 2013 : dixième édition. 2016 : non pas une onzième édition mais une refonte du manuel. En trente ans, le droit du contentieux constitutionnel a profondément changé. Ajouter quelques décisions, en supprimer d'autres, modifier un paragraphe, substituer une référence ne pouvait suffire pour rendre compte de la mutation institutionnelle : le contrôle de constitutionnalité était *a priori*, il est maintenant aussi *a posteriori* ; l'institution était opaque, elle est aujourd'hui transparente avec ses séances de QPC publiques, enregistrées et retransmises sur le site du Conseil constitutionnel ; le contentieux constitutionnel était limité, il se déploie désormais en nombre et en force dans toutes les activités sociales ; le Conseil avait le monopole du contrôle de constitutionnalité, il doit dorénavant le partager avec les juges judiciaires et administratifs qui filtrent les questions prioritaires de constitutionnalité...

Pour raconter cette mutation, il fallait faire muter le manuel lui-même ! Et, pour accomplir cette refonte et ouvrir sur l'avenir, j'ai demandé le concours de deux professeurs reconnus de la nouvelle génération, Pierre-Yves Gahdoun et Julien Bonnet. Avec eux, j'assure déjà chaque année la chronique de jurisprudence constitutionnelle à la RDP (*Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*) et je les remercie sincèrement d'avoir accepté cette nouvelle collaboration.

Le droit du contentieux constitutionnel explore toutes les dimensions du savoir constitutionnel. La dimension institutionnelle puisque le Conseil constitutionnel est une institution – une juridiction – qui est en relation avec d'autres institutions. La dimension contentieuse puisque le Conseil constitutionnel produit des décisions qui ont l'autorité de la chose jugée. La dimension philosophique puisque le Conseil constitutionnel transforme la notion de constitution et redessine la configuration politique. C'est donc autour de ces trois dimensions que le manuel a été reconstruit.

Le doyen Georges Vedel m'avait fait l'honneur d'une préface pour la deuxième édition ; je l'ai gardé bien que... ou plutôt parce que le doyen s'amusait à discuter deux propositions qui me sont toujours chères : l'élection du président du Conseil constitutionnel par ses pairs et les opinions dissidentes !

Dominique Rousseau



PRÉFACE DE LA DEUXIÈME ÉDITION

Ce livre, lors de sa première édition, est né d'un coup d'audace réfléchi et réussi. Non seulement, depuis un quart de siècle, le Conseil constitutionnel a été le sujet de nombreux ouvrages, mais ceux-ci sont d'une remarquable qualité. Mettre ses pas dans les traces de François Luchaire, Louis Favoreu, Loïc Philip, Bruno Genevois, Léo Hamon, Bernard Poullain et d'autres était lourd de deux risques : ou bien le double emploi sans gloire ou bien la contradiction saugrenue. Tranquillement, Dominique Rousseau a survolé la difficulté de la seule manière qui soit possible : ne rien perdre de ce qui a été acquis ; proposer de nouveaux angles de vue ; enrichir le trésor commun des nouveautés engendrées par cette relecture. Et cette méthode nous donne un livre original, dense, impeccablement informé et que prolonge, au-delà du contentieux lui-même, une réflexion aiguë et neuve sur les mutations du droit constitutionnel et de la démocratie.

Le titre annonce, mais non totalement, le dessein de l'auteur. C'est le « droit du contentieux constitutionnel » qui va être étudié, tout comme René Chapus étudie le « droit du contentieux administratif ». L'accent est ainsi mis, comme dit René Chapus, sur les « structures » et les « procédures » juridictionnelles. Et, de fait, les deux premières parties de l'ouvrage réalisent ce projet avec une rigueur et un langage qui restituent au phénomène juridictionnel toute sa spécificité. Contrairement à ce qu'un profane pourrait croire, le droit procédural est, de toutes les branches du droit, celle qui comporte le plus d'exigences logiques. Sans doute, le parti initial, c'est-à-dire le choix du juge, de sa compétence, de ses pouvoirs, est-il libre et appartient-il au politique. Mais une fois posées ces prémisses, les exigences structurelles déroulent leurs conséquences logiques. Sorte de recours pour excès de pouvoir législatif, la saisine du Conseil constitutionnel oblige, en réponse, le Conseil constitutionnel à retrouver nombre des instruments d'analyse bien connus du juge administratif (les termes de référence, les ouvertures, les modes de censure, etc.). En revanche, d'autres traits du contentieux administratif ne se retrouvent pas ou sont pris à contre-pied : le saisissant ne limite pas, par l'énoncé de ce qu'il conteste, le champ du contrôle ouvert au juge ; le juge dispose d'un large pouvoir d'interprétation mais non celui de recourir à des principes généraux du droit qui ne seraient pas enracinés dans un texte ; l'irréfragabilité des lois ayant échappé à la

censure du juge constitutionnel est d'une autre force que l'« autorité de la chose décidée » des actes ayant échappé à la censure du juge administratif.

Pourtant, c'est bien plus loin que cette stricte conception du droit du contentieux constitutionnel que l'auteur nous entraîne. Au-delà du pur droit du contentieux, la troisième partie de son ouvrage nous présente deux exemples de politiques jurisprudentielles relatives l'une aux institutions de la République, l'autre à la représentation politique. Comme la quatrième partie fait une large place à la protection des droits et des libertés, on voit que le livre est prolongé, au-delà du droit procédural, par une analyse de fond.

Celle-ci était sans doute nécessaire pour amener la réflexion finale sur le « nouveau droit constitutionnel » et sur la « démocratie constitutionnelle ». À l'alternative entre un juge constitutionnel simple répartiteur des compétences respectives de la loi et de la Constitution et un juge constitutionnel gardien de valeurs et de droits transcendant la Constitution elle-même, Dominique Rousseau oppose un tiers parti qui veut dépasser cette alternative. Le juge constitutionnel trouve sa place dans une nouvelle phase du développement démocratique. Par référence à la montée de l'État de droit et à l'émergence du juridique comme valeur sociale, il est avec le gouvernement et le Parlement, l'un des opérateurs dans le système concurrentiel de production démocratique de normes qui, justement, de cette concurrence tirent leur légitimité. Il y a là cinquante pages d'une rare qualité, remarquables à la fois par la précision et l'acuité critiques et par la vigueur de la construction. Elles ont en plus le mérite de renvoyer dos à dos les politistes qui nient la spécificité du juridique et les juristes qui croient à son immaculée conception.

L'usage veut qu'un préfacier ne se borne pas à l'éloge et je suis bien tenté de manquer à cet usage, faute de matière à critique sérieuse. Un regret pourtant : que l'auteur ne nous ait pas dit ce qui est, au moins à mes yeux, un des caractères les plus surprenants de l'institution qu'il étudie, à savoir que sa part d'irrationalité, sa rusticité, son empirisme ont été quelques-unes des causes, et non les moindres, de sa réussite.

Pour un pur cartésien, le Conseil constitutionnel est un être bizarre : il devrait être au-dessus de la mêlée et ses membres sont désignés par les grands acteurs du combat politique ; ils n'élisent même pas leur président ; on n'exige de ces juges aucune garantie de compétence juridique ; leurs travaux ne sont éclairés par aucune instruction contradictoire ; leurs décisions doivent intervenir dans des délais étrangement brefs ; prises à la majorité et dans le secret, elles étouffent la minorité qui n'y souscrit pas et qui ne peut ni s'exprimer ni se révéler ; et puis, comment travailler sans ces escouades de référendaires ou d'assistants qui font les maisons sérieuses ?

Felix culpa ! chante la liturgie catholique de Pâques pour louer la faute d'Adam qui ont valu à l'homme le Messie et la rédemption. Sur un mode mineur et au pluriel, le Conseil constitutionnel pourrait reprendre l'antienne. On connaît les effets « pervers ». Comment nommer les effets qui, contre toute attente, apportent des bienfaits nés de l'imperfection ?

Essayons un inventaire : le Président de la République et les présidents des assemblées apportent plus de soin et de décence à désigner des juges que ne feraient des partis politiques, plus d'ouverture d'esprit que des corporations. Si le

Conseil n'avait pas comporté des représentants de la classe politique, les légistes enchaînés par leur éducation au respect de la loi infaillible n'auraient pas su tous seuls la désacraliser et donc la contrôler. L'absence d'instruction organisée permet au Conseil une information sans frontières. L'apparente brièveté du temps imparti pour statuer oblige le Conseil tout à la fois à se préparer bien avant la saisine et à ne pas faire languir les citoyens pendant des années. Le secrétaire général et une petite équipe de juristes font aussi bien, et peut-être mieux, l'affaire qu'une nuée d'adjoints et à moindres frais...

Ce qui ne veut pas dire qu'il n'y ait rien à réformer ni à améliorer. Mais d'abord les choses sérieuses et, au premier plan, cette ouverture du Conseil constitutionnel contrôlée, que le jeu politicien a différée et, ensuite mais ensuite seulement, les aménagements que cette conquête de l'État de droit exigerait dans l'organisation et le fonctionnement de l'institution.

En tout cas, à qui voudrait porter malheur au Conseil j'offre deux recettes infaillibles :

La première serait de confier au Conseil l'élection de son président. Désigné de l'extérieur, le moindre manquement à l'impartialité lui ôterait aujourd'hui toute autorité. Mais s'il était élu autrement qu'à l'unanimité (ce qui ne se fait pas facilement), il deviendrait bon gré mal gré le chef d'une majorité. La convivialité, la confiance, le respect mutuel que j'ai vu régner au Conseil pendant neuf ans sous trois présidents de formations, de sensibilités et de tempéraments différents n'y gagneraient rien. Le Conseil n'a que faire de compétitions électorales, sinon pour en censurer les excès chez les autres.

L'autre recette, celle de l'admission des opinions dissidentes, serait encore plus foudroyante. Le premier effet, dans un pays qui n'en a pas la tradition, serait de présenter aux citoyens, au lieu d'une Cour de justice, un spectacle qui aurait sa place à la télévision entre le « Face à Face » et la « Roue de la Fortune ». Le deuxième serait de nous valoir des décisions et des opinions en forme de longues plaidoiries pour des procès entre membres du Conseil. Le troisième – et non le moindre – serait de priver le Conseil de la patiente élaboration du consensus qui préside à un grand nombre de ses décisions. Elle serait sacrifiée au désir sportif bien humain – et bien français – de signer de son nom l'exploit du jour.

Dans *Le bal du comte d'Orgel*, il était question d'une automobile si perfectionnée que, lorsqu'elle tombait en panne, il fallait des semaines pour la réparer. N'offense pas les dieux, ironiques et bienveillants, qui choisissent de malicieux paradoxes et de hasardeux illogismes pour nous donner une institution qui, comme le montre si bien Dominique Rousseau, renforce et rénove la démocratie.

Georges Vedel



INTRODUCTION

1 Hier, quelques pages, à la fin d'un manuel, suffisaient pour rendre compte, à côté du Conseil supérieur de la Magistrature et de la Haute Cour de Justice, du Conseil constitutionnel. Aujourd'hui, professeurs de droit public et privé, philosophes du droit, politistes, magistrats, avocats, ministres, députés, sénateurs, journalistes, chacun dans son domaine, commentent longuement les décisions du Conseil, cherchent dans le droit naturel ou le droit positif la justification de son existence, analysent les effets de ce nouvel acteur dans le jeu politique, puisent dans les principes constitutionnels de nouveaux moyens de jugement et de défense, étudient la jurisprudence constitutionnelle pour y trouver la voie d'une législation incontestable, apprécient les réactions politiques et « aident » l'opinion publique à se forger une image de son rôle.

À cette convergence d'intérêts pour le Conseil constitutionnel peut se mesurer, très simplement, la position éminente conquise, en soixante ans seulement, par cette institution dans le paysage juridique et politique français. Il est vrai qu'en peu de temps, une tradition, des habitudes de présentation, des classifications s'effondraient, obligeant chacun à repenser le système juridique et politique pour intégrer le jeu de ce nouvel acteur. Et quel acteur ! *Le Conseil constitutionnel est en effet une juridiction qui, par son contrôle de la conformité des lois à la Constitution, à la Déclaration de 1789, au Préambule de 1946, à la Charte de l'environnement et aux principes à valeur constitutionnelle fait de la Constitution un acte vivant inspirant l'ensemble du système juridique et politique, une charte jurisprudentielle constamment ouverte à la reconnaissance de nouveaux droits et libertés, et qui, par sa jurisprudence, est devenue, à côté de l'Exécutif et du Législatif, l'organe essentiel du régime politique d'énonciation de la volonté générale, des lois.*

Cette institution, longtemps refusée (a/) permet aujourd'hui à la France de participer au mouvement général en faveur de la justice constitutionnelle (b/) et d'entrer dans une nouvelle ère de son système politique (c/).

2 a/ Si l'institution est nouvelle – elle est née en 1958 avec la Constitution de la V^e République – l'idée d'un contrôle de la constitutionnalité des lois est cependant ancienne. 1789 est en effet trop souvent présenté comme le moment où se construit l'hostilité française au contrôle de constitutionnalité. Ce qui est refusé par principe,

en souvenir des Parlements de l'Ancien Régime qui, par le droit de remontrance, avaient progressivement acquis celui de faire échouer les réformes royales, c'est le contrôle juridictionnel : « les tribunaux, décide la loi des 16-24 août 1790, ne pourront ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du Corps Législatif sanctionnés par le Roi, à peine de forfaiture ». Mais que la loi ne puisse tout faire est clairement affirmé dès la Déclaration de 1789. « La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société », dispose l'article 5 ; « la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires », proclame l'article 8.

Et les révolutionnaires ont d'ailleurs cherché les formes possibles d'un contrôle non juridictionnel de l'activité législative. *L'attribution au Roi du droit de veto* fut ainsi présentée par Malouet comme le moyen de « garantir qu'une résolution des représentants est ou n'est pas l'expression de la volonté générale et de déclarer, par l'acquiescement royal, que les actes du Corps Législatif sont conformes aux principes de la Constitution »¹. *La séparation des pouvoirs* représentait aussi dans la pensée politique du XVIII^e siècle², « la plus forte garantie qui puisse exister de la rigoureuse observance de la Constitution »³, dans la mesure où elle était conçue comme un mécanisme mettant les pouvoirs en concurrence et provoquant en conséquence des stratégies de défense de leur espace respectif qui devaient avoir pour effet, par ce simple jeu d'opposition et de compétition, de conduire au respect de la Constitution. Ou encore, l'appel « à la vigilance des pères de famille, aux épouses et aux mères, à l'affection des jeunes citoyens, au courage de tous les Français »⁴, bref, *l'appel au peuple* à qui est confiée la garde de la Constitution et de son respect.

Plus tard, les constituants bonapartistes ont établi, en 1799 puis en 1852, un contrôle de la constitutionnalité des lois par un organe politique, le Sénat conservateur ; mais entièrement sous la dépendance politique de l'Empereur, il n'eut jamais la distance nécessaire pour apprécier la constitutionnalité des lois dont celui-ci avait l'initiative exclusive. L'échec de ces expériences napoléoniennes, s'il disqualifie le système d'un contrôle par un organe politique, a aussi rejailli sur le principe même d'un contrôle. Chaque fois qu'un mécanisme quelconque de contrôle était proposé, le souvenir de la faillite des Sénats impériaux était invoqué pour faire condamner l'initiative. C'est tout naturellement que la Charte de 1814 et les lois constitutionnelles de 1875 qui succèdent, respectivement aux constitutions du premier et du second Empire, n'organisent, en réaction, aucun contrôle de constitutionnalité. Et en 1958 encore, la création du Conseil constitutionnel est, pour certains auteurs, la preuve du caractère bonapartiste et anti-parlementaire de la Constitution de la V^e République, et sa composition l'assurance qu'il se comportera en serviteur docile des volontés du Président de la République⁵.

■ 1. MALOUEY, *Arch. parl.*, t. VIII, p. 536.

■ 2. M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, LGDJ, 1973.

■ 3. LOUVET DE LA SOMME, *Moniteur*, 17 août 1795, p. 1329.

■ 4. Constitution du 3 septembre 1791, dernier article.

■ 5. « Le Conseil constitutionnel, écrit FRANÇOIS MITTERRAND, n'a jamais eu d'autre utilité que de servir de garçon de courses au général de Gaulle, chaque fois que ce dernier a cru bon de l'employer à cet usage », *Le coup d'État permanent*, Plon, 1964, p. 140.

3 Impuissance des formes non institutionnelles, faillite de la forme politique, à la fin du XIX^e siècle les hommes politiques et la doctrine commencent, avec prudence, à reconsidérer la tradition d'hostilité léguée par la Révolution à l'égard d'un contrôle juridictionnel des lois. Ainsi, sans remettre en cause cette « tradition », la III^e République voit se développer un puissant mouvement en faveur de l'établissement d'un véritable contrôle de la constitutionnalité des lois⁶ qui échouera avant de connaître un début timide de réalisation dans la Constitution du 27 octobre 1946. La IV^e République crée en effet un Comité constitutionnel composé de dix membres élus, dont sept par l'Assemblée nationale et trois par le Conseil de la République, choisis selon le principe de la représentation proportionnelle des groupes parlementaires, en dehors des membres des assemblées, et de trois membres de droit, le Président de la République et les Présidents des deux assemblées. Son rôle est, sur saisine conjointe du Chef de l'État et du Président du Sénat, d'inviter les deux chambres à se mettre d'accord pour rendre elles-mêmes la loi conforme à la Constitution et, en cas d'impossibilité... à réviser la Constitution pour la rendre conforme à la loi ! Pour limitée que soit la compétence du Comité aux seules dispositions relatives à l'organisation des pouvoirs publics, et pour inexistant qu'ait été son rôle⁷, la création et l'existence du Comité constitutionnel sous la IV^e République eurent au moins un effet, celui de servir de précédent justificateur lorsque fut discutée en 1958 la création du Conseil constitutionnel : « la nécessité d'un organisme impartial, chargé de veiller à l'application de la Constitution avait été déjà ressentie, lit-on dans l'exposé des motifs de l'avant-projet du 29 juillet 1958, par les constituants de 1946 qui avaient créé le Comité constitutionnel, le présent titre vise à accroître les attributions de cet organisme qui reçoit l'appellation de Conseil constitutionnel »⁸.

Au terme de ce rapide rappel historique, il résulte que, si le Conseil constitutionnel s'inscrit bien en rupture avec la pratique politique française depuis deux siècles – élément de discontinuité –, il réalise cependant – élément de continuité – l'idée présente dès 1789 que la loi ne peut tout faire, qu'elle est subordonnée à la Constitution. Et le succès du projet étendant aux justiciables le droit de contester la

■ 6. 1873, 1894, 1901, 1903, 1907, 1909, 1911, 1924... sont quelques-uns des moments forts de ce débat auquel l'opinion est associée lorsque le grand quotidien *Le temps* publie en novembre et décembre 1925, des articles de BERTHÉLÉMY, DUGUIT, MESTRE, ROLLAND et HAURIUO. Les thèses sur ce sujet se multiplient également ; LEBLANC, *Du pouvoir des tribunaux d'apprécier, en France, la constitutionnalité des lois*, Thèse, Paris, 1924 ; BLONDEL, *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois*, 1928 ; DESFOUGÈRES, *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois*, 1913... Voir aussi, à la même période les nombreux articles à la RDP et à la RPP. Par ex. : Paul DUEZ, « Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France », *Mélanges Hauriou*, 1929, p. 211. En 1925, M. BERTHÉLÉMY, doyen de la Faculté de Droit de Paris, retraçant l'histoire récente de ce courant, cite, comme des victoires, les noms et titres de ses collègues qui se sont séparés de « l'erreur » de l'ancienne école : BEUDANT, ancien doyen de la Faculté de Droit de Strasbourg, MOYE, doyen de la Faculté de Droit de Montpellier, MOREAU, doyen de la Faculté de Droit d'Aix-Marseille, MESTRE, ROLLAND, BONNARD, JULIEN-LAFERRIÈRE... in « Les limites du pouvoir législatif », RPP, 1925, p. 356. Voir également : HAURIUO, *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., Sirey, 1929 ; DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd., 1928. Dans la première édition de son manuel, DUGUIT soutenait la thèse de l'impossible contrôle de la constitutionnalité des lois ; « j'étais dans l'erreur », écrit-il dans la 3^e édition...

■ 7. L'unique saisine du Comité, le 16 juin 1948, porta d'ailleurs sur un problème de procédure qui fut réglé par un accord entre les deux assemblées.

■ 8. *Documents pour servir...*, volume 1, p. 525.

constitutionnalité des lois ne fait que donner vie institutionnelle au souhait des hommes de 1789 qui ont rédigé la Déclaration « afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous ». La QPC est un moyen pour les citoyens de réclamer le respect de la Constitution par les gouvernants.

- 4 b/ *En abandonnant, en 1958, son hostilité au principe du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois, la France rejoignait ainsi le mouvement général des démocraties en faveur de la justice constitutionnelle.* Même si le système adopté reste encore différent des deux principaux modèles théoriques.

Le modèle américain d'abord se distingue par ses caractères diffus ou décentralisé, concret et principalement incidentiel et *a posteriori*. Il tient ses qualités du fait qu'aux États-Unis, n'importe quel tribunal est compétent pour apprécier et juger la constitutionnalité des lois. Élément important souvent oublié, et paradoxe pour un système cité volontiers en modèle, le contrôle de la constitutionnalité des lois n'est pas inscrit dans la Constitution des États-Unis d'Amérique. C'est la Cour Suprême qui, par sa décision *Madison/Marbury*⁹, s'est attribuée la compétence du contrôle de la constitutionnalité des lois.

La procédure de contrôle est déclenchée par le citoyen selon trois modalités différentes. Il peut d'abord, lorsqu'il est partie à un procès, contester la constitutionnalité de la loi qu'on veut lui appliquer ; en soulevant comme moyen de défense, *l'exception d'inconstitutionnalité*, il oblige ainsi le tribunal, avant de juger concrètement l'affaire au fond, à examiner la loi pour décider si elle est ou non constitutionnelle et applicable au cas d'espèce ; le contrôle intervient donc nécessairement après la promulgation et l'entrée en vigueur de la loi – contrôle *a posteriori* – et la décision qui, par la voie des recours en appel, peut gravir tous les échelons de la hiérarchie judiciaire, possède seulement l'autorité relative de la chose jugée, c'est-à-dire ne vaut que pour l'affaire en cause.

Il peut ensuite, sans attendre l'occasion d'un procès né de l'application de la loi, contester directement sa constitutionnalité ; s'il estime la requête fondée, le tribunal

■ 9. John MARSHALL, Président de la Cour Suprême, fédéraliste convaincu nommé par un Président des États-Unis lui-même fédéraliste – John ADAMS –, est confronté en 1803 au problème suivant : après la victoire de l'anti-fédéraliste JEFFERSON en 1800, ADAMS profite des derniers moments de sa présidence pour nommer à des postes de juges, inamovibles, des hommes connus pour leurs convictions fédéralistes ; la précipitation est telle que la décision de nomination de William MARBURY n'a pas le temps d'être envoyée à son destinataire ; le nouveau ministre jeffersonien MADISON ayant refusé de donner suite à cette décision, MARBURY s'adresse à la Cour Suprême pour lui demander de contraindre l'administration à l'installer dans ses fonctions, ainsi que la loi judiciaire de 1789 lui en donne le pouvoir.

Devant une situation mettant en conflit direct le nouveau Président et la Cour Suprême, John MARSHALL trouve une issue particulièrement habile et astucieuse. Dans sa décision, il déclare que la loi de 1789 accordant à la Cour Suprême le droit d'imposer la nomination de juges fédéraux est contraire à la Constitution et que la Cour ne peut en conséquence examiner la demande de MARBURY.

Véritable chef-d'œuvre de stratégie constitutionnelle, cette décision est politique en ce que la Cour cède, habilement, sur ce qui importe au Président JEFFERSON – le fédéraliste MARBURY n'obtient pas sa nomination – en posant le principe du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, dont les jeffersoniens se soucient peu, satisfaits que cette justification ait permis en l'espèce de leur donner raison. L'essentiel pour l'administration présidentielle était la non-attribution du poste à MARBURY ; l'essentiel pour la Cour était de poser le principe du contrôle... dont la logique est le renforcement du pouvoir fédéral.

prononce une *injonction* à l'encontre de l'administration lui interdisant d'appliquer la loi.

Le citoyen peut enfin, en cas de difficulté d'application d'une loi, demander au tribunal de se prononcer, par un *jugement déclaratoire*, sur sa constitutionnalité.

Ainsi saisis, les tribunaux américains apprécient la constitutionnalité d'une loi au regard de quatre clauses : celle « due process of law » définie dans le quatorzième amendement et qui permet aux tribunaux d'invalider une loi qui, sans la garantie d'une procédure régulière protectrice des droits naturels, porterait atteinte aux libertés fondamentales, aux droits judiciaires ou aux biens des personnes ; la clause de la « rule of reasonableness » qui permet aux tribunaux de vérifier si le législateur a réalisé un équilibre raisonnable entre l'intérêt général et les intérêts des particuliers ou s'il leur a imposé des sacrifices déraisonnables, exagérés ; la clause des contrats qui permet aux tribunaux d'invalider une loi qui porte atteinte aux obligations nées d'un contrat, protégeant ainsi les rapports privés – économiques, sociaux... – contre l'intervention des États ; la clause d'égalité, déduite du seizième amendement, qui permet aux juges d'écarter toute loi qui n'assure pas à chaque citoyen, quelle que soit sa race, une égale protection.

Dans ce mécanisme de contrôle de constitutionnalité des lois par les tribunaux ordinaires, la Cour Suprême joue un rôle éminent, puisque, placée au sommet de la hiérarchie d'un système judiciaire particulièrement complexe, elle contrôle, régularise et unifie, notamment par la voie de l'appel, la jurisprudence des cours inférieures ; pour ce faire elle dispose d'une compétence générale qui se manifeste par le pouvoir de statuer, pour chaque affaire, sur les faits et le droit.

Pour assumer cette lourde tâche, la Cour comprend seulement neuf juges, inamovibles, nommés à vie par le Président, mais avec l'avis et le consentement du Sénat. Cet accord nécessaire du Sénat sur les nominations n'est pas une pure formalité : durant les vingt dernières années il a refusé de confirmer deux personnes proposées par le Président Nixon, et surtout en 1987, il a repoussé, à deux reprises, les propositions faites par le Président Reagan pour l'attribution d'un poste, après une gigantesque campagne de presse et des auditions publiques télévisées où le passé personnel, politique et juridique des candidats fut minutieusement analysé¹⁰. Toujours est-il que les hasards des décès et des démissions offrent à certains Présidents la possibilité d'orienter, par leurs nominations, la jurisprudence de la Cour Suprême¹¹. Ainsi, la désignation par Ronald Reagan de trois juges conservateurs et, en 1986, du nouveau Président de la Cour, William Rehnquist, connu pour son opposition militante aux idées libérales en matière civile, pénale ou d'égalité des

■ 10. Le Sénat a refusé d'abord la nomination de Robert BORK après avoir rassemblé les déclarations politiques et les commentaires juridiques du candidat qui le montraient systématiquement et fermement hostile au droit à l'avortement, à l'égalité entre les noirs et les blancs ou à la protection du droit individuel face au pouvoir administratif ; puis il a conduit au retrait du second choix du Président, Douglas GINSBURG, après qu'il fut reconnu que ce candidat avait fumé de la marijuana lorsqu'il était... professeur de droit à Harvard dans les années 1970 !

■ 11. La Cour est actuellement composée de John Roberts (61 ans), Président, S. Alito (66 ans) nommés par G. W. Bush, Antony Kennedy (79 ans) nommés par R. Reagan, Clarence Thomas (67 ans) nommé par H.W. Bush, R. B. Ginsburg (83 ans) et S. Breyer (77 ans) nommés par B. Clinton, S. Sotomayor (61 ans) et Elena Kagan (56 ans) nommé par B. Obama. Antonin Scalia, nommé par R. Reagan est décédé en février 2016 et n'est pas encore remplacé.

droits, a rompu l'équilibre qui existait au sein de cette instance entre libéraux et conservateurs. Six périodes jurisprudentielles sont généralement distinguées : de 1789 à la guerre civile, la Cour a construit le mécanisme du contrôle de constitutionnalité des lois et favorisé le renforcement des compétences du gouvernement fédéral ; de la guerre civile à 1937, elle s'est montrée conservatrice en s'opposant à toutes les tentatives de législation sociale destinées à limiter les pouvoirs du patronat, et en restant indifférente à l'égard de la protection des droits individuels ; de 1953 à 1969, sous la présidence de Earl Warren, la Cour a développé une jurisprudence libérale et progressiste condamnant la discrimination et la ségrégation raciales, les découpages électoraux inégalitaires, la procédure criminelle défavorable aux droits des accusés, et reconnaissant la valeur constitutionnelle de nombreuses libertés publiques ; à partir de 1969, sous la présidence de Warren Burger, la Cour a maintenu cette jurisprudence libérale en l'infléchissant cependant dans un sens conservateur puis de plus en plus favorable aux idées de la « révolution conservatrice ». Depuis, les années 2000, la Cour est revenue à un point d'équilibre¹².

- 5 À la différence du système américain de contrôle de constitutionnalité des lois, né de la pratique et dans le silence des textes, *le modèle européen* est le fruit d'un travail théorique d'un grand juriste autrichien, Hans Kelsen, qui s'est efforcé de fonder, en raison pure, la garantie juridictionnelle de la Constitution¹³. Selon Kelsen, « l'ordre juridique n'est pas un système de normes juridiques placées toutes au même rang, mais un édifice à plusieurs étages superposés, une pyramide ou hiérarchie formée d'un certain nombre d'étages ou couches de normes juridiques »¹⁴. Autrement dit, une règle n'a pas en elle-même et de manière isolée une valeur juridique ; elle n'acquiert une telle qualité que dans la mesure où elle peut être mise en rapport avec une autre norme, qui elle-même est dans une relation identique avec une norme supérieure, qui elle-même... etc. Ainsi, la nature juridique d'une règle résulte de son insertion dans un ensemble hiérarchisé, de la connexion entre elles des différentes couches de règles ; tout se tient par un système particulier de communication où la règle supérieure transmet sa validité à la norme inférieure – qui ne sera donc juridique que si elle peut être imputée à la règle supérieure – et qui, à son tour, transmet et fonde la validité de la norme qui lui est subordonnée. « Chaque degré de l'ordre juridique, écrit Kelsen, constitue donc *ensemble et* une production du droit vis-à-vis du degré inférieur *et* une reproduction du droit vis-à-vis du degré supérieur ». Et, lorsque sont gravés, règles après règles, tous les échelons de la pyramide, Kelsen, confronté au problème de la source de validité du sommet – la Constitution – et de l'ensemble de l'édifice, pose comme hypothèse épistémologique – et non affirme l'existence – la « Grundnorm », la norme fondamentale de laquelle la Constitution tire sa validité et qui irradie l'ordre juridique tout entier.

■ 12. V. par exemple, S. BREYER, *Pour une démocratie active*, O. JACOB, 2007 ; *La Cour suprême, l'Américain et son histoire*, O. JACOB, 2011 ; *La Cour suprême, le droit américain et le monde*, O. JACOB, 2015 ; E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Dalloz, 2010.

■ 13. H. KELSEN, *Théorie pure du Droit*, traduction de C. EISENMANN, Paris, Dalloz, 1962 ; « La garantie juridictionnelle de la Constitution », traduction C. EISENMANN, *RDP* 1928, p. 187.

■ 14. H. KELSEN, *Théorie pure du Droit*, *op. cit.*, p. 299.

Dans un tel système fermé sur lui-même, où le droit s'explique par le droit, l'idée de régularité est essentielle au fonctionnement de l'ensemble. En effet, dès lors que la validité juridique d'une règle dépend de son rapport de correspondance avec le degré supérieur de l'ordre juridique, il est d'une nécessité objective que soit contrôlée, à chaque échelon, l'existence de ce rapport de correspondance et d'imputation : contrôle de la « réglementarité » des actes juridiques individuels, contrôle de la légalité des règlements et, au bout de la chaîne, le contrôle de la constitutionnalité des lois se déduit logiquement du système juridique kelsenien, puisque la loi trouvant son fondement dans la norme immédiatement supérieure ne peut être juridiquement valide que si elle n'est pas contraire à la Constitution.

Pour la première fois, un auteur, Hans Kelsen, propose ainsi une théorie de l'ordre juridique qui non seulement fonde et légitime en droit le contrôle de la constitutionnalité, mais encore en fait le cœur et même le garant de la validité de l'ensemble du système juridique, puisque, sans ce contrôle, la garantie de la régularité, c'est-à-dire de l'imputation d'une règle à une norme supérieure, clef de voûte de la théorie kelsenienne, ne serait pas assurée ; sans le contrôle de constitutionnalité, la pyramide s'effondre !

Confronté au problème de la forme de l'organisation du contrôle de constitutionnalité, Hans Kelsen se trouve devant une alternative que son élève et disciple français, Charles Eisenmann, présente de manière brutale mais claire : « contrôle remis à tous les juges ou à une instance unique »¹⁵.

La création d'une instance unique et spécialisée dans le contentieux constitutionnel présente, selon Kelsen, des avantages appréciables pour le bon déroulement de la vie juridique. Le système évite d'une part les interprétations constitutionnelles divergentes qui peuvent apparaître entre les tribunaux aux différents moments d'un procès obligé de gravir les échelons complexes de la hiérarchie judiciaire ; une juridiction unique permet de donner, immédiatement, « la vérité constitutionnelle » et assure, d'emblée, l'unité jurisprudentielle. Ce système permet d'autre part de clarifier définitivement la situation puisque la décision de non-conformité d'une loi à la Constitution a une valeur absolue qui conduit à son rejet définitif de l'ordre juridique ; la loi ne sera pas promulguée, elle ne produira et n'aura produit aucun effet, elle sera censée n'avoir jamais existé.

La préférence ainsi donnée à une juridiction constitutionnelle unique entraîne un certain nombre de conséquences dont Charles Eisenmann a montré qu'elles lui étaient « liées d'un lien, sinon nécessaire, du moins naturel ». Le contentieux constitutionnel étant spécial et indépendant de tout autre procès, l'objet direct et unique du contrôle est nécessairement la constitutionnalité de la loi. Sa contestation ne se fait pas par exception, à l'occasion d'un autre litige porté devant un juge ordinaire, mais *par voie d'action*, le requérant prenant l'initiative de porter directement la loi devant un tribunal spécial qui a pour mission exclusive de la juger. Dès lors, le juge statuant non pas à propos d'un cas particulier, mais sur la loi prise en elle-même, *in abstracto*, sa décision ne peut avoir qu'une *autorité absolue*, s'imposant *erga omnes*.

■ 15. C. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, 1928, rééd. Economica, 1986, p. 291.

Tel est le modèle kelsenien de contrôle de constitutionnalité, opposé point par point au système américain, et que le maître de l'École de Vienne eût la possibilité de mettre en œuvre, puisque son influence intellectuelle lui a permis d'obtenir la création, dans la Constitution autrichienne du 1^{er} octobre 1920, de la Haute Cour constitutionnelle, « premier exemple que l'on connaisse d'une juridiction constitutionnelle spéciale »¹⁶. Composée de 12 membres, nommés à vie pour moitié par le Conseil national, représentant la nation, et pour moitié par le Conseil fédéral, représentant les provinces, la Haute Cour se voit reconnaître de multiples compétences – juge des élections politiques, des conflits entre les ordres judiciaire et administratif... – parmi lesquelles le contrôle de la constitutionnalité des lois et règlements sur saisine du gouvernement fédéral, des gouvernements provinciaux et des tribunaux obligés ainsi d'interrompre la procédure en cours devant eux et d'abandonner à la Haute Cour le jugement de la constitutionnalité de la loi. Ainsi est assurée, comme le voulait Kelsen, l'unité de jurisprudence, la Haute Cour constitutionnelle statuant toujours en premier et dernier ressort, ses décisions n'étant susceptibles d'aucun recours et ayant un caractère définitif et absolu.

Comme toute modélisation, celle-ci fournit seulement une grille théorique ; en pratique, les modes de contrôle de constitutionnalité peuvent emprunter, selon des formes et des arrangements divers, des caractères à chacun de ces modèles ; globalement cependant, c'est le modèle dit kelsenien et non l'américain, qui inspira les constituants européens, à l'exception des grecs, lorsqu'ils décidèrent d'introduire, à des moments différents liés à l'évolution politique de leur pays respectif, le contrôle de la constitutionnalité des lois¹⁷.

- 6 c/ Pour tenir compte précisément de son histoire politique, la France a choisi, en 1958, un mécanisme de contrôle original, le contrôle *a priori*, dont le déclenchement relevait de la compétence de quatre autorités seulement : le Président de la République, le Premier ministre, le Président de l'Assemblée nationale et le Président du Sénat. En attribuant à soixante députés ou soixante sénateurs le droit de saisir le Conseil constitutionnel, la révision constitutionnelle de 1974 a complètement libéré la voie du contrôle de constitutionnalité et provoqué en conséquence un véritable bouleversement du système juridique et politique français. En attribuant aux justiciables le droit de soulever, devant le juge ordinaire, la question de la constitutionnalité de la loi qui leur est appliquée, la révision constitutionnelle de 2008 ne perfectionne pas seulement le mécanisme de contrôle de la loi imaginé cinquante ans plus tôt ; elle ouvre une nouvelle page de l'histoire et de la pratique du contentieux constitutionnel, celle d'un contrôle *a posteriori*.

Qui veut aujourd'hui connaître le Droit par-delà la séparation entre les différentes disciplines juridiques, qui veut observer et analyser le jeu politique de la V^e République, ne peut donc ignorer la jurisprudence et le rôle du Conseil constitutionnel.

■ 16. C. EISENMANN, *op. cit.*, p. 289.

■ 17. L. FAVOREU, W. MASTOR, *Les Cours constitutionnelles*, Dalloz, Connaissances du droit, 2011 ; M. FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz, 1996 et *Justice constitutionnelle comparée*, Dalloz, 2013 ; D. ROUSSEAU, *La justice constitutionnelle en Europe*, Clefs Montchrestien, 3^e éd., 1998.

Ce manuel a précisément pour objet de proposer une connaissance du Conseil constitutionnel, de ses méthodes de jugement, de sa jurisprudence, de sa place dans le paysage constitutionnel français et européen. Comment cette institution, longtemps repoussée par les constituants, est-elle née avec la Constitution de 1958 et s'est-elle imposée, rapidement, comme l'institution majeure du système politique français ? Comment l'accès au Conseil constitutionnel s'est-il développé ? Quels sont les principes au regard desquels il exerce son contrôle et avec quels instruments ? Comment élabore-t-il ses décisions (Première partie). Quelles sont les grandes politiques jurisprudentielles constitutionnelles relatives à l'organisation des pouvoirs et à la garantie des droits et libertés ? (Deuxième partie). Et enfin, quelles transformations le Conseil fait-il subir à la notion de Constitution, à l'ordre juridique et politique français, et, finalement, à l'idée et à la pratique de la démocratie ? (Troisième partie). Cette dernière interrogation n'est certainement pas la moins importante puisqu'elle explique le titre retenu pour cet ouvrage : Droit du contentieux constitutionnel.

Première partie : le Conseil constitutionnel : l'institution

Deuxième partie : le Conseil constitutionnel : la jurisprudence

Troisième partie : un droit constitutionnel connecté.

L'index alphabétique et la bibliographie ont été réalisés en collaboration avec Coralie Richaud, docteur en droit, et Sylvie Salles, maître de conférences à l'Université de Bretagne Occidentale.

PREMIÈRE PARTIE

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL : L'INSTITUTION

7 Le Conseil constitutionnel n'était pas, à l'évidence, une juridiction au moment de sa naissance ; il l'est devenu au fil des révisions, de sa jurisprudence et des hommes qui l'ont fait vivre au point de se poser, en 2016, comme une possible Cour suprême (titre 1). Cette évolution s'est manifestée par un accès toujours plus facile au Conseil (titre 2), par un usage des instruments de contrôle classiques à toute juridiction (titre 3) et par la forme et l'autorité de ses décisions (titre 4).

TITRE 1

LA NAISSANCE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

- 8 Soixante ans après sa naissance, et certainement à la surprise de ses concepteurs, le Conseil a réussi son implantation dans le système constitutionnel français au point d'en être devenu la clé de voûte et bientôt peut-être, avec la question prioritaire de constitutionnalité, sa Cour suprême (chapitre 2). Après une longue histoire constitutionnelle de refus du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois, la chose n'était pas acquise d'avance et la montée en puissance du Conseil fut lente, progressive et discutée avant d'être consacrée par la révision constitutionnelle de juillet 2008 (chapitre 1).

CHAPITRE I

L'HISTOIRE COMPLIQUÉE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

- 9 Le Conseil constitutionnel bénéficie d'un titre spécial, le titre VII de la Constitution de 1958, et d'une ordonnance du 7 novembre 1958, portant loi organique relative « aux règles d'organisation et de fonctionnement du Conseil constitutionnel, à la procédure qui est suivie devant lui et notamment les délais ouverts pour le saisir de contestations ». La solennité des textes de fondation ne peut cependant faire oublier l'hésitation et la difficulté des constituants originaires à avoir une représentation claire de l'institution qu'ils créaient (section 1). Il faudra attendre que le temps fasse son œuvre pour que le constituant dérivé, prenant en compte l'évolution des choses, consacre la position du Conseil constitutionnel (section 2).

SECTION I | LA LENTE MONTÉE EN PUISSANCE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

- 10 Le constituant de 1958 n'a pas créé le Conseil constitutionnel comme une juridiction chargée de contrôler la constitutionnalité des lois (§ 1) ; mais l'institution est désormais là et elle va se faire progressivement connaître, notamment par la grande décision du 16 juillet 1971 qui conduira le constituant dérivé à reconnaître, en 1974, la première étape de la montée en puissance du Conseil constitutionnel en ouvrant son accès à soixante députés ou sénateurs (§ 2).

§ 1. | L'INDÉCISION DU CONSTITUANT ORIGINAL

- 11 La création, en 1958, du Conseil constitutionnel repose sur une intention claire : mettre fin à l'arbitraire et à l'hégémonie du Parlement. Mais elle se heurte aussitôt à une autre intention, tout aussi clairement exprimée : éviter

d'instaurer une véritable juridiction constitutionnelle, contraire à la tradition politique française. De ces deux volontés contradictoires, naît ainsi un Conseil dont on attend qu'il maintienne le législateur dans le nouveau cadre, limité, de ses attributions sans pour autant lui reconnaître expressément un contrôle général de la constitutionnalité des lois (A). La définition de ses missions premières témoigne de cette indétermination institutionnelle et fonctionnelle du Conseil (B).

A. LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL, « SURVEILLANT DU PARLEMENT »

1. La volonté négative du constituant : éviter un véritable contrôle de la constitutionnalité des lois

12 Lors des différentes étapes de l'examen du projet constitutionnel, le principe de l'institution d'un Conseil constitutionnel n'a jamais été véritablement discuté. En revanche, dès que le débat s'engage sur la question de ses fonctions, une hostilité, très majoritairement partagée, se manifeste, avec fermeté et constance, contre l'idée de lui confier un contrôle de la constitutionnalité des lois véritable, c'est-à-dire portant sur le fond même de la loi et non seulement sur les règles de compétence et de procédure fixées par la Constitution.

Ainsi, dès le début des travaux, le général de Gaulle lui-même répond, le 13 juin 1958, au Président Cassin inquiet des rumeurs relatives à la création d'une Cour constitutionnelle, que cette idée n'a jamais été envisagée par le gouvernement¹. Par la suite, toutes les propositions visant à faire du Conseil le juge de la constitutionnalité des lois sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, ou sur demande d'une minorité de parlementaires voire de citoyens, sont systématiquement repoussées, Michel Debré se prononçant à plusieurs reprises contre de tels mécanismes². L'argument qui emporte l'adhésion des constituants les plus réservés à l'idée d'un Conseil constitutionnel est l'assurance donnée par François Luchaire que, par son mode de saisine, il ne sera pas le gardien de la Constitution mais permettra de régler certains litiges d'ordre juridique opposant les grands organes de l'État. Au principe de cette opposition à l'institution d'un véritable contrôle de la constitutionnalité des lois, toujours l'histoire constitutionnelle et politique française et le souvenir des Parlements de l'Ancien Régime comme des Sénats conservateurs des deux empires, réactivé par l'assimilation, prégnante à l'époque, du gaullisme au bonapartisme.

Cette volonté explicite et clairement affirmée des rédacteurs de la Constitution de ne pas créer une justice constitutionnelle sur le modèle des autres pays européens est tout entière exprimée et résumée dans la fameuse et courte réponse du commissaire du gouvernement Raymond Janot. Lors de la séance de travail du Comité consultatif constitutionnel du 7 août 1958, un amendement est proposé, disposant que la loi, sur les matières relevant de ses compétences, est votée « dans le respect des principes généraux et des droits et libertés individuels définis par le

■ 1. *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, volume 1, p. 249 (réunion du 13 juin).

■ 2. *Documents...*, volume 1, p. 382 (réunion du 8 juillet).

Préambule ». Raymond Janot obtient le retrait de cette précision après avoir convaincu ses nombreux partisans que son adoption conduirait le Conseil constitutionnel à pouvoir apprécier la conformité des lois au regard des dispositions du Préambule et de la Déclaration de 1789, engageant ainsi la France dans la voie d'un véritable contrôle de la constitutionnalité des lois et du gouvernement des juges : « pour les auteurs de l'avant-projet (de constitution), le Préambule n'a donc pas valeur constitutionnelle ? », lui est-il demandé ; « non, certainement », répond catégoriquement Raymond Janot³. Question simple, réponse claire, réfléchie et officielle puisque son auteur l'exprime en tant que commissaire du gouvernement représentant le général de Gaulle au Comité consultatif constitutionnel et après en avoir parlé avec Michel Debré et le général : « ce n'était évidemment pas une improvisation », reconnaît en 1981 Raymond Janot⁴.

- 13** S'il ressort des débats, sans ambiguïté possible, que l'intention des constituants est de ne pas instaurer un contrôle de la constitutionnalité des lois, leur rédaction des dispositions relatives au Conseil constitutionnel condamnait-elle ce dernier à n'être que le comité amélioré de la IV^e République, interdisait-elle définitivement toute évolution ?

Incontestablement, le Conseil constitutionnel n'est pas aujourd'hui ce qu'il devait être pour ses fondateurs ; très exactement même, il est la figure inversée de leur intention : le gardien de la Constitution et des droits et libertés des citoyens plus que l'arbitre des conflits de compétences entre les grands organes de l'État, pour reprendre l'expression de François Luchaire. Mais le Conseil est-il devenu ce qu'il est par un coup de force ou par le simple développement de la logique institutionnelle qui avait présidé à son invention ? En d'autres termes, le texte de 1958 contenait-il, à l'insu de ses auteurs, les conditions de possibilité de l'établissement d'une véritable juridiction constitutionnelle contrôlant la conformité générale de la loi à la Constitution ?

- 14** À ces questions qui, derrière l'apparence d'un jeu gratuit, mettent au centre de la réflexion le problème de la vie propre et autonome d'un texte constitutionnel, deux réponses opposées sont apportées. Pour les uns, rien dans la Constitution ne permettait d'imaginer une telle évolution, au point d'ailleurs que les commentateurs, tel le doyen Vedel, dénonçaient l'illusion donnée par la majesté d'une institution qui maintenait en réalité la France à l'écart du mouvement général en faveur du contrôle de la constitutionnalité des lois⁵. Pour les autres, loin d'être une nouvelle occasion manquée, la création du Conseil introduisait un début de contrôle de la loi, avec sans doute une modestie et une prudence justifiées par l'histoire politique française, mais sans que soient reprises explicitement dans le texte les réserves exprimées par les constituants lors des débats constitutionnels ; dès lors, la Constitution de 1958 laissait la porte ouverte à toutes les évolutions possibles.

■ 3. Travaux préparatoires de la Constitution, Avis et débats du Comité consultatif constitutionnel, *Doc. Fr.*, 1960, p. 101.

■ 4. Raymond JANOT précise encore que « lorsque la question a été posée, ce n'était pas par inadvertance car on nous avait dit qu'elle serait posée et par conséquent on avait eu vraiment le temps d'y réfléchir », in *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Economica, 1982, p. 212.

■ 5. G. VEDEL, *La Nef*, avril-juin 1961, p. 8.

Il est certainement facile et tentant aujourd'hui, à la lumière de l'évolution connue du Conseil constitutionnel, de relire son histoire en la reliant, pour mieux la légitimer, au texte constitutionnel par une sorte de nécessité logique. Pourtant, deux éléments ne rendent pas cette entreprise totalement vaine ou artificielle. Le premier est d'ordre juridique : en dépit de la ferme réponse de Raymond Janot et de l'hostilité manifeste des constituants, la Constitution de 1958 n'interdit à aucun moment la possibilité pour le Conseil de se référer au Préambule et à la Déclaration de 1789, à la différence de la Constitution de 1946 qui, elle, excluait expressément, au dernier alinéa de l'article 92, tout contrôle de la loi au regard du Préambule. De cette non-interdiction et de cette différence, il est donc permis de déduire, sans forcer le trait, que le texte ne condamnait pas la possibilité d'un contrôle de la loi au-delà des seules règles de compétence et de procédures ; au demeurant, la généralité de la formulation de l'article 61 – le Conseil contrôle la conformité des lois à la Constitution – et l'esprit de sa création – mettre fin à l'arbitraire et à la souveraineté parlementaires – vont dans le même sens.

Le second élément est d'ordre sociologique : toute institution, si l'on en croit Thucydide, cherche à accroître ses compétences et à développer au maximum son pouvoir. Il était donc prévisible que le Conseil, pour exister d'abord et sortir ensuite du rôle secondaire dans lequel il avait été pensé sinon écrit, interprète au mieux de ses intérêts un texte constitutionnel permissif.

Quoi qu'il en soit, même si l'évolution ultérieure du Conseil peut être rattachée à la lettre et à l'esprit de la Constitution de 1958, il reste qu'elle n'est pas conforme aux intentions clairement exprimées des constituants, y compris du premier d'entre eux, le général de Gaulle.

2. La volonté positive des constituants : contenir le Parlement

15 Pour se diriger dans le labyrinthe des dispositions constitutionnelles de 1958, il existe un fil d'Ariane simple et connu aujourd'hui de tous : l'abaissement du rôle du Parlement. Mettre fin à l'hégémonie des assemblées et aux déviations du régime parlementaire est en effet la volonté permanente des constituants que l'on peut lire dans chacun des articles de la Constitution et qui donne son sens, sa cohérence à l'ensemble de la construction. En 1958, tout concourt à une telle détermination : l'anti-parlementarisme d'une large partie de l'opinion alimenté par les mœurs et les scandales politiques de la « République des députés », la démission de l'autorité de l'État incapable de définir et conduire dans la durée une politique claire, la défaillance des institutions de 1946 impuissantes à contenir les jeux politiques et l'instabilité gouvernementale, la résolution gaulliste de faire du Président de la République la clé de voûte d'un pouvoir d'État restauré ; et il faut encore ajouter, le fait est loin d'être négligeable, que la Constitution est rédigée non par des parlementaires mais par de jeunes énarques et professeurs de droit, moins réticents, par formation et intérêt, à l'idée d'une limitation de la souveraineté parlementaire.

Par quels moyens ? Michel Debré donne la réponse, le 27 août 1958, dans son exposé de la Constitution devant le Conseil d'État : « parce qu'en France la stabilité gouvernementale ne peut résulter d'abord de la loi électorale, il faut qu'elle résulte

au moins en partie de la réglementation constitutionnelle ». En d'autres termes, le droit est sommé de jouer le rôle rempli, en Grande-Bretagne par exemple, par les seuls mécanismes politiques du scrutin majoritaire à un tour et du bipartisme. Avec des majorités cohérentes et stables, point n'est besoin de règles juridiques détaillées ; sans elles, il faut écrire de rigoureux impératifs juridiques pour contraindre les partis politiques à la discipline et à la stabilité de leurs alliances gouvernementales. Dans cette dialectique élémentaire se trouve l'explication de la présence inattendue, dans la Constitution de 1958, de nombreux mécanismes qui n'ont d'ordinaire pas leur place dans un texte de cette nature.

Ainsi, pour mettre fin aux errements passés où le gouvernement était souvent obligé de batailler avec les parlementaires pour obtenir que soient discutés ses projets de loi, la Constitution enlève aux assemblées la maîtrise de l'ordre du jour et confie ce pouvoir au gouvernement ; ainsi, pour éviter que les parlementaires soumettent l'exécutif à leur pouvoir en créant, comme ils en avaient jusqu'en 1958 la possibilité, autant de commissions d'étude et de contrôle que de ministères, la Constitution fixe autoritairement leur nombre à six (aujourd'hui huit) ; ainsi, pour empêcher toute obstruction parlementaire ou toute mauvaise surprise dans les débats législatifs, la Constitution donne au gouvernement le pouvoir de s'opposer à tout amendement qui n'a pas été antérieurement soumis à la commission ; ainsi, pour remédier à l'enlisement des débats budgétaires, la Constitution limite pour chaque assemblée le temps de discussion ; ainsi, pour casser la pratique des délégations de vote qui met le gouvernement à la merci de quelques parlementaires, la Constitution impose l'obligation du vote personnel...

À côté de ces mesures, deux réglementations particulières symbolisent ce qu'il est convenu d'appeler la rationalisation du régime parlementaire : celle de la responsabilité gouvernementale et celle du domaine de compétence du Parlement. Dans le premier cas, les constituants, forts de l'expérience de la IV^e République, ne reconnaissent aux parlementaires qu'un seul moyen de renverser le gouvernement, la motion de censure, et entourent sa mise en œuvre de conditions draconiennes : recevabilité soumise à la signature d'un dixième des députés, délai de réflexion de quarante-huit heures et surtout recensement des seuls votes favorables à la motion. Dans le second cas, la Constitution de 1958 délimite, pour la première fois, le domaine de la loi en énumérant de manière précise, dans son article 34, les matières sur lesquelles le législateur peut intervenir, découvrant ainsi, *a contrario*, un vaste champ de compétence normative au bénéfice du gouvernement⁶.

La précision ou l'élévation à la qualité constitutionnelle de dispositions traditionnellement du domaine des règlements intérieurs des chambres n'apparut pas suffisante aux constituants de 1958. Instruits par l'histoire constitutionnelle française, ils savent qu'une assemblée élue au suffrage universel direct et héritière de « mauvaises » habitudes, arrive toujours à détourner ou contourner les règles juridiques les plus rigoureuses : l'évolution de la IV^e République leur offrait une illustration éclatante de cette pesanteur des mœurs parlementaires. Aussi, les constituants ont-ils eu la prudence d'accompagner leur nouvelle réglementation d'un

■ 6. On verra par la suite comment le Conseil constitutionnel a progressivement étendu le domaine de la loi au point de remettre en cause la « révolution juridique » de 1958.

mécanisme de sanction en « imaginant » – le mot est de Michel Debré – une institution particulière chargée de la faire respecter et de maintenir le Parlement dans le cadre strict de ses attributions. Cette institution, c'est précisément le Conseil constitutionnel.

Là encore, il faut citer Michel Debré : « la création du Conseil constitutionnel, déclare-t-il le 27 août 1958, manifeste la volonté de subordonner la loi, c'est-à-dire la décision du Parlement, à la règle supérieure édictée par la Constitution. La Constitution crée ainsi une *arme contre la déviation du régime parlementaire* ». Et dans la catégorie des mesures destinées à briser les mauvaises habitudes des assemblées, il range à côté et au même titre que l'obligation du vote personnel, l'incompatibilité des fonctions ministérielles et du mandat parlementaire ou la réglementation minutieuse de la motion de censure, la création du Conseil constitutionnel. Ces propos illustrent parfaitement la conception que les constituants se font, en 1958, de l'institution qu'ils créent : un organe permettant seulement, mais permettant enfin de faire respecter, par son pouvoir de sanction, les dispositions constitutionnelles limitant le pouvoir du Parlement. « Surveiller le Parlement », telle est, selon François Luchaire, la mission première assignée au Conseil constitutionnel⁷.

B. LA DIVERSITÉ DES MISSIONS RÉGULATRICES DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

16 La mission de « grand surveillant du Parlement » se manifeste clairement dans les travaux préparatoires de la Constitution où la première mention du Conseil apparaît, le 8 juin 1958, dans le cadre d'une section consacrée à l'exercice de la fonction législative ; il y est prévu que le Conseil décide, en cas de désaccord entre l'assemblée et le gouvernement, si une proposition de loi ou un amendement parlementaire relève ou non du domaine législatif, entraîne ou non une diminution des ressources ou une aggravation des charges de l'État. Ces dispositions, reprises dans les articles 40 et 41 de la Constitution, posent un interdit et surtout organisent la sanction de sa transgression en conférant au Conseil le pouvoir de s'opposer à la discussion de toutes propositions empiétant sur le champ de compétence du gouvernement ; et l'article 37 renforce encore ce pouvoir en lui donnant la possibilité, sur saisine du Premier ministre, de déclasser, c'est-à-dire « délégaliser » une loi ou des articles de loi qui seraient intervenus dans le domaine réglementaire. Il s'agit bien ici de contraindre le Parlement à rester dans le cadre et les limites de ses attributions constitutionnelles.

17 De même, pour empêcher les dérives des Républiques précédentes où le législateur, tel une pieuvre, enserrait et étouffait progressivement le gouvernement, la Constitution de 1958 prévoit l'intervention préalable et *obligatoire* du Conseil sur toutes les lois organiques afin de contrôler qu'elles la complètent sans la transformer. Dans le même esprit, elle prévoit aussi que le Conseil se prononce sur la conformité à la Constitution des règlements des assemblées avant qu'ils n'entrent

■ 7. F. LUCHAIRE, *Le Conseil constitutionnel*, Economica, 1980, p. 20.

en application. En apparence mineure, l'affaire est de la plus haute importance lorsque l'on sait, avec le spécialiste du droit parlementaire Eugène Pierre, que le règlement n'est pas un banal recueil d'organisation de la discussion parlementaire mais « un instrument redoutable aux mains des partis qui a souvent plus d'influence que la Constitution elle-même sur la marche des affaires publiques »⁸. Il en fut ainsi sous la IV^e République où le Sénat sut se créer, par ce moyen, un droit d'interpeller le gouvernement que la Constitution ne lui avait pas donné. Et le Parlement de la V^e République entendait bien poursuivre cette tradition. Le 3 juin 1959, l'Assemblée nationale vote son règlement intérieur par lequel elle accorde aux députés la possibilité notamment de conclure une discussion par le vote d'une proposition de résolution exprimant une orientation, un vœu ou une réserve à l'égard de la politique défendue par le gouvernement. Saisi par le président de l'Assemblée, le Conseil constitutionnel déclare, dans sa décision des 17, 18 et 24 juin 1959, ces propositions de résolution contraires à la Constitution dans la mesure où elles tendent à orienter et contrôler l'action gouvernementale alors que l'article 20 confie au seul gouvernement la détermination et la conduite de la politique de la nation et que l'article 49 limite à la seule motion de censure la mise en cause de la responsabilité gouvernementale ; dans la mesure également où ces propositions donnent aux parlementaires un droit d'initiative en matière législative alors que celui-ci est limitativement fixé par les articles 34, 40 et 41 de la Constitution⁹. En d'autres termes, le Conseil rappelle, par cette première décision, la nouvelle règle du jeu et interdit aux assemblées d'essayer de retrouver par leurs règlements intérieurs les pouvoirs que la Constitution leur a ôtés, ou de se donner des moyens d'action et de contrôle que la Constitution n'a pas prévus.

Que le Conseil ait été conçu comme le tuteur du Parlement, le régulateur des pouvoirs publics, ou l'arme contre la déviation du régime parlementaire ressort ainsi clairement de ces dispositions. Sa mission est de vérifier que le Parlement n'empiète pas sur le domaine du gouvernement par le vote des lois ordinaires, qu'il n'étende pas ses compétences par le vote des lois organiques, qu'il n'augmente pas ses pouvoirs par le vote de ses règlements intérieurs. À cette mission de contrôle des lois et règlements des assemblées prévue à l'article 61 de la Constitution, est ajoutée à l'article 54 celle de vérifier, à la demande du Président de la République, du président du Sénat, du président de l'Assemblée nationale et, à partir de 1992, de soixante députés ou soixante sénateurs, la conformité à la Constitution des engagements internationaux.

- 18** Pour compléter ce – maigre – tableau de compétences, le constituant a ajouté des missions consultatives en disposant, par exemple, que le Conseil doit donner son avis sur la mise en œuvre des pouvoirs exceptionnels (art. 16) et des missions électorales en le faisant le surveillant de la régularité de l'élection du président de la République et des opérations de référendum (art. 58 et 60). Mais surtout, symbole encore de cette volonté de supprimer l'arbitraire parlementaire, la Constitution retire aux assemblées le contrôle de la régularité des élections législatives pour le confier au Conseil constitutionnel « afin de faire disparaître, note Michel Debré, le

⁸ E. PIERRE, *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, 1893, n° 445.

⁹ CC 59-2 DC, 17, 18 et 24 juin 1959, *R.*, p. 58.

scandale des invalidations partisans ». Le souvenir des « magouilles » de 1956 est encore dans toutes les mémoires en 1958...

Assurément, le Conseil constitutionnel n'a pas été pensé et construit comme l'instrument d'un contrôle général de la constitutionnalité des lois assumant la protection des droits et libertés des citoyens. Pour qu'il commence à le devenir, il faudra l'intervention du constituant dérivé.

§ 2. L'INTERVENTION DÉCISIVE DU CONSTITUANT DÉRIVÉ

- 19 Toute institution échappe à son créateur ! Ainsi du Conseil constitutionnel qui va progressivement redéfinir sa mission en s'auto-attribuant, par la décision du 16 juillet 1971, le rôle de gardien des droits et libertés (A). Le constituant aurait pu casser cette transformation ; il lui a, au contraire, donné les moyens de s'accomplir pleinement en ouvrant, en 1974, l'accès au juge constitutionnel aux parlementaires (B).

A. LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL AUTO-PROMU « GARDIEN DES DROITS ET LIBERTÉS »

- 20 Placé dans l'ombre par le constituant, le Conseil va, progressivement, se faire reconnaître par toute une série de « petites » décisions avant de s'affirmer en pleine lumière par sa « grande » décision du 16 juillet 1971 (1) qui va ouvrir une dynamique jurisprudentielle nouvelle (2).

1. Le tournant jurisprudentiel de 1971

- 21 Si le champ constitutionnel peut être défini ou comparé à un espace dans lequel plusieurs institutions sont en concurrence et luttent pour l'acquisition ou la conservation de la meilleure position de pouvoir, le Conseil souffre, dans cette compétition, d'un handicap de départ. La distribution des pouvoirs, telle qu'elle est déterminée en 1958 par la Constitution, structure en effet le domaine constitutionnel autour de la position dominante de l'institution exécutive. Et, si lutte il doit y avoir, elle est attendue au sein de l'exécutif pour savoir qui, du Président de la République ou du Premier ministre, s'imposera, et éventuellement, du Parlement qui, diminué et dominé, peut encore s'appuyer sur sa longue histoire et la pesanteur des habitudes pour résister à son déclin. Mais aucun commentateur ne parie, à cette époque, sur la possibilité pour le Conseil constitutionnel de concurrencer les autres institutions, voire seulement de participer à la lutte pour le pouvoir : relégué en fin des manuels universitaires entre le Conseil supérieur de la magistrature et la Haute Cour de justice, il est très largement ignoré.
- 22 Nouveau venu dans le champ constitutionnel, situé à ses marges, le Conseil ne dispose d'aucun capital spécifique ; plus exactement, il hérite d'un capital négatif qui contribue à le mettre « hors jeu ». Toute l'histoire politique, depuis 1789,

témoigne de l'hostilité de la France à l'égard de la création d'un organe spécial chargé de contrôler la constitutionnalité des lois ; au point que certains interprètent l'entrée en scène du Conseil en 1958 comme la rupture d'une tradition républicaine fondée sur le souvenir des Parlements de l'Ancien Régime et le principe de la primauté de la loi.

Toutes les autres institutions bénéficient d'une légitimité, historique ou démocratique, sur laquelle appuyer leur revendication de pouvoir ; le Conseil, d'aucune. Ce « déficit » de légitimité explique et renforce aussi la position médiocre attribuée par la Constitution de 1958 au Conseil : simple régulateur, sur une saisine limitée, de l'activité des pouvoirs publics, il doit permettre à chaque institution de jouer pleinement son rôle sans pouvoir lui-même se livrer à un jeu propre. Incontestablement, le Conseil constitutionnel est, en 1958, dans une position de faiblesse ; tout aussi incontestablement, le Conseil est, aujourd'hui, dans une position de force. Entre les deux dates, un travail de rééquilibrage mené avec prudence, patience et subtilité, confirmant une nouvelle fois que les institutions échappent toujours à la volonté de ceux qui leur ont donné la vie¹⁰.

- 23 Organisme nouveau, le Conseil devait d'abord reconnaître son territoire et le faire connaître et respecter par les autres institutions. Ainsi, dans sa décision du 14 septembre 1961¹¹, le Conseil fait savoir qu'il ne dispose pas d'une compétence générale pour veiller au respect de la Constitution, mais seulement d'une compétence d'attribution. En l'espèce, le Conseil était saisi d'une demande d'avis émanant du Président de l'Assemblée nationale et portant sur la recevabilité d'une motion de censure pendant la période d'application de l'article 16 ; il déclina sa compétence au motif que « *la Constitution a strictement délimité la compétence du Conseil constitutionnel* » et qu'aucune des dispositions – qu'il énumère méticuleusement – ne lui a donné le pouvoir de répondre à ce type de consultation. Avec constance, le Conseil a toujours refusé de répondre aux demandes d'avis, de conseils ou de consultations adressées par des autorités non habilitées à le faire et sur des questions non prévues par la Constitution¹². De même, dans sa décision du 6 novembre 1962¹³, le Conseil se déclare à nouveau incompetent pour apprécier la constitutionnalité d'une loi adoptée par référendum. Après le vote par le peuple, le 28 octobre 1962, de la loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, le Président du Sénat, Gaston Monnerville, saisit le Conseil sur la base de l'article 61, alinéa 2 de la Constitution. Reprenant son considérant de principe de 1961, le Conseil ajoute, pour fonder son incompetence, qu'il « résulte de l'esprit de la Constitution » que les lois visées par l'article 61 « sont uniquement les lois votées par le Parlement et non point celles qui, adoptées par le peuple à la suite d'un référendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale ». Sans méconnaître sa qualité juridique, la distinction entre loi

■ 10. J. RIVERO, « Fin d'un absolutisme », *Pouvoirs*, 1980, n° 13, p. 5.

■ 11. CC 14 septembre 1961, *R.*, p. 55 ; Léo HAMON, note au *D.* 1963, p. 17 ; Georges VEDEL, « Le Conseil n'est pas compétent », *Le Monde* du 14 septembre 1961.

■ 12. Pour certains auteurs, il serait souhaitable de reconnaître au Conseil, sur demande du Premier ministre, une compétence générale consultative ; F. LUCHAIRE, « Saisir le Conseil avant plutôt qu'après », *Le Monde* du 23 août 1985.

■ 13. CC 61-20 DC, 6 novembre 1962, *R.*, p. 27 ; L. HAMON, note au *D.* 1963, p. 348.

parlementaire et loi référendaire est avant tout un véritable chef-d'œuvre stratégique : elle possède en effet l'immense intérêt d'éviter au Conseil, quelques années seulement après sa naissance et dans un rapport de forces défavorable, l'affrontement avec « l'institution » dominante de l'époque, le général de Gaulle. Contrairement au commentaire du Président du Sénat, le Conseil, par cette décision, ne venait pas de se suicider mais bien de se sauver, car il est probable qu'une invalidation aurait provoqué une vive réaction du Chef de l'État mettant en cause l'existence même du Conseil constitutionnel¹⁴.

24 Par ces décisions, le Conseil apparaît prudent, respectueux des textes et de la légitimité démocratique, mais aussi, par la jurisprudence stricte relative aux règlements des assemblées parlementaires¹⁵, comme un organe « allié de l'exécutif ». Cette image, qui nuit à sa crédibilité et à son autorité, va s'effacer progressivement au fil de décisions accordant au Parlement le pouvoir de légiférer au-delà du domaine délimité par l'énoncé de l'article 34 de la Constitution. Il cherche d'abord, dans d'autres articles de la Constitution, dans les dispositions de la Déclaration de 1789 et du Préambule de 1946, les fondements d'un élargissement des compétences du législateur¹⁶ ; il accorde ensuite à ce dernier seul le pouvoir de porter atteinte à la catégorie immense des principes généraux du droit¹⁷ ; enfin, en 1982, le Conseil prend deux décisions qui viennent couronner cette évolution : le 27 juillet, il décide que les questions qui, par leur objet même, touchent à des matières réservées à la loi, sont de la compétence du Parlement, même, est-il précisé, si elles ne figurent pas à l'article 34¹⁸ ; et le 30 juillet 1982, il considère qu'une disposition de nature réglementaire contenue dans la loi ne rend pas cette dernière inconstitutionnelle¹⁹.

En redonnant ainsi au Parlement son plein pouvoir d'intervention législative que la Constitution avait voulu limiter, le Conseil modifie sensiblement son image pour apparaître comme le défenseur des droits du législateur dont il vient d'améliorer la position de pouvoir sans pour autant attaquer sérieusement celle de l'exécutif²⁰. Mais ce faisant, il satisfait aussi ses intérêts en créant les conditions favorables à sa montée en puissance. En effet, puisque le Conseil est compétent pour connaître les lois, plus il étend le domaine législatif, plus il étend son propre champ d'intervention !

Au total, l'action du Conseil dans les années 1960 est loin d'être négligeable. Il a su, par une jurisprudence prudente et habile, se faire connaître et admettre par les autres institutions, éviter les conflits, fonder les bases de son action future et

■ 14. Il faut, pour apprécier la prudence interprétative du Conseil constitutionnel, se souvenir des menaces proférées par le Général de Gaulle contre le Conseil d'État, institution pourtant bien implantée, quand celui-ci annula, par un arrêt du 19 octobre 1962, l'ordonnance du 1^{er} juin 1962, instituant la Cour militaire de Justice.

■ 15. V. *infra*, n° 152.

■ 16. CC 65-34 L, 2 juillet 1965, *R.*, p. 75 ; CC 73-51 DC, 27 décembre 1973, *R.*, p. 25 ; CC 73-80 L, 28 novembre 1973, *R.*, p. 45.

■ 17. CC 69-55 L, 26 juin 1969, *R.*, p. 27.

■ 18. CC 82-142 DC, 27 juillet 1982, *R.*, p. 52.

■ 19. CC 82-143 DC, 30 juillet 1982, *R.*, p. 57.

■ 20. Dans sa décision du 30 juillet 1982, le Conseil rappelle en effet que le gouvernement a toujours la possibilité d'obtenir la délégalisation d'une disposition par le recours à la procédure de l'art. 37, al. 2.

finalement sortir de l'ombre où l'avaient placé les constituants de 1958. Mais c'est la décision du 16 juillet 1971 qui devait mettre le Conseil en pleine lumière.

Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL,

Saisi le 1^{er} juillet 1971 par le Président du Sénat, conformément aux dispositions de l'article 61 de la Constitution, du texte de la loi, délibérée par l'Assemblée nationale et le Sénat et adoptée par l'Assemblée nationale, complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association ;

Vu la Constitution et notamment son préambule ;

Vu l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, notamment le chapitre II du titre II de ladite ordonnance ;

Vu la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association, modifiée ;

Vu la loi du 10 janvier 1936 relative aux groupes de combat et milices privées ;

Considérant que la loi déferée à l'examen du Conseil constitutionnel a été soumise au vote des deux assemblées, dans le respect d'une des procédures prévues par la Constitution, au cours de la session du Parlement ouverte le 2 avril 1971 ;

Considérant qu'au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés par le préambule de la Constitution il y a lieu de ranger le principe de la liberté d'association ; que ce principe est à la base des dispositions générales de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association ; qu'en vertu de ce principe les associations se constituent librement et peuvent être rendues publiques sous la seule réserve du dépôt d'une déclaration préalable ; qu'ainsi, à l'exception des mesures susceptibles d'être prises à l'égard de catégories particulières d'associations, la constitution d'associations, alors même qu'elles paraîtraient entachées de nullité ou auraient un objet illicite, ne peut être soumise pour sa validité à l'intervention préalable de l'autorité administrative ou même de l'autorité judiciaire ;

Considérant que, si rien n'est changé en ce qui concerne la constitution même des associations non déclarées, les dispositions de l'article 3 de la loi dont le texte est, avant sa promulgation, soumis au Conseil constitutionnel pour examen de sa conformité à la Constitution, ont pour objet d'instituer une procédure d'après laquelle l'acquisition de la capacité juridique des associations déclarées pourra être subordonnée à un contrôle préalable par l'autorité judiciaire de leur conformité à la loi ;

Considérant, dès lors, qu'il y a lieu de déclarer non conformes à la Constitution les dispositions de l'article 3 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel complétant l'article 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 ainsi, par voie de conséquence, que la disposition de la dernière phrase de l'alinéa 2 de l'article 1^{er} de la loi soumise au Conseil constitutionnel leur faisant référence ;

Considérant qu'il ne résulte ni du texte dont il s'agit, tel qu'il a été rédigé et adopté, ni des débats auxquels la discussion du projet de loi a donné lieu devant le Parlement, que les dispositions précitées soient inséparables de l'ensemble du texte de la loi soumise au Conseil ;

Considérant, enfin, que les autres dispositions de ce texte ne sont contraires à aucune disposition de la Constitution ;

DÉCIDE :

ARTICLE PREMIER. – Sont déclarées non conformes à la Constitution les dispositions de l'article 3 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel complétant les dispositions de l'article 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 ainsi que les dispositions de l'article 1^{er} de la loi soumise au Conseil leur faisant référence.

ARTICLE 2. – Les autres dispositions dudit texte de loi sont déclarées conformes à la Constitution.

ARTICLE 3. – La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française.

Délibéré par le Conseil constitutionnel dans sa séance du 16 juillet 1971.

- 25 La décision du 16 juillet 1971 est la « grande » décision du Conseil constitutionnel, celle qui opère une véritable révolution politique en rompant avec les principes traditionnels du droit français et en particulier la souveraineté de la loi²¹. Son histoire mérite d'être connue. Le 25 janvier 1971, le tribunal administratif de Paris annule, conformément à une jurisprudence constante, le refus du Préfet de police de Paris, de délivrer au fondateur de l'Association « les Amis de la Cause du Peuple » le récépissé de la déclaration des statuts, au motif que la loi du 1^{er} juillet 1901 relative aux associations ne donne pas à l'autorité administrative le pouvoir d'apprécier préalablement la licéité de l'association et la légalité de ses statuts²². Plutôt que de saisir le Conseil d'État, le gouvernement fait adopter par le Parlement, le 23 juin 1971, une loi modifiant celle de 1901 et aux termes de laquelle est instauré, à l'initiative du Préfet, un contrôle *a priori* des associations par l'autorité judiciaire²³. Cette loi est adoptée malgré l'opposition du Sénat, emmenée par Pierre Marcilhacy qui considère que ces dispositions portent atteinte à la liberté de former

■ 21. CC 71-44 DC, 16 juillet 1971, *R.*, p. 29 ; J. RIVERO, *AJDA*, 1971, p. 537 ; J. ROBERT, *RDJ*, 1971, p. 1171. Que cette audace jurisprudentielle ait eu pour ressort la déception du Président du Conseil, Gaston PALEWSKI, de n'avoir pas été élevé à la dignité de grand-croix de la Légion d'honneur par le Président POMPIDOU... le 14 juillet 1971 ravit toujours les auditeurs ; mais l'anecdote ne saurait tenir lieu d'explication d'un tournant déjà amorcé dans la « petite » décision du 19 juin 1970 ; CC 70-39 DC, 19 juin 1970, *R.*, p. 15.

■ 22. TA 25 janvier 1971, *De Beauvoir et Leiris*, *AJDA*, 1971, p. 229.

■ 23. La procédure prévue était assez complexe : si le Préfet a un doute sur la licéité de l'association, il transmet la déclaration au Procureur de la République qui peut alors saisir le Président du tribunal de grande instance en référé ; si ce dernier n'a pas ordonné, dans un délai de rigueur de huit jours, le sursis, le récépissé doit être immédiatement délivré ; s'il a ordonné le sursis, il dispose d'un délai de deux mois pour statuer au fond.

des partis politiques reconnue à l'article 4 de la Constitution²⁴. Aussi, le Président de cette Assemblée, Alain Poher, est-il plus ou moins contraint de saisir le Conseil pour lui demander d'apprécier la constitutionnalité de cette réforme législative.

Pour exercer son contrôle, le Conseil se réfère pour la première fois²⁵, et là se situe la « révolution », au Préambule de la Constitution de 1958 et par là même, à la Déclaration de 1789 et au Préambule de 1946 auxquels il renvoie : « considérant qu'au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés par le Préambule de la Constitution, il y a lieu de ranger le principe de la liberté d'association ». Et, à la suite, le Conseil déclare contraire à la Constitution les dispositions instaurant un contrôle *a priori* au motif que ce principe implique que la constitution d'associations se fasse librement et ne puisse « être soumise pour sa validité à l'intervention préalable de l'autorité administrative ou même de l'autorité judiciaire ».

Ce raisonnement n'est pas nouveau, mais il était nécessaire pour le Conseil de le reprendre à son compte en lui donnant une force constitutionnelle. Il n'est pas nouveau dans la mesure où le Conseil d'État, dans un arrêt d'assemblée du 11 juillet 1956²⁶, avait déjà affirmé, en des termes identiques, que la liberté d'association figurait « au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et réaffirmés par le Préambule de la Constitution » de 1946. Si le Conseil constitutionnel s'inspire ainsi de la jurisprudence administrative, il opère cependant un changement de qualité juridique en faisant de la liberté d'association, un principe constitutionnel. Et cette promotion est fondamentale puisque, sans elle, le Conseil n'aurait pu apprécier la constitutionnalité de la loi. En effet, il n'est, dans le corps même de la Constitution de 1958, aucun article qui consacre la liberté d'association ; le Conseil était donc contraint, dès lors qu'il souhaitait exercer son contrôle, de rechercher « ailleurs », dans le Préambule, les fondements de son appréciation. Par cette démarche volontariste ou stratégique, le Conseil ouvre à son contrôle de la constitutionnalité des lois, une étendue potentiellement illimitée lui permettant de s'imposer progressivement comme l'institution clé de la V^e République.

2. | La nouvelle dynamique jurisprudentielle

26 La conséquence majeure de cette décision du 16 juillet 1971 est de provoquer un déplacement de l'objet du contrôle. Jusqu'à cette date, le Conseil vérifie essentiellement *la régularité externe* de la loi contestée : respect de la procédure législative, de la répartition des compétences entre le Parlement et l'Exécutif... À partir de 1971, il s'engage principalement dans la voie d'un *contrôle interne*, c'est-à-dire d'un contrôle portant sur le fond, sur le contenu même de la loi. Sans doute la coupure n'est-elle pas aussi nette, et le Conseil a-t-il invalidé, avant 1971, des

■ 24. Art. 4 de la Constitution de 1958 : « les partis et groupements politiques concourent à l'expression du suffrage. Ils se forment et exercent leurs activités librement. Ils doivent respecter les principes de la souveraineté nationale et de la démocratie ».

■ 25. Dans les visas de sa décision du 19 juin 1970 relative aux traités européens, le Conseil avait déjà mentionné le Préambule de la Constitution.

■ 26. CE, Ass., 11 juillet 1956, *Amicale des Annamites de Paris*, R., p. 317.

dispositions législatives jugées contraires à des règles de fond, en particulier le principe d'inamovibilité des magistrats posé par l'article 64 de la Constitution²⁷. La décision de 1971 représente cependant un saut qualitatif important en ce qu'elle augmente le nombre et surtout modifie profondément la valeur des textes au regard desquels une loi peut être appréciée. En effet, la Déclaration de 1789, comme le Préambule de 1946, contient avant tout des principes relatifs aux droits et libertés de l'homme et du citoyen amenant ainsi nécessairement le Conseil à s'en faire le gardien, le protecteur et le défenseur en sanctionnant les lois qui, selon lui, y porteraient atteinte.

L'affaire qui a donné lieu à la décision du 16 juillet est, à cet égard, significative du changement de portée du contrôle : *ce qui est sanctionné, c'est le choix du législateur*. Ce dernier considérait le principe de la liberté d'association garanti par le fait de confier à l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, selon la tradition libérale et l'article 66 de la Constitution, le pouvoir d'apprécier la légalité d'une association. À cette conception, juridiquement défendable, le Conseil oppose et impose un autre choix : celui qui fait reposer la garantie de la liberté d'association non sur la qualité de l'autorité investie du contrôle, mais sur l'absence de tout contrôle préalable. Le Conseil change ainsi de rôle : il n'est plus seulement le régulateur de l'activité des pouvoirs publics, il devient surtout, selon la formule consacrée, le gardien des droits et libertés contre la volonté législative d'une majorité gouvernementale.

27 La seconde conséquence de la décision du 16 juillet 1971 est d'accroître l'autorité et la légitimité du Conseil constitutionnel. Avec le recours contre la loi sur les associations, avait-on averti, le Conseil joue son destin²⁸. Allait-il une nouvelle fois se déclarer incompétent, refuser de sanctionner un choix considéré politiquement important par l'exécutif, ou allait-il enfin faire preuve d'indépendance et d'audace ? C'est par la formulation de cet enjeu, par sa dramatisation que la décision du 16 juillet s'est construite comme mythe fondateur du Conseil constitutionnel : en donnant un coup d'arrêt à la politique du gouvernement, il se pose, de manière spectaculaire, comme pouvoir propre, libre, allié ni de l'exécutif ni du législatif, mais des droits et libertés des gouvernés.

Tout concourait, il est vrai, à une telle innovation. La conjoncture d'abord : le général de Gaulle mort, l'institution présidentielle représentée par Georges Pompidou n'inspire plus autant de craintes et sa domination sans partage du champ politique suscite même, en 1971, un climat général de contestations dont le Sénat se fait, d'une certaine manière, l'écho. Le sujet ensuite : pierre angulaire depuis Tocqueville de toute politique libérale, la liberté d'association est mise en cause par la majorité gouvernementale issue des « élections de la peur » de juin 1968. Dans un tel contexte, le Conseil pouvait oser s'aventurer hors du texte même de la Constitution et pénétrer au cœur de la loi ; il était assuré que son coup d'audace recevrait l'approbation et le soutien de tous ceux qui, jusque-là réticents à l'égard de sa fonction, avaient dénoncé le caractère « liberticide » de la loi de 1971.

■ 27. V. par exemple CC 67-31 DC, 26 janvier 1967, *R.*, p. 19, et CC 70-40 DC, 9 juillet 1970, *R.*, p. 25.

■ 28. O. DUPEYROUX, « La loi de 1901 et le destin du Conseil constitutionnel », *Le Monde* du 16 juillet 1971.

Quoi qu'il en soit²⁹, par cette décision, le Conseil se délivrait à lui-même un véritable certificat de naissance et de durée. « Quelle majorité, interroge Jean Rivero, se réclamant de la tradition libérale oserait, après ce coup d'éclat, supprimer une institution dont l'efficacité pour la défense des droits de l'homme, vient de s'affirmer ? »³⁰. Jusqu'à cette décision, la cause n'était pas nécessairement entendue.

B. LA RÉVISION CONSTITUTIONNELLE DE 1974 : L'OUVERTURE DU CONSEIL À LA MINORITÉ PARLEMENTAIRE

28 Importante, la décision du 16 juillet 1971 aurait cependant eu un effet sans doute limité si cette action jurisprudentielle était restée à la seule disposition des quatre principaux personnages politiques de l'État. La réforme de 1974, en étendant le droit de saisir le Conseil constitutionnel à la minorité parlementaire (1) a libéré une dynamique politique favorable à la montée en puissance du Conseil (2).

1. L'extension du droit de saisine à soixante députés ou sénateurs

29 Le 21 octobre 1974, le Congrès modifie, à la majorité requise des 3/5^{es}, l'article 61 de la Constitution en étendant le droit de saisir le Conseil constitutionnel à 60 députés ou 60 sénateurs³¹. Cette révision constitutionnelle n'est pas, comme l'ont dénoncé les parlementaires de l'opposition, une simple « réformatte », ou une fausse réforme. Car il existe un lien étroit entre le nombre et la qualité des autorités habilitées à saisir le Conseil et le rôle de cette institution. Les constituants l'avaient parfaitement compris puisqu'ils ont repoussé, en 1958, plusieurs propositions d'élargissement du droit de saisine, notamment au tiers des membres de l'une ou l'autre assemblée, au motif qu'elles transféreraient le gouvernement effectif aux mains du Conseil, l'opposition saisissant ce dernier chaque fois qu'une loi ne lui donnerait pas satisfaction. La limitation du droit de saisine était une garantie de la limitation du rôle du Conseil constitutionnel.

D'où la véritable révolution constitutionnelle que représente l'élargissement, en 1974, du droit de saisine. L'initiative en revient au Président Giscard d'Estaing qui, aussitôt après son élection, annonce cette réforme dans un message au Parlement³². Les raisons en sont multiples : affirmer le caractère libéral du régime en renforçant la protection des droits et libertés ; modifier et décriper les relations entre la

■ 29. Ces considérations n'ont pas pour objet de réduire la force propre du raisonnement du Conseil ; elles montrent seulement qu'une « grande décision » est toujours le produit de circonstances particulières où se mêlent contraintes juridiques et politiques.

■ 30. J. RIVERO, *op. cit.*, *AJDA*, 1971, p. 539.

■ 31. La révision constitutionnelle porte la date du 29 octobre 1974. Jusque-là, seul le Président de la République, le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat et le Premier ministre pouvaient saisir le Conseil constitutionnel.

■ 32. Il semble que le Président, nouvellement nommé, du Conseil constitutionnel, Roger FREY, avait au préalable suggéré cette réforme. V. JO Débats Sénat, 17 octobre 1974, p. 1321.

majorité et l'opposition, en donnant à celle-ci, premier élément d'un futur statut, de nouveaux droits, de nouveaux moyens de contrôle ; mais aussi, peut-être, anticiper l'avenir électoral. Après, en effet, sa courte victoire à l'élection présidentielle, la majorité ne peut exclure son possible devenir minoritaire ; dès lors, en facilitant l'accès de l'opposition au Conseil, elle se dote par avance des armes lui permettant, le moment venu, de faire appel à cette institution qu'elle domine, d'une politique législative menée par une gauche majoritaire à l'Assemblée nationale et maîtresse de l'exécutif³³.

- 30** Pour atteindre ces objectifs, le projet de révision comporte initialement deux dispositions : la faculté pour le Conseil de se saisir lui-même « des lois qui lui paraîtraient porter atteinte aux libertés publiques garanties par la Constitution », et celle, pour un certain nombre de parlementaires, de saisir le Conseil. La première proposition fut rejetée aussi bien par l'opposition que par une large partie de la majorité convaincue par Jean Foyer que l'auto-saisine ferait du Conseil une institution à la fois juge et partie et la transformerait en organe de tutelle générale et politique sur le Parlement³⁴. La seconde proposition fut en revanche acceptée facilement, après cependant une sévère discussion sur le nombre de parlementaires pouvant saisir le Conseil³⁵.

Au demeurant, cette révision marque la reconnaissance de la place acquise par le Conseil dans le jeu des institutions. Après une naissance difficile, il se voit consacré comme pièce fondamentale du régime d'énonciation des normes. Il n'est plus question de le supprimer ou de réduire ses compétences mais au contraire d'accroître son pouvoir. Car la révision n'est pas seulement la preuve que « la greffe a réussi » selon l'expression de Jean Lecanuet ; elle crée aussi, pour l'avenir, les conditions d'une dynamique politique qui va accélérer la montée en puissance du Conseil constitutionnel.

2. La logique politique de la révision constitutionnelle

- 31** La révision de 1974 va provoquer, sans que ses auteurs l'aient nécessairement voulu, une dynamique dans trois secteurs particuliers et dont la convergence va conforter la position de pouvoir du Conseil³⁶.

Premier secteur, la classe politique. L'opposition de gauche, méfiante à l'égard de l'institution, va, en effet, aussi vite qu'elle l'avait critiquée, prendre la mesure des profits qu'elle peut escompter de la nouvelle modalité de saisine. En portant une loi devant le Conseil, elle montre à l'opinion sa détermination à s'opposer,

■ 33. Pour défendre le droit d'auto-saisine du Conseil, Jean LECANUET, alors garde des Sceaux, eut cet argument « bizarre » : « *songeons qu'un jour*, déclare-t-il, nous pourrions regretter de ne pas disposer d'une institution libre, placée au-dessus de tous les pouvoirs et capable de se prononcer sur la constitutionnalité des lois ». *Songeons qu'un jour... n'est-ce pas dire « le jour où nous serons dans l'opposition » ?* Voir JO Débats AN, 10 octobre 1974, p. 1283.

■ 34. J. FOYER, JO Débats AN, 10 octobre 1974, p. 1281.

■ 35. Le gouvernement proposait « le cinquième des membres composant l'une ou l'autre Assemblée », l'Assemblée nationale, le dixième ; l'accord se fit sur « 60 députés ou 60 sénateurs ».

■ 36. D. ROUSSEAU, « La réforme de 1974, ou le big bang de la démocratie constitutionnelle », in *Vingt ans de saisine parlementaire*, Economica, 1995.

par tous les moyens légaux, à une politique jugée néfaste sans s'exposer à des risques excessifs : si le Conseil confirme le texte, l'inconvénient de la « défaite » est compensé par la dénonciation de la composition de l'institution ; si raison lui est donnée, l'avantage de la « victoire » s'accompagne d'une crédibilité renforcée de sa critique et, par ricochet, de son projet politique. Le génie de la réforme de 1974 est d'obliger l'opposition, dans la logique du jeu politique, à saisir le Conseil constitutionnel pour « faire des coups », à utiliser le Conseil comme point d'appui obligé de sa stratégie de contestation de la majorité gouvernementale. La force de l'engrenage est telle qu'une certaine forme de perversité apparaît : une opposition qui, après avoir contesté une loi lors des débats parlementaires, ne saisit pas le Conseil, est rapidement accusée d'avoir mené une critique uniquement politicienne ! Pour fonder le sérieux de sa contestation, l'opposition « doit » saisir le Conseil, et il n'est pas rare qu'elle le fasse parce qu'un ministre l'a mise au défi de le faire³⁷. En termes voilés, le Conseil manifeste parfois son irritation à l'égard de saisines fondées sur des considérations plus politiques que juridiques. Ainsi, après la seconde saisine en quinze jours de la loi de 1985 sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie, le Conseil rappelle que « l'objet de son contrôle est non de gêner ou retarder l'exercice du pouvoir législatif mais d'assurer sa conformité à la Constitution »³⁸. Mais la pesanteur du jeu politique conduit l'opposition, quelle qu'elle soit, à continuer de saisir le Conseil de toutes les grandes – et parfois moins grandes – lois votées par la majorité, contribuant ainsi à faire devenir l'institution « un rouage presque permanent du pouvoir législatif »³⁹.

32 Deuxième secteur, la doctrine. Les constitutionnalistes en particulier participent à la promotion du Conseil, dans la mesure où le développement de son pouvoir offre pour eux-mêmes, de nouvelles perspectives. La multiplication des décisions leur permet d'abord de repousser les analyses politistes privilégiant l'étude des régimes électoraux et des partis politiques au profit de l'approche juridique du contenu et des effets des principes constitutionnels dégagés par le Conseil ; elle leur permet encore, par le travail de commentaires, d'affirmer la juridicité, jusqu'à contestée par une partie de la doctrine, du droit constitutionnel ; elle leur permet enfin de présenter la Constitution comme un document juridique imposant sa logique aux autres branches du droit. « Le droit constitutionnel, écrit ainsi Louis Favoreu, redevient véritablement la base des autres droits avec lesquels il va entretenir de plus en plus un rapport hiérarchique »⁴⁰. Un nouveau « chœur à deux voix » entre le Conseil et la doctrine se fait entendre, où cette dernière, par son travail de mise en forme, de rationalisation cherche à fonder théoriquement la légitimité du Conseil, et apporte son aide, son soutien, ses encouragements en faveur du développement de son rôle⁴¹.

■ 37. V. par exemple, F. GUILLAUME, ministre de l'Agriculture, lors de l'examen du projet de loi relatif à la mutualisation de la Caisse nationale du Crédit agricole, JO Débats Sénat, 14 octobre 1987.

■ 38. CC 85-197 DC, 23 août 1985, R., p. 70.

■ 39. B. CHÉNOT, « Le Conseil constitutionnel », Académie des Sciences morales et politiques, 9 décembre 1980.

■ 40. L. FAVOREU, « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », *Pouvoirs*, 1980, n° 13, p. 23.

■ 41. G. VEDEL, « Doctrine et jurisprudence constitutionnelles », *RDP*, 1989, p. 11. En 1980, est créée l'Association française des constitutionnalistes qui milite notamment pour la redéfinition de l'enseignement

33 Troisième secteur enfin, la presse. Elle découvre le Conseil lors de la décision du 16 juillet 1971, produit depuis des commentaires réguliers qui façonnent l'image d'un Conseil au-dessus des institutions parlementaires et gouvernementales. « Défaite du gouvernement », « désaveu de la majorité », « la loi sous la coupe des neuf sages », autant de formules journalistiques qui donnent à voir le Conseil comme l'institution de l'ultime recours, celle qui est en position de donner un coup d'arrêt au pouvoir, celle dont dépend la validité du travail de tous les autres organes. Exagérée ou non, cette médiatisation des décisions du Conseil et la représentation de son rôle qui en découle, n'en produisent pas moins, dans une société dominée par les médias, un effet de réalité qui constitue pour l'autorité et le crédit du Conseil dans l'opinion publique un soutien fort appréciable.

Au total, le Conseil est arrivé au point opposé où les constituants de 1958 l'avaient placé ; et la trajectoire de pouvoir n'était pas terminée !

SECTION II | **L'IMPLANTATION RÉUSSIE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL**

34 À la fin des années 1970, le Conseil constitutionnel a fait sa place dans le paysage institutionnel mais les conditions dans lesquelles elle s'est faite – la fameuse décision du 16 juillet 1971 – alimente, malgré l'intervention du constituant en 1974, une discussion sur sa légitimité (§1). Sans que le débat sur le « risque » d'un gouvernement des juges soit clos, le constituant a consacré l'implantation du Conseil en ouvrant son accès à tout justiciable au moyen de la question prioritaire de constitutionnalité (§2).

§ 1. UNE IMPLANTATION DISCUTÉE

A. LA LÉGITIMITÉ DISCUTÉE DU CONSEIL : LES CRISES DE 1986, 1993 ET 2000

35 La question de la légitimité du rôle du Conseil constitutionnel est inévitable *dans le cadre actuel des catégories de pensée*. En effet, selon la présentation classique, la logique démocratique progresse quand les règles relatives à la dévolution, l'organisation et l'exercice du pouvoir politique ne dépendent ni de la volonté personnelle ou du bon vouloir d'un homme seul ou d'un groupe, ni du simple fait de la tradition, de la coutume, de l'hérédité ou encore de la force brutale. En ce sens, le mouvement constitutionnel peut se confondre avec la revendication démocratique dans la mesure où la constitution est précisément ce texte écrit qui, explicitement et

du droit constitutionnel à partir de l'étude des décisions du Conseil, pour sa présence dans le programme des quatre années du cursus universitaire et pour son introduction dans les grandes écoles. À partir de 1975, les chroniques de jurisprudence constitutionnelle et les études sur le Conseil prennent une place de plus en plus grande dans les revues juridiques. Ce manuel lui-même participe à ce mouvement...

de manière solennelle, organise le pouvoir politique et soumet les organes et l'activité de l'État à des règles juridiques.

Mais la logique juridique implique, pour que soit parfaite la soumission du Politique au Droit, qu'existe aussi un système de sanction, applicable à tous ceux qui ne respectent pas la règle. Et c'est ici que surgit le problème, car en matière constitutionnelle, l'organe sur lequel pèsent le contrôle et la menace de sanction est le législateur élu par le peuple. Ainsi, la création et le rôle du Conseil constitutionnel dans le processus de fabrication des lois, s'ils satisfont la logique juridique, heurtent la logique démocratique qui suppose que les lois sont l'expression de la volonté du peuple souverain. Le régime démocratique n'est-il pas en effet atteint, dans sa philosophie et dans ses mécanismes institutionnels, quand un organe composé de membres non élus a, selon une formule lancée en 1795 lors du débat sur la jurie constitutionnaire, droit de vie et de mort sur les lois votées par les représentants élus du peuple ? Posée dans ces termes, la question de la légitimité du contrôle de constitutionnalité des lois est insoluble car enfermée dans un dilemme parfait : ou bien il n'existe pas de contrôle des lois, et le principe démocratique peut souffrir sous les coups de décisions du législateur contraires aux libertés et violant la Constitution adoptée par le peuple, ou bien il existe un contrôle des lois, et le principe démocratique peut souffrir également de la soumission progressive de la volonté des représentants élus du peuple à une institution sans légitimité électorale.

36 Cette question et ce dilemme alimentent régulièrement la discussion doctrinale et politique sur la justice constitutionnelle : ils sont présents dès 1789, reviennent en 1795 avec le projet Sieyès, sous la III^e République avec les différentes propositions de Charles Benoist, en 1946, avec le Comité constitutionnel, et encore en 1958 avec la création du Conseil constitutionnel. Ils ont même provoqué, en août 1986, novembre 1993 et mars 2000, une réaction de défense de la classe politique contre la position conquise par cette institution dans le système constitutionnel français.

Le 9 août 1986 en effet, Albin Chalandon, garde des Sceaux et Premier ministre par intérim, déclare : « le pouvoir discrétionnaire du Conseil constitutionnel est une anomalie »⁴². Ce n'est pas la première fois que le rôle et l'existence même du Conseil sont contestés et provoquent un important débat politico-juridique. Lors de la réforme de 1974, l'opposition de gauche et une partie des gaullistes s'inquiètent déjà, avec Jean Foyer, du « très redoutable pouvoir » du Conseil constitutionnel, chargé de sanctionner les lois portant atteinte aux libertés publiques alors même que celles-ci ne sont pas « nettement précisées dans le droit public français actuel » ; en 1978, après plusieurs annulations d'élection de députés socialistes, François Mitterrand affirme que « le Conseil constitutionnel est une institution dont il faudra se défaire »⁴³ ; en 1981 enfin, au moment où commence le débat législatif sur les nationalisations, les responsables socialistes critiquent la composition, les compétences, le rôle et l'existence même du Conseil en termes assez vifs

■ 42. A. CHALANDON, *Le Monde* du 9 août 1986.

■ 43. *Le Monde* du 21 juin 1986.

pour que le Président du Conseil, personnellement mis en cause, obtienne du chef de l'État une mise au point publique⁴⁴.

37 Il ne faut pas négliger non plus, dans ces réactions, la part des circonstances et des considérations tactiques. En 1981 comme en 1986, les mises en cause du Conseil interviennent au moment où il doit rendre ses décisions sur des sujets politiquement importants pour la majorité au pouvoir : les nationalisations en 1981, le statut des étrangers et la redéfinition du paysage audiovisuel en 1986. Les critiques ont donc, dans ce contexte, pour fonction de fragiliser le Conseil en rappelant à l'opinion, ainsi prise à témoin, son défaut de légitimité démocratique ; l'objectif consiste à faire pression sur le Conseil pour le dissuader de prendre une décision négative ou, faute de l'en empêcher, à diminuer par avance, en la politisant, la portée et la force de la décision⁴⁵.

Au-delà de ces considérations, il reste que, pour la première fois, en 1986, la contestation de la place acquise par le Conseil dans le jeu institutionnel est formulée non par un quelconque responsable politique, mais de manière solennelle par un responsable de l'État s'autorisant du titre de « ministre de la loi ». Avec une argumentation très serrée, très professionnelle, le garde des Sceaux porte sa critique sur deux points : d'une part, la réforme de 1974 en donnant aux parlementaires la possibilité de saisir le Conseil a fait devenir ce dernier « un arbitre entre l'opposition et la majorité », c'est-à-dire « tout autre chose que ce pourquoi il avait été fait » ; d'autre part, l'élargissement de son système de référence au Préambule par la décision de 1971, a donné au Conseil « un pouvoir discrétionnaire très vaste » dans la mesure où « il se réfère à des principes généraux » imprécis et souvent non écrits. En somme, constate Albin Chalandon, « le Conseil constitutionnel évolue vers un rôle qui n'a plus grand-chose à voir avec ce qu'il était à l'origine ».

38 L'histoire ainsi décrite n'est pas inexacte ; la doctrine dans son ensemble convient de cette évolution. Mais elle rappelle la Fable *Le Corbeau et le Renard* où, comme lui, la classe politique, au bout de quinze années, découvre, honteuse et confuse, que le Conseil a progressivement construit son pouvoir aux dépens de ceux qui l'ont saisi, et jure alors qu'on ne l'y prendra plus... mais sans doute un peu tard. Car est-il politiquement possible de revenir sur le principe de la saisine

■ 44. « Faut-il vous rappeler, déclare le député socialiste Michel BERSON lorsque l'opposition menace de saisir le Conseil de la loi de nationalisation, que le Président du Conseil, M. FREY, a des liens familiaux avec la banque Rothschild », JO Débats AN, 20 octobre 1981, p. 2235. À l'issue du Conseil des ministres du 4 novembre 1981, François MITTERRAND exprimait, dans un communiqué, « son vif regret que le Président du Conseil ait été mis en cause et, qui plus est, sans fondement au cours d'un débat à l'Assemblée nationale ». Dans cette même période, le premier secrétaire du parti socialiste, Lionel JOSPIN, affirme que « jamais les grands courants de réforme ne se sont laissés arrêter par une Cour suprême, quelle qu'elle soit », et le Président du groupe socialiste, Pierre JOXE, que les députés socialistes ne se sentent pas « concernés » par la future décision du Conseil (*Le Monde* du 24 décembre 1981). Exprimant l'enjeu de cette controverse, Jacques ROBERT donne à une série de deux articles le titre suivant : « Le Conseil constitutionnel en question ? » in *Le Monde* des 8 et 9 décembre 1981.

■ 45. Le journal *Libération* qualifie ainsi le Conseil constitutionnel de « gang du Palais-Royal », après sa décision du 16 janvier 1982 estimant insuffisante l'indemnisation des actionnaires privés, *Libération*, 18 janvier 1982.

parlementaire⁴⁶ ? Et est-il juridiquement sérieux de penser enfermer le pouvoir du Conseil en rédigeant de nouvelles « Tables de la loi », à supposer qu'un accord de la classe politique sur leur contenu existe ?

Les politiques gardent cependant un pouvoir ultime : celui de revenir sur une décision du Conseil, de passer outre une censure juridictionnelle. Et ils l'ont fait notamment en 1993. Le 19 novembre de cette année-là, le Congrès est en effet spécialement réuni à Versailles pour voter une révision de la Constitution ayant pour objet de donner au droit d'asile une définition permettant au législateur de reprendre des dispositions que le Conseil constitutionnel avait censurées dans sa décision du 13 août 1993⁴⁷. Et les discours tenus à cette occasion sont d'une rare violence contre le Conseil : « le peuple ce matin, c'est nous et c'est nous qui aurons le dernier mot » (Paul Masson) ; « les parlementaires doivent l'emporter sur les juges » (Étienne Dailly) ; « depuis que le Conseil a décidé d'étendre son contrôle au respect du Préambule de la Constitution, cette institution est conduite à contrôler la conformité de la loi au regard de principes généraux, parfois plus philosophiques et politiques que juridiques, quelquefois contradictoires et, de surcroît, conçus à des époques différentes de la nôtre » (Édouard Balladur, Premier ministre).

Toute l'histoire du contrôle de constitutionnalité est ainsi mise en cause : constitutionnalisation des Déclarations des droits de 1789 et 1946, techniques des réserves d'interprétation... C'est pourquoi, Robert Badinter, « au nom de tous les membres du Conseil depuis 1971 », prend publiquement la défense de l'institution qu'il préside en affirmant que « dans tout État démocratique, rien ne peut empêcher que le juge soit source de droit ; et le citoyen a tout lieu de s'en féliciter : la Cour de cassation, à partir du Code civil, a élaboré le droit moderne de la responsabilité civile ; le Conseil d'État, en formant les principes généraux du droit, a assuré aux citoyens les garanties nécessaires à leurs libertés ; la même inspiration préside depuis 1971 à la jurisprudence du Conseil constitutionnel. En vérité, conclut le Président du Conseil, l'impatience qui saisit toute majorité politique face au juge constitutionnel est celle de tout pouvoir face à un contre-pouvoir »⁴⁸.

39 La crise la plus grave est évidemment celle provoquée par l'affaire *Elf* : directement mis en cause à la fin de l'année 1997, le Président du Conseil, Roland Dumas, a d'abord décidé de continuer d'assumer ses fonctions au nom du principe de la présomption d'innocence, puis, sous la triple pression des enquêtes judiciaires, de la presse et de ses collègues, il s'est mis en congé du Conseil en mars 1999, et enfin, après son renvoi devant le tribunal correctionnel, il en a démissionné le 1^{er} mars 2000. Si, pendant toute cette période, le Conseil a fonctionné « normalement », ses décisions ont inévitablement été rapportées à la situation judiciaire de son Président. Ainsi en fut-il du contentieux électoral et en particulier de la décision validant l'élection de Jean Tiberi. Ainsi en fut-il, bien sûr, de la décision du

■ 46. Un des effets des déclarations d'Albin CHALANDON fut de convaincre les députés socialistes, jusque-là hésitants, de saisir le Conseil constitutionnel de la réforme du statut des étrangers !

■ 47. CC 93-325 DC, 13 août 1993, *R.*, p. 224. Sur la nouvelle définition du droit d'asile, *V. infra* n° 855.

■ 48. R. BADINTER, « Le pouvoir et le contre-pouvoir », *Le Monde* du 23 novembre 1993. Un an après cette crise, le Président BADINTER obtenait la publication au *Journal officiel* des observations en défense de la loi présentée par le gouvernement, confortant ainsi la qualité juridictionnelle du Conseil.

22 janvier 1999⁴⁹ : en renversant l'interprétation jusque-là admise de l'article 68 de la Constitution et en décidant qu'il accordait un privilège de juridiction pour tous les actes délictueux commis par le chef de l'État avant ou pendant son mandat présidentiel, le Conseil fut soupçonné d'avoir été entraîné par Roland Dumas à accorder à Jacques Chirac, lui-même impliqué comme ancien maire de Paris dans l'affaire du financement illicite du RPR, cet avantage juridictionnel en échange de son soutien⁵⁰.

Que le soupçon soit vrai ou faux, le mal était fait, la confiance déjà réservée des partenaires du Conseil dans l'intégrité et l'objectivité de l'institution était rompue et toute la jurisprudence se trouvait d'un coup fragilisée. Incontestablement, de cette longue crise-là, le Conseil sort affaibli et peut-être même condamné dans sa forme actuelle. La question d'une réforme profonde du mode de désignation des juges, du moment du contrôle et du déroulement du procès constitutionnel est désormais posée et pourrait conduire à la mutation du Conseil en une véritable Cour constitutionnelle. Ou de l'utilité des crises...

B. LA LÉGITIMITÉ RECHERCHÉE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL⁵¹

40 Si la légitimité d'une institution repose sur la croyance collective en sa valeur sociale, le Conseil constitutionnel bénéficie aujourd'hui de cette croyance formée au terme d'une évolution constitutionnelle, politique, sociale et doctrinale.

Constitutionnelle d'abord, en ce que le Conseil puise une partie de sa légitimité dans le déséquilibre accentué des pouvoirs. L'élection du Chef de l'État au suffrage universel direct, la pratique gaulliste puis gaullienne des institutions, le fait majoritaire et la discipline des groupes parlementaires ont progressivement amoindri le rôle du Parlement : il n'est plus le lieu de discussion où débats et discours contribuent à la formation de la volonté générale ; il n'est plus le lieu de décisions, mais celui où, de manière solennelle et dans le rituel de débats dont chacun sait qu'ils ne changeront pas l'issue, s'enregistrent les décisions voulues et conçues « ailleurs », autrement dit à l'Élysée et à Matignon. La séparation des pouvoirs entre l'Exécutif et le Législatif, que les « Anciens » considéraient comme le fondement de la liberté politique parce qu'elle établissait un mécanisme de poids et contrepois limitant la puissance de l'État, a vécu⁵². Quelle que soit la qualité propre du texte constitutionnel, l'unité du pouvoir d'État se reconstitue sur l'Exécutif – Président ou Premier ministre – par la grâce de la logique politique majoritaire attribuant au camp victorieux et à son chef la maîtrise du pouvoir normatif. Dans ce contexte, le Conseil constitutionnel apparaît, du fait du silence et de l'impuissance du Parlement,

■ 49. CC 98-408 DC, 22 janvier 1999, *R.*, p. 29.

■ 50. Interrogé à plusieurs reprises sur l'affaire *Dumas*, Jacques CHIRAC rappelle régulièrement, pendant toute cette période, son attachement au respect de la présomption d'innocence, v. par ex., le communiqué de l'Élysée du 9 mars 1998.

■ 51. V. *infra*, n°s 962 et s. ; la dernière partie de ce manuel reprend, de manière plus développée, la question de la légitimité de la justice constitutionnelle.

■ 52. À supposer qu'elle ait, un jour, été appliquée... V. à ce sujet, M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, LGDJ, 1980.

comme le seul lieu où la volonté législative du gouvernement puisse être efficacement discutée : au déclin du face-à-face gouvernement-Parlement a correspondu l'essor du face-à-face Exécutif-Conseil constitutionnel, ce dernier apparaissant ainsi comme le contrepoids moderne d'un nouvel équilibre constitutionnel.

- 41 *Politique ensuite*, dans la mesure où le Conseil bénéficie du discrédit qui atteint les institutions politiques. L'image des hommes politiques dans l'opinion est incontestablement mauvaise, et la conviction, autrefois limitée aux catégories sociales traditionnelles, qu'ils sont plus préoccupés de leurs ambitions et intérêts personnels que des « vrais » problèmes, est très largement partagée. Ce rejet de la classe politique et, au-delà, de la politique se manifeste aussi bien par la désaffection croissante à l'égard des syndicats et des partis politiques traditionnels, par un fort taux d'abstention électorale inhabituel dans sa répétition, par le succès électoral de formations contestant le jeu partisan – les écologistes par exemple –, que par une méfiance accrue à l'égard du Parlement, et plus encore des députés. Dès lors, il n'est pas surprenant que l'opinion reporte sa confiance sur des institutions qui, comme le Conseil constitutionnel, exercent un contrôle sur les activités de la classe politique à la sincérité de laquelle « on » ne croit plus. Le Conseil est ainsi perçu comme l'instrument de la société civile contre la société politique, perception qui, dans l'affaiblissement de la croyance en la vertu du politique, participe à sa légitimation.

Sociale également, dans la mesure où à ce rejet de la politique correspond dans l'opinion une promotion de valeurs éthiques, une redécouverte des droits de l'homme comme principe moral devant s'imposer à tout pouvoir politique. Et, dans ce combat entre la Morale et la Politique, « le public comprend, écrit le doyen Georges Vedel, que le Conseil consacre l'intangibilité des principes » contre un législateur qui, pour des raisons partisanses, peut vouloir les mettre en cause⁵³.

- 42 *La doctrine* enfin a entrepris, depuis quelques années, de fonder en droit la légitimité du Conseil constitutionnel en cherchant notamment à démontrer que son rôle créateur dans la fabrication des lois n'est pas contraire au principe démocratique, que le dilemme soulevé précédemment est un faux dilemme⁵⁴.

Pour Michel Troper, par exemple, la théorie classique de la représentation peut justifier le rôle du Conseil constitutionnel⁵⁵. La qualité de représentant en effet ne dépend pas principalement de l'élection mais est liée à la participation au pouvoir législatif, dans la mesure où les institutions qui font la loi sont censées exprimer non leur volonté propre mais la volonté générale et faire la loi au nom du peuple souverain. Or, le Conseil étant une institution qui contribue, directement ou

■ 53. G. VEDEL, « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme », *Pouvoirs*, 1988, n° 45, p. 149.

■ 54. Il est aussi une autre manière de sortir du dilemme : nier le rôle politique du Conseil constitutionnel ! Cette position n'est cependant plus guère défendue par les auteurs qui acceptent le phénomène et cherchent à le justifier ; v. par exemple M. CAPPELLETTI, *Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle*, Economica, 1982, p. 461.

■ 55. M. TROPER, « L'article 3 de la Constitution de 1958 », communication au colloque de l'Association française de Science politique des 2, 3 et 4 mars 1989 ; « Justice constitutionnelle et démocratie », *RFDC*, 1990, n° 1, p. 31.

indirectement, à l'élaboration des lois, il peut donc être considéré comme un représentant du souverain, au même titre que le Parlement ; son rôle dans la détermination de la volonté générale est alors parfaitement légitime et respectueux des principes de la démocratie représentative.

D'autres encore avancent la thèse selon laquelle la démocratie ne se réduit pas au simple pouvoir de la majorité, mais se définit également par le respect des libertés et la protection des droits des minorités. Dès lors, en assurant ces fonctions, en protégeant libertés et minorités contre une éventuelle oppression de la majorité, le Conseil, loin de porter atteinte au principe démocratique, garantit le caractère démocratique du régime.

D'autres encore et notamment les auteurs de ce manuel soutiennent que l'introduction d'un contrôle de constitutionnalité oblige à repenser les catégories – représentation, séparation des pouvoirs, fabrication des lois... – dans lesquelles se concevaient jusque-là le droit constitutionnel. En bref, oblige à un changement de paradigme.

§ 2. | UNE IMPLANTATION CONSACRÉE

43

Le constituant originaire n'avait pas fait du Conseil une véritable juridiction constitutionnelle, alors qu'il aurait pu le faire ; le constituant dérivé de 1974 n'a pas cherché à condamner ou à freiner une évolution de l'institution ; à nouveau, le constituant dérivé de 2008 va intervenir pour consacrer et accélérer la transformation juridictionnelle du Conseil par l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité (A). Si la question de la légitimité de cette position institutionnelle du Conseil n'est pas complètement éteinte, chacun reconnaît aujourd'hui qu'il est devenu la clé de voûte du système constitutionnel et politique français (B).

A. | LA RÉVISION CONSTITUTIONNELLE DE 2008 : L'OUVERTURE DU CONSEIL AUX JUSTICIABLES

44

Ouvrir aux justiciables l'accès au Conseil constitutionnel n'est pas seulement prolonger la réforme de 1974. C'est passer d'un contrôle de constitutionnalité *a priori* à un contrôle *a posteriori*. Or, ce passage faisait débat (1) et il a fallu plusieurs années avant que le constituant instaure la question prioritaire de constitutionnalité (2).

1. | Le débat constitutionnel sur le contrôle *a posteriori*

45

Le 14 juillet 1989, lors de son traditionnel entretien avec les journalistes, le Président de la République annonçait son intention d'engager une révision constitutionnelle dont l'objet serait d'élargir aux individus le droit de contester la

constitutionnalité des lois⁵⁶. Le principe d'une telle réforme fut, dans l'ensemble, accueilli favorablement, même si une partie de la doctrine – et de la classe politique – reste réservée sinon hostile à l'introduction, par ce moyen, d'un contrôle *a posteriori*⁵⁷.

46 Pour les partisans de l'extension du contrôle de constitutionnalité aux lois déjà promulguées, ce mécanisme est considéré d'abord comme un moyen de combler les lacunes du système actuel. Le contrôle *a priori* oblige en effet le Conseil à apprécier la constitutionnalité d'une loi de manière abstraite ou, au mieux, en essayant d'imaginer sa logique d'application. Or, si une loi peut apparaître et être jugée parfaitement constitutionnelle au départ, son application peut révéler que certaines dispositions, *a priori* conformes, sont en réalité contraires à la Constitution : soit parce qu'elles sont appliquées à des situations que ni le législateur ni le Conseil n'ont imaginées, soit parce que la compréhension de tel ou tel principe constitutionnel – le principe d'égalité par exemple – a évolué avec le temps. En somme, c'est lors de son application concrète, et non au moment de sa conception, qu'il est possible de « dire » si une loi est contraire à la Constitution. Le contrôle *a priori* assure donc une protection imparfaite des droits fondamentaux ; il laisse sans sanction possible l'application inconstitutionnelle d'une loi en vigueur, à la différence du contrôle *a posteriori* qui peut, à tout moment, couvrir tous les cas nouveaux d'inconstitutionnalité.

Le contrôle *a priori* est encore jugé imparfait en ce que sa mise en œuvre appartient exclusivement à la classe politique : le Président de la République, le Premier ministre, les Présidents des deux Assemblées et 60 députés ou sénateurs. Or, par « solidarité de classe », par le fait d'un consensus, par le résultat d'engagements secrets, par souci politique⁵⁸, ou pour toute autre raison, il se peut qu'aucune de ces autorités ne saisisse le Conseil de textes posant des problèmes de constitutionnalité importants et évidents, mais qu'elles ne veulent pas voir examinés. À la limite, la grève de la saisine aboutirait à la fermeture du Conseil ! La seule garantie contre cet éventuel blocage est donc l'élargissement du droit de saisine aux citoyens, dans la mesure où, eux, n'hésiteront jamais à contester la constitutionnalité d'une loi portant atteinte à leurs droits.

47 À côté de cette défense « technique » du contrôle *a posteriori*, sont avancés aussi des arguments plus « politiques ». L'élargissement aux citoyens du droit de contester la constitutionnalité des lois est en effet considéré, au même titre que le

■ 56. « Je suis partisan d'une révision constitutionnelle qui permettrait à tout Français de saisir le Conseil constitutionnel s'il estime ses droits fondamentaux méconnus », F. MITTERRAND, TFI 1 et A. 2, 14 juillet 1989. Le chef de l'État reprenait ainsi la proposition faite par le Président du Conseil constitutionnel quelques mois plus tôt (entretien au *Monde* du 3 mars 1989) qui, lui-même, reprenait une idée déjà émise auparavant par Maurice DUVERGER (1959), Paul COSTE-FLORET (1963) ou... Valéry GISCARD D'ESTAING (1972).

■ 57. Seul le débat constitutionnel sera abordé ici. Le débat politique est d'ailleurs assez simple : faut-il, pour l'opposition, voter une réforme et donner ainsi une victoire à François MITTERRAND au moment où sa popularité baisse dans les sondages ?

■ 58. Dans le climat politique qui a suivi la vague d'attentats terroristes à Paris à la fin de l'année 1986, les parlementaires socialistes n'ont pas cru devoir saisir le Conseil de la loi du 30 décembre 1986 qui permettait de faire juger par la Cour d'assises spéciale, créée par la loi du 9 septembre 1986, des faits survenus avant son entrée en vigueur.

référendum par exemple, comme un moyen de combler « le déficit démocratique » des systèmes représentatifs. À force de s'en remettre pour tout aux représentants, les citoyens s'écartent de la vie politique, les représentants se coupent, par leur mode de pensée et leurs centres d'intérêt, des préoccupations des représentés, et chacune de ces tendances se nourrissant l'une l'autre, l'indifférence et le désintérêt se développent au point de provoquer ce qu'il est convenu d'appeler « la crise » du système représentatif. Il faut donc susciter un retour d'intérêt en ouvrant aux citoyens des possibilités d'intervention directe. Et s'il n'apparaît pas envisageable de supprimer les représentants ni de donner au peuple le pouvoir d'élaborer directement la loi, il est en revanche parfaitement concevable de reconnaître aux citoyens le droit de contrôler le travail législatif des représentants, le droit de contester la constitutionnalité des lois qu'en leurs noms, les représentants votent. Autrement dit, l'élargissement de la saisine repose sur l'idée démocratique que la défense des principes constitutionnels, la défense des droits et libertés ne se délègue pas ; elle n'est pas l'affaire des représentants, mais des citoyens eux-mêmes. Idée au demeurant conforme à la volonté des hommes de 1789 qui ont rédigé la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen « afin, précisent-ils, que les *réclamations des citoyens*, fondées sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous ».

48 Pour l'essentiel, l'argumentation des adversaires de l'élargissement du droit de saisine aux citoyens se résume dans une défense et illustration du contrôle *a priori*, considéré comme le meilleur système de contrôle de constitutionnalité. Il est rapide : dans le délai d'un mois, ou en cas d'urgence, de huit jours, le débat sur la conformité de la loi à la Constitution est tranché. Et surtout il assure une totale sécurité des rapports juridiques : la contestation de la loi étant réglée avant son entrée en vigueur, chacun peut, une fois le texte contrôlé et promulgué, fonder en toute tranquillité son comportement sur la loi, sachant qu'elle ne peut plus être mise en cause.

Donner aux citoyens le droit de contester la constitutionnalité des lois en vigueur détruirait ces avantages et introduirait de nombreux inconvénients. Celui de la lenteur : le procès constitutionnel ne serait plus enfermé dans des délais stricts, mais pourrait durer plusieurs mois. Celui surtout de l'instabilité juridique : une incertitude permanente pèserait sur les lois qui, toujours à la merci d'un recours des citoyens, pourraient être déclarées contraires à la Constitution après avoir été appliquées pendant plusieurs années ; il en résulterait une situation juridique confuse ou, comme le dit plus nettement encore Jean Rivero, « une pagaille insondable, tout ce qui s'est passé avant devenant inconstitutionnel... »⁵⁹. Celui aussi de l'incohérence : la cohabitation du contrôle *a priori* et du contrôle *a posteriori* poserait des problèmes dans l'hypothèse où une loi examinée avant sa promulgation serait contestée à nouveau, mais par les citoyens, et une fois en vigueur.

Sans leur dénier toute pertinence, ces objections n'emportent pas la conviction ; d'autant que les modalités d'application de la question prioritaire de constitutionnalité lèvent nombre d'entre elles.

⁵⁹ J. RIVERO, « Les techniques juridictionnelles du contrôle de constitutionnalité des lois », in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1985, p. 90.

2. L'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité

49 Reprenant le projet initié par le Président Badinter en 1989 et repris, en 1993, par le Comité Vedel, le nouvel article 61-1, issu de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, dispose que « lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé » ; et cet article renvoie à une loi organique la détermination des conditions concrètes de son application.

Le dispositif repose sur *deux* principes simples : *la saisine indirecte* et *un double filtrage*. En effet, il n'est nullement prévu de donner à chaque citoyen le pouvoir de contester lui-même la constitutionnalité des lois, directement devant le Conseil constitutionnel. Le procédé retenu est celui du recours indirect, c'est-à-dire de la reconnaissance au profit du justiciable du droit de soulever, devant toute juridiction de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif, la question de la constitutionnalité de la loi que le juge veut lui appliquer. L'élargissement de la saisine bénéficie donc en fait aux seules personnes, françaises ou étrangères, physiques ou morales, publiques ou privées, parties à un procès et qui vont pouvoir soulever comme nouveau moyen de défense l'atteinte portée à leurs droits et libertés par la loi en cause, qu'elle ait été adoptée avant ou après 1958.

50 Le second trait de la réforme est de donner l'exercice effectif du droit de saisir le Conseil constitutionnel aux tribunaux ordinaires. En effet, l'article 61-1 établit un double filtrage, dont la mise en œuvre est renvoyée à une loi organique⁶⁰. D'abord, la juridiction devant laquelle la question d'inconstitutionnalité est soulevée doit vérifier que la disposition contestée est « applicable » au litige, que cette disposition n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans une décision antérieure, et que la question de constitutionnalité est bien « sérieuse ». Ensuite, si ces trois conditions sont remplies, la juridiction doit transmettre la question au Conseil d'État ou à la Cour de cassation, selon que le litige relève de l'une ou l'autre juridiction ; ces deux Cours suprêmes apprécient à leur tour les trois conditions et, dans l'affirmative, ce sont elles qui saisissent le Conseil constitutionnel. S'il déclare la disposition conforme, le procès, suspendu par le procès constitutionnel, reprendra ; s'il la déclare non conforme, la disposition est abrogée, le procès et les procédures juridictionnelles en cours sont arrêtés et, pour le présent et le passé, il appartiendra au Conseil de déterminer « les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ».

51 Ce mécanisme, assez complexe, a un double objet : par le filtrage, éviter l'encombrement du Conseil et les recours dilatoires destinés seulement à ralentir le cours de la justice ; par les modalités d'application d'une abrogation, garantir l'effet utile pour le justiciable d'une déclaration d'inconstitutionnalité.

■ 60. Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

De l'avis général, le dispositif est, pour reprendre l'expression du doyen Vedel, « bien huilé ». Il aurait peut-être été plus simple et préférable, d'une part, de permettre à toute personne de saisir directement le Conseil constitutionnel, et d'autre part, de confier à ce dernier la responsabilité d'organiser lui-même le filtrage. Sans doute, les exemples étrangers – Espagne, Italie, Allemagne... – montrent que cette organisation-là du contrôle *a posteriori* conduit à un encombrement des juridictions constitutionnelles par la multiplication des recours, et à des décisions de filtrage qui se font au détriment des décisions portant sur le fond de la question constitutionnelle. Aussi, les constituants de 2008 ont-ils eu certainement raison, à la fois de retenir aujourd'hui ce dispositif de filtrage et de l'inscrire dans la loi organique – et non dans la loi constitutionnelle – afin, demain, de pouvoir le modifier aisément si les circonstances l'exigent.

Au total, l'extension aux justiciables du droit de contester la constitutionnalité des lois représente une nouvelle révolution : l'entrée de l'individu dans l'espace constitutionnel où se discutent, s'acquièrent, se forment ses droits et ses libertés. De cette révolution-là, il ne faut pas avoir peur.

B. LE CONSEIL, INSTRUMENT D'UNE « RÉVOLUTION JURIDIQUE » ?

- 52 En 1795, le conventionnel Berlier qualifiait la jurie constitutionnaire proposée par Sieyès de « grand pilote guidant les pilotes habituels de l'État ». Cette image peut être reprise aujourd'hui pour caractériser la position du Conseil constitutionnel (1) mais elle doit être complétée car, au-delà de l'État, il touche désormais la société en substituant à la culture de la loi la culture de la constitution (2).

1. Le Conseil, acteur essentiel de la régulation politique

- 53 Le Conseil constitutionnel est aujourd'hui reconnu comme un acteur fondamental du processus complexe de fabrication des lois. Cette qualification « d'acteur fondamental » se déduit de deux considérants définissant clairement les nouvelles règles du jeu législatif. Aux parlementaires socialistes qui soutiennent que l'article 34 donne au Parlement un pouvoir souverain en matière de nationalisation, le Conseil répond que « si l'article 34 place dans le domaine de la loi les nationalisations d'entreprises et les transferts d'entreprises du secteur public au secteur privé, *cette disposition ne saurait dispenser le législateur, dans l'exercice de sa compétence, du respect des principes et des règles de valeur constitutionnelle qui s'imposent à tous les organes de l'État* »⁶¹ ; à ces mêmes parlementaires qui déniaient au Conseil le pouvoir d'apprécier, par le recours à l'erreur manifeste, la nécessité des nationalisations, le Conseil répond que « l'appréciation portée par le législateur sur la nécessité des nationalisations décidées par la loi soumise à l'examen du Conseil, *ne saurait, en l'absence d'erreur manifeste, être récusée par celui-ci* ».

Un principe général est donc posé : la volonté du législateur n'est plus libre et inconditionnée mais subordonnée, soumise au respect des principes

■ 61. CC 81-132 DC, 16 janvier 1982, R., p. 18.

constitutionnels ; et en conséquence, son appréciation des choses n'est plus incontestable mais peut être sanctionnée en cas d'erreur manifeste. En d'autres termes, le Parlement n'est plus maître de la loi ; il devait déjà largement partager le travail avec le gouvernement ; il doit maintenant faire une place au Conseil constitutionnel. Et une place fondamentale. Car les règles constitutionnelles auxquelles le Parlement est désormais soumis sont déterminées par le Conseil ; et l'erreur manifeste de l'appréciation parlementaire est décidée par le Conseil. De sorte que, *dans les faits*, le Parlement se trouve soumis à un Conseil qui, en accumulant de décision en décision les règles constitutionnelles, construit un réseau de contraintes assez dense pour peser sur le contenu même de la production législative.

54 Plus précisément, ce pouvoir du Conseil dans le processus législatif peut être qualifié de *pouvoir d'amendement irréfragable*. Pouvoir d'amendement parce qu'il peut supprimer des dispositions législatives, en déclarer d'autres dépourvues d'effets juridiques, définir par une interprétation directive les conditions d'application de la loi, ou encore donner, dans la motivation de sa décision, des conseils pour une réécriture constitutionnelle de la loi contestée. Irréfragable parce qu'aucun autre acteur de la procédure législative n'est en position de pouvoir s'opposer, ignorer ou contester ces décisions, l'article 62 de la Constitution lui donnant l'arme suprême en disposant « qu'elles s'imposent aux pouvoirs publics »⁶².

55 À titre d'exemples, dans une jurisprudence qui n'en manque pas, la décision du 7 janvier 1988, où le Conseil sanctionne l'octroi d'une majorité automatique pour les organisations agricoles même si elles ne constituent pas la majorité des membres de la Caisse, et indique au législateur les dispositions qui auraient été constitutionnellement admises pour préserver la vocation du Crédit Agricole, à savoir « un aménagement approprié des droits de vote au sein des Caisses régionales, de nature à tempérer la stricte rigueur du principe majoritaire »⁶³ ; la décision du 18 septembre 1986, qui invalide une partie de la loi sur les entreprises de presse et oblige le ministre François Léotard à déposer au Parlement un nouveau projet dont le contenu, affirme-t-il publiquement, n'exprime pas sa volonté mais celle du Conseil⁶⁴ ; la décision du 8 juillet 1989, où le Conseil considère qu'en votant l'élargissement de l'amnistie aux licenciés pour fautes lourdes, le législateur a méconnu l'autorité qui s'attache à la décision du 20 juillet 1988 par laquelle il avait déjà sanctionné cette même disposition⁶⁵ ; l'affaire de la « cristallisation des pensions » – la première décision QPC – à l'issue de laquelle le Conseil censure le régime des pensions allouées aux combattants des anciennes colonies françaises, et invite le législateur à adopter une nouvelle loi plus respectueuse du principe d'égalité – ce qu'il fera quelques mois plus tard⁶⁶... Ainsi s'établit, au fil de la jurisprudence, une

■ 62. S'opposer aux décisions du Conseil est, évidemment, possible ; mais il faut sortir de la procédure législative et emprunter la procédure constituante, comme ce fut le cas en novembre 1993 pour la redéfinition du droit d'asile ; voir *supra*, n° 38.

■ 63. CC 88-232 DC, 7 janvier 1988, *R.*, p. 17.

■ 64. CC 86-217 DC, 18 septembre 1986, *R.*, p. 141.

■ 65. CC 89-258 DC, 8 juillet 1989, *R.*, p. 48.

■ 66. CC 2010-1 QPC, 28 mai 2010, *R.*, p. 91 ; et l'article 211 de la loi n° 2010-1657 du 29 décembre 2010.

sorte de dialogue législatif entre le Conseil et le législateur – gouvernement et Parlement confondus – ce dernier prenant de plus en plus souvent en compte au moment de l'élaboration du projet ou au cours des débats parlementaires, les prescriptions contenues dans les décisions du Conseil.

56 Sans doute, le Conseil affirme-t-il, à juste titre, qu'il ne dispose pas « d'un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement »⁶⁷. Mais, dès lors qu'est posée et sanctionnée la supériorité de la Constitution sur la loi, l'organe qui dit les règles constitutionnelles est, nécessairement, dans une position supérieure à celui qui écrit la loi. Au demeurant, s'il est question, aujourd'hui, de la nouvelle figure de l'État de droit, c'est bien qu'à l'État de la souveraineté de la loi et du Parlement a succédé l'État de la souveraineté de la Constitution et la primauté du Conseil constitutionnel.

57 Le Conseil constitutionnel est également reconnu aujourd'hui comme un acteur capital de la régulation du jeu démocratique en obligeant les majorités qui se succèdent à rejeter les politiques extrêmes, à limiter leurs ambitions partisans et à inscrire leurs réformes législatives dans le cadre de l'ordre constitutionnel existant. Ce rôle « d'amortissement de l'alternance »⁶⁸, qui peut comporter le risque de réduire et d'appauvrir le débat politique à des questions de gestion, comporte deux aspects contradictoires mais inséparables qui, pour cette raison, laissent place évidemment à des appréciations politiques différentes.

Le Conseil facilite d'abord l'alternance en maintenant un lien entre la nouvelle majorité et l'ancienne devenue opposition. Cette dernière, en effet, n'est plus totalement exclue du pouvoir car, si elle a perdu la faculté de statuer, elle dispose désormais d'une faculté d'empêcher en demandant au Conseil de censurer les lois votées par la majorité. Et cette faculté est plus forte et réelle que celle traditionnelle du combat parlementaire où l'opposition, minoritaire, est toujours battue : régulièrement les minorités obtiennent raison contre la volonté majoritaire⁶⁹. Et de ce fait, l'opposition accepte mieux le pouvoir d'une majorité qu'elle peut efficacement contrôler et limiter.

58 Quant à celle-ci, elle tire également profit de l'intervention du Conseil. Prudent, il ne cherche pas à heurter systématiquement les gouvernants nouvellement élus et préfère, le plus souvent, prononcer des annulations partielles qui ont l'avantage de permettre aux auteurs du texte... comme aux auteurs de la saisine de trouver des motifs de satisfaction. Ainsi, le seul retrait par le Conseil de la référence au futur statut de la Nouvelle-Calédonie dans la question posée pour le référendum d'auto-détermination « ravit » à la fois Pierre Joxe qui l'avait demandé au nom de l'opposition socialiste et Bernard Pons puisque « le Conseil revient au texte du

■ 67. CC 74-54 DC, 15 janvier 1975, *R.*, p. 19. Le Conseil n'a pas, par exemple, l'initiative des lois même s'il n'hésite pas parfois, comme dans la décision du 28 juillet 1987, à inviter le Parlement à prendre les mesures nécessaires « pour éviter le recours répété à des grèves de courte durée affectant anormalement le fonctionnement régulier des pouvoirs publics », CC 87-230 DC, 28 juillet 1987, *R.*, p. 48.

■ 68. A. RICHARD, in *Les partis politiques et le Conseil constitutionnel*, Economica, 1987, p. 97. Dans le même sens, Jacques TOUBON écrit que le Conseil « arrondit les angles de l'alternance électorale », *idem*.

■ 69. La droite par exemple, lors de la loi de nationalisation de 1982, ou celle sur l'amnistie des licenciés pour fautes lourdes ; la gauche, par exemple, sur la loi sur les entreprises de presse de 1986.

gouvernement » dont il est, à l'époque, membre⁷⁰ ; ainsi encore, les propos de Jacques Attali, conseiller spécial du Président de la République, après la décision du 16 janvier 1982 qui invalide le mode d'indemnisation des actionnaires privés, expriment bien le bénéfice que la majorité peut recevoir de l'intervention du Conseil : ce dernier, dit-il, « ayant reconnu la conformité à la Constitution des nationalisations, *tout le débat de la campagne présidentielle et de la bataille parlementaire sur le caractère constitutionnel des nationalisations est terminé* »⁷¹. Autrement dit, l'intervention du Conseil a, pour la majorité, le double avantage d'éteindre la polémique – l'extension du secteur public ne peut plus être discutée – et de donner à la réforme un « brevet de bon droit », une légitimité supplémentaire en atténuant son aspect partisan.

59 Enfin, le Conseil maintient un lien entre la nouvelle majorité et l'ancienne en interdisant à la première l'abrogation des dispositions législatives qui aurait pour effet de porter atteinte à l'exercice d'un droit ou d'une liberté constitutionnelle. Cette jurisprudence dite de « l'effet cliquet » oblige ainsi la majorité à inscrire sa politique législative dans la continuité de la précédente, à la perfectionner sans pouvoir la détruire ou revenir en arrière⁷².

Ce premier aspect ne doit cependant pas faire oublier que le Conseil constitutionnel empêche aussi l'alternance de se développer pleinement, en gênant la majorité dans la réalisation des réformes pour lesquelles elle a été élue. Il est vrai qu'il n'a empêché ni la gauche de nationaliser, décentraliser ou instaurer le « mariage pour tous », ni la droite de privatiser, de limiter l'exercice de la grève dans les transports, ou d'aménager le bouclier fiscal. Mais les principes constitutionnels dont il impose, directement ou indirectement, le respect, ont chaque fois pesé comme une contrainte sur la majorité gouvernementale qui n'a jamais pu réaliser pleinement les changements fondamentaux qu'elle souhaitait. Dans l'affaire de la décentralisation au début des années 1980, les socialistes, par crainte d'une censure constitutionnelle, ont ainsi renoncé à de nombreuses dispositions – l'attribution d'un pouvoir normatif aux autorités locales – et en ont atténué d'autres – l'interventionnisme des collectivités tempéré par le respect de la liberté du commerce et de l'industrie, la suppression de la tutelle tempérée par l'obligation de transmettre les décisions locales aux représentants de l'État... – au point qu'à l'arrivée la réforme est modeste, très en retrait du projet politique initial et, comme le constate Jacques Moreau,

■ 70. CC 87-226 DC, 2 juin 1987, R. p. 34 ; v. les réactions de Pierre JOXE et Bernard PONS, in *Le Monde* du 4 juin 1987.

■ 71. J. ATTALI, *Le Monde* du 19 janvier 1982. V. dans le même sens, le communiqué du Secrétaire général de l'Élysée, *Le Monde* du 21 janvier 1982. En 1984 encore, le rapporteur socialiste de la loi sur la transparence et le pluralisme des entreprises de presse déclare « qu'il sera difficile pour l'opposition, après la décision du Conseil constitutionnel, de proposer la suppression de cette loi qui va dans le sens de l'extension des libertés », *Le Monde* du 13 octobre 1984.

■ 72. Dans sa décision du 20 janvier 1984, le Conseil considère, pour la première fois, que « l'abrogation totale de la loi d'orientation du 12 novembre 1968 (par la loi Savary) dont certaines dispositions donnaient aux enseignants des garanties conformes aux exigences constitutionnelles qui n'ont pas été remplacées dans la présente loi par des garanties équivalentes n'est pas conforme à la Constitution », CC 83-165 DC, 20 janvier 1984, R. p. 30. V. dans le même sens, CC 84-185 DC, 18 janvier 1985, R. p. 36 ; CC 92-316 DC, 20 janvier 1993, R., p. 14.

limitée souvent à consacrer une situation de fait qui existait auparavant⁷³. Dans l'affaire des entreprises de presse, la droite, pour les mêmes raisons, a dû renoncer en 1986 au régime de liberté qu'elle défendait pour faire adopter, contrainte et forcée, une législation limitant les concentrations.

2. Le Conseil, acteur d'une nouvelle culture de la Constitution

60 Avec la QPC, la France passe progressivement d'une culture de la loi à une culture de la Constitution. Ce qui est une « petite » révolution. Depuis 1789, en effet, la France considérait que, puisqu'elle exprimait la volonté générale, la loi était l'acte suprême et, en tant que tel, soustraite à tout contrôle. Cette conception légicentriste prend sa source dans les circonstances politiques de la Révolution française qui, avant de se faire contre le Roi, se fait contre les Parlements de l'Ancien Régime, c'est-à-dire contre les juges. Ces derniers avaient acquis, du fait de la non-convocation des États généraux depuis 1614, un droit de regard sur les ordonnances royales. Comme ils devaient les enregistrer pour qu'elles soient applicables, ils en avaient déduit qu'ils pouvaient faire des « remontrances » au Roi et même refuser de valider ses ordonnances, obligeant alors ce dernier à venir tenir un « lit de justice »⁷⁴ pour contraindre le Parlement à les enregistrer. Et comme le Roi répugnait à se déplacer dans ses provinces pour tenir ces fameux « lits de justice », nombre d'ordonnances royales portant réforme de la justice ou du système fiscal avaient été « retoquées » par les juges. Aussi, avant même de couper la tête au Roi, les hommes de 1789 – dont beaucoup étaient avocats – décapitent des juges en leur interdisant, par la loi des 16 au 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, « d'empêcher ou de suspendre l'exécution des décrets du Corps législatif sous peine de forfaiture ». Ainsi se construit l'idée du caractère sacré de la loi, qui ne peut mal faire car les représentants du peuple en sont à l'origine et qui ne peut donc être contrôlée car il n'est pas concevable de diriger la volonté du peuple exprimée par ses représentants.

Sans doute, la lecture de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 infirme cette idée d'un pouvoir libre et absolu de la loi : « la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société » dispose l'article 5 ; « la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires » proclame l'article 8... En d'autres termes, la loi n'est pas libre d'énoncer n'importe quelle peine ; une loi qui établirait des condamnations disproportionnées n'exprimerait pas la volonté générale. La lettre de la Déclaration inscrit donc la loi dans une relation de dépendance à l'égard des principes qu'elle énonce mais, par leur expérience immédiate de l'Ancien Régime, les hommes de 1789 ne peuvent donner aux juges un pouvoir sur la loi qui rappellerait trop celui des Parlements sur les ordonnances royales. D'où les échecs répétés de toutes les propositions d'établissement d'un contrôle de constitutionnalité qui renforcent la croyance dans la force légitimante de la seule loi.

73. J. MOREAU, « Perspectives de la décentralisation », *AJDA*, 1982, p. 307.

74. Il s'agissait d'une séance du Parlement en présence du Roi.

Par une ironie dont l'histoire est coutumière, la France a commencé son chemin vers la culture de la Constitution avec le général de Gaulle qui, en 1958, fait inscrire dans la Constitution une nouvelle institution, le Conseil constitutionnel, chargée de contrôler la conformité des lois à la Constitution. La rupture est timide mais le processus est lancé et, par la tendance naturelle de toute institution à étendre ses compétences, le Conseil va progressivement monter en puissance : intégration de la Déclaration de 1789 et du Préambule de la Constitution de 1946 dans les normes de référence de son contrôle en 1971, extension de la saisine à 60 députés ou 60 sénateurs en 1974, et développement de ses moyens de contrôle en 1980.

61 En créant la QPC, la révision de juillet 2008 accélère encore le rythme du changement de culture et en modifie profondément le sens et la portée. Jusqu'alors, en effet, la Constitution était du domaine des politiques ; désormais, elle devient l'affaire de chacun puisque tout « justiciable » peut soulever devant n'importe quel juge et à n'importe quel moment d'un procès la question de la constitutionnalité de la loi qui lui est appliquée. Concrètement, si un procès a pour objet un marché public, le justiciable peut soulever l'atteinte au principe constitutionnel d'égal accès à la commande publique ; s'il concerne une disposition fiscale, il peut invoquer l'atteinte au principe d'égalité devant les charges publiques ; s'il porte sur une disposition pénale, il peut opposer l'atteinte aux principes de nécessité, de proportionnalité et d'adéquation des peines... Autrement dit, la Constitution n'est plus un « texte pour universitaires » ou « pour les politiques » ; elle devient un moyen pour le justiciable de défendre ses droits contre la loi⁷⁵. La Constitution sort du cercle des élites pour entrer dans le monde des citoyens ; elle devient, comme le disait Benjamin Constant, « la garantie des citoyens », une arme pour défendre pratiquement et au quotidien les droits fondamentaux.

62 Cette nouvelle culture de la constitution impacte les pratiques professionnelles de tous les métiers du droit. Celle des magistrats, bien sûr, à qui il était demandé jusqu'alors d'appliquer les lois sans les évaluer et qui doivent désormais porter sur elles un premier jugement de constitutionnalité. La loi organique, en effet, n'a pas prévu que le justiciable puisse saisir directement le Conseil constitutionnel. Il doit seulement soulever devant le juge ordinaire la question de constitutionnalité à charge pour celui-ci de « filtrer » sa demande, c'est-à-dire de décider s'il y a lieu de saisir le Conseil constitutionnel. Et pour ce faire le juge ordinaire doit d'abord dire si la contestation de constitutionnalité porte sur une disposition législative qui est applicable au litige, ensuite vérifier si le problème invoqué par le requérant n'a pas déjà été tranché par le Conseil constitutionnel et, le cas échéant, si des changements dans les circonstances de droit ou de fait autorisent un nouvel examen de constitutionnalité, enfin apprécier le caractère « sérieux » de la question posée. De quelque manière que ce filtrage soit présenté, il conduit nécessairement les juges à procéder à un examen de la constitutionnalité de la loi sans doute sommaire, mais pour lequel la Cour de cassation et le Conseil d'État se déclaraient régulièrement incompétents. Les juges ne sont pas une simple boîte de transmission des

■ 75. Contre toutes les lois sauf les lois constitutionnelles et les lois adoptées par référendum, exceptions posées par le Conseil constitutionnel lui-même.

questions, mais une instance où se forge par le débat contradictoire un doute sur la constitutionnalité de la disposition législative litigieuse.

Changement également dans les pratiques professionnelles des avocats. Désormais, une affaire civile, pénale, fiscale, sociale, environnementale ne peut plus être appréhendée seulement dans sa dimension civile, pénale, sociale ou fiscale ; elle doit l'être aussi en termes constitutionnels car, pour chacune de ces matières, il existe des arguments constitutionnels qui peuvent être mobilisés au soutien d'une QPC. Il revient donc aux avocats, mieux, il est de leur responsabilité professionnelle d'élaborer désormais leur stratégie en discutant avec leur client de l'intérêt de faire valoir dans un litige l'argument constitutionnel. La loi organique oblige, en effet, l'avocat, lorsqu'il a décidé de soulever une QPC, non pas de l'indiquer rapidement à la fin de ses conclusions mais de rédiger « un écrit distinct et motivé ». Et, dans cette note, il doit exposer de manière argumentée les trois conditions – le lien, l'absence de précédent ou le changement de circonstances, et le caractère sérieux du moyen – de la recevabilité de la QPC. Car, évidemment, le but de cet écrit est de convaincre le juge de la pertinence du moyen et donc de la nécessité de sa transmission au Conseil constitutionnel. L'avocat qui ignorait largement la jurisprudence constitutionnelle, tout simplement parce qu'il n'en avait pas besoin pour sa pratique, doit donc aujourd'hui l'« apprendre » tout comme sa construction et ses évolutions.

Changement encore dans les pratiques des professeurs de droit. Chacun était jusqu'à maintenant enfermé dans sa discipline, le professeur de droit civil dans le droit issu de la première chambre civile de la Cour de cassation, le professeur de droit pénal dans celui de la chambre criminelle, le professeur de droit social dans celui de la chambre sociale, le professeur de droit administratif dans le droit issu du Conseil d'État, le professeur de droit européen dans celui issu de la Cour de Strasbourg, le professeur de droit européen dans celui de la Cour de Luxembourg et les professeurs de droit constitutionnel se partageaient entre l'analyse de la vie des institutions et le commentaire des décisions du Conseil constitutionnel. Malgré quelques évolutions récentes qui faisaient apparaître les « sources constitutionnelles » du droit du travail, du droit pénal ou du droit administratif, la pratique de l'enseignement et de la recherche en droit restait marquée par cette division académique. Que tout le monde dénonçait sans doute mais que tout le monde reproduisait cependant. Aujourd'hui, parce que les avocats utilisent la jurisprudence constitutionnelle, parce que la Cour de cassation et le Conseil d'État rendent des jugements motivés sur le caractère sérieux ou non d'une argumentation constitutionnelle en droit civil ou en droit administratif, chacun, dans son enseignement et sa recherche, doit nécessairement se référer au droit constitutionnel. Les professeurs de droit constitutionnel doivent, quant à eux, se remettre à l'étude de la jurisprudence des chambres de la Cour de cassation et à celle du Conseil d'État.

Avec la QPC, le droit constitutionnel déploie sa vie dans toutes les sphères sociales et trouve son objet, la société, ou plus exactement le retrouve puisque que l'article 16 de la Déclaration de 1789 fait de la société et non de l'État l'objet de la Constitution : « toute société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

BIBLIOGRAPHIE

1. Sur la naissance du Conseil constitutionnel :

■ « Le Conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, n° 13 (1980) et n° 105 (2003) ■ Sur le projet d'exception d'inconstitutionnalité, voir notamment : F. LUCHAIRE, *RDP*, 1990, p. 1625 ■ le numéro spécial de la *RFDC*, 1990, n° 4 ■ G. CONAC et D. MAUS (dir.), *L'exception d'inconstitutionnalité*, éd. STH, 1990 ■ *Le Conseil constitutionnel a 40 ans*, LGDJ, 1999 ■ P. AVRIL, « Le Conseil constitutionnel est-il toujours le bras armé du Gouvernement dans le parlementarisme rationalisé ? », *NCCC*, 2016, n° 1, p. 39 ■ P. AVRIL, J. GICQUEL, *Le Conseil constitutionnel*, Montchrestien, 6^e éd., 2011 ■ R. BADINTER, « Le pouvoir et le contre-pouvoir », *Le Monde* du 23 novembre 1993 ■ « L'exception d'inconstitutionnalité », *Mélanges B. Genevois*, Dalloz, 2008, p. 39 ■ B. CHÉNOT, *Le domaine de la loi et du règlement*, PUAM, 1978 ■ L. FAVOREU, « Le Conseil constitutionnel, régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », *RDP*, 1967, p. 115-120 ■ *Le Conseil constitutionnel et les partis politiques*, *Economica*, 1987 ■ L. FAVOREU, L. PHILIP, *Le Conseil constitutionnel*, PUF, 7^e éd., 2005 ■ J. LARCHE, « Le Conseil constitutionnel, organe du pouvoir d'État », *AJDA*, 1972, p. 132-137 ■ P. LEBRETON, « Les particularités de la juridiction constitutionnelle », *RDP*, 1983, p. 419 ■ F. LUCHAIRE, *Le Conseil constitutionnel*, *Economica*, 1980 ■ B. MATHIEU *et al.*, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel. 1958-1983*, Dalloz, 2009 ■ 1958-1986, 2^e éd., 2014 ■ D. MAUS, L. FAVOREU, J.-L. PARODI (dir.), *L'écriture de la Constitution de 1958 : actes du colloque du xxx^e anniversaire*, PUAM, *Droit public positif*, 1992 ■ J. MEUNIER, *Le pouvoir du Conseil constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*, Bruylant LGDJ, 1994 ■ R. PINTO, « Le contrôle de la constitutionnalité des lois », *Études juridiques et économiques*, 1959, n° 23, p. 30 ■ J. RIVERO, « Fin d'un absolutisme », *Pouvoirs*, 1980, n° 13, p. 5 ■ J. ROBERT, « Le Conseil constitutionnel en question ? », *Le Monde* des 8 et 9 décembre 1981 ■ H. ROUSSILLON, P. ESPLUGAS, *Le Conseil constitutionnel*, Dalloz, 8^e éd., 2015 ■ D. ROUSSEAU, « De quoi le Conseil est-il le nom ? », *Jus politicum*, 2012, n° 7 ■ M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, LGDJ, 1980 ■ G. VEDEL, « Le Conseil n'est pas compétent », *Le Monde* du 14 septembre 1961 ■ « Doctrine et jurisprudence constitutionnelles », *RDP*, 1989, p. 11 ■ M. VERPEAUX, *Le Conseil constitutionnel*, La documentation française, 2^e éd., 2014.

2. Sur l'extension de la saisine parlementaire :

■ L. DOMINGO, D. RIBES (dir.), « 2004-2014 : dix ans de saisine parlementaire », Dossier, *NCCC*, n° 48, 2015, p. 93 s. et n° 49, 2015, p. 71 s. ■ L. FAVOREU (dir.), *Vingt ans de saisine parlementaire*, *Economica*-PUAM, 1995 ■ Cl. FRANCK, « Le nouveau régime des saisines du Conseil constitutionnel », *JCP*, 1975, I, 2678 ■ P. JAN, *La saisine du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 1999 ■ F. LUCHAIRE, « Saisir le Conseil avant plutôt qu'après », *Le Monde* du 23 août 1985 ■ P. JUILLARD, « Difficultés du changement en matière constitutionnelle : l'aménagement de l'article 61 de la Constitution », *RDP*, 1974, p. 1703 ■ D. MAUS, A. ROUX (dir.), *30 ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, PUAM-*Economica*, 2005 ■ L. PHILIP, « L'élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel », *AJDA*, 1975, p. 15.

3. Sur le Conseil constitutionnel gardien des libertés :

■ G. BOUDOU, « Autopsie de la décision du Conseil du 16 juillet 1971 sur la liberté d'association », *RFDC*, 2014, n° 97, p. 5 ■ M. CAPPELLETTI, *Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle*, *Economica*, 1982 ■ A. CHOPLET, « L'articulation des offices du Conseil constitutionnel », *RFDC*, 2014/2, n° 98, p. 293 ■ O. DUPEYROUX, « La loi de 1901 et le destin du Conseil constitutionnel », *Le Monde* du 16 juillet 1971 ■ L. FAVOREU, « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », *Pouvoirs*, 1980, n° 13, p. 17 ■ L. FAVOREU, L. PHILIP, « Liberté d'association. Conformité de la loi au préambule. Protection des libertés publiques », in *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 1975, Sirey, p. 267 ■ F. GOGUEL, « Objet et portée de la protection des droits fondamentaux, Conseil constitutionnel français », *RIDC*, 1981, n° 2, vol. XXXIII, p. 436 ■ G.-D. HAIMBAUGH, « Was it France's Marbury v. Madison? », *Ohio State Law Journal*, 1974 ■ L. HAMON, « Contrôle de constitutionnalité et protection des droits individuels », *Dalloz*, 1974, p. 83 ■ E. LEMAIRE, « Dans les coulisses du Conseil constitutionnel. Comment le rôle de gardien des droits et libertés constitutionnellement garantis est-il conçu par les membres de l'institution? », *Jus politicum*, 2012, n° 7 ■ D. LOCHAK, « Le Conseil constitutionnel protecteur des libertés », *Pouvoirs*, 1980, p. 35 ■ F. LUCHAIRE, « La décision du 16 juillet 1971 », *AJJC*, VII, 1991, 1993, p. 80 ■ « Le Conseil constitutionnel et la protection des droits et libertés du citoyen », in *Mélanges offerts à Marcel Waline, Le Juge et le Droit public*, t. II, Paris, LGDJ, 1974, p. 563 ■ L. PHILIP, « La valeur juridique du préambule de la Constitution de 1946 », in *Mélanges dédiés à Robert Pelloux*, Lyon, éd. L'Hermès, 1980, p. 265 ■ J. ROBERT, « Propos sur le sauvetage d'une liberté », *RDP*, 1971, p. 1171 ■ D. ROUSSEAU, « La place du juge constitutionnel », *Les cahiers français*, 2001, n° 300, p. 39 ■ G. VEDEL, « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme », *Pouvoirs*, 1988, n° 45, p. 149.

CHAPITRE II

LA MUTATION JURIDICTIONNELLE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

- 63 Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction ? Régulièrement posée jusqu'au début des années 1980, cette question, qui se nourrissait du silence ou de l'ambiguïté des textes, opposait partisans et adversaires de la thèse juridictionnelle (section 1). Elle est aujourd'hui dépassée, le Conseil ayant affirmé sa qualité juridictionnelle et étant conduit sans doute, par la logique de la QPC, vers une possible position de Cour suprême (section 2).

SECTION I

LE CONSEIL, UNE JURIDICTION CONSTITUTIONNELLE INCOMPLÈTE

- 64 Même si Bernard Chenot la jugeait « stérile », la controverse doctrinale relative à la qualité juridictionnelle ou non du Conseil a marqué les premières années de l'introduction de cette nouvelle institution dans le paysage politique (§1). Il en reste des traces aujourd'hui dans la critique du mode de désignation des membres du Conseil (§ 2).

§ 1. LA CONTROVERSE DOCTRINALE

A. LES THÈSES EN PRÉSENCE

- 65 Malgré le silence des textes, la doctrine, dans sa majorité, croit pouvoir attribuer au Conseil constitutionnel une nature juridictionnelle, en se fondant sur trois

éléments principaux¹. En premier lieu, il est fait observer que la fonction du Conseil est de statuer en droit, de répondre en droit à une question de droit ; bref, de dire le droit. Ainsi, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité, le Conseil doit d'une part résoudre un conflit entre deux textes juridiques – une loi et la Constitution, le règlement des assemblées et la Constitution, un traité et la Constitution – et d'autre part trouver nécessairement dans cette dernière la réponse. Son rôle est donc résiduel ; il lui suffit de lire la Constitution, et non de construire un raisonnement, pour découvrir la solution, pour « dire » si la loi, le règlement ou le traité est conforme ou non à la Constitution.

En second lieu, la nature juridictionnelle du Conseil est déduite de l'existence d'un litige justifiant l'intervention d'une tierce personne. Ainsi en est-il évidemment du contentieux électoral lié par une contestation du résultat d'une élection, mais aussi du contentieux constitutionnel proprement dit : le Premier ministre *conteste* la nature législative d'une disposition lorsqu'il demande au Conseil, en vertu de l'article 37, de la déclarer réglementaire ; il *conteste* encore l'appréciation de l'Assemblée lorsqu'il saisit le Conseil, en vertu de l'article 41, pour faire dire que la proposition ou l'amendement parlementaire est de nature réglementaire ; les 60 députés ou sénateurs *contestent* aussi la loi lorsqu'ils demandent au Conseil, en vertu de l'article 61, de la déclarer contraire à la Constitution ; depuis 2010, le justiciable *conteste* la conformité d'une disposition législative aux droits et libertés constitutionnels. Et sans qu'elle soit formalisée, la procédure suivie en pratique devant le Conseil dans le contrôle *a priori*² permet aux juges constitutionnels d'avoir connaissance des arguments des deux parties, celle qui critique la loi et celle qui la défend. Sans doute, le critère de la contestation fait défaut lorsque sont contrôlés les lois organiques et les règlements des assemblées ; mais, ainsi que l'observe, à juste titre, François Luchaire, l'opération juridique de contrôle à laquelle se livre le Conseil est exactement la même que dans le cas d'une loi ordinaire³.

Enfin, dernier élément, la doctrine fonde son opinion sur le fait que les décisions du Conseil ont l'autorité de la chose jugée, c'est-à-dire qu'une fois le litige tranché et la solution rendue, celle-ci s'impose à tous, sans autre possibilité de contestation ou de recours. Ce critère, généralement considéré comme le plus important pour la qualification juridictionnelle du Conseil, est aussi, paradoxalement, le plus difficile à concilier avec les intentions des constituants et la rédaction même du texte constitutionnel. En effet, c'est essentiellement à propos de cette question qu'a été abordé le problème de la nature du Conseil. Au départ, le texte prévoyait expressément que les décisions du Conseil, susceptibles d'aucun recours, avaient l'autorité de la chose jugée ; or, dans la rédaction définitive, cette formulation disparaît, après que certains aient fait observer qu'elle impliquait que le Conseil était une juridiction, au profit d'un article 62 ainsi rédigé : « les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. *Elles s'imposent*

■ 1. M. WALINE, Préface aux grandes décisions du Conseil constitutionnel, L. FAVOREU et L. PHILIP, Sirey, 1986 ; F. LUCHAIRE, « Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction ? », *RDJ*, 1979, p. 27 ; J. RIVERO, *Libertés publiques*, PUF, 1981...

■ 2. Voir *infra*, n° 340 et s.

■ 3. F. LUCHAIRE, *op. cit.*, p. 56.

aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ». Expression atténuée d'une réalité dont la reconnaissance directe choquait une partie des constituants ? Génie des rédacteurs pour imaginer une formule de consensus, digne des conférences diplomatiques où la « chose » est décrite sans que le mot qui la désigne – et qui effraie – ne soit prononcé ? Peut-être. Toujours est-il que l'expression « autorité de la chose jugée » ne figure pas dans la Constitution, et ce de manière délibérée, laissant ainsi la voie libre à la discussion juridique. Il est vrai que le Conseil a très tôt interprété les dispositions de l'article 62 comme synonymes d'autorité de la chose jugée⁴, affirmant encore dans sa décision du 23 octobre 1987 que la recevabilité d'une demande en rectification d'erreur matérielle « ne met pas en cause l'autorité de la chose jugée par le Conseil constitutionnel »⁵ ; il est vrai aussi que la Cour de cassation et le Conseil d'État ont reconnu officiellement autorité de chose jugée aux décisions du Conseil⁶.

Ainsi la doctrine a-t-elle construit, à l'aide de ces critères, la thèse de la nature juridictionnelle du Conseil. Car la Constitution, comme les autres textes relatifs au Conseil constitutionnel, restent silencieux sur ce problème : les termes « juridiction », « jugement », « arrêt » ne sont jamais prononcés ; et il n'est jamais question de « juges » constitutionnels, mais de membres du Conseil, ou de conseillers. C'est pourquoi certains auteurs, forts de ce silence des textes, ont proposé d'autres qualifications du Conseil constitutionnel.

- 66** Si l'autorité d'une thèse dépend de celle de ses auteurs, la thèse de la nature politique du Conseil rivalise sans peine avec celle de la nature juridictionnelle ! C'est un ancien vice-président du Conseil d'État, ancien ministre du général de Gaulle, et ancien membre du Conseil constitutionnel, Bernard Chenot, qui confesse, lors d'un colloque tenu à Aix-en-Provence, le 2 décembre 1977 : « je n'ai jamais pensé une seconde que le Conseil constitutionnel fut un organe juridictionnel ; c'est un corps politique par son recrutement et par les fonctions qu'il remplit »⁷ ; c'est un professeur de droit, futur membre du Conseil constitutionnel, Paul Coste-Floret, qui dès 1958, lors des débats du Comité consultatif constitutionnel, qualifie le Conseil « d'organe politico-juridique ayant compétence pour statuer du point de vue juridique et du point de vue de l'opportunité politique »⁸.

Ces auteurs fondent donc leur thèse sur deux arguments. La nature politique du Conseil est d'abord la conséquence, selon eux, logique, de sa composition : nommés par les plus hauts responsables de l'État, de manière discrétionnaire et sans que les qualifications et titres juridiques requis pour l'exercice des fonctions judiciaires

■ 4. CC 58-90 bis AN, 5 mai 1959, *R.* p. 223 : « considérant que l'article 62, alinéa 2 de la Constitution doit être interprété comme excluant toute voie de recours contre les décisions du Conseil constitutionnel, notamment en matière électorale, tant devant le Conseil constitutionnel lui-même que devant toute autre juridiction ».

■ 5. CC 87-1062 du 23 octobre 1987, *R.* p. 55 ; *LPA*, 7 décembre 1987, p. 27, note É. PEUCHOT ; CC 88-244 DC, 20 juillet 1988, *R.* p. 119.

■ 6. V. par ex. Cass. 25 avril 1985, *D.* 1986, chron., p. 169, note L. FAVOREU ; CE Ass., 20 décembre 1985, *D.* 1986, J., p. 283.

■ 7. B. CHENOT, *Le domaine de la loi et du règlement*, PUAM, 1978, p. 178 ; « Le Conseil constitutionnel », *Académie des Sciences Morales et Politiques*, 9 décembre 1985.

■ 8. P. COSTE-FLORET, « Débats et avis du CCC », *Doc. Fr.*, 1960, p. 57.

soient exigés, les membres du Conseil sont des hommes politiques choisis comme tels par les autorités de nomination ou, à tout le moins, des amis politiques⁹. La nature politique du Conseil est ensuite la conséquence tout aussi logique de ses fonctions : non seulement il contrôle les lois, matières politiques et expressions suprêmes de la volonté politique, mais il intervient à un moment qui le fait participer, directement ou indirectement, à l'exercice du pouvoir législatif. En effet, avant 2010, le Conseil ne peut être saisi, selon l'article 61 de la Constitution, qu'avant la promulgation de la loi ; or, la promulgation est l'acte qui ratifie la loi, la rend parfaite et clôt la procédure législative¹⁰ ; par conséquent, tant qu'il n'y a pas promulgation, la procédure législative n'est pas « close » et, comme l'intervention du Conseil se fait avant la promulgation et même la suspend, il en est conclu qu'elle se situe à l'intérieur du processus législatif. Ce raisonnement se trouve aujourd'hui conforté par la décision du 23 août 1985 dans laquelle le Conseil considère que, dans le cas où le Président de la République décide, après une première invalidation constitutionnelle de dispositions législatives, de demander une nouvelle lecture, « il ne s'agit pas du vote d'une loi nouvelle, mais de l'intervention, *dans la procédure législative en cours*, d'une phase complémentaire résultant du contrôle de constitutionnalité »¹¹. Si la nouvelle lecture est une phase complémentaire dans la procédure législative en cours, n'est-il pas logique de considérer que l'intervention du Conseil se situe, dans le cadre de cette procédure, comme phase préalable ? Dès lors, le Conseil joue nécessairement un rôle dans la création et l'élaboration des lois, ses décisions étant à la fois une contrainte et un guide pour le législateur. Ainsi, Michel Rocard, dans sa circulaire du 27 mai 1988, demande à ses ministres de veiller à faire disparaître les risques d'inconstitutionnalité susceptibles d'entacher les projets de loi, amendements et propositions de lois inscrits à l'ordre du jour, et ce, précise-t-il, « même dans les hypothèses où une saisine du Conseil constitutionnel est peu vraisemblable. » De tels conseils, une telle attention politique à la jurisprudence constitutionnelle expliquent qu'une partie de la doctrine ait qualifié le Conseil de colégislateur¹².

D'autres auteurs contestent également la nature juridictionnelle du travail exercé par le Conseil. Pour Patrick Juillard, tout contrôle juridictionnel des lois doit répondre à trois critères : intervenir *a posteriori* pour sanctionner un acte juridique existant, être lié et limité par le recours du requérant auquel l'acte fait personnellement grief, et être assuré par le juge ordinaire ou par un juge spécial. Or, constatant que le contrôle exercé par le Conseil est *a priori*, porte sur l'ensemble de la loi quelles que soient les dispositions précises visées par une requête qui n'a jamais pour fondement l'intérêt du requérant mais celui de la Constitution et est confié à un organisme spécial, Patrick Juillard en conclut que le Conseil n'assure pas un contrôle juridictionnel mais un « contrôle institutionnel »¹³. En refusant aux

■ 9. Voir par ex. : R. PINTO, « Le contrôle de la constitutionnalité des lois », *Études juridiques et économiques*, novembre 1959, n° 23, p. 30.

■ 10. Dans sa décision du 23 août 1985, le Conseil constitutionnel considère que « la procédure législative est close par la promulgation ».

■ 11. CC 85-197 DC, 23 août 1985, R. p. 70.

■ 12. M. TROPER, *Débat*, 1987, n° 43, p. 51.

■ 13. P. JUILLARD, « L'aménagement de l'article 61 de la Constitution », *RDP*, 1974, p. 1703.

requérants la possibilité de retirer leurs signatures du texte de la saisine et donc de se désister, le Conseil, par sa décision du 30 décembre 1996, semble conforter, au moins en partie, cette analyse¹⁴.

Quelques auteurs enfin se réfugient dans ce que François Luchaire appelle « les fausses réponses »¹⁵ : ainsi celle de Pierre Chatenet, ancien membre du Conseil constitutionnel qualifiant le Conseil « d'instance *sui generis* » qui se trouve « participer du politique comme du juridique »¹⁶ ; ou celle de Jean Lecanuet reprenant à son compte la qualification que le Conseil s'est attribué dans sa décision du 6 novembre 1962, « organe régulateur des pouvoirs publics »¹⁷.

Alors, juridiction ou organe politique ? Et si la controverse était, dès l'origine, stérile ?

B. | UNE CONTROVERSE STÉRILE ?

67 Pour l'essentiel, la querelle se résume dans la question suivante : le Conseil applique-t-il ou crée-t-il le droit ? Répondre qu'il l'applique doit entraîner automatiquement que le Conseil est une juridiction ; répondre qu'il le crée doit conduire tout aussi nécessairement à admettre que le Conseil est un organe politique.

Or, ces deux thèses, aussi opposées soient-elles en apparence, ont en commun de reposer sur un malentendu, celui de la dissociation du juridique et du politique : le droit serait l'univers de la neutralité, de l'impartialité et de la connaissance pure excluant toute subjectivité et tout libre arbitre de celui qui le met en œuvre ; le politique serait au contraire le monde des choix partisans, de la volonté libre par laquelle un groupe exprime ses valeurs propres. Cette représentation, qui participe à l'idéologie particulière des juristes, est largement illusoire. L'activité juridique est toujours un travail politique en ce qu'elle a pour objet, s'agissant du Conseil constitutionnel, de déterminer le comportement du législateur en déterminant des normes constitutionnelles qui l'obligent. En effet, les dispositions et articles de la Déclaration de 1789 ou de la Constitution de 1958 ne sont pas en eux-mêmes contraignants et n'ont pas un contenu en lui-même signifiant et s'imposant à un juge constitutionnel qui serait réduit au rôle de simple porte-parole. Ce qui préexiste à l'intervention du Conseil, c'est un texte porteur de plusieurs sens et, dire le droit, c'est attribuer un sens au texte par un travail d'interprétation des mots dont la logique est de mettre le juge d'une part en face de plusieurs significations possibles, d'autre part dans l'obligation professionnelle d'en choisir une. Ainsi, dans sa décision du 12 janvier 1977, le Conseil considère que le gouvernement peut demander au Parlement l'autorisation de légiférer par ordonnances pour exécuter un programme, même s'il ne l'a pas soumis préalablement à l'approbation de l'Assemblée nationale, car, dit-il, le mot « programme » n'a pas le même sens selon qu'il se trouve à l'article 38 ou à l'article 49 de la Constitution¹⁸ ; ainsi encore, dans sa décision du 23 août 1985, le

■ 14. CC 96-386 DC, 30 décembre 1996, R. p. 154.

■ 15. F. LUCHAIRE, *op. cit.*, p. 36.

■ 16. P. CHATENET, in *Le domaine de la loi et du règlement*, PUAM, 1978, p. 134.

■ 17. J. LECANUET, JO Débats Sénat, 16 octobre 1974, p. 1338.

■ 18. CC 76-72 DC, 12 janvier 1977, R. p. 31.

Conseil considère que le Président peut, après une invalidation constitutionnelle, demander au Parlement soit « une nouvelle lecture », soit « une nouvelle délibération » dans la mesure où les termes « nouvelle lecture » employés par l'article 23 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 *ne sauraient être interprétés comme ayant une signification différente de celle des mots* nouvelle délibération « employés à l'article 10 de la Constitution »¹⁹.

Il est donc clair que le texte devient norme seulement après que le Conseil en ait déterminé la signification ; il convient donc de reconnaître que l'activité du Conseil est politique, non tant à cause de sa composition ou des matières sur lesquelles porte son contrôle, mais parce qu'il est impossible de dissocier application – qui serait juridique – et création – qui serait politique – du droit : appliquer la Constitution ou la Déclaration de 1789 ne peut se faire sans l'opération de leur interprétation « en situation » qui est nécessairement une opération créatrice de sens normatif pour l'espèce considérée. Mais cette activité d'interprétation est inhérente à toute fonction juridictionnelle, judiciaire, administrative, constitutionnelle, nationale ou européenne. Et par conséquent, elle ne permet pas de disqualifier comme juridiction... sauf à le faire aussi pour la Cour de cassation, la Cour de Luxembourg, la Cour de Strasbourg...

68 Au début de la V^e République, la discussion sur la nature du Conseil constitutionnel est faussée par des *a priori*. Il fallait, par une sorte d'injonction ou volontarisme doctrinal, qualifier le Conseil de juridiction pour plusieurs raisons : d'abord parce qu'une telle qualification permettait enfin de juridiciser le droit constitutionnel, d'en faire, grâce à la pratique contentieuse, un « vrai » droit au même titre que le droit administratif (Conseil d'État) ou le droit civil (Cour de cassation) ; ensuite parce que cette qualification légitimait le rôle des juristes, qui maîtrisent les règles d'entendement du contentieux constitutionnel, au détriment des politistes accusés d'avoir trop longtemps dominé la matière ; enfin, parce que cette qualification permettait de classer et reconnaître les partisans du contrôle de la constitutionnalité des lois et ses adversaires qui, en qualifiant le Conseil d'organe politique, étaient accusés de chercher à mettre en cause ses décisions, sinon son existence même sur le terrain politique. Ces considérations ont eu pour conséquence d'ériger artificiellement la qualification du Conseil en objet et enjeu d'une lutte entre juristes et politistes.

Aujourd'hui, cette controverse est dépassée. Que ce soit dans le cadre du contrôle *a priori* ou *a posteriori*, le Conseil est une juridiction constitutionnelle, peut-être encore imparfaite mais qui, comme toutes les autres cours constitutionnelles, participent au régime complexe et concurrentiel d'énonciation des normes²⁰.

■ 19. CC 85-197 DC, du 23 août 1985, *R.* p. 70.

■ 20. Voir *infra*, la troisième partie du manuel.

§ 2. UNE CONTROVERSE RÉCURRENTÉ : LE MODE DE DÉSIGNATION DES MEMBRES DU CONSEIL

69

Le mode de nomination des membres du Conseil fait problème. En 1958 et jusqu'en 1971-1974, alors que sa nature et sa fonction juridictionnelles n'étaient pas clairement affirmées, laisser aux autorités de nomination une totale liberté de choix pouvait se comprendre ; mais plus aujourd'hui, où le Conseil participe pleinement du paysage juridictionnel (A). Le statut, conçu pour « garantir l'indépendance et la dignité des fonctions », mériterait également d'évoluer dans le même sens (B).

A. LE MODE DE NOMINATION IMPARFAIT DES MEMBRES DU CONSEIL

1. Un contrôle parlementaire timide sur la nomination des juges constitutionnels

70

Membres nommés. Le Conseil constitutionnel comprend d'abord neuf *membres nommés*, dont trois par le Président de la République, trois par le Président de l'Assemblée nationale et trois par le Président du Sénat ; le renouvellement ayant lieu par tiers tous les trois ans, chacun des présidents désigne donc un membre tous les trois ans²¹. Jusqu'à la révision constitutionnelle de juillet 2008, les textes ne fixaient aucune condition d'âge, de profession, de compétence, ni aucune obligation de consultation préalable, de sorte que les trois autorités titulaires du pouvoir de nomination disposaient d'une totale liberté de choix.

En comparaison avec les exigences que la plupart des constitutions européennes imposent pour la nomination de leurs juges constitutionnels²², le mode français de désignation des membres du Conseil suscitait de nombreuses critiques qui pouvaient se résumer en une seule : la politisation. Faute de dispositions contraignantes, la Constitution définissait un pouvoir discrétionnaire au profit des trois principaux personnages politiques de l'État qui avaient ainsi toute liberté pour nommer leurs amis politiques personnels.

71

Pour mettre fin à ces accusations, la révision de juillet 2008 introduit un contrôle parlementaire sur les nominations au Conseil. Le nouvel article 56 de la Constitution dispose, en effet – par renvoi au nouvel article 13 – que « le pouvoir de nomination du Président de la République s'exerce après avis public de la commission permanente de chaque assemblée » et qu'il « ne peut procéder à une nomination lorsque l'addition de votes négatifs dans chaque commission représente au moins trois cinquièmes des suffrages exprimés au sein des deux commissions ». Ce contrôle parlementaire s'exerce également sur le pouvoir de nomination des présidents du Sénat et de l'Assemblée nationale par la commission permanente du Sénat pour le premier, de l'Assemblée nationale pour le second.

■ 21. Les nominations ont lieu tous les trois ans, à la fin du mois de février.

■ 22. Qualifications juridiques, expérience professionnelle, désignation par les parlementaires avec la règle d'une majorité qualifiée obligeant la majorité et l'opposition à s'entendre...

Ce contrôle parlementaire est, incontestablement, un progrès. Pour éviter de voir leurs propositions repoussées, les trois présidents veilleront sans doute à soumettre aux commissions parlementaires les noms de personnalités reconnues pour leurs compétences juridiques et leurs qualités morales ; d'autant que ces personnalités seront exposées aux questions des parlementaires lors d'auditions publiques qui pourraient être retransmises à la télévision. Et l'exemple américain montre que le passage devant les commissions parlementaires est, parfois, fatal aux candidats proposés par le Président. Ce progrès est cependant timide. En effet, le Président ne pourra pas nommer « son » candidat seulement si chacune des deux commissions émet un avis négatif à la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés. Or, avec la logique bipolaire et la discipline de vote du parti présidentiel majoritaire à l'Assemblée, il est quasiment impossible que cette majorité de blocage soit atteinte à la fois et en même temps au Sénat et à l'Assemblée nationale. Le contrôle parlementaire aurait été plus réel si, pour être acceptées, les propositions du Président avaient dû recueillir une majorité positive des trois cinquièmes.

L'élection parlementaire des juges constitutionnels, comme le préconisait Kelsen, reste donc le mode de désignation le plus pertinent. Sans doute, l'exemple des Cours constitutionnelles étrangères est aussi celui des négociations et marchandages politiques entre partis pour se réserver la répartition des postes ; et l'obligation de nommer des professionnels du droit ne les empêche pas de les choisir parmi leurs amis politiques. Il est vrai cependant que les systèmes étrangers présentent un avantage certain : dès lors que la politisation est inévitable (ou un faux problème), l'élection des juges à la majorité qualifiée par les assemblées parlementaires assure au moins et garantit la représentation des principaux courants d'opinions juridiques et politiques, alors qu'en France elle est soumise au hasard des alternances politiques, les autorités de nomination pouvant appartenir, pendant une longue période, à la même famille idéologique²³. Aussi paraît-il souhaitable de faire participer les parlementaires français, dans les mêmes conditions de majorité que leurs collègues espagnols ou allemands, à la désignation des membres du Conseil. Ce dernier pourrait d'ailleurs trouver, par cette réforme qui élargirait sa base de soutien, une légitimité renforcée.

72 Membres de droit. Le Conseil comprend ensuite des membres de droit. Selon l'article 56 de la Constitution, « font de droit partie à vie du Conseil constitutionnel les anciens présidents de la République ». Le maintien de cette disposition, introduite au cours de l'été 1958 en reconnaissance de l'action menée par René Coty et Vincent Auriol pour faciliter l'accession légale du général de Gaulle au pouvoir, ne se justifie pas. Dès l'origine, elle démontre son impuissance pratique. En 1960, pour protester contre la non-annulation d'élections législatives manifestement

■ 23. Il fallut attendre l'alternance politique de 1981 et le renouvellement triennal de 1983 pour que le courant socialiste soit représenté au Conseil ; jusqu'à cette date, la droite gaulliste et centriste se partageait les postes à l'exception d'un seul attribué à un radical : François LUCHAIRE de 1965 à 1974 et Gaston MONNERVILLE de 1974 à 1983. La gauche ayant perdu l'Élysée en 1995 et le Palais-Bourbon en 2002, il ne reste plus au Conseil, jusqu'en 2010, qu'un seul membre – Pierre JOXE – nommé en 2001 par le président socialiste de l'Assemblée nationale, Raymond FORNI. La gauche ayant gagné le Sénat (2011) puis l'Élysée et le Palais-Bourbon (2012) a pu rééquilibrer la composition du Conseil en nommant, en 2013, deux personnalités connues pour leur « sensibilité progressiste ».

« truquées » dans les départements d'Algérie, et le refus du Président de la République de signer le décret d'ouverture d'une session extraordinaire du Parlement demandée par une majorité de députés, Vincent Auriol décide de ne plus siéger au Conseil pour retrouver sa liberté de parole²⁴ ; mais il revient aux séances des 3, 5 et 6 novembre 1962 pour appuyer ouvertement la saisine du Président du Sénat tendant à faire déclarer non conforme à la Constitution la loi référendaire instituant l'élection du Chef de l'État au suffrage universel direct. Par la suite, même impuissance des textes : en 1969, de Gaulle refuse, tout aussi clairement que René Coty l'avait acceptée, la fonction de membre du Conseil, alors que Valéry Giscard d'Estaing, après sa défaite de 1981, annonce qu'il « garde la place mais ne viendra siéger au Conseil que pour s'opposer aux textes mettant en cause les institutions de la République et notamment celles qui concernent son unité »²⁵. En fait, Valéry Giscard d'Estaing attendra d'être défait de tous ses mandats électifs – dont le dernier, la présidence de la région Auvergne, en mars 2004 – pour faire, le 10 juin 2004, son entrée officielle au Palais Montpensier. Trente ans après son entrée au Palais de l'Élysée... Autant d'anciens présidents, autant de pratiques différentes, celles d'Auriol et Valéry Giscard d'Estaing apparaissant particulièrement critiquables au regard de la crédibilité et de l'autorité de l'institution qui, selon le mot de Maurice Duverger, ne peut être considérée comme un moulin²⁶. Si l'intention était de contraindre les anciens Présidents de la République à la retraite politique et au silence pour mieux favoriser l'exercice du pouvoir par leurs successeurs, elle a échoué : maître d'œuvre du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe, Valéry Giscard d'Estaing a pris « naturellement » une part active dans la campagne référendaire du printemps 2005. Le droit pourrait en prendre acte ; après tout, un ancien élu du peuple ayant exercé la plus haute responsabilité politique dans l'État doit pouvoir continuer à s'exprimer librement et publiquement sur toutes les affaires du pays²⁷. Il est temps de supprimer la catégorie des anciens présidents de la République membres de droit à vie du Conseil.

73 **Président du Conseil constitutionnel.** Le Président du Conseil est nommé par le Président de la République qui peut le choisir parmi les membres nommés ou de droit²⁸ ; à une exception près, celle d'Yves Guéna : nommé au Conseil en 1997 par le Président du Sénat et désigné par Jacques Chirac pour devenir Président du Conseil en mars 2000 à la suite de la démission de Roland Dumas, il a toujours

■ 24. Dans la lettre qu'il adresse le 25 mai 1960 au Président du Conseil constitutionnel, Vincent AURIOL déclare : « ne voulant demeurer impuissant ni muet en présence des atteintes portées à la souveraineté nationale, j'ai le regret de vous informer que je ne siégerai plus au Conseil constitutionnel », in *L'année politique*, 1960, p. 646.

■ 25. Déclaration faite au moment de la discussion de la loi relative au nouveau statut des DOM, in *Le Monde* du 12 novembre 1982.

■ 26. M. DUVERGER, « Dedans ou dehors », *Le Monde* du 23 novembre 1982.

■ 27. Voir l'article de D. ROSENBERG, « Les anciens Présidents de la République, membres de droit du Conseil constitutionnel : l'impossible retraite », *RDJ*, 1985, p. 1263.

■ 28. Cette précision fut apportée pour permettre à DE GAULLE de nommer à ce poste René COTY, ancien Président de la défunte IV^e République... ce qu'il ne fit d'ailleurs pas, malgré un scénario semble-t-il convenu entre les deux hommes !

été désigné parmi les membres nommés... par le Chef de l'État²⁹. Même si les présidents choisis ont su, grâce à leurs fortes personnalités, exercer leur fonction avec l'indépendance nécessaire, le mode de désignation ne la garantit pas *a priori* ; c'est pourquoi, il serait plus sage de revenir à la formule initialement prévue, l'élection du Président du Conseil par ses collègues³⁰. Car la fonction n'est pas seulement honorifique : le président a l'importante responsabilité de choisir le rapporteur, d'utiliser sa voix prépondérante en cas de partage, de proposer le secrétaire général, de diriger les débats, et chacun a eu le souci d'imprimer sa marque personnelle à l'institution³¹. Au regard de ces éléments, l'inconvénient d'une éventuelle compétition électorale interne au Conseil est à coup sûr moindre que celui d'une désignation par une main extérieure, aussi irréprochable soit-elle.

2. L'évolution de la composition du Conseil constitutionnel

74 Du tableau des pages suivantes, il est possible de tirer deux séries d'observations. La première porte sur le *bilan global des nominations*. Sur soixante-et-onze membres nommés, soixante appartiennent aux professions juridiques parmi lesquelles douze professeurs de droit, douze membres du Conseil d'État, treize avocats, neuf magistrats, un membre de la Cour des comptes, un avoué, un responsable du service juridique d'une entreprise publique, deux préfets, deux hauts fonctionnaires et un administrateur de sociétés ; et pour les titres universitaires, 34 % des membres sont licenciés en droit, 15 % docteurs en droit et 14 % agrégés de droit. Ainsi la pratique conduit à une proportion de juristes comparable à celle qu'à l'étranger le droit exige ; avec cependant cette différence non négligeable qu'elle est ici permanente quand elle varie, là, avec la plus ou moins grande sagesse des autorités nommantes.

À lire enfin les nominations en fonction des autorités qui ont le pouvoir d'y procéder, il apparaît une constante : le choix d'amis politiques. De Gaulle, Pompidou, Chaban-Delmas, Peretti, Faure, Seguin et Chirac ont désigné des personnalités issues ou proches du courant gaulliste ; Giscard d'Estaing, Poher, Monory et Poncelet des personnalités connues pour leurs idées modérées ou centristes ; Monnerville, Mitterrand, Mermaz, Fabius, Emmanuelli, Forni et François Hollande des personnalités de la gauche modérée et socialiste ; Nicolas Sarkozy a nommé un ancien ministre de François Mitterrand – Michel Charasse – qui lui avait apporté son soutien en 2007. Cette pratique particulière du compagnonnage n'a pas empêché que nombre de ces personnalités amies soient aussi d'éminents juristes : René

■ 29. Léon NOËL de 1959 à 1965, Gaston PALEWSKI de 1965 à 1974, Roger FREY de 1974 à 1983, Daniel MAYER de 1983 à 1986, Robert BADINTER de 1986 à 1995, Roland DUMAS de 1995 à 2000, Yves GUÉNA de 2000 à 2004, Pierre MAZEAUD de 2004 à 2007, Jean-Louis DEBRÉ de 2007 à 2016, Laurent FABIUS depuis 2016.

■ 30. Cette formule présentée le 8 juillet 1958 fut abandonnée et remplacée par celle aujourd'hui en vigueur, en échange de la diminution du nombre de membres nommés par le Président de la République.

■ 31. Roger FREY en inspirant la réforme du droit de saisine et en inaugurant sa pratique, Daniel MAYER en décidant la publication des lettres de saisine ont, chacun à leur manière, contribué à l'évolution du Conseil et de sa jurisprudence. Sur l'influence de Robert BADINTER pendant ses neuf années de présidence, voir D. ROUSSEAU, *Le Conseil constitutionnel : la doctrine Badinter et la démocratie*, éd. Descartes et Cie, 1997.

Cassin, François Luchaire, Marcel Waline, Robert Lecourt, Robert Badinter, pour ne citer que les anciens membres et, bien sûr, le doyen Georges Vedel qui a puissamment contribué à l'affirmation de la politique jurisprudentielle du Conseil³².

75 La seconde série d'observations porte sur *les tendances actuelles* de la composition du Conseil. L'âge moyen tourne autour de 69 ans. En 1986, il était de 74 ans ; en 1992, de 65 ans grâce, notamment, à la nomination de Noëlle Lenoir (43 ans). Depuis, l'âge moyen a tendance à remonter : 69 ans après le renouvellement de 1995, 67 après celui de 2001, 73 ans après celui de février 2007. Depuis les nominations de 2010, 2013 et 2016, elle est revenue à 69 ans sans compter les anciens Présidents de la République, membres de droit à vie³³ !

La première femme nommée au Conseil fut Noëlle Lenoir en 1992³⁴. Depuis, ont siégé au Conseil, Simone Veil (1998-2007), Monique Pelletier (2000-2004), Dominique Schnapper (2001-2010) et Jacqueline de Guillenchmidt (2004-2013). Après le renouvellement de février 2016, quatre femmes siègent au Conseil : Claire Bazy-Malaurie depuis 2010, Nicole Mastracci et Nicole Belloubet depuis 2013 et Corinne Luquens depuis 2016.

Si la « coloration politique » du Conseil n'épouse pas directement le temps des évolutions électorales, elle en subit nécessairement, avec le décalage dû au rythme triennal des renouvellements – et au destin de chacun – les effets. Ainsi, jusqu'en 1983, les membres nommés par des personnalités de droite ont dominé le Conseil (huit sur neuf) ; ce n'est qu'en 1989 – huit ans après l'alternance politique de 1981 – que les juges « désignés par la gauche » sont devenus majoritaires (cinq sur neuf), situation encore renforcée après le renouvellement de 1992 (six sur neuf). En 1995, le rapport s'est établi à cinq contre quatre et, avec le renouvellement de 2001, il s'est inversé, sept conseillers sur neuf devant leur mandat à des personnalités de droite, huit sur neuf après le renouvellement de 2007, neuf sur neuf après celui de 2010 ! La grande alternance politique de 2011-2012 (Sénat, Élysée et Assemblée nationale) a permis à la gauche de « revenir » au Conseil par la nomination en 2013 de deux juristes connus pour leur engagement « à gauche » ; ils sont aujourd'hui, après la nomination de Lionel Jospin en 2014 en remplacement de Jacques Barrot (décédé) et le renouvellement de 2016, quatre membres « de gauche » sur neuf. Ni négligeable ni déterminant, ce facteur politique doit être appréhendé avec précaution pour la compréhension du fonctionnement du Conseil et de sa jurisprudence : « un jacobin ministre, disait Mirabeau, n'est pas nécessairement un ministre jacobin ». Anti-maastrichtien convaincu, Pierre Mazeaud, par exemple, a accompagné la politique jurisprudentielle européenne du Conseil qu'il a présidé de 1998 à 2007.

■ 32. M. KAJMAN, « La “longue vue” du doyen Vedel », *Le Monde* du 27 février 1989.

■ 33. L'âge peut être considéré comme un faux problème... dès lors que les conseillers, conscients qu'il peut en être un vrai, sont plus attentifs que d'autres aux évolutions des choses et des idées. Personne au demeurant ne s'offusquerait si la tendance au rajeunissement ou au mélange des générations se poursuivait !

■ 34. Voir l'entretien donné par Noëlle LENOIR sur ses neuf années au Conseil constitutionnel dans la revue *Le Débat*, avril 2001.

Président de la République	Nom	Année de naissance	Année de nomination	Âge lors de la nomination	Âge à la sortie du Conseil
Charles de GAULLE (1958-1969)	Léon NOËL	1888	1959	71	77
	Maurice PATIN	1895	1959	64	67
	Georges POMPIDOU	1911	1959	48	51
	Bernard CHENOT	1909	1962	53	55
	Marcel WALINE	1900	1962	62	71
	André DESCHAMPS	1895	1964	69	74
	Gaston PALEWSKI (Président)	1901	1965	64	73
	Jean SAINTENY	1907	1968	61	70
Georges POMPIDOU (1969-1974)	François GOGUEL	1909	1971	62	71
	Roger FREY (Président)	1913	1974	61	70
Valérie GISCARD D'ESTAING (1974-1981)	André SÉGALAT	1910	1977	67	76
	Georges VEDEL	1910	1980	70	79
François MITTERRAND (1981-1995)	Daniel MAYER (Président)	1909	1983	74	83
	Robert BADINTER (Président)	1928	1986	58	67
	Maurice FAURE	1922	1989	67	76
	Georges ABADIE	1924	1992	67	76
	Roland DUMAS (Président)	1922	1995	72	77
Jacques CHIRAC (1995-2007)	Pierre MAZEAUD	1929	1998	68	77
	Monique PELLETIER ³⁵	1926	2000	73	77
	Olivier DUTHELLET DE LAMOTHE	1949	2001	51	60
	Pierre STEINMETZ	1943	2004	61	70
	Jean-Louis DEBRÉ	1944	2007	63	72
Nicolas SARKOZY	Michel CHARASSE	1941	2010	68	
François HOLLANDE (2012-...)	Nicole MAESTRACCI	1951	2013	62	
	Laurent FABIUS (Président)	1946	2016	70	

■ 35. Monique PELLETIER est nommée à la suite de la démission, le 1^{er} mars 2000, de Roland DUMAS.

Formation	Profession	Activités politiques
Docteur en droit	Conseiller d'État, diplomate	Député RPF de 1951 à 1955
Docteur en droit	Président de la chambre criminelle de la Cour de cassation	
Agrégé de lettres Sciences politiques	Professeur, Maître des requêtes au Conseil d'État, Directeur de banque	Directeur de cabinet du général de GAULLE (1944-1946 et 1958)
Licencié en droit Sciences politiques	Conseiller d'État	Ministre de 1958 à 1962
Agrégé de droit	Professeur de Droit	Membre du Conseil national du RPF
Saint-Cyr	Conseiller d'État	
Sciences politiques	Diplomate	Député RPF (1951-1955), Ministre (1962-1965)
Études secondaires	Carrière bancaire	Député UNR, Ministre (1962-1966)
Docteur en droit	Secrétaire Général du Sénat	
Sciences politiques	Responsable secteur privé	Député, Ministre UDR (1959-1974)
Sciences politiques	Conseiller d'État	Secrétaire général du gouvernement (IV ^e République)
Agrégé de droit	Professeur de Droit	
Études primaires	Journaliste	Député, Ministre (IV ^e République)
Agrégé de droit	Avocat, Professeur de Droit	Ministre (1981-1986)
Agrégé d'histoire	Professeur	Député radical, Ministre
Licencié en droit	Préfet	Chargé de mission auprès du ministre délégué au Budget (1988)
Licencié en droit	Avocat	Ministre des Affaires étrangères 1984-1986 et 1988-1993
Docteur en droit	Magistrat	Ancien ministre Député RPR
Droit	Avocate	Ministre délégué à la Famille et à la Condition féminine de 1978 à 1981
Énarque	Conseiller d'État	Conseiller social du Président CHIRAC, Ancien secrétaire général adjoint de l'Élysée (1997-2000)
Énarque	Préfet	Directeur de cabinet du Premier ministre Jean-Pierre RAFFARIN (2002-2003)
École nationale de la magistrature Docteur en droit	Magistrat	Député, Ministre, Président de l'Assemblée nationale
Droit	Homme politique	Conseiller du Président Mitterrand, Ministre, Sénateur
Droit ENM	Magistrate Premier président de cour d'appel	
IEP de Paris, ENA	Conseiller d'État	Député, Ministre, Premier Ministre, Président de l'Assemblée nationale

Président de l'Assemblée nationale	Nom	Année de naissance	Année de nomination	Âge lors de la nomination	Âge à la sortie du Conseil
Jacques CHABAN-DELMAS (1959-1969)	Victor CHATENAY	1886	1959	73	76
	Jean MICHARD-PÉLISSIER	1909	1959	50	59
	Louis PASTEUR VALLÉRY-RADOT	1886	1959	73	79
	Edmond MICHELET	1899	1962	63	68
	Henri MONNET	1896	1965	69	78
	Jules ANTONINI	1903	1967	64	68
	Pierre CHATENET	1917	1968	51	68
Achille PERETTI (1969-1973)	Henri REY	1903	1971	68	74
Edgar FAURE (1973-1978)	René BROUILLET	1909	1974	65	74
	Achille PERETTI	1911	1977	66	72
	Louis JOXE	1901	1977	76	88
Louis MERMAZ (1981-1986)	Pierre MARCILHACY	1910	1983	73	77
	Paul LEGATTE	1916	1983	67	70
	Robert FABRE	1915	1986	71	80
	Francis MOLLET VIEVILLE	1918	1987	69	74
Jacques CHABAN-DELMAS (1986-1988)	Jacques ROBERT	1928	1989	61	69
Laurent FABIUS (1988-1992)	Jacques ROBERT	1928	1989	61	69
Henri EMMANUELLI (1992-1993)	Noëlle LENOIR	1948	1992	43	52
Philippe SEGUIN (1993-1997)	Michel AMELLER	1926	1995	69	78
Laurent FABIUS (1997-2000)	Jean-Claude COLLIARD	1946	1998	52	61
Raymond FORNI (2000-2002)	Pierre JOXE	1934	2001	66	75
Jean-Louis DEBRÉ (2002-2007)	Jean-Louis PEZANT	1938	2004	66	72
	Guy CANIVET	1943	2007	64	73
Bernard ACCOYER (2007-2012)	Jacques BARROT	1937	2010	73	77
	Claire BAZY-MALAUURIE	1949	2010	61	
Claude BARTOLONE (2012-...)	Claire BAZY-MALAUURIE ³⁶	1949	2013	64	
	Lionel JOSPIN	1937	2014	77	
	Corinne LUQUIENS	1952	2016	64	

■ 36. Claire BAZY-MALAUURIE, nommée en 2010 sur proposition de Bernard ACCOYER (UMP), en remplacement de Jean-Louis PEZANT décédé, est renommée en 2013 sur proposition de Claude BARTOLONE (PS).

Formation	Profession	Activités politiques
Licencié en droit	Administrateur de sociétés	Député gaulliste (1951-1959)
Docteur en droit	Avocat	Député gauche indépendant (1936-1940)
Docteur en médecine	Professeur de médecine	Député RPF (1951-1952)
Études secondaires	Courtier assermenté	Député MRP et RPF (1946-1950), Ministre (1945-1946 et 1959-1961)
Licencié en droit	Administrateur de sociétés	Membre du cabinet du général de GAULLE, Conseiller de la République (1946-1948)
Polytechnique	Administrateur de sociétés	
Licencié en droit	Conseiller d'État	Ministre (1959-1961)
Études secondaires	Administrateur de sociétés	Député gaulliste (1958-1969), Ministre (1969-1971)
Sciences politiques	Diplomate	Membre du cabinet du général de GAULLE (1944-1946)
Licencié en droit	Avocat, Préfet	Député gaulliste (1958-1977), Ancien Président de l'Assemblée nationale
Agrégé d'histoire	Professeur, Diplomate	Député gaulliste, Ministre (1959-1977)
Licencié en droit	Avocat	Sénateur
Licencié en droit	Conseiller d'État	
Diplôme de pharmacien	Pharmacien	Député MRG, Médiateur (1980-1986)
Licencié en droit	Avocat	Membre du Conseil national du RPR
Agrégé de droit	Professeur de droit	
DES de droit public IEP Paris	Maître des requêtes au Conseil d'État	Directeur du cabinet du garde des Sceaux (1988-1990)
Docteur en droit IEP Paris	Secrétaire général de l'Assemblée nationale	
Agrégé de droit public et de sciences politiques	Professeur des Universités	Directeur de cabinet de F. MITTERRAND (1981-1988), Directeur de cabinet de L. FABIUS (1988-1992)
Énarque	Conseiller à la Cour des comptes	Député socialiste, Ministre de l'Intérieur (1984-1986 et 1988-1991), Ministre de la Défense (1991-1993)
IEP de Paris	Secrétaire général de l'Assemblée nationale	
Droit	Homme politique	Député, Ministre, Commissaire européen
Droit IEP de Paris	Président de chambre à la Cour des comptes	
Droit IEP de Paris	Président de chambre à la Cour des comptes	
École Nationale de la magistrature	Magistrat, Premier Président de la Cour de cassation	
IEP de Paris ENA	Diplomate et enseignant en économie	Député, Ministre, Premier ministre
IEP Paris DES Droit public	Administrateur de l'Assemblée nationale, Secrétaire général de l'Assemblée nationale et de la présidence	

Président du Sénat	Nom	Année de naissance	Année de nomination	Âge lors de la nomination	Âge à la sortie du Conseil
Gaston MONNERVILLE (1959-1968)	Maurice DELEPINE	1883	1959	76	77
	Jean GILBERT-JULES	1903	1959	56	65
	Charles LECOQ DE KERLAND	1887	1959	72	78
	René CASSIN	1887	1960	73	84
	François LUCHAIRE	1919	1965	46	55
	Georges DUBOIS	1909	1968	59	68
Alain POHER (1968-1992)	Paul COSTE-FLEURET	1911	1971	60	68
	Gaston MONNERVILLE	1897	1974	77	86
	Louis GROS	1902	1977	75	82
	Robert LECOURT	1908	1979	71	80
	Léon JOZEAU-MARIGNE	1909	1983	74	83
	Maurice-René SIMONNET	1919	1984	65	69
	Jacques LATSCHA	1927	1988	61	68
	Jean CABANNES	1925	1989	64	73
	Marcel RUDLOFF	1923	1992	68	73
	René MONORY (1992-1998)	Étienne DAILLY	1918	1995	77
Simone VEIL		1927	1998	70	79
Alain LANCELOT		1937	1996 ³⁷	59	64
Yves GUÉNA		1922	1997 ³⁸	74	81
Christian PONCELET (1998-2008)	Dominique SCHNAPPER	1934	2001	66	75
	Jacqueline de GUILLENCHMIDT	1943	2004	61-	69
	Renaud DENOIX de SAINT MARC	1938	2007	69	78
Gérard LARCHER (2008-2011)	Hubert HAENEL	1942	2010	67	73
Jean-Pierre BEL (2011-2014)	Nicole BELLOUBET	1955	2013	58	
Gérard LARCHER (2014-...)	Jean-Jacques HYEST	1943	2015	72	
	Michel PINAULT	1947	2016	69	

■ 37. Alain LANCELOT remplace Marcel RUDLOFF décédé le 23 mars 1996.

■ 38. Yves GUÉNA remplace Étienne DAILLY décédé le 24 décembre 1996 et est nommé Président du Conseil le 1^{er} mars 2000 à la suite de la démission de Roland DUMAS.

Formation	Profession	Activités politiques
Licencié en droit	Avocat, Conseiller d'État	Membre du cabinet de Vincent AURIOL
Licencié en droit	Avocat	Sénateur, Ministre radical (IVe République)
Licencié en droit	Avocat	
Agrégé de droit	Professeur de droit, Vice-Président du Conseil d'État	
Agrégé de droit	Professeur de droit	Membre du Parti radical
Docteur en droit	Magistrat	
Agrégé de droit	Professeur de droit	Député centriste (1958-1967), Ministre (IVe République)
Docteur en droit	Avocat	Président du Sénat (1946-1974)
Licencié en droit	Avocat	Sénateur républicain indépendant (1948-1977)
Docteur en droit	Avocat, Membre de la Présidence de la CJCE. (1967-1976)	Député MRP (1946-1958), Ministre (IVe République)
Docteur en droit	Avoué	Sénateur républicain indépendant
Agrégé de droit	Professeur de droit	Député MRP, Ministre
Agrégé de droit	Professeur de droit Administrateur de sociétés	
DESS de droit pénal	Premier avocat général à la Cour de cassation	Directeur du cabinet d'Alain PEYREFITTE (1977-1980)
Licencié en droit	Avocat	Sénateur CDS
École supérieure des travaux publics de Paris	Exploitant agricole et Administrateur de sociétés	Sénateur RDE depuis 1959, Vice-président du Sénat
Licencié en droit	Magistrate	Ancienne ministre UDF, Ancienne présidente du Parlement européen
Docteur en Sciences politiques	Professeur des Universités	
ENA	Conseiller d'État	Ancien ministre, Sénateur RPR
	Sociologue	Directrice d'études à l'École des Hautes Études en Sciences sociales
IEP de Paris	Avocat (1972-1982), Magistrat (1982-1995), Conseiller d'État (1995)	Membre du CSA de 1999 à 2004
IEP de Paris, ENA	Conseiller d'État, Vice-président du Conseil d'État	
Droit, ENA	Magistrat	Sénateur
Docteur en droit Agrégée de droit public	Professeur des Universités, Rectrice	Première adjointe (PS) au maire de Toulouse, Vice-présidente (PS) des Midi-Pyrénées
DESS Droit Public	Administrateur territorial	Élu local, député, sénateur
HEC ENA	Conseiller d'État, Groupe AXA-UAP	

Il faut surtout constater que, sur les neuf membres nommés, le Conseil 2016 comprend neuf juristes de formation. Un Conseil de juristes donc, mais parfaitement informé aussi du jeu politique puisque trois d'entre eux ont été ministre et quasiment tous ont travaillé dans des cabinets ministériels. Il faut cependant observer que la part des anciens parlementaires diminue : ils ne sont plus que quatre aujourd'hui. Quant aux professeurs de droit, il n'y en avait plus depuis le départ du doyen Jean-Claude Colliard en 2007 ; ils sont à nouveau présents avec Nicole Belloubet. L'activité du Conseil est-elle profondément influencée par la place importante ainsi faite aux professionnels de la politique ? La question, classique, ne comporte pas de réponse claire car il n'est toujours pas interdit à un juriste d'avoir ou de défendre des opinions politiques. Ni à un homme politique d'appuyer son raisonnement sur de forts arguments juridiques !

B. LE STATUT DES MEMBRES DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

1. Les règles communes

76 Incompatibilités. Le statut des membres du Conseil constitutionnel a été conçu dans un double objectif : ne pas priver le Conseil de la présence de personnalités connues et actives, et garantir l'indépendance et la dignité de leurs fonctions. Le premier objectif explique qu'être juge constitutionnel n'était pas conçu à l'origine comme une fonction à plein-temps. En effet, une fois nommés, ils peuvent continuer à exercer leurs activités, professionnelles ou non, publiques ou privées. Ce principe, fondé également sur la crainte d'un gouvernement des juges et d'un Conseil composé de retraités, supporte cependant trois exceptions : la fonction de conseiller est incompatible avec celles de membre du gouvernement, du Parlement et du Conseil économique et social. Le rôle d'arbitre des pouvoirs publics et de contrôle de la loi exercé par le Conseil interdisait évidemment un tel cumul, sous peine de voir un ou plusieurs conseillers, à la fois juges et parties. La loi organique du 20 janvier 1995 a étendu le champ des incompatibilités à l'exercice de tout mandat électif, extension tardive mais heureuse car depuis les lois de décentralisation, la gestion d'une commune, d'un département ou d'une région est devenue un véritable engagement et enjeu politiques³⁹ et celle du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique aux fonctions de Défenseur des droits, à l'exercice de toute fonction publique et toute autre activité professionnelle ou salariée, en particulier avec l'exercice de la profession d'avocat⁴⁰. Être membre du Conseil est désormais une activité à plein temps.

■ 39. Ainsi, Noëlle LENOIR, maire de Valmondois au moment de sa nomination en 1992, n'a pu se représenter aux élections municipales de juin 1995. Déjà, Maurice FAURE, réélu en mars 1989, maire de Cahors quelques jours après sa nomination au Conseil et dont l'élection fut annulée par le tribunal administratif de Toulouse le 8 juin 1989, avait décidé de ne pas faire appel devant le Conseil d'État et de ne pas se représenter à l'élection municipale partielle, eu égard, déclara-t-il, à ses fonctions de membre du Conseil constitutionnel.

■ 40. La loi réserve cependant la possibilité pour les membres du Conseil de se livrer à des travaux littéraires, scientifiques ou artistiques.

La logique des incompatibilités est cependant libérale puisqu'elle n'empêche pas un conseiller de devenir ministre ou parlementaire – ou réciproquement – mais l'oblige seulement à choisir l'une ou l'autre fonction⁴¹. Dans sa décision du 7 novembre 1984⁴², le Conseil rappelle ainsi que les textes n'édicte pas l'inéligibilité d'un juge constitutionnel à un mandat parlementaire ou à tout autre mandat électif. Cette décision clôt la polémique lancée en 1976 par R. G. Schwarzenberg qui, contre l'opinion du doyen Vedel, défendait la thèse de l'inéligibilité d'un ancien Président de la République du fait de sa qualité de membre de droit à vie du Conseil⁴³. Membre de droit ou membre nommé, un conseiller peut se présenter à n'importe quelle élection ; s'il est élu, deux hypothèses : s'il est membre nommé, il démissionne du Conseil ; s'il est membre de droit, il est « mis en congé » du Conseil durant l'exercice de son mandat.

Si le principe général est donc celui de la compatibilité, les textes interdisent cependant, pour éviter la pratique des « faveurs » et garantir l'indépendance des juges constitutionnels, qu'un membre du Conseil soit nommé à un emploi public ou, s'il est fonctionnaire, bénéficie d'une promotion au choix pendant la durée de son mandat.

77 **Durée du mandat.** Le second objectif, garantir l'indépendance et la dignité des fonctions, s'exprime d'abord par le choix de la durée du mandat, long et non renouvelable. Après avoir envisagé un mandat de dix ans et un renouvellement global et simultané des membres du Conseil, les constituants ont finalement décidé qu'ils seraient nommés pour neuf ans et renouvelables par tiers tous les trois ans. La formule retenue présente deux avantages : elle assure, par une durée suffisamment longue, l'autorité de l'institution ; elle évite, par le renouvellement triennal, les ruptures brutales au profit d'évolutions « tranquilles », les nouveaux membres apprenant progressivement leur métier au contact des anciens tout en questionnant une jurisprudence que ces derniers pouvaient considérer acquise ou clairement évidente. Pour que les conseillers puissent délibérer librement sans être tentés de rechercher les faveurs des autorités nommantes, les constituants ont également décidé que le mandat de neuf ans n'était pas renouvelable. Une seule exception à cette règle : lorsqu'un conseiller nommé pour terminer le mandat de son prédécesseur⁴⁴ a occupé cette fonction pendant moins de trois ans, il peut être renouvelé dans son mandat pour une durée de neuf ans⁴⁵. Un juge peut en effet ne pas siéger jusqu'au terme constitutionnel de son mandat soit pour cause de décès, soit pour cause de démission volontaire ou d'office ; celle-ci est prononcée,

■ 41. Un ministre, un parlementaire ou un conseiller économique nommé au Conseil constitutionnel est réputé avoir opté pour ce dernier s'il n'a pas exprimé une volonté contraire dans les huit jours suivant sa nomination.

■ 42. Décision n° 83-993 AN, 7 novembre 1984, R. p. 117.

■ 43. R.-G. SCHWARZENBERG, « Deux scénarios », *Le Monde* du 6 mai 1976, et « Le "truc" de 1958 », *Le Monde* du 12 mai 1976 ; G. VEDEL, « Réponse à R. G. Schwarzenberg », *Le Monde* du 8 mai et du 12 mai 1976.

■ 44. La conséquence de la règle des neuf ans est que le remplaçant ne commence pas un nouveau mandat mais termine seulement celui de son prédécesseur, pour la durée restant à courir.

■ 45. Louis JOXE par exemple, nommé en 1977 pour remplacer Henri REY décédé et dont le mandat expirait en 1980, a pu être renommé pour une nouvelle période de neuf ans et siéger ainsi douze années au Conseil !

selon l'ordonnance du 7 novembre 1958, par le Conseil statuant à la majorité de ses membres⁴⁶ en cas d'incapacité physique permanente empêchant définitivement un juge d'exercer ses fonctions et, éventuellement, en cas de manquement d'un conseiller aux obligations s'imposant à lui.

78 Obligations et interdictions. Le souci de la dignité des fonctions s'exprime également par un certain nombre d'obligations ou d'interdictions que chaque conseiller est tenu de respecter : obligation de garder le secret des délibérations et des votes ; interdiction de prendre une position publique sur les questions ayant fait, ou susceptibles de faire l'objet de décisions du Conseil ; interdiction de donner des consultations sur les affaires relevant de la compétence du Conseil ; interdiction de laisser mentionner la qualité de juge constitutionnel dans tout document susceptible d'être publié et relatif à toute activité publique ou privée ; interdiction d'occuper un poste de responsabilité ou de direction au sein d'un parti ou groupement politique et, de façon plus générale, d'y exercer une activité inconciliable avec l'indépendance et la dignité de membre du Conseil. La rigueur de ces obligations ne doit pas faire complètement illusion : un conseiller peut toujours donner à un ministre ami, un groupe parlementaire proche ou à son parti d'origine, une « consultation », une analyse de la constitutionnalité de tel ou tel projet au regard de la jurisprudence constitutionnelle et de son évolution possible, dès lors que consultation et analyse se font oralement et non par écrit, ne sont ni publiées ni rémunérées et restent dans le cadre privé de dîners opportuns... ; de même, un conseiller peut toujours, comme militant de base de son parti, rencontrer le premier responsable pour discuter avec lui « des choses politiques »⁴⁷ ! Il reste que ces obligations existent et que le Conseil est juge du moment et du seuil à partir desquels elles ne sont pas respectées, puisqu'il a compétence pour constater leur manquement « par un vote au scrutin secret à la majorité simple des membres le composant, y compris les membres de droit » et pour prononcer la sanction, un avertissement ou, le cas échéant, la démission d'office.

Aurait-il pu, aurait-il dû exercer cette compétence à l'encontre de Simone Veil et Valéry Giscard d'Estaing qui ont milité activement et publiquement en faveur de l'adoption du traité établissant une constitution pour l'Europe ? Par une interprétation sans doute extensive de l'article 4 du décret du 13 novembre 1959 qui prévoit la mise en congé de droit pour un juge constitutionnel qui sollicite un mandat électif, Simone Veil a pris la précaution de faire savoir à ses collègues, le 22 avril 2005, qu'elle décidait de suspendre ses fonctions de membre du Conseil à compter du 1^{er} mai 2005 et jusqu'à la proclamation des résultats du référendum du 29 mai 2005 pour participer à la campagne électorale. L'ancien Président de la République n'a pas eu le même souci des convenances, protégé par son statut de membre de droit à vie.

79 Toutes ces obligations sont en effet contenues dans le serment que les membres du Conseil doivent après leur nomination prononcer « devant le Président de la

■ 46. Dans ces hypothèses, le Président n'a pas voix prépondérante.

■ 47. Même l'obligation de garder le secret des délibérations et du vote, pourtant mieux respectée, est parfois transgressée par des « indiscretions » dont la presse bien informée rend compte, ou par la publication des mémoires d'ancien membre du Conseil ; voir par ex., LÉON NOËL, *De Gaulle et les débuts de la V^e République*, Plon, 1976 ; P. JOXE, *Cas de conscience*, Labor et Fides, 2010 ; J.-L. DEBRÉ, *Ce que je ne pouvais pas dire*, Robert Laffont, 2016.

République »⁴⁸. La prestation de serment n'étant exigée, sur la demande de René Coty, que pour les membres nommés, les obligations statutaires sont-elles opposables aux membres de droit ? Il est permis d'en douter : d'une part parce que c'est par le serment que les membres nommés se lient au respect des obligations et qu'ils en sont dispensés ; d'autre part parce que les sanctions et notamment la démission d'office ne peuvent leur être appliquées puisqu'ils sont membres à vie... Cette situation particulière faite aux anciens Présidents de la République, qui peut soulever des difficultés préjudiciables à l'autorité du Conseil, renforce encore la thèse de la suppression souhaitable des membres de droit.

2. Le cas particulier du Président du Conseil constitutionnel

80 Soumis, évidemment, aux mêmes règles générales que les conseillers, le Président, huitième personnage de l'État dans l'ordre protocolaire dispose cependant, de prérogatives propres. Responsable de l'institution, il choisit le secrétaire général et propose sa nomination au Président de la République, il nomme le trésorier et procède au recrutement du personnel. Chef de la juridiction, il désigne le rapporteur de l'affaire, il convoque et préside les séances sur un ordre du jour arrêté par lui, et il a surtout, en cas de partage, voix prépondérante.

La démission de Daniel Mayer et celle de Roland Dumas ont conduit le Conseil à imaginer, faute pour les textes d'avoir prévu ces hypothèses, des solutions permettant à l'institution de continuer à remplir ses missions.

En 1986, une controverse juridico-politique a surgi au sujet de la durée des fonctions de Président du Conseil. Dans le silence des textes, la pratique s'est établie de faire coïncider la durée de membre et celle de Président. Or, lors du renouvellement de 1986, Daniel Mayer, nommé Président en 1983, démissionne de sa fonction – tout en gardant son mandat de conseiller – permettant ainsi à François Mitterrand de choisir un nouveau président, Robert Badinter. Pour certains, ce tour de passe-passe constitue une « fraude à la Constitution », un droit de révocation déguisé au profit du Chef de l'État, préjudiciable à l'indépendance du Président du Conseil ; et de proposer, pour atténuer le mal, de nommer Robert Badinter président, uniquement pour terminer la fonction de son prédécesseur, soit six ans⁴⁹. François Luchaire réplique avec raison que, dans ce cas, le président pourrait être tenté de solliciter le renouvellement de sa fonction pour les trois années de son mandat restant à couvrir et qu'en conséquence, la seule manière d'assurer son indépendance était bien de le nommer président pour la durée de son mandat de membre, soit neuf ans⁵⁰.

■ 48. L'ordonnance du 7 novembre 1958 précise que les membres nommés « jurent de bien et fidèlement remplir leurs fonctions, de les exercer en toute impartialité dans le respect de la Constitution, de garder le secret des délibérations et des votes, et de ne prendre aucune position publique, de ne donner aucune consultation sur les questions relevant de la compétence du Conseil. Acte est dressé de la prestation de serment ». François LUCHAIRE raconte, dans son ouvrage précité, qu'il fut obligé d'intervenir auprès du chef de service du protocole de l'Élysée pour lui demander de modifier la lettre l'invitant à venir prêter serment sur un point : le serment est prêté *devant, et non, au* Président de la République !

■ 49. M. DUVERGER, « Une fraude à la Constitution ? », *Le Monde* du 22 février 1989.

■ 50. F. LUCHAIRE, « Réponse à M. Duverger », *Le Monde* du 26 février 1989.

Une autre lecture des textes peut cependant être soutenue : celle qui donne au Chef de l'État la possibilité de choisir le Président du Conseil après chaque renouvellement triennal. En effet, la seule référence pour le choix du Président est la composition du Conseil ; or celle-ci change tous les trois ans ; le Chef de l'État pourrait donc retrouver son droit de nomination à chaque nouveau Conseil. Lecture d'autant plus logique que la thèse de la coïncidence obligatoire de la durée du mandat de membre et de la fonction de Président conduit à instituer une discrimination entre les juges constitutionnels : considérer que le Président nommé en 1986 exercera sa fonction jusqu'en 1995 interdit aux membres désignés en 1989 et à ceux qui le seront en 1992 de devenir Président du Conseil. Et faudrait-il estimer qu'un membre de droit à vie nommé Président du Conseil le serait pour la durée de son mandat, c'est-à-dire, à vie !

Dès lors, il faut, ou bien modifier l'ordonnance du 7 novembre 1958 pour préciser que l'autorité et l'indépendance du Conseil imposent que son Président soit désigné pour neuf ans, ou bien admettre, dans le silence des textes, que le Chef de l'État retrouve tous les trois ans la possibilité de nommer un nouveau Président.

81 Par un communiqué du 23 mars 1999⁵¹, Roland Dumas annonçait qu'il avait « décidé, pour un temps, de ne pas exercer (sa) fonction de Président du Conseil constitutionnel », et que, « pendant cette période, Yves Guéna, doyen d'âge, (le) remplacera dans la plénitude des fonctions en qualité de Président par intérim ». Mis en examen le 29 avril 1998 pour complicité et recel d'abus de biens sociaux dans le cadre de l'affaire *Elf*, Roland Dumas avait considéré, pendant un an, que la présomption d'innocence lui permettait de rester à la tête du Conseil. Sans revenir sur cette position de principe, de nouvelles révélations l'ont amené, sous la triple pression de la presse, de la classe politique et peut-être surtout de ses collègues, à proposer, en mars 1999, sa « mise en congé ».

À situation inédite, solution inédite. Les textes, en effet, ne prévoient la mise en congé que dans l'hypothèse où un juge constitutionnel se présente à une élection. Et si l'article 13 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 envisage le cas d'empêchement du Président en exercice, il ne précise pas la nature de l'empêchement. En pratique, la maladie⁵² et les voyages⁵³ étaient, jusqu'alors, les seuls cas d'empêchement reconnus. En considérant que les procédures judiciaires l'affectant le « mettent dans une situation d'empêchement », Roland Dumas innove sans doute, mais rien dans l'ordonnance du 7 novembre 1958 ne permet de condamner, en droit, cette solution qui a le mérite de satisfaire à la fois le principe de la présomption d'innocence et celui du bon fonctionnement de l'institution. Reste qu'en confiant au doyen d'âge, Président par intérim, « la plénitude de (ses) fonctions », Roland Dumas innove une seconde fois. L'article 13 de l'ordonnance précitée ne prévoyant expressément pour le Président par intérim que le pouvoir de convoquer le Conseil, certains ont contesté la régularité du transfert à son profit de la totalité des

■ 51. V. les documents reproduits *infra*, n° 104.

■ 52. Empêché pour cause d'hospitalisation, Roland DUMAS a déjà été remplacé par Yves GUÉNA de mars à mai 1998.

■ 53. En février 1992, Daniel MAYER, doyen d'âge, a remplacé Robert BADINTER, absent pour cause de voyage à l'étranger.

pouvoirs : présidence des séances, désignation des rapporteurs et, surtout, voix prépondérante en cas de partage. À l'appui de cette critique, il est possible d'invoquer le cas du Président de la République par intérim qui, selon l'article 7 de la Constitution, ne reçoit, par exemple, ni le pouvoir de dissoudre l'Assemblée nationale ni celui d'organiser un référendum. À son encontre cependant, la décision du 29 décembre 1989 par laquelle le Conseil a jugé que le ministre assurant l'intérim de Premier ministre « possédait l'intégralité des pouvoirs attachés à la fonction qui lui était confiée à titre intérimaire » et, en particulier, celui d'engager la responsabilité du gouvernement au titre de l'article 49-3⁵⁴. Par analogie, il est permis de considérer qu'en confiant « la plénitude des fonctions » au Président par intérim, Roland Dumas a pris les dispositions nécessaires pour assurer la continuité de l'action juridictionnelle.

Cette situation intérimaire ne pouvait cependant, par définition, durer longtemps. Aussi, après son renvoi devant le tribunal correctionnel – 18 février 2000 – et devant le souhait exprimé par ses collègues, Roland Dumas a présenté, le 1^{er} mars 2000, sa démission au chef de l'État qui, le même jour, a nommé Yves Guéna, Président du Conseil

SECTION II

**LE CONSEIL, UNE COUR SUPRÊME
DU SYSTÈME JURIDICTIONNEL ?**

82

Le point d'interrogation s'impose pour qualifier la position d'un organe que les constituants, en 2008 encore, n'ont pas voulu dénommer « Cour » ou « Tribunal » mais simplement « Conseil ». Et pourtant, le Conseil a accompli une mutation « génétique » (§ 1) qui lui ouvre la possibilité de devenir la Cour suprême d'un paysage juridictionnel profondément modifié par l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité (§ 2).

§ 1. LA JURIDICTIONNALISATION DE L'INSTITUTION

83

Révélateurs du rôle limité que les constituants de 1958 pensaient lui avoir attribué et lui voir jouer dans l'avenir de la vie constitutionnelle, le travail juridictionnel n'est soumis qu'à quelques règles rudimentaires et l'administration du Conseil repose sur quelques personnes seulement. Sur ces deux points, il revient à la pratique et aux hommes qui ont fait vivre le Conseil de l'avoir progressivement juridictionnalisé... même si des améliorations restent encore possibles et souhaitables.

■ 54. CC 89-268 DC, 29 décembre 1989, R. p. 110 ; CC 89-269 DC, 22 janvier 1990, R. p. 33.

A. LA JURIDICTIONNALISATION PROGRESSIVE DU CONTENTIEUX

1. La construction d'une identité juridictionnelle

84 Le mouvement de juridictionnalisation du contrôle *a priori* s'est opéré de manière progressive et pragmatique⁵⁵. En instaurant pas à pas des éléments de contradictoire, en publiant au *Journal officiel* les textes des saisines, à partir de 1983, puis les observations en défense de la loi du gouvernement, le Conseil constitutionnel accomplissait sa mutation juridictionnelle. La procédure de contrôle *a priori* reste pour l'essentiel écrite, secrète en dépit de signes récents d'ouverture.

La procédure contentieuse de la QPC est inverse de celle actuellement en vigueur dans le cadre du contrôle *a priori* : elle repose sur un règlement adopté spécialement pour le jugement des QPC par une décision du Conseil du 4 février 2010 ; elle est contradictoire, orale et publique. Contradictoire par l'échange des mémoires et des observations entre les parties. Orale par les plaidoiries des avocats des parties et l'intervention d'un représentant du secrétariat général du gouvernement. Publique par l'installation de caméras dans la salle des délibérations permettant une transmission en direct de la séance dans une salle ouverte au public au rez-de-chaussée du palais Montpensier et, surtout, une retransmission sur le site internet du Conseil quelques heures seulement après la fin de l'audience publique. Il est souhaitable que ces qualités de la procédure du contentieux QPC deviennent aussi celles du contentieux *a priori*.

Avec la QPC, le Conseil constitutionnel est désormais une juridiction au sens du droit interne et européen. En dépit de spécificités et lacunes ponctuelles⁵⁶, l'organisation et le fonctionnement du Conseil sont comparables à la pratique observable au Conseil d'État ou à la Cour de cassation. La « chose » juridictionnelle est là, mais le « mot » tarde cependant à être consacré, bien que depuis le 10 mai 2016 la formule « Jugé par le Conseil constitutionnel dans sa séance du... » figure au bas des décisions QPC. Deux réticences sont à cet égard révélatrices. D'une part, lors de la discussion de la révision constitutionnelle de 2008 à l'origine de la QPC, l'Assemblée nationale a rejeté un amendement voté par le Sénat en première lecture visant à modifier la dénomination du Conseil constitutionnel en « Cour constitutionnelle ». Au Sénat, l'ancien Président du Conseil constitutionnel Robert Badinter justifiait sa proposition afin de « mettre le droit en accord avec le fait »⁵⁷. De manière peu convaincante, les députés invoqueront le défaut d'utilité d'un changement de dénomination. Derrière les apparences, c'est un rapport d'autorité que l'Assemblée nationale a souhaité maintenir en évitant de découpler les effets de la QPC par la consécration solennelle d'une « Cour constitutionnelle ». D'autre part, le Conseil constitutionnel ne statue pas « Au nom du peuple français ». Du moins officiellement en l'absence de cette mention dans l'en-tête de ses décisions, comme c'est le cas pour les juridictions judiciaires et administratives. Il est vrai que la juridictionnalisation du Conseil est récente, quasi accidentelle au regard de la raison

■ 55. Pour la présentation détaillée de la procédure de contrôle, cf. *infra*, n° 340 et s.

■ 56. Cf. *infra*, n° 360 et s.

■ 57. Séance du 24 juin 2008, JO, Sénat, p. 3342

d'être de l'institution dans l'esprit des fondateurs de la V^e République. Loin d'être anecdotique, la formule « Au nom du peuple français » renvoie à la force créatrice des symboles du droit et son inscription a fait semble-t-il l'objet d'un débat parmi les membres⁵⁸. Au regard des réticences exprimées au sein même du Conseil, du chemin reste à parcourir pour parvenir à parer le Conseil constitutionnel de tous les signes extérieurs de juridictionnalisation.

2. L'arrimage du Conseil constitutionnel au système juridictionnel européen

85 Dans une *décision du 4 avril 2013*⁵⁹, le Conseil constitutionnel pose une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne, tout en prononçant un sursis à statuer alors qu'aucun texte ne prévoit de dérogation au délai de trois mois pour statuer en QPC. Et, ce faisant, le Conseil s'arrime au système juridictionnel européen. La question de droit était simple : la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen ayant posé qu'il devait être statué « au plus tard trente jours après réception » d'une demande d'extension, la loi française avait-elle fait une transposition correcte de cette exigence en disposant que « la chambre d'instruction statue sans recours dans un délai d'un mois à compter de la réception de la demande » ? Si oui, le Conseil devait décliner sa compétence puisqu'il refuse de se prononcer sur les dispositions législatives « qui se bornent à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises d'une directive européenne »⁶⁰; si non, il pouvait exercer son contrôle sur une disposition relevant de la seule responsabilité du législateur français. Le Conseil aurait pu considérer que, puisque la Cour de cassation lui avait transmis l'affaire, c'est qu'elle avait jugé que l'expression « sans recours » ne découlait pas nécessairement de la décision-cadre mais du choix du législateur français. Il a préféré relever la portée imprécise des dispositions de la décision-cadre se mettant ainsi dans la situation de « devoir » saisir la CJUE pour lui demander, en vertu de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, si les articles 27 et 28 de la décision-cadre doivent se comprendre comme interdisant toute possibilité de recours.

Après ce coup d'audace juridictionnelle, tout s'est déroulé avec diplomatie. La Cour de Luxembourg a jugé, le 30 mai 2013⁶¹, que le choix du législateur français d'exclure tout recours n'était pas la conséquence nécessaire de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen. Et le 14 juin 2013, le Conseil en a conclu qu'il était compétent pour apprécier la constitutionnalité de ce choix et a jugé qu'il apportait « une atteinte injustifiée au droit à exercer un recours juridictionnel effectif »⁶².

■ 58. J.-L. DEBRE, *Ce que je ne pouvais pas dire*, Robert Laffont, 2016, p. 272.

■ 59. CC 2013-314 QPC, 4 avril 2013, JO 7 avril 2013, p. 5799.

■ 60. CC 2006-540 DC, 27 juillet 2006, R. p. 88.

■ 61. CJUE, 30 mai 2013, C-168/13 PPU.

■ 62. CC 2013-314 QPC, 14 juin 2013, JO 16 juin 2013, p. 10024.

86 Quatre « leçons » principales peuvent être retenues de cette grande décision. D'abord, en décidant de demander à la Cour de Luxembourg si la rédaction de la décision-cadre doit être interprétée comme excluant la possibilité d'un recours contre une décision d'extension d'un mandat d'arrêt européen, le Conseil bascule du cotoiement des ordres juridiques constitutionnel et européen à leur enclassement. Davantage même, à la subordination du premier au second. Évidemment, le degré de subordination dépendra de l'usage que fera le Conseil de la théorie de l'acte clair qui permet au juge de décider souverainement qu'il n'y a pas de difficultés d'interprétation et donc nulle obligation de transmettre une question préjudicielle à la Cour de Luxembourg. Ensuite, le contentieux européen devient, avec la décision du 4 avril 2013, un moment du contentieux constitutionnel. Et un moment important puisque la décision de la Cour de Luxembourg commande la suite du contrôle de constitutionnalité. Un système juridictionnel intégré se met en place : une affaire contentieuse naît devant le juge judiciaire français, se poursuit devant le juge constitutionnel français par l'introduction d'une QPC et se prolonge devant le juge européen par le renvoi d'une question préjudicielle ; et la décision rendue par le juge européen « redescend » vers les juges français en diffusant ses effets sur le contrôle de constitutionnalité et, par ricochet, sur le jugement au fond. Enfin, il ne faut pas négliger l'avantage institutionnel que le Conseil tire de sa décision : en faisant usage de l'article 267 du Traité de Lisbonne, il consolide sa nature juridictionnelle puisque selon cet article les questions préjudicielles sont transmises à la Cour de Luxembourg par les juridictions nationales des États membres. Si le Conseil a saisi la Cour, c'est donc qu'il est bien une juridiction ! Et une juridiction qui joue le jeu européen comme les Cours constitutionnelles belge et espagnol qui ont également porté une question préjudicielle devant le juge de Luxembourg à la différence de la Cour allemande pourtant souvent prise pour modèle.

La dernière « leçon » ouvre sans doute une controverse théorique. En effet, en arrimant ainsi le contrôle de constitutionnalité au système juridictionnel européen, le Conseil autonomise le droit constitutionnel par rapport à ses sources nationales et le place dans un ensemble post-national où il se trouve « connecté »⁶³ avec les autres droits, l'ensemble se transformant progressivement en « droit commun », en « droit constitutionnel commun ». S'il en devenait ainsi, la décision du 4 avril 2013 n'aurait pas seulement signé un revirement de jurisprudence ; elle aurait ouvert un revirement de paradigme juridique en décloisonnant les droits.

B. LE RENFORCEMENT NÉCESSAIRE DE L'ADMINISTRATION DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

87 L'administration du Conseil constitutionnel est dirigée, sous l'autorité du Président, par un secrétaire général dont les textes prévoient qu'il est nommé par décret du Président de la République, mais sur proposition du Président du Conseil⁶⁴.

■ 63. Voir la 3^e partie du présent ouvrage.

■ 64. Art. 1 du décret n° 59-1293 du 13 novembre 1959 relatif à l'organisation du secrétariat général du Conseil constitutionnel.

Cette dernière précision n'est pas anodine ; elle marque à la fois l'autonomie de l'institution et la relation de confiance nécessaire qui doit exister entre le Président et son premier collaborateur. Ainsi, le Président Daniel Mayer propose, après sa nomination en 1983, un nouveau secrétaire général, et le Président Robert Badinter, nommé en février 1986, appelle à ce poste, en avril, Bruno Genevois, alors directeur des libertés publiques et des affaires juridiques au ministère de l'Intérieur et, en janvier 1993, Olivier Schrameck, maître des requêtes au Conseil d'État, Professeur associé à l'Université Paris I. Depuis trente ans, sept personnes ont occupé cette fonction : MM. Boitreaud (1959-1962), de Lamothe-Dreuzy (1962-1983), Poullain (1983-1986), Genevois (1986-1993), Schrameck (1993-1997), Jean-Éric Schoettl (1997-2007), Marc Guillaume (2007-2015) et Laurent Vallée depuis 2015. La nomination en 1983 d'un magistrat de l'ordre judiciaire suscita un certain émoi chez les conseillers d'État, heureux de récupérer en 1986 un poste qu'ils avaient occupé depuis 1959 et considéraient comme leur, naturellement...

88 Les membres du Conseil d'État défendent d'autant plus leur présence à ce poste que le secrétaire général occupe une place stratégique et joue un rôle déterminant dans l'activité du Conseil et l'évolution de sa jurisprudence. La formule banale et inoffensive du décret du 13 novembre 1959 – il « prend les mesures nécessaires à la préparation et à l'organisation des travaux du Conseil » – donne une faible idée de l'influence réelle du secrétaire général. Il ne se limite pas à l'enregistrement des requêtes, à l'établissement d'un compte rendu sommaire des séances, à la mise en forme du recueil annuel des décisions, ou à la préparation matérielle des séances ; il est un des principaux centres nerveux, intellectuel, juridique et politique du Conseil. Toutes les décisions passent à un moment donné, et pas seulement celui de leur relecture ou de leur signature, dans son bureau. C'est lui qui rassemble et fournit au conseiller-rapporteur tous les éléments d'information sur l'affaire, lui qui organise et anime les rencontres avec les représentants du ministère concerné et/ou du secrétariat général du gouvernement ; c'est encore, autour, à partir et en relation avec lui que le conseiller élabore son rapport et rédige son projet de décision.

Sans doute cette maîtrise intellectuelle de la préparation des travaux du Conseil varie selon la personnalité du secrétaire général et celle de chacun des juges constitutionnels ; sans doute certains membres, par formation, aiment à travailler et préparer seuls leurs dossiers ; sans doute aucun n'accepterait de se voir imposer une solution. Mais dans la discussion juridique qui s'instaure, les arguments du secrétaire général bénéficient toujours d'une autorité particulière⁶⁵. Depuis 1986 d'ailleurs, le secrétaire général tend à donner à sa fonction une dimension supplémentaire en intervenant dans maints colloques et en commentant régulièrement les décisions du Conseil⁶⁶. Cette médiatisation, qui peut faire heureusement souffrir le caractère secret des travaux de la Haute Assemblée, témoigne du prestige et de

■ 65. O. SCHRAMECK, « Le secrétariat général du Conseil constitutionnel », *RFDA*, 1994, p. 1210.

■ 66. Voir par ex., la chronique annuelle de Bruno GENEVOIS à l'*Annuaire international de justice constitutionnelle*, ses notes de jurisprudence à la *RFDA*, ou ses commentaires rassemblés dans un ouvrage : *La jurisprudence du Conseil constitutionnel : principe directeurs*, STH 1988. Voir également, les commentaires de Jean-Éric SCHOETTL aux *Petites Affiches* et les articles publiés aux *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* par Marc GUILLAUME.

l'influence acquis par cet homme-orchestre qui mériterait de voir renforcer l'ensemble qu'il dirige.

89 À côté des autres cours constitutionnelles, toutes pourvues d'une assistance juridique compétente, nombreuse et diversifiée, le Conseil fait assurément figure de « parent pauvre ». En dehors des secrétaires, huissiers et chauffeurs, il ne dispose en permanence dans ses services que de quatre ou cinq personnes juridiquement qualifiées : le secrétaire général, les quatre membres du service juridique⁶⁷, les trois membres du service de documentation et, depuis 1992, une greffière⁶⁸. Si chacun se voit généralement attribuer la responsabilité du suivi des différentes phases de la préparation de deux ou trois affaires, l'accroissement des saisines et l'introduction de la QPC conjugués au bref délai dans lequel les juges doivent statuer rendent inéluctable le renforcement du service juridique du Conseil. Déjà, il est fait appel à des contractuels, recrutés à mi-temps parmi les jeunes universitaires.

Économique, sociale, administrative, pénale, civile, commerciale, internationale, les législations touchent aujourd'hui, en même temps ou successivement, toutes ces matières, obligeant le juge constitutionnel à intervenir ainsi dans toutes les branches du droit. L'assistance « technique » devrait en conséquence couvrir ce vaste champ de compétences en mettant à la disposition des membres du Conseil, au moins un universitaire, des magistrats de l'ordre judiciaire ayant exercé au civil, au social et au pénal, des membres de la juridiction administrative et des chambres régionales des comptes et des fonctionnaires des assemblées parlementaires. Par ailleurs, il ne serait certainement pas inutile de favoriser une meilleure connaissance des jurisprudences constitutionnelles étrangères et des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme. Des améliorations sensibles ont été récemment apportées à l'organisation des services du Conseil et en particulier de la bibliothèque qui dispose d'un responsable efficace capable de réunir en peu de temps les informations juridiques nationales et étrangères nécessaires au traitement d'une affaire, ou de mettre en tableaux l'évolution jurisprudentielle des cas d'ouverture, des principes invoqués, des censures partielles⁶⁹ ; il faut cependant continuer car ils restent très en deçà de la « norme européenne » et surtout du rôle et de la place du Conseil dans la vie juridique et politique du pays... sans parler de l'imposante machine de son voisin du Palais-Royal.

■ 67. Le service juridique est essentiellement composé de magistrats de l'ordre judiciaire (Bernard POULAIN, Jean-Yves MAC-KEE, Catherine BROUARD, Jean-François DE MONTGLOFIER), de fonctionnaires des assemblées parlementaires (Patrick NGUYEN NUU, Jean-Pierre CAMBY, Georges BERGOUNOUS, Damien CHAMUSSY, Adrien GAFFIER) et de membres de la juridiction administrative (Marc LOULOOM, Pierre-Éric SPITZ, Marie MERLIN-DESMARTIS, Régis FRAISSE). Il s'est ouvert parfois à des universitaires (Thierry RENOIX, Dominique ROUSSEAU).

■ 68. Le décret du 13 novembre 1959 organise aussi l'autonomie financière du Conseil qui dispose d'un budget propre dont les crédits figurent au budget général et non à celui d'un ministère particulier ; l'ordonnateur en est le Président et le paiement des mandats est effectué par un trésorier nommé par lui et responsable devant lui.

■ 69. Stéphane COTTIN a largement contribué au développement d'une bibliothèque embryonnaire jusqu'à son arrivée. Lionel BRAU, aujourd'hui chef du service documentation du Conseil, accomplit avec une compétence et une diligence exemplaires un remarquable travail de veille et d'analyse juridiques. Sans parler de la gestion du site...

§ 2. LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL, COUR SUPRÊME EN DEVENIR

90

Si tout le monde en parle, peu s'attardent à définir les éléments qui font d'une Cour une « Cour suprême » ; d'où, le plus souvent, un usage polémique ou métaphorique de l'expression pour signifier, banalement, que le Conseil constitutionnel va devenir, est devenu « plus important que le Conseil d'État et la Cour de cassation ». Au demeurant, traduire « suprême » par un banal « plus important que » donne une idée assez juste du rapport qui peut s'établir entre Conseil constitutionnel, Conseil d'État et Cour de cassation. À condition de préciser en quoi le premier serait « plus important que » les deux autres. En s'inspirant de la réflexion de Roland Drago⁷⁰, une Cour serait plus importante que d'autres et donc suprême quand tous les ordres juridiques et juridictionnels d'un pays seraient unifiés par son action et sous son autorité, quand elle aurait compétence pour dire le droit et décider du fait et quand elle fonderait ses décisions sur la norme suprême du système juridique, c'est-à-dire la Constitution.

Au regard de cette définition de départ, la QPC ouvre le chemin de la Cour suprême pour le Conseil constitutionnel. Indépendamment peut-être de la volonté du constituant de 2008, indépendamment aussi de l'éventuelle volonté de pouvoir du Conseil constitutionnel⁷¹, la QPC ouvre en effet une tension entre des éléments favorisant la montée en Cour suprême du Conseil (A) et des éléments freinant cette montée (B) qui pourrait, selon l'usage que les hommes feront de ces éléments contraires, provoquer une mise en ordre inédite du paysage juridictionnel français.

A. LES ÉLÉMENTS DE LA QPC FAVORISANT LA TRANSFORMATION DU CONSEIL EN « COUR SUPRÊME »

1. La priorité d'examen des QPC

91 Le caractère « prioritaire » de la question de constitutionnalité est inscrit dans la loi organique du 10 décembre 2009 et non directement dans la Constitution. Cette priorité apparaît, fièrement épinglée, dans l'intitulé même du mécanisme : « question *prioritaire* de constitutionnalité »⁷² plutôt que « question préjudicielle »⁷³ ou « question préalable ». Étant « prioritaire », la QPC oblige ainsi le juge ordinaire,

■ 70. Roland Drago, in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, La documentation française, 1994.

■ 71. Cf. cependant l'aveu rétrospectif de J.-L. DEBRÉ : à la question de savoir si le Conseil constitutionnel est devenu une Cour suprême il écrit « Je préfère avancer sans le dire plutôt de que le dire sans avancer », in *Ce que je ne pouvais pas dire*, Robert Laffont, 2016, p. 170.

■ 72. Initialement, le projet de loi organique ne faisait pas référence à la « priorité » mais organisait déjà, en détail, le mécanisme de priorité tel qu'il apparaît aujourd'hui aux articles 23-2 pour le juge chargé de l'instance principale et 23-5 pour la Cour de cassation et le Conseil d'État. La priorité, en tant qu'élément de dénomination du nouvel instrument, est arrivée plus tard puisqu'elle est le fruit d'une proposition d'amendement de la Commission des lois à l'Assemblée nationale, acceptée par l'ensemble des parlementaires lors de la séance publique du 14 septembre 2009. Au départ, la question de constitutionnalité était donc prioritaire dans ses modalités d'application, mais pas dans sa dénomination.

■ 73. Sur la question de savoir si la QPC est bien une « question préjudicielle », v. J. BONNET et P.-Y. GAHDOUN, *La question prioritaire de constitutionnalité*, PUF, Que sais-je ?, 2014, p. 24 ; X. MAGNON, « La

lorsque plusieurs « questions » lui sont posées dans un procès, à statuer en premier lieu sur celle qui met en jeu la Constitution. Et en pratique, elle le contraint à préférer, bon gré mal gré, l'argument constitutionnel à l'argument européen ou international lorsqu'il choisit, à l'invitation des requérants, de sanctionner une loi attentatoire aux libertés. Plus coercitive que consensuelle, la priorité est l'aveu qu'une censure prononcée sur la base d'un principe constitutionnel, et donc « français », vaut toujours mieux, estime le législateur organique, qu'une censure bâtie sur la base d'un principe aux accents exotiques. Traduction en droit de l'idée que le linge sale se lave toujours en famille !

92 Mais c'était sans compter sur la défiance de la Cour de cassation... L'histoire se déroule en quatre épisodes. Premier épisode, par le désormais fameux arrêt du 16 avril 2010, la Cour de cassation transmet à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) la question de la conformité des dispositions de l'article 23-2 de la loi organique – qui organise concrètement la priorité⁷⁴ – « en ce qu'elles imposent aux juridictions de se prononcer par priorité sur la transmission au Conseil constitutionnel de la question de constitutionnalité qui leur est posée » au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et en particulier « aux dispositions impératives de l'article 267 » relatives à la question préjudicielle devant la CJUE. La Cour fonde sa décision sur les implications, selon elle logiques, de l'obligation pour les juges du fond de se prononcer par priorité sur la question de constitutionnalité : par cette obligation, ils se voient privés « de la possibilité de statuer sur la conventionnalité d'une disposition légale avant de transmettre la question de constitutionnalité », « de la possibilité de poser une question préjudicielle à la CJUE avant de transmettre la question de constitutionnalité » et de la possibilité « de saisir la CJUE d'une question préjudicielle postérieurement à une décision du Conseil constitutionnel jugeant la disposition législative conforme au droit de l'Union européenne ». En d'autres termes, l'examen de la conformité d'une disposition législative au droit de l'Union serait prioritaire et l'obligation de l'examen prioritaire de la question de constitutionnalité, parce qu'elle y ferait obstacle, serait en conséquence contraire au droit de l'Union européenne.

Le raisonnement de la Cour repose tout entier sur la jurisprudence *Simmenthal*⁷⁵ qui fait obligation au juge national de laisser au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition législative nationale contraire au droit de l'Union sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci. Mais la Cour aurait dû rappeler aussi que cette jurisprudence doit être conciliée avec celle dite de l'autonomie procédurale par laquelle la Cour de Luxembourg admet que le juge national peut utiliser la voie de droit nationale lorsqu'elle est équivalente et aussi efficace que la voie de droit communautaire⁷⁶, ce qui était le cas en l'espèce

QPC est-elle une question préjudicielle ? », *AJDA*, 2015, p. 254 ; et d'une façon générale G. CASU, *Le renvoi préalable, Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation*, LGDJ, 2016.

■ 74. « La juridiction doit, lorsqu'elle est saisie de moyens contestant la conformité d'une disposition législative, d'une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution et, d'autre part, aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur la transmission de la question de constitutionnalité au Conseil d'État ou à la Cour de cassation ».

■ 75. CJCE 9 mars 1978, n° 106/77, *Simmenthal*.

■ 76. CJCE 25 novembre 2008, *Heemskerk*, *J.O.U.E* 21 mars 2009, C. 69 p. 4.

puisque le requérant invoquait une atteinte à la liberté de circulation qui est aussi bien protégée par le droit constitutionnel que par le droit communautaire.

93 Deuxième épisode, le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 12 mai 2010⁷⁷, répond à la Cour de cassation : « le juge qui transmet une QPC, peut suspendre immédiatement tout éventuel effet de la loi incompatible avec le droit de l'Union, assurer la préservation des droits que les justiciables tiennent des engagements internationaux et européens de la France, faire, à tout moment, ce qui est nécessaire pour empêcher que des dispositions législatives qui feraient obstacle à la pleine efficacité des normes de l'Union soient appliquées dans le litige et saisir la Cour de Justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle ». La réponse du Conseil est, pour une fois, longue, insistante et argumentée. Elle offre une solution pratique ou, selon une expression canadienne, un « arrangement raisonnable » à une situation juridique complexe où l'ordre juridique interne et l'ordre juridique européen s'enroulent l'un l'autre avec au sommet de chacun un acte suprême différent – la Constitution pour le premier, le traité pour le second – sans que l'un de ces actes soit en position hiérarchique par rapport à l'autre. Cette situation conduit, par exemple, à une jurisprudence constitutionnelle surprenante qui fait de la primauté une exigence constitutionnelle mais qui en confie la garde aux juridictions judiciaires et administratives : au Conseil constitutionnel, le contrôle de constitutionnalité, à la Cour de cassation et au Conseil d'État le contrôle du droit de l'Union constitutionnalisé. En réaffirmant la pertinence de sa jurisprudence IVG au moment de l'entrée en application de la QPC, le Conseil, dans sa décision du 12 mai 2010, lui donne une portée nouvelle en précisant que « le respect de l'exigence constitutionnelle de transposition des directives ne relève pas des droits et libertés que la Constitution garantit et ne saurait, par suite, être invoqué dans le cadre d'une QPC ». Au regard d'une logique pure, il aurait sans doute été préférable de réunir les deux contentieux, de constitutionnalité et d'eurocompatibilité, entre les mains d'un même juge ; mais le législateur organique ayant « bricolé » un mécanisme qui prend en charge l'histoire particulière du paysage juridictionnel français, il appartient à ses acteurs d'aller de concert, pour citer Montesquieu.

94 Troisième épisode, la CJUE, dans son arrêt du 22 juin 2010⁷⁸, déclare la QPC euro-compatible et invite la Cour de cassation à le reconnaître.

Placée dans la position difficile d'avoir à « départager » deux hautes juridictions nationales, le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation, la CJUE adresse d'abord une manière de remontrance à la Cour de cassation en lui rappelant que, dans l'hypothèse d'interprétations concurrentes, « il est de jurisprudence constante qu'il appartient à la juridiction nationale de donner à la loi interne qu'elle doit appliquer, dans toute la mesure du possible, une interprétation conforme au droit de l'Union ». Cette méthode est, au demeurant, celle utilisée par le Conseil constitutionnel lorsque, pour ne pas censurer une loi mais l'accompagner de réserves, il privilégie l'interprétation qui la rend compatible avec la Constitution.

■ 77. *Gaz. Pal.*, 18 mai 2010, p. 13.

■ 78. CJUE, 22 juin 2010, n° C-188/10 et C-189/10 : *Melki et Abdeli*, *Gaz. Pal.*, 27-29 juin 2010, p. 19.

En l'espèce relève la CJUE, la Cour « part de la prémisse que les dispositions de la loi organique relatives au caractère prioritaire du moyen de constitutionnalité sont incompatibles avec le droit de l'Union et les principes dégagés par la juridiction européenne ». Et la Cour de Luxembourg, exposant fidèlement l'interprétation des juges judiciaires français, concède que, si cette interprétation est la bonne, « force est de constater » que la QPC est incompatible avec les principes posés par l'arrêt *Simmenthal*.

Mais, cette interprétation n'est pas la seule possible et la CJUE, dans ses points 33 à 36 et 48, expose celle délivrée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 12 mai 2010 reprise par le Conseil d'État dans son arrêt du 14 mai 2010 et défendue par les gouvernements français et belge à l'audience. Selon cette interprétation, la QPC ne modifie en rien la compétence de premier juge européen des juges judiciaires et administratifs et de leur pouvoir d'écarter une loi qu'ils jugeraient contraire au droit de l'Union.

Or, en l'espèce, déclare la CJUE au point 50, « l'interprétation conforme » est celle délivrée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 12 mai 2010 et « une telle interprétation ne saurait être exclue ». Elle ne saurait d'autant moins être exclue que, lorsqu'elle énonce les trois conditions auxquelles une procédure incidente de constitutionnalité doit répondre pour être conforme au droit de l'Union, la Cour reprend presque mot pour mot celles énoncées par le Conseil constitutionnel : les juridictions nationales doivent pouvoir « saisir, à tout moment de la procédure qu'elles jugent approprié, et même à l'issue de la procédure incidente de constitutionnalité, la Cour de toute question préjudicielle qu'elles jugent nécessaires »⁷⁹ ; « adopter toute mesure nécessaire afin d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union »⁸⁰ ; « laisser inappliquée, à l'issue d'une telle procédure incidente, la disposition législative nationale si elles la jugent contraire au droit de l'Union »⁸¹.

Ainsi, tout repose non sur le libellé des dispositions de la loi organique mais sur leur interprétation. Leur « interprétation correcte » est celle qui les rend euro-compatibles et la « correctitude » de l'interprétation s'apprécie au regard des trois conditions posées par la CJUE. Il en ressort que l'interprétation du Conseil est la

■ 79. Cette condition fait écho au considérant 15 de la décision du Conseil du 12 mai 2010 : la loi organique ne prive pas « davantage les juridictions administratives et judiciaires, y compris lorsqu'elles transmettent une question prioritaire de constitutionnalité, de la faculté ou, lorsque leurs décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, de l'obligation de saisir la CJUE d'une question préjudicielle en application de l'article 267 du traité ».

■ 80. Cette condition fait écho au considérant 14 de la même décision : « le juge qui transmet une QPC peut suspendre immédiatement tout éventuel effet de la loi incompatible avec le droit de l'Union, assurer la préservation des droits que les justiciables tiennent des engagements internationaux et européens de la France et faire, à tout moment, ce qui est nécessaire pour empêcher que des dispositions législatives qui feraient obstacle à la pleine efficacité des normes de l'Union soient appliquées ».

■ 81. Cette condition fait écho au considérant 13 de cette même décision : « l'article 62 de la constitution ne limite pas la compétence des juridictions administratives et judiciaires pour faire prévaloir le droit de l'Union européenne sur une disposition incompatible avec lui, même lorsque cette dernière a été déclarée conforme à la constitution ».

« bonne » parce qu'elle rend la QPC « conforme aux exigences du droit de l'Union »⁸².

Et, comme il se doit, la CJUE renvoie à la Cour de cassation le soin de « vérifier » si la législation organique relative à la QPC « peut être interprétée conformément aux exigences du droit de l'Union ».

Quatrième épisode, la Cour de cassation, dans son arrêt du 29 juin 2010⁸³, maintient son interprétation, juge que l'obligation de se prononcer sur la conformité de la disposition législative au regard du droit de l'Union la conduit à laisser « inappliquées les dispositions de l'ordonnance du 7 novembre 1958 modifiée prévoyant une priorité d'examen de la question de constitutionnalité », renvoie le traitement de l'affaire au juge des libertés et de la détention et déclare qu'il n'y a pas lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question de la constitutionnalité de l'article 78-2 alinéa 4 du Code de procédure pénale.

2. La transformation du lien organique avec le juge ordinaire

95 Le deuxième élément favorable à la transformation du Conseil en Cour suprême est la création, par le fait de la QPC, d'un lien organique obligé entre Conseil constitutionnel, Conseil d'État et Cour de cassation. Jusqu'à la révision constitutionnelle de 2008, le paysage juridictionnel français était structuré par deux grands ordres de juridiction, le judiciaire et l'administratif, chacun avec sa cour « suprême », la Cour de cassation pour le judiciaire, le Conseil d'État pour l'administratif et un Tribunal des conflits pour trancher les problèmes de compétences entre les deux ordres. Le Conseil constitutionnel était hors-champ ; même si sa qualité juridictionnelle était moins discutée, il ne faisait pas partie du paysage juridictionnel. Or, avec la QPC, il y entre. En effet, avec le contrôle *a priori*, le contentieux constitutionnel se situe dans le paysage politique ; précisément, il est encadré dans la procédure d'élaboration de la loi puisqu'il intervient juste après le vote de la loi et avant sa promulgation. Au contraire, avec le contrôle *a posteriori*, le contentieux constitutionnel se situe dans le paysage juridictionnel ; précisément, il est enchâssé dans le contentieux ordinaire. Le Conseil entre dans le paysage juridictionnel parce que le procès constitutionnel entre dans le procès ordinaire, judiciaire ou administratif. Le procès constitutionnel n'est pas un procès autonome puisque la QPC ne peut être soulevée qu'« à l'occasion » d'un procès ordinaire ; ce qui signifie que le procès constitutionnel dépend de la survenance d'un procès ordinaire et s'inscrit à l'intérieur de ce dernier. Il en devient un moment, et un moment important puisque la suite du procès ordinaire en dépend : si le procès constitutionnel se termine par l'abrogation de la loi contestée, le procès ordinaire ne peut reprendre ; s'il se clôt par sa validation, le procès peut reprendre.

96 L'instrument de la relation organique entre les trois Cours est le « filtre-renvoi », c'est-à-dire l'obligation faite au Conseil d'État et à la Cour de cassation de

■ 82. La CJUE reprend également l'analyse du Conseil constitutionnel sur les lois de transposition des directives qui ne peuvent être invoquées dans le cadre d'une QPC.

■ 83. Cass. 29 juin 2010, n° 12133.

renvoyer la question de constitutionnalité au jugement du Conseil s'il apparaît que la disposition est applicable au litige, que la question n'a pas déjà été tranchée par le Conseil et qu'elle est sérieuse ou nouvelle. Jusqu'à présent, les rapports entre les trois Cours étaient fondés sur la civilité et la bonne entente ; désormais, ils sont juridiquement obligés. Pour décider si la question de constitutionnalité est sérieuse ou si elle n'a pas déjà été jugée, Conseil d'État et Cour de cassation doivent évidemment intégrer la jurisprudence du Conseil dans leur raisonnement juridictionnel ; et le renvoi de la question devant le Conseil oblige Conseil d'État et Cour de cassation à suspendre le procès et attendre la décision du Conseil qui décidera de la suite juridictionnelle de l'affaire. Une nouvelle chaîne juridictionnelle, inédite, se met donc en place et donne un avantage ou une « importance plus grande » au Conseil puisque le Conseil d'État et la Cour de cassation ne peuvent pas juger eux-mêmes la constitutionnalité de la loi contestée pourtant devant eux, doivent attendre le verdict du Conseil et dépendent de ce verdict.

3. Le contrôle et l'arbitrage des interprétations constantes de la loi

97 Le troisième élément favorable à la transformation du Conseil en Cour suprême est, toujours sous l'effet de la QPC, la soumission au Conseil constitutionnel des interprétations des dispositions législatives faites par la Cour de cassation et le Conseil d'État⁸⁴. Le procès constitutionnel n'étant pas autonome mais s'encadrant dans le procès ordinaire, il était logique que la première condition de recevabilité d'une QPC soit qu'elle porte sur une disposition législative « applicable au litige ou à la procédure ». Cette formulation – « applicable au litige... » – a provoqué un désaccord fondamental entre la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel, désaccord dont l'enjeu était, précisément, la mise en position de Cour suprême du Conseil.

98 **Principe du contrôle.** Dans un *arrêt du 19 mai 2010*⁸⁵, la Cour de cassation refusait, en effet, de transmettre la question de la non-motivation des arrêts de cours d'assises au motif que la « question posée tend, en réalité, à contester non la constitutionnalité des dispositions qu'elle vise, mais l'interprétation qu'en a donnée la Cour de cassation au regard du caractère spécifique des arrêts des cours d'assises statuant sur l'action publique ». Refus et argumentation *a priori* surprenants dans la mesure où le justiciable contestait « la constitutionnalité des dispositions des articles 353 et 357 du Code de procédure pénale » – ce que la Cour admet implicitement en réécrivant la question : « en réalité », écrit-elle – et où cette non-motivation est moins le résultat d'une interprétation de la Cour que d'une disposition littérale du Code de procédure pénale. Dès lors, l'argumentation du refus de transmettre apparaît comme le moyen pour la Cour de poser, au moment où la procédure de la QPC se met en place, le principe selon lequel il ne peut porter sur l'interprétation jurisprudentielle de la disposition législative.

■ 84. Cf. également *infra*, n° 215 et s.

■ 85. Cass. QPC, 19 mai 2010, *M. Yvan Colona*, n° 09-82582.

Dans sa *décision du 6 octobre 2010*⁸⁶, le Conseil affirme le principe inverse et juge qu'en « posant une QPC, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition ». Le Conseil n'a pas tort. Dès lors, en effet, que le constituant a voulu qu'une QPC puisse être soulevée à l'encontre de lois promulguées, la contestation du justiciable porte nécessairement non sur la disposition législative telle qu'adoptée par le législateur mais sur la disposition telle qu'interprétée-appliquée par les juges. Ce déplacement de l'objet de la contestation est même très précisément ce qui distingue le contrôle de constitutionnalité *a priori* du contrôle *a posteriori*. Dans le cadre du premier, la critique ne peut évidemment porter que sur la loi « sèche » puisqu'elle intervient avant sa promulgation, avant son entrée en application donc avant son interprétation par les juges ; dans le cadre du second, en revanche, la critique porte nécessairement sur la loi entrée en vigueur, sur la loi appliquée et donc sur la « portée effective » que le juge, par son interprétation, en a donné. Avec la QPC, le contrôle de constitutionnalité sort d'une logique purement abstraite pour connaître non plus la loi parlementaire mais la loi « juridictionnelle », la loi vivante selon l'expression de la doctrine italienne⁸⁷, celle qui a produit des effets concrets sur le justiciable. En affirmant que c'est « l'interprétation jurisprudentielle » qui « confère à une disposition législative sa portée effective », le Conseil reconnaît, implicitement au moins, que la loi votée n'est pas une norme⁸⁸, qu'elle le devient par le travail d'interprétation chaque fois recommencé auquel le juge se livre concrètement pour chaque affaire. Autrement dit, c'est l'interprétation jurisprudentielle qui fait la norme applicable au justiciable et qui justifie en conséquence que ce soit l'interprétation jurisprudentielle de la disposition législative qui puisse être retenue comme objet de la QPC.

- 99 Portée du contrôle.** Même si la décision du Conseil contredit la position adoptée par la Cour de cassation, elle ne met pas les juges constitutionnels et judiciaires en concurrence. Le Conseil, en effet, ne substitue pas son appréciation à celle de la Cour ; dès lors qu'elle est constante, les juges constitutionnels prendront l'interprétation des juges ordinaires pour l'interprétation « authentique », celle qui fait produire concrètement des effets de droit. Une disposition législative ne supportera donc pas deux interprétations concurrentes, celle du juge ordinaire et celle du juge constitutionnel ; elle n'en aura qu'une, celle du juge ordinaire. En revanche, cette interprétation ne sera pas « souveraine » puisque le Conseil la soumet à son contrôle ; concrètement, il examinera la constitutionnalité de l'interprétation de la loi retenue par le juge. Ainsi, en l'espèce, il juge qu'en interprétant l'article 365 du Code civil comme interdisant l'adoption d'un enfant mineur par un couple non marié, la Cour n'avait porté atteinte ni au droit de mener une vie familiale normale, ni au principe d'égalité. La réponse peut ne pas emporter la conviction ; mais vieille

■ 86. CC 2010-39 QPC, 6 octobre 2010, JO 7 octobre 2010, p. 18154.

■ 87. V. par ex., G. ZAGREBELSKI, « La doctrine du droit vivant et la QPC », in *Constitutions*, Dalloz, n° 1, 2010 ; C. SÉVERINO, *La doctrine du droit vivant*, Economica-Puam, 2003.

■ 88. Elle ne l'était déjà plus depuis la décision du 23 août 1985 puisque, pour devenir norme, la loi votée devait respecter la Constitution.

stratégie de toutes les audaces jurisprudentielles depuis l'arrêt *Madison/Marbury*, le Conseil devait poser le principe de sa compétence juridictionnelle sur les interprétations des juges « ordinaires » sans avoir à en faire application au cas d'espèce.

Habilement, le Conseil a prononcé la première sanction une semaine plus tard à propos d'une interprétation donnée par le Conseil d'État. Le 14 octobre 2010⁸⁹, confronté à la qualification juridique de l'obligation pour la Compagnie agricole de Crau d'avoir à acquitter au profit de l'État une partie de son bénéfice net global, le Conseil considère que celle qui s'impose est non celle du gouvernement – une obligation d'origine contractuelle – mais celle retenue par le Conseil d'État dans son arrêt du 27 juillet 2009 – un prélèvement à caractère fiscal. Et il juge qu'ainsi comprise par le Conseil d'État comme prélèvement fiscal, cette obligation est contraire au principe d'égalité devant les charges publiques dans la mesure où la Compagnie agricole de Crau est la seule société agricole à supporter ce type de prélèvement.

Ces deux décisions des 6 et 14 octobre 2010 sont « constitutives » de la position possible du Conseil constitutionnel en Cour suprême en ce qu'elles soumettent, chose inimaginable hier seulement, les interprétations du Conseil d'État et de la Cour de cassation au contrôle du Conseil constitutionnel.

Après quelques années de pratique contentieuse, le Conseil constitutionnel semble privilégier les réserves d'interprétations à la déclaration de non-conformité lorsque la QPC examinée vise une jurisprudence constante du Conseil d'État ou de la Cour de cassation⁹⁰. Au premier abord, le Conseil préserve diplomatiquement l'autorité de la jurisprudence judiciaire et administrative en évitant la plupart du temps de la « censurer ». Mais la réserve d'interprétation n'en constitue pas moins un signe d'emprise du Conseil constitutionnel : en imposant une interprétation donnée du texte ou en écartant l'une des interprétations possibles en raison de sa contrariété à la Constitution, le juge constitutionnel se substitue dans cette hypothèse au Conseil d'État et à la Cour de cassation dans leur fonction classique d'interprète authentique de la loi.

100 Arbitrage des interprétations. Ponctuellement, le Conseil constitutionnel s'érige en arbitre de la controverse entre le Conseil d'État et la Cour de cassation à propos de l'interprétation d'une même disposition législative.

Dans une première hypothèse, le Conseil constitutionnel apparaît comme un « Tribunal des conflits constitutionnels » lorsque l'un des juges le saisit d'une disposition législative objet d'une interprétation divergente avec l'autre juge. Ainsi, dans l'affaire *Natixis*, le Conseil d'État renvoie au Conseil constitutionnel une QPC visant la notion d'entreprise publique dans le cadre du droit de participation des salariés aux résultats de l'entreprise, à l'origine d'un conflit de jurisprudence avec la Cour de cassation. Fait remarquable, la décision du Conseil constitutionnel

■ 89. CC 2010-52 QPC, 14 octobre 2010, JO 15 octobre 2010, p. 18540.

■ 90. En ce sens, cf. par ex. CC 2011-127 QPC, 6 mai 2011, JO 7 mai 2011, p. 7851 ; CC 2011-164 QPC, 16 septembre 2011, JO 17 septembre 2011, p. 15601 ; CC 2013-340 QPC, 27 septembre 2013, JO 22 septembre 2013 p. 15823 ; CC 2014-446 QPC, 29 janvier 2015, JO 31 janvier 2015 p. 1502 ; CC 2015-479 QPC, 31 juillet 2015, JO 2 août 2015, p. 13259.

du 1^{er} août 2013⁹¹ cite l'arrêt contesté de la Cour de cassation dans les visas et les motifs de sa décision, pour considérer « que l'interprétation que la Cour de cassation a retenue de la notion "d'entreprise publique" figurant à l'article 15 de l'ordonnance du 21 octobre 1986 n'a pas porté atteinte à une situation légalement acquise ». C'est donc « l'interprétation » et non la loi elle-même que le Conseil contrôle expressément au regard de la Constitution, instaurant ainsi un contrôle de constitutionnalité d'un arrêt de la Cour de cassation sur renvoi du Conseil d'État.

Dans une seconde hypothèse, assimilable à une forme de « référé législatif », le Conseil d'État émet un doute sur la constitutionnalité de l'interprétation constante de la Cour de cassation à l'occasion de l'examen d'une QPC⁹². Dans l'affaire *GECOP*, un arrêt du Conseil d'État du 5 juin 2015⁹³ demande au Conseil constitutionnel de déterminer l'éventuelle présence d'une sanction ayant le caractère d'une punition, à propos de la *solidarité financière du donneur d'ordre en cas de travail dissimulé du sous-traitant*, et ce en dépit de la réponse négative apportée par la Cour de cassation dans une décision QPC antérieure⁹⁴. D'ailleurs, les conclusions du rapporteur public assument la divergence de vue avec la Cour de cassation, tout en la niant diplomatiquement : « en dépit de cet arrêt, nos interrogations sur la nature exacte de ce dispositif demeurent en partie, de sorte que, sans que cela constitue nécessairement une divergence, il nous semblerait préférable de laisser le Conseil constitutionnel expliciter ce point »⁹⁵, ce dernier confirmant la lecture de la Cour de cassation dans sa décision du 31 juillet 2015⁹⁶.

B. LES ÉLÉMENTS DE LA QPC FREINANT LA TRANSFORMATION DU CONSEIL EN COUR SUPRÊME

101 Conseil d'État et Cour de cassation ne sont cependant pas dépourvus de moyens pour ralentir, voire briser cette montée en Cour suprême du Conseil constitutionnel. En particulier l'exercice du contrôle de conventionnalité de la loi par l'ensemble des juridictions judiciaires et administratives place l'office du Conseil constitutionnel en situation de concurrence⁹⁷.

Et ce moyen, c'est aussi ... le filtre. En effet, par l'appréciation du caractère sérieux du moyen de constitutionnalité les juges administratifs et judiciaires exercent un contrôle de constitutionnalité « soft ». Là aussi, la chose était inévitable ; elle n'est pas une dérive ou l'expression d'une mauvaise volonté ou d'une volonté politique du Conseil d'État ou de la Cour de cassation ; elle est inscrite dans le « gène » du caractère sérieux et la doctrine l'avait diagnostiqué dès le départ. Par ce critère, le législateur voulait éviter l'engorgement du Conseil constitutionnel et/ou les recours fantaisistes ; mais, ce faisant, il a mis les juges ordinaires en situation

■ 91. CC 2013-336 QPC, 1^{er} août 2013, JO 4 août 2013, p. 13317.

■ 92. CC 2014-408 QPC, 11 juillet 2014, JO 13 juillet 2014, p. 11815.

■ 93. CE 5 juin 2015, *Société GECOP*, n° 386430.

■ 94. Cass. 2^e civ. 28 février 2013, *SA Sté Star Sécurité c/URSSAF Paris région parisienne*, n° 12-40.099.

■ 95. É. BOKDAM-TOGNETTI, « Conclusions sur CE 5 juin 2015, n° 386430, Société GECOP », *Droit fiscal*, n° 28, 9 juillet 2015, comm. 470.

■ 96. CC 2015-479 QPC, 31 juillet 2015, JO 2 août 2015, p. 13259.

■ 97. *V. infra*, n° 430 et s.

d'exercer un « pré-contrôle de constitutionnalité ». Quelle que soit la manière de tourner les mots, il est impossible de décider du caractère sérieux ou non d'une question sans porter un jugement, même rapide, même incomplet, sur la constitutionnalité de la disposition législative contestée ; pour que le juge ait un doute sur la constitutionnalité de la disposition, pour qu'il la pense incertaine, discutable ou suspecte, il faut nécessairement qu'il l'ait appréciée. Si l'analyse de constitutionnalité était inévitable, Conseil d'État et Cour de cassation avaient le choix entre une analyse qui conduisait à faire naître un doute sur la constitutionnalité de la loi et donc, sans aller plus loin, à transmettre au Conseil, et une analyse qui conduisait à effacer le doute en proposant une interprétation de la loi qui la rende constitutionnelle et donc à ne pas renvoyer au Conseil. Les premières décisions montrent que la seconde voie a été privilégiée. Et par les deux Cours.

102 La Cour de cassation a davantage retenu l'attention des observateurs parce qu'elle a jugé, le 7 mai 2010⁹⁸, que la fameuse loi Gayssot réprimant l'infraction de contestation de crimes contre l'humanité ne portait pas atteinte aux principes constitutionnels de liberté d'expression et d'opinion alors que de nombreux historiens et juristes exprimaient, depuis son vote en 1990, leur doute ; la non-saisine du Conseil constitutionnel en 1990, principalement motivée par la peur de l'opposition de se faire « l'allié objectif » du Front National, était même régulièrement utilisée pour dénoncer les faiblesses du contrôle *a priori* et les avantages du contrôle *a posteriori*. Au demeurant, la Cour admet implicitement le caractère sérieux du moyen dans la mesure où elle argumente longuement, comme aurait pu le faire le Conseil s'il avait été saisi, pour l'écarter : « l'incrimination critiquée se réfère à des textes internationaux régulièrement introduits en droit interne », « définissant de façon claire et précise l'infraction de contestation de l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité »... Mais le Conseil d'État s'inscrit dans la même logique. Profitant du regard porté sur la Cour de cassation faisant appel de la QPC devant la Cour de Luxembourg, il juge, le 16 avril 2010⁹⁹, qu'il n'est pas sérieux de contester la constitutionnalité de son organisation interne alors que la coexistence en son sein de fonctions administratives et juridictionnelles est régulièrement discutée au regard du droit à un procès équitable et que les pouvoirs publics eux-mêmes, pour diminuer le risque d'inconstitutionnalité, procèdent à des réaménagements successifs de cette coexistence.

Ce ne sont là que quelques exemples d'une jurisprudence sur le caractère sérieux qui devient, avec la pratique, plus assurée et plus intelligemment argumentée. Cour de cassation et Conseil d'État utilisent, en effet, la jurisprudence même du Conseil ou son mode de raisonnement pour dire que le moyen de constitutionnalité soulevé n'est pas sérieux. La logique du critère du caractère sérieux ne conduit pas à mettre le Conseil en position de Cour suprême ; elle conduit à faire de la Cour de cassation et du Conseil d'État des juges constitutionnels de droit commun et à

■ 98. Cass. 7 mai 2010, n° 09-80774. Dans le même sens, Cass. crim. 5 décembre 2012, n° 12-86382 ; Cass. crim. 6 mai 2014 n° 14-90010. Cf. cependant le renvoi opéré par Cass. crim. 6 octobre 2015, n° 15-84335 et la décision de conformité rendue par CC 2015-512 QPC, 8 janvier 2016, JO 10 janvier 2016, texte n° 20.

■ 99. CE 16 avril 2010, n° 320667.

bloquer à leur niveau le contrôle de constitutionnalité par la non-transmission au Conseil du contrôle de leur interprétation « constitutionnalisante » des lois. Et c'est ainsi que le filtre devient « bouchon », selon l'expression consacrée.

103 Cet usage « politique » du filtre a cependant une limite et pourrait même se retourner contre la Cour de cassation et le Conseil d'État. En effet, le 26 octobre 2010, le sénateur Jean-Louis Masson a déposé une proposition de loi organique ayant pour unique article la suppression du « troisième critère de filtrage par le Conseil d'État et la Cour de cassation, à savoir le caractère sérieux de la question prioritaire soulevée »¹⁰⁰. Auparavant, avait été envisagée par une partie de la doctrine et par les députés la possibilité pour le justiciable de faire appel devant le Conseil d'une décision de non transmission. Toutes ces initiatives reposent sur la même motivation : empêcher que par l'appréciation du caractère sérieux de la QPC, les juges administratifs et judiciaires s'approprient le contrôle de constitutionnalité aux dépens du Conseil constitutionnel. Et si ces propositions de suppression du filtre aboutissaient, le Conseil deviendrait plus vite Cour suprême : il aurait un lien direct et immédiat avec les juges du fond et il déciderait lui-même de la recevabilité des recours.

104 Le Conseil constitutionnel, Cour suprême ? Question inimaginable il y a cinquante ans ! Impensable même après la révision d'octobre 1974 ouvrant à soixante députés ou soixante sénateurs le pouvoir de contester devant lui la constitutionnalité des lois qui venaient d'être votées. In vraisemblable encore il y a ... six ans ! La formule célèbre prêtée au général de Gaulle – « la seule Cour suprême en France, c'est le peuple » – exprime l'impossibilité, à la fois intellectuelle et politique, pour un esprit français de penser une juridiction en position d'arrêter en dernière instance et sans recours possible le droit applicable aux situations de fait. Sans doute, le Conseil d'État et la Cour de cassation sont-ils qualifiés, chacun, de « Cour suprême ». Mais par simple défaut de rigueur logique : il ne peut y avoir dans un système juridique ordonné qu'une seule Cour suprême. Au mieux, le Conseil d'État, à supposer qu'il soit une Cour, n'est « suprême » que dans et pour l'ordre administratif et la Cour de cassation qui, elle, est une juridiction, ne l'est que dans et pour l'ordre judiciaire ; mais ni l'un ni l'autre ne sont « Cour suprême » dans et pour l'ordre juridique français. Qui, donc, n'en possède pas. Jusqu'à l'interrogation provoquée par l'introduction et le succès de la QPC : ne va-t-elle pas mettre le Conseil constitutionnel en position de Cour suprême ? Cette position n'est pas encore acquise. Il lui faudra, avant, achever sa mue juridictionnelle commencée de manière pragmatique sous l'influence du doyen Vedel et du président du Conseil constitutionnel, Robert Badinter, continuée par le président Jean-Louis Debré et probablement développée par le président Laurent Fabius.

■ 100. Proposition de loi organique tendant à faciliter la recevabilité des QPC, Sénat, session ordinaire 2010-2011, n° 63.

DOCUMENTS

1. Communiqué de Roland DUMAS, 23 mars 1999.

J'ai décidé, pour un temps, de ne pas exercer ma fonction de Président du Conseil Constitutionnel.

Trois raisons qui me placent en situation d'empêchement, m'ont conduit à prendre cette décision :

— mettre l'institution à l'abri des amalgames trop faciles et trop nombreux qui ont existé, et existent encore ;

— poursuivre en toute liberté mon combat pour la recherche et la découverte de la vérité, en prenant notamment les initiatives procédurales qui vont s'imposer ;

— retrouver mes forces mises à mal par les coups reçus pendant les dix-huit mois qu'a duré la campagne de calomnies qui visait à m'abattre, en dépit de la présomption d'innocence à laquelle chaque individu a droit.

Ma décision prend effet à compter du 23 mars à minuit.

Quand les procédures judiciaires seront terminées, je reprendrai ma place à la tête du Conseil Constitutionnel.

Pendant cette période, que j'espère courte, M. Yves GUÉNA, Doyen d'âge des membres du Conseil Constitutionnel, me remplacera dans la plénitude des fonctions en qualité de Président par intérim ; et conformément à l'article 13 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, il présidera les séances.

2. Communiqué du Conseil constitutionnel, 24 mars 1999.

Le Président Roland DUMAS a décidé de suspendre l'exercice de ses fonctions au Conseil constitutionnel à compter du 24 mars 1999 et jusqu'à ce que les procédures judiciaires dont il est l'objet soient terminées.

Pendant cette période, Yves GUÉNA, doyen d'âge des membres du Conseil constitutionnel, remplace M. Roland DUMAS dans la plénitude de ses fonctions, en qualité de Président par intérim. En particulier, il préside les séances du Conseil et a naturellement voix prépondérante en cas de partage.

Le Conseil constitutionnel, réuni le 24 mars 1999 sous la présidence d'Yves GUÉNA, prenant acte de la situation, a constaté que le régime juridique de l'intérim permet à l'institution de continuer à assurer normalement sa mission.

BIBLIOGRAPHIE

1. Sur la nature du Conseil constitutionnel :

■ Ch. AUTEXIER, « Le nouveau Conseil constitutionnel. Essai de définition de la fonction d'un contrôleur de constitutionnalité dans les démocraties occidentales », *Travaux fac. Lille*, 1977, p. 16 ■ P. CASSIA, « Il est temps de faire du Conseil une véritable juridiction », *Le Monde*, 17 février 2000 ■ R. CHIROUX, « Libres propos sur le Conseil constitutionnel : le spectre du gouvernement des juges ? », *Rev. pol. et parl.*, 1977, p. 17 ■ L. COHEN-TANUGI, « Qui a peur du Conseil constitutionnel ? », *Le débat*, n° 43, 1987, p. 53 ■ J.-C. COLLIARD, D. SCHNAPPER,

O. SCHRAMECK, « Les “anciens” du Conseil constitutionnel : réflexions sur l’appartenance à une institution », *AJJC*, 2010, vol. XXVI, p. 11 ■ P. DEUMIER, « Le Conseil constitutionnel : une juridiction impartiale et indépendante ? », *RTD Civ.*, 2012, p. 481 ■ J.-L. DEBRÉ, « Le Conseil constitutionnel : une réussite inattendue de la V^e République », in *1958-2008 Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, 2008, p. 309 ■ J.-L. DEBRÉ, *Ce que je ne pouvais pas dire*, Robert Laffont, 2016 ■ S. DYENS, E. SALES, « Le Conseil constitutionnel est-il herculéen ? », *Rev. Adm.*, 1996, p. 275 ■ L. FAVOREU, « Le Conseil constitutionnel, régulateur de l’activité normative des pouvoirs publics », *RDP*, 1967 p. 48 ■ B. FRANÇOIS, « Le juge, le droit et la politique, éléments d’une analyse politiste », *RFDC*, 1990, n° 1, p. 49 ■ B. GENEVOIS, « Un universitaire au Conseil constitutionnel : le Doyen Vedel », *RFDA*, 2004, p. 215 ■ D. GIRARD, « Le « non-lieu à statuer » devant le Conseil constitutionnel : un élément révélateur de son ambivalence entre organe politique et cour constitutionnelle », *RFDC*, 2015/1, n° 101, p. 55 ■ F. GOGUEL, « Le Conseil constitutionnel », *RDP*, 1979, p. 5 ■ M. GUILLAUME, « Avec la QPC, le Conseil constitutionnel est-il devenu une Cour suprême ? », *JCP G*, 11 juin 2012, n° 24, p. 1176 ■ L. HAMON, *Les juges de la loi*, Fayard, 1987 ■ P. Jan, « Le Conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, n° 99, 2001, p. 71 ■ P. JOXE, *Cas de conscience*, Labor et Fides, 2010 ■ F. LUCHAIRE, « Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction ? », *RDP*, 1979, p. 27 ■ X. MAGNON, « La révolution continue : le Conseil constitutionnel est une juridiction... au sens de l’article 267 du Traité sur le fonctionnement de l’Union européenne », *RFDC*, 2013/4, n° 96, p. 917 ■ L. NOËL, *De Gaulle et les débuts de la V^e République*, Plon, 1976 ■ Ch. PASBECQ, « Le Conseil constitutionnel, élément neutre ou modérateur ? », *Droit et Économie*, 1978 ■ L. PHILIP, « Le Conseil constitutionnel est-il compétent ? », *Le Monde* du 13 novembre 1976 ■ J. ROBERT, « Neuf années au Conseil constitutionnel », *RDP*, 1998, p. 1748 ■ *La Garde de la République. Le Conseil constitutionnel raconté par l’un de ses membres*, Plon, 2000 ■ A. ROUX, « Le nouveau Conseil constitutionnel. Vers la fin de l’exception française ? », *JCP G*, n° 31, 30 juillet 2008, p. 173 ■ D. SCHNAPPER, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, Gallimard, 2010 ■ G. TUSSEAU, « Le gouvernement [contraint] des juges. Les juges constitutionnels face au pouvoir de réplique des autres acteurs juridiques – ou l’art partagé de ne pas avoir toujours raison », *Droits*, 2013, n° 55, p. 41 ■ G. VEDEL, « Neuf ans au Conseil constitutionnel », *Le Débat*, 1989, n° 5, p. 48.

2. Sur le statut et le mode de nomination des membres du Conseil constitutionnel :

■ « Les membres du Conseil constitutionnel : 1958-2008 », Actes du colloque du 3 novembre 2008, Cinquantième anniversaire du Conseil constitutionnel, *NCCC*, Hors série, 2009 ■ J. BOUDANT, « Le Président du Conseil constitutionnel », *RDP*, 1987, p. 589 ■ A. CIAUDO, « Le secrétaire général du Conseil constitutionnel », *RFDC*, 2008, p. 17 ■ B. CHÉNOT, « Le Conseil constitutionnel », Académie des Sciences Morales et Politiques, 9 décembre 1985 ■ « Le Conseil constitutionnel (1958-1985) », *LPA*, n° 5, 10 janv. 1986, p. 18 ■ L. JOSPIN (dir.), *Pour un renouveau démocratique : rapport de la Commission de rénovation et de déontologie de la vie politique*, La documentation française, 2012 ■ D. ROSENBERG, « Les anciens Présidents de la République, membres de droit du Conseil constitutionnel : l’impossible retraite », *RDP*, 1985, p. 1263 ■ D. ROUSSEAU, *Le Conseil constitutionnel : la doctrine Badinter et la démocratie*, éd. Descartes et Cie, 1997 ■ « Une procédure de nomination toujours discutable », *LPA*, 2008, n° 254, p. 101 ■ « Pour un nouveau mode de désignation des membres du Conseil constitutionnel, Ultime plaidoirie », *JCP*, 2011, supplément au n° 26, p. 23 ■ O. SCHRAMECK, « Le secrétariat général du Conseil constitutionnel », *RFDA*, 1994,

p. 1210 ■ P. WACHSMANN, « Sur la composition du Conseil constitutionnel », *Jus politicum*, 2011, n° 3, p. 103.

3. Sur la juridictionnalisation du Conseil constitutionnel :

■ P. ARDANT, « Le Conseil constitutionnel d'hier à demain », in *Mélanges en hommage à François Terré, L'Avenir du droit*, Dalloz-PUF, 1999, p. 731 ■ R. BADINTER, « Une longue marche « Du Conseil à la Cour constitutionnelle » », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25, 2009 ■ P. BLACHER, « Le Conseil constitutionnel en fait-il trop ? », *Pouvoirs*, 2003/2, n° 105, p. 17 ■ N. BOBBIO, « Sur le principe de légitimité », *Droits*, n° 32, 2000, p. 147 ■ M. CAPPELLETTI, « Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle », *RIDC*, 1981, p. 625 ■ P. CASSIA, E. SAULNIER-CASSIA, « La QPC peut-elle être « prioritaire » ? *Dalloz*, 2010, p. 1636 ■ L. COUTRON, P.-Y. GAHDOUN, « Premier renvoi préjudiciel du Conseil constitutionnel à la Cour de justice de l'Union européenne : une innovation aux implications incertaines », *RDP*, n° 5, 2013, p. 1207 ■ G. DRAGO, « Réformer le Conseil constitutionnel ? », *Pouvoirs*, 2003/2, n° 105, p. 73 ■ « Le nouveau visage du contentieux constitutionnel », *RFDC*, n° 84, 2010, p. 752 ■ G. DRAGO, B. FRANÇOIS, N. MOLFESSIS (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1999 ■ L. FAVOREU, « La légitimité du juge constitutionnel », *RIDC*, 1994, p. 557 ■ P.-Y. GAHDOUN, « Repenser la priorité de la QPC », *RDP*, n° 6, 2010, p. 1709 ■ B. GENEVOIS, *La Jurisprudence du Conseil constitutionnel, Principes directeurs*, Paris, éd. STH, 1988 ■ C. GREWE, O. JOUANJAN, E. MAULIN, P. WACHSMAN (dir.), *La notion de « justice constitutionnelle »*, Dalloz, 2005 ■ P. JUILLARD, « Difficultés du changement en matière constitutionnelle : l'article 61 de la Constitution », *RDP*, 1975, p. 1704 ■ A. LANCELOT, « La légitimité du juge constitutionnel », in J. KRYNEN, J. RAIBAUT, *La légitimité des juges*, Presses de l'Université des Sciences sociales, 2004, p. 127 ■ X. MAGNON, « La QPC face au droit de l'Union : la brute, les bons et le truand », *RFDC*, n° 84, 2010, p. 761 ■ D. MAUS, « La notion de contentieux constitutionnel sous la V^e République », *Rev. pol. et parl.*, 1980, n° 884 ■ F. MELIN-SOUCRAMANIEU, « La légitimité du Conseil constitutionnel : une question de procédure ? », *Revue belge de droit constitutionnel*, 1999, n° 3, p. 325 ■ L. PHILIP, « Le développement du contrôle de constitutionnalité et l'accroissement des pouvoirs du juge constitutionnel », *RDP*, 1983, p. 401 ■ H. ROUSSILLON, « Le problème du contrôle de constitutionnalité des lois dans les pays socialistes », *RDP*, 1977, p. 55 ■ G. SCOFFONI, « La légitimité du juge constitutionnel en droit comparé : les enseignements de l'expérience américaine », *RIDC*, 1999, n° 2, p. 243.

TITRE 2

L'ACCÈS AU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

- 105** Dans le cadre des nombreuses missions exercées dans le contrôle *a priori*, l'accès au Conseil constitutionnel s'est progressivement élargi au fur et à mesure de la montée en puissance de l'institution au sein du système politique de la V^e République (chapitre 1). Avec l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité, les justiciables peuvent désormais, dans tout procès et sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, contester devant le Conseil constitutionnel la conformité de la loi aux droits et libertés constitutionnels. Mais au-delà de cette ouverture révolutionnaire du Conseil constitutionnel au contrôle de la loi promulguée, le constituant et le législateur organique ont choisi – provisoirement ? – d'entourer l'accès au contrôle *a posteriori* de plusieurs restrictions (chapitre 2).

CHAPITRE I

UN ACCÈS ÉLARGI DANS LE CONTENTIEUX A PRIORI

- 106 Dans le cadre du contrôle *a priori* exercé sur le fondement de l'article 61 de la Constitution, l'accès au Conseil constitutionnel s'est élargi au regard de l'accroissement des autorités habilitées à le saisir (section 1) et du type d'actes contrôlés (section 2).

SECTION I | L'ÉLARGISSEMENT DES AUTORITÉS DE SAISINE

- 107 Si la qualité de saisissant a été progressivement étendue tout au long de la V^e République (§1), l'avenir de la saisine *a priori* doit désormais se lire en interaction avec la nouvelle procédure de la question prioritaire de constitutionnalité (§2).

§ 1. | LA QUALITÉ DES SAISSANTS

- 108 Réservée en 1958 à quatre autorités politiques, progressivement ouverte aux parlementaires, la saisine du Conseil constitutionnel s'est transformée (A), au point qu'une voie d'accès indirecte et officieuse soit aménagée au profit des « portes étroites » (B).

A. | L'OUVERTURE PROGRESSIVE DE LA SAISINE

- 109 Pour limiter le rôle du Conseil constitutionnel, les constituants de 1958 ont délibérément limité à quatre le nombre des autorités habilitées à le saisir.

Le Conseil peut d'abord être saisi par le *Président de la République*, dont la décision entre dans la catégorie des pouvoirs propres, c'est-à-dire dispensés de contreseing. Avant 2015, le Président n'avait jamais déféré une loi au Conseil. Cette abstention pouvait se comprendre par la longue période d'accord politique entre la majorité parlementaire, le Premier ministre et le Président (1958-1986, 1988-1993, 1995-1997 et depuis 2002), ce dernier n'ayant aucune raison de contester les lois dont il est alors, peu ou prou, l'inspirateur. En période de cohabitation, l'usage de ce pouvoir présidentiel peut paraître plus facile, dans la mesure où le chef de l'État n'ayant plus de responsabilité dans la détermination de la politique législative, il se trouve libre de contester les lois élaborées par un Premier ministre et votées par une majorité parlementaire qui lui sont politiquement hostiles. Cependant, le face-à-face Conseil constitutionnel-Président de la République risquait de créer une situation politique délicate pour les deux institutions : pour le Conseil, qui serait accusé de soumission s'il donnait raison au Président, et d'usurpation s'il donnait tort au Premier magistrat de France, gardien de la Constitution selon l'article 5 ; pour le Président de la République, qui verrait son autorité morale et politique atteinte par un désaveu constitutionnel. C'est pourquoi le Chef de l'État semble avoir préféré laisser ses amis parlementaires contester devant le Conseil la politique législative du Premier ministre... et saisir lui-même l'opinion publique par l'usage d'une parole critique !

La saisine présidentielle sur la loi renseignement fut donc une première. Annoncée le 19 avril 2015 alors que le texte était seulement en première lecture à l'Assemblée nationale, la saisine du Conseil constitutionnel par François Hollande fut effective le 25 juin 2015, soit le lendemain du vote définitif de la loi. Soucieux de rassurer les nombreux opposants au texte en tentant d'adopter une hauteur de vue présidentielle sur un débat sensible, le Président rappelle dans sa saisine ses fonctions de gardien du respect de la Constitution, de garant de l'indépendance nationale et de la continuité de l'État que l'article 5 de la Constitution lui confère : « J'ai donc estimé que, s'agissant d'une loi aussi importante pour notre République, il est de ma responsabilité de saisir le Conseil constitutionnel ». Tout en défendant à demi-mot le texte déféré, la saisine présidentielle conclut en sollicitant l'examen par le Conseil constitutionnel de certaines dispositions du texte au regard du droit au respect de la vie privée, de la liberté de communication et du droit à un recours juridictionnel effectif¹.

En revanche, le Président de la République, au titre de l'article 54, a saisi, à plusieurs reprises, le Conseil de textes internationaux : en décembre 1976, Valéry Giscard d'Estaing, à propos de la décision du Conseil des Communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée européenne au suffrage universel direct² ; en mai 1985, François Mitterrand, à propos du protocole n° 6 à la Convention européenne des droits de l'homme relatif à l'abolition de la peine de mort³, et en 1992 à propos du traité de Maastricht⁴ ; Jacques Chirac, en 1999, à propos de la Charte

■ 1. CC 2015-713 DC, 23 juillet 2015, JO 26 juillet 2015, p. 12751.

■ 2. CC 76-71 DC, 29-30 décembre 1976, R. p. 15.

■ 3. CC 85-188 DC, 22 mai 1985, R. p. 15.

■ 4. CC 92-312 DC, 2 septembre 1992, JO 3 septembre 1992, p. 12095.

européenne relative aux langues régionales et minoritaires⁵, en 2004 à propos du traité établissant une Constitution pour l'Europe⁶ et en 2005 à propos du deuxième protocole du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et du protocole n° 13 de la CEDH visant, l'un et l'autre, à abolir la peine de mort en toutes circonstances⁷; en 2007, Nicolas Sarkozy, à propos du traité de Lisbonne⁸; en 2012, François Hollande, à propos du traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire⁹. La cohabitation a même provoqué, en 1997 et 1998, une situation inédite : la saisine du Conseil, par une *lettre signée conjointement* du Président Jacques Chirac et du Premier ministre Lionel Jospin, à propos du traité d'Amsterdam¹⁰ et du traité instituant la Cour pénale internationale¹¹.

110 Le Conseil peut aussi être saisi par le *Premier ministre*, faculté qu'il utilise de manière tout à fait exceptionnelle à l'égard des lois, étant donné que, maître de la procédure législative, il dispose des moyens de faire adopter des textes conformes à ses souhaits. Parfois cependant, certains amendements peuvent avoir été votés sans son accord, et il peut vouloir les contester devant le Conseil. Ou, plus simplement, il peut douter de la constitutionnalité d'une disposition législative ; ne pouvant demander au Conseil un avis préalable, il doit attendre le vote de la loi pour le saisir. Ainsi, le Premier ministre Michel Rocard a saisi le Conseil de la loi Joxe sur l'immigration pour lui demander d'apprécier la constitutionnalité de l'article donnant à l'autorité judiciaire compétence pour connaître des décisions préfectorales de reconduite des étrangers à la frontière¹². Il utilise en revanche fréquemment le droit de saisine qui lui est reconnu à l'article 37 de la Constitution pour demander au Conseil de classer dans le domaine réglementaire une disposition législative¹³. En matière de lois organiques, l'article 61 alinéa 1 de la Constitution impose de les soumettre à l'appréciation du Conseil constitutionnel et l'ordonnance organique précise que la saisine obligatoire incombe au Premier ministre.

111 Le Conseil peut encore être saisi par le *Président de l'Assemblée nationale* qui, lui non plus, n'utilise pas souvent cette prérogative qui est facultative hormis dans

■ 5. CC 99-412 DC, 15 juin 1999, JO 18 juin 1999, p. 8964.

■ 6. CC 2004-505 DC, 19 novembre 2004, JO 24 novembre 2004, p. 19885.

■ 7. CC 2005-524/525 DC, 13 octobre 2005, JO 20 octobre 2005, p. 16609.

■ 8. CC 2007-560 DC, 20 décembre 1997, JO 29 décembre 2007, p. 21813.

■ 9. CC 2012-653 DC, 13 août 2012, JO 11 août 2012, p. 13283.

■ 10. CC 97-394 DC, 31 décembre 1997, JO 3 janvier 1998, p. 165.

■ 11. CC 98-408 DC, 22 janvier 1999, JO 24 janvier 1999, p. 1317.

■ 12. CC 89-261 DC, 28 juillet 1989, R. p. 84. V. également, par exemple, CC 96-374 DC, 9 avril 1996, JO 13 avril 1996, p. 5729 à propos de la loi complétant le statut d'autonomie de la Polynésie française ; CC 95-362 DC, 2 février 1995, JO 7 février 1995, p. 2098 à propos de la loi relative à la déclaration du patrimoine des membres du gouvernement et de titulaires de certaines fonctions ; CC 2010-610 DC, 12 juillet 2010, JO 24 juillet 2010, page 13670 à propos Loi relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution.

■ 13. V. *infra*, n° 559. Le Premier ministre exerce également très peu son droit de saisir le Conseil pour empêcher la discussion d'une proposition de loi ou d'un amendement parlementaire ayant pour conséquence de diminuer une ressource publique ou d'aggraver une charge publique (art. 40), ou pour objet une matière ne relevant pas du domaine de la loi (art. 41 : aucune saisine entre la décision n° 79-11 FNR du 23 mai 1979 et la dernière décision en date, n° 2014-12 FNR du 1^{er} juillet 2014).

le cadre de la saisine obligatoire des règlements des assemblées parlementaires ou des propositions de lois destinées à être soumises à référendum dans le cadre de l'article 11 de la Constitution. Le Président étant nécessairement de la même couleur politique que la majorité parlementaire, comment pourrait-il contester une loi votée par celle-ci ? En fait, il a utilisé son pouvoir de saisine à trois reprises : en 1976 pour contester la priorité accordée au Sénat lors du vote de la loi de finances¹⁴ ; en 1979, pour demander au Conseil de se prononcer sur la constitutionnalité de la procédure suivie par l'Assemblée pour l'adoption de la loi de finances de 1980¹⁵ ; en 1994, pour demander au Conseil de se prononcer sur les principes constitutionnels s'appliquant aux lois bioéthiques¹⁶.

112 Le Conseil peut enfin être saisi par le *Président du Sénat*. Cette saisine-là prit une importance particulière du fait des circonstances politiques : jusqu'en 1974, le Sénat fut la seule institution opposée au pouvoir gaulliste et, partant, la seule à avoir intérêt à contester des lois votées sans son accord. De fait, le Président du Sénat a été, durant cette période, à l'origine des seules saisines qui ont permis au Conseil d'affirmer et de développer son rôle de gardien des droits et libertés¹⁷. Depuis 1974 la saisine parlementaire réduit l'intérêt de la saisine par le Président du Sénat, qui préfère, le cas échéant, utiliser sa qualité de sénateur pour se joindre à un recours collectif de ses collègues ! Ainsi, entre 1974 et l'entrée en vigueur de la QPC, le Président du Sénat n'a saisi le Conseil constitutionnel qu'à deux reprises, en matière de droit des collectivités territoriales¹⁸. Par ailleurs, le Président du Sénat soumet obligatoirement au Conseil constitutionnel les règlements et modifications de règlement du Sénat ainsi que les propositions sénatoriales de lois destinées à être soumises à référendum dans le cadre de l'article 11 de la Constitution.

Depuis la révision constitutionnelle du 29 octobre 1974, le Conseil peut être également saisi par soixante députés ou soixante sénateurs¹⁹. Les raisons de cette réforme sont connues : souci du Président Giscard d'Estaing, après une élection difficile, de faire un geste en direction de l'opposition en lui donnant les moyens constitutionnels de critiquer sa politique législative ; volonté de mieux protéger les droits et libertés des tentations hégémoniques d'une majorité politique occupant toutes les positions de pouvoir. Pour ce faire, il convenait de donner le droit de saisir à des autorités ayant intérêt à l'exercer : jusqu'en 1974, la situation est bloquée parce que, à part le Président du Sénat, ni le Président de la République, ni le Premier ministre, ni le Président de l'Assemblée n'ont de raisons de contester les

■ 14. CC 76-74 DC, 28 décembre 1976, *R.* p. 45.

■ 15. CC 79-110 DC, 24 décembre 1979, *R.* p. 36.

■ 16. CC 94-343-344 DC, 27 juillet 1994, *R.* p. 100.

■ 17. CC 71-44 DC, 16 juillet 1971, *R.* p. 29 : décision portant sur la loi relative à la liberté d'association et attribuant valeur constitutionnelle au Préambule de 1958 ; CC 73-51 DC, 27 décembre 1973, *R.* p. 25.

■ 18. CC 82-147 DC, 2 décembre 1982, *R.*, p. 70 ; CC 91-290 DC, 9 mai 1991, *R.* p. 50.

■ 19. L. FAVOREU (dir.), *Vingt ans de saisine parlementaire*, Economica – PUAM, Paris – Aix-en-Provence, 1995 ; P. JAN, *La saisine du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 1999 ; D. MAUS et A. ROUX (dir.), *30 ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, Economica – PUAM, 2006. Sur la période récente, seule la moitié des saisines parlementaires était l'œuvre conjointe de députés et de sénateurs. Pour le reste, les députés saisissent plus fréquemment que les sénateurs le Conseil constitutionnel de lois ordinaires, V. L. DOMINGO, D. RIBES (dir.), « 40 ans de saisine parlementaire », Dossier, *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 48, 2015, p. 93s. et n° 49, 2015, p. 71s.

lois dont ils sont les auteurs ; à partir de 1974, les saisines se multiplient dans la mesure où il se trouve toujours une opposition de soixante membres ayant intérêt à contester le contenu d'une loi²⁰.

L'ouverture de l'accès au contrôle *a priori* du Conseil constitutionnel s'est confirmée par la suite avec la révision constitutionnelle du 25 juin 1992 permettant à 60 parlementaires de saisir le Conseil constitutionnel d'un engagement international avant sa ratification, bien que cette faculté n'ait jusqu'à présent été utilisée que ponctuellement²¹ en raison des saisines du Président de la République et/ou du Premier ministre. De même, la saisine du Conseil constitutionnel s'est ouverte aux lois du pays de la Nouvelle-Calédonie, en vertu de l'article 104 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, sur saisine du Haut-commissaire, du gouvernement, du Président du Congrès, du Président d'une assemblée de province ou de dix-huit membres du Congrès de Nouvelle-Calédonie.

B. L'ACCÈS INDIRECT PAR LA VOIE DES « PORTES ÉTROITES »

113 Si l'accès au contrôle *a priori* s'est ouvert depuis 1958, le constituant comme le Conseil constitutionnel ont toujours refusé d'accorder aux individus un droit de saisine. L'absence du citoyen, ou plus largement du justiciable potentiellement atteint par l'application du texte voté, dans le contrôle *a priori* est somme toute assez logique. Les textes actuels sont clairs et, en amont de la promulgation de la loi, les individus n'ont par définition aucun intérêt direct et existant, au sens contentieux, à faire valoir. Dès lors, le Conseil constitutionnel ne prête guère attention aux nombreux courriers individuels qu'il reçoit²². À deux reprises, le Conseil constitutionnel prit soin de préciser dans sa décision que la saisine citoyenne qu'il avait reçue directement de la part d'une personne, nommément désignée, était irrecevable. En effet, la « désignation [par l'article 61 de la Constitution] des autorités habilitées à soumettre au Conseil l'examen de la conformité à la Constitution du texte d'une loi adoptée par le Parlement avant sa promulgation, interdit cette saisine à toute autre personne »²³.

114 Cependant, les membres du Conseil constitutionnel et le service juridique sont davantage sensibles, bien que les usages différents selon les périodes, aux fameuses « portes étroites » mises en lumière par le doyen Vedel²⁴. Il s'agit de mémoires, de consultations juridiques, adressées spontanément et de manière informelle par toute

■ 20. Sur les incidences de la réforme de 1974, V. *supra*, La logique politique de la révision constitutionnelle, *supra* n° 31.

■ 21. CC 2006-541 DC, 28 septembre 2006, JO 3 octobre 2006, p. 14635.

■ 22. Sur l'analyse des archives d'un échantillon de ces courriers, cf. C. BRACONNIER, « Les sages interpellés. Quelques usages profanes du Conseil constitutionnel », *Revue française de science politique*, 2/2008 (Vol. 58), p. 197.

■ 23. CC 82-146 DC, 18 novembre 1982, JO 19 novembre 1982, p. 3475 ; CC 84-178 DC, 30 août 1984, JO 4 septembre 1984, p. 2804.

■ 24. G. VEDEL, « L'accès des citoyens au juge constitutionnel. La porte étroite », *La vie judiciaire*, 11-17 mars 1991, p. 1. Cf. V. MASSIEU, « Les Amis du Conseil constitutionnel », in D. MAUS, A. ROUX (dir.), *Trente ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, Economica – PUAM, 2006, p. 177.

personne souhaitant faire connaître son point de vue ou défendre ses intérêts au regard du texte de loi examiné. La plupart des portes étroites sont l'œuvre de syndicats, associations, ordres et groupements professionnels, sociétés privées. Ponctuellement, des portes étroites parlementaires, c'est-à-dire des observations individuelles ou collectives de parlementaires déposées en dehors du cadre d'une saisine en bonne et due forme, sont envoyées au Conseil constitutionnel.

La plupart du temps secrètes, la diffusion des portes étroites dépend en définitive de l'audience que son auteur souhaite lui conférer. Cependant, par le passé, le Conseil constitutionnel avait souhaité assurer une publication ponctuelle de portes étroites dans les *Cahiers du Conseil constitutionnel*²⁵. Lorsque le Secrétaire général publiait un commentaire « officiel » de la décision dans des revues juridiques, il mentionnait parfois les portes étroites reçues par le Conseil constitutionnel²⁶. Dans la période récente, il arrive que des associations ou syndicats communiquent sur internet le contenu du mémoire ainsi envoyé au Conseil constitutionnel, par exemple lors de l'examen de la loi relative au renseignement en 2015²⁷. Plus simplement, un communiqué de presse de l'auteur de la porte étroite ou une fuite dans la presse permet d'apprendre l'existence d'une porte étroite, en particulier lorsqu'un parlementaire souhaite défendre la conformité à la Constitution d'un amendement²⁸.

115 La portée réelle des portes étroites est difficile à apprécier. Elles ne sont jamais visées ou citées dans la décision, sauf pour dire qu'une porte étroite parlementaire n'est pas officiellement recevable dès lors qu'elle ne respecte pas les formes classiques de la saisine par 60 parlementaires²⁹. Lors de l'instruction, le rapporteur apprécie librement s'il souhaite prendre en compte les éléments figurant dans la porte

■ 25. Sur la porte étroite de la société Canal plus au soutien de l'article 17 de la loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel, cf. *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 11, 2001, p. 27. Sur la « porte étroite parlementaire » déposée par le président du groupe socialiste du Sénat sur la loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales (objet de la décision n° 2003-478 DC du 30 juillet 2003), v. *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 15, 2003, p. 85. Sur la porte étroite de la société Canal plus au soutien de l'article 17 de la loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel, cf. *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 11, 2001, p. 27.

■ 26. À propos de la décision n° 2006-541 DC du 28 septembre 2006, cf. J.-E. SCHOETTL, L'accord de Londres sur le brevet porte-t-il atteinte aux exigences constitutionnelles relatives à l'usage du français, LPA, n° 213, 25 oct. 2006, p. 10.

■ 27. Mémoire déposé au nom de French Data Network, La Quadrature du Net et la Fédération des fournisseurs d'accès à Internet associatifs, disponible sur <http://www.fdn.fr/pjlr/amicus1.pdf>

■ 28. Sur la défense de la constitutionnalité de la réduction dégressive de la contribution sociale généralisée par J.-M. AYRAULT et P.-A. MUET, auteurs de l'amendement à l'origine du texte final, v. *Le Monde*, 29 décembre 2015. Dans sa décision n° 2015-725 DC du 29 décembre 2015, le Conseil constitutionnel a censuré ce dispositif (cons. 24 à 28). Sur la « porte étroite parlementaire » déposée par le président du groupe socialiste du Sénat sur la loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales (objet de la décision n° 2003-478 DC du 30 juillet 2003), v. *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 15, 2003, p. 85.

■ 29. Sur l'irrecevabilité du mémoire du député Claude GOASGUEN à propos de la loi sur le PACS, cf. CC 99-419 DC, 9 novembre 1999, JO 16 novembre 1999, p. 16962 ; dans le même sens, à propos de l'irrecevabilité du « mémoire ampliatif » du député Henry Jean-Baptiste, cf. CC 2000-428 DC, 4 mai 2000, JO 10 mai 2000, p. 6976. Sur l'irrecevabilité du mémoire du sénateur Bernard Seillier à propos de la loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel, cf. CC 2001-450 DC, 11 juillet 2001, cons. 3, JO 18 juillet 2001, p. 11506.

étroite ou au contraire s'il préfère totalement les écarter. Le Conseil constitutionnel ne s'estime en tous les cas pas tenu de répondre aux griefs soulevés. Le témoignage des membres du Conseil constitutionnel et la lecture des délibérations accessibles du Conseil constitutionnel attestent d'une influence certaine, notamment pour compenser les éventuelles lacunes de la saisine parlementaire³⁰. Sources précieuses d'informations, les portes étroites permettent d'enrichir le processus décisionnel du Conseil constitutionnel bien qu'il ne faille évidemment pas omettre qu'elles sont avant tout des instruments de promotion d'intérêts particuliers.

Faut-il aller plus loin et encadrer juridiquement la pratique des portes étroites ? Dans le cadre du contrôle *a priori* où les règles du procès équitable ne sont pas applicables, il semble délicat d'envisager un espace contradictoire et transparent entre tous les intérêts en présence : dès lors que le Conseil constitutionnel doit statuer en un mois sur l'ensemble de la loi et donc sur l'intégralité des thématiques abordées par le texte, la procédure serait éminemment complexe et interminable. A supposer qu'une réforme en la matière soit nécessaire, la publication de l'ensemble des portes étroites reçues pourrait être envisagée³¹, un statut de l'expert et de l'*amicus curiae* pourrait être proposé à condition de surmonter les spécificités du contrôle *a priori*.

§ 2. L'AVENIR DE LA SAISINE

A. DE NOUVEAUX USAGES SOUS L'EFFET DE LA QPC

116 L'instauration de la QPC à compter du 1^{er} mars 2010 devait irrémédiablement affecter la pratique de la saisine *a priori* des lois ordinaires³². De la même manière que toute réforme réserve une part d'inattendue, la QPC a déjoué le funeste destin que certains promettaient au contrôle de l'article 61. Les acteurs de la saisine se sont évidemment adaptés afin de ne pas perdre totalement la main sur cette faculté stratégique de déférer une loi au Conseil constitutionnel.

Ainsi, l'éventualité d'un contrôle *a posteriori* en QPC, une fois la loi promulguée, a permis le développement de saisines *a priori* de type préventif³³. En vertu des critères de filtrage des QPC, une disposition déjà expressément validée par le Conseil constitutionnel ne peut être à nouveau contestée sauf à démontrer la présence d'un changement de circonstances. Dès lors, les saisissants cherchent parfois à obtenir un brevet de constitutionnalité dans le cadre du contrôle *a priori*, afin de sécuriser autant que possible le sort juridique de la loi. Le recours au Conseil

■ 30. G. CANIVET, « Experts et procédure : l'*amicus curiae* », *Revue de droit d'Assas*, n° 6, octobre 2012, p. 90 ; B. MATHIEU, J.-P. MACHELON, F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, D. ROUSSEAU, X. PHILIPPE (dir.), *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel, 1958-1986*, Dalloz, 2^e éd., 2014, p. 236.

■ 31. En ce sens, T. PERROUD, « Pour la publication des "portes étroites" devant le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État », *Dalloz*, 2015, p. 2511.

■ 32. E. THIERS, « Le syndrome "Benjamin Franklin" ou comment la QPC détermine, parfois, la saisine parlementaire du Conseil constitutionnel », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 48, 2015, p. 113.

■ 33. D. CHAMUSSY, « Le Parlement et la QPC », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 47, 2015, p. 45.

constitutionnel dans le cadre de l'article 61 de la Constitution s'enrichit donc d'une nouvelle fonction, en plus de son usage classique par l'opposition en tant que moyen de contestation de l'action du gouvernement et de la majorité parlementaire.

117 Au regard de ce nouvel objectif, des nouvelles pratiques de la saisine sont apparues, ou plutôt sont réapparues selon un rythme jusqu'ici jamais atteint. En six années seulement, tous les scénarios possibles de saisine se sont déroulés, à l'exception de la saisine par le Premier ministre. L'objectif préventif de la saisine est ainsi clairement assumé dans la saisine sur la loi relative à la géolocalisation par les députés de la majorité qui invoquent le souci « de sécuriser les procédures pénales qui pourraient se fonder sur le nouvel article 230-41 du Code de procédure pénale », au regard du « caractère inédit du dispositif » et d'un « petit espace d'incertitude juridique » relevé par ailleurs par le garde des Sceaux. Les craintes de la majorité étaient justifiées, le Conseil constitutionnel censura partiellement le dispositif et l'assortit d'une réserve d'interprétation³⁴. Dans d'autres hypothèses, le contenu de la loi votée dépasse les clivages traditionnels et permet à des parlementaires de la majorité et de l'opposition de se retrouver pour saisir le Conseil constitutionnel. Avant la QPC, cela avait été le cas à propos de la loi autorisant l'IVG³⁵, de la loi de bioéthique³⁶ ou de la loi portant réforme du service national³⁷. Depuis l'avènement de la QPC, une telle configuration politique s'est retrouvée à propos de la loi visant à réprimer le génocide arménien, objet de deux saisines émanant de députés et de sénateurs de plusieurs groupes politiques³⁸. La saisine concomitante du Président de l'Assemblée nationale et du Président du Sénat à propos de la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public³⁹, ainsi que la saisine sur la loi renseignement par le Président de la République⁴⁰ poursuivent également l'objectif de parer à la contestation de la loi en QPC. Autre nouvel usage, le Conseil constitutionnel fut saisi de la question de la représentation des communes au sein de l'organe délibérant des établissements publics de coopération intercommunale, après que le Parlement ait tiré les conséquences de l'abrogation de la loi prononcée en QPC. Dans cette hypothèse, le contrôle DC intervient au titre de la vérification de la bonne application par le Parlement de la décision QPC, ce qui était le cas en l'espèce au regard de la décision de conformité rendue⁴¹.

■ 34. CC 2014-693 DC, 25 mars 2014, JO 29 mars 2014, p. 61250.

■ 35. CC 75-54 DC, 15 janvier 1975, *R.* p. 19.

■ 36. CC 94-343/344 DC, 27 juillet 1994, JO 29 juillet 1994, p. 11024.

■ 37. CC 97-392 DC, 7 novembre 1997, JO 8 novembre 1997, p. 16255 v. *Le Monde*, 9 et 10 novembre 1997.

■ 38. CC 2012-647 DC du 28 février 2012, V. *Le Monde*, « Génocides : la liste des parlementaires qui ont saisi le Conseil constitutionnel », 2 février 2012.

■ 39. CC 2010-613 DC, 7 octobre 2010, JO 12 octobre 2010, p. 18345.

■ 40. CC 2015-713 DC, 23 juillet 2015, JO 26 juillet 2015, p. 12751.

■ 41. CC 2015-711 DC 5 mars 2015, JO 10 mars 2015, p. 4361. Sur la décision QPC antérieure, cf. CC 2014-405 QPC 20 juin 2014, JO 22 juin 2014, p. 10316.

B. LE CONTOURNEMENT DES « NON-SAISINES » GRÂCE À LA QPC

118 L'instauration de la QPC affecte inévitablement la décision de ne pas saisir le Conseil constitutionnel. Auparavant, la non-saisine était une pratique courante⁴², soit en raison du consensus politique lors du vote du texte, soit au regard du risque politique pour l'opposition de saisir le Conseil constitutionnel et des craintes de la réaction de son électorat à l'image de l'absence de saisine par les parlementaires de droite sur la loi de sécurité quotidienne adoptée peu après les attentats du 11 septembre 2001⁴³. En 2004, le garde des Sceaux Pascal Clément déclencha une polémique en assumant le « risque » de faire voter un texte relatif au port du bracelet électronique dont la constitutionnalité n'était pas assurée, et en incitant les parlementaires à partager ce risque : « il suffira pour eux de ne pas saisir le Conseil constitutionnel » et « ceux qui le saisiront prendront sans doute la responsabilité politique et humaine d'empêcher la nouvelle loi de s'appliquer au stock de détenus »⁴⁴. De même, le consensus politique lors de la discussion des textes explique certainement qu'entre fin 2006 et mi-2008, aucune des six lois de finances n'ait été déférée au Conseil constitutionnel. En définitive, la pratique des « non-saisines » permettait ainsi à environ 80 à 85 % des lois votées de ne pas faire l'objet d'une décision du Conseil constitutionnel.

119 La QPC permet désormais de pallier cette carence et l'exemple de la loi relative à l'état d'urgence est particulièrement évocateur. Adoptée en quelques jours seulement suite aux attentats du 13 novembre 2015, la loi modifiant le régime de l'état d'urgence n'a pas été déférée au Conseil constitutionnel en raison du climat d'union nationale mais également de l'invitation du Premier ministre à ne pas user de cette faculté en dépit de la « fragilité constitutionnelle » qu'il décelait dans le texte. Ainsi, Manuel Valls déclarait le 20 novembre 2015⁴⁵ être « extrêmement dubitatif sur l'idée de saisir le Conseil constitutionnel » car « il y a toujours un risque à saisir le Conseil constitutionnel » et la situation commandait à ses yeux d'aller au plus vite. La stratégie d'évitement du contrôle *a priori* n'est profitable qu'à court terme puisque désormais la QPC permet d'y remédier. Parfois même dans de brefs délais : dans l'exemple de la loi sur l'état d'urgence puisque, grâce à des QPC déposées dans le cadre de référés liberté, le Conseil constitutionnel put se prononcer le 22 décembre 2015 à propos de l'assignation à résidence dans le

■ 42. G. CARCASSONNE, « Les “non-saisines” », in D. MAUS, A. ROUX (dir.), *Trente ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, Economica-PUAM, 2006, p. 45. Pour une illustration des « non-saisines » en droit de la famille, cf. J. HAUSER, « Le Conseil constitutionnel et le droit de la famille », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 16, 2004.

■ 43. Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne, JO 16 novembre 2001 page 18215.

■ 44. P. CLÉMENT, France Info, 27 septembre 2005. V. B. MATHIEU, « Le respect de la Constitution : risque ou exigence ? », *Dalloz*, 2005, p. 2401 ; F. ROUVILLOIS, « Retour sur la non-saisine du Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2006, p. 457. Le Conseil constitutionnel fut tout de même saisi, CC 2005-527 DC, 12 décembre 2005, 8 décembre 2005, JO 13 décembre 2005, p. 19162.

■ 45. Sénat, séance du 20 novembre 2015.

cadre de l'état d'urgence⁴⁶ et le 19 février 2016 à propos des perquisitions, saisies administratives et de la police des réunions et des lieux publics⁴⁷.

Parfois, une « non-saisine » *a priori* peut avoir pour origine une décision antérieure du Conseil constitutionnel en QPC. Afin de répondre à l'abrogation immédiate en QPC de la loi punissant le harcèlement sexuel, le législateur vota à la hâte une nouvelle disposition dont, évidemment, la conformité à la Constitution fut discutée lors des débats parlementaires. Pour autant, aucune saisine parlementaire ne fut déposée, en raison de la crainte du Parlement de donner « le sentiment de demander la permission au Conseil constitutionnel », de « laisser entendre que [les députés] ne pourraient plus décider sans autorisation préalable » selon les mots du Président de la Commission des lois d'alors, Jean-Jacques Urvoas⁴⁸. De même, la loi du 14 avril 2011 relative à la garde à vue qui tirait les conséquences d'une décision QPC d'abrogation n'a pas été soumise au contrôle de l'article 61. Ce qui n'a pas empêché le Conseil constitutionnel d'être saisi en QPC de la loi nouvelle et de prononcer une réserve d'interprétation sur l'une de ses dispositions⁴⁹.

SECTION II

**L'ÉLARGISSEMENT DES ACTES
CONTRÔLÉS**

120

La tendance générale est à l'extension continue du domaine des actes soumis au contrôle de constitutionnalité *a priori*, tant à propos du régime général des lois ordinaires (§1) que du régime spécial (§2) des lois organiques, des règlements des assemblées, des engagements internationaux ou des lois de pays.

§ 1. LE RÉGIME GÉNÉRAL DES LOIS ORDINAIRES

121

Face à la démultiplication du type de lois ordinaires votées par le Parlement, le contrôle *a priori* s'est adapté afin de les soumettre au contrôle de constitutionnalité (A). Pour les lois promulguées, leur exclusion pouvait paraître plus solidement ancrée puisqu'elle découle des textes organisant seulement un contrôle *a priori*. Pourtant, sans même attendre la révision constitutionnelle de 2008 qui a renversé le principe par l'admission de la question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil s'était engagé, par sa décision du 25 janvier 1985, dans la voie d'un contrôle limité des lois en vigueur qui dispose désormais d'une réelle effectivité (B). Lorsqu'une loi intervient en interaction avec une norme issue du droit de l'Union européenne, le contrôle du Conseil constitutionnel est original et délicat (C).

■ 46. CC 2015-527 QPC, 22 décembre 2015, JO 26 décembre 2015 p. 24084.

■ 47. CC 2016-535 QPC et 2016-536 QPC, 19 février 2016, JO 21 février 2016.

■ 48. J.-J. URVOAS, Assemblée nationale, 1^{re} séance du 24 juillet 2012.

■ 49. CC 2011-191/194/195/196/197 QPC, 18 novembre 2011, JO 19 novembre 2011, p. 19480.

A. LA DIVERSIFICATION DU CONTRÔLE DES LOIS ORDINAIRES

1. Le contrôle des dispositions normatives

122 Ne peuvent être déferés au Conseil constitutionnel que les textes ayant le caractère de lois, c'est-à-dire ayant été définitivement adoptés par le Parlement. Ainsi, dans sa décision du 8 novembre 1976⁵⁰, le Conseil a déclaré irrecevable un recours dirigé contre un texte encore en cours d'examen parlementaire ; et dans la décision du 29 décembre 1989⁵¹, il déclare inopérant le moyen tiré de la suppression d'un article dans la mesure où la contestation porte sur « une disposition qui ne figure pas dans la loi soumise » à son examen. Il faut donc que l'Assemblée nationale et le Sénat aient terminés la discussion et voté le texte en termes identiques pour que la saisine soit recevable.

123 Toutes les lois – ordinaires, organiques, de finances, de programme... – peuvent faire l'objet d'un recours devant le Conseil constitutionnel à condition toutefois qu'elles aient la qualité de loi, c'est-à-dire qu'elles contiennent des normes. Depuis 1982, le Conseil constitutionnel se contentait de relever le défaut de normativité d'une disposition législative sans en tirer de conséquences contentieuses⁵². Désormais, une loi, déclare le Conseil dans sa décision du 29 juillet 2004⁵³, a pour vocation d'énoncer des règles « et le principe de clarté de la loi et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi imposent au législateur d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire ». En conséquence, il refusait d'examiner la constitutionnalité de dispositions législatives déclarées par lui « dépourvues de portée normative ». Mais par la décision du 21 avril 2005⁵⁴, le Conseil change sa doctrine et décide de censurer les articles de loi jugés « manifestement dépourvus de toute portée normative », en l'espèce un article énonçant que « l'objectif de l'école est la réussite de tous les élèves ». Cette évolution jurisprudentielle porte la marque du président du Conseil, Pierre Mazeaud qui, le 4 janvier 2005, lors de la présentation des vœux au chef de l'État, avait déclaré que « la loi n'est pas faite pour affirmer des évidences, émettre des vœux ou dessiner l'état idéal du monde ; elle est faite pour fixer des obligations et ouvrir des droits ; le *Conseil est prêt à censurer désormais les neutrons législatifs* ».

L'effet du principe de normativité dans le contrôle *a priori* est principalement d'ordre préventif. En effet, aucune censure n'a été ultérieurement prononcée sur le fondement de ce principe et le Conseil constitutionnel eut peu d'occasions

■ 50. CC 76-69 DC, 8 novembre 1976, *R.* p. 37.

■ 51. CC 89-268 DC, 29 décembre 1989, *R.* p. 110.

■ 52. CC 82-142 DC, 27 juillet 1982, *R.*, p. 52 ; V. la jurisprudence citée par V. CHAMPEIL-DESPLATS, « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, 2007.

■ 53. CC 2004-500 DC, 29 juillet 2004, *R.* p. 116.

■ 54. CC 2005-512 DC, 21 avril 2005, *R.* p. 82.

d'examiner un tel grief⁵⁵. La raréfaction de la présence de l'exigence de normativité s'explique pour deux raisons : l'élaboration gouvernementale et parlementaire de la loi intègre désormais cette contrainte constitutionnelle ; avec les lois de programme, puis les lois de programmation⁵⁶, ainsi que les résolutions de l'article 34-1 de la Constitution le constituant a fourni d'autres instruments juridiques permettant aux parlementaires d'exprimer une orientation politique sans la faire apparaître dans une loi ordinaire et ainsi contourner les exigences du principe de normativité. Par exemple, dans la décision du 13 août 2015 relative à la loi sur la transition énergétique pour la croissance verte, le Conseil constitutionnel relève que les dispositions de l'article 1^{er} de la loi déferée « fixent des objectifs à l'action de l'État dans le domaine énergétique » et appartiennent donc à la catégorie des lois de programmation de l'article 34 de la Constitution, dès lors « le grief tiré d'un défaut de portée normative ne peut être utilement soulevé à leur encontre »⁵⁷.

2. | Le contrôle de la législation déléguée

124 La question de la recevabilité aurait pu se poser pour les *lois d'habilitation*. Sans doute ont-elles incontestablement la qualité de lois ordinaires ; mais ayant pour simple et unique objet de déléguer au gouvernement le pouvoir de prendre par ordonnance des mesures relevant normalement du domaine législatif, la recevabilité de recours contre de telles lois pouvait paraître d'un intérêt limité. En accueillant malgré tout ces requêtes⁵⁸, le Conseil a donné toute sa portée au principe de l'article 61 de la Constitution selon lequel un recours est recevable dès lors qu'existe une loi ordinaire, quel que soit son objet.

Il est vrai que le contrôle des lois d'habilitation représente un enjeu considérable. En effet, les ordonnances prises en vertu de ces lois échappent, en principe, au contrôle du Conseil constitutionnel ; et si, comme actes administratifs, elles peuvent être soumises au contrôle du Conseil d'État, celui-ci est limité par le caractère vague de la loi de délégation – malgré la référence de substitution possible aux principes généraux du droit⁵⁹ – et intervient toujours avec retard. En d'autres termes, le risque était grand de voir une catégorie d'actes, de voir le pouvoir de légiférer du gouvernement, soustrait à tout contrôle effectif. Aussi était-il important que le Conseil accueille les recours dirigés contre les lois d'habilitation car, par leur contrôle, il acquiert la possibilité de limiter la liberté du gouvernement en lui imposant le respect d'un certain nombre de règles.

125 Le Conseil constitutionnel vérifie tout d'abord si l'habilitation résulte d'une initiative gouvernementale et que le Parlement ne l'a pas élargie. Ainsi, dans la

■ 55. CC 2009-577 DC, 3 mars 2009, cons. 18, JO 7 mars 2009, p. 4336 ; CC 2010-605 DC, 12 mai 2010, cons. 28, JO 13 mai 2010, p. 8897 ; sur le cas particulier de la pénalisation de la contestation de l'existence du génocide arménien, cf. CC 2012-647 DC, 28 février 2012, cons. 4 et 6, JO 2 mars 2012, p. 3988.

■ 56. CC 2005-516 DC, 7 juillet 2005, JO 14 juillet 2005, p. 11589 ; CC 2011-625 DC, 10 mars 2011, JO 15 mars 2011, p. 4630. V. F. SAVONITTO, « Les lois de programmation du vingtième alinéa de l'article 34 de la Constitution : une nouveauté à abandonner », *RDP*, 2012, p. 113.

■ 57. CC 2015-718 DC, 13 août 2015, JO 18 août 2015, p. 14376.

■ 58. CC 76-72 DC, 12 janvier 1977, *R.* p. 31.

■ 59. CE 19 octobre 1962, *Canal*, *R.* p. 552.

décision du 31 juillet 2014, il précise que « si la commission mixte paritaire pouvait élaborer un texte réduisant le champ ou la portée de l'habilitation, elle ne pouvait, à l'inverse, étendre le champ de cette habilitation restant en discussion sans méconnaître les exigences du premier alinéa de l'article 38 de la Constitution »⁶⁰, ce qui entraîne le prononcé d'une réserve d'interprétation rétablissant le périmètre de l'habilitation. De même, le Conseil constitutionnel vérifie le respect par l'habilitation du domaine des lois organiques, des lois de finances ou des lois de financement de la sécurité sociale⁶¹, ainsi que le respect de la répartition des compétences opérée par les articles 73 et 74 de la Constitution⁶². Le Conseil admet ensuite que le domaine d'habilitation peut comprendre toute matière qui relève du domaine de la loi et juge, par exemple dans la décision du 16 décembre 1999⁶³ que, dès lors que « le pouvoir de codifier les dispositions législatives appartient au législateur », ce dernier pouvait autoriser le gouvernement « à procéder par ordonnances à l'adoption de la partie législative de neuf codes ». Il vérifie également si la demande d'habilitation est justifiée par un motif d'intérêt général suffisant ou par un principe constitutionnel : ainsi juge-t-il que codifier par ordonnances permet un achèvement rapide de la codification qui satisfait « l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ». Deux dispositions de la loi sur le redécoupage des circonscriptions législatives sont ainsi censurées dans la décision du 8 janvier 2009, l'une pour violation du principe d'égalité du suffrage, l'autre pour défaut de motif d'intérêt général permettant de justifier le maintien d'un minimum de deux députés par département⁶⁴.

Il contrôle encore si la loi a défini précisément les matières législatives momentanément déléguées au gouvernement et limité strictement la portée de l'habilitation⁶⁵. Ainsi, dans son contrôle de la loi habilitant le gouvernement à privatiser des entreprises nationalisées, le Conseil a notamment considéré, s'agissant des conditions et du prix auxquels seront transférées au secteur privé les entreprises publiques, que « l'ordonnance *devra* interdire le transfert dans le cas où le prix proposé par les acquéreurs ne serait pas supérieur ou au moins égal à l'évaluation de l'entreprise ; que l'indépendance nationale devra être préservée ; que toute autre interprétation serait contraire à la Constitution »⁶⁶. Dans son contrôle de la loi autorisant le gouvernement à délimiter par ordonnance les circonscriptions électorales, il a précisé que cette délimitation « ne *devra* procéder d'aucun arbitraire » et déterminé, de manière autoritaire, comment le gouvernement devrait appliquer la loi⁶⁷.

■ 60. CC 2014-700 DC, 31 juillet 2014, JO 5 août 2014, p. 12966.

■ 61. CC 2004-506 DC, 2 décembre 2004, JO 10 décembre 2004, p. 20876.

■ 62. CC 2004-490 DC, 12 février 2004, cons. 46 à 49, JO 2 mars 2004, p. 4220 ; CC 2007-547 DC, 15 février 2007, JO 22 février 2007, p. 3252 ; CC 2011-636 DC, 21 juillet 2011, JO 28 juillet 2011, p. 1285.

■ 63. CC 99-421 DC, 16 décembre 1999, R. p. 136.

■ 64. CC 2008-573 DC, 8 janvier 2009, JO 14 janvier 2009, p. 724.

■ 65. CC 76-72 DC, 12 janvier 1977, R. p. 31 ; CC 81-134 DC, 5 janvier 1982, R. p. 15 ; CC 86-207 DC, 25-26 juin 1986, R. p. 61 ; CC 2003-473 DC, 26 juin 2003, R. p. 382 ; CC 2015-715 DC, 5 août 2015, JO 7 août 2015, p. 13616.

■ 66. CC 86-207 DC, 25-26 juin 1986, R. p. 61.

■ 67. CC 86-208 DC, 1^{er}-2 juillet 1986, R. p. 78 « les dispositions de la loi d'habilitation, déclare le Conseil, doivent s'entendre comme suit : il convient, en premier lieu, de considérer que la faculté de ne pas respecter les limites cantonales dans les départements comprenant un ou plusieurs cantons non

Dans la décision du 12 février 2015⁶⁸, le Conseil considère que l'habilitation conférée par la loi « à réformer par ordonnance le droit commun des contrats, le régime des obligations et le droit de la preuve est précisément définie dans son domaine et dans ses finalités », ouvrant ainsi la voie à une vaste réforme du Code civil.

126 Mais ce contrôle du domaine délégué est affaibli par la décision du 2 décembre 2004 où le Conseil déclare « inopérant à l'encontre d'une loi de ratification le grief tiré de ce que l'ordonnance ratifiée aurait outrepassé les limites de l'habitation ». Ne pas admettre ce grief est, en effet, priver de sens et la loi d'habitation et les exigences constitutionnelles de précision et de délimitation du champ législatif délégué si la loi de ratification peut couvrir les « excès de pouvoir » de l'ordonnance. En définissant ainsi par avance les motifs d'irrégularités possibles des ordonnances, le Conseil non seulement donne au Président de la République une justification pour refuser de signer une ordonnance qui ne respecterait pas les exigences contenues dans la décision⁶⁹, mais permet aussi au Conseil d'État d'exercer un contrôle approfondi des ordonnances en vérifiant qu'elles respectent la loi d'habilitation telle que précisée et interprétée par le Conseil constitutionnel.

127 « Le contrôle de constitutionnalité ne peut porter que sur des lois et non sur les ordonnances prévues par l'article 38 de la Constitution », affirme le Conseil dans sa décision du 8 août 1985⁷⁰. La réalité contentieuse est cependant plus complexe, à l'image du régime juridique des *ordonnances*. En effet, tant qu'elles n'ont pas été ratifiées par une loi, les ordonnances sont considérées comme des actes administratifs soumis, le cas échéant, au contrôle du juge de l'excès de pouvoir⁷¹ ; mais dès qu'elles sont ratifiées, ces mêmes ordonnances acquièrent la qualité de loi⁷². Or, à l'occasion du contrôle de la loi de ratification, le Conseil s'est reconnu compétent pour apprécier la constitutionnalité « des dispositions auxquelles la ratification confère valeur législative », c'est-à-dire la constitutionnalité du contenu des ordonnances⁷³. Par exemple, dans sa décision du 4 juin 1984⁷⁴, le Conseil examine longuement l'ordonnance modifiant le montant des ressources de l'État et considère « qu'il résulte de tout ce qui précède que ladite ordonnance et donc la disposition législative qui la ratifie sont conformes à la Constitution ». En revanche, « est

constitués par un territoire continu ou dont la population est supérieure à 40 000 habitants *ne vaut que* pour ces seuls cantons ; en deuxième lieu... ; toute autre interprétation serait contraire à la Constitution ».

■ 68. CC 2015-710 DC, 12 février 2015, JO 17 février 2015, p. 2969.

■ 69. Dans les deux affaires précitées – la privatisation et la délimitation des circonscriptions électorales –, le Président de la République a effectivement refusé de signer les ordonnances en s'appuyant, en partie, sur l'argumentation du Conseil constitutionnel.

■ 70. CC 85-196 DC, 8 août 1985, R. p. 63.

■ 71. CE 3 novembre 1961, *Damiani*, R. p. 607 ; CE 17 décembre 1969, *Conseil national de l'Ordre des médecins*, R. p. 584 ; CC 8 août 1985, R. p. 63.

■ 72. CE 19 décembre 1969, *Dame Piard*, R. p. 593.

■ 73. CC 86-224 DC, 23 janvier 1987, R. p. 8 ; CC 83-156 DC 28 mai 1983, R. p. 41.

■ 74. CC 84-170 DC, 4 juin 1984, R. p. 45.

inopérant à l'égard d'une loi de ratification le grief tiré de ce que l'ordonnance ratifiée aurait outrepassé les limites de l'habilitation »⁷⁵.

Ce gain de compétence risquait cependant d'être limité dans la mesure où le contrôle des ordonnances ne peut intervenir qu'à l'occasion du contrôle de la loi les ratifiant et que le gouvernement fait rarement voter une telle loi ; il se contente de déposer la loi de ratification devant le Parlement, ce qui est au demeurant la seule obligation posée par l'article 38 de la Constitution pour qu'une ordonnance ne devienne pas caduque à l'expiration de la date fixée par la loi d'habilitation. Pour contourner cet obstacle, le Conseil a longtemps considéré que la ratification d'une ordonnance peut « résulter d'une loi qui, *sans avoir cette ratification pour objet direct*, l'implique nécessairement »⁷⁶, soit par la volonté clairement exprimée du législateur – critère subjectif – soit par le contenu même de la loi – critère objectif. Avec le recours à la notion de ratification implicite, le Conseil étendait le domaine des ordonnances ratifiées et par conséquent celui de leur contrôle. Cependant, depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, les ordonnances de l'article 38 de la Constitution « ne peuvent être ratifiées que de manière expresse ». Pour ratifier une ordonnance, le gouvernement doit donc déposer un projet de loi de ratification et le faire voter par le Parlement.

3. Le contrôle spécifique de la loi dans le contentieux FNR

128 Au titre des décisions FNR (fins de non-recevoir), le Conseil constitutionnel peut être saisi sur le fondement de deux dispositions constitutionnelles qui organisent un contrôle *a priori* de la qualité formelle du texte.

L'article 41 d'une part, lui permet, au cours de la procédure législative, d'opposer l'irrecevabilité à l'encontre d'une proposition de loi ou d'un amendement paraissant ne pas relever du domaine de la loi ou contraire à une délégation accordée en vertu de l'article 38 de la Constitution. Si le Président de l'Assemblée intéressée ne partage pas l'analyse du gouvernement, le Conseil doit trancher le différend dans un délai de huit jours, à la demande du gouvernement et, depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, à la demande également du Président de l'Assemblée saisie. Si l'irrecevabilité continue à être invoquée lors des débats parlementaires, la saisine du Conseil constitutionnel qui s'ensuit en cas de désaccord est tombée en désuétude. Aucune décision n'a été rendue au titre d'une contrariété avec une délégation législative. À l'encontre des amendements ou propositions de loi, la dernière décision en date est celle du 23 mai 1979⁷⁷. Le délaissement de la saisine du Conseil constitutionnel au titre de l'article 41 de la Constitution s'explique par son caractère facultatif⁷⁸ et en raison de l'usage par le gouvernement de moyens plus « simples » pour défendre son domaine : l'appel à la discipline majoritaire, les multiples règles de la procédure législative, la non-

■ 75. CC 2007-561 DC, 17 janvier 2008, JO 22 janvier 2008, p. 1131 ; dans le même sens, CC 2004-506 DC, 2 décembre 2004, cons. 25 et 36, JO 10 décembre 2004, p. 20876.

■ 76. CC 86-224 DC, 23 janvier 1987, R. p. 8 ; CC 72-73 L, 29 février 1972, R. p. 31.

■ 77. CC 79-11 FNR, 23 mai 1979, JO 25 mai 1979, Domaine législatif.

■ 78. CC 82-143 DC, 30 juillet 1982, JO 31 juillet 1982, p. 2470.

inscription à l'ordre du jour... Dans les 11 décisions rendues entre 1959 et 1979, le Conseil constitutionnel avait notamment précisé qu'il ne pouvait « statuer que la seule question de savoir si ladite proposition ou ledit amendement est du domaine de la loi ou a un caractère réglementaire ; qu'il ne saurait donc, à aucun titre, se prononcer sur la conformité de ces textes à la Constitution, conformité qui ne pourrait faire l'objet de son appréciation que s'il en était saisi dans les conditions prévues à l'article 61 de la Constitution »⁷⁹ ou désormais dans le cadre de l'article 61-1 de la Constitution.

129 L'article 39, d'autre part, permet au Conseil constitutionnel d'être saisi par le Président de l'assemblée intéressée ou le Premier ministre, en cas de désaccord entre la Conférence des présidents et le gouvernement à propos du respect des conditions de présentation des projets de lois posées par une loi organique. En vertu de la loi organique du 15 avril 2009, les projets de lois ne peuvent être inscrits à l'ordre du jour que s'ils sont accompagnés d'un exposé des motifs et surtout d'une étude d'impact. En l'état, le Conseil constitutionnel s'est prononcé à une seule reprise, dans la décision du 1^{er} juillet 2014⁸⁰, à propos du projet de loi relatif à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral. Après avoir rappelé les limites de son office, qui ne s'étend pas à l'appréciation de la conformité de la loi à la Constitution, le Conseil constitutionnel apprécie le contenu de l'étude d'impact et estime en particulier qu'il ne saurait « être fait grief à cette étude d'impact de ne pas comporter de développements sur l'évolution du nombre des emplois publics dès lors que le gouvernement ne mentionne pas la modification de ce nombre dans les objectifs poursuivis par ce projet de loi ». Le Conseil conclut, après un contrôle minimum, que les règles fixées par la loi organique sont respectées.

B. LE RENOUVEAU DU CONTRÔLE A PRIORI DES LOIS PROMULGUÉES

130 Il ne faut jamais désespérer d'une jurisprudence. Le contrôle de la loi promulguée, refusé par le Conseil en 1978 (1), est accepté par ce même Conseil, sept ans plus tard, le 25 janvier 1985 (2), avant de connaître un renouveau et une réelle effectivité depuis l'avènement de la QPC (3).

1. La décision du 27 juillet 1978 : le refus de contrôler la loi promulguée

131 L'article 61 est clair : qu'elles soient organiques ou ordinaires, les lois ne peuvent être déférées au Conseil constitutionnel qu'avant leur promulgation. Originalité du système français de contrôle de constitutionnalité par rapport à ceux en vigueur dans les autres pays, avant la réforme de la QPC, la constitutionnalité de

■ 79. CC 79-10 FNR, 26 avril 1979, JO 27 avril 1979. En sens contraire, CC, 66-7 FNR, 21 décembre 1966,

R. p. 37

■ 80. CC 2014-12 FNR, 1^{er} juillet 2014, JO 3 juillet 2014, p. 11023.

la loi promulguée ne pouvait plus être contestée, ni devant les juridictions ordinaires, judiciaires ou administratives, ni devant le Conseil constitutionnel.

Appliquant scrupuleusement cet article, le Conseil s'est refusé, dans un premier temps, d'apprécier, directement ou indirectement, la conformité à la Constitution d'une loi déjà promulguée. Le refus le plus net est exprimé dans la décision du 27 juillet 1978⁸¹. Dans cette affaire, était en cause une loi adoptée en juin 1978 qui établissait des sanctions pénales contre les auteurs d'infraction au monopole de la radiodiffusion-télévision institué par les lois du 3 juillet 1972 et du 7 août 1974. Pour contester la constitutionnalité des sanctions, les parlementaires socialistes invoquent devant le Conseil la non-conformité à la Constitution des lois de 1972 et 1974 au motif que le monopole est contraire à la libre communication des pensées et des opinions, droit le plus précieux de l'homme selon l'article 11 de la Déclaration de 1789. En d'autres termes, les sanctions de 1978 sont inconstitutionnelles parce qu'elles ont pour objet de protéger un monopole, établi en 1972, en contradiction avec la Constitution.

De manière très ferme, le Conseil refuse cette invitation à contrôler, à l'occasion de la saisine de 1978, la constitutionnalité des lois de 1972 et 1974 instituant le monopole : « la conformité à la Constitution de ces lois ne peut être mise en cause, même par voie d'exception, devant le Conseil constitutionnel dont la compétence est limitée par l'article 61 de la Constitution à l'examen des lois avant leur promulgation ».

L'autorité avec laquelle était affirmé le non-contrôle des lois promulguées, pouvait laisser croire que la jurisprudence était définitivement établie⁸². Et pourtant, en 1985, le Conseil opère un revirement complet de jurisprudence.

2. Le revirement jurisprudentiel du 25 janvier 1985

132 L'affaire dont le Conseil est saisi le 24 janvier 1985 est comparable, dans ses données, à celle qu'il avait eue à traiter en 1978. Par un arrêté du 12 janvier 1985, le haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie proclame, conformément aux compétences qui lui avaient été attribuées par la loi du 6 septembre 1984, l'état d'urgence sur ce territoire. Le régime de l'état d'urgence est défini et organisé par la loi du 3 avril 1955, qui dispose notamment que « la prorogation de l'état d'urgence au-delà de douze jours ne peut être autorisée que par la loi ». Aussi, le 23 janvier 1985, le Parlement, convoqué en session extraordinaire, vote... en urgence et après des débats houleux, une loi de prorogation aussitôt déferée par l'opposition au Conseil qui statue... le 25 janvier 1985⁸³. L'argumentation des requérants est simple : les règles de l'état d'urgence définies par la loi du 3 avril 1955 sont contraires à la Constitution, à la fois par l'étendue des pouvoirs dérogatoires donnés à l'administration – atteinte à l'article 34 – et par l'absence de garanties juridictionnelles pour les mesures limitant les libertés – atteinte à l'article 66 ;

■ 81. CC 78-96 DC, 27 juillet 1978, R. p. 29.

■ 82. V. dans le même sens : CC 75-56 DC, 23 juillet 1975, R. p. 22 ; CC 80-113 L. 14 mai 1980, R. p. 61 ; CC 80-125 DC, 19 décembre 1980, R. p. 51 ; CC 80-126 DC, 30 décembre 1980, R. p. 53.

■ 83. CC 85-187 DC, 25 janvier 1985, R. p. 43.

en conséquence, la loi votée le 23 janvier 1985, appliquant des dispositions contraires à la Constitution, est elle-même inconstitutionnelle.

133 Même problème, donc, qu'en 1978... et pourtant, solution différente, le Conseil considère en effet que « si la régularité au regard de la Constitution d'une loi déjà promulguée peut être utilement contestée à l'occasion de l'examen des dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine, il ne saurait en être de même lorsqu'il s'agit de la simple mise en application d'une telle loi ».

Par ce considérant important, le Conseil pose un principe inverse de celui affirmé en 1978 : il accepte désormais de contrôler, par voie d'exception, la constitutionnalité d'une loi déjà promulguée lorsque le texte dont il est saisi y fait référence. Trois hypothèses de contrôle sont envisagées par le Conseil : lorsque la loi examinée modifie la loi promulguée, lorsqu'elle la complète ou lorsqu'elle affecte son domaine ; trois hypothèses qui ne restreignent cependant pas la portée du principe posé, dans la mesure où elles couvrent en fait la majorité des cas pouvant se présenter⁸⁴.

134 Une seule exception à ce nouveau principe figurait en 1985 : si la loi nouvelle n'est que « la simple mise en application » de la loi promulguée, la constitutionnalité de cette dernière ne sera pas contrôlée. Il était difficile de trouver une justification à ce traitement particulier. En quoi la nature de la relation entre la loi examinée et la loi promulguée peut-elle influencer sur l'exercice du contrôle ? « La simple mise en application » n'est pas à elle seule une garantie de constitutionnalité : une loi nouvelle peut parfaitement appliquer une loi promulguée comportant des dispositions contraires à la Constitution ; pourquoi le fait qu'elles ne soient pas modifiées justifierait leur non-contrôle !

Depuis la décision du 25 juillet 1989, le Conseil reprend d'ailleurs le considérant de 1985 sans mentionner l'exception de la simple application⁸⁵. Il est vrai qu'en l'espèce, le Conseil n'avait pas besoin de cette référence, ayant considéré que la loi soumise à son examen affectait le domaine d'une loi promulguée. La réserve de 1985, définitivement disparue de la jurisprudence ultérieure⁸⁶, n'avait été introduite que pour des considérations « politiques » : permettre au Conseil de qualifier la loi de prorogation de 1985 de simple application de la loi de 1955, et lui éviter ainsi d'entrer dans la discussion de la législation sur l'état d'urgence à un moment où la situation politique était particulièrement tendue entre le

■ 84. V. en ce sens, F. LUCHAIRE, *La protection constitutionnelle des droits et libertés*, Economica, 1987, p. 61.

■ 85. CC 89-256 DC, 25 juillet 1989, R. p. 53 ; dans cette décision, le Conseil se limite à affirmer « que la régularité au regard de la Constitution des termes d'une loi promulguée peut être utilement contestée à l'occasion de la soumission au Conseil constitutionnel des dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine ».

■ 86. Sur les cas d'application antérieurs à 2012, cf. CC, 96-377 DC, 16 juillet 1996, R., p. 87 ; CC 97-388 DC, 20 mars 1997, R., p. 31 ; CC, 98-399 DC, 5 mai 1998, R., p. 245 ; CC 99-414 DC, 8 juillet 1999, R., p. 92 ; CC 99-416 DC, 23 juillet 1999, R., p. 100 ; CC 2002-464 DC, 27 décembre 2002, JO 31 décembre 2002, p. 22103 ; CC 2003-475 DC, 24 juillet 2003, JO 31 juillet 2003, p. 13038 ; CC 2004-506 DC, 2 décembre 2004, JO 10 décembre 2004, p. 20876 ; CC 2006-538 DC, 13 juillet 2006, cons. 12 et 13, JO 20 juillet 2006, p. 10894 ; CC 2009-599 DC, 29 décembre 2009, cons. 106, JO 31 décembre 2009, p. 22995.

gouvernement et l'opposition, et explosive en Nouvelle-Calédonie. La distinction entre « appliquer », « modifier », « compléter », « affecter le domaine » est en effet assez floue pour que le Conseil reste maître du contrôle en passant d'une notion à l'autre, selon que les circonstances lui paraissent permettre ou non l'examen d'une loi promulguée.

- 135** Quoi qu'il en soit, la décision du 25 janvier 1985 reste une grande décision en ce que, désormais, toute loi promulguée est, par principe, contestable ; aucune loi nouvelle ne peut faire obstacle au contrôle d'une loi promulguée ; la promulgation n'est plus un motif suffisant d'incompétence du Conseil. Ainsi, dans sa décision du 25 juillet 1989, à l'occasion de la contestation d'une loi étendant la procédure de prise de possession de terrains aux voies de chemin de fer⁸⁷, le Conseil accepte de vérifier, à la demande des requérants, si cette procédure créée par la loi du 23 décembre 1970 n'est pas contraire à la Constitution ; et comme il le fait pour n'importe quelle loi contestée avant promulgation, il confronte ici la loi promulguée aux différents éléments du bloc de constitutionnalité, conclut à sa conformité constitutionnelle et en déduit celle de la loi de 1989. Ainsi encore, dans sa décision du 16 juillet 1996⁸⁸, il considère que le champ d'application de l'article 21 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, qui réprime l'aide directe ou indirecte aux étrangers en situation irrégulière, est affecté par la loi anti-terroriste, soumise à son examen, qui définit cette aide comme un acte terroriste, accepte en conséquence de contrôler le texte de 1945 et conclut à sa constitutionnalité. Depuis la décision du 20 mars 1997⁸⁹, le Conseil étend son contrôle de lois promulguées aux questions de constitutionnalité externe : en l'espèce, il a examiné, pour le rejeter, le grief fait au législateur d'avoir, en 1945, méconnu sa compétence en renvoyant au pouvoir réglementaire le soin de fixer le montant et les taux des exonérations de cotisations sociales accordées à certains employés.

3. | L'épanouissement du contrôle de la loi promulguée

- 136** Avec la QPC, enfin le Conseil constitutionnel pouvait être saisi de dispositions législatives promulguées. Pourtant, cette nouvelle voie n'a pas tari l'usage de la jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie*. Au contraire, le contrôle *a priori* de la loi promulguée s'est intensifié, enrichi et dispose désormais d'une réelle effectivité.

Le bilan statistique, tout d'abord, est évocateur. Entre la décision de principe du 25 janvier 1985 et juillet 2012, le Conseil constitutionnel eut recours à la jurisprudence « néo-calédonienne » à quatorze reprises alors qu'entre août 2012 et

■ 87. Il s'agit d'une procédure permettant d'accélérer l'expropriation des terrains déclarés d'utilité publique, lorsque celle-ci risque d'être retardée par des difficultés. À l'origine, prévue pour faciliter la construction des routes et autoroutes, elle est étendue en 1989 aux voies de chemin de fer pour permettre la réalisation rapide du TGV-Nord que les Amiénois, déçus par le tracé, cherchent à ralentir en achetant de multiples parcelles de terrain.

■ 88. CC 96-377 DC, 16 juillet 1996, R. p. 87.

■ 89. CC 97-388 DC, 20 mars 1997, R. p. 31.

décembre 2014, dix cas d'application peuvent être relevés⁹⁰. Impossible d'avancer le hasard des espèces soumises au Conseil constitutionnel, un choix délibéré de politique jurisprudentielle a été opéré. Un choix compréhensible sur le plan institutionnel, car il donne un regain d'intérêt pour la saisine *a priori*. Par exemple, dans sa décision du 9 août 2012, le Conseil accepte de contrôler l'article 14 de la loi du 6 août 2002 de finances rectificative pour 2001 qui fixait la rémunération du Président de la République à l'occasion du recours contre l'article 40 de la loi de finances rectificative pour 2012 qui réduisait cette rémunération⁹¹ ; dans sa décision du 13 décembre 2012, il contrôle les dispositions de l'article L. 131-9 du Code de la sécurité sociale au motif que les dispositions de l'article 11 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2013 relatives à la suppression de l'assiette des cotisations d'assurance-maladie à la charge des travailleurs indépendants non agricoles « ont pour effet d'affecter le domaine d'application des dispositions de la deuxième phrase du second alinéa de l'article L. 131-9 du Code de la sécurité sociale »⁹² ; dans sa décision du 13 mai 2013, il contrôle le tableau en vigueur de la répartition des conseillers de Paris à l'occasion du recours contre l'article 30 de la loi relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires qui le remplaçait par un nouveau tableau annexé à cette loi⁹³.

137 Les autorités de saisine disposent ainsi d'une raison supplémentaire de saisir le Conseil constitutionnel, car il ne s'agit plus uniquement de mettre en cause la conformité à la Constitution du texte voté mais d'envisager l'ensemble des dispositions en vigueur affectées par la loi nouvelle. Par exemple, dans la décision du 13 juin 2013⁹⁴ relative aux clauses de désignation dans le cadre de la couverture complémentaire collective santé pour l'ensemble des salariés, l'examen et la censure de la loi ancienne avaient été expressément sollicités par la saisine parlementaire.

La possibilité de susciter une censure de type « néo-calédonienne » est désormais élargie, ensuite, en raison de l'enrichissement de l'office du Conseil constitutionnel en la matière. Le service juridique du Conseil constitutionnel l'affirme clairement⁹⁵ : les dernières décisions « néo-calédoniennes » traduisent une « conception extensive des conditions de recours à cette jurisprudence » en vertu

■ 90. CC 2012-654 DC, 9 août 2012, JO 17 août 2012, p. 13496 ; CC 2012-656 DC, 24 octobre 2012, JO 27 octobre 2012, p. 16699 ; CC 2012-659 DC, 13 décembre 2012, JO 18 décembre 2012, p. 19861 ; CC 2012-662 DC, 29 décembre 2012, JO 30 décembre 2012, p. 20966 ; CC 2013-667 DC, 16 mai 2013, JO 18 mai 2013 p. 8258 ; CC 2013-669 DC, 17 mai 2013, JO 18 mai 2013, p. 8281 ; CC 2013-672 DC, 13 juin 2013, JO 16 juin 2013 p. 9976 ; CC 2013-685 DC, 29 décembre 2013, JO 30 décembre 2013, p. 22188 ; CC 2014-701 DC, 9 octobre 2014, cons. 20, JO 14 octobre 2014, p. 16656 ; CC 2014-706 DC, 18 décembre 2014, cons. 37 à 42, JO 24 décembre 2014 page 21789. Depuis lors, aucun cas n'est recensé : hasard des cas d'espèce ou énième choix de politique jurisprudentielle en la matière ? Décidément, le destin de la jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie* est quelque peu insaisissable...

■ 91. CC 2012-654 DC, 9 août 2012, JO 17 août 2012, p. 13496.

■ 92. CC 2012-659 DC, 13 décembre 2012, JO 18 décembre 2012, p. 19871.

■ 93. CC 2013-667 DC, 17 mai 2013, JO 18 mai 2013, p. 8256.

■ 94. CC 2013-672 DC, 13 juin 2013, *Droit Social*, 2013, p. 673, étude J. BARTHÉLÉMY.

■ 95. Commentaire de la décision n° 2013-349 QPC du 18 octobre. 2013, disponible sur www.conseil-constitutionnel.fr.

du choix d'interpréter « de manière large » l'exigence d'une loi nouvelle qui modifie, complète ou affecte le domaine d'une loi promulguée⁹⁶. En outre, à plusieurs reprises, par exemple dans la décision du 9 août 2012, le Conseil constitutionnel s'est permis d'examiner de manière autonome la loi promulguée, alors qu'auparavant ce contrôle était inséparable de la loi nouvelle déferée. Dans le même esprit, le Conseil peut désormais contrôler une disposition législative nouvelle qui affecte indirectement le domaine d'application de la loi promulguée, ce qui permet de manière inédite de déclarer la disposition législative promulguée contraire à la Constitution tout en déclarant conforme la loi nouvelle⁹⁷.

Enfin, la portée effective du contrôle incident des lois promulguées, dans le cadre du contrôle *a priori*, est désormais acquise⁹⁸. En vertu de la jurisprudence *Allianz* du 18 octobre 2013⁹⁹, le Conseil constitutionnel confère un effet neutralisant immédiat, ou différé selon les modalités prévues par le Conseil constitutionnel, aux censures de type « néo-calédoniennes ».

C. LA CONTRÔLE DÉLICAT DES LOIS DE MISE EN ŒUVRE DU DROIT COMMUNAUTAIRE

1. L'immunité constitutionnelle de principe des lois de transposition des directives

138 La question de la possibilité d'un contrôle de constitutionnalité, direct ou indirect, du droit communautaire dérivé n'en est une que pour les constitutionnalistes ; pour les communautaristes, elle n'existe pas ou, plus exactement, elle est réglée depuis l'arrêt *Costa c/ Enel* du 15 juillet 1964 et la réponse peut s'énoncer ainsi : la validité du droit communautaire dérivé se trouve dans le droit communautaire originaire qui fonde la validité de son intégration dans les ordres juridiques nationaux ; résultat nécessaire d'une exigence communautaire, aucun élément du droit national, y compris l'élément constitutionnel, ne peut mettre en échec le droit communautaire dérivé ; et cette exigence est « sécurisée » ou garantie par le pouvoir d'intenter devant la Cour de Luxembourg une action en manquement contre un État qui exciperait de son droit constitutionnel pour ne pas la respecter. En d'autres termes, le « système » communautaire interdit, au nom de sa propre logique d'existence, toute possibilité de contrôle de constitutionnalité direct ou indirect du droit communautaire dérivé et « invite » les juges constitutionnels à se soumettre en se démettant de cette fonction sous peine de placer « leur » État en situation d'être condamné par la Cour de Luxembourg.

■ 96. V. B. GENEVOIS, « Un exemple de l'influence du contrôle *a posteriori* sur le contrôle *a priori* : l'application de la jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie* », *RFDA*, 2013, p. 1 ; C.-E. SÉNAC, « Le renouveau de la jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie* », *RDP*, 2013, p. 1453.

■ 97. CC 2012-659 DC, 13 décembre 2012, JO 18 décembre 2012, p. 19861 ; CC 2012-662 DC, 29 décembre 2012, JO 30 décembre 2012, p. 20966.

■ 98. Sur cette question, V. *infra*, n° 407.

■ 99. CC 2013-349 QPC, 18 octobre 2013, JO 20 octobre 2013, p. 17279.

139 Le Conseil a-t-il répondu à cette invitation dans sa décision du 10 juin 2004¹⁰⁰ ou a-t-il fait de la résistance ? Sous l'apparence d'un maintien constitutionnel, il se soumet. La résistance apparente se lit dans la partie du considérant énonçant que « la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle ». Affirmer, en effet, que le fondement de l'obligation de transposer dans la législation nationale les directives n'est pas le droit communautaire mais le droit constitutionnel permet de maintenir l'autonomie du second par rapport au premier. Mais cette affirmation ressemble fort à un tour de passe-passe dans la mesure où le fondement constitutionnel revendiqué par le Conseil, l'article 88-1 de la Constitution¹⁰¹, est issu d'une révision constitutionnelle destinée, en 1992, à lever les obstacles constitutionnels à la pleine effectivité du droit communautaire originaire et dérivé. Autrement dit, « l'exigence constitutionnelle » sollicitée par le Conseil est transparente ; elle laisse voir le fondement communautaire de l'exigence de transposer dans les lois nationales les directives ; au mieux, il serait possible de soutenir que la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence communautaire constitutionnalisée par la révision de 1992.

140 Mais, au-delà de cette résistance apparente, le Conseil se soumet. Il accepte d'abord l'autorité du droit communautaire dérivé sur la législation nationale par... ce même membre de phrase car, si la transposition est une exigence constitutionnelle, il doit en assurer le respect et, pour ce faire, il doit vérifier que la loi de transposition n'est pas contraire à la directive qui devient ainsi, pour cette loi mais aussi et nécessairement pour n'importe quelle autre loi, une norme de référence possible pour le contrôle de constitutionnalité. Parce que le Conseil est le gardien de toutes les exigences constitutionnelles et que le constituant a fait du respect des traités européens une « exigence constitutionnelle », le droit communautaire originaire et dérivé se trouve intégré au bloc de constitutionnalité et le Conseil promu protecteur de ce droit communautaire constitutionnalisé contre le législateur national¹⁰². Le Conseil refuse ce rôle¹⁰³ et, par un « arrangement raisonnable », a abandonné aux juridictions administratives et judiciaires le contrôle du respect de cette exigence constitutionnelle : à elles le contentieux de la conformité des lois au droit de l'Union, au Conseil le contentieux de la conformité des lois à la Constitution. Cette répartition des territoires doit plus à des considérations institutionnelles, à la politique des « arrangements raisonnables » entre acteurs du champ juridictionnel qu'à la logique juridique pure.

■ 100. CC 2004-496 DC, 10 juin 2004, JO 22 juin 2004, p. 11182.

■ 101. Article 88-1 dans sa dernière version : « La République participe à l'Union européenne constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 ». Sur la transposition et l'adaptation de ce raisonnement par le Conseil d'Etat dans le cadre du contrôle des actes réglementaires de transposition des directives, cf. CE 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique*, n° 287110 ; CE 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux*, n° 296845 ; CE 6 décembre 2012, *Société Air Algérie*, n° 347870.

■ 102. Cette ouverture du bloc de constitutionnalité au droit communautaire était perceptible dès la révision de 1992, voir en ce sens, notre chronique de jurisprudence constitutionnelle 1993-1994, *RDJ*, 1994, p. 118.

■ 103. V. encore récemment CC 2010-605 DC, 12 mai 2010, JO 13 mai 2010, p. 8897.

Surtout, le Conseil se soumet en reconnaissant son incompétence de principe pour contrôler la constitutionnalité des directives : « il n'appartient qu'au juge communautaire, affirme clairement le Conseil, de contrôler le respect par une directive communautaire tant des compétences définies par les traités que des droits fondamentaux garantis par l'article 6 du traité sur l'Union européenne ». De cette formulation il résulte que ce qui « bloque » la compétence du juge constitutionnel, ce qui fait « écran » à son contrôle n'est pas la directive mais la compétence du juge communautaire pour connaître d'un éventuel excès de pouvoir et/ou manquement au respect des droits fondamentaux d'une directive, compétence que le juge constitutionnel reconnaît et devant laquelle il s'efface. Par le privilège de juridiction ainsi accordé à la directive, le Conseil ne règle pas seulement un problème de « territoire » entre lui et la Cour de Luxembourg ; il règle aussi, par ricochet, celui des rapports entre droit communautaire et Constitution au profit du premier puisque, du fait de l'incompétence de principe du Conseil, aucune disposition constitutionnelle ne peut être utilisée pour empêcher la transposition d'une directive.

Aucune ? Pas tout à fait car, par un sursaut d'institution, le Conseil réserve le cas de certaines dispositions constitutionnelles qui pourraient prévaloir sur une directive et pour le respect desquelles il retrouverait compétence : « il ne pourrait être fait obstacle à la transposition en droit interne d'une directive, déclare en effet le Conseil, qu'en raison d'une disposition expresse contraire de la Constitution ». Une exception donc au principe d'incompétence dont l'étendue dépend de la compréhension des termes *a priori* énigmatiques de « disposition expresse » : désignent-ils seulement les articles de la Constitution à l'exclusion des articles de la Déclaration de 1789 et du Préambule de 1946 ? ou seulement les principes constitutionnels explicitement écrits à l'exclusion de ceux « découverts » par le juge ? Il semblerait, à la lecture de la décision du 29 juillet 2004¹⁰⁴, que l'adjectif « expresse » doive être compris comme signifiant « spéciale » ou « spécifique ». Dans cette affaire, les requérants soutenaient que la liberté de communication des pensées était une disposition constitutionnelle expressément consacrée par l'article 11 de la Déclaration de 1789 que le Conseil, en application de sa décision du 10 juin, devait opposer à la transposition d'une directive reconnaissant au premier déposant d'un brevet de produits d'éléments du corps humain une position dominante dommageable pour la liberté de recherche scientifique. Le Conseil repousse cette argumentation au motif que la liberté de l'article 11 « est également protégée en tant que principe général du droit communautaire sur le fondement de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme ». En d'autres termes, « expresse » ne signifie pas « disposition explicitement consacrée par la Constitution » mais « disposition constitutionnelle française qui ne se retrouve pas dans le bloc communautaire et européen des droits fondamentaux ». Ainsi, en l'espèce, le principe de libre communication des pensées n'est pas propre, n'est pas spécifique au droit constitutionnel français ; présent dans le droit de la convention européenne, il est un principe commun au droit constitutionnel et au droit communautaire et européen ; et en conséquence, la réserve de compétence que le Conseil s'est accordée le 10 juin 2004 ne peut s'appliquer.

■ 104. CC 2004-498 DC, 29 juillet 2004, JO 7 août 2004, p. 14077. Dans le même sens, à propos du droit au respect de la vie privée, cf. CC 2004-499 DC, 29 juillet 2004, cons. 7 et 8, JO 7 août 2004, p. 14087.

141 « Expresse », « spécifique », la formulation du considérant de réserve de compétence est encore modifiée dans la décision du 27 juillet 2006¹⁰⁵ pour devenir : « la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérents à l'identité constitutionnelle de la France ». Cette nouvelle rédaction fait écho à l'article I.5 du traité établissant une Constitution pour l'Europe qui stipulait que « l'Union respecte l'identité nationale des États membres inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles ». Mais elle reste toujours énigmatique : quelles sont les règles et les principes qui font, au sens fort du terme, l'identité constitutionnelle de la France¹⁰⁶ ? Il était permis de penser que les services publics constitutionnels, dits aussi, précisément, services publics « à la française », caractérisaient l'identité constitutionnelle de la France et pouvaient faire obstacle à la transposition d'une directive privatisant le secteur de l'énergie. Pourtant, au terme d'un raisonnement discutable¹⁰⁷, le Conseil, dans sa décision du 30 novembre 2006¹⁰⁸, a jugé qu'EDF n'entrait pas dans la catégorie des services publics constitutionnels.

142 Se référer à cette réserve de compétence pour affirmer que, par sa décision du 10 juin 2004, le juge constitutionnel ne s'est pas soumis au droit communautaire et à ses propres procédures juridictionnelles de contrôle de ses éventuelles violations, paraît donc excessif pour deux raisons principales. Cette réserve est d'abord limitée. Sans en avoir fait le décompte exact, le nombre de droits fondamentaux communs au droit constitutionnel français et au droit européen est certainement très supérieur à celui des libertés qui ne seraient reconnues et protégées que par la Constitution nationale ; même le principe de laïcité, souvent présenté comme spécifique à la tradition constitutionnelle française, est reconnu par la Cour de Strasbourg comme un élément constitutif de la société démocratique européenne ; dès lors, la réserve de compétence risque de devenir un mécanisme procédural « rouillé » à force de n'être pas utilisée. À supposer qu'elle le soit, cette réserve est surtout impossible ou fantasmagique, au sens où elle est une production de l'imagination du Conseil par laquelle il cherche à échapper à l'emprise de la réalité. Si, en effet, le Conseil, faisant jouer sa réserve de compétence, déclarait contraire à une disposition constitutionnelle propre à la France une directive et empêchait ainsi sa transposition en droit interne, cette transposition n'en resterait pas moins une obligation communautaire. Et une action en manquement pourrait être diligentée contre la France devant la Cour de Luxembourg qui, appliquant sa jurisprudence traditionnelle selon laquelle « un État ne saurait exciper des dispositions de son ordre juridique national, y compris constitutionnel, pour justifier le non-respect

■ 105. CC 2006-540 DC, 27 juillet 2006, R. p. 88.

■ 106. Pour une mise en perspective de la notion d'identité constitutionnelle au regard du droit comparé, cf. notamment L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Pedone, 2011 ; J.-P. DEROSIER, *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne. Étude comparée : Allemagne, France, Italie*, LGDJ, 2015 ; F.-X. MILLET, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, LGDJ, 2013. Sur l'interaction entre identité constitutionnelle de la France et droit international des droits de l'homme, cf. J. BONNET, F. COULÉE, A. ROBLOT-TROIZIER (dir.), *Identité constitutionnelle de la France et protection internationale des droits de l'homme*, Revue générale de droit international public, 2014, n° 3, pp. 481-662.

■ 107. V. par ex. D. ROUSSEAU, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », *RDP*, 2007, p. 1162 et s.

■ 108. CC 2006-543 DC, 30 novembre 2006, R. p. 120.

des obligations résultant de directives communautaires », sanctionnerait certainement les autorités françaises. Qui devraient alors, soit transposer la directive malgré la censure du Conseil, soit faire procéder à une révision de la Constitution pour faire sauter l'obstacle stigmatisé par la décision du Conseil.

143 Sous ce rapport, la réserve d'interprétation introduite par le Conseil dans sa décision du 10 juin 2004 pourrait poser problème. Après avoir posé son incompetence de principe, le Conseil énonce que les dispositions de la directive relatives aux causes d'exonération de la responsabilité des hébergeurs de messages illicites, dispositions reprises par la loi de transposition, ne faisaient pas grief à la Constitution sous réserve d'être interprétées comme excluant « la responsabilité d'un hébergeur qui n'a pas retiré une information dénoncée comme illicite par un tiers si celle-ci ne présente pas manifestement un tel caractère ou si son retrait n'a pas été ordonné par un juge ». À défaut d'un pouvoir de contrôle et, le cas échéant, de censure d'une disposition transposée d'une directive, le Conseil semble se reconnaître le pouvoir de l'interpréter, d'imposer sa lecture propre, sa lecture « constitutionnelle » de la directive et d'en imposer le respect aux autorités d'application. Sur le fond et en l'espèce, cette réserve d'interprétation est négligeable dans la mesure où elle reprend, pour redoubler leur force, les conditions d'exonération de la responsabilité des hébergeurs définies par la directive. Mais, sur le principe même des réserves d'interprétation, il est permis de s'interroger sur leur pertinence dans ce type de contrôle car, si chaque Cour constitutionnelle nationale délivre sa propre interprétation d'une directive, il risque d'y avoir autant d'interprétations que de Cours, autant de directives que d'interprétations nationales et donc une atteinte au principe de l'application uniforme du droit communautaire dont, éventuellement, la Cour de Luxembourg pourrait être saisie. Comme dans le contrôle des traités, et pour les mêmes raisons, la technique des réserves d'interprétation ne paraît pas avoir sa place dans le contrôle du droit communautaire dérivé.

144 Pour le reste, il convient d'observer que la décision du 10 juin 2004 a conduit immédiatement le Conseil à décliner sa compétence à l'égard de dispositions législatives transposant une directive relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques¹⁰⁹, une directive relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques¹¹⁰ et une directive relative au traitement et à la libre circulation des données à caractère personnel¹¹¹. Ultérieurement, plusieurs dispositions législatives ont échappé au contrôle de constitutionnalité en ce qu'elles transposaient fidèlement, par exemple, des directives relatives au droit d'auteur et droits voisins¹¹², à la dissémination volontaire d'OGM¹¹³, au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier¹¹⁴ ou au droit des consommateurs¹¹⁵. Sans doute ne faut-il pas tirer de conclusions hâtives de cette série jurisprudentielle, mais s'il est

■ 109. CC 2004-497 DC, 1^{er} juillet 2004, *R.* p. 109.

■ 110. CC 2004-497 DC, 29 juillet 2004, *R.* p. 122.

■ 111. CC 2004-499 DC, 29 juillet 2004, *R.* p. 127.

■ 112. CC 2006-540 DC, 27 juillet 2006, JO 3 août 2006, p. 11541.

■ 113. CC 2008-564 DC, 19 juin 2008, cons. 46 et 47, JO 26 juin 2008, p. 10228.

■ 114. CC 2011-631 DC, 9 juin 2011, *R.* p. 252.

■ 115. CC 2014-690 DC, 13 mars 2014, JO 18 mars 2014 p. 5450.

vrai que le nombre de lois de transposition s'accroît, un nombre toujours grandissant de dispositions législatives échappera, mécaniquement, au contrôle de constitutionnalité en application de la décision du 10 juin. D'où l'importance stratégique pour le Conseil de compenser ce déclin programmé par l'attrait du droit communautaire dérivé dans ses normes de référence afin de s'ouvrir un espace de contrôle de « l'exigence constitutionnelle » du respect des directives non seulement par les lois de transpositions mais aussi par toute loi¹¹⁶.

2. Le contrôle restreint des lois appliquant une directive ou un règlement

145 En dehors du champ d'application de la jurisprudence du 10 juin 2004 dite « économie numérique », le Conseil constitutionnel est-il réellement libre de contrôler la constitutionnalité des lois qui viennent heurter la réalité du droit de l'Union européenne ? Rien n'est moins sûr, tant sa position semble délicate au regard des obligations communautaires de la France.

Dans le cadre de la jurisprudence du 10 juin 2004, le Conseil constitutionnel doit au préalable déterminer si, d'une part, les dispositions législatives contestées ont pour objet de transposer une directive et, d'autre part, si ces dispositions législatives se bornent à tirer les conséquences nécessaires d'une directive précise et inconditionnelle. Si ces deux conditions ne sont pas réunies, la jurisprudence « économie numérique » ne s'applique pas. Le Conseil retrouve alors toute l'étendue de sa compétence et peut contrôler la constitutionnalité de certaines des dispositions de la loi, à l'image des décisions du 19 juin 2008¹¹⁷ sur la loi OGM, du 12 mai 2010¹¹⁸ consacrée à l'examen de la loi sur les jeux en ligne ou du 5 août 2015¹¹⁹ à propos de la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

En dehors de cas assumés de transposition par le législateur, l'identification d'une loi de transposition au sens de l'article 88-1 de la Constitution n'est pas toujours évidente. Le Conseil constitutionnel utilise un faisceau d'indices pour y parvenir et opère souvent un tri parmi les dispositions d'un même texte. Par exemple, dans la décision du 13 août 2015¹²⁰, alors que les parlementaires contestaient une disposition de la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte, interdisant la mise à disposition d'ustensiles jetables de cuisine en matière plastique qualifiés d'« emballages » au sens d'une directive européenne, le Conseil constitutionnel estime que la disposition n'a pas pour objet de transposer une directive et déclare inopérant le grief tiré de la violation de l'article 88-1.

146 Restait à trancher une question embarrassante : quel contrôle exercer sur une *disposition législative appliquant les règles issues d'une directive à une situation purement interne* ? Le Conseil fut confronté à ce cas de figure dans la décision du

■ 116. Sur l'exigence constitutionnelle de transposition des directives en tant que norme de référence du contrôle, cf. *infra*, n° 280.

■ 117. CC 2008-564 DC, 19 juin 2008, JO 26 juin 2008, p. 10228.

■ 118. CC 2010-605 DC, 12 mai 2010, JO 13 mai 2010, p. 8897.

■ 119. CC 2015-715 DC, 5 août 2015, JO 7 août 2015, p. 13616.

■ 120. CC 2015-718 DC, 13 août 2015, JO 18 août 2015, p. 14376.

29 décembre 2015¹²¹. L'article 29 de la loi de finances rectificatives pour 2015 appliquait le même régime fiscal aux situations couvertes par une directive européenne et aux situations internes qui ne relevaient pas du champ d'application de la directive : bien que le régime fiscal des distributions d'une filiale française à une société mère française ne soit pas concerné par les dispositions de la directive, le législateur avait décidé d'appliquer la même solution que celle prévue par la directive.

La résolution de la question était particulièrement délicate au regard des contraintes contradictoires qui pesaient sur le Conseil. Dans un arrêt *Dzodzi* du 18 octobre 1990, la CJCE avait accepté de se prononcer sur l'application purement interne d'une solution communautaire. En effet, « dès lors que les questions posées par les juridictions nationales portent sur l'interprétation d'une disposition de droit communautaire, la Cour est, en principe, tenue de statuer », et s'estime compétente en raison de l'« intérêt manifeste à ce que, pour éviter des divergences d'interprétation futures, toute disposition de droit communautaire reçoive une interprétation uniforme, quelles que soient les conditions dans lesquelles elle est appelée à s'appliquer »¹²². Maintenant cette solution dans son principe malgré les critiques¹²³, le juge communautaire précisait récemment que « lorsqu'une législation nationale se conforme, pour les solutions qu'elle apporte à des situations purement internes, à celles retenues en droit de l'Union, il appartient au seul juge national (...) d'apprécier la portée exacte de ce renvoi au droit de l'Union, la compétence de la Cour étant limitée à l'examen des seules dispositions de ce droit »¹²⁴. En outre, il fallait éviter un déni de justice. Renoncer à tout contrôle revenait à conférer une immunité contentieuse quasi-totale aux dispositions législatives qui appliquent un contenu communautaire à une situation purement interne, puisque les juridictions judiciaires et administratives n'auraient pas pu les contester par la suite, que ce soit en QPC ou en conventionnalité. L'application d'une loi ne peut en effet être écartée en raison de la violation d'une directive dont elle n'assure pas la transposition. Dernière contrainte, et non des moindres, en censurant l'inconstitutionnalité du régime législatif purement interne tout en maintenant ce même régime législatif transposant une directive, le Conseil constitutionnel créerait une discrimination entre deux situations identiques ou comparables.

En définitive, le Conseil choisit un entre-deux prudent : oui au contrôle, mais un contrôle restreint. Par principe, les dispositions appliquant une directive à une situation purement interne ne relèvent pas du champ de la jurisprudence du 10 juin 2004, leur conformité à la Constitution peut être appréciée. Cependant, la censure de ce type de lois sera autant que possible évitée, au profit d'une « interprétation neutralisante ou bien de déclaration de conformité assortie d'une réserve portant sur

■ 121. CC 2015-726 DC, 29 décembre 2015, JO 30 décembre 2015, p. 24775.

■ 122. CJCE 18 octobre 1990, *Massam Dzodzi contre État belge*, Affaires jointes C-297/88 et C-197/89, point 34 à 37. Pour une application de cette jurisprudence à propos des directives, cf. CJCE 17 juillet 1997, *Leur-Bloem*, aff. C-28/95, point 34.

■ 123. M. DARMON, « Conclusions sur CJCE 18 octobre 1990 *Massam Dzodzi contre État belge* », *op. cit.* V. l'opinion et les références citées par O. DUBOS, « Adaptation européenne des législations nationales et système juridique étatique : quelle alchimie ? », *LPA*, 4 octobre 2004 n° 198, p. 6.

■ 124. CJUE, 7e ch., 18 octobre 2012, aff. C-371/11, *Punch Graphix Prepress Belgium*.

le sort des situations non visées par la directive transposée »¹²⁵. Le Conseil d'État adopte d'ailleurs une position semblable lorsqu'il doit appliquer, interpréter ou renvoyer en QPC une disposition législative de ce type¹²⁶.

147 Les conséquences sur le contentieux constitutionnel de l'interaction avec le droit communautaire se remarquent également à propos du contrôle *des lois ordinaires de mise en œuvre d'un règlement communautaire*. Contrairement aux dispositions législatives transposant fidèlement les dispositions inconditionnelles et précises des directives européennes, aucune immunité constitutionnelle n'est accordée aux dispositions législatives qui reprennent, précisent ou prolongent les règlements européens. Ainsi, dans la décision du 10 janvier 2001¹²⁷, le Conseil constitutionnel était saisi d'une loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine des transports. Avec en particulier la suppression du monopole des courtiers interprètes et conducteurs de navires qui résulte, dit expressément le Conseil dans sa décision, « de la volonté du législateur de mettre le droit national en conformité avec le règlement communautaire susvisé du 12 octobre 1992 ». En présence d'une disposition législative tirant les conséquences d'un règlement européen, le Conseil constitutionnel procède tout de même à un contrôle de la loi sur le fondement du droit constitutionnel de propriété et conclut « que les dispositions contestées ne sont contraires à aucun principe ni à aucune règle de valeur constitutionnelle ». Bien qu'il n'en dise mot, le Conseil exerce cependant un contrôle restreint, sauf à remettre en cause par transparence la licéité du règlement lui-même.

Le raisonnement tenu sur le fondement de l'article 88-1 à propos des directives communautaires ne vaut donc pas pour les règlements¹²⁸. En toute logique, un léger effort d'interprétation permettrait pourtant de faire découler de l'article 88-1 de la Constitution une exigence constitutionnelle de respect des règlements communautaires. C'est un chemin qui mènerait le Conseil constitutionnel à déroger une fois de plus à sa jurisprudence IVG, ce qu'il ne souhaite pas faire et explique le traitement original, pour ne pas dire incohérent, des lois tirant les conséquences d'un règlement communautaire.

§ 2. LES RÉGIMES PARTICULIERS

148 Le régime du contrôle de constitutionnalité des lois organiques et des règlements des Assemblées parlementaires est particulier en ce qu'il est, à la

■ 125. Commentaire de la décision n°2015-726 DC du 29 décembre 2015, p. 13, disponible sur <http://www.conseil-constitutionnel.fr/>

■ 126. CE 17 juin 2011, n° 324392, *SARL Méditerranée automobiles* et n° 314667, *Sté Finaparco*, Dr. fisc. 2011, n° 37, comm. 502, concl. P. COLLIN, note P.-F. RACINE ; CE 30 janvier 2013, n° 346683, *Sté Ambulances de France*, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 12, 21 mars 2013, 1178, comm. O. FOUQUET ; CE 15 décembre 2014, n° 380942, *SA Technicolor* ; CE 12 novembre 2015, n° 367256, *Sté Metro Holding France*, concl. B. Bohnert, Droit fiscal n° 49, 3 décembre 2015, comm. 717.

■ 127. CC 2000-440 DC, 10 janvier 2001, JO 17 janvier 2001, p. 855.

■ 128. Une solution identique s'applique en QPC, cf. CC 2010-102 QPC, 11 février 2011, *RFDA*, 2011, p. 617, note A. ROBLLOT-TROIZIER.

différence du précédent, obligatoire (A). Celui des engagements internationaux (B) et des lois du pays (C), est particulier par sa procédure et son domaine.

A. LE CONTRÔLE OBLIGATOIRE DES LOIS ORGANIQUES ET DES RÈGLEMENTS DES ASSEMBLÉES

1. Le régime du contrôle des lois organiques

149 Des articles 46 et 61 alinéa 1 de la Constitution, il résulte clairement que les lois organiques ne peuvent être promulguées qu'après avoir été examinées par le Conseil constitutionnel¹²⁹. Le contrôle est donc ici obligatoire, mais il n'est pas automatique en ce sens que le Conseil ne peut exercer son contrôle que s'il a été saisi ; et en la matière, le Premier ministre est la seule autorité habilitée à transmettre au Conseil les lois organiques. Il n'a d'ailleurs pas le choix : la saisine ne dépend pas d'un doute sur la constitutionnalité de telle ou telle loi organique ; elle est un élément obligatoire du régime juridique de cette catégorie-là de loi. La seule liberté dont dispose le Premier ministre est le moment de la saisine dans la mesure où les textes ne lui fixent aucun délai ; liberté cependant limitée puisque tant qu'il n'a pas saisi, tant que le Conseil ne s'est pas prononcé sur la conformité à la Constitution de la loi organique, celle-ci ne peut être promulguée et par conséquent appliquée. Dans deux affaires portant sur des lois organiques relatives au statut des magistrats, c'est « le garde des Sceaux, agissant par délégation du Premier ministre » qui a saisi le Conseil constitutionnel¹³⁰. Par ailleurs, si soixante parlementaires ne peuvent pas saisir le Conseil constitutionnel d'une loi organique, ils peuvent présenter des observations et le Gouvernement pourra y répliquer¹³¹.

150 La logique de ce contrôle ne reposant pas sur l'existence de griefs particuliers, le Conseil doit examiner les lois organiques dans leur totalité. Il vérifie d'abord que la procédure spéciale d'élaboration de ces lois a été observée : respect du délai de quinze jours entre le dépôt du projet ou de la proposition de loi organique et sa discussion parlementaire ; respect de l'obligation pour l'Assemblée nationale d'adopter la loi à la majorité absolue de ses membres en cas d'échec de la commission mixte paritaire ; respect de l'obligation pour les deux Assemblées de voter le texte dans les mêmes termes, c'est-à-dire de leur accord, lorsqu'il s'agit d'une loi organique relative au Sénat. Il vérifie ensuite si la loi porte sur une matière qualifiée d'organique par la Constitution¹³². Dans sa décision du 7 janvier 1988, le Conseil

■ 129. Art. 46, al. 5 : « Les lois organiques ne peuvent être promulguées qu'après déclaration par le Conseil constitutionnel de leur conformité à la Constitution ». Art. 61, al. 1 : « Les lois organiques, avant leur promulgation doivent être soumises au Conseil constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution ».

■ 130. CC 67-33 DC et 67-34 DC, 12 juillet 1967, *R.* p. 21 et p. 22.

■ 131. CC 2009-579 DC, 9 avril 2009, JO 16 avril 2009, p. 6530 ; CC 2010-616 DC, 10 novembre 2010, JO 16 novembre 2010, p. 20350 ; CC 2013-677 DC, 14 novembre 2013, JO 16 novembre 2013 page 18633 ; CC 2013-680 DC, 4 décembre 2013, JO 7 décembre 2013, p. 19958 ; CC 2014-689 DC, 13 février 2014, JO 16 février 2014, p. 2706.

■ 132. Relèvent par exemple du domaine de la loi organique, les modalités de l'élection du Chef de l'État, le nombre de députés et sénateurs, le régime des inéligibilités et des incompatibilités, les règles d'organisation et de fonctionnement du Conseil constitutionnel, le statut des magistrats.

prononce l'invalidation totale d'une loi organique qui, prise sur le fondement du dernier alinéa de l'article 34 de la Constitution, n'a pas en réalité pour objet de compléter la liste des matières relevant du domaine de la loi mais celui de régler la procédure législative¹³³.

Le contrôle de l'objet de la loi a amené le Conseil à distinguer nettement deux hypothèses : lorsqu'une loi organique porte sur une matière pour laquelle la Constitution n'a pas prévu de loi organique, ou contient des dispositions qui relèvent du domaine de la loi ordinaire, le Conseil se contente de reclasser chaque disposition dans sa catégorie – organique ou ordinaire – sans prononcer l'inconstitutionnalité de ces empiétements¹³⁴ ; lorsqu'en revanche une loi ordinaire intervient sur une matière organique, le Conseil la déclare contraire à la Constitution¹³⁵.

Le Conseil vérifie enfin si les lois organiques, dans leur contenu, respectent les droits et libertés et les règles et principes du bloc de constitutionnalité. Pour une seule loi organique, celle relative aux modalités de vote et d'éligibilité des citoyens de l'Union aux élections locales, le constituant de 1992 a même autorisé le Conseil à vérifier sa conformité au droit communautaire ; ce qu'il a fait dans sa décision du 20 mai 1998¹³⁶.

2. | Le cas des ordonnances portant lois organiques

151 Les articles 91 et 92 de la Constitution prévoient la possibilité pour le gouvernement de prendre, dans le délai de quatre mois à compter de la promulgation de la Constitution, toutes « les mesures législatives nécessaires à la mise en place des institutions par ordonnances ayant force de loi ». Toutes les lois organiques annoncées par la Constitution ont été prises sur la base de ces deux articles.

Or, le Conseil constitutionnel n'ayant commencé à fonctionner qu'à partir de mars 1959, aucune des lois organiques n'a fait, à l'origine, l'objet d'un contrôle de constitutionnalité. Une question pouvait donc se poser quant à l'exercice du contrôle sur la modification de certaines de leurs dispositions par des lois organiques ultérieures, interrogation renforcée par la première décision du Conseil sur ce sujet. Une loi organique ayant modifié celle du 22 décembre 1958 relative au statut des magistrats, le Conseil, dans sa décision du 15 janvier 1960, considère en effet qu'il ne peut critiquer sa constitutionnalité *dès lors qu'elle s'inscrit dans l'esprit de la loi organique d'origine dont la constitutionnalité ne peut être contestée*¹³⁷. En d'autres termes, la décision du Conseil paraît mettre hors de tout contrôle de constitutionnalité *a priori*, non seulement les premières lois organiques prises sur le fondement de l'article 92 de la Constitution, mais aussi les suivantes, adoptées selon la procédure de l'article 46, et qui sont réputées constitutionnelles afin d'empêcher un contrôle qui pourrait « rebondir » sur les lois organiques d'origine !

■ 133. CC 87-234 DC, 7 janvier 1988, R. p. 26.

■ 134. CC 75-63 DC, 28 janvier 1976, R. p. 27 ; CC 87-228 DC, 28 juin 1987, R. p. 38 ; CC 87-242 DC, 10 mars 1988, R. p. 36 ; CC 99-410 DC, 15 mars 1999, R. p. 51.

■ 135. CC 86-217 DC, 18 septembre 1986, R. p. 141 ; CC 99-409 DC, 15 mars 1999, R. p. 63 ; CC 2000-427 DC, 30 mars 2000, R. p. 5246 ; CC 2000-429 DC, 30 mai 2000, J.O. 7 juin 2000, p. 8564.

■ 136. CC 98-400 DC, 20 mai 1998, R. p. 251.

■ 137. CC 60-6 DC, 15 janvier 1960, R. p. 21.

L'application et le maintien de cette jurisprudence auraient conduit à limiter strictement la compétence du Parlement contraint de toujours légiférer en matière organique « dans l'esprit » des premières lois organiques. En fait, le Conseil a atténué la rigueur de sa décision de 1960 et admis qu'elles pouvaient être profondément modifiées et même abrogées¹³⁸. Au demeurant, il est permis de penser que le Conseil a complètement abandonné sa jurisprudence de 1960. Dans le cadre du contrôle *a priori*, il pourrait accepter de contrôler la constitutionnalité des premières lois organiques à l'occasion de recours contre des lois organiques ultérieures les modifiant, comme il le fait désormais pour les lois ordinaires dans le cadre de la jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie*¹³⁹ ; et dans le cadre du contrôle *a posteriori*, il a accepté le principe d'un recours contre les ordonnances de l'article 92 qui n'auraient pas fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité *a priori*¹⁴⁰.

3. | Le régime du contrôle des règlements des Assemblées

152 Conçu dans l'avant-projet constitutionnel comme facultatif, le contrôle des règlements d'Assemblées est devenu, dans le texte définitif, obligatoire ; selon l'article 61 de la Constitution, « les règlements des Assemblées parlementaires avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil, qui se prononce sur leur conformité à la Constitution ». Comme pour les lois organiques, le contrôle n'est cependant pas automatique ; le Conseil ne peut statuer que s'il est saisi par les seules autorités habilitées ici à le faire : les Présidents de chacune des deux Assemblées. Ces derniers n'ont pas, il est vrai, d'autre choix que celui du moment de la saisine ; mais plus ils retardent l'exercice du contrôle de constitutionnalité des règlements, plus ils retardent aussi leur mise en œuvre, car celle-ci dépend du résultat de celui-là. La Constitution leur fait donc obligation de saisir.

Les textes transmis au Conseil sont uniquement les règlements, c'est-à-dire les résolutions adoptées par chaque Assemblée et qui ont pour objet l'organisation de leur fonctionnement interne, des procédures de délibération et de la discipline de leurs membres. Sont ainsi exclues du contrôle toutes les autres dispositions de la vie interne des Assemblées – secrétariat des groupes, nombre et fonction des assistants parlementaires... – qui ne figurent pas dans le règlement mais dans d'autres documents comme l'instruction générale du bureau de l'Assemblée nationale. En revanche, les règlements de toute Assemblée parlementaire doivent être soumis au Conseil. Alors que l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil ne visait que les règlements « adoptés par l'une ou l'autre Assemblée », il s'est en effet reconnu compétent pour vérifier la conformité à la Constitution du règlement du Congrès du Parlement, c'est-à-dire de la réunion en une Assemblée commune du Sénat et de l'Assemblée nationale à Versailles pour ratifier une révision constitutionnelle¹⁴¹. De même, lors de l'examen de la loi organique relative à

■ 138. CC 75-61 DC, 28 janvier 1976, R. p. 25.

■ 139. V. *supra*, n° 130 et s.

■ 140. CC 2012-278 QPC, 5 octobre 2012, JO 6 octobre 2012, p. 15655.

■ 141. CC 63-24 DC, 20 décembre 1963, R. p. 16 ; CC 2009-583 DC, 22 juin 2009, JO 23 juin 2009, p. 10248.

la procédure de destitution du Président de la République devant la Haute Cour, le Conseil pose une réserve d'interprétation selon laquelle le principe de la séparation des pouvoirs ainsi que l'exigence de clarté et de sincérité des débats « imposent que les règles relatives aux débats devant la Haute Cour qui n'ont pas été prévues par le législateur organique soient fixées par un règlement de la Haute Cour, soumis à l'examen du Conseil constitutionnel en application de l'article 61 de la Constitution »¹⁴².

153 Les règlements sont soumis à un contrôle particulièrement serré puisque le Conseil vérifie leur conformité par rapport à l'ensemble des éléments composant le bloc de constitutionnalité, par rapport aux lois organiques¹⁴³, et aussi par rapport « aux mesures législatives nécessaires à la mise en place des institutions prises en vertu de l'alinéa 1 de l'article 92 de la Constitution »¹⁴⁴. Certaines de ces mesures ayant été prises par des ordonnances à simple valeur législative – et non organique – les règlements sont donc soumis au respect de lois ordinaires relatives au fonctionnement des Assemblées parlementaires. Le Conseil a cependant précisé que la conformité des dispositions réglementaires à cette catégorie de textes non soumise obligatoirement à son examen n'impliquait pas qu'elles soient conformes à la Constitution ; il s'est donc expressément réservé la possibilité d'apprécier directement, dans ces hypothèses, la conformité des règlements au regard de la Constitution elle-même¹⁴⁵.

La rigueur du contrôle tient encore à ce qu'il peut être à « double détente ». Dans le cas où des dispositions réglementaires sont déclarées contraires à la Constitution, l'Assemblée concernée reprend la rédaction de son règlement en tenant compte de la décision d'invalidation, et son Président soumet à nouveau au contrôle du Conseil le projet de règlement modifié¹⁴⁶.

Malgré ce contrôle contraignant pour des Assemblées habituées à être maîtresses de leur vie intérieure, les décisions du Conseil sont correctement appliquées par les parlementaires, y compris celles qui sans invalider le règlement, contiennent des directives d'application¹⁴⁷. Le Sénat a seulement manifesté son désaccord avec la

■ 142. CC 2014-703 DC, 19 novembre 2014, JO 25 novembre 2014, p. 19698.

■ 143. Le Conseil a par exemple invalidé des dispositions réglementaires contraires à l'ordonnance organique du 24 octobre 1958 relative aux incompatibilités (CC 59-2 DC, 24 juin 1959, *R.* p. 58 ; CC 59-3 DC, 24 et 25 juin 1959, *R.* p. 61), à l'ordonnance organique du 7 novembre 1958 relative à la délégation du droit de vote (CC 61-19 DC, 31 juillet 1962, *R.* p. 19 ; CC 73-49 DC, 17 mai 1973, *R.* p. 15).

■ 144. CC 8 juillet 1966, *R.* p. 15 ; « considérant que la conformité à la Constitution des règlements des Assemblées parlementaires doit s'apprécier tant au regard de la Constitution elle-même que des lois organiques prévues par elle ainsi que des mesures législatives nécessaires à la mise en place des institutions prises en vertu de l'alinéa 1^{er} de l'article 92 de la Constitution ». V. également : CC 69-37 DC, 20 novembre 1969, *R.* p. 15 ; CC 71-42 DC, 18 mai 1971, *R.* p. 19 ; CC 72-48 DC, 28 juin 1972, *R.* p. 17. CC 92-314 DC, 17 décembre 1992, *R.* p. 126 ; CC 92-315 DC, 12 janvier 1993, *R.* p. 9. Dans ces deux décisions, le Conseil justifie l'étendue de son contrôle, à la fois de constitutionnalité et de légalité, « en raison des exigences propres à la hiérarchie des normes juridiques dans l'ordre interne ».

■ 145. CC 77-86 DC, 3 novembre 1977, *R.* p. 18.

■ 146. CC 59-4 DC, 24 juillet 1959, *R.* p. 63 ; CC 60-9 DC, 18 novembre 1960, *R.* p. 17 ; CC 64-26 DC, 15 octobre 1964, *R.* p. 25 ; CC 69-38 DC, 15 janvier 1970, *R.* p. 21.

■ 147. CC 69-37 DC, 20 novembre 1969, *R.* p. 15 ; CC 72-48 DC, 28 juin 1972, *R.* p. 17 ; CC 99-413 DC, 24 juin 1999, JO 27 juin 1999, p. 9455 ; CC 2004-493 DC, 26 février 2004, JO 29 février 2004, p. 4164 ; CC 2005-526 DC, 13 octobre 2005, JO 20 octobre 2005, p. 16610 ; CC 2009-581 DC, 25 juin 2009, JO

décision des 24 et 25 juin 1959 censurant certains articles de son règlement... en attendant un an et demi pour apporter les rectifications nécessaires¹⁴⁸. Il est vrai que le Conseil, par son contrôle des règlements, a contribué à maintenir fermement la logique constitutionnelle du parlementarisme rationalisé.

Dans la décision du 11 juin 2015¹⁴⁹, le Conseil constitutionnel innove en appliquant, tout en l'adaptant, la jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie* au contrôle des règlements des Assemblées. Ainsi, il examine d'office une disposition du règlement du Sénat validée en 1995, relative à la fixation de l'ordre du jour, qui n'était pas modifiée par la résolution objet de la saisine du Conseil constitutionnel. En raison de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 modifiant la rédaction de l'article 48 de la Constitution, un « changement de circonstances de droit justifie un nouvel examen des dispositions du deuxième alinéa de l'article 32 du règlement du Sénat ». Le Conseil déclare cette disposition conforme tout en posant deux réserves d'interprétation.

B. LE CONTRÔLE DES ENGAGEMENTS INTERNATIONAUX

1. La notion d'« engagement international »

154 Selon l'article 54, le contrôle de constitutionnalité porte sur les « engagements internationaux », expression vague dont le Conseil a donné une définition large.

Entrent évidemment dans la catégorie « engagement international » tous les traités et accords visés à l'article 53 de la Constitution : traités de paix, de commerce, traités ou accords relatifs à l'organisation internationale, ceux qui engagent les finances de l'État, qui modifient des dispositions de nature législative, qui sont relatifs à l'état des personnes, et ceux qui comportent cession, échange, ou adjonction de territoire¹⁵⁰. Tous ces textes en effet ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi ; ils peuvent donc tous être soumis au contrôle du Conseil puisque son rôle est précisément de dire si cette autorisation législative peut être donnée, ou s'il faut, auparavant, réviser la Constitution.

155 L'autorisation de ratifier un accord international intéressant les TOM doit-elle se faire par une loi organique ? La question pouvait se poser après la révision constitutionnelle du 25 juin 1992 décidant que « les statuts des TOM sont fixés par des lois organiques qui définissent, notamment, les compétences de leurs institutions propres ». Les sénateurs, auteurs du recours contre deux lois ordinaires autorisant la ratification d'accords internationaux, considérant que ces derniers modifiaient la compétence des institutions de la Polynésie française, estimaient

28 juin 2009, p. 10867 ; CC 2009-582 DC, 25 juin 2009, JO 28 juin 2009, p. 10871 ; CC 2015-712 DC, 11 juin 2015, JO 4 juin 2015 p. 9865.

■ 148. Pour justifier ce retard, le sénateur Marcel PRÉLOT déclara que son Assemblée avait voulu marquer « à la fois sa déférence pour le Conseil constitutionnel et son désaccord sur le fond », JO Débat Sénat, 27 octobre 1960.

■ 149. CC 2015-712 DC, 11 juin 2015, JO 14 juin 2015, p. 9865.

■ 150. Le Conseil a encore ajouté à ces hypothèses, celle de la sécession de certains territoires de la République, CC 75-59 DC, 30 décembre 1975, R. p. 26.

que la ratification aurait dû prendre, en application des nouvelles positions constitutionnelles, la voie des lois organiques. Dans ses *décisions du 30 juin 1993*¹⁵¹, le Conseil réfute cette argumentation en démontrant que la révision de l'article 74 « n'a eu ni pour objet ni pour effet de modifier l'article 53 de la Constitution relatif aux engagements internationaux qui subordonne à une autorisation donnée par une loi ordinaire la ratification ou l'approbation de certains d'entre eux ». Sans vouloir affaiblir la valeur du raisonnement du Conseil, il faut cependant relever que ledit article 53 se limite à annoncer la nécessité d'une autorisation législative de ratifier mais ne précise pas la qualité de la loi ; c'est le Conseil qui ajoute l'adjectif « ordinaire ».

Le Conseil a considéré qu'entrent également dans la catégorie « engagement international » les traités et accords non soumis à ratification parlementaire. Cette compétence du Conseil sur ces actes a été contestée. Dès lors que l'objet du contrôle est de permettre ou non l'autorisation législative, certains auteurs en ont conclu que les engagements internationaux qui n'ont pas besoin de l'intervention du Parlement pour entrer en vigueur, échappent par là même à tout contrôle de constitutionnalité¹⁵². Quelle pourrait être, d'ailleurs, la portée d'une déclaration de non-conformité empêchant la ratification législative, alors précisément que dans ces hypothèses elle n'est pas nécessaire ? Le contrôle serait donc limité aux seuls engagements internationaux soumis obligatoirement au Parlement, énumérés à l'article 53.

Une autre partie de la doctrine a soutenu au contraire que le Conseil était compétent pour connaître des engagements internationaux même non soumis à autorisation législative en se fondant sur divers arguments : d'abord que l'article 54 ne reprend pas les termes « traités et accords » de l'article 53 mais se réfère à la notion plus large d'« engagement international » ; ensuite que le contrôle porte sur la conformité à la Constitution des clauses de l'engagement international et non sur l'éventuelle loi de ratification¹⁵³.

Le Conseil paraît avoir fait droit à cette seconde interprétation en se reconnaissant compétent pour apprécier la constitutionnalité de la décision du Conseil des Communautés européennes relative à l'élection au suffrage universel direct du Parlement européen, décision qui n'appelle pas de manière évidente une ratification parlementaire puisqu'elle se présente comme une mesure d'exécution d'une disposition du traité de Rome déjà incorporé à l'ordre juridique interne¹⁵⁴. Il est vrai que cette compétence peut être justifiée par le fait que la décision du Conseil des Communautés se rapporte par son objet – le Parlement européen – à la défense de la paix et à l'organisation internationale prévues à l'article 53 et que le Président de la République avait expressément manifesté sa volonté de la soumettre au vote des Assemblées. Mais le Conseil constitutionnel n'a pas cherché à justifier sa

■ 151. CC 93-319 DC, 30 juin 1993, *R.* p. 155.

■ 152. V. par ex., G. BERLIA, « Le juge constitutionnel et la politique étrangère », in *Mélanges Waline*, t. 1, 139 ; L. PHILIP, « Le Conseil constitutionnel est-il compétent ? », *Le Monde* du 13 novembre 1976.

■ 153. V. par exemple, F. LUCHAIRE, *Le Conseil constitutionnel*, Economica, 1980, p. 232 ; J. GROUX, *Les domaines respectifs de la loi et du règlement*, NED n° 2959.

■ 154. CC 76-71 DC, 31 décembre 1976, *R.* p. 15.

compétence, de sorte qu'il faut admettre que celle-ci s'étend au-delà des actes internationaux énumérés à l'article 53.

Entrent enfin dans la catégorie « engagement international », les décisions des organisations internationales. Le Conseil s'est en effet reconnu compétent pour contrôler la constitutionnalité des décisions du Conseil des Communautés européennes¹⁵⁵. Cette solution se comprend à la fois par la rédaction de l'article 54 non limitée aux seuls traités et accords internationaux, et par le fait que ces décisions engagent effectivement les États en application des principes du droit international.

2. Les particularités du contrôle des « engagements internationaux »

156 Jusqu'à la révision du 25 juin 1992, l'article 54 de la Constitution limitait au Président de la République, au Premier ministre, au Président de l'Assemblée Nationale et au Président du Sénat le droit de soumettre au Conseil constitutionnel l'examen de la constitutionnalité d'un engagement international. Contrairement aux prévisions, ce sont les deux premières autorités, responsables pourtant de la négociation et de la conclusion des engagements internationaux, qui ont exercé ce droit. Il est vrai qu'à chaque fois, l'appel au Conseil joue comme un moyen de couper court aux contestations politiques ; en 1970, le Premier ministre saisit le Conseil pour empêcher la discussion d'une proposition de révision constitutionnelle déposée par le Président de la commission des lois, Jean Foyer, qui considérait que le traité du 22 avril 1970 transférant au Parlement européen certains pouvoirs budgétaires était contraire à la Constitution¹⁵⁶ ; en 1976, le Président de la République saisit le Conseil pour stopper la critique des gaullistes à l'égard de la constitutionnalité de la décision européenne relative à l'élection au suffrage universel direct des membres du Parlement européen¹⁵⁷ ; en 1985, le Président de la République saisit le Conseil pour priver l'opposition des arguments de constitutionnalité lors du débat parlementaire prévu sur la ratification du Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme contre la peine de mort¹⁵⁸. En 1992, la situation est différente et ne manque pas d'originalité : convenant lui-même que le traité sur l'Union européenne qu'il a signé à Maastricht le 7 février 1992 comporte des clauses contraires à la Constitution¹⁵⁹, le Président de la République saisit le Conseil le 11 mars 1992 en lui demandant de dire si « l'autorisation de ratifier le traité doit être précédée d'une révision de la Constitution ».

■ 155. CC 19 juin 1970, *R.* p. 15 ; CC 30 décembre 1976, *R.* p. 15.

■ 156. CC 70-39 DC, 19 juin 1970, *R.* p. 15.

■ 157. CC 76-71 DC, 30 décembre 1976, *R.* p. 15.

■ 158. CC 85-188 DC, 22 mai 1985, *R.* p. 15. Cette saisine présidentielle n'a cependant pas empêché Michel DEBRE de défendre, devant l'Assemblée nationale, le 21 juin 1985, une exception d'inconstitutionnalité contre ce protocole que le Conseil avait déclaré conforme à la Constitution un mois plus tôt.

■ 159. Le 10 janvier 1992, François MITTERRAND déclare à la presse : « j'entends bien proposer la ratification du traité après adaptation, c'est-à-dire une révision constitutionnelle sur deux plans : celui qui vise le vote des ressortissants de la Communauté aux élections locales et européennes et celui des transferts de souveraineté », *Le Monde* du 14 janvier 1992.

157 À l'occasion de cette révision jugée nécessaire par le Conseil¹⁶⁰, les députés gaullistes, hostiles au Traité de Maastricht et plus largement à la primauté du droit communautaire, tentent à plusieurs reprises d'étendre le contrôle de constitutionnalité aux actes communautaires. À défaut d'obtenir satisfaction sur ce point, ils réussirent à imposer une modification de l'article 54 qui ouvre désormais à soixante députés ou soixante sénateurs le droit de saisir le Conseil constitutionnel d'un engagement international. Nouveau droit qui sera utilisé par les sénateurs gaullistes dès le 14 août 1992 pour faire apprécier par le Conseil la conformité du traité de Maastricht à la Constitution révisée le 25 juin 1992¹⁶¹. Mais en pratique, les recours continuent à être surtout portés par l'exécutif : en 1997, le Président de la République et le Premier ministre ont, par une *lettre signée conjointement*, saisi le Conseil du traité d'Amsterdam, et par la même procédure, ils lui ont déféré, en 1998, le traité instituant la Cour pénale internationale. Cette sympathique initiative cohabitationniste a l'inconvénient – ou l'avantage – de marquer les désaccords au sein de l'exécutif lorsque l'une des deux têtes ne s'associe pas à la saisine ; ainsi en est-il du recours contre la charte européenne des langues régionales et minoritaires signé seulement par le Chef de l'État. La saisine par soixante députés ou soixante sénateurs au titre de l'article 54 de la Constitution n'a été ultérieurement exercée qu'à une seule reprise. Le 12 septembre 2006, le Conseil est saisi par les députés de l'accord de Londres relatif à la délivrance de brevets européens, saisine aussitôt accompagnée par celle, plus classique, du Premier ministre le 20 septembre¹⁶².

La saisine du Conseil n'est pas soumise à des conditions de délai précis. Il résulte seulement de la logique des textes qu'elle ne peut intervenir *qu'après la signature* par les autorités compétentes de l'engagement international et *avant sa ratification parlementaire*, dans la mesure où celle-ci est, précisément, subordonnée à la décision sur la constitutionnalité de l'engagement international. De même, un doute a pu naître quant au délai imparti au Conseil pour statuer, les textes n'imposant expressément la durée d'un mois que pour le contrôle de la constitutionnalité des lois au titre de l'article 61 ; le Président du Conseil, Roger Frey, a cependant considéré que cette durée devait également être respectée lors de la mise en œuvre de l'article 54¹⁶³, solution confirmée par le Conseil dans sa décision du 9 avril 1992.

158 Mais surtout la décision du 9 avril fait apparaître les nombreux éléments qui distinguent le contrôle de la constitutionnalité des engagements internationaux sur le fondement de l'article 54 et le contrôle de la constitutionnalité des lois sur le fondement de l'article 61. Le premier est l'obligation pour le Conseil de faire porter son contrôle sur toutes les stipulations du traité, de soulever d'office toute inconstitutionnalité alors que pour les lois ordinaires le Conseil se reconnaît seulement la « possibilité » d'étendre son contrôle au-delà des articles contestés par les requérants¹⁶⁴.

■ 160. CC 92-308 DC, 9 avril 1992, *R.* p. 95.

■ 161. CC 92-312 DC, 2 septembre 1992, *R.* p. 76.

■ 162. Le Conseil conclut que l'accord n'est pas contraire à la Constitution : CC 2006-541 DC, 28 septembre 2006, JO 3 octobre 2006, p. 14635.

■ 163. R. FREY, *Le Monde* du 2 décembre 1976.

■ 164. CC 92-307 DC, 25 février 1992, *R.* p. 48.

Le deuxième élément distinctif est l'impossibilité pour le Conseil d'utiliser les différentes techniques d'interprétation et de déclarer un engagement international conforme à la Constitution sous réserve du respect de la signification donnée par lui à telle ou telle stipulation. Pour les lois, l'interprétation jurisprudentielle s'impose aux pouvoirs publics seuls auteurs ou exécutants des lois ; mais pour les contrats à multiples parties, les seules interprétations qui puissent avoir un effet sont celles décidées d'un commun accord par les contractants, ou celles données, pour les accords communautaires, par la Cour de justice des Communautés européennes... C'est pourquoi, pour les engagements internationaux, le Conseil ne paraît avoir le choix qu'entre la déclaration de conformité ou de non-conformité à la Constitution.

Le troisième élément distinctif est le « destinataire » du contrôle : ce n'est pas le législateur, mais, le cas échéant, le constituant. Le raisonnement du Conseil et la rédaction de la décision se trouvent modifiés par la qualité du partenaire. Lorsqu'il censure une loi, le Conseil s'adresse au législateur en précisant dans le dispositif de sa décision les dispositions contraires à la Constitution et, souvent, en indiquant dans la motivation les modifications à apporter pour rendre la loi conforme. En revanche, lorsqu'il déclare un traité contraire à la Constitution, le Conseil s'adresse au constituant pour lui demander une révision de la Constitution. Mais, et les auteurs du recours du 14 août 1992 semblent le regretter, il ne désigne pas dans le dispositif les articles à réviser et ne donne aucun conseil de révision dans les motifs. Cette spécificité s'explique par la nature du destinataire. Le législateur est soumis à la Constitution, et le juge constitutionnel, qui assure le respect de cette soumission, peut avoir prise sur lui en le guidant, en le conseillant dans la marche à suivre. Le constituant, au contraire, est le maître de la Constitution et il dispose d'un pouvoir souverain d'appréciation et de choix que le Conseil doit respecter sous peine de s'engager dans la voie d'un « gouvernement des juges ». En ce sens, la décision du 9 avril annonce celle du 2 septembre 1992¹⁶⁵.

Le quatrième élément est évidemment l'effet du contrôle. Quand une loi est déclarée contraire à la Constitution, elle est censurée, elle n'est pas promulguée et, le cas échéant, elle est reprise par le législateur qui lui apporte les modifications nécessaires à sa mise en conformité constitutionnelle ; c'est donc le texte censuré qui est modifié. Quand un engagement international est déclaré contraire à la Constitution, il n'est pas censuré et ne disparaît pas ; il continue d'exister et ce n'est pas le traité inconstitutionnel qui doit être modifié pour être ratifiable mais la Constitution. Par ce système particulier de contrôle, les constituants gaullistes ne se sont pas opposés directement et de manière générale au principe de la primauté du droit international ; mais ils ont rendu difficile la conclusion de certains engagements internationaux, ceux à tendance supranationale, en soumettant leur ratification à la révision préalable de la Constitution. Ainsi, le 9 avril 1992 et pour la première fois, le Conseil décide, après examen du traité de Maastricht, que « l'autorisation de ratifier en vertu d'une loi le traité sur l'Union européenne *ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution* ». Celle-ci est adoptée le 25 juin 1992 par le Congrès réuni à Versailles et la loi autorisant la ratification du

■ 165. V. *infra*, n° 178 et s.

traité est approuvée par référendum le 20 septembre 1992. Dans la décision du 15 juin 1999¹⁶⁶ cependant, le Conseil se limite à déclarer que la charte européenne des langues régionales ou minoritaires comporte des clauses contraires à la Constitution sans reprendre la formule habituelle selon laquelle l'autorisation de ratifier le traité exige une révision de la Constitution. Cet « oubli » pourrait se comprendre comme une manifestation d'hostilité politique à l'idée même d'une révision pour ratifier une charte jugée fondamentalement contraire aux principes de la République. Autre spécificité de la portée du contrôle des engagements internationaux, le Conseil constitutionnel précise lors de l'examen du traité établissant une Constitution pour l'Europe dans la décision du 19 novembre 2004¹⁶⁷, qu'il refuse d'apprécier la constitutionnalité « des stipulations du traité qui reprennent des engagements antérieurement souscrits par la France ».

- 159** La seconde procédure de contrôle de la constitutionnalité des engagements internationaux est celle du contrôle ordinaire de la constitutionnalité des lois sur le fondement de l'article 61 de la Constitution¹⁶⁸. En effet, la ratification ou l'approbation d'un acte international devant être autorisées par une loi, cette dernière peut, en tant que loi ordinaire, être naturellement déferée au Conseil constitutionnel ; le Conseil a même déclaré recevable un recours directement dirigé contre un traité, en considérant qu'il visait en réalité la loi de ratification¹⁶⁹. Encore faut-il qu'il s'agisse d'une loi parlementaire. Confirmant sa décision d'incompétence de 1962, le Conseil a en effet refusé, le 23 septembre 1992, de contrôler la loi autorisant la ratification du traité de Maastricht adoptée par le peuple français à la suite du référendum du 20 septembre¹⁷⁰. Dans la décision du 4 novembre 2010¹⁷¹ le Conseil est saisi, au titre de l'article 61, de la loi autorisant l'approbation d'un accord signé en 2007 avec la Roumanie en matière de protection des mineurs roumains isolés sur le territoire français. Constatant une violation du droit à un recours juridictionnel effectif, une loi de ratification ou d'approbation est pour la première fois déclarée contraire à la Constitution.

C. | LE CONTRÔLE DES LOIS DU PAYS

- 160** La révision du 20 juillet 1998 a élargi la compétence du Conseil à une nouvelle catégorie de loi, les lois dites de pays, c'est-à-dire, « certaines catégories d'actes de l'assemblée délibérante » de la Nouvelle-Calédonie qui, décide le constituant à l'article 77 de la Constitution, « pourront être soumises avant publication au contrôle du Conseil constitutionnel »¹⁷². En effet, lorsqu'elles interviennent dans le domaine

■ 166. CC 99-412 DC, 15 juin 1999, R. p. 71.

■ 167. CC 2004-505 DC, 19 novembre 2004, JO 24 novembre 2004, p. 19885.

■ 168. CC 80-116 DC, 17 juillet 1980, JO 19 juillet 1980, p. 1835 ; CC 88-247 DC, 17 janvier 1989, JO 18 janvier 1989, p. 753 ; CC 91-294 DC, 25 juillet 1991, JO 27 juillet 1991, p. 10001 ; CC 93-319 DC, 30 juin 1993, JO 2 juillet 1993, p. 9419 ; CC 93-318 DC, 30 juin 1993, JO 2 juillet 1993, p. 9418.

■ 169. CC 80-116 DC, 17 juillet 1980, R. p. 36 ; CC 78-93 DC, 29 avril 1978, R. p. 23.

■ 170. CC 92-313 DC, 23 septembre 1992, R. p. 94.

■ 171. CC 2010-614 DC, 4 novembre 2010, JO 6 novembre 2010, p. 19825.

■ 172. Pour un exemple d'irrecevabilité d'une saisine par seulement 15 membres du Congrès, cf. CC, 2006-2 LP, 5 avril 2006, JO 11 avril 2006, p. 5439.

défini à l'article 99 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, les lois du pays ont force de loi et « ne sont susceptibles d'aucun recours après leur promulgation », excepté en QPC. Alors que pour les autres territoires d'outre-mer, les actes des assemblées délibérantes, y compris ceux intervenant dans le domaine de l'article 34, relèvent de la compétence du Conseil d'État, cette attribution de compétence, pour la Nouvelle-Calédonie, au Conseil constitutionnel manifeste symboliquement le passage d'une autonomie administrative à une autonomie politique. Pour cette raison, cette révision fera certainement école et le domaine de compétence du Conseil s'étendra encore sûrement. Ce n'est que lorsqu'elles interviennent en dehors du domaine de l'article 99 que les lois du pays ont un caractère réglementaire. Il revient alors au Conseil d'État de trancher en dernier ressort les contestations sur la nature juridique de cet acte hybride, sur saisine d'une juridiction administrative ou judiciaire ou par voie d'action sur saisine du président du congrès, du président du gouvernement, du président d'une assemblée de province ou du haut-commissaire.

Dans le cadre de cette nouvelle modalité de contrôle *a priori* du Conseil constitutionnel, l'initiative de la saisine revient, en vertu de l'article 104 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, au haut-commissaire, au gouvernement, au Président du Congrès, au Président d'une assemblée de province ou à dix-huit membres du Congrès de Nouvelle-Calédonie. La saisine ne peut concerner que les lois du pays intervenant dans le domaine de l'article 99 et ayant fait l'objet d'une nouvelle délibération dans les 15 jours qui suivent leur adoption. La demande de nouvelle délibération, qui ne peut être refusée, peut émaner du haut-commissaire, du gouvernement, du président du congrès, du président d'une assemblée de province ou de onze membres du congrès. Dans les 10 jours suivant le vote définitif, le Conseil constitutionnel peut donc être saisi, par la voie du dépôt au greffe du tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie d'un « exposé des moyens de droit et de fait » qui fondent la saisine, indique l'article 104 de la loi organique de 2009. Les autorités de saisine sont informées et peuvent présenter des observations sous 10 jours, le Conseil constitutionnel disposant de trois mois, contrairement au délai d'un mois applicable dans le contrôle prévu par l'article 61 de la Constitution. En cas de déclaration de non-conformité à la Constitution d'une disposition de la loi du pays, le Conseil constitutionnel décide du caractère inséparable ou non de la loi et précise si seule cette disposition ou l'ensemble de la loi du pays ne peut être promulguée.

- 161** Le contrôle exercé par le Conseil est spécifique. Il porte sur la conformité à la Constitution des lois du pays, mais aussi au regard des orientations définies par l'accord de Nouméa du 5 mai 1998 et des dispositions organiques prises pour leur application. Or, ces normes de références sont largement dérogoratoires aux principes constitutionnels, à l'image de la décision du 21 novembre 2014¹⁷³ dans laquelle le Conseil se fonde sur le principe de « la préférence locale pour l'accès à l'emploi » imposé par l'accord de Nouméa pour censurer une loi du pays qui ne reconnaissait aucune préférence locale. Autre spécificité, le Conseil constitutionnel évalue la

■ 173. CC 2014-4 LP, 19 novembre 2014, JO 23 novembre 2014, p. 19674, *Droit ouvrier*, septembre 2015, n° 806, p. 549, chron. P.-Y. GAHDOUN.

constitutionnalité des lois du pays en tenant compte du contexte local. Par exemple, dans la décision *LP* du 1^{er} octobre 2013¹⁷⁴, la loi du pays relative à la concurrence en Nouvelle Calédonie est jugée conforme à la Constitution, « eu égard aux particularités économiques de la Nouvelle Calédonie » dit le Conseil, et en dépit de dérogations importantes à la liberté d'entreprendre et au principe d'égalité.

§ 3. LES ACTES NON CONTRÔLÉS

162

Parce qu'elles sont adoptées par le peuple, le Conseil continue de juger, malgré les critiques de la doctrine, que les lois référendaires sont exclues du domaine du contrôle de constitutionnalité, bien qu'un contrôle préalable ait été progressivement instauré (A). Parce qu'elles sont adoptées par le représentant du constituant, les lois constitutionnelles pouvaient être présumées incluses dans le domaine du contrôle ; après avoir semblé hésiter, le Conseil les en a clairement exclus par sa décision du 26 mars 2003 (B).

Au-delà de ces questions tranchées par le Conseil constitutionnel, le constituant français n'a pas prévu de contrôle individuel pour violation d'un droit fondamental comme en Allemagne ou un recours de type *amparo* instauré en Espagne ou dans plusieurs pays d'Europe de l'Est. Parallèlement, les actes administratifs et les actes juridictionnels ne peuvent pas faire l'objet d'un recours devant le Conseil constitutionnel, leur conformité à la Constitution ne pourra être appréciée que devant les juridictions judiciaires et administratives en l'absence de loi écran.

A. LE NON-CONTRÔLE DES LOIS RÉFÉRENDAIRES

163

Que la loi référendaire *adoptée* ne soit pas soumise au contrôle du Conseil se comprend et se justifie pleinement, même s'il peut en résulter des effets politiques pervers (1). Mais que la loi référendaire *proposée* ne soit que partiellement contrôlée est davantage critiquable (2).

1. Le régime de la loi référendaire proposée

a) L'absence critiquable de contrôle direct et préalable

164

Le Conseil constitutionnel n'exerce pas de contrôle de conformité à la Constitution de la loi soumise au vote populaire. Certes, après le référendum, il retrouve sa fonction juridictionnelle lorsqu'il est saisi des réclamations dirigées contre les résultats du référendum et/ou son déroulement matériel¹⁷⁵. Mais avant que le référendum ne soit organisé, son intervention reste discrète.

Jusqu'en 2000, le Conseil ne disposait que d'attributions consultatives qui l'empêchaient de statuer en la forme juridictionnelle sur la régularité des opérations préliminaires à la votation. Cette doctrine jurisprudentielle était nécessairement

■ 174. CC 2013-3 LP, 1^{er} octobre 2013, JO 4 octobre 2013 p. 16505.

■ 175. CC 25 octobre 1988, R. p. 191 ; CC 23 décembre 1960, R. p. 67 ; CC 3 avril 1962, R. p. 63.

appelée à évoluer dans la mesure où elle reposait sur une interprétation, possible mais discutable, des textes. Selon l'article 60 de la Constitution, le Conseil a pour mission de veiller « à la régularité des opérations de référendum » ; et selon l'article 46 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, il « est consulté par le gouvernement sur l'organisation des opérations de référendum, et il est avisé sans délai de toute mesure prise à ce sujet ». À ce titre, le gouvernement transmet notamment au Conseil le projet de décret relatif à l'organisation des opérations de référendum auquel il joint le texte de la loi référendaire. Dans cette phase, il pouvait parfaitement émettre un avis sur la constitutionnalité du recours au référendum et de la loi proposée – ce qu'il a déjà fait¹⁷⁶ – et surtout, en cas d'avis négatif, en tirer les conséquences logiques. Lesquelles ? Pour François Luchaire, dans cette hypothèse, le Conseil devait, dans son avis, faire savoir au gouvernement que le référendum étant contraire à la Constitution, il ne peut assurer la surveillance du scrutin, ni proclamer, le jour venu, les résultats du vote¹⁷⁷. Ces refus, fondés sur l'idée que la compétence du Conseil est naturellement limitée aux seuls référendums conformes à la Constitution, auraient pour effet de contraindre le Président de la République à abandonner son projet de référendum. Sauf à faire un coup de force sinon un coup d'État, car une loi référendaire qui serait promulguée sans contrôle du déroulement des opérations électorales et sans la proclamation des résultats par le Conseil, serait directement et doublement contraire à la Constitution¹⁷⁸.

Cette lecture des textes a pour elle un argument de droit, la mission générale confiée au Conseil constitutionnel de veiller à la régularité des opérations de référendum, et un argument de fait, seul un contrôle avant le référendum peut être utile, car après, le Conseil peut-il prendre le risque de s'opposer au peuple en invalidant les résultats du vote, quel que soit le bien-fondé éventuel des motifs ? Ce constat n'est certainement pas étranger à la proposition qui, en 1984, est venue se greffer sur l'initiative du Président de la République d'étendre la possibilité de référendum aux questions portant « sur les garanties fondamentales en matière de libertés publiques ». À cette occasion, il a en effet été proposé que le Conseil soit obligatoirement saisi pour se prononcer sur la constitutionnalité du projet de loi référendaire, avant le référendum, par un avis qui, rendu public, aurait dans le jeu politique les mêmes effets qu'un avis conforme¹⁷⁹. Cette suggestion s'est évanouie avec l'échec de l'initiative présidentielle ; mais son existence témoigne bien que, pour les constituants contemporains, le seul contrôle efficace de la constitutionnalité d'un référendum ne peut être que préalable.

■ 176. Chacun sait que le Conseil constitutionnel a émis, le 1^{er} octobre 1962, un avis négatif sur la constitutionnalité du recours à la procédure référendaire de l'art. 11 pour réviser la Constitution ; V. *L'année politique*, 1962, p. 107.

■ 177. F. LUCHAIRE, *op. cit.*, p. 129.

■ 178. Selon l'art. 51 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, « Le Conseil constitutionnel proclame les résultats du référendum. Mention de la proclamation est faite dans le décret portant promulgation de la loi adoptée par le peuple. »

■ 179. M. DUVERGER, « Le vaudeville du Sénat », *Le Monde*, 31 juillet 1984 ; F. LUCHAIRE, « Oui au référendum », *Le Monde* du 4 août 1984. Cette proposition fut reprise par le garde des Sceaux, Robert BADINTER, lors du débat au Sénat, JO Débats, 8 août 1984, p. 8378.

165 Le revirement de jurisprudence intervient dans une décision du 25 juillet 2000¹⁸⁰ dans laquelle le Conseil constitutionnel se reconnaît compétent pour apprécier en l'espèce la légalité du décret du Président de la République soumettant la révision du quinquennat à référendum. En toute logique, la redéfinition de la frontière contentieuse avec le juge administratif prend appui sur la mission générale de contrôle de la régularité des opérations référendaires conférée par l'article 60 de la Constitution. Relève désormais de la compétence du Conseil constitutionnel le contrôle des décrets relatifs à la convocation, à l'organisation et à la campagne du référendum. Il peut être saisi de ces actes préparatoires aux référendums par tout électeur, mais seulement dans trois hypothèses : « dans les cas où l'irrecevabilité qui serait opposée à ces requêtes risquerait de compromettre gravement l'efficacité de son contrôle des opérations référendaires, vicierait le déroulement général du vote ou porterait atteinte au fonctionnement normal des pouvoirs publics ». Ces conditions étaient réunies en l'espèce, elles le seront également lors de l'organisation du référendum sur la ratification du traité établissant une Constitution pour l'Europe avec la décision du 24 mars 2005¹⁸¹. Dans cette dernière décision, qui concerne les référendums de l'article 11 alors que la décision de 2000 visait la procédure de l'article 89, le Conseil constitutionnel élargit le champ de son contrôle en s'assurant notamment du respect des « exigences de clarté et de loyauté des consultations référendaires ». De manière inédite, il répond au grief tiré selon lequel le traité, et donc le projet de loi autorisant sa ratification, serait contraire à la Charte de l'environnement. Alors qu'il est saisi au titre de l'article 60 de la Constitution, et non dans le cadre du contrôle *a priori* du traité sur le fondement de l'article 54, le Conseil considère « qu'en tout état de cause, le traité établissant une Constitution pour l'Europe n'est pas contraire à la Charte de l'environnement de 2004 »¹⁸². Mystérieuse et incertaine, la formule demande évidemment à être précisée à l'avenir, à condition que le référendum ne tombe pas en désuétude puisqu'aucun n'a été organisé depuis 2005.

Pour autant, la nouvelle compétence du Conseil constitutionnel ne remet pas en cause le principe, rappelé dans la décision du 24 mars 2005 selon lequel il ne lui appartient pas lorsqu'il se prononce, comme en l'espèce, « en application de l'article 60 et non de l'article 61 de la Constitution, d'apprécier la constitutionnalité des dispositions législatives mises en cause ». L'instauration d'un contrôle préalable de la loi référendaire proposée s'avère donc nécessaire. En Suisse ou en Italie, par exemple, les juges constitutionnels apprécient le projet de loi au regard de la Constitution et des normes internationales ou européennes, mais également en

■ 180. CC 2000-21 REF, 25 juillet 2000, JO 29 juillet 2000, p. 11768. Sur la jurisprudence antérieure, cf. CC 60-2 et 60-3 REF, 23 décembre 1960, et CE 27 octobre 1961, *Le Regroupement national*, Leb. p. 594.

■ 181. CC 2005-31 REF, 24 mars 2005, JO 31 mars 2005, p. 5834.

■ 182. V. l'analyse de M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, « La décision du Conseil constitutionnel du 24 mars 2005, Hauchemaille et Meyet : un nouveau pas en matière de contrôle des référendums », *RFDA*, 2005, p. 1040.

exigeant une unité de la matière abordée par référendum afin d'éviter qu'une même consultation donne lieu à des questions hétérogènes¹⁸³.

Le constituant français a agi en ce sens, mais uniquement à propos du référendum d'initiative partagée de l'article 11 de la Constitution.

b) *Le contrôle spécial des référendums d'initiative partagée*

166 La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a confié une nouvelle mission au Conseil constitutionnel dans le cadre du référendum d'initiative partagée¹⁸⁴. En vertu de l'article 11 modifié de la Constitution, un référendum peut être organisé à l'initiative d'un cinquième des membres du Parlement, soutenue par un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales. L'initiative prend alors la forme d'une proposition de loi qui peut être examinée par les deux assemblées. À défaut, le Président de la République soumet cette proposition de loi au référendum. Signe du peu d'enthousiasme et d'empressement du pouvoir politique, la loi organique nécessaire à l'entrée en vigueur du mécanisme n'a été adoptée que le 6 décembre 2013, soit plus de cinq ans après son introduction dans la Constitution. Depuis lors, la lourdeur procédurale éteint toute velléité en la matière puisqu'aucune initiative n'a été proposée et le site dédié du ministère de l'Intérieur reste muet¹⁸⁵.

L'intervention du Conseil constitutionnel se situe en amont du processus, avant la phase de recueil de soutien d'un dixième des électeurs inscrits. En effet, dès qu'une proposition de loi présentée sur le fondement de l'article 11 par un cinquième des parlementaires est déposée sur le bureau de l'Assemblée nationale ou du Sénat, elle est transmise au Conseil constitutionnel par le Président de l'assemblée saisie. La saisine du Conseil acte symboliquement le passage à une autre phase de la procédure puisque les parlementaires ne peuvent ni dessaisir le Conseil, ni empêcher l'organisation des opérations de recueil des soutiens des électeurs inscrits sur les listes électorales une fois que le Conseil s'est prononcé favorablement. En quoi consiste ce contrôle inédit ? Après avoir avisé les autorités de l'exécutif et le Président de l'autre assemblée, le Conseil constitutionnel exerce un contrôle à deux niveaux.

167 Au titre du *contrôle formel*, le Conseil devra s'assurer que la proposition de loi est présentée par au moins un cinquième des membres du Parlement, ce cinquième étant calculé, précise la loi organique, « sur le nombre des sièges effectivement pourvus à la date d'enregistrement de la saisine par le Conseil constitutionnel, arrondi au chiffre immédiatement supérieur en cas de fraction ». Avec 577 députés et 348 sénateurs, ce cinquième correspond à 185, en l'absence de vacance de siège.

■ 183. M. FROMONT, *Justice constitutionnelle comparée*, Dalloz, 2013, p. 362s. Sur les aspects de droit comparé, cf. M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, *Le contrôle du référendum par la justice constitutionnelle*, Economica, PUAM, 2004 ; F. HAMON, *Le référendum. Etude comparative*, LGDJ, 2e éd., 2012.

■ 184. V. notamment S. DIÉMERT, « Le référendum législatif d'initiative minoritaire dans l'article 11, révisé, de la Constitution », *RFDC*, 2009, p. 55 ; M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, « Le rôle du peuple est-il renforcé ? », *RFDC*, 2008, hors-série, p. 133 ; F. HAMON, « La nouvelle procédure de l'article 11 : un « vrai faux référendum d'initiative populaire », *LPA* 2008, n°254, p. 16 ; S. PINON, « Improbable loi organique, impossible initiative populaire », *AJDA*, 2009, p. 2002 ; M. VERPEAUX, « Le nouveau référendum : mythe et réalités », *JCP Adm.*, 2014, n°5, p. 219.

■ 185. www.referendum.interieur.gouv.fr

De même, le Conseil veille à ce que la proposition n'ait pas pour objet d'abroger une disposition législative promulguée depuis moins d'un an, et qu'un délai de deux ans a été respecté depuis le vote négatif par référendum d'une proposition portant sur le « même sujet », notion polysémique qui donnera lieu tôt ou tard à des controverses inextricables.

168 Au titre du *contrôle matériel*, le Conseil constitutionnel devra veiller au respect du domaine de l'article 11 de la Constitution qui permet d'emprunter la voie référendaire seulement pour permettre l'adoption de lois portant sur l'organisation des pouvoirs publics, sur des réformes relatives à la politique économique sociale ou environnementale de la nation et aux services publics qui y concourent, ou tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions. Selon les hypothèses, la question sera délicate à trancher à l'image de la controverse politique et doctrinale sur l'objet « social » ou « sociétal » de la loi autorisant le mariage entre personnes du même sexe que certains voulaient voir soumise à référendum.

Surtout, l'innovation de taille est de permettre au Conseil d'apprécier la conformité à la Constitution de la proposition de loi. Il est d'ailleurs regrettable que ce contrôle ne puisse s'exercer sur les autres cas de référendums de l'article 11, à savoir les projets de loi référendaires du Président de la République. Dans l'attente de la correction de cet anachronisme difficilement justifiable, le contrôle exercé sur les propositions devrait intégrer l'ensemble des normes de référence du contrôle *a priori*, y compris par exemple l'article 40 de la Constitution qui interdit la recevabilité d'une proposition de loi qui « aurait pour conséquence soit une diminution des ressources publiques, soit la création ou l'aggravation d'une charge publique ». Le Conseil l'a clairement affirmé dans sa décision du 5 décembre 2013, « il ne saurait être dérogé à cette exigence pour le dépôt des propositions de loi présentées en application du troisième alinéa de l'article 11 de la Constitution » et il examinera à ce stade préalable la conformité de la proposition de loi à l'article 40, « même si la question de sa recevabilité financière n'a pas été soulevée au préalable »¹⁸⁶. L'effet de la décision que le Conseil prendra est original : chargé de vérifier « qu'aucune disposition de la proposition de loi n'est contraire à la Constitution », le Conseil ne peut détacher une disposition du reste de la proposition. La déclaration d'inconstitutionnalité interrompt par conséquent la procédure, même si une initiative parlementaire corrigée peut à nouveau être déposée avant d'être soumise au recueil du soutien d'un dixième des électeurs inscrits.

c) Le contrôle particulier des consultations d'autodétermination

169 Une des conditions constitutionnelles de l'accession à l'indépendance d'un territoire d'outre-mer est l'organisation d'un référendum local, d'autodétermination, permettant aux populations intéressées de manifester leur volonté. Conformément aux engagements pris en 1986 par la nouvelle majorité, le gouvernement de Jacques Chirac fait adopter par le Parlement, en mai 1987, une loi organisant une

¹⁸⁶ Comparer CC 77-82 DC, 20 juillet 1977, *R.*, p. 37. V. C. GESLOT, « La mise en œuvre du référendum d'initiative minoritaire », *AJDA*, 2014 p. 893.

telle consultation en Nouvelle-Calédonie, et dont l'article premier énonce la question qui sera posée aux électeurs en ces termes : « Voulez-vous que la Nouvelle-Calédonie accède à l'indépendance ou demeure au sein de la République avec un statut dont les éléments essentiels ont été portés à votre connaissance ? »¹⁸⁷. La constitutionnalité de cette question est alors contestée devant le Conseil par les parlementaires socialistes au motif que le référendum ne peut avoir pour objet que la manifestation d'un choix simple : l'indépendance ou le maintien dans la République.

Dans sa décision du 2 juin 1987, le Conseil donne raison aux requérants en déclarant qu'un référendum local d'autodétermination doit respecter un principe et même une exigence constitutionnelle, celle de la sincérité de la consultation : « considérant que *la question posée aux populations intéressées doit satisfaire à la double exigence de loyauté et de clarté de la consultation* ; que, s'il est loisible aux pouvoirs publics, dans le cadre de leurs compétences, d'indiquer aux populations intéressées les orientations envisagées, *la question posée aux votants ne doit pas comporter d'équivoque*, notamment en ce qui concerne la portée de ces indications »¹⁸⁸.

Examinant la conformité de la question posée à cette double exigence, le Conseil considère que la « rédaction est équivoque » dans la mesure où la référence finale au statut peut faire croire aux électeurs que celui-ci existe déjà, alors que sa détermination relève d'une loi future ; en conséquence, il déclare les mots « avec un statut dont les éléments essentiels ont été portés à votre connaissance », contraires à « l'exigence constitutionnelle de clarté de la consultation »¹⁸⁹.

Ce contrôle sur la loi organisant les consultations d'autodétermination¹⁹⁰ est d'autant plus important que le Conseil d'État a jugé, dans l'arrêt *Sarran*¹⁹¹, que la consultation préalable du Conseil constitutionnel prévue à l'article 60 de la Constitution ne valait que pour les « vrais » référendums, ceux des articles 11 et 89 par lesquels le peuple exerce sa souveraineté législative et constituante, et non pour les consultations d'autodétermination, celles de l'article 53 par lesquels « les populations intéressées » sont invitées à exprimer leur consentement sur les modifications statutaires de « leur » territoire.

■ 187. Les mots « avec un statut dont les éléments essentiels ont été portés à votre connaissance » ont été introduits dans la discussion parlementaire par le vote d'un amendement déposé par le sénateur DAILLY, malgré les réserves exprimées par le gouvernement.

■ 188. CC 87-226 DC, 2 juin 1987, R. p. 34.

■ 189. Le Conseil ayant déclaré ce membre de phrase séparable du reste de la loi, celle-ci fut donc promulguée, amputée seulement des dispositions jugées contraires à la Constitution. De sorte que la question posée au référendum fut la suivante : « Voulez-vous que la Nouvelle-Calédonie accède à l'indépendance ou demeure au sein de la République ? ».

■ 190. V. par ex. CC 2000-428 DC, 4 mai 2000, JO 10 mai 2000, p. 6976, à propos de la non-conformité partielle de la loi organisant une consultation de la population de Mayotte.

■ 191. CE Ass., 30 octobre 1998, *Sarran*, AJDA, 1998, p. 1039, concl. Ch. MAUGÜÉ, RFDA, 1998, p. 1081.

2. Le régime de la loi référendaire adoptée

a) Le choix politique du non-contrôle

170 Saisi par le Président du Sénat de la loi référendaire adoptée le 28 octobre 1962, modifiant le mode d'élection du Président de la République, le Conseil, dans sa décision du 6 novembre 1962, se déclare incompétent pour apprécier la conformité à la Constitution d'un projet de loi adopté par le peuple français par voie de référendum¹⁹². Ainsi se trouvent exclues du contrôle de constitutionnalité les lois référendaires, quel que soit leur objet. Solution encore confirmée par le Conseil dans sa décision du 23 septembre 1992¹⁹³, la motivation d'incompétence étant seulement modifiée sur un point.

Lorsque le 20 septembre 1992 les soixante députés saisissent le Conseil de la loi autorisant la ratification du Traité de Maastricht adoptée par le peuple français à la suite du référendum, ils n'ignorent pas la décision du 6 novembre 1962. Mais, selon eux, elle est trente ans plus tard caduque pour cinq raisons principales : la loi référendaire contestée n'est pas une loi constitutionnelle comme en 1962 mais une loi ordinaire ; la loi référendaire a perdu sa spécificité depuis que le Conseil a admis qu'une loi parlementaire pouvait la modifier¹⁹⁴ ; le constituant de 1974 n'a pas limité la portée de sa réforme aux seules lois parlementaires ; le rôle du Conseil a changé depuis 1962, abandonnant celui d'organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics pour devenir le garant de l'ensemble de l'ordre juridique ; enfin, l'équilibre constitutionnel n'est plus celui de 1958 après les révisions de 1962, 1963, 1974 et 1992. Insensible à cette pression argumentative en faveur d'un changement de jurisprudence, le Conseil réaffirme sa position de 1962 : les lois que la Constitution a entendu soumettre au contrôle de constitutionnalité « *sont uniquement les lois votées par le Parlement et non celles qui, adoptées par le peuple français à la suite d'un référendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale* ». La décision paraît même rédigée avec plus de fermeté qu'en 1962. Constatant que l'article 61 de la Constitution ne permettait pas de décider si la compétence du Conseil s'étendait à l'ensemble des textes de caractère législatif quel que soit leur mode d'adoption ou seulement à ceux votés par le Parlement, il reconnaissait, en 1962, s'être livré à une interprétation fondée sur l'esprit de la Constitution¹⁹⁵. En 1992, il n'est plus fait référence à l'esprit de la Constitution ni à un travail d'interprétation. L'incompétence du Conseil se donne à voir comme

■ 192. CC 61-20 DC, 6 novembre 1962, R. p. 27.

■ 193. CC 92-313 DC, 23 septembre 1992, R. p. 94.

■ 194. CC 89-265 DC, 9 janvier 1990, R. p. 12. V. également CC 99-410 DC, 15 mars 1999, JO 21 mars 1999, p. 4234, considérant 4 : en raison d'une révision de la Constitution constitutive d'un « changement des circonstances de droit, il y a lieu, pour le Conseil constitutionnel, de procéder à l'examen de l'ensemble des dispositions de la loi organique, alors même que certaines d'entre elles ont une rédaction ou un contenu identique à ceux de dispositions antérieurement déclarées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel ou figurant dans la loi n° 88-1028 du 9 novembre 1988 portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie en 1998, adoptée par le peuple français à la suite d'un référendum ».

■ 195. Considérant, déclare le Conseil dans sa décision du 6 novembre 1962, que si l'article 61 de la Constitution ne précise pas l'étendue de sa compétence, « il résulte de l'esprit de la Constitution que... » ; et, il débute les deux considérants suivants par la formule, « considérant que cette interprétation résulte... ».

résultant non d'une sollicitation toujours discutable de l'esprit d'un texte, non d'un point de vue subjectif, mais comme fondée en objectivité, « au regard de l'équilibre des pouvoirs établi par la Constitution » selon la formule de remplacement imaginée en l'espèce par le Conseil. Pour le reste, les juges continuent, comme en 1962, à invoquer deux raisons de texte : les articles 60 et 11 de la Constitution qui ne prévoient pas de formalité entre l'adoption d'une loi référendaire et sa promulgation alors que, pour les lois parlementaires, la Constitution prévoit l'obligation ou la possibilité d'un contrôle de constitutionnalité ; les dispositions de la loi organique du 7 novembre 1958 qui, en prévoyant qu'en cas d'invalidation partielle d'une loi le Président de la République peut demander aux chambres une seconde lecture, impliquent nécessairement que le contrôle ne peut porter que sur les lois votées par le Parlement. La seule concession à l'argumentaire des parlementaires... est la disparition – bienvenue car sans signification juridique – de la formule par laquelle le Conseil s'était, en 1962, auto-qualifié d'« organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics ».

171 Sur le plan juridique, la doctrine a fait observer que cette différenciation entre expression directe et indirecte de la souveraineté n'est pas correcte au regard de l'article 3 de la Constitution qui n'établit aucune hiérarchie entre les modes d'exercice de la souveraineté nationale. Sans doute ; mais il est clair que le Conseil constitutionnel a été conçu uniquement et explicitement comme un instrument de contrôle de l'activité législative du Parlement, comme un mécanisme de sanction de la nouvelle répartition des compétences normatives entre le Parlement et l'Exécutif. Au fond, la décision du 6 novembre 1962 s'explique par l'idée que les représentants ne tiennent pas leurs pouvoirs d'eux-mêmes mais de la Constitution et du peuple ; qu'ils peuvent cependant en abuser et se prendre pour le souverain ; qu'il convient en conséquence de contrôler leurs activités pour les maintenir dans le cadre de leurs compétences. Autrement dit, les lois parlementaires sont soumises au contrôle parce qu'elles peuvent ne pas respecter la volonté du peuple souverain ; question qui, par définition, ne se pose pas pour les lois référendaires, puisque le peuple exprime, là sans intermédiaire, sa volonté.

Au demeurant, quel que soit le contenu de l'argumentation du Conseil – esprit de la Constitution ou équilibre des pouvoirs établi par la Constitution – une considération politique, simple, évidente sous-tend la décision¹⁹⁶ : en démocratie, le peuple est souverain et son vote s'impose en conséquence à tous sans contrôle possible. Le Conseil, déjà critiqué pour son examen du travail des représentants du peuple, irait au-devant de fortes contestations s'il s'aventurait dans celui du travail législatif du peuple.

Cette décision, sage et confirmée dans le cadre du contentieux QPC¹⁹⁷, peut cependant ouvrir la voie à quelques errements.

■ 196. C'est d'ailleurs en deux jours seulement que le Conseil, en 1992, a « réglé » l'affaire : saisi le 20 septembre, il a rendu sa décision le 23.

■ 197. CC 2014-392 QPC, 25 avril 2014, JO 27 avril 2014, p. 7360.

b) Le risque politique du non-contrôle

172 L'enjeu politique des lois référendaires, peu sensible tant que leur domaine était limité et leur pratique rare, s'est clairement manifesté lors de la révision constitutionnelle du 4 août 1995 élargissant le champ du référendum législatif de l'article 11 à « tout projet de loi portant sur des réformes relatives à la politique économique ou sociale de la nation et aux services publics qui y concourent ». À cette occasion, en effet, les constituants ont délibérément repoussé un amendement organisant un contrôle préalable de la constitutionnalité du projet de loi référendaire au motif que son adoption ferait perdre tout son intérêt à la révision. Le Conseil refusant de contrôler les lois référendaires, l'intérêt d'augmenter le nombre des matières susceptibles d'être soumises à référendum est de construire un espace de législation à l'abri de tout contrôle, et en particulier, du contrôle du juge constitutionnel. Depuis 1995, un gouvernement, peu sûr de la constitutionnalité de ses projets, peut donc éviter et le Parlement et le Conseil constitutionnel en légiférant directement par voie référendaire.

173 Si cette voie devenait un instrument ordinaire et banalisé de législation, neutralisant et mettant hors-jeu le Conseil constitutionnel, comment ce dernier réagirait-il ? Abandonnerait-il sa jurisprudence de 1962, comme il a modifié celle sur les lois d'habilitation lorsque le gouvernement a multiplié l'usage de cette procédure, là aussi pour éviter le contrôle de constitutionnalité ? Se contenterait-il de considérer, dans une décision d'avertissement où il se serait reconnu compétent, que l'utilisation répétée du référendum constituerait un détournement de procédure s'il apparaissait que son but est de soustraire la loi au contrôle du Conseil ? Irait-il au contraire jusqu'à apprécier la conformité à la Constitution de la loi adoptée par le peuple et, le cas échéant, invaliderait-il une loi référendaire inconstitutionnelle ?

Paradoxalement, le Conseil pourrait être encouragé dans cette voie par les conclusions du commissaire du gouvernement sous l'arrêt *Sarran*¹⁹⁸. Christine Maugué, en effet, déclare ne pas adhérer « à la thèse développée par certains, selon laquelle les lois référendaires échapperaient par nature à tout contrôle ». Sans doute propose-t-elle de les soumettre à un contrôle de conventionnalité et, approuvant la position du Conseil constitutionnel, de réserver le contrôle des lois référendaires au... Conseil d'État. Proposition de bonne guerre, mais peu cohérente. D'abord, parce que le contrôle de conventionnalité est, matériellement, proche d'un contrôle de constitutionnalité. Ensuite et surtout parce que la raison manque, à part celle de la rivalité entre les deux ailes du Palais Royal, pour fonder la légitimité du contrôle des lois référendaires par le seul juge administratif : ces lois constituent l'expression directe de la souveraineté nationale ; il faut donc admettre soit que cette nature exclut tout contrôle juridictionnel, soit que cette nature est sans incidence sur la possibilité d'un contrôle ; et, dans cette hypothèse, qui est celle du commissaire du gouvernement, il faut admettre qu'il peut être exercé aussi bien par le Conseil constitutionnel que par le Conseil d'État. Ce qui est en jeu dans cette affaire, ce n'est pas de déterminer quel juge serait compétent ; c'est de

■ 198. CE Ass. 30 octobre 1998, *Sarran*, *RFDA* 1998, p. 1081, concl. Ch. MAUGUÉ.

décider si le contrôle d'un juge, quel qu'il soit, est possible sur les lois référendaires¹⁹⁹.

Aujourd'hui, la décision d'incompétence du 6 novembre 1962 reste sans doute appropriée même si elle est juridiquement discutable. À condition d'ajouter que le Conseil accepte de se prononcer sur la constitutionnalité du projet de loi référendaire *avant* l'organisation du référendum, et pas seulement sur les propositions de lois référendaires issues d'une initiative partagée. Le fondement juridique de cette compétence-là existe ; aux circonstances politiques de faire le reste !

B. | LE NON-CONTRÔLE DES LOIS CONSTITUTIONNELLES

174 À la fin des années 1980, c'est-à-dire dans un contexte politique marqué par les révisions constitutionnelles impliquées par le renforcement de la construction européenne, la doctrine a longuement débattu de la question d'un possible contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles où, derrière les arguments juridiques échangés, se profilait le fantôme jusnaturaliste de la supra-constitutionnalité (1). Après avoir donné le sentiment, dans sa décision du 2 septembre 1992, qu'il pouvait exercer un tel contrôle, le Conseil a levé toute ambiguïté et s'est déclaré incompétent dans sa décision du 26 mars 2003 (2).

1. | Le débat doctrinal

a) *Des argumentations juridiques contradictoires*

175 *A priori*, que les lois constitutionnelles ne soient pas soumises au contrôle de constitutionnalité peut paraître normal. Elles se distinguent en effet des autres catégories de lois d'abord par leur objet : l'organisation même de l'État, la distribution des pouvoirs entre les institutions, la déclaration des droits et libertés, bref, la Constitution ; ensuite, par leur mode d'élaboration : une procédure plus complexe, plus lourde, plus longue et une adoption à la majorité qualifiée ; enfin, par leur auteur : le constituant institué par les constituants d'origine.

Ces trois caractéristiques, et en particulier la première et la troisième, sont ou paraissent incompatibles avec toute idée de contrôle. Autant il est concevable que le législateur soit soumis au respect de la Constitution, autant il semble incohérent, illogique que le constituant soit soumis à cette même obligation, alors que son rôle est précisément de modifier la Constitution. La fonction de constituant implique une totale liberté de décision, en ce qu'elle est l'expression du pouvoir du souverain de modifier, comme il lui plaît, la loi fondamentale ; ce pouvoir-là ne peut être contrôlé.

Des arguments de texte, semblables à ceux utilisés par le Conseil dans sa décision du 6 novembre 1962, peuvent également être invoqués. Le Conseil ne dispose pas d'une compétence générale mais seulement d'attributions strictement définies

■ 199. Du point de vue de la CEDH, la nature référendaire de la loi n'exonère pas l'État d'une violation éventuelle des droits garantis par la Convention. En ce sens, CEDH, 29 octobre 1992, *Open Door et Dublin Well Women c. Irlande*, série A n° 246.

par la Constitution et l'ordonnance du 7 novembre 1958. Or aucun de ces textes ne lui donne compétence pour connaître de la conformité à la Constitution d'une loi constitutionnelle. La logique de ces textes, notamment dans leurs dispositions prévoyant la possibilité d'une seconde lecture parlementaire en cas d'invalidation partielle, réserve le contrôle de constitutionnalité aux seules lois, ordinaire et organique, votées par le Parlement, la possibilité de demander une seconde lecture étant inapplicable aux lois constitutionnelles.

Enfin, l'incompétence du Conseil en matière de lois constitutionnelles se justifie comme conséquence de son incompétence en matière de lois référendaires. Dans certaines hypothèses en effet, les lois constitutionnelles sont adoptées par le peuple par la voie du référendum²⁰⁰ ; elles sont donc exclues du contrôle de constitutionnalité par application de la jurisprudence de 1962. Dès lors, si l'intervention du Conseil était admise, elle ne pourrait porter que sur les lois constitutionnelles adoptées par le Congrès. Mais dans ce cas, serait introduite une différence de traitement injustifiable, à l'intérieur d'une même catégorie de lois : certaines – celles adoptées par référendum – ne seraient pas contrôlées ; d'autres – celles adoptées à Versailles – le seraient. Aussi convient-il de reconnaître la spécificité de ces lois et leur incompatibilité avec la mise en œuvre d'un contrôle.

176 Malgré ces arguments, très convaincants, la thèse du contrôle peut être soutenue avec autant de force.

A priori, en effet, que les lois constitutionnelles soient soumises au contrôle de constitutionnalité peut paraître normal ! En effet, quelles que soient leurs spécificités, les lois constitutionnelles sont, formellement, des lois ; dans son dernier article, la Constitution est expressément qualifiée de loi, par la formule suivante : « La présente loi sera exécutée comme constitution de la République et de la Communauté ». D'autre part, ce sont des « lois votées par le Parlement », catégorie pour laquelle le Conseil est compétent par opposition, selon la jurisprudence de 1962, aux lois votées par le peuple. Même en cas de ratification par référendum, la loi constitutionnelle a dû préalablement être adoptée en termes identiques par les deux Assemblées ; et, en cas de ratification par le Congrès, le Conseil lui-même a reconnu que cette instance était une Assemblée parlementaire en acceptant de contrôler la constitutionnalité de son règlement²⁰¹.

Les arguments de texte invoqués contre la thèse du contrôle tombent en conséquence : le Conseil est compétent pour connaître des lois votées par le Parlement ; les lois constitutionnelles entrent dans cette catégorie ; donc, elles peuvent être déferées au Conseil. Et le renvoi aux chambres, prévu par l'ordonnance du 7 novembre 1958 en cas d'invalidation partielle, s'applique ici sans difficulté : l'Assemblée nationale et le Sénat reprendront l'examen des dispositions invalidées, et le Congrès statuera.

Enfin, et peut-être surtout, s'il est vrai que l'auteur des lois constitutionnelles n'est pas le législateur mais le constituant dérivé, ce dernier ne possède pas la

■ 200. En application de l'art. 89, le référendum est obligatoire lorsqu'il s'agit de lois constitutionnelles proposées par les parlementaires, facultatif lorsque l'initiative vient de l'Exécutif et en application de l'art. 11, à supposer que celui-ci définisse une procédure alternative d'adoption des lois constitutionnelles.

■ 201. CC 63-24 DC, 20 décembre 1963, R. p. 16.

même liberté de décision que le constituant originaire. Élaborer une Constitution est le travail de la nation qui est souveraine, c'est-à-dire libre, après un bouleversement politique, de refonder et d'organiser l'État comme elle l'entend. Réviser la Constitution est le travail d'un pouvoir institué qui a reçu cette compétence du pouvoir constituant originaire. Le premier est donc subordonné au second ; son exercice n'est pas libre mais conditionné par les différentes règles de forme et de fond posées par le constituant originaire pour la révision de la Constitution ; il peut dès lors être contrôlé. À la différence du constituant originaire, le constituant dérivé est un pouvoir public, et le Conseil s'est défini lui-même comme « l'organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics »²⁰² ; il est donc fondé à intervenir, pour vérifier que les auteurs des lois constitutionnelles n'ont pas dépassé les compétences que la Constitution leur a attribuées.

b) La question de la « supra-constitutionnalité »

177 Depuis quelque temps, une partie de la doctrine a tendance à affirmer qu'existe au sein de la charte un noyau dur de principes constitutionnels – la souveraineté nationale, la nationalité-condition de la citoyenneté, l'unité de l'État – intouchables par quelque pouvoir que ce soit : exécutif, législatif, constituant représentatif ou populaire. Ces principes se détacheraient de la sphère constitutionnelle pour s'envoler et se fixer au-dessus, dans la sphère supra-constitutionnelle, mettant ainsi le constituant dans une position semblable à celle du législateur à l'égard de la Constitution ; en d'autres termes, la révision votée par le constituant n'exprimerait la volonté générale que dans le respect de la supra-constitutionnalité²⁰³.

À l'intérieur de ce courant de pensée favorable à la supra-constitutionnalité, certains semblent distinguer, sans que cela soit toujours très clair, la situation du pouvoir constituant initial qui serait libre de toutes contraintes juridiques et la situation du constituant dérivé qui serait seul soumis au respect des principes supra-constitutionnels. Ainsi, dans leur second recours contre le traité de Maastricht, les sénateurs demandaient au Conseil de « fixer un seuil au-delà duquel la révision constitutionnelle serait toujours possible mais devrait avoir pour objet la réforme d'ensemble de l'État et le changement de nature de celui-ci » ; selon eux, quand changer la *Constitution revient à changer de Constitution*, « il est impossible d'admettre que l'on puisse procéder en surchargeant l'édifice national sans se préoccuper de l'équilibre et de la cohérence de l'ensemble ». Et en l'espèce, ils reprochaient au constituant du 25 juin 1992 d'avoir répondu à l'invitation de révision formulée par le Conseil dans sa décision du 9 avril en ajoutant un titre spécial consacré à l'Union européenne alors qu'il aurait dû, selon eux, modifier tous les articles de la Constitution – 3, 20, 27, 34 – contraires au traité de Maastricht.

■ 202. CC 62-20 DC, 6 novembre 1962, R. p. 27.

■ 203. Il n'est peut-être pas indifférent d'observer que le moment politique dans lequel s'opère ce renouveau est celui où des évolutions jurisprudentielles et/ou constitutionnelles accordent des droits à des non-nationaux, favorisent une diversité institutionnelle de l'organisation territoriale de l'État et s'ouvrent à la construction européenne.

178 Dans sa décision du 2 septembre 1992²⁰⁴, le Conseil repousse, avec une grande fermeté, la théorie de la supra-constitutionnalité : « *le pouvoir constituant est souverain*, affirme-t-il ; il lui est loisible d'abroger, de modifier ou de compléter des dispositions constitutionnelles dans la forme qu'il estime appropriée ; rien ne s'oppose à ce qu'il introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui, dans le cas qu'elles visent, dérogent à une règle ou à un principe de valeur constitutionnelle : que cette dérogation peut être aussi bien expresse qu'implicite ». Et plus avant dans la décision, le Conseil juge que « ressortit exclusivement au pouvoir d'appréciation du constituant le choix consistant à ajouter à la Constitution une disposition nouvelle plutôt que d'apporter des modifications ou compléments à un ou plusieurs articles ». *Ainsi, à la différence du législateur, le constituant dispose d'un pouvoir souverain d'appréciation* : ni contrôle d'une éventuelle erreur manifeste, ni obligation de respecter dans l'exercice de sa compétence les principes et règles de valeur constitutionnelle. Solution qui, par incidence, semble exclure le constituant de la catégorie des « organes de l'État » puisque ce qui caractérise ces derniers est précisément, selon la jurisprudence du Conseil²⁰⁵, d'être soumis au respect de ces règles et principes. La qualité attribuée au pouvoir constituant est donc apparemment claire et possède le mérite politique de montrer à ceux qui dénoncent « le gouvernement des juges » que ces derniers rendent les armes devant l'expression du pouvoir suprême du peuple souverain.

Pourtant, cette clarté n'évite pas à la décision de pêcher aussi par une certaine obscurité. Elle procède d'abord par voie d'autorité et non par l'argumentation, laissant le lecteur dans l'ignorance des raisons qui ont déterminé le choix des juges. Elle manque ensuite de précision, aucun considérant ne permettant de savoir si la distinction pouvoir constituant initial/pouvoir constituant dérivé reste pertinente, si la liberté d'appréciation est reconnue dans les mêmes conditions aux deux pouvoirs ou seulement à l'un d'eux.

Mais surtout, en affirmant que « le pouvoir constituant est souverain sous réserve... », la logique interne de la décision du 2 septembre 1992 n'apparaît pas... clairement : ou le constituant est souverain et son œuvre ne peut être contrôlée, ou elle le peut et il n'est plus souverain. Cette ambiguïté jurisprudentielle a été levée par la décision du 26 mars 2003.

2. La levée des ambiguïtés jurisprudentielles : la décision du 26 mars 2013

a) L'ouverture d'un contrôle des lois constitutionnelles : la décision du 2 septembre 1992

179 « Le pouvoir constituant est souverain *sous réserve*, précise le Conseil dans sa décision du 2 septembre 1992, d'une part des limitations touchant aux périodes au cours desquelles une révision de la Constitution ne peut être engagée ou poursuivie, qui résultent des articles 7, 16 et 89 alinéa 4 du texte constitutionnel, et d'autre part

■ 204. CC 93-312 DC, 2 septembre 1992, R. p. 76.

■ 205. CC 81-132 DC, 16 janvier 1982, R. p. 18.

du respect des prescriptions du cinquième alinéa de l'article 89 en vertu desquelles la forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision ». Par deux petits mots – « sous réserve » – le Conseil posait le principe de sa compétence sur les lois constitutionnelles et précisait, ensuite, les points sur lesquels son contrôle pourrait, le cas échéant, porter.

Certains n'engagent pas le Conseil dans un examen de fond. Ainsi, il pourrait censurer une loi de révision votée pendant l'intérim présidentiel ou lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité territoriale dans la mesure où les articles 7, 16 et 89 alinéa 4 interdisent toute révision au cours de ces périodes. La référence à l'article 16 ne s'imposait pas d'évidence, aucun de ses alinéas n'interdisant formellement une révision pendant les périodes de mise en œuvre des pouvoirs exceptionnels au profit du Président de la République. Des auteurs ont même avancé l'idée que l'article 16 n'imposant pas au Chef de l'État de *rétablir* les pouvoirs publics constitutionnels mais seulement de prendre « des mesures inspirées par la volonté *d'assurer* » aux pouvoirs les « moyens d'accomplir leur mission », il était permis au Président d'engager une procédure de révision. Le Conseil a condamné, à juste titre, cette interprétation, s'appuyant sans doute – il ne le dit pas – sur une lecture croisée des articles 16 et 89 : ce dernier interdit, en effet, toute révision lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire ; or, un des motifs de la mise en application possible des pouvoirs exceptionnels est une menace grave et immédiate à l'intégrité du territoire ; donc, par extension logique et nécessaire, toute révision est impossible durant la période d'application de l'article 16.

180 D'autres, en revanche, peuvent conduire le Conseil à un contrôle du contenu même des lois constitutionnelles. Il en est ainsi de la censure encourue par toute réforme ayant pour objet de modifier la forme républicaine du gouvernement. L'affirmation du respect nécessaire par le constituant de cette « prescription » constitutionnelle pose d'abord une limite de fond à l'exercice de sa compétence puisqu'il se voit interdire de remettre en cause, par une révision, la forme républicaine du gouvernement. Mais surtout, elle ouvre, selon l'interprétation retenue, sur un possible contrôle au fond : ou la notion de République s'entend dans un sens étroit comme le contraire de la Monarchie, et le pouvoir du Conseil est limité à l'invalidation des lois constitutionnelles rétablissant la monarchie ou l'empire ; ou la notion de République s'entend dans un sens large, comme impliquant le respect de certaines valeurs – laïcité, égalité, solidarité... –, de certains principes – la séparation des pouvoirs, l'indépendance de l'autorité judiciaire, la responsabilité gouvernementale... – et le Conseil pouvait être entraîné loin dans son contrôle du contenu des lois constitutionnelles et se trouver confronté à de grandes difficultés.

À partir de quel seuil, de quel contenu une révision bascule pour devenir établissement d'une nouvelle Constitution ? Le nombre d'articles touchés ? L'importance stratégique de la disposition modifiée ? Concrètement, une loi constitutionnelle qui supprimerait le droit de dissolution et la responsabilité gouvernementale dépasserait-elle ou non les limites inhérentes à l'exercice du droit de révision ? La compétence reconnue au constituant dérivé est-elle assez large pour qu'il puisse transformer un régime parlementaire en régime présidentiel ?

Prudent, le Conseil a préféré fermer la porte qu'il avait entre-ouverte en 1992 en se déclarant incompétent dans sa décision du 26 mars 2003.

b) La déclaration d'incompétence : la décision du 26 mars 2003

181 Au-dessus de la Constitution, et donc du pouvoir constituant, la République s'imposerait non seulement comme forme interdisant le rétablissement de la monarchie mais encore comme principe interdisant la révision de ses éléments constitutifs, la liberté, l'égalité, la laïcité et l'indivisibilité. Telle était l'argumentation des sénateurs qui avaient porté devant le Conseil la loi constitutionnelle modifiant l'article 1^{er} de la Constitution de 1958 : en décidant que « l'organisation de la République est décentralisée », les constituants avaient, selon les requérants, mis en cause le principe d'indivisibilité de la République et, par conséquent, la forme républicaine du gouvernement dont il est un élément fondamental. Question évidemment redoutable pour le Conseil qui, dans ses décisions sur la Charte européenne des langues minoritaires et sur la Corse, avait défendu une conception exigeante du principe d'indivisibilité et était ici invité à se prononcer sur la signification et la portée de l'alinéa 5 de l'article 89. Trop redoutable sans doute, car, saisi le 19 mars 2003, il rend sa décision huit jours plus tard, le 26 mars 2003²⁰⁶ et déclare qu'il « ne tient ni de l'article 61, ni de l'article 89, ni d'aucune autre disposition de la Constitution le pouvoir de statuer sur une révision constitutionnelle ».

Le Conseil a donc tranché. Vite et avec économie. Cette décision d'incompétence, juridiquement possible mais pas juridiquement obligatoire, n'allait pas de soi au regard de la jurisprudence inaugurée en 1992. Il est vrai qu'en se déclarant compétents les juges constitutionnels auraient été obligés de dire soit que le respect de la forme républicaine impliquait une organisation unitaire de la République – et donc, de censurer la loi de révision – soit qu'une organisation décentralisée est compatible avec la forme républicaine – et donc, de valider la loi de révision. La déclaration d'incompétence pourrait alors se comprendre aussi par des raisons « internes », comme le moyen d'éviter à des juges trop divisés sur le sujet de se prononcer sur les implications constitutionnelles de la forme républicaine du gouvernement.

Le débat sur le contrôle des lois constitutionnelles est-il pour autant clos ? Au regard de l'incidence du droit européen sur le droit interne, y compris sur les dispositions constitutionnelles, l'immunité contentieuse des révisions constitutionnelles est loin d'être acquise²⁰⁷. Dans une perspective de droit constitutionnel européen²⁰⁸ ou à partir d'une ouverture que l'on peut déceler dans la décision relative au traité de Maastricht²⁰⁹, ce contrôle est parfois envisagé en doctrine. Corrélativement, la réserve de constitutionnalité construite dans le cadre du contrôle des lois de transposition des directives européennes renouvelle la réflexion sur

■ 206. CC 2003-469 DC, 26 mars 2003, R. p. 293.

■ 207. CJCE 11 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, Rec. CJCE, p. 1125 ; CJCE 11 avril 1978, *Commission c/Italie*, aff. 100/77, Rec. CJCE, p. 879 ; CJCE 2 juillet 1996, *Commission c/Luxembourg*, aff. C-473/93, Rec. CJCE, I, p. 3207 ; CJCE 11 janvier 2000, *Kreil*, aff. C-285-98, Rec. CJCE, I, p. 69.

■ 208. J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, « Contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles et droit européen : débat sur une nouvelle piste », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 27, 2009, p. 52.

■ 209. P. BLACHÈRE, « Le contrôle par le Conseil constitutionnel des lois constitutionnelles », *RDJ*, 2016, p. 545.

l'identification de normes constitutionnelles qui bénéficieraient d'une protection spécifique²¹⁰. De plus, de nombreuses illustrations de droit comparé démontrent qu'un contrôle des lois de révisions de la Constitution n'est pas inconcevable. Que ce soit, par exemple, en Allemagne, en Italie, en Afrique du Sud ou en Bosnie-Herzégovine, un contrôle est prévu selon des modalités diverses²¹¹. Sur le fondement de dispositions constitutionnelles prévoyant un simple contrôle formel des amendements constitutionnels, la Cour constitutionnelle turque exerce désormais un contrôle de fond qui a par exemple permis de censurer en 2008 l'intégralité d'un amendement pour méconnaissance du principe de laïcité qui figure parmi les règles constitutionnelles intangibles²¹². Ainsi, au-delà de l'incompétence du Conseil constitutionnel affirmée par la décision du 26 mars 2003, la réflexion continue ; tôt ou tard la question lui sera à nouveau posée et il n'est pas acquis que la réponse soit identique.

BIBLIOGRAPHIE

1. Sur l'accès au Conseil :

■ J. BENETTI, « La saisine parlementaire (au titre de l'article 61 de la Constitution) », *NCCC*, n° 38, 2013, p. 84 ■ G. CANIVET, « Experts et procédure : l'*amicus curiae* », *Revue de droit d'Assas*, n° 6, octobre 2012, p. 90 ■ D. CHAMUSSY, « Le Parlement et la QPC », *NCCC*, n° 47, 2015, p. 45 ■ G. CARCASSONNE, « Les "non-saisines" », in D. MAUS, A. ROUX (dir.), *30 ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, Economica-PUAM, 2006, p. 45 ■ L. DOMINGO, D. RIBES (dir.), « 40 ans de saisine parlementaire », Dossier, *NCCC*, n° 48, 2015, p. 93 s. et n° 49, 2015, p. 71 s. ■ O. DUHAMEL, « La QPC et les citoyens », *Pouvoirs*, 2011-2, n° 137, p. 188 ■ L. FAVOREU (dir.), *Vingt ans de saisine parlementaire*, Economica-PUAM, Paris, Aix-en-Provence, 1995 ■ P. JAN, *La saisine du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 1999 ■ D. MAUS et A. ROUX (dir.), *30 ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, Economica-PUAM, 2006 ■ S. MENÉTREY, « L'encadrement des observations en intervention devant le Conseil constitutionnel », *Dalloz actualité*, 13 juillet 2011 ■ E. PIWNICA, « L'appropriation de la question prioritaire de constitutionnalité par ses acteurs », *Pouvoirs*, 2011/2, n° 137, p. 169 ■ F. ROUVILLOIS, « Retour sur la non-saisine du Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2006, p. 457 ■ E. THIERS, « Le syndrome "Benjamin Franklin" ou comment la QPC détermine,

■ 210. A. LEVADE, « Contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles et droit européen : débat sur une nouvelle piste », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 27, 2009, p. 48.

■ 211. V. l'ensemble des contributions rassemblées sur « Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 27, 2009, pp. 3-58.

■ 212. Cour constitutionnelle 2008/116 du 5 juin 2008. V. également Cour constitutionnelle, 2010-87, 7 juillet 2010. Sur l'ensemble de cette question et notamment les conséquences politiques de ces décisions, cf. E. SALES, « La protection du principe constitutionnel de laïcité par la Cour constitutionnelle turque », *RDP*, 2009, p. 1649 et « La laïcité en droit constitutionnel turc », janvier 2016, disponible sur le site du Centre de droit public comparé de Paris II ; I. Ö. KABOGLU, E. SALES, *Le droit constitutionnel turc. Entre coup d'État et démocratie*, L'Harmattan, 2015, p. 95.

parfois, la saisine parlementaire du Conseil constitutionnel», *NCCC*, n°48, 2015, p. 113 ■ G. VEDEL, «L'accès des citoyens au juge constitutionnel. La porte étroite», *La vie judiciaire*, 11-17 mars 1991, p. 1.

2. Sur le contrôle des lois de mise en œuvre du droit communautaire :

■ J.-C. BARBATO, J.-D. MOUTON (dir.), *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, Bruylant, 2010 ■ J. BONNET, F. COULÉE, A. ROBLOT-TROIZIER (dir.), « Identité constitutionnelle de la France et protection internationale des droits de l'homme », *Revue générale de droit international public*, 2014, n° 3, p. 481 ■ L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Pedone, 2011 ■ P. CASSIA, E. SAULNIER-CASSIA, « Rapports entre la Constitution et le droit communautaire », *DA*, n° 10, oct. 2006, comm. 155 ■ V. CONSTANTINESCO, « La confrontation entre identité constitutionnelle européenne et identités constitutionnelles nationales – Convergence ou contradiction ? Contrepoint ou hiérarchie ? », in *Mélanges Ph. Manin*, Pedone, 2010, p. 79 ■ J.-P. DEROSIER, *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne. Étude comparée : Allemagne, France, Italie*, LGDJ, 2015 ■ O. DUBOS, « Inconciliable primauté : l'identité nationale : sonderweg et self-restraint au service du pouvoir des juges ? », in L. POTVIN-SOLIS (dir.), *La conciliation entre les droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, Bruylant, 2012 ■ « Adaptation européenne des législations nationales et système juridique étatique : quelle alchimie ? », *LPA*, 4 octobre 2004, n° 198, p. 6 ■ E. DUBOUT, « Les Règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France » : une supra-constitutionnalité ? », *RFDC*, 2010/3, n° 83, p. 451 ■ C. GREWE, « Constitutions nationales et droit de l'Union européenne », *Rép. Communautaire*, Dalloz, 2009 ■ M. GUYOMAR, D. SIMON, « La hiérarchie des normes en Europe », *GP*, 11 févr. 2009, n° 42-43, p. 11 ■ A. LEVADE, « Le Conseil constitutionnel et l'Union européenne », *CCC*, Dalloz, 2009, Hors-Série, p. 63 ■ « Identités constitutionnelles et hiérarchies », *AJJC*, 2010, vol. XXVI, p. 453 ■ « Identité constitutionnelle et exigence existentielle : comment concilier l'inconciliable », in *Mélanges Ph. Manin*, Pedone, 2010, p. 109 ■ S. MARTIN, « L'identité de l'État dans l'Union européenne : entre identité nationale et identité constitutionnelle », *RFDC*, 2013/3, n° 91, p. 13 ■ B. MATHIEU, M. VERPEAUX, F. MELIN-SOUCRAMANIEN (dir.), *Constitution et construction européenne*, Dalloz, Thèmes et commentaires, Cahiers constitutionnels de Paris I, 2006 ■ C. MAUGÛE, « Le Conseil constitutionnel et le droit supranational », *Pouvoirs*, n° 105, 2003, p. 53 ■ F.-X. MILLET, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, LGDJ, 2013 ■ J.-D. MOUTON, « Réflexions sur la prise en considération de l'identité constitutionnelle des États membres de l'Union européenne », in *Mélanges Ph. Manin*, Pedone, 2010, p. 145 ■ M.-C. PONTTHOREAU « Constitution européenne et identités constitutionnelles nationales », VII^e Congrès mondial de l'AIDC, Athènes, 11-15 juin 2007 ■ M.-F. VERDIER, « Le Conseil constitutionnel face au droit supranational. Une fragilisation inéluctable », in *Mélanges Lavroff*, Dalloz, 2005, p. 297.

3. Sur le non-contrôle des lois référendaires et constitutionnelles :

■ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, « Contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles et droit européen : débat sur une nouvelle piste », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 27, 2009, p. 52 ■ P. BLACHÈR, « Le contrôle par le Conseil constitutionnel des lois constitutionnelles », *RDP*, 2016, p. 545 ■ S. DIÉMERT, « Le référendum législatif d'initiative minoritaire dans

l'article 11, révisé, de la Constitution », *RFDC*, 2009, p. 55 ■ M. DUVERGER, « Le vaudeville du Sénat », *Le Monde* du 31 juillet 1984 ■ M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, *Le contrôle du référendum par la justice constitutionnelle*, Economica, PUAM, 2004 ■ « La décision du Conseil constitutionnel du 24 mars 2005, Hauchemaille et Meyet : un nouveau pas en matière de contrôle des référendums », *RFDA*, 2005, p. 1040 ■ « Le rôle du peuple est-il renforcé ? », *RFDC*, 2008, hors-série, p. 133 ■ M. FROMONT, *Justice constitutionnelle comparée*, Dalloz, 2013, p. 362 s. ■ C. GESLOT, « La mise en œuvre du référendum d'initiative minoritaire », *AJDA*, 2014 p. 893 ■ F. HAMON, « La nouvelle procédure de l'article 11 : un « vrai faux référendum d'initiative populaire » », *LPA*, 2008, n° 254, p. 16 ■ *Le référendum. Étude comparative*, LGDJ, 2e éd., 2012 ■ M. HAULBERT, « Le référendum d'initiative « partagée » : représentants versus représentés ? », *RDP*, n° 6, 2014, p. 1639 ■ A. LEVADE, « Contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles et droit européen : débat sur une nouvelle piste », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 27, 2009, p. 48 ■ F. LUCHAIRE, « Oui au référendum », *Le Monde* du 4 août 1984 ■ S. PINON, « Improbable loi organique, impossible initiative populaire », *AJDA*, 2009, p. 2002 ■ M. VERPEAUX, « Le nouveau référendum : mythe et réalités », *JCP Adm.*, 2014, n° 5, p. 219 ■ Voir l'ensemble des contributions rassemblées sur « Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 27, 2009, pp. 3-58.

4. Sur les régimes particuliers du contrôle de constitutionnalité :

■ P. AVRIL, J. GICQUEL, J.-E. GICQUEL, *Droit parlementaire*, Montchrestien, 2014 ■ C. BLUMANN, « L'article 54 de la Constitution et le contrôle de la constitutionnalité des traités », *RGDIP*, 1978, pp. 537-618 ■ V. COUSSIRAT-COUSTERE, « Le Conseil constitutionnel et l'élection au suffrage universel direct de l'Assemblée européenne », *AFDI*, 1976, pp. 806-821 ■ S. DE CAQUERAY, *Le Conseil constitutionnel et les règlements des assemblées*, Economica-PUAM, 2001 ■ C. EMERI et J.-L. SEURIN, « Vie et droit parlementaires », *RDP*, 1970, p. 677 ■ L. FAVOREU, « Le Conseil constitutionnel et le droit international », *AFDI*, 1977, pp. 97-102 ■ P. GAÏA, *Le Conseil constitutionnel et l'insertion des engagements internationaux dans l'ordre juridique interne*, Economica, 1991 ■ G. GREWE, H. RUIZ FABRI, « Le Conseil constitutionnel et l'intégration européenne », *RUDH*, 1992, p. 277 ■ L. HAMON, « Quand les Assemblées parlementaires ont des juges », *D.* 1959, chron., p. 255 ■ F. LUCHAIRE, « Commentaire de l'art. 54 de la Constitution », *La Constitution de la République française*, Economica, 1979, t. II, pp. 710-713 ■ « Le contrôle de constitutionnalité des engagements internationaux et ses conséquences relatives à la Communauté européenne », *RTDE*, 1979, pp. 391-428 ■ B. MATHIEU, M. VERPEAUX (dir.), *Les lois organiques et la mise en œuvre de la révision constitutionnelle*, Dalloz, 2009 ■ P. LE MIRE, « Article 46 », in F. LUCHAIRE, G. CONAC, X. PRÉTOT, *La Constitution de la République française*, Economica ■ NGUYEN QUOC DINH, « Le Conseil constitutionnel français et les règles de droit public international », *RDGIP*, 1976, pp. 1003-1007 ■ J. RIDEAU, « Constitution et droit international dans les États membres des Communautés européennes », *RFDC*, 1990, p. 259 ■ M. ROUSSET, « La loi organique dans la Constitution du 4 octobre 1958 », *S.* 1960, chron., p. 1 ■ D. RUZIE, « Le nouveau règlement de l'Assemblée nationale », *RDP*, 1959, p. 863 ■ F. SAVONITTO, « Les lois de programmation du vingtième alinéa de l'article 34 de la Constitution : une nouveauté à abandonner », *RDP*, 2012, p. 113 ■ Ch. SIRAT, « La loi organique et la Constitution de 1958 », *Dalloz*, 1960, p. 155 ■ L. VIER, « Le contrôle du Conseil constitutionnel sur les règlements des Assemblées », *RDP*, 1972, p. 165.

CHAPITRE II

UN ACCÈS RESTREINT DANS LE CONTENTIEUX DE LA QPC

182 Longtemps attendue, souvent redoutée, la question prioritaire de constitutionnalité a été introduite en droit français par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, définie dans ses modalités par la loi organique du 10 décembre 2009, validée par la décision du Conseil constitutionnel du 3 décembre 2009 et entrée en application le 1^{er} mars 2010. Sans doute une révolution juridique qui devrait marquer l'avènement d'une culture de la Constitution dans un pays pétri par la culture de la loi. Il faudra donc du temps et de l'intelligence pour que se développe cette nouvelle voie de droit qui doit respecter un ensemble de conditions (section 1). L'examen de ces conditions fait l'objet d'un jugement (section 2), différent du jugement « au fond » de la QPC.

SECTION I

LES CONDITIONS DE RECEVABILITÉ DE LA QPC

183 La « recevabilité » de la QPC ne doit pas s'entendre au sens du droit administratif, c'est-à-dire comme les règles qui conditionnent l'examen au fond des différents recours, par exemple l'irrecevabilité des autorités administratives à demander au juge le prononcé d'une mesure qu'elles ont le pouvoir de prendre¹. Dans le contentieux constitutionnel, la recevabilité doit se lire au sens de l'article 61-1 de la Constitution et des dispositions organiques : est recevable, et peut être transmise (à la Cour de cassation et au Conseil d'État) ou renvoyée (au Conseil constitutionnel), la QPC qui respecte certaines exigences posées par

■ 1. V. not. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Domat-Montchrestien, 2004, p. 373. V. également L. DUTHELLET DE LAMOTHE et G. ODINET, « La recevabilité des moyens en contentieux administratif », *AJDA*, 2016, p. 479 : « La recevabilité tient à une question extérieure et antérieure aux questions de fond ».

les textes. Plus précisément, il est possible de distinguer deux sortes de conditions : les conditions « externes » à la QPC, c'est-à-dire celles qui entourent la question posée sans y être directement rattachée (§I), et les conditions « internes » à la QPC, c'est-à-dire celles qui sont propres à la QPC elle-même (§II).

§ 1. | LES CONDITIONS EXTERNES DE RECEVABILITÉ

184 Deux conditions externes sont exigées pour admettre la recevabilité des QPC : la question doit être posée devant une « juridiction » (A) et par un « justiciable » (B).

A. | LES JUGES CONCERNÉS

185 *La QPC n'est pas un recours direct.* L'article 61 donne au justiciable le droit de soulever une question de constitutionnalité devant le juge ordinaire, il ne donne pas au citoyen le pouvoir de saisir directement le Conseil (sauf le cas très particulier où les juges suprêmes n'ont pas renvoyé la QPC dans les délais impartis)². En d'autres termes, la constitutionnalité d'une loi ne peut être contestée qu'à l'occasion de son application contentieuse à un cas particulier. L'article 61-1 de la Constitution précise que les QPC sont posées devant « toute juridiction », sans autre indication. Il ajoute, comme la loi organique, que cette juridiction doit dépendre soit de la Cour de cassation, soit du Conseil d'État.

1. | La notion de « juridiction »

186 D'une façon générale, un « juge » est un tiers impartial qui tranche un différend, qui résout un conflit, qui « vide la dispute »³. Il peut être privé ou public, judiciaire ou administratif, unique ou collégial, spécialisé ou général... L'article 61-1 de la Constitution ne fait ici aucune distinction : en théorie tous les « juges » sont concernés par la QPC et c'est donc la jurisprudence qui est venue, au gré des affaires, dessiner avec plus de netteté ce qu'il fallait entendre par « juridiction » au sens des dispositions constitutionnelles.

187 Rapidement s'est posé le problème des *juridictions arbitrales*, c'est-à-dire des juges désignés par les parties elles-mêmes, sur la base d'une convention passée entre elles, et dont la mission est de régler un différend dans une affaire donnée. Sans doute, ces juges ne sont pas des juges ordinaires, des juges du service public⁴, investis par l'État et chargés par lui de rendre la justice « au nom du peuple français ». Mais cela n'exclut en rien, du moins en principe, leur caractère de

■ 2. V. *infra* n° 243. V. également S. GOTTOT, « Les saisines directes du Conseil constitutionnel : vers une remise en cause de l'unité procédurale de la question prioritaire de constitutionnalité ? », *RFDA*, 2015, p. 589.

■ 3. S. GUINCHARD *et alii*, *Droit processuel*, Dalloz, 2013, p. 77.

■ 4. « L'arbitre se place, par définition, quand il juge, en dehors du service public, lors même qu'il en serait personnellement issu », J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction*, PUF, 1955, 21^e éd. 1992, p. 162.

juridiction : une justice, même si elle est privée, même si elle est contractuelle et limitée aux seules parties, reste une justice dès lors qu'elle tranche des prétentions juridiques. En dépit de ces arguments, la Cour de cassation a jugé, dans un premier temps, que les juridictions arbitrales ne pouvaient connaître du contentieux de la QPC : « l'arbitre investi de son pouvoir juridictionnel par la volonté commune des parties ne constitue pas une juridiction relevant de la Cour de cassation au sens de l'article 23-1 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel »⁵. Selon la Cour de cassation, seuls les juges publics, les juges étatiques, peuvent donc filtrer une question de droit qui met en jeu la Constitution et les droits et libertés qui lui sont associés⁶.

Au niveau européen, pourtant, la solution est plus subtile : la Cour de justice de l'Union européenne estime qu'un tribunal arbitral « établi par la loi », c'est-à-dire obligatoirement saisi par les parties, est pleinement compétent pour poser, devant elle, une question préjudicielle dès lors que ce tribunal répond aux caractéristiques habituelles d'un juge « ordinaire » : impartialité, indépendance, procédure contradictoire⁷. Apparaît donc, pour la Cour de justice, une distinction entre d'une part les arbitres « obligatoires » habilités à poser une question préjudicielle et les arbitres « volontaires », librement saisis par les justiciables, qui sont privés de cette faculté. C'est peut-être cette jurisprudence européenne qui a poussé la Chambre sociale de la Cour de cassation à nuancer sa position en 2012 et à admettre une QPC formulée à l'occasion d'un litige formé devant la « commission arbitrale des journalistes »⁸. Ce juge arbitral bénéficie d'un statut particulier en ce qu'il est *obligatoirement* saisi des questions portant sur la fixation de l'indemnité de congédiement des journalistes professionnels (art. L. 7112-4 C. trav.).

Une autre catégorie d'institution a fait débat aux premières heures d'application de la QPC : les *autorités administratives indépendantes* (AAI). Ces autorités, très en vogue ces dernières années, sont des institutions administratives qui se caractérisent par une originalité : elles ne sont pas soumises au pouvoir hiérarchique et sont donc « indépendantes » à l'égard du gouvernement et de l'administration en général. Or, l'élément fondamental de définition d'un juge est justement son caractère indépendant : sans cette indépendance, il ne peut trancher de façon neutre et désintéressée, il ne peut résoudre le différend en toute objectivité et de façon impartiale. En cela, les AAI sont aussi, d'une certaine manière, des « juridictions ». Mais cette indépendance reste très relative : les membres des AAI ne bénéficient pas du statut de « magistrat », les procédures suivies devant ces autorités ne respectent pas toujours les – nombreuses – contraintes qui enserrent un procès ordinaire, et les parties elles-mêmes ne jouissent pas des mêmes garanties devant l'Autorité de la concurrence ou le Défenseur des droits que devant un juge judiciaire. Pour ces

■ 5. Com., QPC, 28 juin 2011, n° 11-40.030, Dalloz actualité, 4 juillet 2011, obs. A. LIENHARD.

■ 6. Cette solution a été critiquée : « S'il est exact que l'arbitre ne relève pas de la Cour de cassation, il est une juridiction à part entière et devrait donc pouvoir former une question prioritaire de constitutionnalité s'il le souhaite », D. 2011. 3023, obs. T. CLAY.

■ 7. CJUE 13 février 2014, *Merck Canada*, aff. C-555/13 ; *RTD civ.* 2014, p. 434, obs. P. THÉRY ; *Gaz. Pal.* 27-28 juin 2014, p. 13, obs. D. BENSUADE ; *D.* 2014, p. 2541, obs. T. CLAY.

■ 8. Cass. soc., 9 mars 2012, 4 arrêts ; et CC 2012-243/244/245/246 QPC, 14 mai 2012, JO 15 mai 2012, p. 9097.

différentes raisons, le caractère juridictionnel des AAI est souvent écarté par le législateur, par les Cours suprêmes françaises⁹ et même par la Cour européenne des droits de l'homme¹⁰. En dépit de cela, la « Commission des sanctions de l'Autorité de contrôle prudentiel », généralement qualifiée d'AAI par la doctrine, s'est autorisée à examiner une QPC dans sa décision du 13 mai 2011 en estimant que la loi lui avait donné le statut de « juridiction administrative spéciale de première instance »¹¹. Mais le Conseil d'État a rapidement corrigé cette « mauvaise » lecture des dispositions législatives en estimant que la Commission des sanctions était simplement, selon lui, « une autorité administrative indépendante »¹². Et donc qu'elle ne pouvait contrôler la recevabilité des QPC.

Plus curieusement, s'est posée la question de savoir si une QPC pouvait être soulevée à l'occasion d'une instance... qui n'existait pas ! Ou plutôt qui n'existait *plus* en raison d'une déclaration de « non-lieu à statuer » faite par le juge du fond, d'un désistement de l'auteur de la question ou de la disparition de l'acte administratif à l'origine du procès. Dans ce cas, estime le Conseil d'État, la QPC devient tout simplement sans objet et il est naturel qu'elle ne soit pas examinée¹³. Dans le même ordre d'idée, il arrive fréquemment que le Conseil constitutionnel soit saisi de plusieurs QPC portant sur la même disposition dans un intervalle de temps relativement court. Le bon sens commande évidemment de ne pas statuer plusieurs fois sur la même disposition ; par conséquent, dès lors qu'une décision a été rendue sur la disposition litigieuse, le Conseil regroupe toutes les QPC ayant le même objet et déclare un « non-lieu à statuer » pour l'ensemble¹⁴.

188 Enfin, le droit consacre de *nombreuses* « autorités » et « commissions » qui sont des émanations des tribunaux ordinaires et dont le caractère de juridiction pouvait prêter à discussion. Par exemple, lorsqu'un justiciable conteste une décision d'un « bureau d'aide juridictionnelle » défavorable, il peut exercer un recours contre cette décision qui est examiné par le président du tribunal compétent pour connaître de l'action envisagée, par exemple le président d'une cour d'appel ou le président de la section du contentieux du Conseil d'État. Et de jurisprudence constante, il est admis que la décision rendue à cette occasion est une simple « décision d'administration judiciaire » selon les mots du Conseil d'État¹⁵. Elle ne peut donc faire l'objet d'une QPC¹⁶. À l'inverse, la Cour de cassation accepte d'examiner les questions

■ 9. Cass. Ass. plén. *COB c/Oury*, 5 févr. 1999, JCP G, 1999, II, 10060 ; CE Ass., 3 décembre 1999, *Didier*, n° 207434 ; CC 2000-433 DC, 27 juillet 2000, JO 2 août 2000, p. 11922.

■ 10. Sur la notion de « tribunal », v. CEDH, 27 août 1991, *Demicoli c/Malte*, Série A, n° 210.

■ 11. Décision n° 2010-06 *bis* du 13 mai 2011 ; Y. PACLOT, « De la nature de la commission des sanctions de l'ACP et de quelques autres questions... », *Revue de Droit bancaire et financier*, n° 5, Septembre 2011, alerte 26.

■ 12. CE 30 janvier 2013, *Caisse de crédit municipal de Toulon*, n° 347357.

■ 13. CE 4 février 2013, *Laurent*, n° 362163 ; v. également Cass. Civ. 3^e, 30 juin 2011, n° 11-40.020 et CE 18 décembre 2015, *Commune d'Argenteuil*, n° 3993663 (dans cette dernière décision, l'acte administratif était devenu « sans effet »).

■ 14. Not. CC 2010-36/46 QPC, 6 août 2010, JO 7 août 2010, p. 14618. Sur cette question, v. J. BENETTI, « Échec au renvoi : les décisions QPC de non-lieu à statuer », *RDP*, 2012, p. 593.

■ 15. « Les décisions d'administration judiciaire par lesquelles les présidents de juridiction statuent sur de telles demandes sont sans recours », CE 22 janvier 2003, *M. X.*, n° 244177.

■ 16. CC 2014-440 QPC, 21 novembre 2014, JO 23 novembre 2014, p. 19679.

posées devant la « commission de révision »¹⁷, devant la « commission nationale de réparation des détentions et des assignations à résidence »¹⁸ ou devant la « commission d'indemnisation des victimes d'infraction »¹⁹. Dans tous les cas, il s'agit bien ici de « juridictions » au sens de l'article 61-1 de la Constitution, même si ces entités sont rattachées, d'un point de vue organique, à un autre tribunal.

189 Pour tous les autres cas, la QPC est donc admise, y compris pour les juges intervenants en urgence, en référé²⁰, en appel, en cassation même, couvrant ainsi toutes les juridictions de première instance, de droit commun – tribunal d'instance, tribunal administratif... – ou spécialisées – tribunal de commerce, conseil de prud'hommes, juge des enfants... – les juridictions financières ou la justice militaire. En réalité, le moment de l'intervention du juge dans le procès importe peu : il faut et suffit que la QPC soit formée devant une « juridiction ». En ce sens, par exemple, il est parfaitement envisageable, pour les justiciables, de soulever une question lors de la mise en œuvre d'un simple acte d'instruction²¹.

Une seule limite, posée par l'article 23-1 de la loi organique : il est impossible de former une QPC à l'occasion d'un procès devant une *cour d'assises*. Cette limitation s'explique par plusieurs arguments : présence d'un jury populaire, interdiction de « suspendre » un procès d'assises en application du principe de continuité des débats, intérêt pour la conduite du procès criminel de voir réglées avant son ouverture les questions de droit et de procédure. En revanche, la loi organique précise qu'une QPC peut être posée à l'occasion soit d'un appel formé contre la décision de la cour d'assises, soit d'un recours en cassation formé contre une décision d'appel de cour d'assises. Dans ce cas, la QPC est transmise directement à la Cour de cassation. Dans sa décision du 3 décembre 2009, le Conseil a également précisé que la QPC peut être posée au cours de l'instruction pénale qui précède le procès criminel, c'est-à-dire devant le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention auxquels la loi organique ne reconnaît cependant pas le pouvoir de statuer mais seulement de renvoyer la QPC à l'examen de la chambre de l'instruction.

2. Une juridiction relevant de la Cour de cassation ou du Conseil d'État

190 Selon l'article 23-1 de la loi organique du 10 décembre 2009, la QPC est nécessairement posée devant une juridiction qui « relève » de l'une des deux Cours suprêmes françaises. Normalement, toutes les juridictions en France dépendent de

■ 17. Comm. Rév., 4 juillet 2013, n° 13REV078 : « la chambre criminelle statuant comme cour de révision, des requêtes qui lui paraissent pouvoir être admises, et qui peut à tout moment ordonner la suspension de l'exécution d'une condamnation en soumettant éventuellement la personne condamnée à un certain nombre d'obligations et interdiction, est une juridiction relevant de la Cour de cassation ».

■ 18. CNRD, 9 juillet 2014, n° 14CRD024 : « Attendu que la commission, qui statue en tant que juridiction civile, est une juridiction relevant de la Cour de cassation au sens de l'article 23-1 de la loi organique du 10 décembre 2009 ».

■ 19. Cass. Civ 2^e, 5 septembre 2013, n° 13-40037 : « Attendu qu'une commission d'indemnisation des victimes d'infractions a ordonné la transmission à la Cour de cassation de la question suivante : (...) ».

■ 20. CE, ord., 16 juin 2010, *Diakité*, n° 340250 (référé-liberté) ; CE, ord., 21 octobre 2010, *Conférence nationale des présidents des unions régionales des médecins libéraux*, n° 343527 (référé-suspension).

■ 21. CE 4 mars 2011, *Jean-Claude A*, n° 344766.

la Cour de cassation ou du Conseil d'État : droit privé d'un côté et droit public de l'autre avec, pour chacune des branches du droit, « son » juge suprême qui structure et harmonise l'interprétation des juridictions inférieures. À cela peu d'exceptions. Trois cas, néanmoins, ont fait l'objet de controverses et de débats : le Tribunal des conflits, la Haute Cour et le Conseil constitutionnel lui-même.

— Pour ce qui concerne le Tribunal des conflits, il s'est lui-même « exclu » du contentieux de la QPC en estimant « qu'une telle question ne peut être présentée devant lui »²². Raisonement logique, de bon sens, puisque le Tribunal des conflits n'est soumis à aucune des deux Cours « suprêmes » françaises. Mais raisonnement qui étonne dans la mesure où le Tribunal des conflits a accepté d'écarter des dispositions législatives qui sont contraires... à la Convention européenne des droits de l'homme²³ ! Preuve qu'il peut être pleinement un juge des droits et libertés. Preuve aussi que la question des droits fondamentaux n'est pas totalement absente de la jurisprudence du Tribunal des conflits, contrairement à ce que soutenait Mme le garde des Sceaux lors des débats parlementaires en 2008²⁴.

— Pour la Haute Cour, chargée prononcer la destitution du Président de la République en vertu de l'article 68 de la Constitution, le Conseil a estimé dans sa décision « DC » du 19 novembre 2014²⁵, qu'elle « ne constitue pas une juridiction chargée de juger le Président de la République pour des infractions commises par lui en cette qualité, mais une assemblée parlementaire compétente pour prononcer sa destitution ». L'affirmation est pour le moins ferme et il est donc peu probable, si le cas se présente, qu'une QPC soit admise devant cette institution très particulière.

— Plus délicate était la question du Conseil constitutionnel lui-même. Non pas le Conseil qui censure les lois, qui juge les QPC, mais le Conseil dans un autre costume, celui de juge électoral. Dans ce cas, le Conseil constitutionnel est un juge comme les autres, un juge concret, ordinaire, avec des parties, des faits... et des instruments de procédure comme la QPC. Ici, il est donc une « juridiction » au sens de la loi organique. Néanmoins, il ne relève absolument pas de la Cour de cassation ou du Conseil d'État ; il est en quelque sorte « en dehors » des deux ordres de juridictions. Une lecture stricte de la loi organique empêchait donc toute application du mécanisme de la QPC au contentieux électoral formé devant le Conseil constitutionnel. Étonnamment²⁶, ce dernier a néanmoins choisi une solution inverse dans sa décision du 12 janvier 2012²⁷, confirmée par l'article 16-1 du

■ 22. TC 4 juillet 2011, *Bidalou*, n° 3803 ; N. NIVERT, « Une réforme à faire ? Plaidoyer pour l'extension de la question prioritaire de constitutionnalité devant le Tribunal des conflits », *RFDA*, 2015, p. 343.

■ 23. TC 13 décembre 2010, *Société Green Yellow et autres*, n° 3800 : « En principe, il n'appartient pas au Tribunal des conflits, dont la mission est limitée à la détermination de l'ordre de juridiction compétent, de se substituer aux juridictions de cet ordre pour se prononcer sur le bien-fondé des prétentions des parties ; qu'en revanche, il lui incombe de se prononcer sur un moyen tiré de la méconnaissance des stipulations d'un traité lorsque, pour désigner l'ordre de juridiction compétent, il serait amené à faire application d'une loi qui serait contraire à ces stipulations ».

■ 24. « La question de savoir si une loi porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution ne se pose jamais devant le Tribunal des conflits », Mme Rachida DATI, garde des Sceaux, Sénat, séance du 24 juin 2008.

■ 25. CC 2014-703 DC, 19 novembre 2014, JO 25 novembre 2014, p. 19698.

■ 26. V. les critiques de P. CASSIA, « Le Conseil constitutionnel, saisi comme juge ordinaire, est habilité à statuer directement sur une QPC », *D.* 2012. 327.

■ 27. CC 2011-4538 SEN, 12 janvier 2012, JO, 14 janvier 2012, p. 750.

règlement intérieur sur le contentieux électoral²⁸, en admettant la recevabilité d'une QPC. Dans ce cas, le Conseil « reçoit » et « juge » la question en même temps, comme le ferait un tribunal dans le cadre d'un contrôle de constitutionnalité diffus. Cela ne le dispense pas, évidemment, de contrôler toutes les conditions de recevabilité des QPC²⁹, avec parfois une souplesse originale, notamment dans le cas où il dispense les requérants de produire un écrit « distinct » ! Il est vrai que, dans le cas précis d'un litige électoral, il n'est plus guère nécessaire de distinguer les deux contentieux avec un écrit « distinct » – contentieux principal et contentieux de la QPC – puisque le juge du fond de l'affaire est aussi le juge de la question de constitutionnalité³⁰. Il faut aussi souligner que si la QPC est posée en amont de la saisine du Conseil, il reviendra alors au juge administratif saisi au fond de renvoyer la question directement au Conseil constitutionnel, et non pas au Conseil d'État³¹. En tout état de cause, les affaires QPC dans ce domaine restent exceptionnelles (moins d'une dizaine depuis 2010).

B. LES JUSTICIABLES CONCERNÉS

1. La notion de « parties »

191 L'article 61-1 de la Constitution ne livre aucune précision concernant les personnes habilitées à poser une QPC ; il ne parle pas de « partie », ni même de « justiciable », et se contente d'une formulation large : « lorsque, à l'occasion d'une instance en cours, *il* est soutenu qu'une disposition... ». La loi organique est plus bavarde : elle évoque des « personnes » à l'article 23-3, ou encore des « parties » à l'article 23-11 (« la décision est notifiée aux parties »).

Le Conseil constitutionnel, de son côté, mobilise expressément le terme de « partie » dans sa décision du 3 décembre 2009 en jugeant que la Constitution « impose de réserver aux seules *parties* à l'instance le droit de soutenir qu'une disposition porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit » (cons. 9). Affirmation qui, du reste, est discutable puisque – justement – l'article 61-1 de la Constitution ne prescrit rien à ce sujet. Quoi qu'il en soit, suivant les pas du Conseil, il est possible de dire que la QPC est ouverte à toutes les *parties* aux procès. Encore faut-il, évidemment, savoir ce qu'est une « partie ».

Le terme est large ; il brouille les frontières et vise sans distinction tous les intervenants dans un procès. Demandeur, défendeur, appelant, intimé ou opposant : il

■ 28. La disposition a été introduite par la décision du 22 février 2013. Voir C. RICHAUD, « La QPC à l'épreuve du contentieux électoral », *Constitutions*, 2015 p. 277.

■ 29. Article 16-1 du règlement applicable à la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour le contentieux de l'élection des députés et des sénateurs : « Le Conseil peut toutefois, par décision motivée, rejeter sans instruction contradictoire préalable les questions prioritaires de constitutionnalité qui ne réunissent pas les conditions prévues par la seconde phrase du troisième alinéa de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 ».

■ 30. A.-L. CASSARD-VALEMBOS, « Précisions sur la recevabilité d'une QPC posée devant le Conseil constitutionnel, juge électoral », *Constitutions*, 2013, p. 271.

■ 31. CC 2014-4909 SEN, 23 janvier 2015, JO 25 janvier 2015, p. 1154. Voir *infra* n° 507 sur l'intervention du tribunal administratif dans le contentieux électoral relevant de la compétence du Conseil constitutionnel.

existe en réalité, pour chacun, une place bien déterminée dans le litige, une « qualité processuelle » qui donne des droits et des prérogatives, qui impose des contraintes et interdit des actions. Mais de cela, la QPC ne tient pas compte : toutes les « parties » au procès peuvent normalement poser des QPC et la jurisprudence ne distingue jamais selon la nature de la personne qui contribue à l'instance. Dans tous les cas, le principe est le suivant : la recevabilité de la QPC suit toujours la recevabilité de la requête au fond, et dès lors que la personne concernée a qualité pour agir en pratique, elle a qualité pour soulever une QPC. Autrement dit, la recevabilité des QPC dépend en premier lieu de la recevabilité du recours principal³² – la question de constitutionnalité n'étant qu'un « moyen » de droit permettant de faire valoir une prétention.

Dans la décision du 30 mars 2015³³, le Conseil d'État se prête au jeu – assez inhabituel – des définitions. Il précise qu'une partie à l'instance se définit comme toute « personne qui a été invitée par la juridiction à présenter des observations ». Et de la sorte, il semble ouvrir le contentieux de la QPC à tous les participants au procès sans distinguer le moment ou la nature de l'intervention. Il reste que cette définition est très dépendante du droit administratif dans la mesure où bien des contentieux en France ne correspondent pas à la situation d'un juge qui « invite » les parties à « présenter des observations ». Il s'agit là d'un aspect du procès *objectif* fait à un acte – l'acte administratif – et dans lequel les parties ont un rôle si ce n'est insignifiant – il faut bien un litige à l'origine de l'affaire –, à tout le moins accessoire : c'est en effet le juge qui pilote l'instance de bout en bout et les parties sont seulement conviées à y participer. Édouard Laferrière considérait d'ailleurs qu'il ne peut exister, à proprement parler, de « partie » dans les litiges de l'excès de pouvoir³⁴, et donc dans la majorité du droit administratif français !

Il n'est pas davantage nécessaire de distinguer selon la « forme » juridique des parties concernées : personne privée ou personne publique, personne morale ou personne physique, majeur ou mineur, national ou étranger, incapable même. Sur ce point, la QPC s'éloigne clairement du recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'homme qui impose au requérant une double condition : être à la fois une « victime », c'est-à-dire prouver une atteinte à ses droits reconnus par la Convention, et n'exercer aucune prérogative de puissance publique. Pour cette raison, par exemple, les communes ne peuvent pas exercer un recours individuel³⁵, mais elles sont parfaitement habilitées à soulever une QPC³⁶.

2. | Les intervenants

192 Faut-il permettre aux « intervenants » – c'est-à-dire des personnes « intervenants » dans un litige pour accompagner une demande – de poser une QPC lors

■ 32. A. ROBLOT-TROIZIER, « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'État », *RFDA*, 2011, p. 691.

■ 33. CE 30 mars 2015, *Kosciusko-Morizet*, n° 387322.

■ 34. Opinion soulignée (et critiquée) par R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Domat-Montchrestien, 2004, p. 211.

■ 35. CEDH 23 novembre 1999, *Commune d'Antilly c/France*, n° 45129/98.

■ 36. CC 2010-12 QPC, 2 juillet 2010, JO 3 juillet 2010, p. 12121 (pour la commune de Dunkerque).

d'un procès ? Le Conseil d'État a répondu par la négative en jugeant qu'une association de défense de l'environnement « intervenant » dans une affaire n'avait pas qualité pour former une QPC³⁷. Avec néanmoins une nuance : si une partie « officielle » s'associe explicitement à la demande rédigée par l'intervenant, par un mémoire distinct et motivé, la QPC est alors recevable. La partie devient elle-même, d'une certaine manière, l'auteur de la question produite dans les observations en intervention³⁸.

La solution est très différente lorsque la requête arrive aux portes du Conseil constitutionnel. Si les intervenants ne sont pas autorisés à poser *directement* une QPC, ils peuvent en revanche formuler « des observations en intervention » pendant l'instruction de l'affaire par le Conseil. La pratique a été consacrée de façon informelle dans la décision du 7 octobre 2010³⁹ (à propos du syndicat CGC-CFE) avant d'être officialisée à l'article 6 du règlement intérieur. Le Conseil constitutionnel exige simplement, dans ce cas, que l'intervenant justifie d'un « intérêt spécial ». Mais le concept est assez flou, il n'est pas synonyme d'« intérêt à agir » – notion classique en droit processuel –, et n'a jamais fait l'objet d'une définition par le juge. Et de fait, dans la majorité des cas – plus de 80 %⁴⁰ ! –, le Conseil reçoit favorablement les observations en intervention qui sont produites devant lui dans les différentes affaires QPC.

3. | L'exclusion des juges

193 En principe, un juge n'est pas autorisé à soulever lui-même une QPC au cours d'un procès. La situation s'explique par un double argument : le juge n'est pas une « partie » – personne n'oserait le réfuter –, et il lui est formellement interdit, par l'article 23-1 de la loi organique, d'invoquer des moyens de constitutionnalité « d'office ». Au-delà de ces raisons techniques, se profile une justification plus générale : la fonction d'un juge n'est jamais de s'immiscer dans le procès, il doit être indifférent, désintéressé, en dehors des contingences partisans, et il ne saurait rompre cette neutralité en contestant une loi applicable au procès. Autrement dit, si un juge nourrit des soupçons, légitimes ou non, sur la constitutionnalité d'une disposition, il reste contraint de l'appliquer faute d'instrument lui permettant de confirmer son sentiment.

Cette règle stricte rencontre un inconvénient important : la QPC ne profite pas seulement aux parties, elle s'émancipe du procès, elle « s'objectivise » et permet la défense des droits et libertés de tous les justiciables, et pas seulement des protagonistes du litige. De ce point de vue, il serait peut-être judicieux d'offrir au juge, sous une forme ou sous une autre, la possibilité de poser lui-même une QPC s'il en ressent la nécessité. Au demeurant, la formule retenue par la Constitution – « lorsque, à l'occasion d'un procès, il est... » – n'exclut pas qu'une question soit soulevée d'office par une juridiction (le « il » étant impersonnel).

■ 37. CE 17 février 2011, *Doré*, n° 344445 ; CE 22 février 2013, *Zoia*, n° 356245.

■ 38. CE 14 juin 2010, *ANSEL*, n° 328937.

■ 39. CC 2010-42 QPC, 7 octobre 2010, JO 8 octobre 2010, p. 18235.

■ 40. Voir M. GUILLAUME, « La question prioritaire de constitutionnalité », *Répertoire du contentieux administratif*, mars 2015, § 259.

194 Il reste que, par différentes « techniques de substitution »⁴¹ – essentiellement par le biais de la requalification des questions posées⁴² – les juges de la recevabilité peuvent toujours adapter, à la marge, l’argumentation et glisser, discrètement, un nouvel argument... Par exemple, dans la décision *Marc Antoine*⁴³, le Conseil d’État « corrige » la demande en précisant les dispositions législatives pertinentes, et alors même que la requête était particulièrement vague sur ce point (« M. Marc-Antoine doit être regardé comme demandant au Conseil d’État de transmettre au Conseil constitutionnel la question de la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution des dispositions de l’article L. 232-2 du Code de justice administrative... »).

4. Le cas particulier du ministère public

195 Le ministère public est parfois une « partie » dans un procès. Dans ce cas, rien ne lui interdit de soulever une QPC, ni les textes, ni la jurisprudence. En pratique, néanmoins, le rôle du ministère public étant de requérir l’application de la loi, et donc de la défendre, il n’a guère d’intérêt à dévoiler des inconstitutionnalités. D’ailleurs, pour l’heure, aucune QPC ne semble avoir été posée par le parquet, qu’il soit une partie principale ou une partie jointe en vertu de l’article 424 du Code de procédure civile⁴⁴. D’une manière générale, l’article 23-1 de la loi organique impose au ministère public de livrer son « avis » sur toutes les QPC soulevées devant une juridiction relevant de la Cour de cassation. Dans ce cas précis, le ministère public n’est pas à l’origine de la QPC, il n’agit pas non plus « en défense », il doit simplement livrer un point de vue argumenté sur la question posée. En pratique, d’ailleurs, les juges statuent souvent dans le sens des recommandations du parquet⁴⁵.

§ 2. LES CONDITIONS INTERNES DE RECEVABILITÉ

196 La recevabilité de la QPC ne dépend pas seulement d’éléments extérieurs, elle dépend aussi d’éléments qui lui sont propres, de conditions « internes » : la nécessité d’un « écrit distinct et motivé », l’interdiction d’attaquer certaines « dispositions législatives » et le respect de trois critères de recevabilité.

■ 41. Selon l’expression de G. DRAGO, « Le relevé d’office de la question prioritaire de constitutionnalité par les juges », in P.-Y. GAHDOUN et J. BONNET (dir), *La QPC : une révolution inachevée*, LGDJ, 2016, à paraître.

■ 42. La Cour de cassation a estimé que « si la question peut être reformulée par le juge à effet de la rendre plus claire ou de lui restituer son exacte qualification, il ne lui appartient pas d’en modifier l’objet et la portée » (Ass. plén. 20 mai 2011, n° 11-90.033 – 4 espèces).

■ 43. CE 21 février 2014, *Marc Antoine*, n° 359716.

■ 44. « Le ministère public est partie jointe lorsqu’il intervient pour faire connaître son avis sur l’application de la loi dans une affaire dont il a communication ».

■ 45. V. l’audition de J.-C. MARIN, AN, Commission des lois, 19 décembre 2012.

A. LA NÉCESSITÉ D'UN ÉCRIT DISTINCT ET MOTIVÉ

197 Au niveau « interne », la recevabilité d'une QPC est d'abord conditionnée par la présence d'une règle formelle importante : à peine d'irrecevabilité, la QPC est impérativement soulevée « dans un écrit distinct et motivé » précise l'article 23-1 de la loi organique. Le régime de cette règle est détaillé par le décret n° 2010-148 du 16 février 2010, avec quelques disparités selon le juge concerné : juge administratif, juge civil ou juge pénal.

D'une manière générale, le décret fixe un ensemble de prescriptions relativement strictes : d'abord, les QPC qui ne respectent pas le formalisme exigé doivent être jugées irrecevables quelle que soit la qualité des arguments développés ; ensuite, le décret impose que le mémoire, « ainsi que, le cas échéant, l'enveloppe qui le contient », portent la mention : « question prioritaire de constitutionnalité » ; enfin, précise encore le texte, la règle de l'écrit distinct et motivé doit s'appliquer à tous les niveaux du procès, y compris lorsque la QPC est formée en appel ou en cassation.

Ces différentes contraintes – déjà très strictes en elles-mêmes – ont été interprétées avec une certaine fermeté par le Conseil d'État. Par exemple, le juge administratif considère que la seule mention « question prioritaire de constitutionnalité » contenue dans la requête initiale, au titre d'un paragraphe ou d'une section particulière, n'est pas constitutive d'un écrit « distinct », même si les développements contiennent effectivement un grief d'inconstitutionnalité⁴⁶. Il faut donc clairement distinguer la QPC des autres écrits. En sens inverse, la Cour de cassation se montre assez compréhensive quant à l'obligation de « motivation » de la demande. Elle exige simplement que la question fasse état des dispositions contestées et des fondements allégués. À défaut de ces précisions, il devient impossible d'apprécier le caractère sérieux ou non de la question. Par exemple, une simple référence à la Déclaration de 1789 ne suffit pas ; il faut impérativement invoquer une disposition précise⁴⁷. De même, juge la Cour de cassation dans son arrêt du 17 mars 2016⁴⁸, un mémoire qui « n'explique pas en quoi les dispositions portent atteinte à l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen » n'est pas recevable.

198 La notion d'écrit distinct et motivé pose également la question de savoir si le requérant peut enrichir, au cours du procès, sa demande initiale de nouveaux développements. Ici, ce n'est pas le juge qui ajoute « d'office » un élément, de son propre chef, mais le justiciable lui-même qui corrige sa demande en intégrant des arguments inédits. Or de façon assez surprenante, le Conseil d'État interdit formellement cette pratique⁴⁹ au nom d'une conception quelque peu rigide de l'écrit

■ 46. CE 2 juin 2010, *M. Jean-Claude A.*, n° 338965

■ 47. Cass. crim. 14 décembre 2010, n° 10-90111. V. également, CE 9 juillet 2010, *Sté Genefim*, n° 317086 : « la société requérante n'avance aucun argument au soutien du moyen tiré de ce que les dispositions qu'elle conteste porteraient atteinte au droit de propriété garanti par l'article 17 de la Déclaration de 1789 ».

■ 48. Cass. Civ. 2° 17 mars 2016, n° 15-24290, n° 15-24291, n° 15-24292.

■ 49. CE 16 juillet 2010, *Sté de brasseries et casinos « Les Flots Bleus »*, n° 339292 ; CE 10 sept. 2010, *SCI Benoit du Louroux*, n° 341063 ; CE 24 septembre 2010, *Decurey*, n° 341685 ; CE 4 avril 2011, *Moussa*, n° 345661 ; CE 15 avril 2011, *Électricité de France*, n° 346459 ; CE 20 avril 2011, *Département de*

distinct et motivé. Avec des conséquences bien malheureuses : en refusant d'examiner les griefs présentés « dans un second temps » par les justiciables, le Conseil d'État ignore des arguments virtuellement importants et laisse passer, volontairement, d'éventuelles inconstitutionnalités.

Un exemple parmi d'autres : dans la décision *SAS Clinique d'Occitanie* du 29 avril 2015⁵⁰, le requérant demandait l'annulation d'une décision par laquelle l'Agence régionale de santé avait rejeté sa demande d'autorisation « d'activités interventionnelles sous imagerie médicale ». À l'appui de sa requête, la clinique soulevait une QPC en invoquant la méconnaissance du droit à un recours effectif. Élément important : devant le Conseil d'État, et donc au second niveau de filtrage, un mémoire complémentaire avait été produit afin « d'ajouter » un grief d'incompétence négative. Le Conseil d'État rejette la QPC dans son ensemble, mais pour refuser l'incompétence négative, il juge que « cette question n'a pas été soumise au tribunal administratif de Toulouse et ne peut être présentée pour la première fois devant le Conseil d'État ».

Cette jurisprudence est d'autant plus surprenante que, initialement, l'écrit distinct et motivé devait simplement permettre au juge de gagner du temps : si le magistrat doit explorer, fouiller, sélectionner les écrits des demandeurs, il perd un temps précieux. D'autant plus précieux, à vrai dire, que la loi organique le contraint à statuer dans des délais extrêmement brefs. En imposant au justiciable de produire un document clairement distinct des autres pièces du dossier, le législateur permet ainsi aux tribunaux de statuer plus rapidement. Une autre raison explique la nécessité de cet écrit distinct et motivé : le juge de la recevabilité doit être le moins « visible » lorsqu'il statue sur la demande, il ne doit pas ajouter ou retrancher, et surtout ne pas brouiller le rapport qui se crée entre les justiciables et le Conseil constitutionnel. Cela explique l'interdiction faite aux magistrats de soulever « d'office » un moyen d'inconstitutionnalité au stade de la recevabilité. Cela explique aussi cet « écrit » paralysé, gelé, et qui va graduellement se diriger vers le Conseil constitutionnel. Dans ce cadre, s'il est possible de défendre l'interdiction faite aux juges d'enrichir les QPC de leurs propres arguments, il est en revanche plus délicat de justifier l'interdiction imposée aux justiciables d'enrichir eux-mêmes leur demande. Au demeurant, en d'autres circonstances, il est arrivé au Conseil d'État de témoigner de moins de rigidité dans la lecture et dans l'application du formalisme lié à la QPC. Par exemple, il a estimé que les questions de constitutionnalité posées après la clôture de l'instruction étaient parfaitement recevables dans son arrêt *Huchon*⁵¹. Sans doute gagnerait-il à faire preuve d'une même souplesse en matière d'écrit distinct et motivé⁵².

l'Hérault et autre, n° 346227 ; *Département de la Seine-Saint-Denis et autre*, n° 346205, 346204 ; CE 21 février 2014, *Marc Antoine*, n° 359716.

■ 50. CE 29 avril 2015, *SAS Clinique d'Occitanie*, n° 387773. Par exemple aussi : CE 12 février 2016, *Commune des Arcs*, n° 395041.

■ 51. CE 28 janvier 2011, *Huchon*, n° 338199 ; *RFDA* 2011, p. 723, obs. P. Türk.

■ 52. L'avis semble d'ailleurs partagé par la « doctrine » la plus autorisée du Conseil d'État : « Cette cristallisation *ab initio* du débat contentieux ne s'imposait pas absolument », en permettant au justiciable « d'enrichir sa contestation devant le Conseil d'État, on aurait réduit le risque qu'une disposition législative échappe à la censure constitutionnelle du fait d'une argumentation défaillante devant les premiers juges, bien souvent élaborée sans avocat », X. DOMINO et A. LALLET, « An I. QPC », *AJDA* 2011, p. 375.

B. LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES CONCERNÉES

199 La QPC est classiquement présentée comme un outil visant à dénoncer l'inconstitutionnalité des *lois*. En vérité, il ne s'agit pas exactement de cela : l'article 61-1 de la Constitution prévoit qu'un recours des justiciables est possible contre les « dispositions législatives ».

1. La notion de disposition législative

a) Définition

200 Vaste débat ! Le « droit s'incarne pour le peuple dans le législateur » disait Jean Carbonnier⁵³. Dans le langage courant, et même dans la littérature juridique, le terme « disposition législative » est souvent entendu comme un synonyme de « loi ». Dès 1789, la loi est considérée comme le vecteur le plus approprié de la fin des privilèges, de l'égalité entre les citoyens, de la justice même. Expression de la volonté générale, elle a produit au-delà de la Révolution des grandes législations et d'illustres codes – 1804, 1810 – souvent copiés en Europe et même ailleurs. De ce passé glorieux, une certitude est restée dans l'inconscient collectif des Français : nulle liberté sans lois, et donc sans Parlement. Mais la Seconde Guerre mondiale a renversé les certitudes, elle a bousculé les corps et les esprits, et dévoilé une effrayante réalité : une loi peut être liberticide, elle peut autoriser les crimes, les vols, les spoliations et les pires agissements. Sur cette base, le prestige des chambres s'est progressivement terni au point que la Constitution de 1958 a souhaité enfermer la loi dans un étroit carcan : une loi ne peut intervenir, dorénavant, en dehors des domaines listés et limités par l'article 34 de la Constitution. Au critère *organique* jusque-là consacré, s'est ajouté un critère *matériel* inédit. Du moins dans le texte, dans les mots.

201 En pratique, cette révolution juridique n'a jamais eu lieu comme l'a fort bien montré Jean Rivero⁵⁴. Progressivement, consciencieusement, le Conseil constitutionnel a gommé toute trace du critère matériel en permettant au législateur d'empiéter sur le domaine réglementaire⁵⁵. Mais au milieu des années 2000, une nouvelle jurisprudence est venue bouleverser cette expansion continue des pouvoirs du Parlement : si la loi peut intervenir dans tous les secteurs, y compris dans les matières qui ne sont pas expressément prévues par la Constitution, elle ne peut, en revanche, adopter des dispositions « *a-normatives* », c'est-à-dire des dispositions sans interdiction, sans obligation ou sans permission⁵⁶. Au critère organique – la loi est l'acte fait par le Parlement – s'ajoute ainsi un critère normatif – la loi est l'acte qui prescrit –. En définitive, aujourd'hui, la « disposition législative » peut se définir, d'une façon générale, comme *un texte adopté par le Parlement en vue de créer une règle de droit*.

■ 53. J. CARBONNIER, *Droit civil. Introduction*, PUF, 1955, 21^e éd. 1992, p. 21.

■ 54. J. RIVERO, « Rapport de synthèse », in L. FAVOREU (dir.), *Vingt ans d'application de la Constitution de 1958 : le domaine de la loi et du règlement*, Aix-en-Provence, PUAM, 1978, p. 263.

■ 55. CC 82-143 DC, 30 juillet 1982, R. p. 57.

■ 56. CC 2004-500 DC, 29 juillet 2004, R. p. 116.

b) *Champ d'application*

202 Sur la base de cette définition, certains actes sont logiquement considérés comme des « dispositions législatives », et d'autres sont au contraire exclus de cette catégorie.

203 Une première catégorie d'actes ne fait guère débat : les *lois dites ordinaires*, les lois « courantes », celles votées quotidiennement au Parlement. Ces lois ordinaires peuvent évidemment faire l'objet d'une QPC. Il faut souligner que la date d'adoption du texte importe peu : en réalité, même une disposition abrogée peut faire l'objet d'une QPC⁵⁷, y compris lorsque l'abrogation est intervenue avant 1958⁵⁸. Cette solution peut étonner – la Cour de cassation avait, dans un premier temps, écarté les QPC portant sur des normes abrogées⁵⁹ –, mais elle s'explique par le fait qu'une disposition qui n'existe plus juridiquement peut produire des effets au-delà de son abrogation si une situation s'est formée sous son empire et se prolonge dans le temps (par exemple un procès ou une prescription). La loi est donc juridiquement inexistante, mais elle a pu créer des droits et des obligations susceptibles d'alimenter une QPC au temps présent.

D'une manière générale, le juge de la recevabilité veille à ce que la QPC ne porte pas, de façon détournée, sur une disposition réglementaire. Par exemple, en 2012, la Cour de cassation a estimé que « sous le couvert d'un rapprochement avec une disposition législative abrogée (...) (*la QPC*) ne vise qu'à contester la conformité à la Constitution des dispositions, de nature réglementaire, du décret n° 59-1337 du 20 novembre 1959 »⁶⁰. Elle a également jugé, dans son arrêt du 7 octobre 2015⁶¹, que « sous couvert de critiquer les dispositions législatives régissant le logement-foyer, la question posée ne tend qu'à contester la conformité aux textes constitutionnels invoqués des dispositions de l'article R. 633-3 du Code de la construction et de l'habitation ». Et lorsqu'une disposition faussement législative échappe à la vigilance du juge de la recevabilité, le Conseil constitutionnel lui-même n'hésite pas à l'écartier lorsqu'il juge la QPC au fond⁶². Il faut encore préciser que le projet de révision constitutionnelle dévoilé par le gouvernement au printemps 2008 limitait la QPC aux seules dispositions législatives *postérieures* à la Constitution de la V^e République. Cette solution s'autorisait d'une certaine logique et du fait indéniable que le législateur d'avant 1958 ne pouvaient avoir connaissance des prescriptions de la Constitution actuelle. Mais c'était accepter la présence dans l'ordonnement juridique de lois potentiellement inconstitutionnelles et obliger le juge à opérer un tri fastidieux des différents textes soumis à son appréciation. Fort heureusement, les parlementaires ont eux-mêmes corrigé la rédaction

■ 57. CC 2010-16 QPC, 23 juill. 2010, JO 24 juillet 2010, p. 13728 ; CE 23 juill. 2010, *M. Laurent A.*, n° 340115.

■ 58. CC 2011-177 QPC, 7 octobre 2011, JO 8 octobre 2011, p. 17020.

■ 59. Ass. plén., 15 juin 2010, *Société Mermoz Aviation Ireland Limited*, n° 09-72742.

■ 60. Cass. soc., 13 juillet 2012, n° 12-40049.

■ 61. Cass. Civ. 3^e, 7 octobre 2015, n° 15-40032.

■ 62. CC 2011-152 QPC, 22 juillet 2011, JO 23 juillet 2011, p. 12655.

de l'article 61-1 en choisissant d'étendre la QPC à toutes les « dispositions législatives », sans limite temporelle⁶³.

Une question épineuse s'est posée au Conseil constitutionnel en 2013⁶⁴ : une QPC visant une loi ordinaire dans son ensemble, et non une ou plusieurs dispositions précises, est-elle recevable ? En l'espèce, les requérants avaient produit une QPC particulièrement large mettant en cause de nombreux principes constitutionnels et la totalité du régime juridique de « l'octroi de mer », c'est-à-dire plus de cinquante dispositions formant la loi n° 2004-639 du 2 juillet 2004. Le Conseil répond qu'il est tout à fait possible de poser une QPC portant sur plusieurs dispositions législatives, et donc sur une « loi » dans son ensemble, mais à la condition que chacune des dispositions critiquées soit parfaitement applicable au litige (ce qui n'était pas le cas en l'espèce). Évidemment, précise aussi le Conseil constitutionnel, il revient aux juges du fond et aux Cours suprêmes de contrôler cette exigence avec minutie.

204 Le cas des *ordonnances* est plus délicat. Organiquement administratif, matériellement législatif, ces actes étonnants défient les nomenclatures ordinaires et résistent à toute tentative de classement. Une définition, néanmoins, est généralement admise : l'ordonnance est un acte adopté par une autorité administrative dans un domaine normalement réservé au Parlement en vertu de l'article 34 de la Constitution. À vrai dire, le singulier – *une* ordonnance – mériterait de céder au profit d'une approche plurielle. La Constitution distingue en effet quatre sortes d'ordonnances : les ordonnances « classiques » de l'article 38 ; les ordonnances « financières » de l'article 47 (en cas de défaillance du Parlement pour le vote des lois de finances) ; les ordonnances « outre-mer » de l'article 74-1 (qui n'exigent pas de lois d'habilitation et qui permettent au gouvernement d'étendre le champ d'application des lois métropolitaines aux territoires d'outre-mer) ; et les ordonnances « organiques » de l'ancien article 92 (abrogé en 1995).

En l'état actuel de la jurisprudence, les ordonnances « financières » et « outre-mer » n'ont fait l'objet d'aucune décision spécifique dans le domaine de la QPC. En outre, le particularisme des ordonnances « organiques » nécessite d'accorder à ces normes des développements spécifiques⁶⁵. Pour ce qui concerne les ordonnances de l'article 38 – les plus nombreuses –, le Conseil d'État a rapidement choisi, dans sa décision *Benzoni*⁶⁶, de les exclure du contentieux de la QPC. La solution est justifiée dans la mesure où les ordonnances ont toujours été considérées par le juge comme des actes « pleinement » administratifs en dépit de leur contenu législatif et de leur parenté évidente avec les lois ordinaires. Les ordonnances ne sont donc pas des « dispositions législatives » et seule une ratification par le Parlement autorise de soulever des QPC à leur encontre⁶⁷. Précisons que, depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, la ratification des ordonnances ne peut jamais

■ 63. Amendement n° 89 déposé M. WARSMANN, rapporteur au nom de la commission des lois, voté le 29 mai 2008 (2^e séance).

■ 64. CC 2013-334/335 QPC, 26 juillet 2013, cons. 5 à 10, JO, 28 juillet 2013, p. 12664.

■ 65. V. *infra* n° 213.

■ 66. CE 11 mars 2011, *Benzoni*, n° 341658 ; CC 2011-219 QPC, 10 février 2012, JO 11 février 2012, p. 2440.

■ 67. CC 2012-280 QPC, 12 octobre 2012, JO 3 octobre 2012, p. 16031.

être implicite, c'est-à-dire déduite par le juge d'un simple renvoi opéré par une loi (art. 38 C, al. 2). Le législateur doit donc, expressément, voter un texte de ratification. Suivant cette logique, le Conseil constitutionnel a précisé, dans le cadre du contentieux QPC, que seule une ordonnance ratifiée de façon *expresse* peut constituer une « disposition législative »⁶⁸. Le Conseil d'État a toutefois nuancé, avec la grande subtilité dont il a parfois le secret, en jugeant qu'une QPC formée contre une ordonnance ratifiée implicitement reste possible dans l'hypothèse où la ratification est intervenue avant le 23 juillet 2008, date de la révision constitutionnelle. Le Conseil d'État justifie cette largesse par le fait – indéniable – que la nouvelle rédaction de l'article 38 de la Constitution n'a aucune portée rétroactive. Dans une affaire, il a ainsi jugé qu'une ratification implicite intervenue le 3 juillet 2008 – trois semaines donc avant la réforme ! – était tout à fait valable⁶⁹. Le Conseil constitutionnel a validé (et appliqué) le procédé⁷⁰.

En pratique, la Cour de cassation accepte régulièrement d'examiner la recevabilité – et parfois même de transmettre – des QPC posées à l'encontre de dispositions issues d'ordonnances ratifiées, notamment en matière commerciale⁷¹. Par ailleurs, le Conseil d'État n'hésite pas à trier, à distinguer à l'intérieur des codes les dispositions qui ont effectivement une nature législative et celles qui sont simplement réglementaires. Dans la célèbre affaire des corridas, il a par exemple jugé que si l'article 521-1 du Code pénal « présente un caractère législatif au sens de l'article 61-1 de la Constitution », il n'en est pas de même pour « les termes "30 000 euros" issus de l'ordonnance du 19 septembre 2000 portant adaptation de la valeur en euros de certains montants exprimés en francs dans les textes législatifs qui n'a pas fait l'objet d'une ratification législative »⁷².

Constitue également des « dispositions législatives » au sens de l'article 61-1 de la Constitution : un groupe de dispositions « présentant entre elles un lien tel qu'elles méritent d'être examinées ensemble »⁷³, un décret législatif voté en 1793⁷⁴ et une loi adoptée par le régime de Vichy⁷⁵.

En revanche, le Conseil d'État refuse d'examiner les QPC faites à l'encontre de dispositions qui ont l'apparence de loi, et référencées comme tel sur *Légifrance*,

■ 68. « La modification législative résultant du 1^o du A du paragraphe IV de l'article 5 de la loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 a uniquement porté sur l'appellation de l'Agence. Une telle modification ne saurait être regardée comme une ratification depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 qui impose une ratification explicite », commentaire officiel sous CC 2014-412 QPC, 19 septembre 2014, JO 21 septembre 2014 p. 15469.

■ 69. Affaire *Benzoni*, *op. cit.*

■ 70. « La loi du 5 juillet 1996, sans avoir pour objet direct la ratification de l'ensemble des dispositions de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 13 novembre 1985, impliquait nécessairement une telle ratification », CC 2014-392 QPC, 25 avril 2014, JO 27 avril 2014, p. 7360.

■ 71. Cass. com., 27 juin 2014, n° 13-27317 (à propos de l'article L. 651-2, alinéa 1^{er}, du Code de commerce dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2008-1245 du 18 décembre 2008, ratifiée par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures).

■ 72. CE 20 juin 2012, *Association comité radicalement anti-corrida Europe*, n° 357798.

■ 73. M. GUILLAUME, « La question prioritaire de constitutionnalité », *Répertoire du contentieux administratif*, mars 2015, § 34 (et les nombreux exemples § 35) ;

■ 74. CC 2014-430 QPC, 21 novembre 2014, JO 23 novembre 2014, p. 19678.

■ 75. CC 2010-52 QPC, 14 octobre 2010, JO 15 octobre 2010, p. 18540.

mais qui sont en réalité des dispositions réglementaires. Le cas se présente lorsqu'une loi adoptée avant 1958 dans des matières autres que celles énumérées à l'article 34 de la Constitution, par exemple les dommages de travaux publics, a fait l'objet d'une modification ou d'un ajout par un acte réglementaire suffisamment ancien pour avoir échappé à la vigilance des services de *Légifrance*⁷⁶...

- 205** En application du critère « normatif », la question s'est posée de savoir si *les lois de programmation* pouvaient faire l'objet de QPC. En théorie, les lois de programmation ne prescrivent rien : elles fixent les engagements de l'État pour une période donnée, mais ne créent pas de règles particulières. Il paraissait donc logique d'exclure ces normes du contentieux de la QPC. Mais le Conseil d'État a choisi une position plus subtile en refusant seulement d'accueillir les dispositions « dépourvues de portée normative »⁷⁷. Autrement dit, le statut de « loi de programmation » ne suffit pas à interdire les QPC, il faut encore scruter la loi dans le détail et vérifier que, pour chacune des dispositions incriminées, la portée normative fait bien défaut. Avec, évidemment, toute la subjectivité, mainte fois soulignée par la doctrine, qui anime cette recherche de « normativité » effectuée par le juge... Par exemple, le Conseil d'État a accepté de renvoyer une QPC portant sur des dispositions issues de la loi n° 2013-1168 du 18 décembre 2013 relative à la programmation militaire pour les années 2014 à 2019⁷⁸. En revanche, il a estimé qu'une disposition ayant pour objet de « reconnaître », dit-il, un crime de génocide n'avait pas, en elle-même, de portée normative et ne pouvait dès lors être considérée comme une disposition législative⁷⁹. Comme le suggère une partie de la doctrine, il est sans doute possible de rapprocher cette jurisprudence de celle qui prévaut dans le domaine des circulaires⁸⁰ : en principe, les circulaires ne prescrivent rien, elles ne font pas griefs, mais un recours pour excès de pouvoir peut toujours être formé contre les dispositions créant un nouvel élément de droit. La jurisprudence QPC relative aux lois de programmation se réclame d'une même logique.

2. | Les cas particuliers

- 206** Dans certains cas, des dispositions législatives, au sens de l'article 61-1 de la Constitution, ne sont *pas* retenues comme pouvant faire l'objet d'une QPC (a) ; dans d'autres cas, des dispositions *non* législatives sont au contraire admises (b).

■ 76. « L'intervention du décret modifiant la loi était complètement invisible par une simple consultation de *Légifrance* », X. DOMINO et A. BRETONNEAU, « QPC : deux ans, déjà l'âge de raison ? », *AJDA*, 2012, p. 422.

■ 77. CE 18 juill. 2011, *Fédération nationale des chasseurs*, n° 340512.

■ 78. CE 5 juin 2015, *Association French Data Network et autres*, n° 388134

■ 79. CE 19 octobre 2015, *Association pour la neutralité de l'enseignement de l'histoire turque dans les programmes scolaires*, n° 392400 ; L. DOMINGO, « La loi reconnaissant le génocide arménien et QPC », *Constitutions*, 2015, p. 588.

■ 80. CE, Ass., 29 janvier 1954, *Institution Notre-Dame du Kreisker*, n° 07134 ; X. DOMINO et A. BRETONNEAU, « QPC : deux ans, déjà l'âge de raison ? », *op. cit.*, p. 422.

a) Dispositions législatives non retenues

- 207** Il existe quatre sortes de « dispositions législatives » – c’est-à-dire des dispositions adoptées par le Parlement ayant une portée normative – qui ne sont pas attachables dans le cadre de la QPC : les dispositions constitutionnelles, les dispositions référendaires, les dispositions d’une loi de transposition et les lois d’habilitation.
- 208** Pour ce qui concerne d’abord les *dispositions constitutionnelles*, aucune jurisprudence ne régleme précisément le cas, mais il est peu probable que le Conseil accepte de contrôler de telles dispositions compte tenu de la position assez ferme qui est la sienne dans le cadre du contentieux *a priori*⁸¹ et qui interdit tout contrôle de constitutionnalité.
- 209** L’affaire semblait également entendue pour ce qui concerne les *dispositions référendaires*. En effet, dans le cadre de son contrôle *a priori*, le juge constitutionnel a toujours refusé d’examiner les dispositions adoptées par le Peuple français suite à un référendum, au motif que ces dispositions constituent « l’expression directe de la souveraineté nationale »⁸². Dans la décision du 25 avril 2014⁸³, la même justification – peu convaincante... – est mobilisée par le Conseil pour interdire toute QPC posée à l’encontre d’une loi référendaire.
- 210** De la même manière, le Conseil constitutionnel a expressément écarté les *lois de transposition* d’une directive européenne dans la décision du 17 décembre 2010⁸⁴. Les dispositions d’une loi transposant une directive ne peuvent donc pas faire l’objet d’une QPC. Sauf deux exceptions : si la disposition en cause porte atteinte à « un principe inhérent à l’identité constitutionnelle de la France », et si la loi s’écarte de la directive, car dans ce cas elle ne transpose plus vraiment la norme européenne. Par exemple, dans la décision du 3 février 2016, le Conseil constitutionnel censure une disposition en soulignant que « l’exclusion de l’application des dispositions contestées aux produits des titres de participation de filiales établies dans un État membre de l’Union européenne autre que la France tire les conséquences nécessaires des dispositions précises et inconditionnelles de la directive n° 90/435/CE susvisée » ; qu’en revanche, « l’application des dispositions contestées aux produits des titres de participation de filiales établies en France ou dans un État non membre de l’Union européenne ne procède pas de la transposition de la directive n° 90/435/CE »⁸⁵. En réalité, cette jurisprudence audacieuse n’est pas propre à la QPC. Le Conseil reprend ici une solution développée dans le cadre du contrôle *a priori* : dès lors qu’une loi transpose une directive, elle échappe au contrôle de constitutionnalité, car le contrôle d’une loi de transposition

■ 81. CC 2003-469 DC, 26 mars 2003, JO 29 mars 2003, p. 5570.

■ 82. CC 62-20 DC, 6 novembre 1962, JO 7 novembre 1962, p. 10778.

■ 83. CC 2014-392 QPC, 25 avril 2014, JO 27 avril 2014, p. 7360 : « aucune disposition de la Constitution (...) ne donne compétence au Conseil constitutionnel pour se prononcer sur une question prioritaire de constitutionnalité aux fins d’apprécier la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit d’une disposition législative adoptée par le Peuple français par la voie du référendum ».

■ 84. CC 2010-79 QPC, 17 décembre 2010, JO 19 décembre 2010, p. 22373.

■ 85. CC 2015-520 QPC, 3 février 2016, JO 5 février 2016, texte n° 76.

impliquerait un contrôle – certes indirect – de la directive au regard de la Constitution⁸⁶. Contrôle qui est impossible pour le Conseil puisque seule la Cour de justice est compétente pour statuer sur la régularité des directives.

Suivant une logique très proche, le Conseil d'État⁸⁷ et la Cour de cassation⁸⁸ ont exclu du champ d'application de la QPC *les lois de ratification d'un traité*. Cette solution s'explique par le fait que la loi de ratification d'une convention internationale ne crée rien juridiquement et ne peut donc faire l'objet d'un litige « en tant que tel », par sa seule présence, c'est-à-dire en dehors des stipulations du traité. Comme le note Julie Burguburu, la loi de ratification « ne comporte par elle-même l'édiction d'aucune norme »⁸⁹.

211 *Les lois d'habilitation* de l'article 38 de la Constitution, enfin, ont été clairement exclues du contentieux de la QPC par le Conseil d'État dans sa décision du 23 janvier 2015⁹⁰. Il a jugé en ce sens que « ces lois ne sont, par leur nature même, pas susceptibles de porter atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit ». Ce qui est pleinement justifié : à proprement parler, une disposition qui habilite le gouvernement ne peut, de son propre fait, porter atteinte aux droits constitutionnels. En revanche, l'ordonnance qui est adoptée sur son fondement peut éventuellement méconnaître les droits et libertés garantis par la Constitution ; et dans ce cas, il revient au justiciable soit de saisir le juge administratif dans le cadre du contrôle de légalité, soit de poser une QPC si l'ordonnance est ratifiée.

Cela étant dit, il arrive parfois qu'une loi d'habilitation ne se contente pas d'habiliter, qu'elle prescrive un comportement, qu'elle fixe une obligation, voire même qu'elle « oublie » d'encadrer une situation qui pourrait être le terreau d'une inconstitutionnalité. Par exemple, la loi habilitant le gouvernement à réformer le droit commun des contrats n'avait pas imposé l'adoption, dans la future ordonnance, des mesures transitoires en faveur des nombreux contrats en cours. Dans sa décision du 12 février 2015⁹¹, le Conseil adopte une réserve d'interprétation sur ce point en rappelant sa jurisprudence classique sur la liberté contractuelle. Preuve qu'une loi d'habilitation peut parfaitement, à la marge certes, porter atteinte aux droits et libertés constitutionnels.

b) Dispositions non législatives retenues

212 Certaines dispositions ne sont pas « législatives », au sens du contentieux de la QPC, et peuvent néanmoins être contestées. Elles sont de trois sortes : les « lois du Pays de Nouvelle-Calédonie », les ordonnances organiques de l'article 92 de la Constitution et les interprétations jurisprudentielles.

■ 86. CC 2004-496 DC, 10 juin 2004 ; sur cette jurisprudence v. *infra*, n° 280.

■ 87. CE 14 mai 2010, *Rujovic*, n° 312305.

■ 88. Cass. crim. 17 mai 2011, n° 10-82.938.

■ 89. Concl. sous l'arrêt *Rujovic préc.* Julie BURGUBURU, *RFDA*, 2010, p. 709.

■ 90. CE 23 janvier 2015, *Tirat*, n° 380339 ; concl. Aurélie BRETONNEAU, *AJDA*, 2015, p. 587. Le Conseil d'État avait pris position dans le même sens, en 2012, sur les lois d'habilitation prises sur le fondement de l'article 73 de la Constitution (en l'espèce une loi visant à habiliter le gouvernement à modifier la législation nationale sur la profession d'huissier de justice pour la rendre applicable à Mayotte), CE 22 février 2012, *Mme B.*, n° 354287.

■ 91. CC 2015-710 DC, 12 février 2015, JO 17 février 2015, p. 2969.

213 Concernant les « *lois du Pays de Nouvelle-Calédonie* », le législateur organique a expressément intégré ces normes au contentieux de la QPC bien que le critère organique soit absent (art. 23-8). Ce sont, en effet, des normes adoptées par l'assemblée délibérative de la Nouvelle-Calédonie (le « Congrès ») qui ne constituent pas des lois au sens classique du terme, mais qui en ont l'apparence par leur régime juridique (le Conseil constitutionnel peut être saisi avant leur promulgation en vertu de l'article 77 de la Constitution) et par l'autonomie très forte des institutions locales. Ces différents arguments dissimulent mal, néanmoins, la réalité d'une lecture pour le moins audacieuse de l'article 61-1 de la Constitution et du terme « disposition législative »... En pratique, le Conseil a exercé son premier contrôle d'une loi du pays de Nouvelle-Calédonie dans le cadre de la QPC lors de la décision du 9 décembre 2011⁹². Dans cette affaire, le juge censure la loi au motif qu'elle n'assure pas la mise en œuvre effective, pour certains agents des administrations publiques, du droit à participation et de la liberté syndicale. Notons que, lors de l'examen de la recevabilité des questions, le Conseil d'État⁹³ vérifie que la disposition de la loi du pays a bien « force de loi », c'est-à-dire qu'elle est intervenue dans les matières autorisées par la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie⁹⁴. Faute de quoi, évidemment, la disposition en cause n'est pas une « disposition législative » au sens de l'article 61-1 de la Constitution⁹⁵.

214 Les *ordonnances de l'article 92 de la Constitution* sont un autre cas de disposition non législative attaquable. En principe, les ordonnances sont des actes administratifs et sont donc exclus du contentieux de la QPC⁹⁶. Cette règle, cependant, ne s'applique pas pour les ordonnances « organiques » de l'article 92 de la Constitution en raison de leur fonction bien particulière : à l'origine, les ordonnances organiques devaient permettre une mise en place immédiate des institutions de la jeune République. En écartant le Parlement et ses débats interminables, le régime pouvait s'installer rapidement et sans discorde. En principe, ces ordonnances organiques – intervenues dans des domaines importants, par exemple le fonctionnement des assemblées parlementaires – devaient être ratifiées par le Parlement, mais beaucoup ne l'ont jamais été. Avec un inconvénient : ni « loi », ni « acte administratif » – le Conseil d'État a toujours refusé de contrôler ces normes « ayant force de loi »⁹⁷ –, les ordonnances organiques échappaient, depuis 1958, à tout contrôle du juge. Fort heureusement, le Conseil constitutionnel a choisi de mettre un terme à cette invulnérabilité en acceptant d'intégrer ces actes au contentieux de la QPC⁹⁸. Une partie de la doctrine justifie cette solution par le fait que de nombreuses ordonnances de

■ 92. CC 2011-205 QPC, 9 décembre 2011, JO 10 décembre 2011, p. 20991. V. aussi : CC 2012-258 QPC, 22 juin 2012, JO 23 juin 2012, p. 10356 et CC 2013-308 QPC, 26 avril 2013, JO 28 avril 2013, p. 7401.

■ 93. CE 11 avril 2012, *Établissements Bargibant SA*, n° 356339.

■ 94. Art. 99 et 107.

■ 95. Voir Ch.-É. SÉNAC, J. VERNE, « La recevabilité de la question prioritaire de constitutionnalité contre une loi du pays de Nouvelle-Calédonie : désaccords au Palais-Royal », *RFDA*, 2012, p. 977.

■ 96. V. *supra* n° 204.

■ 97. CE, Ass., 1^{er} juillet 1960, *FNOSS et Fradin*, *Leb.* p. 441.

■ 98. CC 2011-129 QPC, 13 mai 2011, JO 14 mai 2011, p. 8401 (ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires) ; L. DOMINGO, « QPC et contentieux administratif des assemblées parlementaires », *JCP A*, n° 24, 14 juin 2011, 2212 ; CC 2012-278 QPC, 5 octobre

l'article 92 ont été adoptées avant la prise de fonction effective du Conseil, et donc avant qu'il puisse exercer concrètement son office⁹⁹. De cela, il ne faut pas en déduire que toutes les dispositions organiques peuvent faire l'objet d'une QPC. Bien au contraire. En principe, depuis 1958, les lois organiques sont obligatoirement déferées au Conseil constitutionnel en vertu de l'article 61 de la Constitution : « les lois organiques (...) *doivent* être soumises au Conseil constitutionnel ». Autrement dit, il n'existe pas, depuis cette date, de disposition organique ayant échappé à la vigilance du juge constitutionnel et qui soit donc potentiellement contraire à la Constitution. Ce « précédent obligatoire » interdit ainsi aux justiciables d'invoquer l'inconstitutionnalité d'une loi organique adoptée dans le cadre de la V^e République. La règle s'applique d'ailleurs, selon le Conseil d'État, sans qu'il soit besoin de vérifier que la déclaration de conformité à la Constitution apparait bien « dans les motifs et le dispositif » de la décision¹⁰⁰. À cela, une seule exception : le contrôle du Conseil constitutionnel est à nouveau permis dès lors qu'un « changement de circonstances », de fait ou de droit, est intervenu depuis la première décision¹⁰¹.

215 Le dernier cas est le plus épineux. Dans la tradition française héritée de Montesquieu, *l'interprétation jurisprudentielle* n'est jamais une source de droit et ne saurait revendiquer le label de « disposition législative ». En dépit de cette tradition, dès les premiers instants de la QPC, plusieurs justiciables ont attaqué des jurisprudences jugées contraires à la Constitution.

État du problème. Par sa décision du 6 octobre 2010, le Conseil pose le principe selon lequel « en soulevant une QPC, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition »¹⁰². Cette décision, logique, est une réponse à la position inverse soutenue par la Cour de cassation et, par ricochet, une adresse civile mais soutenue au Conseil d'État confirmée par la décision du 14 octobre 2010. Dans son arrêt du 19 mai 2010¹⁰³, la Cour de cassation refuse de transmettre au Conseil la question relative à la conformité à la Constitution de la non-motivation des arrêts des cours d'assises au motif que « la question posée tend, en réalité, à contester non la constitutionnalité des dispositions qu'elle vise, mais l'interprétation qu'en a donnée la Cour de cassation au regard du caractère spécifique des arrêts des cours d'assises statuant sur l'action publique ». En d'autres termes, la Cour considère que la question de constitutionnalité n'est pas sérieuse car elle porte sur l'interprétation de la loi et non sur la loi elle-même ! Dans l'arrêt *Théron*, le Conseil d'État, pour juger que la question de la méconnaissance du principe de la présomption d'innocence par l'article 728-1 du Code de procédure pénale relatif au

2012, JO 6 octobre 2012, p. 15655 (ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature).

■ 99. A.-L. CASSARD-VALEMBOS, « Précisions sur la recevabilité d'une QPC posée devant le Conseil constitutionnel, juge électoral », *Constitutions*, 2013, p. 271.

■ 100. CE 29 juin 2011, *Président de l'Assemblée de Polynésie française*, n° 347214.

■ 101. CC 2012-233 QPC, 21 février 2012, JO 22 février 2012, p. 3023 (à propos de la loi organique n° 76-528 du 18 juin 1976).

■ 102. CC 2010-39 QPC, 6 octobre 2010, JO 8 octobre 2010, p. 9203.

■ 103. Cass. crim. 19 mai 2010, QPC, n° 09-82 582, *Gaz. Pal.* 23 au 27 mai 2010, p. 16.

compte nominatif des détenus ne présente pas un caractère sérieux, développe une interprétation neutralisante de cet article exactement comme le ferait le Conseil constitutionnel : « que l'article 728-1 n'a pas par lui-même pour objet et ne saurait avoir pour effet d'imposer aux personnes détenues un prélèvement définitif de leurs avoirs au profit des parties civiles et des créanciers d'aliments dès lors que cette mesure a un caractère purement provisoire »¹⁰⁴. Ainsi, le Conseil d'État interprète la loi, juge lui-même que son interprétation est conforme à la constitution et décide en conséquence qu'il « n'est nul besoin de renvoyer au Conseil constitutionnel la QPC invoquée »¹⁰⁵. Le procédé argumentatif est plus subtil que celui de la Cour de cassation en ce qu'il s'appuie sur le raisonnement et les méthodes du Conseil constitutionnel mais, à l'arrivée, le résultat est le même : le Conseil d'État cherche, comme la Cour de cassation, à garder la maîtrise sinon le monopole de l'interprétation de la loi en refusant en pratique que sa constitutionnalité soit appréciée par le Conseil constitutionnel. Ce que reconnaissent volontiers Sophie-Justine Liéber et Damien Botteghi lorsqu'ils écrivent, après avoir affirmé que l'interprétation de la loi par le juge ne faisait pas obstacle à son renvoi devant le Conseil : « au demeurant, il est peu probable qu'une telle question se pose, le juge administratif s'attachant évidemment à donner aux lois un sens et une portée conformes à la constitution »¹⁰⁶.

Cette solution « combinée » des deux Cours suprêmes conduisait néanmoins à réduire la QPC à la portion congrue. Aussi loin que porte le regard, du droit civil au droit administratif, du droit pénal au droit commercial, la jurisprudence est aujourd'hui une source essentielle de la réglementation française. En s'adossant sur les quelques mots des articles 1382 et 1134 du Code civil, par exemple, la Cour de cassation a forgé un droit riche, diversifié, subtil, parfois complexe, pouvant naturellement porter atteinte aux libertés fondamentales des citoyens. Exclure ces « règles » revenait à priver les justiciables d'une source illimitée de QPC.

Le Conseil constitutionnel, par ses décisions des 6 et 14 octobre 2010, s'adresse donc aussi bien à la Cour de cassation qu'au Conseil d'État. Et avec raison. Dès lors, en effet, que le constituant a voulu qu'une QPC puisse être soulevée à l'encontre de lois promulguées et appliquées depuis longtemps, voire très longtemps, la contestation du requérant porte nécessairement non sur la disposition législative telle qu'adoptée par le législateur mais sur la disposition législative telle qu'interprétée-appliquée par les juges. Ce déplacement de l'objet de la contestation est même très précisément ce qui distingue le contrôle de constitutionnalité *a priori* du contrôle *a posteriori*. Dans le cadre du premier, la critique ne peut porter que sur la loi « sèche » puisqu'elle intervient avant la promulgation de la loi, avant son entrée en application et donc avant son interprétation par les juges ; en revanche, dans le cadre du contrôle *a posteriori*, la critique porte sur la loi entrée en vigueur, sur la loi appliquée et donc sur « la portée effective » que le juge, par son interprétation, en a donnée. Vouloir faire ou maintenir dans le contrôle *a posteriori* la distinction entre « loi sèche », transmissible, et « loi-interprétée-par-les-juges »,

■ 104. CE 19 mai 2010, *M. Théron*, n° 33025, concl. M. GUYOMAR, *Gaz. Pal.* 23 au 27 mai 2010.

■ 105. Voir également, l'arrêt *Bessis et autre*, 23 juillet 2010, n° 33595.

■ 106. S. LIÉBER et D. BOTTEGHI, « Le juge administratif, juge constitutionnel de droit commun ? », *AJDA*, 2010, p. 1355.

intransmissible, est, du strict point de vue de la logique, impossible à penser. La situation aurait été différente si le constituant avait ajouté aux requérants de 1958 et de 1974 le citoyen en lui permettant de faire un recours direct devant le Conseil avant la promulgation de la loi ; le contrôle serait resté dans une logique abstraite. En choisissant le recours en inconstitutionnalité à l'occasion de l'application de la loi, le constituant a voulu donner au justiciable le pouvoir de contester la loi telle qu'elle avait été appliquée par les juges depuis son adoption parlementaire ; le contrôle sort d'une logique purement abstraite pour connaître la loi vivante, non la loi parlementaire mais la loi juridictionnelle, celle qui produit des effets concrets sur les justiciables. Le Conseil constitutionnel a donc eu parfaitement raison de construire son argumentation en partant du justiciable : son droit de soulever une QPC serait méconnu s'il lui était interdit de contester la constitutionnalité de l'interprétation jurisprudentielle de la disposition législative applicable au litige dans la mesure où cette interprétation confère à la disposition critiquée sa « portée effective ».

Évidemment, la décision du 6 octobre peut apparaître comme un nouvel épisode du dialogue compliqué des juges judiciaire, administratif et constitutionnel. Au demeurant, le Conseil reprend à son compte la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne qui, après quelques années de conflit avec la Cour de cassation, a renoncé à donner des dispositions législatives une interprétation concurrente à celle de la Cour et a fait porter son contrôle sur la constitutionnalité de l'interprétation judiciaire de la loi¹⁰⁷. Jurisprudence théorisée par le président de la Cour italienne, Gustavo Zagrebelski, sous l'appellation « doctrine du droit vivant »¹⁰⁸.

Application. Suite aux décisions des 6 et 14 octobre 2010, la Cour de cassation et le Conseil d'État ont finalement accepté, bon gré mal gré, qu'une QPC soit soulevée à l'encontre d'une interprétation jurisprudentielle¹⁰⁹. Dans sa décision du 28 novembre 2012¹¹⁰, la Cour de cassation souligne « qu'il a été décidé que “tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à une disposition législative” », avec des guillemets éloquents et sans même prononcer les mots « Conseil constitutionnel » ! La Cour de cassation exige également que l'interprétation soit... une interprétation, et non une « règle jurisprudentielle », c'est-à-dire une simple création du juge en dehors de toute référence textuelle¹¹¹. Cette nuance toute byzantine permet au juge judiciaire d'écarter quelques « monuments » du droit français considérés comme trop jurisprudentiels, trop éloignés du texte, par exemple le régime de la responsabilité civile ou une grande partie du droit commun des contrats. Les jurisprudences « prétorienne » demeurent donc « hors de portée du contrôle de constitutionnalité » comme le note Pascale Deumier¹¹².

■ 107. Corte costituzionale, sentenza 15 giugno 1956.

■ 108. Pour une présentation récente de cette doctrine, v. G. ZAGREBELSKI, « La doctrine du droit vivant et la QPC », *Constitutions*, Dalloz, n° 1, 2010. V. également la thèse de C. SÉVERINO, *La doctrine du droit vivant*, Economica-Puam, 2003.

■ 109. Par exemple CE 10 juin 2013, *Sté Natixis Asset Management*, n° 366880.

■ 110. Cass. soc. 28 novembre 2012, n° 11-17941.

■ 111. *Ibid.*

■ 112. P. DEUMIER, « L'interprétation, entre “disposition législative” et “règle jurisprudentielle” », *RTD Civ.*, 2015. 84.

Il faut encore, précise cette fois-ci le Conseil constitutionnel, que l'interprétation jurisprudentielle soit « constante » et confirmée par une Cour suprême – Conseil d'État ou Cour de cassation –¹¹³. Cette constance est néanmoins appréciée avec une certaine souplesse : par exemple, dans l'affaire sur l'hospitalisation d'office jugée en 2011¹¹⁴, le juge constitutionnel estime que l'interprétation faite par la Cour de cassation dans la décision de renvoi constitue, à elle seule, une « jurisprudence constante »¹¹⁵ !

Il reste que, même si les justiciables peuvent attaquer une jurisprudence à l'occasion d'un litige, le juge de la recevabilité peut très bien « interpréter son interprétation jurisprudentielle » pour la rendre conforme à la Constitution, et donc refuser de renvoyer la QPC. Le Conseil d'État n'hésite pas à utiliser cette technique de l'interprétation neutralisante et déclarer que la question n'est évidemment pas sérieuse¹¹⁶...

Notons également que le juge constitutionnel a le pouvoir d'émettre, s'il le souhaite, des réserves d'interprétation à propos des « interprétations jurisprudentielles ». Le cas se présente lorsque le Conseil estime que la jurisprudence en question va dans un sens qui n'est pas conforme aux droits et libertés constitutionnels. Pour redresser cette contrariété, plutôt que de censurer la disposition en cause, il peut formuler une réserve visant à modifier la signification donnée par le juge du texte de loi. Par exemple, dans la décision du 30 septembre 2013¹¹⁷, le Conseil constitutionnel corrige la lecture faite par le Conseil d'État du régime fiscal des indemnités de licenciement et considère que seule « son » interprétation est compatible avec la Constitution.

C. | LES CRITÈRES DE RENVOI

216 La loi organique du 10 décembre 2009 impose le respect de trois « critères » cumulatifs pour admettre la recevabilité de la QPC : le critère de l'applicabilité, le critère du précédent, et le critère du caractère sérieux ou nouveau.

1. | Le critère de l'applicabilité

217 L'article 23-2 de la loi organique indique que la juridiction saisie procède à la transmission de la question si « la disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ». Cette première condition interdit les QPC trop générales, trop détachées des faits de l'espèce. En toile de fond, se dessine la volonté bien légitime du législateur d'empêcher que des justiciables créent de toute pièce un litige et utilisent ce théâtre virtuel pour soulever une

■ 113. CC 2011-120 QPC, 8 avril 2011, cons. 9.

■ 114. CC 2011-185 QPC, 21 octobre 2011, JO 22 octobre 2011, p. 17968.

■ 115. Selon les commentaires officiels dans cette décision : « C'est donc l'interprétation opérée dans la décision de renvoi de la Cour de cassation que le Conseil a retenue en reprenant les termes mêmes de cette décision ».

■ 116. CE 12 septembre 2011, *M. et M^{me} Dion*, n° 347444 ; A. ROBLOT-TROIZIER et G. TUSSEAU, « Chronique de jurisprudence – Droit administratif et droit constitutionnel », *RFDA*, 2011, p. 1209.

■ 117. CC 2013-340 QPC, 20 septembre 2013, JO 22 septembre 2013, p. 15823.

QPC. Cette condition d'applicabilité a donc pour objet de lier le procès constitutionnel au procès ordinaire ; la contestation ne peut pas porter sur la constitutionnalité d'une disposition étrangère au litige ou inutile à son règlement ; elle doit viser seulement la disposition qui est à l'origine du procès ordinaire et dont, pour cette raison, il est indispensable de vérifier la constitutionnalité. D'où la présence de cette première condition qui nécessite trois précisions.

a) Application

218 **Premièrement, en principe, le critère de l'applicabilité exige un lien qui n'est pas nécessairement direct.** La loi organique impose, en effet, que la disposition contestée soit « applicable » au litige. Cette obligation ne signifie pas que la disposition concernée doit *commander* l'issue du litige, comme le prévoyait initialement le projet de loi organique rédigé par le gouvernement en avril 2009¹¹⁸, mais simplement qu'elle doit participer, d'une façon ou d'une autre, à la résolution du différend. En pratique, cependant, la Cour de cassation s'est orientée vers une lecture relativement pointilleuse de cette condition de l'applicabilité en imposant un lien étroit entre la disposition discutée et les faits litigieux. À ce titre, elle exige que la déclaration d'inconstitutionnalité – si elle est prononcée – ait une « incidence sur la solution » de l'affaire¹¹⁹. Il est même arrivé à la Chambre sociale de juger que la QPC posée n'est pas « sérieuse », car elle ne dit pas en quoi la disposition critiquée... aurait une « incidence sur la solution du litige »¹²⁰ !

Le Conseil d'État, dans un premier temps, a interprété plus largement le critère de l'applicabilité au litige¹²¹. Par exemple en admettant de renvoyer les dispositions qui, bien que n'étant pas directement applicables, sont « indissociables » de la législation contestée¹²², voire même « non dénuées de rapport avec les termes du litige »¹²³. Par exemple encore, en considérant que la notion d'applicabilité en matière de QPC s'entend « au sens de l'ordonnance du 7 novembre 1958 »¹²⁴, c'est à dire de façon autonome, ce qui permet au juge de la recevabilité – en théorie – de développer une jurisprudence accueillante¹²⁵.

■ 118. « Art. 23-2 (...) La disposition contestée commande l'issue du litige ou la validité de la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ».

■ 119. Cass. crim. 11 juillet 2012, n° 11-88430.

■ 120. Cass. soc., 10 juillet 2014, n° 14-40025 : « Et attendu, d'autre part, que la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce que la salariée ne justifie pas en quoi les dispositions légales critiquées auraient une incidence sur la solution du litige ».

■ 121. « Le Conseil d'État s'en tient à la lecture souple imposée par l'ordonnance organique », X. MAGNON, « La question prioritaire de constitutionnalité est-elle une "question préjudicielle" ? », *AJDA* 2015, p. 254. Voir également M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « Le filtrage opéré par le Conseil d'État », 2013, <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00934233>

■ 122. CE 28 mai 2010, *Balta et Opra*, n° 337840.

■ 123. CE 20 juin 2012, *Association comité radicalement anti-corrida Europe*, n° 357798.

■ 124. Par exemple CE 14 mai 2010, *Rujovic*, n° 312305.

■ 125. « En soulignant que lorsqu'il prend position, au moment où il statue sur la QPC, sur la seule question de l'applicabilité au litige de la disposition législative arguée d'inconstitutionnalité "au sens et pour l'application de l'ordonnance du 7 novembre 1958", le Conseil d'État se réserve entièrement la possibilité de la juger, lors du règlement de l'affaire, inapplicable au litige », S.-J. LIEBER, D. BOTTEGHI et V. DAUMAS, « La question prioritaire de constitutionnalité vue du Conseil d'État », *NCCC*, n° 29, octobre 2010, p. 288.

Aujourd'hui, néanmoins, le constat est plus nuancé et plusieurs décisions récentes du Conseil d'État dévoilent une attitude moins indulgente. Par exemple, dans la décision *Association Avenir Haute-Durance* du 2 novembre 2015¹²⁶, se posait la question de savoir si les dispositions du Code de l'énergie réglementant la traversée des propriétés privées par les ouvrages de transport d'électricité étaient contraires au droit de propriété. Le Conseil d'État juge la question suffisamment sérieuse et accepte de renvoyer la QPC au Conseil constitutionnel. Mais alors que les requérants avaient attaqué les articles L. 323-3 à L. 323-11 du Code de l'énergie, le juge administratif exclut volontairement les deux dernières dispositions – les articles L.323-10 et L. 323-11 – en estimant que ces dispositions ne sont pas applicables au litige car, dit-il, ces deux dispositions suivantes concernent un objet différent : les « servitudes » et le « contrôle de la construction des ouvrages ». Or, à vrai dire, les questions constitutionnelles qui se posent à l'égard de ces deux articles sont sensiblement les mêmes, et plutôt que d'exiger du justiciable qu'il pose une nouvelle QPC, plutôt que d'inciter les parties à déclencher un nouveau procès, long et coûteux, il était peut-être plus simple pour le Conseil d'État de renvoyer l'ensemble des dispositions en cause dans cette affaire.

219 **Deuxièmement, le lien peut concerner la procédure.** En effet, selon la loi organique, la disposition contestée doit être applicable au litige « ou à la procédure ». La précision est utile (on va le voir), mais la rédaction retenue n'est pas des plus heureuses : le « litige », à proprement parler, embrasse nécessairement les éléments liés à la « procédure ». La procédure constitue d'ailleurs la sève indispensable, le carburant de toute instance : sans règles procédurales, pas de procès ! Sous cet aspect, une autre formule était peut-être plus judicieuse : « applicable au litige, et notamment à la procédure ». Quoi qu'il en soit, l'idée générale est la suivante : il arrive fréquemment que l'atteinte aux droits et libertés soit le fait non pas d'un régime « de fond », mais – étonnamment – de la manière dont ce régime fonctionne dans les arcanes et les rouages du droit. Par exemple, dans le cadre d'un litige en matière fiscale, l'atteinte aux libertés peut provenir de la législation qui organise les recours contre les décisions de l'administration fiscale ou celles qui fixent les pouvoirs du juge de l'impôt. Par exemple aussi, l'atteinte aux libertés peut résulter de la législation qui organise et régleme les gardes à vue. Il était donc logique de permettre les contestations de cet ordre et d'accepter les QPC portant sur une disposition réglementant la procédure. Et de fait, aujourd'hui, de nombreuses QPC sont formées sur des aspects procéduraux des litiges, sur des éléments relatifs à l'instance, au procès lui-même, notamment dans la matière pénale, fiscale ou douanière.

220 **Troisièmement, le lien peut concerner le fondement des poursuites.** C'est ici la matière pénale qui est visée : en certaines circonstances, l'atteinte aux libertés trouve sa source dans les dispositions qui constituent « le fondement » des poursuites, par exemple l'article 311-3 du Code pénal en matière de vol ou l'article 313-1 Code pénal en matière d'escroquerie. Il s'agit, là aussi, d'une précision du

■ 126. CE 2 novembre 2015, *Association Avenir Haute-Durance*, n° 386319. Voir également la décision rendue par le Conseil constitutionnel dans cette affaire : CC 2015-518 QPC, 2 février 2016, 5 février 2016, texte n° 75.

législateur organique : la QPC est valable non seulement pour les dispositions applicables au litige, mais également pour les dispositions qui constituent le fondement des poursuites. La précision est importante, mais elle est juridiquement discutable. Toute disposition qui « constitue le fondement des poursuites » est immanquablement « applicable au litige ». Par cette formulation, le législateur a simplement voulu souligner la possibilité de soulever une QPC dans le domaine pénal en pointant l'inconstitutionnalité des « fondements ». À ce titre, en cas d'instruction, il peut paraître judicieux, pour les justiciables, de poser une QPC le plus tôt possible, dès l'ouverture de la procédure, et ils devront alors soumettre la question à la « juridiction du second degré » en matière d'instruction (art. 23-1).

b) Compétence

221 Principe. En principe, il revient au juge de la recevabilité d'étudier le critère de l'applicabilité, et le Conseil constitutionnel ne saurait s'immiscer dans cette compétence exclusive en décidant lui-même si les dispositions critiquées sont, ou non, applicables au litige. Le principe est admis par le juge constitutionnel depuis la première décision QPC¹²⁷. Dans cette affaire, les requérants demandaient au Conseil de se prononcer sur des dispositions qui n'avaient pas été, initialement, présentées dans la requête. Mais la demande est sèchement rejetée : « il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, de remettre en cause la décision par laquelle le Conseil d'État ou la Cour de cassation a jugé, en application de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée, qu'une disposition était ou non applicable au litige ». De cela, il faudrait donc en déduire une impossibilité manifeste, pour le juge constitutionnel, d'apprécier le critère de l'applicabilité au moment de juger au fond la QPC.

Cette solution s'explique par au moins deux arguments. D'abord, la loi organique elle-même exclut très nettement le Conseil constitutionnel de la procédure d'examen des trois critères de recevabilité. L'article 23-2 de l'ordonnance dispose à cet effet qu'« il est procédé à cette *transmission* (à la Cour de cassation et au Conseil d'État) si les conditions suivantes sont remplies : (...) ». Autrement dit, l'applicabilité est bien un critère de « transmission » qui échappe par nature à l'office du juge constitutionnel. Par ailleurs, pour apprécier le lien avec le litige, il faut nécessairement prendre connaissance des faits de l'affaire, de son déroulement, de son contexte¹²⁸. Or il est assez évident que le Conseil constitutionnel ne dispose pas des outils et des informations suffisantes pour exercer un tel contrôle ; il reste un juge abstrait, un juge du droit, et non un juge des faits. En cela, il ne peut exercer un contrôle efficace et valable du critère de l'applicabilité au litige.

222 Exceptions. En de nombreuses circonstances, néanmoins, le Conseil constitutionnel est conduit à contourner le principe fixé en 2010. Et pour cause : le droit français est formé d'un enchevêtrement de codes, de textes, parfois votés à la hâte,

■ 127. CC 2010-1 QPC, 28 mai 2010, JO 29 mai 2010, p. 9728.

■ 128. Les commentaires officiels sous la décision du 18 mars 2015 notent à ce titre que « la question de la détermination de la version renvoyée était plus délicate et nécessitait de s'intéresser aux faits de la cause et au déroulement de la procédure » (CC 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC, 18 mars 2015, JO 20 mars 2015 p. 5183).

sans véritable respect de la temporalité et de l'agencement des normes entre elles. Les renvois entre articles sont légion et le juge lui-même connaît parfois toutes les difficultés du monde pour dénicher, dans la réglementation concernée, la « bonne » disposition¹²⁹. Face à cette situation, il arrive fréquemment au Conseil constitutionnel d'être saisi de dispositions législatives qui ne sont manifestement pas celles « applicables au litige », en dépit du double filtrage opéré par les juges de la recevabilité. Dans ce cas, appliquer la solution rigoureuse de 2010 revenait à contrôler une disposition sans lien réel avec l'affaire. D'où ces exceptions, aujourd'hui nombreuses.

— **Le Conseil constitutionnel peut d'abord préciser la version de la disposition applicable.** Le Conseil constitutionnel est souvent saisi d'articles de Codes dont la version n'est pas précisée par la Cour de cassation ou le Conseil d'État. Dans ce cas, il est contraint de choisir lui-même la bonne disposition applicable au litige, ce qui le conduit à examiner minutieusement l'affaire, à vérifier la temporalité de la situation, et à déceler la rédaction en vigueur au moment du fait litigieux. Par exemple, dans la décision du 3 février 2016¹³⁰, le Conseil constate que le grief porte sur « l'exercice clos en 2003 » et qu'à ce moment, s'appliquait « l'article 145 du Code général des impôts dans sa version issue de la loi du 30 décembre 1992 ».

D'une manière générale, cette recherche de la version du texte applicable au litige est annoncée, dans les considérants du Conseil, par la formule très large selon laquelle « la question prioritaire de constitutionnalité doit être regardée comme portant sur les dispositions applicables au litige à l'occasion duquel elle a été posée ». Dans une décision néanmoins¹³¹, le Conseil constitutionnel a clarifié son office en soulignant qu'« en l'absence de précision, dans la décision du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, sur la version des dispositions renvoyée au Conseil constitutionnel, la question prioritaire de constitutionnalité doit être regardée comme portant sur les dispositions applicables au litige à l'occasion duquel elle a été posée ». L'originalité de cette affaire tient au fait que la situation à l'origine du conflit se prolongeait dans le temps et se situait à cheval sur deux législations. Logiquement, le Conseil constitutionnel a donc choisi d'examiner les deux versions du texte : « au regard des faits à l'origine du litige, l'article L. 1223-3 du Code de la santé publique doit être regardé comme ayant été renvoyé au Conseil constitutionnel tant dans sa version antérieure à l'ordonnance du 1^{er} septembre 2005 susvisée que dans sa version postérieure à cette ordonnance ».

— **Le Conseil constitutionnel peut écarter les dispositions insusceptibles de porter atteinte aux droits et libertés.** L'abondance de lois est un mal bien connu du droit français ! Bien souvent, le rythme effréné d'adoption des textes législatifs se conjugue, paradoxalement, avec un manque criant de décret d'application, et dans certains cas le texte de loi est abrogé avant même qu'il soit effectivement entré en vigueur. Entre le moment où la disposition est votée, sans être

■ 129. « Cette difficulté vient du fait que le droit, notamment codifié, est régulièrement modifié et, surtout, fonctionne par réseau, c'est-à-dire par renvois successifs d'article à article », S. LIEBER et D. BOTTEGHI, « Le juge administratif, juge constitutionnel de droit commun ? », *AJDA*, 2010, p. 1355.

■ 130. CC 2015-520 QPC, 3 février 2016, JO 5 février 2016, texte n° 76.

■ 131. CC 2014-412 QPC, 19 septembre 2014, JO 21 septembre 2014 p. 15469.

appliquée, et le moment où elle disparaît, faut-il considérer la norme comme « applicable au litige » ? Non répond le Conseil constitutionnel dans la décision du 12 février 2012¹³² : « cette disposition législative, jamais entrée en vigueur, est *insusceptible d'avoir porté atteinte à un droit ou une liberté* que la Constitution garantit ». Par exemple aussi, le Conseil estime, dans la décision du 26 mars 2015¹³³, que certaines phrases de l'article L. 380-2 du Code de la sécurité sociale, faute de décret d'application, ne peuvent faire l'objet d'une QPC.

— **Le Conseil constitutionnel peut réduire le champ d'intervention de la saisine.** Un article de loi peut réglementer toutes sortes de situations ; il peut viser différentes personnes, concerner différents objets, prévoir différentes exceptions. Et la question de constitutionnalité qui se pose dans un cas ne recevra pas nécessairement la même réponse dans un autre cas. Par exemple, une disposition peut s'avérer contraire à la Constitution en ce qui concerne les grossistes chargés de la diffusion de la presse, mais ne pas l'être à propos des détaillants¹³⁴. Pour cette raison, le Conseil doit souvent « ajuster » la disposition renvoyée et isoler, dans les articles qui lui sont déférés, les phrases et les mots jugés applicables au cas d'espèce¹³⁵.

— **Le Conseil constitutionnel peut juger que la disposition est applicable « en tant qu'elle n'est pas applicable ».** Curieuse histoire : il arrive qu'une disposition soit applicable au litige justement parce qu'elle n'est pas applicable. Le cas se présente lorsqu'un grief est formé contre une disposition en raison de ses silences, de ses exclusions, de ses non-dits. Par exemple, une disposition du Code de procédure pénale impose des délais pour l'examen initial d'un appel rendu par la chambre de l'instruction, mais ne prévoit aucun délai concernant l'appel sur renvoi en cassation¹³⁶. Par exemple encore, une disposition organise la délivrance d'un titre de séjour temporaire pour les étrangers mariés, mais ne régit pas la situation des étrangers pacés¹³⁷. Par exemple aussi, un régime juridique exclut les ressortissants algériens de la « décristallisation » des pensions accordées aux anciens combattants¹³⁸. Dans ces différents cas, l'inconstitutionnalité trouve sa source dans un espace d'incertitude, dans un manque, et non pas directement dans un article de loi. Inspirée de la jurisprudence *Vassilikiotis* du Conseil d'État¹³⁹, ce mécanisme contentieux permet aux juges de considérer comme « applicable au litige » des dispositions dont les justiciables exigent simplement le bénéfice, souvent au nom du principe d'égalité.

— **Le Conseil constitutionnel peut refuser d'examiner des dispositions pourtant « applicables au litige ».** Dans le cadre de sa décision *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie*, le Conseil constitutionnel s'est offert la possibilité de déclarer contraire à la Constitution une disposition déjà en vigueur « à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent

■ 132. CC 2011-219 QPC, 10 février 2012, JO 11 février 2012, p. 2440.

■ 133. CC 2015-460 QPC, 26 mars 2015, JO 29 mars 2015, p. 5775.

■ 134. CC 2015-520 QPC, 3 février 2016, JO 5 février 2016, texte n° 76.

■ 135. Très classiquement, le Conseil peut isoler un seul alinéa de l'article en cause (en ce sens CC 2010-81 QPC, 17 décembre 2010, JO 19 décembre 2010, p. 22375).

■ 136. CC 2014-446 QPC, 29 janvier 2015, JO 31 janvier 2015, p. 1502.

■ 137. CC 2013-312 QPC, 22 mai 2013, JO 24 mai 2013, p. 8599.

■ 138. CE 14 avril 2010, *Labane*, n° 336753 et CC 2010-1 QPC, 28 mai 2010, JO 29 mai 2010, p. 9728.

■ 139. CE, Ass., 29 juin 2001, *Vassilikiotis*, n° 213229.

son domaine »¹⁴⁰. Se posait néanmoins la question de savoir quel était le statut des dispositions déclarées inconstitutionnelles dans le cadre de cette jurisprudence. La difficulté vient du fait que l'article 61 de la Constitution pose le principe en vertu duquel un texte censuré « ne peut être promulgué » ; or il est bien évident que cette règle ne peut concerner une loi votée et par définition déjà promulguée. L'« abrogation » n'est pas davantage envisageable, car elle est limitée aux déclarations d'inconstitutionnalité intervenues « sur le fondement de l'article 61-1 », c'est-à-dire uniquement dans le contentieux de la QPC. Le Conseil constitutionnel a finalement choisi une solution tout en nuance en estimant que la disposition censurée est simplement « inapplicable »¹⁴¹. Autrement dit, la norme est bien présente dans l'ordonnement juridique – elle apparaît encore au *Journal officiel* avec un simple « nota » indiquant la décision de censure du Conseil constitutionnel¹⁴² – mais elle ne peut régir les faits et les actes normalement sous son emprise.

Avec néanmoins une exception : la disposition censurée demeure pleinement applicable lorsque la déclaration d'inconstitutionnalité prononcée dans le cadre du contentieux néo-calédonien est reportée dans le temps ou lorsqu'elle « réserve » certaines situations, par exemple pour les contrats déjà formés¹⁴³. Un autre problème se dessine alors : les justiciables peuvent-ils, pendant cette période transitoire, poser une QPC à l'encontre de cette disposition « censurée-mais-toujours-en-vigueur » ? Une réponse positive était juridiquement acceptable, mais avec le risque important de créer une discorde, une divergence entre la décision rendue dans le cadre du contentieux néo-calédonien et la nouvelle décision rendue des mois ou des années plus tard dans le cadre du contentieux de la QPC. Pour éviter cet imbroglio juridique, le juge constitutionnel a décidé dans sa décision du 18 octobre 2013¹⁴⁴ que la disposition en cause était insusceptible d'une QPC, « neutre » en quelque sorte¹⁴⁵, bien qu'étant *stricto sensu* « applicable au litige ». Pour justifier cette position, le juge constitutionnel invoque l'autorité de la chose jugée : « l'autorité qui s'attache aux décisions du Conseil constitutionnel fait obstacle à ce qu'il soit de nouveau saisi afin d'examiner la conformité à la Constitution des dispositions de l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale dans leur rédaction déclarée contraire à la Constitution ».

Si la solution retenue par le Conseil est juridiquement acceptable, elle pose néanmoins de sérieuses difficultés pratiques. Par exemple, les justiciables peuvent parfaitement exercer, pendant le temps où la disposition demeure « applicable », un

■ 140. CC 85-187 DC, 25 janvier 1985, JO 26 janvier 1985, p. 1137.

■ 141. CC 2013-349 QPC, 18 octobre 2013, JO octobre 2013, p. 17279 ; J. BONNET, « L'épanouissement de la jurisprudence État d'urgence en Nouvelle-Calédonie », *AJDA*, 3 mars 2014, n° 8, p. 467 ; A. VIALA, « L'autorité des censures "néo-calédoniennes" : quand le contrôle *a priori* pétrifie les enjeux du contrôle *a posteriori* », *Constitutions*, octobre-décembre 2013, p. 574.

■ 142. V. les explications de cette pratique dans les commentaires officiels sous CC 2013-349 QPC, 18 octobre 2013, JO 20 octobre 2013, p. 17279.

■ 143. CC 2013-672 DC, 13 juin 2013, JO 16 juin 2013 p. 9976.

■ 144. CC 2013-349 QPC, 18 octobre 2013, JO 20 octobre 2013, p. 17279.

■ 145. H. PORTELLI, « Autorité de la chose jugée et jurisprudence constitutionnelle : sur quelques cas emblématiques », *JCP A*, n° 37, 15 septembre 2014, act. 727. V. également, M. DISANT, « Les effets en QPC d'une déclaration d'inconstitutionnalité "néo-calédonienne", le déjà jugé et le mal compris », *RFDC*, 2014, p. 121.

recours... en inconstitutionnalité ! La situation s'est déjà présentée et le juge du fond a admis la validité de la requête¹⁴⁶. De plus, en refusant d'examiner les QPC formées à l'encontre des dispositions législatives dont l'inapplicabilité est reportée, et alors même que toutes les conditions posées par la Constitution et les textes organiques sont remplies, le Conseil constitutionnel fait « primer », sans raison évidente, l'autorité de ses décisions sur le « droit » des justiciables de poser des QPC. Concrètement, le Conseil ne pouvait-il pas choisir de rejuger la disposition en cause, quitte à redire son argumentation, en soulignant les différences entre le contentieux QPC et le contentieux néo-calédonien (notamment quant aux effets de la déclaration d'inconstitutionnalité – abrogation d'un côté, inapplicabilité de l'autre) ?

2. | Le critère du précédent

a) *Le principe : non bis in idem*

223 Afin de préserver l'autorité des décisions du Conseil rendues dans le cadre du contrôle *a priori*, la loi organique a prévu qu'une QPC n'était pas recevable à l'encontre d'une disposition législative « déjà déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel ». Impossible donc de « profiter » de la QPC pour tenter de refaire le procès constitutionnel d'une disposition législative validée par le Conseil. Cette impossibilité est cependant très circonscrite : elle ne vaut que pour la disposition précise qui a été contrôlée et que pour les motifs sur la base desquels elle a été déclarée conforme à la Constitution. En d'autres termes, l'irrecevabilité ne porte pas sur l'ensemble de la loi mais seulement sur la ou les parties qui ont fait l'objet d'un contrôle formellement inscrit dans le dispositif et les motifs de la décision ; sur les dispositions non contrôlées d'une loi contrôlée, une QPC est donc recevable. Le juge du filtrage apprécie article par article, alinéa par alinéa, parfois même phrase par phrase, si la disposition ou l'extrait de disposition a été expressément et spécialement déclaré conforme. En cas de modifications partielles, le juge du filtrage puis le Conseil constitutionnel se prononcent en fonction de l'apport de la nouvelle rédaction du texte. Soit l'ensemble de la disposition est réexaminé en cas de modifications substantielles, soit les modifications apportées sont divisibles et sont contrôlées au regard de la Constitution de manière isolée¹⁴⁷.

224 L'objectif de préservation de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel est plutôt largement entendu par les juges de la QPC.

— D'une part, le champ du principe *non bis in idem* s'étend logiquement aux dispositions législatives non examinées par le Conseil constitutionnel mais dont la

■ 146. Voir, dans le cadre « classique » du report de l'abrogation, la saga jurisprudentielle sur la garde à vue (Cass. crim. 19 octobre 2010, n° 10-82902, n° 10-86051 et n° 10-82306 ; Cass. Ass. plén. 15 avril 2011, n° 10-17049, 10-30313, 10-36316 et 10-30242), l'affaire *Célestin* (TGI Nantes, Chambre 1, 24 avril 2014, n° 14/00325 ; P. PUIG, « La loi condamnée », *RTD Civ.*, 2014, p. 610) ou le cas *Red Bull* (CE 10 avril 2015, n° 377207).

■ 147. J. LESSI, L. DUTHEILLET DE LAMOTHE, « Cinq ans de QPC devant le juge administratif : retour d'expérience », *AJDA*, 2015, p. 755.

rédaction est strictement identique à une disposition expressément validée¹⁴⁸. Ainsi, le seul fait de changer la numérotation d'un article ou son emplacement dans la législation n'affecte pas le contenu de la disposition déclarée conforme, qui ne peut donc faire l'objet d'une QPC¹⁴⁹.

— D'autre part, selon une jurisprudence aussi constante que contestable¹⁵⁰, une QPC sera irrecevable au motif que la disposition législative contestée a déjà été jugée conforme à la Constitution, même lorsque la déclaration de constitutionnalité avait été fondée sur un autre motif que celui invoqué par le requérant dans son mémoire. En d'autres termes, le principe *non bis in idem* vaut de manière globale à l'encontre de tout grief d'inconstitutionnalité. Le justiciable aura beau démontrer qu'une inconstitutionnalité s'est révélée à l'usage et ultérieurement, ou que le Conseil constitutionnel n'avait pas examiné tel grief, notamment dans le contrôle *a priori* enfermé dans le délai court d'un mois, la QPC ne sera pas recevable. Par exemple, le Conseil d'État refuse le 3 juillet 2013 de renvoyer une question, au motif qu'en l'absence de changement de circonstances, plusieurs dispositions du code d'entrée et de séjour des étrangers et du droit d'asile sont couvertes par la décision n° 2003-485 DC du 4 décembre 2003 qui les avait déclarées conformes dans le motif et le dispositif¹⁵¹. Or, en l'espèce, la QPC invoquait comme nouveau grief le droit d'asile. De manière générale une telle restriction est regrettable. Évidemment, l'article 62 de la Constitution, la sécurité juridique et la nature plutôt abstraite et objective de l'office du Conseil constitutionnel justifient que l'invocation d'un nouveau grief ne conduise pas à un renvoi automatique. Mais si ce grief nouveau se révèle également « sérieux », au sens de la loi organique, pourquoi ne pas l'admettre ? La fiction du contrôle intégral de la loi par le Conseil constitutionnel est certes rassurante pour le législateur et les esprits inquiets de l'engorgement du Conseil constitutionnel, mais ce sacrifice des droits et libertés constitutionnels constitue une entorse à l'État de droit et suscite l'incrédulité du justiciable.

b) L'exception : le changement de circonstances

225

Le rapport de conformité d'une loi à la Constitution est par nature évolutif. Le législateur organique a ainsi permis le réexamen d'une disposition déclarée conforme à la Constitution en présence d'un « changement des circonstances »¹⁵². La présence d'un changement de circonstances est appréciée par le juge du filtrage, mais également par le Conseil constitutionnel. Dans le contentieux électoral, le Conseil constitutionnel reçoit des QPC et examine en premier et dernier ressort la présence de changement de circonstances¹⁵³. Plus classiquement, dans le cadre de

■ 148. CC 2010-44 QPC, 9 septembre 2010, JO 30 septembre 2010, p. 17783.

■ 149. CE 6 nov. 2014, *Association Hôpital Paul Desbief*, n° 383495.

■ 150. CE 19 mai 2010, *Commune de Buc*, n° 330310 et CE 23 juillet 2010, *Commune de Juvignac*, n° 339882 ; CE 14 octobre 2010, *SAS Accasting*, n° 341689 ; CE 2 décembre 2010, *Sagnard*, n° 343594 ; CE 9 juillet 2015, *Association Pierre Claver*, n° 389735, chron. J. BONNET et A. ROBLOT-TROIZIER, *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 50, 2016, p. 93.

■ 151. CE 3 juillet 2013, n° 368854.

■ 152. P. GERVIER, « Le changement de circonstances dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RDP*, 2012, p. 89 ; *Code constitutionnel*, Dalloz, 5^e éd., 2015, p. 1181s.

■ 153. CC 2014-4909 SEN, 23 janvier 2015, cons. 4 et 5, JO, 25 janvier 2015 p. 1154.

l'article 61-1, le Conseil peut revenir sur cette question et démentir la présence d'un changement de circonstances que le juge de renvoi avait relevé¹⁵⁴. Dans le cadre de la QPC soulevée par Mme Le Pen lors de la campagne présidentielle de 2012, le Conseil constitutionnel opère une substitution de changement de circonstances : tandis que le Conseil d'État évoquait de manière sibylline « les changements ayant affecté la vie politique et l'organisation institutionnelle du pays depuis cette date »¹⁵⁵, afin de justifier le réexamen de la loi organique du 18 juin 1976 définissant les modalités de présentation des candidatures à l'élection présidentielle, le Conseil constitutionnel opère un nouvel examen de la présence d'un changement de circonstances et retient à ce titre l'article 4 de la Constitution tel que modifié par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008¹⁵⁶. Régulièrement, des décisions de non-lieu à statuer sont prononcées lorsque le Conseil examine une QPC visant un dispositif législatif sur lequel il s'est entre temps prononcé dans une autre affaire, après que la Cour de cassation ou le Conseil d'État lui ait renvoyé la question¹⁵⁷.

Conformément aux travaux parlementaires et à la théorie administrative des changements de circonstances¹⁵⁸, le Conseil constitutionnel prit soin de préciser que la loi organique visait les changements de circonstances de droit et de fait.

226 En premier lieu, par changement des circonstances de droit, il faut entendre les changements textuels et prétoriens.

— Au titre des *changements de circonstances textuelles*, les juges de la QPC retiennent les révisions constitutionnelles, sous réserve d'être en lien avec l'objet de la question. Par exemple, l'inscription à l'article 66-1 de la Constitution de l'interdiction de la condamnation à mort¹⁵⁹, la garantie du pluralisme et le rôle des partis politiques insérés à l'article 4 de la Constitution¹⁶⁰ ou les nouvelles modalités de remplacement d'un parlementaire appelé au gouvernement prévues par l'article 25 de la Constitution¹⁶¹ ont été retenus en tant que changements de circonstances justifiant le réexamen des dispositions contestées. Le changement de contexte législatif entourant la disposition contestée est également fréquemment retenu¹⁶². Dans la décision du 26 mars 2015¹⁶³ rendue à propos de la cotisation de sécurité sociale au titre de la CMU, la disposition contestée était identique à la version du texte déclarée conforme en 1999 par le Conseil constitutionnel¹⁶⁴. Cependant, depuis

■ 154. CC 2010-4 QPC, 29 septembre 2010, JO 30 septembre 2010, p. 17783.

■ 155. CE 2 févr. 2012, *Le Pen*, n° 355137.

■ 156. CC 2012-233 QPC, 21 février 2012, JO 22 février 2012, p. 3023.

■ 157. Ex : CC 2015-510 QPC, 7 janvier 2016, JO 10 janvier 2016, texte n° 18 ; CC 2015-522 QPC, 19 février 2016, JO 21 février 2016, texte n° 25.

■ 158. CE 10 janvier 1930, *Despujol*, R. p. 30. Voir aussi, J.-M. AUBY, « L'influence du changement de circonstances sur les actes administratifs », *RDP*, 1959, p. 431.

■ 159. CE 8 octobre 2010, *Kamel Daoudi*, n° 338505.

■ 160. CC 2012-233 QPC, 21 février 2012, JO 22 février 2012, p. 3023.

■ 161. CC 2014-4909 SEN, 23 janvier 2015, JO 25 janvier 2015.

■ 162. V. par ex. CE 28 janvier 2011, *Huchon*, n° 338199, à propos des règles applicables au financement des campagnes électorales ; CE 22 février 2013, n° 364341, à propos de l'adoption de la loi sur le PACS ; CC 2015-513/514/526 QPC, 14 janvier 2016, JO 16 janvier 2016 texte n° 54.

■ 163. CC 2015-460 QPC, 26 mars 2015, JO 29 mars 2015, p. 5775.

■ 164. CC 99-416 DC, 23 juillet 1999, JO 28 juillet 1999, p. 11250.

1999, relève le Conseil, « le législateur a modifié à plusieurs reprises la définition du revenu fiscal de référence (...) qui constitue l'assiette de la cotisation prévue par cet article » et « le revenu fiscal de référence a été étendu à de nouvelles catégories de revenus, entraînant un élargissement de l'assiette de la cotisation » contestée. Dès lors, « ces modifications apportées à la définition du revenu fiscal de référence constituent un changement des circonstances de droit justifiant, en l'espèce, le réexamen des dispositions ».

— Au titre des *changements de circonstances prétoriennes*, les juges du filtrage ont progressivement intégré toutes les jurisprudences des Cours suprêmes.

Retenir le changement de circonstances en présence d'un infléchissement jurisprudentiel du Conseil constitutionnel constitue un appel d'air pour la QPC. Ainsi, la Cour de cassation retient « les décisions récentes du Conseil constitutionnel sur l'exercice des droits de la défense au cours de la phase procédurale » pour justifier le réexamen d'une disposition du Code de procédure pénale¹⁶⁵ ou « les décisions récentes du Conseil constitutionnel » pour permettre le réexamen d'une disposition relative aux cas de prolongation exceptionnelle de la garde à vue¹⁶⁶. De même, dans une affaire relative au pouvoir de sanction de l'ARCEP, le Conseil d'État évoque deux décisions récentes pour estimer que ces « développements de la jurisprudence du Conseil constitutionnel (...) constituent une circonstance de droit nouvelle »¹⁶⁷ justifiant le réexamen de la question.

Cependant, toute évolution jurisprudentielle du Conseil constitutionnel n'est pas éligible au qualificatif de changement de circonstances. Dans sa décision du 17 mars 2011¹⁶⁸, le Conseil constitutionnel avait refusé de caractériser un changement de circonstances à propos de l'invocation du principe d'individualisation des peines, reconnu par le Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 8 de la DDHC postérieurement à l'examen de la loi applicable en l'espèce. Ce refus est contestable car bien que le principe prétorien d'individualisation des peines découle du principe textuel de légalité des délits et de peines, la portée de cet apport semblait suffisamment substantielle pour justifier la présence d'un changement de circonstances juridiques. Autre hypothèse, à la suite de la retentissante décision du 4 mai 2012¹⁶⁹ abrogeant le délit de harcèlement sexuel, la Cour de cassation fut saisie d'une salve de QPC visant le harcèlement moral. Antérieurement¹⁷⁰, la Cour de cassation avait déjà refusé de renvoyer une question visant la loi sur le harcèlement moral au motif qu'elle avait été déclarée conforme dans les motifs et le dispositif d'une décision du 17 janvier 2002¹⁷¹. L'abrogation entre temps du délit de harcèlement sexuel n'est pas reconnue comme un changement de circonstances par la Chambre sociale¹⁷² et la

■ 165. Cass. crim. 1^{er} mars 2011, n° 10-90125.

■ 166. Cass. crim. 30 septembre 2015, n° 15-83026.

■ 167. CE 29 avril 2013, n° 356976. V. également CE 15 avril 2016, n° 396696 à propos d'un changement de circonstances issu de la décision n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC du 18 mars 2015, permettant le réexamen d'une disposition déclarée conforme dans la décision n° 2014-423 QPC du 24 octobre 2014.

■ 168. CC 2010-104 QPC, 17 mars 2011, JO 18 mars 2011, p. 4935.

■ 169. CC 2012-240 DC, 4 mai 2012, JO 5 mai 2012, p. 8015.

■ 170. Cass. crim. 7 juin 2011, n° 11-90041.

■ 171. CC, 2002-73 DC, 17 janvier 2002, JO, 18 janv. 2002, p. 1008.

■ 172. Cass. soc. 11 juillet 2012, n° 12-40051.

Chambre criminelle¹⁷³ qui prennent tout de même soin de justifier le non-renvoi par la différence de rédaction des deux textes et la définition globalement plus précise du harcèlement moral.

Le changement de circonstances prétoriennes peut également résulter d'une jurisprudence du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, et pas d'une jurisprudence des juges du fond¹⁷⁴. Sans même évoquer expressément la présence d'un changement de circonstances, le Conseil constitutionnel tient parfois compte de l'interprétation de la loi pour justifier le réexamen de la disposition contestée¹⁷⁵. Les juges du filtrage apprécient eux-mêmes la portée de leur propre jurisprudence afin de déterminer si tel ou tel arrêt constitue « un changement des circonstances de nature à justifier que la question de la conformité à la Constitution de ces dispositions soit de nouveau soumise au Conseil constitutionnel »¹⁷⁶. Ainsi, la Chambre sociale, dans un arrêt du 12 mars 2014¹⁷⁷, surmonte deux déclarations de conformité en qualifiant sa propre jurisprudence de changement de circonstances de droit, à propos de la reconnaissance de la compétence de la juridiction prud'homale pour connaître des demandes indemnitaires présentées au titre du préjudice d'anxiété.

Récemment la Cour de cassation a innové en considérant qu'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme constituait un changement de circonstances. Ainsi, à propos de la loi de 1901 et de la capacité d'ester en justice des associations basées à l'étranger sans établissement en France, elle relève que « la décision de la Cour européenne des droits de l'homme du 15 janvier 2009 (*Ligue du monde islamique et Organisation mondiale du secours islamique c. France*) est de nature à constituer un changement de circonstances de droit »¹⁷⁸. Le 17 décembre 2014, la Chambre criminelle va même au-delà des seules condamnations de la France, en invoquant une affaire concernant l'Italie tranchée par la CEDH en 2014¹⁷⁹. La chose jugée ou interprétée par la Cour de Strasbourg permet ainsi de surmonter l'autorité de la chose jugée par le Conseil constitutionnel par la voie du changement de circonstances, illustrant une nouvelle fois l'interaction entre les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité de la loi. En l'état actuel de la jurisprudence, le Conseil d'État reste en retrait sur cette question : dans un arrêt du 13 février 2015 il n'infirme ni ne confirme cette possibilité¹⁸⁰ ; dans les premiers temps de la QPC, il avait refusé de qualifier de changement de circonstances un

■ 173. Cass. crim. 11 juillet 2012, n° 11-88114 ; Cass. crim. 11 juillet 2012, n° 12-40051 ; Cass. crim. 25 juillet 2012, n° 12-90036, 12-90034 et 11-89125.

■ 174. A propos d'une jurisprudence de la Cour nationale du droit d'asile non confirmée par le Conseil d'État, cf. CC 2011-120 QPC, 8 avril 2011, JO 9 avril 2011, p. 6364.

■ 175. Ex. : CC 2013-340 QPC, 20 septembre 2013, JO 22 septembre 2013, p. 15823.

■ 176. CE 9 avril 2014, n° 362263.

■ 177. Cass. soc. 12 mars 2014, n° 13-23174. Pour une illustration du refus de prendre en compte une décision récente au titre d'un changement de circonstances, cf. Cass. crim. 9 mars 2016, n° 15-83517.

■ 178. Cass. crim. 20 août 2014, n° 14-80394.

■ 179. Cass. crim. 17 décembre 2014, n° 14-90043 : « Attendu qu'à supposer que ces dispositions ont été déclarées intégralement conformes à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, la décision de la Cour européenne des droits de l'homme du 4 mars 2014 (*Grande Stevens et autres c/Italie*) est de nature à constituer un changement de circonstances ». Dans le même sens, cf. Cass. crim. 28 janvier 2015, n° 14-90049.

■ 180. CE 13 février 2015, n° 382019.

arrêt de la CJCE condamnant sur le fondement du droit communautaire le dispositif contesté¹⁸¹.

227 En second lieu, par changement de circonstances de fait, il faut entendre, en s'inspirant des conclusions Braibant dans l'arrêt *Simonnet*¹⁸², une transformation importante des données de fait – économiques, sociologiques, technologiques, morales... – existant au moment où la loi aujourd'hui contestée a été votée, et une transformation indépendante de la volonté du législateur – sinon ce serait un changement des circonstances de droit – et qu'il ne pouvait pas prévoir. En d'autres termes, le changement des données de fait sur lesquelles la loi reposait et avait été validée par le Conseil peut conduire à demander un réexamen de la constitutionnalité de cette loi. Évidemment, cette faculté donne aux juges, ordinaires et constitutionnels, un pouvoir considérable puisqu'il leur est demandé d'apprécier l'adéquation d'une loi à son époque et de la juger contraire à la Constitution si elle ne trouve plus de justification dans les données de fait qui l'avaient initialement fondée. Au demeurant, dans le cadre du contrôle *a priori*, le Conseil utilise déjà l'argument du changement de circonstances de fait pour fonder ses décisions et même faire évoluer sa jurisprudence. Ainsi, il prend motif du contentieux de masse attendu de la répression des délits de contrefaçon commis par internet pour juger que le législateur pouvait en confier le traitement à « un tribunal correctionnel composé d'un seul magistrat du siège »¹⁸³; en matière sociale, le Conseil a expressément fondé son appréciation de la constitutionnalité des nouvelles dérogations au principe du repos dominical des salariés sur le changement des données de fait – « évolution du mode de vie et de loisirs », « les habitudes de consommation dominicale », « l'évolution des usages de consommation dans les grandes agglomérations »¹⁸⁴; et encore, se fondant sur l'augmentation de la population des départements – « plus de 7 600 000 personnes », précise le Conseil – il en conclut que la règle de deux députés minimum par département qu'il avait jusque-là consacrée « n'est plus justifiée par un impératif d'intérêt général »¹⁸⁵.

Sans doute, cette théorie du changement des circonstances peut être considérée contraire à la fois au principe de sécurité juridique dans la mesure où elle invite à un réexamen permanent de la constitutionnalité des lois et au principe de la démocratie électorale dans la mesure où elle donne aux juges le pouvoir de décider de l'adéquation d'une loi à son époque. Mais il peut être aussi dangereux pour ces deux principes que restent dans l'ordre juridique des lois devenues inconstitutionnelles sous l'effet des évolutions sociologiques ou du droit lui-même. Ainsi, dans son importante *décision du 30 juillet 2010*¹⁸⁶, le Conseil juge que, si dans sa décision du 11 août 1993 il a déclaré conformes à la Constitution les dispositions relatives au droit commun de la garde à vue, « depuis 1993 certaines modifications

■ 181. CE 19 septembre 2011, *M. et Mme Paul A.*, n° 346012.

■ 182. CE Ass., 10 janvier 1964, *Ministre de l'Agriculture/Simonnet*, RDP, 1964, p. 182, concl. BRAIBANT.

■ 183. CC 2009-590 DC, 22 octobre 2009, JO 29 octobre 2009, p. 18292.

■ 184. CC 2009-588 DC, 6 août 2009, JO 11 août 2009, p. 13319.

■ 185. CC 2008-573 DC, 8 janvier 2009, JO 14 janvier 2009, page 724.

■ 186. CC 2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010, JO 31 juillet 2010, p. 14198.

des règles de la procédure pénale ainsi que des changements dans les conditions de sa mise en œuvre ont conduit à un recours de plus en plus fréquent à la garde à vue et modifié l'équilibre des pouvoirs et des droits fixés par le Code de procédure pénale ». Et après les avoir exposé dans deux longs considérants, il conclut « que ces évolutions ont contribué à banaliser le recours à la garde à vue, y compris pour les infractions mineures ; qu'elles ont renforcé l'importance de la phase d'enquête policière dans la constitution des éléments sur le fondement desquels une personne mise en cause est jugée ; que plus de 790 000 mesures de garde à vue ont été décidées en 2009 ; que ces modifications des circonstances de droit et de fait justifient un réexamen de la constitutionnalité » du régime commun de la garde à vue. Et ce réexamen aboutit à la censure de ce régime.

Dans sa mission de filtrage des QPC, le Conseil d'État avait également retenu la présence d'un changement de circonstances de fait à propos des mécanismes de compensation financière du transfert aux départements de compétences en matière d'allocation de revenu minimum d'insertion : « l'évolution défavorable des charges exposées par les départements à ce titre, amplifiée par une dynamique moindre des ressources disponibles pour en assurer le financement, revêt le caractère d'un changement dans les circonstances de fait »¹⁸⁷ justifiant le réexamen de la loi contestée.

Cependant, la présence d'un changement de circonstance de fait est rarement retenu, sans compter que la frontière avec le changement de circonstances de droit est parfois mince. Le Conseil d'État ne retient pas « la circonstance qu'il existe actuellement un risque que certaines demandes d'asile ne soient pas traitées dans l'un des pays de l'Union européenne dans des conditions propres à garantir le droit d'asile et le droit de toute personne à ne pas subir de traitements inhumains et dégradants »¹⁸⁸. De même un arrêt du Conseil d'État du 19 novembre 2014¹⁸⁹ rejette la présence d'un changement de circonstances de fait, bien que le lien avec les considérations juridiques soit étroit, à propos de l'accès des justiciables au Conseil supérieur de la magistrature. Depuis la validation par le Conseil constitutionnel des dispositions organiques mettant en œuvre cette innovation constitutionnelle de 2008, les justiciables peinent effectivement à se frayer un chemin jusqu'aux formations disciplinaires du CSM, en raison des spécificités de ce type de responsabilité¹⁹⁰. Pour autant, le Conseil d'État estime, certainement en raison du caractère récent de l'entrée en vigueur du mécanisme, que ces éléments pratiques « ne constituent un changement dans les circonstances de fait ».

■ 187. CE 20 avril 2011, *Dpt de la Seine-Saint-Denis et Dpt de l'Hérault*, n° 346204 ; CE 20 avril 2011, *Département de la Somme*, n° 346460.

■ 188. CE 21 mars 2011, *M. A.*, n° 346164.

■ 189. CE 19 novembre 2014, n° 380570. Voir également, à propos des pertes de recettes publicitaires liées à la suppression de la publicité entre vingt heures et six heures sur France télévisions, CE 10 octobre 2011, *Société française du radiotéléphone*, n° 350872.

■ 190. Selon les données des derniers rapports annuels du CSM (disponible sur <http://www.conseil-supérieur-magistrature.fr/>), sur 302 décisions rendues, 5 plaintes ont été jugées recevables en 2013 ; en 2014, 10 plaintes étaient recevables sur 346 décisions rendues.

3. | Le caractère sérieux ou nouveau

228 L'article 23-2 de la loi organique du 3 décembre 2009 exige que la question posée devant les juges du fond « ne soit pas dépourvue de caractère sérieux ». Devant le Conseil d'État ou la Cour de cassation, le renvoi au Conseil constitutionnel n'est possible que si la « question est nouvelle ou présente un caractère sérieux ». Le passage d'une formulation négative à une formulation positive du caractère sérieux traduit certainement la volonté du législateur organique de resserrer le filtrage des QPC au stade des juges suprêmes. Il faut cependant se garder de tout dogmatisme en la matière, la nuance sémantique est mince et les méthodes de filtrage employées par les juges sont équivalentes. En tout état de cause, l'appréciation des caractères sérieux (a) ou nouveau (b) de la question posée ont transformé la place des juges judiciaire et administratif dans le contentieux constitutionnel.

a) Sur le caractère sérieux

229 Le droit français connaît plusieurs hypothèses évoquant le caractère sérieux d'un acte ou d'une action, que ce soit en droit du travail ou en contentieux administratif par exemple¹⁹¹. Au sens de la loi organique de 2009 relative au mécanisme de la QPC, le caractère sérieux implique de la part du juge du filtrage¹⁹² de se lancer dans des investigations constitutionnelles qui le transforment en juge négatif de la constitutionnalité de la loi avec en particulier la pratique des interprétations conformes de la loi.

230 **Le contrôle négatif de la constitutionnalité des lois.** Toute question de constitutionnalité soulevée par le justiciable ne conduit pas automatiquement à la saisine du Conseil constitutionnel. Il faut que la question ait un « caractère sérieux » et la loi organique a confié la responsabilité d'en décider aux juges judiciaires et administratifs. Par ce filtre, le législateur a voulu éviter l'engorgement du Conseil constitutionnel ; mais, ce faisant, il a mis les juges ordinaires en situation d'exercer un pré-contrôle de constitutionnalité. Il est impossible, en effet, de décider du caractère sérieux ou non d'une question sans porter un jugement, même rapide, sur la constitutionnalité de la disposition législative contestée. Ce n'est pas affaire d'homme ou de volonté politique mais de nécessité logique : si le caractère sérieux vise à écarter les questions fantaisistes et les recours dilatoires, si le caractère sérieux d'une QPC doit s'entendre comme étant de nature à faire naître un doute dans un esprit éclairé, ce doute naît nécessairement d'une appréciation portée par le juge sur la constitutionnalité, qui lui paraît discutable, incertaine, litigieuse de la disposition législative critiquée. Par conséquent, pour décider du caractère sérieux de la contestation, les juges ordinaires doivent nécessairement procéder à une analyse de constitutionnalité ; mais ils avaient le choix entre une analyse qui conduisait

■ 191. Sur le caractère sérieux du licenciement, v. articles L. 1233-2 et L. 1232-1 du Code du travail ; sur la saisine pour avis du Conseil d'Etat en présence d'une « difficulté sérieuse », v. article L. 113-1 du Code de justice administrative ; sur la notion de « doute sérieux » en matière de suspension d'exécution d'un acte administratif, v. article L. 521-1 du Code de justice administrative.

■ 192. Devant le Conseil constitutionnel statuant en tant que juge électoral, la QPC sera examinée sans que le justiciable doive démontrer le caractère sérieux ou nouveau. V. CC 2014-4909 SEN du 23 janvier 2015, *Constitutions*, avril-juin 2015, n° 2015-2, p. 278, note C. Richaud.

à faire naître un doute sur la constitutionnalité de la loi et donc, sans aller plus avant, à saisir le Conseil constitutionnel et une analyse qui conduisait à faire une authentique interprétation constitutionnelle de la loi et donc à saisir moins fréquemment le Conseil. Cour de cassation et Conseil d'État semblent avoir choisi, pour l'instant, la seconde voie.

231 Dans la plupart des hypothèses, les juges du filtrage sont fidèles aux modes de raisonnement du Conseil constitutionnel. Ils reprennent les mots des considérants de principe ou s'en inspirent fortement. A l'image de la motivation adoptée par le Conseil constitutionnel, les objectifs poursuivis par le législateur sont identifiés et interprétés afin de s'assurer que la limitation à un droit ou une liberté est justifiée¹⁹³, ou pour considérer que des motifs d'intérêt général ainsi que des garanties procédurales justifient une atteinte au droit de propriété¹⁹⁴. Ainsi, dans un souci d'unité du droit et de coordination des jurisprudences, la présence d'un précédent dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel est un élément important du niveau d'autonomie du juge du filtrage. Selon que le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur une question de droit analogue ou à propos d'une disposition législative semblable à celle contestée en l'espèce, le juge du filtrage sera plus ou moins influencé et contraint dans l'appréciation du caractère sérieux.

Parmi d'innombrables illustrations, dans un arrêt du 29 octobre 2012¹⁹⁵, le Conseil d'État examine une disposition permettant aux fédérations sportives délégataires de fixer, pour leur discipline, une limite à la rémunération des agents sportifs inférieure à celle qui était déjà antérieurement fixée par la loi. Or, pour parvenir à la conclusion du défaut de caractère sérieux, l'arrêt s'inspire du raisonnement du Conseil constitutionnel en décortiquant avec minutie l'objectif d'intérêt général poursuivi par la loi (« préserver les intérêts des sportifs, [...] éviter que le niveau des rémunérations des agents n'affecte [I] es rapports professionnels et [...] empêche la conclusion de contrats entre clubs et sportifs »), afin de conclure à l'absence de disproportion de l'atteinte à la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre. De même, un arrêt du 8 octobre 2012 de la Chambre commerciale de la Cour de cassation¹⁹⁶ opère un contrôle approfondi et argumenté d'une disposition du Code de commerce qui prive le débiteur en liquidation judiciaire de l'administration et de la disposition de ses biens, sans toutefois le dessaisir de son droit de propriété sur ceux-ci ni des droits et actions attachés à sa personne. Justifiée par un motif d'intérêt général, la mesure ne porte pas d'atteinte disproportionnée au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre au regard du but poursuivi et des garanties de fond et de procédure qui l'accompagnent.

L'appréciation du caractère sérieux implique également de concrétiser la portée normative des principes constitutionnels, la Cour de cassation estimant par exemple que « le respect des droits de la défense n'impose pas que le salarié ait accès au

■ 193. Cass. 18 juin 2010, n° 09-71209 ; Cass. com. 15 octobre 2010, n° 10-14866 ; Cass. civ. 1^{re} 3 septembre 2011, n° 11-12536

■ 194. CE 27 octobre 2010, *Section du bourg de Ménoire*, n° 342718.

■ 195. CE 29 octobre 2012, *Association Union des agents sportifs du football*, n° 361327.

■ 196. Cass. com. 8 octobre 2012, n° 12-40058.

dossier avant l'entretien préalable » et que le « droit à un procès équitable ne s'applique pas au stade non juridictionnel de l'entretien préalable »¹⁹⁷.

232 Au regard de la part inévitable d'aléas dans l'appréciation du caractère sérieux, des craintes sont apparues : le filtre peut à tout moment se transformer en bouchon. Certes, le Conseil d'État et la Cour de cassation ont conscience de la menace d'une réforme législative ou constitutionnelle, avec la possibilité de supprimer un niveau de filtrage, d'alléger les conditions de filtrage et de confier au Conseil constitutionnel le soin de rejeter les questions manifestement infondées¹⁹⁸. Le risque de représailles de la part du pouvoir politique s'est d'ailleurs manifesté dans les premiers temps de la réforme avec la suppression de la formation spéciale d'examen des QPC devant la Cour de cassation¹⁹⁹, suite au renvoi d'une question préjudicielle à la CJUE.

L'équilibre du mécanisme tient donc davantage à des considérations institutionnelles qu'à une règle juridique claire et suffisamment contraignante. Rien d'étonnant, dès lors, à ce que le Conseil d'État et la Cour de cassation s'écartent régulièrement de cet équilibre stratégique pour ne pas renvoyer des questions de constitutionnalité apparemment sérieuses ou pour adopter une motivation qui s'écarte des exigences de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Dans son arrêt du 16 avril 2010²⁰⁰, le Conseil d'État juge qu'il n'est pas sérieux de contester la constitutionnalité de son organisation interne alors que la coexistence en son sein de fonctions administratives et juridictionnelles est régulièrement discutée au regard des règles du procès équitable et que les pouvoirs publics, pour diminuer le risque d'inconstitutionnalité, procèdent à des aménagements successifs de cette coexistence. Dans la même logique, la Cour de cassation a refusé à trois reprises²⁰¹ de renvoyer au Conseil constitutionnel la « loi Gayssot », relative à la pénalisation de la contestation de l'existence de crimes contre l'humanité, avant qu'un arrêt du 6 octobre 2015 retienne le caractère sérieux d'une question mettant en cause ce texte au motif d'une atteinte au principe d'égalité devant la justice²⁰². De même, au-delà du débat de fond sur les lanceurs d'alerte²⁰³, la motivation adoptée par l'arrêt du 5 février 2014 du Conseil d'État²⁰⁴ pour rejeter le caractère sérieux d'une

■ 197. Cass. soc. 27 février 2013, n° 12-23213.

■ 198. Sur la question préjudicielle en Belgique, cf. M. VERDUSSEN, « Le juge constitutionnel et le juge ordinaire : ingénierie ou dialogue ? L'exemple de la Cour constitutionnelle de Belgique », in *Mélanges en l'honneur du Président B. GENEVOIS*, Dalloz, 2008, p. 1079 ; M. VAN OVERSTRAETEN, « Les modifications relatives à la procédure préliminaire devant la Cour d'arbitrage », in A. RASSON-ROLAN, D. RENDERS, M. VERDUSSEN, (dir.), *La Cour d'arbitrage – Vingt ans après. Analyses des dernières réformes*, Bruylant, 2004, p. 221.

■ 199. Article 12 de la loi n° 2010-830 du 22 juillet 2010, JO du 23 juillet 2010, p. 13562.

■ 200. CE 16 avril 2010, n° 320667.

■ 201. Cass. crim. 7 mai 2010, n° 09-80774 ; Cass. crim. 5 décembre 2012, n° 12-86382 ; Cass. crim. 6 mai 2014 n° 14-90010.

■ 202. Cass. crim. 6 octobre 2015, n° 15-84335. Le Conseil constitutionnel a néanmoins considéré que le texte était conforme à la Constitution, v. CC 2015-512 QPC, 8 janvier 2016, JO, 10 janvier 2016, texte n° 20.

■ 203. Cf. Dossier AJDA, 2014, n° 39, 24 novembre 2014 ; Conseil d'État, *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*, La Documentation française, 2016.

■ 204. CE 5 février 2014, n° 371396.

question relative à l'obligation légale de discrétion professionnelle des fonctionnaires est surprenante. Le régime constitutionnel de la liberté d'expression et de communication est escamoté puisque le juge administratif se contente d'une simple conciliation équilibrée entre la sauvegarde de l'ordre public, les exigences du service public et le respect de la liberté d'expression et de communication, alors que le Conseil constitutionnel va systématiquement plus loin en exerçant un triple test de proportionnalité selon lequel « les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif d'intérêt général poursuivi »²⁰⁵.

233 L'exercice d'un contrôle négatif de la constitutionnalité de la loi acquiert une dimension particulière lorsque le Conseil d'État et la Cour de cassation intègrent leur propre jurisprudence dans la balance constitutionnelle, afin de conclure au défaut de caractère sérieux.

Il est vrai que la place accordée par les juges du filtrage à leur propre jurisprudence dans les décisions QPC est une question fascinante. À la fois objet de contrôle et élément de conformité de la loi, la norme prétorienne oscille sans cesse d'un niveau à l'autre du révélateur de constitutionnalité. Ce formidable exercice de réflexivité est exercé avec réserve, notamment à la lumière d'un arrêt du 10 janvier 2013²⁰⁶ déniait tout sérieux à une question arguant de la violation de la liberté contractuelle et du droit de propriété en raison de la dualité de régime applicable à l'acquéreur et au vendeur d'un lot en copropriété victimes d'une erreur de mesurage par un expert. Craignant certainement que le Conseil constitutionnel s'imisce dans un régime qui semble globalement équilibré, la troisième chambre civile cite sa propre jurisprudence pour conclure au défaut de caractère sérieux. Autre illustration dans un arrêt du Conseil d'État du 30 mai 2012 à propos des biens irrégulièrement construits sur le domaine public maritime, c'est grâce à « l'interprétation que leur a donnée la jurisprudence du Conseil d'État » que les dispositions contestées respectent la Constitution²⁰⁷. À propos du principe de clarté et de précision de la loi punitive issu de l'article 8 de la Déclaration de 1789, le Conseil constitutionnel admet que la jurisprudence puisse combler les incertitudes des textes établissant une peine ou une sanction ayant le caractère de punition. La Chambre criminelle exploite pleinement ce renvoi à la norme prétorienne et protège les contours de son office de juge de l'application de la loi, en ne renvoyant qu'un faible nombre de QPC fondées sur la violation de ce principe. La formulation est constante, la Cour de cassation rappelle que l'« application » ou « l'interprétation » de la disposition contestée « relève de l'office du juge » ou « entre dans l'office du juge pénal », ce qui permet selon elle d'écarter le risque d'arbitraire²⁰⁸.

■ 205. CC 2009-580 DC, 10 juin 2009, cons. 15, JO 13 juin 2009, page 9675. Pour une application récente, cf. par ex. CC 2015-512 QPC, 8 janvier 2016, JO 10 janvier 2016, texte n° 20.

■ 206. Cass. 3^e civ. 10 janvier 2013, n° 12-40084. V. également, en droit de l'urbanisme, Cass. 3^e civ. 13 février 2013, n° 12-40096 ; en droit de la responsabilité, Cass. civ. 2^e 1^{er} octobre 2015, n° 15-40030.

■ 207. CE 30 mai 2012, *Denis A*, n° 357694.

■ 208. V. par ex. Cass. crim. 1^{er} décembre 2015, n° 15-90017 ; 14 octobre 2015 n° 15-83113 ; 7 octobre 2015, n° 15-81787 ; 8 juillet 2015, n° 14-84562 ; 24 juin 2015, n° 15-82123 ; 20 mai 2015, n° 14-86842 ; 20 janvier 2015, n° 14-90046. Cass. crim. 6 juin 2012, n° 12-90016.

234 L'interprétation conforme de la loi. Par l'interprétation conforme en QPC²⁰⁹, le Conseil d'État et la Cour de cassation délivrent une interprétation neutralisante ou nouvelle de la loi afin d'ôter à la question son caractère sérieux. La question n'est pas renvoyée mais le contenu normatif de la loi est tout de même modifié, avec effet immédiat. La technique de l'interprétation conforme des lois n'est pas inconnue du contentieux administratif et judiciaire. Elle a longtemps servi en droit interne de palliatif à l'impossibilité de contrôler la conventionnalité et la constitutionnalité des lois promulguées et constitue une obligation pour le juge national dans le cadre de l'application du droit de l'Union européenne²¹⁰. Pour autant, l'usage de l'interprétation conforme dans le cadre du filtrage des QPC relève d'une nature distincte au regard de ses implications, car elle ferme une voie d'accès au juge constitutionnellement habilité à contrôler la loi au regard des droits et libertés constitutionnels, tout en permettant cependant au justiciable de bénéficier d'une norme prétorienne directement applicable.

Dans les premiers temps, l'interprétation conforme était considérée comme ponctuelle et quelque peu clandestine. Désormais, la Cour de cassation et le Conseil d'État assument parfaitement cette pratique qui d'ailleurs se retrouve en droit comparé, notamment en Italie²¹¹. Au demeurant, le rapport annuel de la Cour de cassation consacre à présent une rubrique à cette pratique et considère à juste titre que les arrêts de non-renvoi constituent une « source de droit autonome et originale » permettant d'édicter « une nouvelle règle jurisprudentielle qui va de surcroît s'appliquer immédiatement au pourvoi sur lequel la question s'était greffée »²¹².

235 En premier lieu, l'interprétation conforme peut consister en une neutralisation attendue. C'est le cas lorsque le juge reprend en QPC le sens de la loi qui découle implicitement de sa lettre ou des travaux parlementaires²¹³. Plus fréquemment, le Conseil d'État et la Cour de cassation se réfèrent à des précédents établissant la conformité d'une disposition législative à la CEDH pour établir l'absence de caractère sérieux de la question de constitutionnalité²¹⁴. Plus original, la Cour de cassation transpose en QPC un revirement de jurisprudence opéré un mois plus tôt dans le cadre du contrôle de conventionnalité des dispositions législatives relatives à la géolocalisation : au visa de l'article 8 de la CEDH, la Chambre criminelle estime le 22 octobre 2013 que, désormais, « la technique dite de "géolocalisation" »

■ 209. V. not. G. HILGER, « Le recours à l'interprétation conforme implicite comme technique de non-renvoi dans les deux ordres juridictionnels », in E. CARTIER, L. GAY ; A. VIALA (dir.), *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Institut Varenne, Colloque et Essais, 2015, p. 55 ; P. DEUMIER, « La jurisprudence des juges du fond et l'interprétation constitutionnelle conforme des Cours suprêmes », *RTD civ.*, 2011, p. 495 ; A. VIALA, « De la puissance à l'acte : la QPC et les nouveaux horizons de l'interprétation conforme », *RDP*, 2011, p. 965.

■ 210. L'interprétation conforme est même une obligation préalable à la recherche de l'effet direct : CJUE, 24 janv. 2012, *Mme Dominguez c/Centre informatique du Centre Ouest Atlantique*, n° C-282/10.

■ 211. Cour constitutionnelle italienne, Arrêt 356/1996, 14-22 octobre 1996, § 4 ; L. GAY (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, Bruylant, 2015, p. 123s. et p. 203s.

■ 212. Cour de cassation, *Rapport annuel 2014*, La documentation française, 2015, p. 348, disponible sur www.courdecassation.fr

■ 213. CE 23 octobre 2015, n° 389745.

■ 214. CE 16 juillet 2010, *SCI La Saulaie*, n° 334665 ; Cass. crim. 15 mars 2011, n° 10-90126.

constitue une ingérence dans la vie privée dont la gravité nécessite qu'elle soit exécutée sous le contrôle d'un juge »²¹⁵ ; dès lors, le 19 novembre 2013, la Cour de cassation considère que la QPC visant le même texte est « inopérante » en ce que les dispositions législatives contestées ne peuvent fonder la mise en œuvre d'une mesure de géolocalisation, « laquelle, en raison de sa gravité, ne peut être réalisée que sous le contrôle d'un juge »²¹⁶. Les deux affaires sont évidemment liées et la perspective de devoir examiner une QPC a inévitablement dû jouer un rôle préventif en faveur de l'encadrement conventionnel de la géolocalisation.

236 En second lieu, l'interprétation conforme est davantage innovante lorsque la décision de non-renvoi constitue un arrêt de principe. Régulièrement, l'appréciation du caractère sérieux d'une QPC est la première occasion pour le juge du filtrage d'interpréter la loi, ou de synthétiser de manière solennelle sa jurisprudence antérieure. C'est par exemple à l'occasion du filtrage d'une QPC que le Conseil d'État livre un mode d'emploi précis d'une disposition relative à la protection des élus municipaux²¹⁷, ou présente une lecture inédite des règles de charge de la preuve fixées en matière d'abus de droit fiscal²¹⁸. Le procédé peut s'avérer précieux pour le justiciable qui bénéficie d'une nouvelle norme directement applicable, en matière de désignation des interprètes devant la Cour nationale du droit d'asile par exemple²¹⁹. Lors de l'examen de la suspension de peine pour raisons médicales, la Cour de cassation a certainement tutoyé les limites de sa compétence en produisant une interprétation *contra legem* et en concluant que la question posée ne présente pas « à l'évidence » (!) un caractère sérieux : l'arrêt neutralise la condition légale de la double expertise concordante en estimant pour la première fois qu'il entre dans l'office du juge « soit d'ordonner une nouvelle expertise, soit de rechercher si le maintien en détention de l'intéressé n'est pas constitutif d'un traitement inhumain ou dégradant, notamment par son incompatibilité avec les garanties qui lui sont dues pour protéger sa santé »²²⁰. L'interprétation conforme novatrice est également utile en termes de bonne administration de la justice pour mettre fin à des dissonances entre les différentes chambres sur le sens de la loi²²¹ ou pour réguler les rapports avec les juges du fond²²².

Le procédé est de plus en plus utilisé par les plaideurs afin d'obtenir l'éclaircissement, à défaut de l'abrogation, d'une disposition récemment votée²²³. Voire très récemment votée, à l'image de l'arrêt du 11 décembre 2015, relatif aux assignations à résidence en période d'état d'urgence, dans lequel le Conseil d'État estime que les

■ 215. Cass. crim. 22 octobre 2013, n° 13-81945.

■ 216. Cass. crim. 19 novembre 2013, n° 13-84909. .

■ 217. CE 9 juillet 2014, n° 380377.

■ 218. CE 29 septembre 2010, *Sté SNERR Théâtre de Paris*, n° 341065.

■ 219. CE 14 septembre 2015, *M. E.*, n° 388766.

■ 220. Cass. crim. 26 juin 2013, n° 12-88284 ; v. H. DE SUREMAIN, « Suspension de peine pour raisons médicales : réécriture de la loi à la faveur d'une QPC » in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 20 juillet 2013.

■ 221. Cass. 3^e Civ. 11 septembre 2013, n° 12-22351.

■ 222. CE 21 janvier 2015, *EURL 2B*, n° 382902.

■ 223. Cass. crim. 9 avr. 2015, n° 14-86372, à propos de l'application dans le temps de l'article 53 de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 en matière de révocation de sursis.

dispositions de la loi du 20 novembre 2015 « de par leur lettre même, n'établissent pas de lien entre la nature du péril imminent ou de la calamité publique ayant conduit à ce que soit déclaré l'état d'urgence et la nature de la menace pour la sécurité et l'ordre public susceptible de justifier une mesure d'assignation à résidence »²²⁴. L'originalité en l'espèce consiste en ce que cette interprétation inédite de la loi ne conduit pas le juge du filtrage à refuser de renvoyer la QPC. Au contraire, le Conseil d'État reconnaît le sérieux de la question en ce que ces dispositions, « ainsi interprétées » (considérant 15), pouvaient notamment porter une atteinte injustifiée à la liberté d'aller et venir.

À son paroxysme, la pratique de l'interprétation conforme conduit le Conseil d'État, parfois²²⁵, et la Cour de cassation, plus fréquemment, à opérer *d'authentiques revirements de jurisprudence* « sur le siège », à l'occasion de l'examen du caractère sérieux d'une QPC. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a été pionnière en la matière, à propos de la détention provisoire subie à l'étranger pour des faits jugés en France²²⁶ ou de confusion des peines²²⁷. D'autres Chambres de la Cour de cassation ont suivi cette politique jurisprudentielle, notamment la Chambre commerciale en matière de délai d'action²²⁸ ou la deuxième Chambre civile dans un arrêt du 10 juillet 2014 à propos du point de départ de la prescription de l'action en restitution de cotisation²²⁹.

237 Bilan de l'interprétation conforme. Les hypothèses d'interprétation conforme par le juge du filtrage sont plutôt attractives pour les plaideurs caressant l'espoir d'obtenir en moins de trois mois une nouvelle norme directement applicable au litige en cours. Chemin faisant, l'interprétation de la loi est censée être davantage respectueuse des droits et libertés constitutionnels et préserver une certaine harmonie des situations concernées.

Au-delà des cas recensés, la généralisation de l'interprétation conforme et plus encore du revirement de jurisprudence doit cependant être envisagée avec précaution : d'une part, en termes d'accessibilité et de lisibilité du droit, il est parfois préférable de donner la main au législateur après que le Conseil constitutionnel ait abrogé la loi ; d'autre part, en termes d'effectivité des droits et libertés, le verrouillage de l'accès au Conseil constitutionnel rend impossible toute contestation de la jurisprudence du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, sauf en cas d'intervention du législateur. La prudence devrait donc être de mise sauf à ouvrir un procès en légitimité de cette forme d'immixtion dans l'office du Conseil constitutionnel, qui au surplus se révèle paradoxale au regard du refus historique des juges judiciaire et administratif de contrôler eux-mêmes la constitutionnalité des lois.

■ 224. CE 11 décembre 2015, n° 395009.

■ 225. CE 14 septembre 2011, *M. Michel A.*, n° 348394.

■ 226. Cass. crim. 5 octobre 2011 n° 11-90087.

■ 227. Cass. crim. 12 avril 2012, n° 12-90004.

■ 228. Cass. com. 5 septembre 2013, n° 13-40034.

■ 229. Cass. 2° civ. 10 juillet 2014, n° 13-25985. V. M. BILLIAU, G. LOISEAU, « Régime de l'obligation », *JCP*, G, n° 40, 29 septembre 2014, doct. 998. Comp. Cass. 2e civ., 24 janvier 2013, n° 11-22585.

b) Sur le caractère nouveau

238 Au niveau des Cours suprêmes, l'appréciation du caractère sérieux de la question de constitutionnalité est complétée par celle de son caractère « nouveau ». Pour distinguer le premier du second filtre et le rendre utile, il est donc demandé aux Cours suprêmes de dire si la question constitutionnelle soulevée est nouvelle. Considérés comme alternatifs par la loi organique²³⁰, le caractère sérieux et le caractère nouveau sont parfois mobilisés de façon cumulative dans certaines décisions²³¹.

239 Au sens strict, le caractère nouveau est aisément identifiable mais restreint.

Lors de l'examen de la loi organique de mise en œuvre de la QPC, le Conseil avait estimé que le législateur « a entendu, par l'ajout de ce critère, imposer que le Conseil constitutionnel soit saisi de l'interprétation de toute disposition constitutionnelle dont il n'a pas encore eu l'occasion de faire application »²³². En évoquant une « disposition » et non un principe ou une règle, le Conseil restreignait l'obligation de renvoi fondée sur la violation d'un droit ou liberté figurant expressément dans le catalogue constitutionnel et qui n'a pas donné lieu à une jurisprudence. Forcément restreint, ce cas de figure s'est présenté dans les premiers temps de la QPC à propos par exemple des articles 66-1²³³ et 75-1²³⁴ de la Constitution ou de l'article 7 de la Charte de l'environnement mais uniquement à propos du principe de participation²³⁵.

Les renvois pour caractère nouveau à raison de la découverte éventuelle d'un principe constitutionnel jurisprudentiel se sont raréfiés. Durant la période de rodage du mécanisme de la QPC, le Conseil d'État avait renvoyé des questions nouvelles à propos d'un principe constitutionnel *non bis in idem* en matière disciplinaire²³⁶ ou d'un principe propre au droit de la fonction publique²³⁷. À l'inverse, la Cour de cassation n'avait pas renvoyé une QPC fondée sur l'invocation d'un nouveau PFRLR, alors que la question pouvait également être considérée comme « nouvelle »²³⁸.

240 Face aux silences répétés du Conseil constitutionnel en réponse à ces questions « nouvelles », le maniement du caractère nouveau s'est transformé. Désormais, la plupart des renvois pour caractère nouveau sont l'œuvre du Conseil d'État et concernent la portée particulière et précise d'un principe constitutionnel,

■ 230. « La question est nouvelle *ou* présente un caractère sérieux ».

■ 231. CE 18 juillet 2011, *Association France Nature environnement*, n° 340539 ; CE 25 juillet 2013, *Soc. Allianz*, n° 366345 ; Cass. soc. 20 février 2014, n° 13-20702 ; Cass. civ. 3^e 5 mars 2014, n° 13-22608.

■ 232. CC 2009-595 DC, 3 décembre 2009, JO 11 décembre 2009, p. 21381.

■ 233. CE 8 octobre 2010, *Daoudi*, n° 338505.

■ 234. CE 21 mars 2011, *Lang*, n° 345193.

■ 235. CE 18 juillet 2011, *Association France Nature environnement*, n° 340539.

■ 236. CE 7 novembre 2012, *Laurent Dalenson*, n° 361995.

■ 237. CE 23 juillet 2012, *Syndicat pour la défense des fonctionnaires*, n° 356381, à propos d'un principe, finalement non consacré par le Conseil constitutionnel, « en vertu duquel des corps de fonctionnaires ne pourraient être constitués et maintenus qu'en vue de pourvoir à l'exécution de missions de service public ». À noter qu'un avis du Conseil d'État avait reconnu l'existence d'un tel principe, CE, Ass., avis, 18 nov. 1993, n° 355255.

■ 238. Cass. Ass. plén., 20 mai 2011, n° 595.

et non plus l'existence hypothétique d'un nouveau principe constitutionnel²³⁹. Par exemple, en 2015, plusieurs questions nouvelles de ce type ont été renvoyées par le Conseil d'État : le 17 juin²⁴⁰, afin d'obtenir, en vain²⁴¹, des précisions sur le portée en QPC du principe de précaution ; le 30 mars, à propos de l'application du droit de demander des comptes aux agents publics énoncé par l'article 15 de la DDHC en matière de vote au sein des conseils municipaux²⁴² ; le 14 septembre à propos de l'application du principe d'égalité entre les organisations professionnelles d'employeurs et les organisations syndicales de salariés²⁴³ ; le 9 novembre à propos de l'applicabilité aux employeurs de la liberté syndicale et du principe de participation²⁴⁴. Dans l'arrêt du 15 janvier 2016 renvoyant une disposition de la loi sur l'état d'urgence, le Conseil d'État retient également la nouveauté d'une question relative à la portée d'un principe constitutionnel, le « droit d'expression collective des idées et des opinions »²⁴⁵.

241 En toute hypothèse, tout renvoi d'une question « nouvelle » implique un minimum de « sérieux » de la question. Les questions strictement et objectivement nouvelles n'existent pas. Le « ou » de la loi organique ne doit pas masquer la réalité incontournable du mécanisme de filtrage : le Conseil d'État et la Cour de cassation ne peuvent se contenter de la seule nouveauté de la question qui doit être dotée d'un niveau minimum de sérieux. Une telle interprétation de ce motif de renvoi était inévitable pour des raisons de bonne administration de la justice, sauf à ce que les plaideurs se jouent systématiquement des juges du filtre en rivalisant d'imagination pour invoquer une règle constitutionnelle tout aussi nouvelle que fantaisiste. Le contrôle du caractère sérieusement nouveau de la question est clairement assumé par le Conseil d'État dans un arrêt du 30 mai 2012²⁴⁶. En réponse à la demande du justiciable de constater la violation d'un PFRLR selon lequel l'imposition foncière doit être établie sur des bases nettes, le Conseil d'État répond qu'« il ne peut être sérieusement soutenu que la question soulevée serait nouvelle ». S'il faut donc que le caractère nouveau soit sérieusement soutenu, c'est que la question doit aussi être sérieuse.

242 Au sens large, le caractère nouveau est mystérieux et sans limite apparente. À l'occasion de l'examen de la loi organique relative à la QPC, le Conseil constitutionnel avait interprété le caractère nouveau comme « permet[ant] au Conseil d'État et à la Cour de cassation d'apprécier l'intérêt de saisir le Conseil constitutionnel en fonction de ce critère alternatif »²⁴⁷. Le Conseil accordait ainsi le

■ 239. X. DOMINO, A. BRETONNEAU, « QPC : deux ans, déjà l'âge de raison ? », *AJDA*, 2012, p. 422.

■ 240. CE 17 juin 2015, *Association Plastics Europe*, n° 387805.

■ 241. CC 2015-480 QPC, 17 septembre 2015, JO 19 septembre 2015, p. 16584. Sur l'absence de réponse claire à propos du principe de précaution, cf. par ex. CC 2013-346 QPC, 11 octobre 2013, JO, 13 octobre 2013, p. 16905 et 2014-694 DC, 28 mai 2014, JO, 3 juin 2014 p. 9208. V. J. BÉTAILLE, « Le principe de précaution, un « droit » garanti par la Constitution ? », *RFDC*, n° 106, 2016, p. e29.

■ 242. CE 30 mars 2015, n° 387322.

■ 243. CE 14 septembre 2015, n° 389127.

■ 244. CE 9 novembre 2015, n° 392476.

■ 245. CE 15 janvier 2016, *Ligue des droits de l'homme*, n° 395091.

■ 246. CE 30 mai 2012, *GFA Fielouse-Cardet*, n° 355287.

■ 247. CC n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, *op. cit.*

« pouvoir d'une saisine en opportunité »²⁴⁸ selon les mots du service juridique. Le caractère nouveau peut donc concerner toute question « dont il y aurait intérêt à saisir »²⁴⁹ le Conseil constitutionnel. « Opportunité », « intérêt » du renvoi, autant dire que la marge d'appréciation du juge du filtrage est importante. Un tel usage s'est d'ailleurs avéré commode pour renvoyer des questions posées dans plusieurs litiges ou susceptibles de l'être²⁵⁰.

Surtout, le caractère nouveau est instrumentalisé, tel un prétexte commode permettant d'évacuer une question sensible permettant au juge du filtrage de se mettre en retrait du débat de fond. Il est vrai, qu'en apparence seulement, une question « sérieuse » semble davantage préjugée qu'une question simplement et objectivement « nouvelle ». Déjà, à propos du mariage entre personnes du même sexe « objet d'un large débat dans la société », la Cour de cassation avait renvoyé le 16 novembre 2010²⁵¹ une QPC en raison de son « caractère nouveau ». Saisi de la loi sur le mariage pour tous et de l'absence de clause de conscience des maires, un arrêt du 18 septembre 2013²⁵² retient la nouveauté d'une question concernant la liberté de conscience, « sans qu'il soit besoin pour le Conseil d'État d'examiner son caractère sérieux ». Le caractère nouveau permet également d'éviter l'instrumentalisation politique du renvoi pour caractère « sérieux » au Conseil constitutionnel, à l'image de la QPC de Mme Le Pen lors de la campagne présidentielle de 2012, concernant les modalités de parrainage des candidats²⁵³. Dans l'affaire *Natixis* du 10 juin 2013²⁵⁴, le Conseil d'État instrumentalise le caractère nouveau afin de renvoyer au Conseil constitutionnel une QPC visant l'interprétation constante par la Cour de cassation de la notion d'entreprise publique, alors même qu'aucun des griefs invoqués n'était nouveau au sens strict ; par précaution diplomatique, le juge administratif tenait certainement à ne pas afficher ses doutes « sérieux » sur la constitutionnalité de la jurisprudence judiciaire.

■ 248. Commentaire officiel de la décision n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2010, disponible sur www.conseil-constitutionnel.fr

■ 249. Cass. 3e civ. 3 avr. 2014, n° 14-40006.

■ 250. CE 23 avr. 2010, *Cachard*, n° 327174 ; CE 2 juin 2010, *Association des pensionnés civils et militaires en Nouvelle-Calédonie*, n° 326444.

■ 251. Cass. civ. 1^{re} 16 novembre 2010, n° 10-40042. Voir également la nouveauté d'une question en ce qu'elle est « fréquemment invoquée devant la Cour de cassation », à propos de la motivation des arrêts de cours d'assises, Cass. crim. 19 janvier 2011, n° 10-85305.

■ 252. CE 18 septembre 2013, *Franck M.*, n° 369834.

■ 253. CE 2 févr. 2012, *Le Pen*, n° 355137.

■ 254. CE 10 juin 2013, *Natixis*, n° 366880.

SECTION II

**LA DÉCISION DE RECEVABILITÉ
DE LA QPC****§ 1.** LES DÉLAIS DE LA DÉCISION

243

La question des délais est essentielle. Le temps de réponse du juge est un élément capital dans la stratégie contentieuse des parties et de leurs avocats. Plus le délai sera long et moins la QPC sera avantageuse face au recours en inconstitutionnalité. Pour cette raison, le législateur a souhaité enfermer la réponse du juge dans des délais très brefs. Au second niveau de filtrage, c'est-à-dire devant la Cour de cassation et le Conseil d'État, il a prévu un délai de réponse maximum de « trois mois » (art. 23-4 et 23-5 de la loi organique). Si les Cours suprêmes ne respectent pas cette obligation, les justiciables sont autorisés, par l'article 23-7 de la loi organique²⁵⁵, à saisir directement le Conseil constitutionnel, donc sans filtrage²⁵⁶. Et donc sans respecter l'article 61-1 de la Constitution qui impose l'examen de la question par le Conseil d'État ou la Cour de cassation... Pour surmonter cette difficulté, un argument est possible : ce même article 61-1 de la Constitution oblige les Cours suprêmes à se prononcer « dans un délai déterminé », et le fait de ne pas respecter ce délai annule, en quelque sorte, l'obligation de filtrage.

Pour le premier niveau de filtrage, en revanche, le législateur n'a pas prévu de délai ; il a simplement indiqué que le jugement de recevabilité devait intervenir « sans délai » (art. 23-2 de la loi organique). Cette formulation surprenante signifie simplement que le juge doit se prononcer dans un délai le plus court possible. En réalité, plusieurs propositions avaient été faites lors des débats au Parlement, notamment un délai de deux mois, mais la grande diversité des juges empêchait de fixer un délai commun à tous. Pour cette raison, et pour conserver une certaine souplesse, le législateur organique a préféré une formule générale qui s'apparente davantage à une obligation de moyens qu'à une obligation de résultat. En pratique, les chiffres montrent que le délai moyen devant les juges du fond est de l'ordre de deux à trois mois²⁵⁷. Et s'il existe de fortes disparités entre les juges, parfois même entre les régions et les tribunaux, l'ensemble reste très satisfaisant. En tout état de cause, la Cour de cassation n'hésite pas à sanctionner les juges qui ne respectent pas l'obligation de diligence ; par exemple, elle a épinglé une décision de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris qui n'avait pas, selon elle, statué « sans délai »²⁵⁸.

Si la recevabilité de la QPC est acceptée, les premiers juges disposent alors d'un délai de *huit jours* pour transmettre la question à la Cour de cassation ou au Conseil d'État (art. 23-2, 3^o). Aucun délai n'est précisé par la loi organique concernant les

■ 255. « Si le Conseil d'État ou la Cour de cassation ne s'est pas prononcé dans les délais prévus aux articles 23-4 et 23-5, la question est transmise au Conseil constitutionnel ».

■ 256. La situation s'est présentée à plusieurs reprises, not. CC 2011-206 QPC, 16 décembre 2011, JO 17 décembre 2011, p. 21369 ; CC 2013-363 QPC, 31 janvier 2014, JO 2 février 2014 p. 1989.

■ 257. Voir le rapport d'information n° 842 présenté par J.-J. URVOAS, AN, 27 mars 2013.

■ 258. Cass. crim. 2 septembre 2010, n° 10-84027.

juges du second filtre, mais il est admis par la doctrine que le délai de trois mois inclut le temps nécessaire à l'envoi de la question au Conseil constitutionnel.

Il faut enfin noter que la loi organique n'impose pas de délai précis en ce qui concerne les décisions « d'appel » en matière de QPC. À ce titre, le Conseil d'État a logiquement estimé dans son arrêt *Sté Parimall Ullis*²⁵⁹ que le délai de trois mois « n'est pas applicable au jugement de la contestation d'une décision de refus de transmission ». Avec le risque, assez théorique il est vrai, que l'examen des QPC « en appel » s'éternise et que la question de constitutionnalité ne devienne plus vraiment « prioritaire »²⁶⁰...

§ 2. LA PROCÉDURE CONTRADICTOIRE

244

La QPC n'échappe pas aux nécessités toujours plus vives d'un débat pleinement contradictoire²⁶¹. Le Code de justice administrative prévoit en ce sens que la notification du mémoire introduisant la QPC « est faite aux autres parties » qui peuvent alors « présenter leurs observations » (art. R. 771-5). Devant le Conseil d'État, le mémoire est également notifié au « ministre compétent et au Premier ministre » (art. R. 771-15)²⁶². La logique de ces dispositions est de créer un échange, une discussion, autour des éléments qui justifient ou condamnent la QPC dans l'affaire litigieuse. Car sans débat et sans discussion, pas de procès équitable. Le Conseil d'État a d'ailleurs fait une interprétation assez constructive de cette obligation dans la décision 12 février 2016²⁶³ en estimant que « le principe du caractère contradictoire de la procédure interdit au juge administratif de se fonder sur des éléments invoqués par une partie et qui n'auraient pas été soumis au débat contradictoire ». Dans cette affaire, le ministre de l'Agriculture avait produit des observations visant à contester une QPC ; observations sur lesquelles le juge d'appel s'était expressément appuyé pour refuser de transmettre la question. Mais la réponse du ministère n'avait pas été adressée à l'auteur de la QPC si bien qu'aucun débat contradictoire n'avait pu se nouer entre les différents protagonistes. Et pour donner sa pleine portée à la règle du contradictoire, le Conseil d'État « interprète » le Code de justice administrative comme imposant au juge, s'il souhaite fonder sa décision sur un élément soulevé par une partie, de transmettre cet élément, pour discussion, à tous les participants du procès avant de trancher. Faute de quoi, la décision est « irrégulière », dit le Conseil d'État, et doit être annulée.

■ 259. CE 17 octobre 2012, n° 356983 ; voir *infra*, n° 251 s. sur les recours contre les décisions de ne pas transmettre.

■ 260. Comme l'admet à mots couverts M. GUILLAUME, *op. cit.*, § 115.

■ 261. Sur l'évolution du principe, voir S. GUINCHARD *et alii*, *Droit processuel*, Dalloz, 2013, p. 1090 et s.

■ 262. Dans le même esprit, l'article 49-25 CPP pour les juridictions d'instruction, de jugement, d'application des peines et de la rétention de sûreté, et l'article 49-31 CPP pour la Cour de cassation. Voir également T.-X. GIRARDOT et X. POTTIER, « Le gouvernement dans la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité », *NCCC*, n° 50, 2016, p. 17

■ 263. CE 12 février 2016, *M. Laurent A.*, n° 393700.

§ 3. LE CONTENU DE LA DÉCISION

A. LA NÉCESSITÉ DE MOTIVER LA DÉCISION

245 Les articles 23-2 et 23-7 de la loi organique du 10 décembre 2009 précisent que la décision de transmission ou de renvoi doit être « motivée » aux deux niveaux de filtrage. Cette obligation se justifie par la nécessité de présenter aux justiciables les raisons d'un éventuel refus avec, en toile de fond, la volonté de respecter les exigences du procès équitable contenues dans la Convention européenne des droits de l'homme. Cela dit, lors des débats législatifs, certains parlementaires avaient pointé les dangers d'un excès de motivation : en exigeant une motivation, la loi organique impose – indirectement – un examen précis et détaillé de la question posée ; elle ordonne au juge de « dire » précisément pourquoi il accepte ou rejette la demande ; et ce faisant, elle invite les juges à exercer une sorte de pré-contrôle de constitutionnalité. Mais l'argument n'a pas convaincu et le texte final a donc maintenu l'exigence de motivation.

Concrètement, la pratique est très variable d'un juge à l'autre, surtout pour les juges judiciaires : certains motivent beaucoup, en expliquant avec précision les raisons de la transmission, et d'autres peu. La Cour de cassation exerce tout de même un contrôle « minimum » de cette motivation. Elle a ainsi refusé d'examiner une question transmise par un juge d'application des peines au motif que « ce jugement ne transmet aucune question prioritaire de constitutionnalité au sens de l'article 23-2 de la loi organique du 10 décembre 2009 ». La décision « ordonnait » seulement que la question soit transmise à la Cour de cassation, sans autre indication et sans aucune motivation²⁶⁴.

246 Cette obligation de motivation rencontre cependant une limite : qui contrôle le contrôleur ? Personne en réalité. La Cour de cassation et le Conseil d'État peuvent très bien repousser les QPC sans fournir la moindre explication – en dehors du classique rappel des trois critères – et ne subir aucune sorte de sanction. Fort heureusement, les mentalités évoluent sur cette question. Au Conseil d'État, le rapport Martin rédigé en 2012 invite la juridiction administrative à davantage de pédagogie, par exemple en consacrant un paragraphe conclusif à « l'explication » des points saillants de la solution²⁶⁵. À la Cour de cassation, le Premier président Louvel a lancé en 2014 une vaste réflexion sur la « modernisation » des décisions dont les premières répercussions se dévoilent dans quelques affaires récentes²⁶⁶. La doctrine, également, analyse – et critique – la brièveté très « française » des décisions de justice²⁶⁷. Et le Conseil constitutionnel, dans ce concert de réflexions et de propositions, choisit finalement en mai 2016 d'abandonner le procédé classique de la

■ 264. Cass. crim. 28 avril 2011, n° 11-90014

■ 265. Proposition n° 13, p. 37, Groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative.

■ 266. V. « Cour de cassation : deux arrêts “tests” pour une motivation enrichie et innovante », *JCP G*, n° 16, 18 avril 2016, p. 458 ; P. DEUMIER, « Une motivation plus explicite des décisions de la Cour de cassation », note sous l'avis du 29 février 2016, *JCP G*, n° 12, 21 mars 2016, p. 324.

■ 267. V. la thèse de Fanny MALHIÈRE, *La brièveté des décisions de justice*, Dalloz, 2013.

phrase unique au profit d'une rédaction de ses décisions plus « moderne »²⁶⁸ dit-il, avec des phrases, des sujets, des verbes... Il faut évidemment espérer que ce souffle en faveur de la motivation des décisions des Cours suprêmes atteigne le contentieux de la QPC et se généralise à l'ensemble des juridictions.

B. | L'IMPOSSIBILITÉ DE MODIFIER LA QUESTION POSÉE

247 Le juge de la recevabilité peut-il modifier la question posée par les parties ? En principe, non. Selon la loi organique, la décision de transmission ou de renvoi doit être accompagnée « des mémoires et des conclusions des parties » ; et la décision du Conseil constitutionnel se fonde, en pratique, sur ces documents et non sur la décision du juge. Cela dit, la Cour de cassation admet dans un arrêt en 2011 que la question soit reformulée simplement « pour la rendre plus claire ou de lui restituer son exacte qualification »²⁶⁹. Dans cette affaire, les premiers juges avaient cru déceler, dans la requête initiale, un grief portant sur « le principe fondamental reconnu par les lois de la République de prescription de l'action publique » qui n'apparaissait nullement dans les écrits du demandeur. La Cour de cassation déclare que cet « ajout » n'a pas simplement pour finalité de clarifier la question et qu'il n'est donc pas recevable.

Dans le même esprit, le Conseil d'État estime qu'il doit se prononcer sur le renvoi de la question « telle qu'elle a été soulevée dans le mémoire distinct produit devant la juridiction qui la lui a transmise, quelle que soit l'interprétation que cette juridiction en a donnée dans sa décision de transmission »²⁷⁰. Autrement dit, le juge suprême n'est jamais lié par l'appréciation des premiers juges, notamment l'appréciation du caractère sérieux ou non de la question. D'une manière générale, cette jurisprudence s'explique par la nécessité de conserver un lien direct entre le justiciable et le Conseil constitutionnel : si chacun des juges du filtre pouvait modifier et corriger la question, il est bien évident que la QPC renvoyée au Conseil serait totalement différente de la QPC posée initialement ; en quelque sorte, le juge constitutionnel se prononcerait sur un problème de droit posé par un juge, et non sur une question soulevée par un justiciable.

C. | LE SURSIS À STATUER

248 La décision de renvoyer une QPC s'accompagne logiquement d'un sursis à statuer : le juge doit suspendre le procès, il doit mettre l'affaire entre parenthèses en attendant la réponse du juge suprême ou, s'il a été saisi, du Conseil constitutionnel. L'instance reprendra ensuite son cours normal lorsque le juge constitutionnel aura « vidé » la question de constitutionnalité. Il existe cependant trois exceptions à cette

■ 268. Dans un communiqué du Président, publié sur son site, le Conseil annonce qu'« à l'occasion des deux décisions QPC rendues publiques le 10 mai 2016 (décisions 2016-539 QPC et 2016-540 QPC), le Conseil constitutionnel a décidé de moderniser le mode de rédaction de ses décisions ».

■ 269. Ass. plén. 20 mai 2011, n° 11-90033.

■ 270. CE 24 sept. 2010, *Decurey*, n° 341685.

obligation de sursoir à statuer prévues aux articles 23-3 (pour le premier filtre) et 23-5 (pour le second filtre) de la loi organique.

En ce qui concerne d'abord *la matière pénale*, le juge du premier filtre ne sursoit pas à statuer lorsqu'« une personne est privée de liberté en raison de l'instance ou lorsque l'instance a pour objet de mettre fin à une mesure privative de liberté ». Ici, la liberté individuelle l'emporte sur le sursis : l'enfermement d'un individu impose de statuer le plus tôt possible, y compris lorsqu'une QPC est posée, et rien, même une inconstitutionnalité éventuelle, ne peut justifier de retarder l'issue du procès.

La loi organique prévoit également que le juge statue sans attendre s'il est tenu « *par un délai déterminé* » ou en « *cas d'urgence* ». En ce sens, la Cour de cassation a estimé que l'hospitalisation d'office d'un individu commandait de statuer directement²⁷¹. Pour le juge administratif, sont notamment concernés les référés-liberté et les référés-suspension. Par exemple, dans sa décision du 11 décembre 2015 relative à l'état d'urgence²⁷², le Conseil d'État juge la question sérieuse et la renvoie au Conseil constitutionnel, mais plutôt que de prononcer un sursis à statuer, il décide, en raison de l'urgence, d'examiner directement la requête dont il est saisi contre l'ordonnance rendue par le juge des référés. D'une manière générale, selon le Conseil constitutionnel, cette exception se justifie par l'objectif de « bon fonctionnement de la justice »²⁷³.

Enfin, et de façon plus générale, le juge n'est pas tenu de sursoir à statuer en cas de « *conséquences irrémédiables ou manifestation excessives pour les droits d'une partie* ». D'apparence très large, cette exception est en réalité habituelle en droit procédural ; par exemple, l'article R. 202-5 du Livre des procédures fiscales prévoit que, en cas d'appel, l'exécution provisoire peut être stoppée si « elle risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives ». Par exemple encore, l'article 64 de la loi du 29 juillet 1881 prévoit que des mesures limitant la diffusion de l'information peuvent être arrêtées « si celles-ci risquent d'entraîner des conséquences manifestement excessives ». Pour ce qui concerne la QPC, il s'agit simplement d'offrir au juge la possibilité de poursuivre l'instance en cas de circonstances particulières et lorsque la situation n'est pas gouvernée par les deux premières exceptions (enfermement ou urgence).

D'une manière générale, si ces trois exceptions peuvent se comprendre, elles emportent le risque d'une discordance de temps puisque le Conseil peut déclarer la disposition législative contraire à la Constitution après que le juge ait rendu sa décision au fond. Dans sa décision du 3 décembre 2009, le Conseil constitutionnel a donc accompagné ces exceptions d'une réserve d'interprétation précisant qu'elles « ne sauraient priver le justiciable de la faculté d'introduire une nouvelle instance pour qu'il puisse être tenu compte de la décision du Conseil ». Autrement dit, l'autorité de la chose jugée ne sera pas opposable au justiciable ; jugé sur le fondement d'une disposition législative pour laquelle sa question de constitutionnalité avait été

■ 271. Cass. Civ. 1^{re}, 8 avril 2011, n° 10-25354 : « le renvoi, par arrêt de ce jour, devant le Conseil constitutionnel de la question prioritaire de constitutionnalité posée par M. X. n'emporte pas sursis à statuer dès lors que la situation de celui-ci impose de se prononcer en urgence ».

■ 272. CE 11 décembre 2015, *M. Domenjoud*, n° 395009.

■ 273. CC 2009-595 DC, 3 décembre 2009, JO 11 décembre 2009, p. 21381.

déclarée recevable et que le Conseil aura finalement déclaré contraire à la Constitution, il peut demander que le jugement au fond soit revu à la lumière de la décision du Conseil.

- 249** Dans un cas particulier, le juge peut suspendre le procès alors même qu'il n'a pas renvoyé la question au second filtre : en cas de « *questions sérieuses* ». Il s'agit de QPC mettant en cause, avec les mêmes arguments, une disposition législative dont la Cour de cassation, le Conseil d'État ou le Conseil constitutionnel est déjà saisi. Dans ce cas, le juge doit simplement différer son jugement jusqu'à ce qu'il soit informé de la décision du juge supérieur²⁷⁴. Une même faculté est offerte à la Cour de cassation et au Conseil d'État²⁷⁵. En 2010, un justiciable a tenté d'attaquer un sursis à statuer prononcé par le président de la 8^e sous-section de la section du contentieux du Conseil d'État. Ce dernier avait refusé de juger la recevabilité de la QPC posée devant lui au motif qu'une question de constitutionnalité analogue était inscrite au tableau des affaires en instance au Conseil constitutionnel. Mais le requérant estimait que « sa » QPC n'était pas tout à fait identique et qu'elle n'était pas fondée « sur les mêmes motifs » comme le précise l'article R. 771-18 du Code de justice administrative. Pour contester l'ordonnance du président de la 8^e sous-section, le demandeur exerce – malicieusement – un « recours en rectification d'erreur matérielle », c'est-à-dire un recours visant à pointer une erreur matérielle commise par le juge susceptible d'avoir exercé une influence sur le jugement de l'affaire. Malheureusement pour lui, le Conseil constitutionnel intervient avant l'examen de son recours, et le Conseil d'État, répondant finalement à sa demande, se contente de lui présenter la réponse – négative – du juge constitutionnel et déclare la QPC « sans objet »²⁷⁶.

§ 4. LA DÉCISION DES COURS SUPRÊMES

- 250** Les Cours suprêmes, Conseil d'État et Cour de cassation, peuvent être saisies d'une QPC dans trois hypothèses : pour la première fois si le justiciable a décidé, pour des raisons stratégiques, de ne pas la soulever en première instance ni en appel, sur transmission des juridictions du fond, ou sur le recours du justiciable formé contre une décision de refus de transmission à condition qu'il forme en même temps un recours contre la décision sur le fond. Dans ces deux derniers cas, elles procèdent donc à un second « filtre » et refont l'appréciation des conditions de recevabilité de la QPC avec, évidemment, le risque de déclarer irrecevable une question que les juges du fond auraient admise. Pour distinguer cependant le second filtre du premier, le législateur organique demande aux Cours suprêmes d'apprécier si la question de constitutionnalité présente un caractère sérieux ou un caractère nouveau. Alors qu'il était logique d'attendre que le second filtre soit plus sévère que le premier, cette alternative ouvre le filtre puisqu'une question pourrait ne pas être sérieuse mais être nouvelle parce qu'elle met

■ 274. Art. 126-5 CPP, art. R. 49-26 CPP et art. R. 771-6 CJA.

■ 275. Art. 126-12 CPP, art. R. 49-33 CPP et art. R. 771-18 CJA.

■ 276. CE 24 novembre 2010, *Camoin*, n° 340970.

en cause une norme constitutionnelle dont le Conseil n'aurait pas encore eu à connaître et donc être déclarée recevable²⁷⁷.

Au Conseil d'État, les QPC sont traitées conformément au Code de justice administrative par une sous-section seule, deux sous-sections réunies, la section du contentieux ou l'Assemblée du contentieux. À la Cour de cassation, la loi organique du 9 décembre 2009 prévoyait que les QPC seraient jugées par une formation composée du Premier président, des présidents de chambre et deux conseillers appartenant à chaque chambre spécialement concernée. Mais profitant de la loi organique relative au Conseil supérieur de la magistrature²⁷⁸, le législateur a considéré que les nouvelles compétences du Premier président de la Cour de cassation à la tête de cette institution ne lui permettaient pas d'assurer la présidence de la formation de jugement des QPC et en a confié le soin aux chambres de la Cour en fonction de la nature de l'affaire contentieuse.

§ 5. LES RECOURS CONTRE LA DÉCISION

251 La QPC ne pouvait se priver d'une procédure « d'appel ». Lorsqu'un juge rend une décision défavorable, quelle qu'en soit la raison, les justiciables doivent pouvoir exercer contre cette décision un recours et obtenir un nouvel examen de leurs prétentions. Ce principe doit néanmoins se conjuguer, en matière de QPC, avec deux sortes de difficultés. La première concerne les délais de jugement. Le législateur organique a fait le choix bien légitime d'enfermer la QPC dans des délais extrêmement courts : six mois, au pire, de bout en bout du procès. Multiplier les voies d'appels et les recours revenait à épaissir la procédure de délais supplémentaires et condamnait le mécanisme à souffrir des lenteurs habituelles de la justice. La seconde difficulté est propre au filtrage. Lorsqu'une QPC est posée, elle fait l'objet d'un triple examen : devant le premier juge, devant la Cour de cassation ou le Conseil d'État, et devant le Conseil constitutionnel. Et il n'était évidemment pas possible d'assortir chacune de ces étapes d'une voie d'appel devant un autre juge. D'où la nécessité de faire des choix.

252 Concrètement, la loi organique établit plusieurs limites à la possibilité offerte aux justiciables d'exercer un recours.

En premier lieu, très logiquement, les appels ne peuvent se former qu'à l'encontre des « refus de transmettre » (art. 23-2 de la loi organique). Seule une décision négative ouvre donc la porte d'un réexamen des QPC²⁷⁹. Cela dit, le juge administratif interprète avec une certaine souplesse cette notion de « refus de transmettre » en admettant non seulement les rejets portant sur la QPC elle-même, mais également ceux qui trouvent leur source dans un élément connexe à la question, par

■ 277. *V. supra*, n° 228 et s.

■ 278. Loi organique relative au Conseil supérieur de la magistrature du 23 juillet 2010.

■ 279. Voir J. BARTHÉLEMY, L. BORÉ, « Les recours contre les décisions des juridictions du fond refusant de transmettre une QPC », *Constitutions*, 2011. 67.

exemple une décision négative du juge basée sur un dépassement des délais²⁸⁰ ou un défaut d'urgence²⁸¹. À l'opposé, si la QPC est transmise – ce qui arrive la plupart du temps au premier niveau du filtre – le « défendeur » ne dispose d'aucun moyen lui permettant de contester la décision de transmission. Néanmoins, il pourra, s'il le souhaite, présenter ses revendications et dénoncer la QPC au second niveau de filtrage.

En second lieu, le recours contre le refus de transmettre la QPC n'est jamais détachable du recours formé contre le jugement qui statue sur le fond du litige. Le destin de l'un est toujours lié au destin de l'autre. Le justiciable ne peut donc isoler la QPC et critiquer exclusivement le rejet de la question. Concrètement, le Conseil d'État impose au requérant d'accompagner sa déclaration d'appel ou son pourvoi en cassation (formé dans les délais requis) d'un « mémoire distinct et motivé »²⁸² pour contester le bien-fondé de la décision de rejet²⁸³. Dans le même esprit, la Cour de cassation estime que l'appel ou le pourvoi sur le fond de l'affaire suffit à porter devant elle la QPC rejetée, à la condition évidemment que la demande s'accompagne d'un écrit distinct et motivé²⁸⁴. Il faut encore préciser que le justiciable peut parfaitement exercer un recours contre une décision qui règle seulement « une partie du litige », et non pas le litige dans sa totalité. Par exemple, dans l'affaire *M^{me} X c/Ministre de l'Écologie*, le Conseil d'État accepte d'examiner un appel formé contre une décision de la cour administrative d'appel de Nantes qui avait rejeté une demande de suris à l'exécution d'un jugement de première instance²⁸⁵. Nul besoin, donc, d'attendre que le litige soit réglé au fond pour contester le refus de transmission.

Par ailleurs, si les justiciables peuvent toujours former un « appel » contre un refus de transmission, ils ne sont pas autorisés, en revanche, à présenter en cassation une question de constitutionnalité déjà écartée²⁸⁶, sauf – évidemment – si les motifs d'inconstitutionnalité invoqués sont différents²⁸⁷. Par ailleurs, le Conseil d'État enrichit son office de juge du filtrage dans un arrêt du 15 février 2016²⁸⁸ en opérant une substitution de motifs de refus de transmission d'une QPC par les juges du fond. Alors que la cour administrative d'appel de Paris n'avait pas transmis une QPC pour défaut de caractère sérieux, le Conseil d'État en tant que juge de

■ 280. CE 1^{er} février 2011, *Cote*, n° 342537 : « la cour est donc réputée avoir refusé de transmettre cette question par ce même arrêt ». Solution critiquée par une partie de la doctrine, not. A. LALLET, X. DOMINO, « An I ap. QPC », *AJDA*, 2011. 375.

■ 281. CE 29 avril 2013, *Agopian*, n° 366058.

■ 282. CE 1^{er} février 2011, *SARL Prototype technique industrie*, n° 342536. En revanche, le Conseil d'État n'impose pas au justiciable qu'il accompagne son mémoire de la décision contestée (CE 23 décembre 2015, *M. Yagoub*, n° 387277).

■ 283. Comme le note justement MM. J. BARTHÉLEMY et L. BORÉ : « Il s'agit, en effet, non pas d'un mémoire qui soulève une QPC *in abstracto*, mais d'un mémoire dirigé contre une décision de justice et formulant des moyens tendant à en obtenir l'annulation. Il peut donc s'agir aussi bien de moyens d'illégalité externe que de moyens d'illégalité interne tenant à l'erreur de droit commise à l'égard de la QPC par la décision attaquée », *op. cit.*

■ 284. Cass. Ass. plén. 23 juillet 2010, n° 10-85505.

■ 285. CE 28 janvier 2015, *M^{me} X c/Ministre de l'Écologie*, n° 382605

■ 286. CE 1^{er} février 2011, *SARL Prototype technique industrie*, n° 342536.

■ 287. CE 17 juillet 2012, *Rodriguez*, n° 357574.

■ 288. CE 15 février 2016, n° 392083.

cassation ne renvoie pas au Conseil constitutionnel la question et substitue le motif tiré du caractère règlementaire de la disposition contestée.

Enfin, si un recours est toujours possible au premier niveau de filtrage, aucune procédure d'appel n'est prévue au second niveau, c'est-à-dire lors de l'examen « final » par la Cour de cassation ou le Conseil d'État. Une partie de la doctrine s'en est offusquée et plusieurs propositions ont été faites pour contrôler, même sommairement, les décisions de refus des Cours suprêmes. Sans succès pour l'instant...

Par exemple, le président Jean-Claude Colliard, ancien membre du Conseil constitutionnel, a proposé de donner au juge constitutionnel une « sorte de droit d'évocation » par lequel il pourrait décider d'attirer à lui les questions qui ne lui auraient pas été transmises et qu'il souhaiterait examiner²⁸⁹. Cette proposition rappelle celle du constituant de 1974 d'accorder au Conseil constitutionnel le pouvoir de s'autosaisir des « lois qui lui paraîtraient porter atteinte aux libertés publiques garanties par la Constitution »²⁹⁰. Si l'idée d'un droit d'évocation est intéressante, elle soulève deux types de problèmes. Des problèmes « techniques », d'abord : celui du moment de la décision d'évocation, certainement après le jugement du juge *aequo* mais avant la décision de la Cour de cassation ou du Conseil d'État ; celui de la motivation de la décision d'évocation ; celui du délai entre la décision d'évocation et la décision au fond ; celui de la participation ou non de tous les juges constitutionnels aux deux décisions... Mais surtout un problème de principe : celui de l'atteinte possible au droit à un procès équitable et à un tribunal impartial dans la mesure où l'exercice du droit d'évocation pourrait laisser penser que le Conseil s'est déjà fait une opinion sur la constitutionnalité de la disposition législative contestée²⁹¹. En 1974, Jean Foyer avait fortement argumenté sur ce risque d'incompatibilité et convaincu ses collègues, de la majorité comme de l'opposition, de ne pas accorder au Conseil cette faculté de se saisir lui-même²⁹².

Outre ces problèmes, le droit d'évocation reste un aménagement du système actuel de filtrage auquel il ajoute une complication supplémentaire. S'il faut changer, il n'est certainement pas interdit de « faire simple » en proposant de confier au Conseil constitutionnel la charge d'examiner la recevabilité d'une QPC : le juge ordinaire devant lequel une QPC serait soulevée la transmettrait au Conseil qui ferait contrôler les trois critères de recevabilité par une chambre de trois juges, lesquels, le cas échéant, ne pourraient prendre part à la chambre de jugement au fond. Évidemment, ce mécanisme de filtrage impose une réforme du Conseil constitutionnel...

■ 289. J.-C. COLLIARD, in *Le contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle : quelles pratiques ?* PUAM, 2009, p. 217 ; v. dans le même sens, G. CARCASSONNE, Audition devant la commission des lois de l'Assemblée nationale, 5 octobre 2010, rapport n°2838.

■ 290. V. Documents parlementaires, AN, 1^{re} session ordinaire 1974-1975, séance du 2 octobre 1974.

■ 291. Sans exclure les effets pervers : si le Conseil n'exerçait pas son droit d'évocation, la Cour de cassation et le Conseil d'État pourraient considérer qu'il ne juge pas la question sérieuse ni nouvelle et, en conséquence, ne pas la transmettre !

■ 292. J. FOYER, JO Débats, AN, 10 octobre 1974, p. 1281.

BIBLIOGRAPHIE

1. Sur le contentieux *a posteriori* :

■ J. BONNET, « Les contrôles *a priori* et *a posteriori* », *NCCC*, n° 40, 2013, p. 105 ■ J. BONNET, P-Y GAHDOUN, *La question prioritaire de constitutionnalité*, « Que sais-je ? », PUF, 2014 ■ (dir.), *La QPC : une révolution inachevée ?*, LGDJ, Institut Universitaire Varenne, 2016 ■ A. BOTTON, B. DE LAMY ET X. MAGNON, « La QPC, révélateur des limites du droit constitutionnel ? Lectures contrariées et contradictoires », *D.* 2012, p. 2030 ■ G. CARCASSONNE, O. DUHAMEL, *La question prioritaire de constitutionnalité*, Dalloz-Sirey, 2011 ■ E. CARTIER (dir.), *La QPC, le procès et ses juges : l'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, Dalloz, 2013 ■ E. CARTIER, L. GAY, A. VIALA (dir.), *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Institut Universitaire Varenne, Colloque et Essais, 2015 ■ D. CHAUVAUX, « L'exception d'inconstitutionnalité, 1990-2009 : réflexions sur un retard », *RDP*, 2009, p. 566 ■ M. DISANT, *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité*, Lamy, 2012 ■ X. DOMINO, A. LALLET, « An I. QPC », *AJDA*, 2011, p. 375 ■ X. DOMINO, A. BRETONNEAU, « QPC : deux ans, déjà l'âge de raison ? », *AJDA*, 2012, 422 ■ E. DUBOUT, « L'efficacité structurelle de la question prioritaire de constitutionnalité en question », *RDP*, 2013, p. 107 ■ R. FRAISSE, « La procédure en matière de QPC devant le Conseil constitutionnel, considérations pratiques », *AJDA*, 2011, p. 1246 ■ L. GAY (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité : approche de droit comparé*, Bruylant, 2014 ■ B. GENEVOIS, « Le contrôle *a priori* de constitutionnalité au service du contrôle *a posteriori*. À propos de la décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009 », *RFDA*, 2010, p. 1 ■ M. GUILLAUME, « Le règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité », *LPA*, 2010, n° 38, p. 3 ■ « La procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité », *JCP*, 2011, suppl. au n° 41, p. 20 ■ « La question prioritaire de constitutionnalité », *Répertoire du contentieux administratif*, Mars 2015 ■ S-J. LIEBER, D. BOTTEGHI, V. DUMAS, « La question prioritaire de constitutionnalité vue du Conseil d'État », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2010, n° 29, p. 101 ■ X. MAGNON (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité, Pratique et contentieux*, Litec, 2013 ■ X. MAGNON, X. BIOY, W. MASTOR, S. MOUTON (dir.), *Le réflexe constitutionnel. Question sur la question prioritaire de constitutionnalité*, Bruylant, 2013 ■ X. MAGNON, P. ESPLUGAS, W. MASTOR, S. MOUTON (dir.), *QSQ 3. De nouveaux équilibres institutionnels ?*, LGDJ, 2014 ■ B. MATHIEU, *Question prioritaire de constitutionnalité. La jurisprudence (mars 2010-novembre 2012)*, Lexis-Nexis, 2013 ■ B. MATHIEU, D. ROUSSEAU, A.-L. CASSARD VALEMBOIS, P.-Y. GAHDOUN, *Les grandes décisions de la Question Prioritaire de Constitutionnalité*, LGDJ, 2013 ■ C. MAUGUÉ, J.-H. STAHL, *La question prioritaire de constitutionnalité*, Dalloz, 2013 ■ J.-B. PERRIER, *La question prioritaire de constitutionnalité*, PUAM, 2011 ■ X. PHILIPPE, M. FATIN-ROUGE-STEFANINI (dir.), *Question prioritaire de constitutionnalité. Premiers bilans*, PUAM, Les Cahiers de l'Institut Louis Favoreu, 2011 ■ D. ROUSSEAU (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, Guide pratique, Lextenso, 2^e éd., 2012 ■ T. SANTOLINI, « La question prioritaire de constitutionnalité au regard du droit comparé », *RFDC*, n° 93, 2013, p. 83 ■ J.-J. URVOAS, *La question prioritaire de constitutionnalité : trois ans et déjà grande*, Assemblée nationale, Rapport d'information, n° 842, mars 2013.

2. Sur les conditions externes de recevabilité :

■ P. CASSIA, « Le Conseil constitutionnel, saisi comme juge ordinaire, est habilité à statuer directement sur une QPC », *Dalloz*, 2012, p. 327 ■ A.-L. CASSARD-VALEMBOSIS, « Précisions sur la recevabilité d'une QPC posée devant le Conseil constitutionnel, juge électoral », *Constitutions*, 2013, p. 271 ■ G. DRAGO, « Le relevé d'office de la question prioritaire de constitutionnalité par les juges », in P.-Y. GAHDOUN, J. BONNET (dir.), *La QPC : une révolution inachevée*, LGDJ, 2016 ■ T.-X. GIRARDOT, X. POTTIER, « Le Gouvernement dans la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité », *NCCC*, n° 50, 2016, p. 17 ■ S. GOTTOT, « Les saisines directes du Conseil constitutionnel : vers une remise en cause de l'unité procédurale de la question prioritaire de constitutionnalité ? », *RFDA*, 2015, p. 589 ■ A. M. LECIS COCCO ORTU, « QPC et interventions des tiers : le débat contradictoire entre garantie des droits de la défense et utilité des *amici curiae* », *RFDC*, n° 4, 2015 ■ N. NIVERT, « Une réforme à faire ? Plaidoyer pour l'extension de la question prioritaire de constitutionnalité devant le Tribunal des conflits », *RFDA*, 2015, p. 343 ■ C. RICHAUD, « La QPC à l'épreuve du contentieux électoral », *Constitutions*, 2015, p. 277 : F. SAVONITTO, « L'absence de double filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité », *RFDC*, n° 93, 2013, p. 107.

3. Sur les conditions internes de recevabilité :

■ J.-M. AUBY, « L'influence du changement de circonstances sur les actes administratifs », *RDP*, 1959, p. 431 ■ F. BARQUE, « La question nouvelle dans la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité », *RFDA*, 2014, p. 353 ■ J. BÉAL-LONG, « Le contrôle de l'interprétation jurisprudentielle constante en QPC », *RFDC*, 2016/1, n° 105, p. 1 ■ D. DE BÉCHILLON, « L'interprétation de la Cour de cassation ne peut être tenue à l'écart du contrôle de constitutionnalité », *JCP G.*, 2010, p. 14 ■ F. CHENEDE, « QPC et interprétation jurisprudentielle : entre ralliement officiel et résistance ponctuelle de la Cour de cassation », *JCP G.*, 2011, n° 45, p. 1975 ■ P. DEUMIER, « L'interprétation de la loi : quels statuts ? quelles interprétations ? quel (s) juge(s) ? quelles limites ? », *RTD Civ.*, 2011, p. 90 ■ P. GERVIÉ, « Le changement de circonstances dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RDP*, 2012, p. 89 ■ J.-E. GICQUEL, « La question nouvelle, condition de renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel (Un critère technique au service de politiques jurisprudentielles) », *LPA*, 2011, n° 244, p. 6 ■ S. GIUMMARRA, M. GUERRINI, *Le contentieux de la question prioritaire de constitutionnalité*, PUAM, 2012 ■ M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, « L'appréciation, par les cours suprêmes, du caractère sérieux de la question de constitutionnalité », in E. CARTIER, L. GAY, A. VIALA (dir.), *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Institut Varenne, Colloque et Essais, 2015 ■ N. MOLFESSIS, « La résistance immédiate de la Cour de cassation à la QPC », *Pouvoirs*, n° 137, p. 88 ■ C. RICHAUD, « Contrôle *a priori* versus contrôle *a posteriori* », *Rev. Adm.*, n° 385, 2011, p. 14 ■ A. ROBLOT-TROIZIER, « Le changement de circonstances de droit dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. La transposition d'une technique contentieuse du droit administratif », *RFDA*, 2006, p. 788 ■ D. ROUSSEAU, « La prise en compte du changement de circonstances », in B. Mathieu, M. VERPEAUX (dir.), *L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2010, p. 99 ■ « L'art italien au Conseil constitutionnel : les décisions des 6 et 14 octobre », *GP*, n° 294, 21.10.2010, p. 12 ■ A. VIALA, « L'indifférence de la nature du contrôle de constitutionnalité au contexte de la saisine », in E. Cartier, L. GAY, A. VIALA (dir.), *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Institut Varenne, Colloque et Essais, 2015, p. 29.

4. Sur la QPC et le juge ordinaire :

■ Dossier : *Le rôle du juge constitutionnel dans le filtrage des questions de constitutionnalité : étude comparée*, *AJJC*, 2012, n° 27, p. 11 ■ J. ARRIGHI DE CASANOVA, J.-H. STAHL, « Les dispositions relatives aux juridictions administratives du décret du 16 février 2010 sur la question prioritaire de constitutionnalité », *AJDA*, 2010, p. 383 ■ J. BARTHÉLEMY, L. BORÉ, « Les recours contre les décisions des juridictions du fond refusant de transmettre une QPC », *Constitutions*, 2011, p. 67 ■ J. BONNET, *Le juge ordinaire français et le contrôle de la constitutionnalité des lois. Analyse critique d'un refus*, Dalloz, 2009 ■ E. Cartier, « Les juridictions suprêmes infériorisées de manière inégale dans leur rapport à la loi », in *La QPC, le procès et ses juges*, E. CARTIER (dir.), Dalloz, 2013, p. 302 ■ L. DUTHELLET DE LAMOTHE, G. ODINET, « La recevabilité des moyens en contentieux administratif », *AJDA*, 2016, p. 479 ■ J. LESSI, L. DUTHELLET DE LAMOTHE, « Cinq ans de QPC devant le juge administratif : retour d'expérience », *AJDA*, 2015, p. 755 ■ S.-J. LIÉBER, D. BOTTEGHI, « Le juge administratif, juge constitutionnel de droit commun ? », *AJDA*, 2010, p. 1355 ■ S.-J. LIÉBER, D. BOTTEGHI, V. DAUMAS, « La question prioritaire de constitutionnalité vue du Conseil d'État », *NCCC*, n° 29, 2010, p. 288 ■ J.-B. PERRIER, « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par la Cour de cassation », *RFDA*, 2011, p. 711 ■ A. ROBLOT-TROIZIER, « Le non renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'État, Vers la mutation du Conseil d'État en un juge constitutionnel de la loi », *RFDA*, 2011, p. 691 ■ « La question prioritaire de constitutionnalité devant les juridictions ordinaires : entre méfiance et prudence », *AJDA*, 2010, p. 80 ■ « Les disparités de filtrage entre le Conseil d'État et la Cour de cassation », in P.-Y. GAHDOUN, J. BONNET (dir.), *La QPC : une révolution inachevée*, LGDJ, 2016 ■ J.-M. SAUVÉ, « Le rapport du juge ordinaire à la loi », Intervention lors du Colloque « La QPC, une question pour la démocratie », 5 avril 2013, Hôtel de Lassay, disponible sur www.conseil-etat.fr ■ M. VERDUSSEN, « Le juge constitutionnel et le juge ordinaire : ingérence ou dialogue ? L'exemple de la Cour constitutionnelle de Belgique », in *Mélanges en l'honneur du Président Genevois*, Dalloz, 2008, p. 1079 ■ G. ZAGREBELSKI, « La doctrine du droit vivant et la QPC », *Constitutions*, 2010, n° 1 ■ C. SEVERINO, *La doctrine du droit vivant*, Economica-PUAM, 2003.

5. Sur l'interprétation conforme :

■ P. DEUMIER, « La jurisprudence des juges du fond et l'interprétation constitutionnelle conforme des cours suprêmes », *RTD civ.*, 2011, p. 495 ■ L. GAY (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, Bruylant, 2014, avec notamment les contributions de T. DI MANNO, p. 123 et de C. SEVERINO, p. 151 ■ G. HILGER, « Le recours à l'interprétation conforme implicite comme technique de non-renvoi dans les deux ordres juridictionnels », in E. CARTIER, L. GAY, A. VIALA (dir.), *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Institut Varenne, Colloque et Essais, 2015, p. 55 ■ A. VIALA, « De la puissance à l'acte : la QPC et les nouveaux horizons de l'interprétation conforme », *RDP*, 2011, p. 965.

TITRE 3

LES INSTRUMENTS DU CONTRÔLE

253 Comme tout contrôle, le contrôle de constitutionnalité implique des textes de référence au regard desquels les lois peuvent être appréciées (chapitre 1), et des techniques juridictionnelles par lesquelles le contrôle est mis en œuvre (chapitre 2).

CHAPITRE I

LES TEXTES DE RÉFÉRENCE

- 254** Le Conseil constitutionnel ne se sert pas seulement des articles de la Constitution pour apprécier la constitutionnalité des lois. Il utilise également d'autres textes dont le nombre et la diversité (section 1) soulèvent la question traditionnelle, mais toujours délicate, de leur éventuelle hiérarchie (section 2).

SECTION I

L'ÉTENDUE DU BLOC DE CONSTITUTIONNALITÉ

- 255** Pour désigner l'ensemble des textes au regard desquels les lois sont contrôlées, la doctrine utilise l'expression « bloc de constitutionnalité ». Celui-ci comprend la Constitution proprement dite, la Déclaration de 1789, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, les principes particulièrement nécessaires à notre temps énumérés dans le Préambule de 1946, la Charte de l'environnement de 2004, et les principes ayant valeur constitutionnelle (§ 1). Sont exclus de ce bloc de constitutionnalité les lois organiques et les règlements intérieurs des assemblées, ainsi que les traités et accords internationaux (§ 2).

§ 1. LES TEXTES INCLUS DANS LE BLOC DE CONSTITUTIONNALITÉ

- 256** La consécration constitutionnelle du Préambule de 1958 est récente : elle date de la décision du Conseil du 16 juillet 1971. Court, ce Préambule est riche des textes auxquels il renvoie (A). Parmi eux, méritent un examen particulier les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et plus

encore, parce qu'ils ne prennent appui sur aucun texte, les principes ayant valeur constitutionnelle (B).

A. LA DÉCLARATION DE 1789, LE PRÉAMBULE DE 1946 ET LA CHARTE DE L'ENVIRONNEMENT DE 2004

1. La valeur des déclarations de droits avant 1971

257 Jusqu'en 1971, la question de la valeur de la Déclaration de 1789 et du Préambule de 1946 était un sujet classique de controverse doctrinale. Pour les uns, fidèles à Carré de Malberg¹ et Eismein² par exemple, ces textes ne peuvent pas avoir de valeur juridique. Ce sont simplement de grandes déclarations d'intentions, des énoncés philosophiques ou moraux qui, par la généralité, le flou et le vague des dispositions et termes employés, ressemblent plus à un texte littéraire qu'à un texte juridique. Par ailleurs, souligne cette doctrine, à supposer que ces Déclarations aient une vie autonome et puissent survivre à la disparition de la Constitution à laquelle elles étaient attachées³, toutes renvoient à la loi de mise en œuvre des droits qu'elles déclarent. En dehors de la loi, expression de la volonté générale définissant les règles juridiques sanctionnables, il n'existe pas de droit car, pour ces auteurs, seul est droit ce qui est positivement énoncé et sanctionné par les organes de l'État. Tout le reste, et en particulier les déclarations, relève du domaine philosophique.

258 Pour d'autres au contraire, fidèles à Hauriou⁴ et Duguit⁵ par exemple, les Déclarations ont une valeur identique à celle du texte constitutionnel lui-même et s'imposent en conséquence au législateur qui doit respecter l'un et l'autre. Par des démarches différentes – l'idée de droit naturel produit de l'Histoire chez Hauriou, l'idée du lien social chez Duguit –, ces deux auteurs considèrent que Déclaration et Constitution étant issues du même mouvement politique et ayant été élaborées, dans le même moment, par les Assemblées constituantes, possèdent une égale valeur constitutionnelle. Par ailleurs, ils appuient leur thèse sur l'idée que la Déclaration ne fait que consacrer des droits existants avant et indépendamment de la volonté des constituants auxquels ils s'imposent dans leur travail d'écriture de la Constitution ; ils doivent en conséquence s'imposer aussi, logiquement, aux législateurs dans l'élaboration des lois.

259 À l'écart de ce débat théorique, les juridictions considéreraient pour apprécier les actes relevant de leur compétence, que la Déclaration de 1789 puis le Préambule de 1946 avaient une valeur juridique, de droit positif, au moins dans celles de leurs dispositions ayant un contenu précis. Ainsi, dès 1947, le juge judiciaire déclarait

■ 1. R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Sirey, II, p. 580.

■ 2. A. EISMEIN, *Éléments de droit constitutionnel*, Sirey, I, p. 601.

■ 3. Si la Déclaration de 1789 a la même valeur que la Constitution de 1791 à laquelle elle est attachée, il faut alors convenir, est-il soutenu, que la disparition de la seconde entraîne automatiquement la disparition de la première.

■ 4. M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, p. 618.

■ 5. L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, II, p. 184.

nulle une disposition testamentaire subordonnant le legs à la condition que l'héritière n'épouse pas un juif, au motif que cette clause était contraire au 1^{er} alinéa du Préambule de 1946 interdisant toute distinction fondée sur la race, la religion ou la croyance⁶. Le juge administratif, pour sa part, adopta au cours de cette période une attitude plus hésitante : refusant de regarder les dispositions formulées dans les Déclarations comme des prescriptions juridiques, il préféra longtemps, pour exercer son contrôle, recourir aux « principes généraux du droit »⁷. Il fallut attendre la fin des années 1950⁸ pour que le Conseil d'État se réfère explicitement au Préambule de 1946 et à la Déclaration de 1789 pour censurer des décisions administratives ne trouvant pas leur fondement dans une loi. La relative tardiveté de la reconnaissance de la valeur juridique de ces textes doit cependant être nuancée, dans la mesure où le juge administratif en faisait déjà implicitement application, les principes généraux du droit y trouvant tous plus ou moins directement leur source⁹.

Tel est l'état du droit, en France, en 1958 : ni énoncé philosophique, ni texte constitutionnel, les Déclarations des droits ont acquis, par l'action jurisprudentielle, une valeur juridique permettant aux juges judiciaires et administratifs de sanctionner leur non-respect par tous les actes autres que ceux pris par – ou fondés sur – le législateur. Le silence sur la nature de cette valeur juridique n'est pas imputable aux juges, mais à l'environnement constitutionnel qui ne leur a pas donné, et n'a pas davantage attribué à un juge spécial, compétence pour contrôler la constitutionnalité des lois. Cet environnement allait précisément changer en 1958.

2. La consécration constitutionnelle du Préambule de 1958

260 Au moment de l'élaboration de la Constitution de 1958, le débat entre partisans et adversaires de la nature philosophique des Déclarations reprend et paraît se terminer au profit des premiers après que le commissaire du gouvernement Raymond Janot ait affirmé, au cours d'une réunion du Comité consultatif constitutionnel, que pour les auteurs du projet de Constitution le Préambule renvoyant à ces textes n'avait pas valeur constitutionnelle¹⁰.

Mais dans le même temps, les constituants créent les conditions de cette reconnaissance. D'une part, en soumettant ensemble, au vote du peuple français, et la Constitution et le Préambule par lequel il proclame son attachement aux droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789 confirmée et complétée par le Préambule de la Constitution de 1946, ils conduisent logiquement à l'établissement d'une égalité de valeur entre les deux textes. D'autre part, en conférant au nouveau Conseil constitutionnel

■ 6. TGI Seine, 22 janvier 1947, *V. c/Dame B.*, *Gaz. Pal.* 1947, I, p. 67.

■ 7. CE 7 juillet 1950, *Dehaene*, *R.* p. 426 ; *RDP* 1950, p. 691, concl. GAZIER, note WALINE.

■ 8. CE 11 juillet 1956, *Amicale des Annamites de Paris*, *R.* p. 317 ; CE 7 juin 1957, *Condamine*, *RDP* 1958, p. 98, note WALINE ; CE 26 juin 1959, *Syndicat général des ingénieurs conseil*, *R.* p. 394 ; CE 12 février 1960, *Sté Eky*, *R.* p. 101.

■ 9. V. par exemple, M. LETOURNEUR, « L'étendue du contrôle du juge de l'excès de pouvoir », *EDCE* 1963, p. 51 ; F. GAZIER, M. GENTOT, B. GENEVOIS, « La marque des idées et principes de 1789 dans la jurisprudence du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel », *EDCE*, 1989, p. 151.

■ 10. R. JANOT, *Comité consultatif constitutionnel*, Doc. Fr., 1960, p. 101.

compétence pour contrôler la constitutionnalité des lois, sans lui interdire, comme le faisait la Constitution de 1946, de se référer aux Déclarations, ils laissent la porte ouverte à leur utilisation contentieuse.

261 Aussi, dès que les circonstances politiques et les saisines le lui ont permis, le Conseil a attribué valeur constitutionnelle au Préambule de 1946 par la fameuse décision du 16 juillet 1971¹¹, à la Déclaration de 1789 par la décision du 27 décembre 1973¹² et, de manière générale, aux « textes auxquels la Constitution du 4 octobre 1958 fait référence dans son Préambule »¹³. Font donc partie du bloc de constitutionnalité, chacun des articles de la Constitution, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et les principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps contenus dans le Préambule de la Constitution de 1946 et la Charte de l'environnement intégrée par la loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005. C'est cet ensemble, et non pas seulement le corps de la Constitution, qui a valeur constitutionnelle et dont le Conseil impose le respect au législateur en s'en servant comme textes de référence pour apprécier et contrôler la constitutionnalité d'une loi. Il dispose ainsi de sources de contrôle très importantes par leur nombre, très riches par leurs qualités, et quasi inépuisables par leurs potentialités, qui lui permettent sans peine de couvrir l'ensemble des activités possibles du législateur. Le seul texte de la Constitution n'aurait peut-être pas permis au Conseil de contrôler pleinement les lois ; c'est là une des raisons de l'attribution de la valeur constitutionnelle au Préambule de 1958 et aux textes auxquels il renvoie.

262 La révision constitutionnelle du 20 juillet 1998 relative à la Nouvelle-Calédonie a provoqué une petite révolution dans le bloc de constitutionnalité puisque, aux trois éléments la composant – 1789, 1946, 1958 – doit s'ajouter, au moins pour les lois organiques concernant ce territoire et les « lois de pays », « les orientations définies par l'accord de Nouméa, lequel déroge à un certain nombre de règles ou principes de valeur constitutionnelle ». Cette constitutionnalisation d'un accord politique a aussi conduit le Conseil, dans sa décision du 15 mars 1999¹⁴, à devoir accepter le principe de la préférence néo-calédonienne pour l'accès à l'emploi qui, constate-t-il, « trouve son fondement constitutionnel dans l'accord de Nouméa ». Dans sa décision du 21 novembre 2014¹⁵, le Conseil censure pour la première fois une disposition législative sur la base de ce principe. Dans cette affaire, une disposition adoptée par le Congrès de la Nouvelle-Calédonie avait autorisé la titularisation de plusieurs milliers d'agents contractuels de la fonction publique locale. Certains parlementaires de l'opposition s'étaient scandalisés de cette pratique, jugeant que seul le « concours » permet de recruter des fonctionnaires « selon leurs

■ 11. CC 71-44 DC, 16 juillet 1971, *R.* p. 29. V. également CE, Ass., 8 décembre 1978, *GISTI*, *R.* p. 493.

■ 12. CC 73-51 DC, 27 décembre 1973, *R.* p. 25. Le Conseil invalide une disposition de la loi de finances limitant à certaines catégories de contribuables la possibilité d'apporter la preuve contraire à une décision de taxation d'office les concernant, au motif qu'elle institue une discrimination entre les citoyens « qui porte atteinte au principe d'égalité devant la loi contenu dans la Déclaration de 1789 et solennellement réaffirmé par le Préambule de la Constitution ».

■ 13. CC 74-54 DC, 15 janvier 1975, *R.* p. 19.

■ 14. CC 99-410 DC, 15 mars 1999, JO 21 mars 1999, p. 4234.

■ 15. CC 2014-4 LP, 21 novembre 2014, JO 23 novembre 2014, p. 19674.

capacités et sans autre distinction que les vertus et les talents » précise l'article 6 de la Déclaration de 1789. Le Conseil censure assez logiquement, mais au lieu de mobiliser le très classique principe d'égalité, il estime que toute loi du pays qui aménage le recrutement de fonctionnaires locaux doit impérativement prévoir une préférence locale ; et, constate encore le Conseil, puisque la disposition critiquée ne reconnaît aucune préférence, il revient au juge de la censurer. C'est donc une norme contractuelle – un traité – qui permet la censure d'une loi, certes « locale ». D'une manière générale, le référent constitutionnel de la Nouvelle-Calédonie n'est donc plus tout à fait le même que celui de la France.

Parmi le bloc de constitutionnalité, certains éléments ne posent pas de problèmes particuliers : la Constitution, bien entendu, qui à côté de l'organisation des compétences et des rapports entre les pouvoirs publics, contient des dispositions relatives aux droits et libertés et affirme certains principes¹⁶, et aussi la Déclaration de 1789. En effet, si la doctrine a pu, un moment, douter de la constitutionnalité de ce texte au motif que certaines de ses dispositions ne concernent ni les droits de l'homme, ni les principes de la souveraineté nationale, ou qu'elles sont contredites par les nouveaux principes de 1946¹⁷, il est clair, notamment depuis la décision du 16 janvier 1982, que chacun des dix-sept articles de la Déclaration de 1789 a une valeur constitutionnelle¹⁸.

3. | La Charte de l'environnement de 2004¹⁹

263 Enfin, non pas directement intégrée au préambule de 1958 mais « adossée » à la Constitution elle-même en 2005²⁰, la Charte de l'environnement a, dans l'ensemble des droits et devoirs qu'elle définit, valeur constitutionnelle.

■ 16. Droit à l'égalité, parité en matière politique et professionnelle (art. 1^{er}), droit électoral (art. 3), liberté de formation et d'activités des partis politiques (art. 4), liberté individuelle (art. 66), libre administration des collectivités locales (art. 72), indivisibilité et caractère laïque, démocratique et social de la République (art. 1^{er}), fonctionnement régulier des pouvoirs publics et continuité de l'État (art. 5)... Le Conseil se réfère régulièrement à ces articles : CC 78-101 DC, 17 janvier 1979, *R.* p. 23 ; CC 71-42 DC, 18 mai 1971, *R.* p. 19 ; CC 75-59 DC, 30 décembre 1975, *R.* p. 26 ; y compris en QPC, par exemple : CC 2010-12 QPC, 2 juillet 2010, JO 3 juillet 2010, p. 12121, pour le principe de libre administration des collectivités territoriales, et CC 2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010, JO 31 juillet 2010, p. 14198, pour la liberté individuelle.

■ 17. L. PHILIP, « La valeur juridique de la Déclaration de 1789 selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Mélanges Kayser*, 1979, II, p. 317.

■ 18. CC 81-132 DC, 16 janvier 1982 : « Considérant que par les référendums du 13 octobre 1946 et du 28 septembre 1958, le peuple français a approuvé des textes conférant valeur constitutionnelle aux principes et aux droits proclamés en 1789 ».

■ 19. L'écriture de la Charte s'est achevée en 2004, et le Préambule de la Constitution la qualifie ainsi (« Charte de l'environnement de 2004 »). Il reste que, juridiquement, cette Charte « date » de 2005 – éventuellement de 1958 ! – mais pas de 2004.

■ 20. Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement. Depuis cette révision, le premier alinéa du Préambule de la Constitution de 1958 est ainsi rédigé : « Le peuple français proclame solennellement son attachement aux droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004 ».

Écrite « à froid », selon Yves Jégouzo²¹, sans véritable élan populaire ; préparée par une commission hétéroclite, mélange de scientifiques, de syndicalistes, de consommateurs, de personnalités qualifiées, d'une minorité de juristes et de – seulement – deux parlementaires ; chahutée dès ses premières heures par les observateurs de tous bords²² ; la Charte de 2004 n'avait pour elle qu'une vague tendresse des citoyens et la volonté présidentielle de rehausser la France au rang des nations « qui comptent » dans la sauvegarde de la planète.

En dépit de ces difficultés, dans la décision du 19 juin 2008²³, le Conseil constitutionnel affirme très clairement que « l'ensemble des droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement, ont valeur constitutionnelle » et que ses dispositions « s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leur domaine de compétence respectif ». De la même manière, les sept alinéas qui composent le préambule de la Charte ont également valeur constitutionnelle²⁴, même si – nuance... – aucun de ces alinéas n'institue un droit ou une liberté²⁵.

En revanche, d'autres éléments du bloc de constitutionnalité soulèvent davantage de problèmes.

B. LES PRINCIPES FONDAMENTAUX RECONNUS PAR LES LOIS DE LA RÉPUBLIQUE, LES PRINCIPES PARTICULIÈREMENT NÉCESSAIRES À NOTRE TEMPS, LES EXIGENCES ET LES OBJECTIFS DE VALEUR CONSTITUTIONNELLE

1. Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République : une catégorie en déclin ?

264 Les critères. Dès la première décision du Conseil constitutionnel attribuant valeur constitutionnelle à un principe fondamental reconnu par les lois de la République, la création libre des associations sans intervention préalable d'un quelconque pouvoir public²⁶, Jean Rivero formule trois grandes questions : quelles Républiques ? quelles lois ? que sont les principes fondamentaux²⁷ ?

L'histoire de cette disposition étant celle d'un compromis ne peut guère apporter de réponse claire : introduite dans le Préambule de 1946 par un amendement du MRP qui visait, par cette formulation générale, une liberté précise, la liberté d'enseignement, elle fut présentée et acceptée de justesse, comme un hommage rendu à

■ 21. Y. JÉGOUZO, « Le rôle constituant de la Commission Coppens », *RJE* n° spécial *La charte constitutionnelle de l'environnement en vigueur*, 2005, p. 79.

■ 22. V. M. PRIEUR, « Promesses et réalisations de la charte de l'environnement », *NCCC*, n° 43, avril 2014.

■ 23. CC 2008-564 DC, 19 juin 2008, *R.* p. 313. Position rapidement confirmée par le Conseil d'État (3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, n° 297931). V. N. HUTEN, « La vocation contentieuse de la Charte de l'environnement », *Environnement* n° 12, Décembre 2012, dossier 22.

■ 24. CC 2014-394 QPC, 7 mai 2014, *JO* 10 mai 2014, p. 7873.

■ 25. Voir *infra* n° 285 pour l'utilisation de la Charte dans le contentieux de la QPC.

■ 26. CC 71-44 DC, 16 juillet 1971, *R.* p. 29.

■ 27. J. RIVERO, « Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République : Une nouvelle catégorie constitutionnelle ? », *D.* 1972, p. 265.

l'œuvre de la III^e République en matière de libertés²⁸. Et le Conseil lui-même n'a pas, jusqu'en 1988, contribué à lever le caractère énigmatique de la formule : il a rangé au titre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, la liberté d'association, la liberté de l'enseignement²⁹, la liberté de conscience³⁰, la liberté individuelle³¹, le respect des droits de la défense³², l'indépendance de la juridiction administrative³³, l'indépendance des professeurs d'université³⁴, la compétence propre de la juridiction administrative en matière de contentieux de l'excès de pouvoir³⁵, l'importance des attributions conférées à l'autorité judiciaire en matière de protection de la propriété immobilière³⁶, la spécificité du droit pénal des mineurs³⁷, le droit local mosellan-alsacien³⁸, parfois en citant le texte précis de référence – l'article 91 de la loi de finances du 31 mai 1931 pour la liberté de l'enseignement – parfois aussi sans citer aucun texte – indépendance des professeurs d'université par exemple – toujours sans livrer le raisonnement qui lui a permis d'attribuer valeur constitutionnelle à tel ou tel principe fondamental.

La décision du 20 juillet 1988³⁹ apporte, pour la première fois, des éléments de réponse aux questions posées par Jean Rivero. Dans cette affaire, les requérants contestaient que la loi d'amnistie « d'après élection présidentielle » s'applique à des faits intervenus dans le cadre d'un contrat de travail entre deux personnes privées, au motif que « la tradition républicaine a écarté du bénéfice de l'amnistie les rapports de droit privé ». Le Conseil rejette cette argumentation mais explicite, ici, sa démarche et les critères de sa « découverte » d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République. Pour établir un principe fondamental, la tradition républicaine ne saurait être utilement invoquée, précise d'abord le Conseil, *que si elle a pris corps dans un texte législatif*; tout en admettant l'existence d'un lien entre tradition républicaine et principe fondamental, il paraît ainsi revenir sur sa jurisprudence établissant un principe fondamental sans citer sa source législative puisqu'il refuse d'incorporer la tradition républicaine en tant que telle et pose la nécessité de sa reconnaissance par une loi. Mais pas n'importe quelle loi, ajoute le Conseil, qui déclare rechercher « dans la législation républicaine » l'existence d'un principe fondamental ; il semble ici écarter les lois adoptées pendant les périodes monarchiques et les deux empires, même celles pouvant avoir un « esprit républicain », pour ne se référer qu'à l'œuvre législative des trois Républiques qui ont précédé la IV^e. En effet, le Conseil souligne que la loi républicaine de référence doit être « *intervenue avant l'entrée en vigueur du Préambule de la Constitution de 1946* » ; l'exclusion des lois postérieures à 1946 est, selon François Luchaire,

■ 28. JO Débat Ass. nat. const., 28 août 1946, p. 3363.

■ 29. CC 77-87 DC, 23 novembre 1977, R. p. 42.

■ 30. CC 77-87 DC, 23 novembre 1977, R. p. 42.

■ 31. CC 76-75 DC 12 janvier 1977, R. p. 33.

■ 32. CC 76-70 DC, 2 décembre 1976, R. p. 39.

■ 33. CC 80-119 DC, 22 juillet 1980, R. p. 46.

■ 34. CC 83-165 DC, 20 janvier 1984, R. p. 30.

■ 35. CC 86-224 DC, 23 janvier 1987, R. p. 8.

■ 36. CC 89-256 DC, 25 juillet 1989, R. p. 53.

■ 37. CC 2002-461 DC, 29 août 2002, R. p. 204.

■ 38. CC 2011-157 QPC, 5 août 2011, R. p. 430.

■ 39. CC 88-244 DC, 20 juillet 1988, R. p. 119.

parfaitement logique, car si le Conseil les utilisait comme source d'un principe fondamental, il ferait du législateur de la IV^e et de la V^e un constituant⁴⁰.

Mais cette position est discutable⁴¹. Parce qu'il est, par définition même, contenu dans une loi, un principe fondamental a toujours, à l'origine, une valeur égale au corps qui le pose, c'est-à-dire une valeur législative. Quelle que soit la date de la loi. Ce qui fait la valeur constitutionnelle d'un principe fondamental n'est pas qu'il ait été édicté avant ou après 1946 mais qu'il ait reçu, par décision des juges constitutionnels, une telle qualification. Quand le Conseil juge que la liberté d'association est un PFRLR, il ne fait pas du législateur de 1901 un constituant ; il se fait lui-même constituant en considérant, selon une argumentation trop souvent réduite, que ce principe posé par le législateur mérite d'être requalifié, reconstruit comme principe constitutionnel. Pourquoi une telle démarche serait-elle impossible à suivre pour les principes contenus dans les lois votées postérieurement à 1946 ? Peut-être parce que les juges estiment – mais ils ne le disent pas clairement – que le temps et la disparition des auteurs des principes donnent à leur requalification une évidence indiscutable.

Reste la question, importante, des critères de reconnaissance de la fondamentale d'un principe. Il ressort de la jurisprudence constitutionnelle, à défaut de critères précis, quatre enseignements : que ce n'est pas la loi dans son entier qui reçoit valeur constitutionnelle, mais seulement ses dispositions qui énoncent « le principe fondamental » de la matière⁴² ; que pour être reconnu fondamental, un principe doit avoir été constamment affirmé par les différentes lois l'organisant, une seule exception empêchant sa qualification de PFRLR⁴³ ; que ces derniers se distinguent des principes fondamentaux inscrits à l'article 34 de la Constitution, en ce qu'ils ont valeur constitutionnelle alors que les seconds ont seulement valeur législative et peuvent donc être modifiés par le législateur⁴⁴ ; que ne peut constituer un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens du premier alinéa du Préambule de 1946 qu'une règle qui intéresse les droits et libertés fondamentaux, la souveraineté nationale et l'organisation des pouvoirs publics⁴⁵.

265 Les refus. La décision du 20 juillet 1988 complétée par celle du 17 mai 2013 apprend ainsi, notamment aux auteurs des recours que... tout ne peut être qualifié de principe fondamental reconnu par les lois de la République ; mais les conditions qu'elle pose à leur reconnaissance constitutionnelle ne sont pas assez

■ 40. F. LUCHAIRE, *Le Conseil constitutionnel*, Economica, 1980, p. 182 : « Le Préambule de 1946 auquel se réfère expressément celui de 1958, n'a pu donner valeur constitutionnelle qu'aux principes que ses auteurs connaissent, à cette date ».

■ 41. V. D. ROUSSEAU, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 1991-1992 », *RDJ* 1993, p. 12.

■ 42. Ainsi, la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association n'a pas acquis dans son ensemble valeur constitutionnelle par la décision du 16 juillet 1971 ; le législateur peut donc modifier ses dispositions, sauf celles qui affirment le principe qualifié de PFRLR, selon lequel les associations se constituent librement sans intervention préalable d'une autorité publique.

■ 43. Dans sa décision du 20 juillet 1988, le Conseil a considéré qu'il n'était pas possible de qualifier de principe fondamental reconnu par les lois de la République, l'exclusion des rapports de droit privé du champ d'application des lois d'amnistie, malgré la « très grande majorité des textes » les excluant, dès lors qu'une loi, celle du 12 juillet 1937, les y avait, une fois, inclus.

■ 44. CC 77-92 DC, 18 janvier 1978, *R.* p. 21.

■ 45. CC 2013-669 QPC, 17 mai 2013, JO 18 mai 2013, p. 8281.

contraignantes pour savoir à l'avance ce qui peut mériter cette qualification : le Conseil reste largement maître de la découverte et du contenu de cet élément du bloc de constitutionnalité⁴⁶.

Ainsi, dans la décision du 20 juillet 1993⁴⁷, le Conseil refuse de ranger parmi les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République la règle selon laquelle la naissance en France ouvre droit de manière automatique à la nationalité française et celle selon laquelle est Français tout individu né en France d'un étranger qui lui-même y est né. Son argumentation est la même dans les deux cas ; il admet que ces règles ont été établies par des lois de la République mais il juge que l'automatisme de l'acquisition de la nationalité et le double droit du sol ont été institués « pour des motifs tenant aux exigences de la conscription ». En d'autres termes, ce sont des règles de circonstances. L'argumentation n'est pas fautive. Dans la seconde moitié du XIX^e siècle, la dénatalité, l'augmentation de l'immigration, et après les pertes de la Première Guerre mondiale, le déficit en hommes ont conduit le législateur à faciliter l'acquisition de la nationalité française afin de répondre aux besoins de recrutement dans l'armée et dans l'industrie. Ce n'est donc pas au nom de considérations doctrinales, de l'idée républicaine ou de grands principes humanistes que ces règles ont été posées. Cette argumentation est-elle cependant suffisante pour décider qu'elles ne méritent pas d'être érigées en principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ? Quelle règle votée par le législateur n'est pas de « circonstance », c'est-à-dire justifiée par les motifs tenant aux exigences du moment politique ? La loi de 1901 sur les associations, par exemple, s'explique par des motifs tenant aux exigences – selon les radicaux alors au pouvoir – de la lutte contre les congrégations religieuses qu'il s'agit de contrôler ou « de contraindre à se disperser » comme l'écrivait François Goguel ; cette circonstance n'a pas empêché le Conseil de faire de la liberté d'association un principe fondamental reconnu par les lois de la République. Et le même raisonnement peut être tenu à propos de la règle du cumul du mandat parlementaire et de la fonction de professeur d'université, règle de circonstance devenue, par décision du Conseil, principe constitutionnel. En l'espèce, il n'aurait pas été davantage extraordinaire que les juges reconnaissent à l'automatisme de l'acquisition de la nationalité et au double droit du sol la qualité de PFRLR. En effet, les critères établis par le Conseil pour la reconnaissance de cette catégorie constitutionnelle sont présents : des lois des Républiques d'avant 1946 – 7 février 1851, 26 juin 1889, 10 août 1927 – et la continuité d'affirmation législative de ces règles ; quant au fait qu'elles soient « de circonstance » ne les empêche pas d'exprimer en même temps un grand principe de justice.

Le Conseil a aussi refusé de reconnaître fondamentaux le principe de faveur⁴⁸, le principe selon lequel la carte d'ancien combattant était réservée aux seuls combattants appartenant à des troupes françaises et ayant combattu dans des opérations

■ 46. Le Conseil constitutionnel n'a pas considéré la gratuité de la circulation sur les voies publiques comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République, alors pourtant que la loi du 30 juillet 1880 interdit de construire des ponts à péage sur les routes nationales et départementales, CC 79-107 DC, 12 juillet 1979, R. p. 31.

■ 47. CC 93-321 DC, 20 juillet 1993, R. p. 196.

■ 48. CC 96-383 DC, 6 novembre 1996, R. p. 128.

décidées par le gouvernement français⁴⁹, le principe de l'universalité des allocations familiales⁵⁰, le principe selon lequel en cas d'égalité des voix, le plus âgé a la préférence⁵¹, le principe d'interdiction de limiter le cumul des fonctions exécutives⁵², le principe de l'interdiction de modifier les règles électorales dans l'année précédant un scrutin⁵³, le principe de la compétence exclusive du législateur en matière électorale⁵⁴, le principe selon lequel les poursuites disciplinaires sont nécessairement soumises à une règle de prescription⁵⁵, le principe d'un repos hebdomadaire le dimanche⁵⁶, la prohibition des jeux de hasard⁵⁷, le droit à l'information exhaustive des électeurs⁵⁸, la consultation obligatoire des collectivités territoriales avant le dépôt d'un projet de loi modifiant leur délimitation territoriale⁵⁹... Et récemment encore, le principe selon lequel le mariage est l'union d'un homme et d'une femme⁶⁰ au motif que, si cette règle était constante, elle ne concerne ni la souveraineté nationale, ni l'organisation des pouvoirs publics ni les droits et libertés. Cette argumentation peut surprendre dans la mesure où le mariage est défini par le Conseil constitutionnel lui-même comme l'exercice d'une liberté. En réalité, c'est précisément parce que le mariage est une liberté que la règle en limitant l'exercice aux seules personnes de sexe différent ne peut être fondamentale. Ce qui est fondamental, c'est la liberté du mariage ; ce qui est « contingent »⁶¹, ce sont les modalités d'exercice de cette liberté. Et la modalité homosexuelle ne porte pas atteinte à la liberté fondamentale du mariage ; elle en étend au contraire l'exercice. De son côté, le Conseil d'État a écarté le principe en vertu duquel l'imposition foncière doit être établie sur des bases nettes, en jugeant que ce principe « n'intéresse pas un domaine essentiel pour la vie de la nation et ne figure dans aucune loi intervenue sous un régime républicain antérieur à la Constitution du 27 octobre 1946 »⁶².

266 Le déclin ? Se pose également la question récurrente du déclin de la catégorie des PFRLR. Pendant treize ans, en effet – de 1989 à 2002 –, le Conseil constitutionnel, malgré les demandes des requérants, n'a pas consacré de nouveaux PFRLR. Il a également choisi d'offrir à certains PFRLR une base textuelle : la

■ 49. CC 96-386 DC, 30 décembre 1996, *R.* p. 154.

■ 50. CC 97-393 DC, 18 décembre 1997, *R.* p. 320.

■ 51. CC 98-407 DC, 14 janvier 1999, *R.* p. 21.

■ 52. CC 2000-426 DC, 30 mars 2000, JO 6 avril 2000, p. 5246.

■ 53. CC 2008-563 DC, 21 février 2008, *R.* p. 100.

■ 54. CC 2009-573 DC, 8 janvier 2009, JO 14 janvier 2009, p. 724.

■ 55. CC 2011-199 QPC, 25 novembre 2011, JO 26 novembre 2011, p. 20016.

■ 56. CC 2009 588 DC, 6 août 2009, JO 11 août 2009, p. 13319.

■ 57. CC 2010-605 DC, 12 mai 2010, 13 mai 2010, p. 8897.

■ 58. CC 2013-673 DC, 18 juillet 2013, cons. 3 et 7, JO 23 juillet 2013, p. 12259

■ 59. CC 2014-709 DC, 15 janvier 2015, cons. 3 et 5, JO 17 janvier 2015, p. 783.

■ 60. CC 2013-669 DC, 17 mai 2013, JO 18 mai 2013, p. 8281.

■ 61. V. A. VIALA, « Un PFRLR contre le mariage gay ? », *Revue des droits et libertés fondamentaux* 2013, chron. n° 4, 21 janvier 2013.

■ 62. CE 30 mai 2012, *GFA Fielouse-Cardet*, n° 355287.

liberté individuelle⁶³, la liberté de conscience⁶⁴ et le respect des droits de la défense⁶⁵ sont désormais des principes « classiques », avec un fondement écrit. L'abandon de cette catégorie semblait donc un fait jurisprudentiel acquis lorsque le Conseil d'État a relancé le débat par son désormais célèbre arrêt *Koné*⁶⁶. Recourant, sans le dire, à la méthode exposée par son voisin du Palais Royal en 1988, le juge administratif a découvert, en effet, dans la loi du 10 mars 1927 relative à l'extradition des étrangers le principe de l'interdiction de l'extradition d'un étranger lorsqu'elle est demandée dans un but politique, principe qu'il a qualifié de principe fondamental reconnu par les lois de la République.

Cette découverte présente, au moins, un triple intérêt. Elle signifie d'abord que la non-utilisation d'un instrument de contrôle juridictionnel pendant un certain temps ne peut valoir caducité ; il reste dans la panoplie du juge qui peut, si nécessaire, le réactiver⁶⁷. Et en l'espèce, la réactivation de la catégorie PFRLR était nécessaire dans la mesure où la production d'un principe de rang constitutionnel était le seul moyen pour le Conseil d'État d'apprécier la convention internationale d'extradition entre la France et le Mali ; c'est pourquoi, d'ailleurs, il ne suit pas la proposition de son commissaire du gouvernement de faire du principe en cause un simple principe général du droit, parce que, de rang législatif, il ne lui aurait pas permis d'exercer ce contrôle.

Cette découverte signifie, ensuite, que l'invention de principes constitutionnels est toujours le résultat d'un processus de dialogue entre les acteurs du système juridique. Alors que les critiques convergent pour reprocher au Conseil son pouvoir discrétionnaire et hégémonique, l'arrêt *Koné* rappelle opportunément que le juge administratif participe également à la découverte des principes constitutionnels. Il le fait conformément à son statut de juge ordinaire, c'est-à-dire sans pouvoir garantir la validité de la qualification à laquelle il procède, puisque seul le statut de juge constitutionnel du Conseil permet à ce dernier d'apporter cette garantie par le pouvoir, qui est le sien propre, d'authentifier un principe comme principe constitutionnel. Ainsi, sans doute, se construit le droit « nouveau » : le Conseil reçoit de ses partenaires, en l'espèce le juge administratif, des propositions de constitutionnalisation d'un énoncé ; il écoute les arguments contradictoires provoqués par telle ou telle proposition ; et le moment venu, il consacre ou non la proposition, étant entendu qu'une non-consécration n'empêche pas le juge ordinaire de continuer à maintenir sa proposition en espérant convaincre, ultérieurement, le juge constitutionnel. De même que le refus du Conseil de constitutionnaliser un principe

■ 63. CC 83-164 DC, 29 décembre 1983, cons. 28, JO 30 décembre 1983, p. 3871.

■ 64. CC 2001-446 DC, 27 juin 2001, JO 7 juillet 2001, p. 10828. Dans cette décision, le Conseil cite l'article 10 de la Déclaration, mais affirme – curieusement – que la liberté de conscience constitue encore l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Confirmation : CC 2013-353 QPC, 18 octobre 2013, JO 20 octobre 2013, p. 17279, à propos de l'absence de « clause de conscience » de l'officier de l'état civil.

■ 65. CC 2006-535 DC, 30 mars 2006, JO 2 avril 2006, p. 4964.

■ 66. CE, Ass., 3 juillet 1996, *Koné*. Cet arrêt a suscité de nombreux commentaires dans les différentes revues juridiques : *D.*, 1996, p. 509 ; *JCP*, 1996, II, n° 22720 ; *AJDA*, 1996, p. 722 ; *RFDA*, 1996, p. 870 (cette revue n'hésite pas à présenter l'échange doctrinal sous le titre « L'affaire *Koné* »...).

■ 67. V. LARSONNIER, « La consécration d'un PFRLR par le Conseil d'État, prémices d'une renaissance de la catégorie ? » *Revue belge de droit constitutionnel*, 1997-2, p. 121.

n'empêche pas les requérants de reformuler régulièrement leur demande et d'obtenir, parfois, un début de satisfaction⁶⁸. Le droit s'écrit à plusieurs mains et celles du Conseil travaillent seulement à mettre de l'harmonie⁶⁹.

Cette découverte administrative d'un PFRLR a, enfin, « excité » le Conseil constitutionnel qui, après avoir oublié pendant treize ans cette catégorie, a consacré deux nouveaux PFRLR.

Dans sa décision du 29 août 2002⁷⁰, celui relatif à la justice des mineurs : se référant notamment à l'ordonnance du 2 février 1945 sur l'enfance délinquante, il considéra que les principes d'atténuation de la responsabilité pénale des mineurs en fonction de l'âge, de la nécessité de rechercher le relèvement éducatif et moral des enfants délinquants par des mesures adaptées à leur âge et à leur personnalité, de l'institution de juridictions spécialisées pour les mineurs et de l'existence de procédures de jugement appropriées sont des principes « constamment reconnus depuis le début du xx^e siècle » qui méritent en conséquence d'être consacrés comme PFRLR en matière de justice des mineurs.

Et dans sa décision du 5 août 2011⁷¹, le Conseil consacre, dans le cadre du contentieux QPC, un PFRLR pour le moins original : celui relatif au droit local mosellan-alsacien. Dans cette affaire, un justiciable avait osé demander si l'interdiction du travail le dimanche dans les départements d'Alsace-Moselle – issu d'une loi de 1900 – n'était pas contraire aux principes de la liberté d'entreprendre et d'égalité des citoyens devant la loi. La Cour de cassation ayant transmis la question, il revenait au Conseil constitutionnel de décider du sort du droit local mosellan-alsacien : ou l'anéantir ou lui donner un fondement constitutionnel. Plus subtil, le Conseil a choisi d'octroyer au particularisme alsacien un ancrage constitutionnel qui n'exclut pas sa disparition ! Pour ce faire, il lui fallait trouver au sein du bloc de constitutionnalité un instrument facilement malléable et il n'en est pas de plus comode que la catégorie des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, catégorie vide que le Conseil remplit en fonction de ses besoins contentieux.

Ainsi, en l'espèce, ne trouvant évidemment ni dans la Constitution ni dans les Déclarations des droits un principe auquel rattacher le particularisme alsacien, le Conseil crée un nouveau PFRLR reconnaissant la spécificité du droit alsacien-mosellan. Les lois de la République convoquées sont celles du 17 octobre 1919, du 1^{er} juin 1924 et l'ordonnance du 15 septembre 1944 qui, en rétablissant la « légalité républicaine », mentionne expressément le droit local alsacien comme partie intégrante de cette légalité. Formellement, les conditions mises, par le Conseil lui-même, à la consécration d'un PFRLR sont réunies : la spécificité alsacienne figure bien, de manière continue, dans des lois antérieures à 1946 et peut donc, à ce titre, être qualifiée de « principe fondamental ».

La catégorie de PFRLR vit donc toujours...

■ 68. V., par exemple, les demandes régulières de constitutionnalisation du principe de la liberté contractuelle dans les années 1990.

■ 69. D. ROUSSEAU, « Le droit constitutionnel, droit d'harmonie », *Journées de la Société de législation comparée*, 1995, p. 337.

■ 70. CC 2002-467 DC, 29 août 2002, R. p. 204.

■ 71. CC 2011-157 QPC, 5 août 2011, JO 6 août 2011, p. 13476.

2. Les principes particulièrement nécessaires à notre temps

267 Figurent également dans le bloc de constitutionnalité, « les principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps ». Énumérés dans le Préambule de 1946 auquel celui de 1958 renvoie, chacun d'eux a été utilisé par le Conseil comme texte de référence pour apprécier la constitutionnalité des lois :

- principe d'égalité entre les sexes (CC 30 déc. 1981, R. p. 41) ;
- droit d'asile (CC 9 janv. 1980, R. p. 29) ;
- droit d'obtenir un emploi (CC 28 mai 1983, R. p. 41) ;
- liberté syndicale (CC 19-20 juill. 1983, R. p. 49) ;
- droit de grève (CC 25 juill. 1979, R. p. 33) ;
- droit de participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion des entreprises (CC 5 juill. 1977, R. p. 35) ;
- principe d'appropriation collective des services publics nationaux et des monopoles de fait (CC 15 janv. 1975, R. p. 19) ;
- principe de l'organisation de l'enseignement public, gratuit et laïque (CC 23 nov. 1977, R. p. 42) ;
- principes du respect des règles du droit public et international et du non-emploi de la force contre la liberté d'aucun peuple (CC 30 déc. 1975, R. p. 26) ;
- principe de limitation, sous réserve de réciprocité, de souveraineté nécessaire à l'organisation et à la défense de la paix (CC 30 déc. 1976, R. p. 15).

Après les hésitations traditionnelles dues à une jurisprudence en formation récente et continue, il est clair aujourd'hui que tous les principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps ont reçu valeur constitutionnelle et sont opposables au législateur par le Conseil dans l'exercice de son contrôle de la constitutionnalité des lois, au moins pour ce qui concerne le contentieux *a priori*⁷².

3. Les principes, objectifs et exigences de valeur constitutionnelle

268 À côté de ces principes qui peuvent trouver leurs sources dans un texte – Constitution de 1958, Déclaration de 1789, Préambule de 1946, Charte de l'environnement de 2004 –, le Conseil utilise encore comme bases et instruments de son contrôle des lois, ce qu'il appelle « principes, dispositions ou règles à valeur constitutionnelle », « objectifs de valeur constitutionnelle » – cette catégorie « introuvable »⁷³, « ambivalente »⁷⁴ –, et même « exigences constitutionnelles ».

■ 72. Voir *infra* n° 285 et s. les PPNT exclus de la catégorie des « droits et libertés que la Constitution garantit ».

■ 73. A. LEVADE, « L'objectif de valeur constitutionnelle, vingt ans après. Réflexions sur une catégorie juridique introuvable », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, p. 688.

■ 74. P. DE MONTALIVET, « Les objectifs de valeur constitutionnelle », *NCCC*, n° 20, juin 2006.

Ainsi, sans se référer à un texte précis, il qualifie de :

— principes constitutionnels :

- la continuité du service public (CC 25 juill. 1979, *R. p. 31*),
- la liberté personnelle du salarié (CC 25 juill. 1989, *R. p. 59*),
- la clarté de la loi (CC 12 janv. 2002, *R. p. 49*),
- la publicité des débats judiciaires en matière pénale (CC 2 mars 2004, *R. p. 66*) ;

— d'objectifs de valeur constitutionnelle :

- la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socio-culturels (CC 27 juill. 1982, *R. p. 48*),
- la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent (CC 19 janv. 1995, *R. p. 176*),
- l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi (CC 16 déc. 1999, *R. p. 136*),
- la lutte contre la fraude fiscale (CC 29 déc. 1999, *R. p. 156*),
- l'égal accès des hommes et des femmes aux mandats électoraux et aux fonctions électives (qualifié simplement « d'objectif », CC 24 juill. 2003, JO 31 juill. 2003, p. 13038),
- la bonne administration de la justice (CC 3 déc. 2009, JO 11 déc. 2009, p. 21381), qui était préalablement une « exigence » (CC 28 déc. 2006, JO 1^{er} déc. 2006, p. 20320),
- la recherche des auteurs d'infraction (CC 10 nov. 2011, JO 11 nov. 2011, p. 19005),
- la protection de la vie et de la santé des personnes (« découlant du 11^e alinéa du Préambule de 1946 » précise le juge, CE 28 nov. 2014, *Syndicat réunionnais des exploitants de stations-service*) ;

— d'exigences constitutionnelles :

- l'égalité devant la loi (CC 29 juill. 1998, JO 31 juill. 1998, p. 11710)
- l'équilibre financier de la sécurité sociale (CC 18 déc. 2001, JO 26 déc. 2001, p. 20582),
- l'égalité devant la commande publique, la protection des propriétés publiques et le bon usage des deniers publics (CC 26 juin 2003, JO 3 juill. 2003, p. 11205),
- la transposition des directives communautaires (CC 10 juin 2004, *R. p. 101*) ;
- le droit à l'information et la participation du public en matière environnementale (CC 14 oct. 2011, JO 15 oct. 2011, p. 17466).

269 Ces différentes expressions soulèvent un problème autrement plus difficile que celui posé par les PFRLR. Elles permettent en effet au Conseil d'opposer au législateur des principes qui n'ont pas été, en tant que tels, affirmés par le Constituant, s'octroyant ainsi un pouvoir de création de textes constitutionnels. Sans doute une partie de la doctrine, pour minimiser ce problème, considère ces expressions comme une formule générique par laquelle le Conseil désignerait les dispositions de la Constitution, de la Déclaration de 1789, du Préambule de 1946 et les

PFRLR⁷⁵. Et il est vrai que le Conseil fait parfois passer un droit d'une catégorie à une autre sans explication. Mais cette présentation a l'inconvénient de nier la notion même de principe à valeur constitutionnelle, alors qu'elle est utilisée *de manière originale, à côté des autres éléments du bloc de constitutionnalité*, par le Conseil. Il faut donc admettre, quitte à le regretter comme François Luchaire, que ces principes, objectifs, exigences de valeur constitutionnelle ne trouvent pas toujours leur siège dans un texte écrit mais sont dégagés, déduits, par le Conseil constitutionnel de l'esprit général de dispositions diverses ou d'une réflexion sur la nécessité de la chose publique selon le même raisonnement par lequel le Conseil d'État crée les principes généraux du droit⁷⁶.

270 Une autre question – épineuse – se profile à propos des « objectifs de valeur constitutionnelle » : s'agit-il réellement de *normes* invocables devant le Conseil constitutionnel et susceptibles d'être à la source d'une inconstitutionnalité ? Les réponses doctrinales divergent : certains estiment que le Conseil peut parfaitement, s'il le souhaite, censurer une disposition législative sur la base d'un « objectif » ou même d'une « exigence »⁷⁷, par exemple l'objectif de pluralisme des médias⁷⁸ ou l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi⁷⁹ ; d'autres soutiennent, à l'inverse, que les objectifs de valeur constitutionnelle ont pour unique fonction de justifier les entorses aux droits et libertés⁸⁰, par exemple lorsque le Conseil légitime une atteinte au droit de propriété en invoquant « la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent »⁸¹, lorsqu'il admet une restriction de la liberté d'entreprendre au nom de « l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public »⁸² ou lorsqu'il limite les droits de la défense sur le fondement de « l'objectif de valeur constitutionnelle de recherche des auteurs d'infractions »⁸³. Sans doute la « bonne » réponse se situe quelque part entre les deux théories et montre toute l'originalité des OVC : tantôt normes de contrôle et de sanction du Parlement, tantôt moyens de justification des atteintes portées aux libertés.

■ 75. L. FAVOREU, « Dualité ou unité de l'ordre juridique », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, LGDJ, 1988, p. 145.

■ 76. B. JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'État*, Sirey, 1954. La différence entre les principes généraux du droit et les principes à valeur constitutionnelle étant que les premiers peuvent être modifiés par le législateur alors que les seconds s'imposent à lui.

■ 77. P. DE MONTALIVET, « Les objectifs de valeur constitutionnelle », *op. cit.* (qui constate néanmoins une portée normative « plus faible » que les autres droits et libertés).

■ 78. CC 86-210 DC, 29 juillet 1986, cons. 23, JO 30 juillet 1986, p. 9393.

■ 79. CC 2011-639 DC, 28 juillet 2011, JO 30 juillet 2011, p. 13011. Cet OVC est d'ailleurs souvent invoqué (et contrôlé) dans le contentieux de la légalité (par ex. CE 30 mars 2016, *Fédération des employés et cadres Force Ouvrière et autres*, n° 382995).

■ 80. F. LUCHAIRE, « Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnelle », *RFDC*, n° 64, 2005, p. 678. V. également CE, ord., 3 mai 2002, *Association de réinsertion sociale du Limousin et autres*, n° 245697 : « si, dans une décision du 29 juillet 1998, le Conseil constitutionnel a qualifié d'objectif de valeur constitutionnelle la "possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent", il n'a pas consacré l'existence d'un droit au logement ayant rang de principe constitutionnel ».

■ 81. CC 98-403 DC, 29 juillet 1998, cons. 5, JO 31 juillet 1998, p. 11710.

■ 82. CC 2010-55 QPC, 18 octobre 2010, con. 6, JO 19 octobre 2010, p. 18695.

■ 83. CC 2011-191/194/195/196/197 QPC, 18 novembre 2011, cons. 30 et 31, JO 19 novembre 2011, p. 19480.

Quoi qu'il en soit de ce débat, avec cette dernière catégorie constitutionnelle – les principes, objectifs et exigences de valeur constitutionnelle –, le Conseil dispose finalement d'un large ensemble de textes et de principes auxquels confronter les lois qui sont soumises à son contrôle⁸⁴.

§ 2. LES TEXTES EXCLUS DU BLOC DE CONSTITUTIONNALITÉ

271

En dehors du bloc de constitutionnalité, c'est-à-dire ne pouvant servir de texte de référence pour contrôler les lois, figurent les traités et accords internationaux ; cette ferme position actuelle du Conseil peut cependant évoluer (B).

Plus complexe est la situation des lois organiques et des règlements des Assemblées car, s'ils ne font pas partie du bloc de constitutionnalité, s'ils n'ont pas valeur constitutionnelle, ils s'imposent cependant, sous certaines conditions, à la loi ordinaire (A).

A. LES LOIS ORGANIQUES ET LES RÈGLEMENTS DES ASSEMBLÉES

1. Les lois organiques

272

La Constitution de 1958 prévoit, pour des matières précisément déterminées⁸⁵, que les dispositions les concernant doivent être prises par la voie de lois organiques dont la caractéristique essentielle est d'être soumises à une procédure d'élaboration spéciale, faisant notamment intervenir, obligatoirement, le Conseil constitutionnel avant leur promulgation⁸⁶. Cette catégorie de lois bénéficie donc d'un statut particulier, justifié par l'importance de la matière, et destiné à leur assurer par rapport aux lois ordinaires, « une plus grande stabilité et un plus grand respect », selon l'expression de Michel Debré⁸⁷.

Mais précisément, quelle est la qualité de ce statut particulier ? Est-il possible d'attribuer valeur constitutionnelle à cette catégorie de lois ?

■ 84. La mesure de cette étendue des instruments de contrôle est donnée, par exemple, par la décision des 19-20 janvier 1981 où le Conseil examine les dispositions législatives limitant la liberté d'aller et venir des personnes au regard de « *ce qui est nécessaire pour la sauvegarde des fins d'intérêt général ayant valeur constitutionnelle* » ; sans davantage de précision ! CC 19-20 janvier 1981, R. p. 15.

■ 85. Parmi les matières pour lesquelles la Constitution prévoit une loi organique, figurent les modalités de l'élection du Président de la République (art. 6), la mise en œuvre de l'incompatibilité entre la fonction gouvernementale et un mandat parlementaire (art. 23), la durée des pouvoirs de chaque assemblée parlementaire, le nombre de leurs membres... (art. 25), les conditions de vote par le Parlement des lois de finances (art. 47), les règles d'organisation et de fonctionnement du Conseil constitutionnel (art. 63), le statut des magistrats (art. 64), la composition, l'organisation et les attributions du Conseil supérieur de la magistrature (art. 65).

■ 86. Cette procédure spéciale est décrite à l'art. 46 de la Constitution de 1958.

■ 87. M. DEBRÉ, « Discours de présentation de la Constitution devant l'Assemblée générale du Conseil d'État », le 27 août 1958, in *Doc. pour servir*, Doc. Fr. 1987, vol. 2, p. 340.

La réponse à cette question est rendue difficile d'abord par le fait que toutes les lois organiques prévues ont été édictées par le gouvernement dans les quatre mois suivant la promulgation de la Constitution en application de son article 92 relatif à la mise en place des institutions. Ainsi, le Parlement n'a pas participé à leur élaboration première et le Conseil constitutionnel, qui n'était pas encore installé, n'a pu contrôler comme le prévoit obligatoirement l'article 46, leur conformité à la Constitution. Même si législateur et Conseil ont retrouvé leurs compétences respectives lors des modifications ultérieures des lois organiques, il n'empêche que leur origine particulière peut faire hésiter à leur attribuer valeur constitutionnelle⁸⁸.

Au demeurant, la jurisprudence constitutionnelle elle-même paraît hésitante quant à la qualité de ces lois organiques. En effet, en considérant que « la conformité à la Constitution des règlements des Assemblées doit s'apprécier *tant au regard de la Constitution que des lois organiques prévues par elle* »⁸⁹, en considérant encore que la constitutionnalité des lois de finances s'apprécie par rapport à la Constitution et à l'ordonnance portant loi organique du 2 janvier 1959⁹⁰, le Conseil semble mettre sur un pied d'égalité juridique Constitution et lois organiques, et intégrer ces dernières dans le bloc de constitutionnalité comme instrument supplémentaire de son contrôle. Il a même paru faire prévaloir l'ordonnance du 2 janvier 1959, qui donne compétence au gouvernement, pour établir les taxes parafiscales, sur l'article 34 de la Constitution qui réserve au Parlement le pouvoir de fixer les règles concernant « l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toute nature »⁹¹.

Mais dans ces mêmes décisions, le Conseil précise à chaque fois que si la loi organique est un texte de référence pour son contrôle, c'est qu'une loi ordinaire, qui lui serait contraire, serait par suite contraire à l'article de la Constitution qui renvoie expressément à ladite loi organique⁹² ; enfin, dans sa décision du 27 juillet 1978, il a clairement affirmé que les dispositions des lois organiques ne sauraient être entendues « que dans le cadre des dispositions de la Constitution elle-même »⁹³.

En conséquence, il apparaît que si les lois organiques s'imposent au législateur ordinaire, elles sont elles-mêmes subordonnées à la Constitution ; supra-législatives mais infra-constitutionnelles, elles ne peuvent être considérées comme faisant partie du bloc de constitutionnalité qui ne comprend que des principes de valeur constitutionnelle. En réalité d'ailleurs, la formule de la décision du 11 août 1960 montre que le texte de référence véritable reste, dans ces affaires, la Constitution : c'est parce que la Constitution a prévu une loi organique qu'une loi ordinaire qui

■ 88. Dans sa décision du 15 janvier 1960 (R. p. 21), le Conseil a refusé de contrôler la constitutionnalité des premières ordonnances portant lois organiques lorsqu'il eut à connaître de leurs modifications. Cette position serait certainement abandonnée aujourd'hui en vertu de la nouvelle jurisprudence, issue de la décision du 25 janvier 1985.

■ 89. CC 66-28 DC, 8 juillet 1966, R. p. 15 ; CC 59-2 DC, 17-18 et 24 juin 1959, R. p. 58.

■ 90. CC 60-8 DC, 11 août 1960, R. p. 25.

■ 91. CC 60-8 DC, 11 août 1960, R. p. 25.

■ 92. CC 60-8 DC, 11 août 1960, R. p. 25 : le Conseil sanctionne les dispositions législatives qui « ne peuvent être regardées comme conformes aux prescriptions de la loi organique du 2 janvier 1959 relatives aux lois de finances et *par suite à celles de l'article 34 de la Constitution qui renvoient expressément à ladite loi organique.* ».

■ 93. CC 78-96 DC, 27 juillet 1978, R. p. 29.

méconnaît cette dernière est invalidée ; ce qui est censuré est moins la méconnaissance de la loi organique que celle de la Constitution renvoyant expressément, pour des matières déterminées, à une loi organique⁹⁴.

2. Les règlements des Assemblées

273

Les règlements des Assemblées sont des actes, adoptés par voie de résolution, qui ont pour objet « l'organisation ou le fonctionnement » des chambres (y compris la Haute Cour considérée comme une assemblée parlementaire par le Conseil⁹⁵), « la procédure législative » et le « contrôle de l'action du gouvernement »⁹⁶. Ainsi définis, se posait la question de leur place dans le bloc de constitutionnalité.

Dans sa décision du 23 juillet 1975, le Conseil affirme qu'il lui appartient d'examiner si la loi contestée « a été adoptée dans le respect des règles de valeur constitutionnelle relatives à la procédure législative »⁹⁷. Sachant d'une part que ces règles de procédures législatives se trouvent, pour l'essentiel, dans les règlements des Assemblées, et d'autre part que la constitutionnalité de ces derniers est obligatoirement vérifiée par le Conseil, il était théoriquement possible d'en déduire que ces règlements étaient un élément du bloc de constitutionnalité dont le Conseil pouvait se servir comme instrument du contrôle de la régularité de l'adoption des lois⁹⁸.

Le Conseil n'a cependant pas admis une telle déduction et a considéré que « les dispositions des règlements des Assemblées parlementaires n'ont pas valeur constitutionnelle »⁹⁹, avec pour conséquence logique que « la seule méconnaissance des dispositions réglementaires invoquées ne saurait avoir pour effet de rendre la procédure législative contraire à la Constitution »¹⁰⁰.

S'il est donc clair que les règlements des Assemblées ne font pas partie du bloc de constitutionnalité, la jurisprudence du Conseil n'est peut-être pas aussi ferme qu'elle le paraît. En effet, le Conseil distingue, dans ces règlements, les dispositions qui mettent en œuvre une règle ou un principe constitutionnel et celles qui concernent la vie parlementaire interne : seules les premières peuvent être utilisées comme texte de référence pour apprécier si la loi a été élaborée selon une procédure régulière¹⁰¹.

■ 94. V. dans le même sens, G. VEDEL, « La place de la Déclaration dans le bloc de constitutionnalité », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Colloque du Conseil constitutionnel, 25 et 26 mai 1989.

■ 95. CC 2014-703 DC, 19 novembre 2014, JO 25 novembre 2014, p. 19698.

■ 96. Cette définition est donnée par le Conseil lui-même : CC 2014-705 DC, 11 décembre 2014, JO 13 décembre 2014, p. 20882.

■ 97. CC 75-57 DC, 23 juillet 1975, R. p. 24.

■ 98. V. en ce sens, L. FAVOREU, *RDP* 1975, p. 1326 ; P. AVRIL, « Droit parlementaire et droit constitutionnel », *RDP* 1984, p. 577.

■ 99. CC 80-117 DC, 22 juillet 1980, R. p. 42.

■ 100. CC 84-181 DC, 10 et 11 octobre 1984, R. p. 78 ; CC 89-261 DC, 28 juillet 1989, R. p. 81 ; CC 90-274 DC, 29 mai 1990, R. p. 61.

■ 101. En considérant que « les règlements des Assemblées n'ont pas *en eux-mêmes* valeur constitutionnelle », le Conseil signifie que certaines dispositions réglementaires à la différence d'autres peuvent se voir attribuer valeur constitutionnelle ; mais en tout état de cause, elles tiendront cette qualité non d'elles-mêmes, mais des règles et principes constitutionnels qu'elles mettent en œuvre. V. par exemple, CC 84-181 DC, 10 et 11 octobre 1984, R. p. 78.

Cette distinction ne remet pas en cause la non-intégration des règlements au bloc de constitutionnalité, car là encore, comme pour les lois organiques, ce qui est contrôlé est moins le respect des dispositions réglementaires que celui des principes constitutionnels qui sont mis en œuvre. En d'autres termes, le Conseil utilise les dispositions des règlements des assemblées pour exercer son contrôle dans le seul cas où ces dispositions « expriment » un principe constitutionnel.

a) *Les traités et les accords internationaux*

i. Une exclusion juridiquement discutable

274 En l'état actuel du droit, les traités internationaux ne font pas partie du bloc de constitutionnalité. Cette exclusion a été clairement formulée dans la décision du 15 janvier 1975 par laquelle le Conseil considère qu'une loi contraire à un traité n'est pas, pour autant, contraire à la Constitution et que, dans ces conditions, il ne lui appartient pas « lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international », en l'espèce, la Convention européenne des droits de l'homme¹⁰².

L'argumentation du Conseil repose, pour l'essentiel, sur la condition de réciprocité inscrite à l'article 55 de la Constitution. Cette disposition, estime-t-il, induit une relation de la loi au traité d'une qualité fondamentalement différente de celle qui régit les rapports entre la loi et la Constitution : dans le premier cas, la supériorité du traité sur la loi est *conditionnelle*, en ce qu'elle est subordonnée à l'application dudit traité par les autres États contractants ; dans le second cas, la supériorité de la Constitution à la loi est *inconditionnelle*.

Le Conseil n'exclut pas pour autant tout contrôle du principe de la supériorité du traité sur la loi énoncé à l'article 55 de la Constitution ; il considère seulement qu'il ne peut s'exercer dans le cadre du mécanisme prévu à l'article 61 ; en revanche, rien ne s'oppose à ce qu'il soit réalisé par les juges ordinaires. En effet, le Conseil établit une différence de nature entre le contrôle de constitutionnalité des lois et celui de la conformité d'une loi à un traité : si le premier a un caractère absolu et définitif faisant obstacle à l'entrée de la loi dans le droit positif, le second a un caractère relatif – la loi ne disparaît pas de l'ordre juridique mais est seulement non appliquée au cas d'espèce – et contingent – la loi pourrait à nouveau produire ses effets si les conditions d'exécution du traité changeaient. Or, les caractères du contrôle exercé par les juges ordinaires correspondent exactement aux caractères mêmes du principe de supériorité du traité, également « relatif et contingent », précise le Conseil.

Cette argumentation du Conseil ne convainc pas entièrement. D'abord, parce que les juges ordinaires n'ont pas tous accepté de jouer le rôle qu'il leur abandonnait : si la juridiction judiciaire, quelques mois seulement après la décision du 15 janvier 1975 et en se fondant explicitement sur la distinction du Conseil entre contrôle de constitutionnalité et contrôle d'applicabilité, a décidé de faire prévaloir, dès lors que les conditions étaient réunies, le traité et d'écarter en conséquence la

■ 102. CC 74-54 DC, 15 janvier 1975, R. p. 19 ; CC 89-268 DC, 29 décembre 1989, R. p. 110 ; CC 91-293 DC, 23 juillet 1991, R. p. 77 ; CC 91-298 DC, 24 juillet 1991, R. p. 82.

loi qu'elle lui soit antérieure ou postérieure¹⁰³, le juge administratif en revanche n'a cru devoir revenir sur sa jurisprudence de 1968 selon laquelle il refusait d'assurer et d'imposer la primauté d'un accord international sur les lois nationales postérieures¹⁰⁴ que par l'arrêt *Nicolo* du 20 octobre 1989¹⁰⁵.

Mais surtout, l'argumentation du Conseil, certainement correcte lorsqu'elle s'applique aux traités internationaux, ne l'est plus lorsqu'elle concerne la Convention européenne des droits de l'homme et, plus largement, les traités et conventions humanitaires. En effet, la condition de réciprocité, fondement de l'explication du Conseil, est exclue du droit international humanitaire. Cela ressort clairement à la fois de l'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités¹⁰⁶, des décisions de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁰⁷, et de la simple logique. Les caractères des conventions humanitaires s'opposent en effet à l'idée même de réciprocité : elles sont moins des contrats par lesquels les parties s'échangeraient des droits subjectifs et réciproques, que des traités-lois instaurant à la charge des États contractants une obligation objective et absolue, celle de protéger, de respecter les droits de l'homme, quel que soit son lien de rattachement national¹⁰⁸ ; en ce sens, elles possèdent des propriétés semblables à celles traditionnellement reconnues aux Constitutions.

275 Sur le plan juridique, l'abandon de la jurisprudence de 1975 ne serait pas illégitime. Pour fonder, en droit, le contrôle de la loi au regard des traités, le Conseil dispose d'un article de la Constitution, l'article 55 : puisque ce dernier a pour objet d'affirmer la supériorité du Traité sur la loi, une loi qui serait contraire à un traité serait par là même contraire aux dispositions de l'article 55 de la Constitution. Ce raisonnement, d'une évidente simplicité, devrait en conséquence conduire le Conseil à sanctionner toutes violations de cet article par le législateur, et ce dans le cadre de l'examen prévu à l'article 61. La décision du 3 septembre 1986 semble, avec prudence, faire droit à ce raisonnement¹⁰⁹. Le Conseil a en effet considéré que les dispositions législatives qui ne prévoyaient pas, pour le droit d'asile, de dérogations au profit des réfugiés, n'étaient pas contraires à la Constitution, dans la mesure où le statut des réfugiés est régi par une Convention du 28 juillet 1951 dont, précise-t-il, « le respect s'impose, même dans le silence de la loi ». En d'autres termes, le Conseil confronte la loi à la Convention, constate une contrariété entre les deux textes, le premier ne prévoyant aucun régime particulier pour les réfugiés et conclut, grâce à la technique dite de l'interprétation neutralisante, que

■ 103. Cass. Ch. Mixte, 24 mai 1975, *Société Jacques Vabre*, D. 1975, p. 497, concl. TOUFFAIT.

■ 104. CE 1^{er} mars 1968, *Syndicat national des fabricants de semoule*, AJDA 1968, p. 235, concl. QUESTIAUX.

■ 105. CE 20 octobre 1989, *Nicolo*, RFDA 1989, n° 5, concl. P. FRYDMAN, note B. GENEVOIS.

■ 106. « La condition de réciprocité est exclue en ce qui concerne les dispositions relatives à la protection de la personne humaine contenue dans les traités humanitaires » : art. 60, § 5 de la Convention de Vienne.

■ 107. V. par exemple, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 18 janvier 1978, *Irlande/Royaume-Uni* : « À la différence des traités internationaux de type classique, la Convention déborde le cadre de la simple réciprocité entre États contractants ; elle crée des obligations objectives qui bénéficient d'une garantie collective ».

■ 108. Pour une critique de la décision du 15 janvier 1975, v. par exemple, J. RIVERO, AJDA 1975, p. 134 ; F. LUCHAIRE, *op. cit.*, p. 137 ; J. ROBERT, « La loi et les traités », *Le Monde* du 18 janvier 1975.

■ 109. CC 86-216 DC, 3 septembre 1986, R. p. 135, RFDA 1987, p. 120, note GENEVOIS.

ladite loi ne peut donc pas se comprendre comme ayant privé les réfugiés du bénéfice du droit d'asile reconnu par la Convention de 1951. Le sens de la décision paraît clair : la loi n'est constitutionnelle que par une interprétation qui la rend respectueuse des dispositions de la Convention internationale ; le Conseil évite ainsi de prononcer une inconstitutionnalité, mais dans le même temps, il la désigne clairement : une loi non conforme à une Convention internationale serait contraire à la Constitution. Solution confirmée par la décision du 25 février 1992, où le Conseil juge que l'État est en droit de définir les conditions d'admission des étrangers sur son territoire « sous réserve du respect des engagements internationaux et des principes de valeur constitutionnelle ». La conjonction de coordination a pour effet d'unir deux éléments, l'élément international et l'élément constitutionnel, devant servir une même fonction : apprécier l'exercice par l'État de son droit à définir les conditions d'entrée des étrangers sur le territoire national¹¹⁰.

Le Conseil pourrait également se fonder sur la règle *Pacta sunt servanda* à laquelle il a attribué valeur constitutionnelle dans sa décision du 9 avril 1992¹¹¹. Dès lors, en effet, que les traités doivent être exécutés par les parties de bonne foi, l'une d'elles ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution du traité : ce qui implique de vérifier qu'une loi, acte doté d'une autorité inférieure aux traités régulièrement ratifiés selon l'article 55 de la Constitution rappelé par le Conseil, ne leur est pas contraire car, si elle l'était, la règle constitutionnelle *Pacta sunt servanda* ne serait pas respectée. De plus, si cette même règle n'interdit pas aux États parties de modifier leurs engagements antérieurs ni à un État de conclure d'autres accords internationaux, elle les « invite » à maintenir entre ces accords une cohérence de nature à permettre leur exécution de bonne foi : ce qui implique, ou devrait impliquer de vérifier que tel nouvel engagement international n'est pas incompatible avec les accords internationaux en vigueur.

Il faut d'ailleurs, et une fois de plus, rappeler qu'abandonner cette jurisprudence, que *se servir d'un traité pour contrôler une loi n'a pas pour conséquence nécessaire d'attribuer valeur constitutionnelle aux traités. Ce qui a rang constitutionnel, en effet, c'est le principe de la supériorité du traité sur la loi, non le traité lui-même qui, en vertu précisément de ce principe, n'est supérieur qu'à la loi. Pour transposer une distinction classique, un traité se situe à un rang supra-législatif et infra-constitutionnel. Le malentendu provient peut-être de la notion de « bloc de constitutionnalité » qui laisserait penser que tous ses éléments ont valeur constitutionnelle. Il conviendrait, sans doute, de retenir la formule utilisée par le Conseil lui-même, de « normes de références applicables » ; et, parmi elles, distinguer celles qui ont rang constitutionnel (toutes les dispositions de la Déclaration de 1789, du Préambule de 1946, de la Constitution de 1958, de la Charte de 2004 et des principes qui, selon le Conseil, en découlent) et celles qui ont rang supra-législatif (les traités et, si et en tant seulement qu'ils expriment un principe constitutionnel, les lois organiques et les règlements des Assemblées). En d'autres termes encore, le traité a rang supra-législatif, le principe de la supériorité du traité sur la loi valeur constitutionnelle ; contrôler son respect par le législateur implique*

■ 110. CC 92-307 DC, 25 février 1992, R. p. 48.

■ 111. CC 92-308 DC, 9 avril 1992, R. p. 55.

nécessairement de vérifier la conformité d'une loi au traité pour éviter la promulgation d'une loi contraire à un principe constitutionnel. Est-il possible de dire les choses encore plus simplement¹¹² ?

276 L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 28 octobre 1999¹¹³ peut contribuer à précipiter l'abandon de la jurisprudence *IVG*. Pour la première fois, en effet, la Cour de Strasbourg a condamné la France pour l'application par la Cour de cassation d'une loi déclarée constitutionnelle par le Conseil. En l'espèce, il s'agissait d'une disposition législative validant rétroactivement, sous réserve de décisions de justice devenues définitives, le mode de calcul de « l'indemnité de difficultés particulières » accordée au personnel des organismes de sécurité sociale du Haut-Rhin et de la Moselle, validation que le Conseil, dans sa décision du 13 janvier 1994¹¹⁴, avait déclarée conforme à la Constitution au motif qu'elle permettait de « régler pour des raisons d'intérêt général les situations nées des divergences de jurisprudence ». Or, ce brevet de correction constitutionnelle rappelé par le gouvernement français en défense de sa cause n'arrête pas la Cour qui « estime que la *décision du Conseil ne suffit pas à établir la conformité de la validation avec les dispositions de la Convention* ». Il serait vain de voir dans cette contradiction une conséquence naturelle de la spécificité des normes de référence des deux juridictions et la preuve, selon la formule de 1975, qu'une loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la Constitution. Car cette mise à l'épreuve révèle surtout l'inanité de l'argument de sécurité régulièrement invoqué en faveur du modèle français. Il est maintenant établi qu'une loi contrôlée par le Conseil ne signifie pour personne, pas même pour l'État, la possibilité de fonder sur elle, en toute tranquillité contentieuse future, des relations juridiques sans attendre l'épreuve supplémentaire que serait la mise à l'écart par le juge ordinaire national d'une loi déclarée conforme à la Constitution par le Conseil mais qu'il jugerait contraire à la Convention. Le Conseil doit donc se résoudre à intégrer les textes de droit international pertinent dans le bloc des instruments de contrôle de la loi. Comme le quinquennat ne supprimerait pas tout risque de cohabitation, cette intégration ne ferait pas disparaître tous les problèmes ; elle en susciterait même de nouveaux. Mais le Conseil n'a pas d'autre choix que l'acceptation de ces problèmes ou la perspective certaine d'une progressive perte d'autorité de son contrôle s'il maintient sa jurisprudence de 1975. Ce qu'a parfaitement compris le président du Conseil constitutionnel, Jean-Louis Debré, qui a défendu, devant le comité Balladur, la nécessité logique de réunir entre les mains du Conseil contrôle de constitutionnalité *a posteriori* et contrôle de conventionnalité afin d'assurer l'unité de l'ordre juridique.

ii. Une exclusion juridictionnellement stratégique

277 La tentation de revenir sur la jurisprudence *IVG* a été manifeste dans la période 1997-2004, mais l'introduction de la QPC a conduit le Conseil à bloquer, pour des

■ 112. V. D. ROUSSEAU, *RDP*, 1993, p. 51 et s.

■ 113. CEDH 28 octobre 1999, *Zielinski et Pradal et autres c. France*.

■ 114. CC 93-332 DC, 13 janvier 1994, *R.* p. 21.

raisons stratégiques, l'évolution jurisprudentielle favorable à l'intégration du droit européen dans le bloc de constitutionnalité.

Dans sa décision du 18 décembre 1997¹¹⁵, le Conseil s'appuie explicitement sur « la directive n° 92-25 du 25 mars 1992 du Conseil des communautés européennes concernant la distribution en gros de médicaments à usage humain, non encore transposée », pour décider si laboratoires pharmaceutiques et grossistes répartiteurs de médicaments sont, objectivement, dans des situations différentes pouvant justifier une différence de traitement fiscal. L'innovation jurisprudentielle est considérable pour au moins trois raisons. C'est la première fois que le Conseil utilise une directive communautaire pour apprécier la constitutionnalité d'une disposition législative nationale ; sans doute, l'argument « directive » vient-il en second, pour conforter celui, plus classique, des critères objectifs et rationnels justifiant des différences de traitement ; mais, précisément parce qu'à lui seul le principe d'égalité suffisait pour répondre aux requérants, la référence à la directive comme norme même secondaire du contrôle de constitutionnalité signe une volonté d'ouverture jurisprudentielle de la part d'un Conseil souvent économe de ses moyens. Volonté d'autant plus remarquable que – deuxième raison – le Conseil admet invoquer à l'appui de son contrôle une directive « non encore transposée », palliant ainsi, de son propre chef, la carence du législateur. Enfin, et ce n'est pas la moindre des innovations, le Conseil interprète la directive : pour décider qu'elle était applicable bien que non transposée, il a dû juger, conformément à la jurisprudence de la Cour de Luxembourg, qu'elle contenait des dispositions inconditionnelles et suffisamment précises ; et pour écarter la question préjudicielle qui l'aurait conduit à saisir la Cour de justice des Communautés, il a dû juger que les effets de la directive résultaient clairement du texte lui-même.

278

La décision du 20 mai 1998¹¹⁶ n'est ni une surprise¹¹⁷, ni une véritable exception à la jurisprudence fixée en 1975. Ou plus exactement, elle est une exception autorisée par le constituant. Ce dernier, en effet, lors de la révision constitutionnelle du 25 juin 1992, avait prévu que le droit de vote et d'éligibilité des citoyens de l'Union aux élections municipales serait accordé par une loi organique « selon les modalités prévues par le traité sur l'Union européenne » ; et, dans sa décision du

■ 115. CC 97-393 DC, 18 décembre 1997, *R.* p. 320.

■ 116. CC 98-400 DC, 20 mai 1998, *JO* 26 mai 1998, p. 8003.

■ 117. V. D. ROUSSEAU, « Vers l'intégration de la Convention européenne des droits de l'homme au bloc de constitutionnalité », in *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, STH 1990, p. 117 ; C. GREWE et H. RUIZ FABRI, « Le Conseil constitutionnel et l'intégration européenne », *RUDH*, 1992, p. 277 ; É. PICARD, « Vers l'extension du bloc de constitutionnalité au droit européen », *RFDA* 1993, p. 43 ; D. de BECHILLON, « De quelques incidences du contrôle de conventionnalité des lois par le juge ordinaire », *RFDA* 1998, p. 225. Au demeurant, sans citer la Convention de 1950, le Conseil interprète le principe des droits de la défense en utilisant les termes mêmes de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg : CC 89-260 DC, 28 juillet 1989, *R.* p. 71. Et dans deux décisions, intervenues il est vrai dans le cadre particulier du contentieux électoral où le Conseil se considère comme un juge ordinaire, il a apprécié la compatibilité du scrutin majoritaire à deux tours au regard de l'article 3 du protocole n° 1 additionnel à la Convention européenne (CC 21 octobre 1988 AN, Val-d'Oise, 5^e circonscription, *R.* p. 183) et de la non publicité des débats devant le Conseil au regard de l'article 6 de la même Convention (CC 8 novembre 1988 AN, Seine-Saint-Denis, 6^e circonscription, *R.* p. 196). Voir sur ces deux décisions, la deuxième édition de ce manuel.

2 septembre 1992¹¹⁸, le Conseil en avait logiquement conclu que « la loi organique devra respecter les prescriptions édictées à l'échelon de la Communauté européenne pour la mise en œuvre » de ce droit. Il était donc clairement établi que, pour le jugement de cette loi, le Conseil ne pourrait prétendre, selon la formule consacrée, qu'il ne lui appartenait pas de contrôler la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité. Aussi bien, saisi de la loi organique relative à l'exercice par les citoyens de l'Union du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales, il rappelle que l'article 88-3 de la Constitution a expressément subordonné sa constitutionnalité à sa conformité aux normes communautaires et, qu'en conséquence, il résulte de la volonté même du constituant d'accorder au Conseil constitutionnel le pouvoir de s'assurer que la loi organique prévue par l'article 88-3 respecte tant l'article du traité relatif à ce droit que la directive du 19 décembre 1994 prise par le Conseil de l'Union européenne pour sa mise en œuvre. Ainsi « protégé », le Conseil examine la constitutionnalité de la loi organique au regard du droit communautaire, originaire et dérivé. Sont déclarées conformes, par exemple, les dispositions organiques prévoyant que l'inscription sur une liste électorale complémentaire des ressortissants communautaires est subordonnée à la jouissance de leur capacité électorale dans leur pays d'origine, à la production de leur document d'identité, ainsi qu'une déclaration écrite indiquant leur nationalité et leur adresse en France ; celles excluant les conseillers municipaux « européens » du collège électoral sénatorial puisque, précise le Conseil, une telle « faculté est ouverte par l'article 5 § 4 de la directive » ; celles excluant ces mêmes conseillers des fonctions de maire ou adjoint ; celles encore interdisant aux ressortissants communautaires « d'être à la fois membres d'un conseil municipal en France et membres, dans un autre État de l'Union, de l'assemblée délibérante d'une collectivité territoriale de base ».

Dans toutes ces hypothèses, le Conseil examine la loi organique au regard du principe, posé à l'article 8 B du Traité de l'Union, selon lequel les citoyens de l'Union exercent leur droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales dans l'État membre où ils résident dans les mêmes conditions que les ressortissants de cet État. Le Conseil pousse même son contrôle du respect des normes communautaires jusqu'à considérer que leur silence sur une question ne saurait délivrer le Parlement de l'obligation de s'inspirer de leur esprit : « faute pour la directive d'avoir déterminé la condition de résidence dans un État membre, il appartenait au législateur organique, juge le Conseil, de définir cette condition sans restreindre la portée du paragraphe premier de l'article 8 B du Traité ». Et concrètement, le Conseil considère que la définition retenue – avoir son domicile réel en France, ou y résider de manière continue – respecte cette obligation « dès lors, précise-t-il cependant, qu'elle doit être comprise comme visant le cas des personnes qui résident habituellement en France et qui y ont le centre habituel de leurs intérêts ». En recalant implicitement la définition de la résidence sur celle adoptée par la Cour de justice des communautés¹¹⁹, le Conseil évite, par cette précision, l'éclatement ou la nationalisation du droit communautaire et garantit son application uniforme.

■ 118. CC 92-312 DC, 2 septembre 1992, *R.* p. 76.

■ 119. CJCE 17 février 1977, *Di Pasto*, *R.* p. 34.

Les juges constitutionnels ont ainsi assumé pleinement la mise à l'écart autorisée de la jurisprudence de 1975.

279 Dans sa décision du 3 avril 2003¹²⁰, pour apprécier la constitutionnalité de la loi créant huit circonscriptions pour l'élection des membres du Parlement européen, le Conseil choisit comme instrument de contrôle non seulement l'article 88-1 mais aussi les traités de Maastricht et d'Amsterdam ; il écarte, en effet, comme « inopérants » les principes d'indivisibilité de la République et d'unité du peuple français au motif que, selon ces traités, les députés européens élus en France ne représentent pas le peuple français mais les citoyens de l'Union résidant en France ; autrement dit, c'est le principe de représentation découlant des traités qui fournit la base de l'acceptabilité constitutionnelle de la division du territoire national en huit circonscriptions.

280 *Mais le basculement jurisprudentiel s'opère surtout par la décision du 10 juin 2004*¹²¹ qui fait de la transcription des directives une « exigence constitutionnelle » découlant de l'article 88-1 : si le Conseil est le gardien de toutes les « exigences constitutionnelles », il l'est évidemment de celle-là aussi ; et pour la faire respecter, il doit vérifier que la loi contestée n'est pas contraire au droit communautaire qui devient ainsi une norme de référence possible pour le contrôle de la constitutionnalité. Ce que confirme clairement la décision du 27 juillet 2006 : « une disposition législative manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer serait non conforme à l'article 88.1 »¹²². Et, dans sa décision du 30 novembre 2006¹²³, le Conseil sanctionne, pour la première fois sur cette base, une disposition législative. En l'espèce, la loi transposant les directives relatives à l'ouverture à la concurrence du marché de l'énergie maintenait les tarifs du gaz réglementés. Se saisissant lui-même de la compatibilité de ces deux textes, le Conseil juge que les directives posent le principe de la libre fixation du prix du gaz, et qu'en maintenant une obligation de tarifs réglementés, le législateur a méconnu « manifestement l'objectif d'ouverture des marchés concurrentiels de l'électricité et du gaz fixé par les directives et qu'il y a lieu, dès lors, de déclarer contraires à l'article 88-1 les dispositions législatives portant sur les tarifs réglementés ».

Sans doute, le Conseil a-t-il posé, dans sa décision du 27 juillet 2006¹²⁴, une double limite à ce contrôle : « la transposition d'une directive, dit-il, ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti », et, précise-t-il encore, le juge ne peut « déclarer non conforme à l'article 88-1 de la Constitution qu'une disposition législative manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer ». La première limite se justifie sans trop d'effort : l'exigence de transposition doit naturellement céder lorsqu'elle encourage ou facilite l'adoption d'une loi qui irait à l'encontre des principes fondamentaux de la France, par

■ 120. CC 2003-468 DC, 3 avril 2003, R. p. 325.

■ 121. CC 2004-496 DC, 10 juin 2004, R. p. 101.

■ 122. CC 2006-540 DC, 27 juillet 2006, R. p. 88.

■ 123. CC 2006-543 DC, 30 novembre 2006, R. p. 120.

■ 124. CC 2006-540 DC, 27 juillet 2006, R. p. 88.

exemple le principe de dignité de la personne humaine ou l'organisation décentralisée de la République. Avec, évidemment, toute l'ambiguïté et l'incertitude qui entoure l'expression – pour l'instant sans contenu¹²⁵ et sans jurisprudence¹²⁶ – de « principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France »¹²⁷. La seconde limite est plus suspecte : elle invite le Conseil à n'exercer qu'un contrôle superficiel des lois de transposition et offre, sans le dire tout à fait, quelques largesses au Parlement dans son travail d'écriture des textes transposant les directives. Pour justifier ce contrôle restreint, minimum, le Conseil invoque étrangement... un manque de temps et de compétences : puisque l'article 61 lui impose de statuer dans le délai d'un mois maximum, il ne peut saisir la Cour de justice pour « l'aider » dans son office comme le ferait un tribunal ordinaire. Curieuse justification, tout de même, pour un juge habitué aux contraintes de temporalité, rompu au maniement des disciplines juridiques les plus exotiques, et qui n'hésite pas, depuis 2013, à mobiliser la Cour de justice à titre préjudiciel dans le cadre du contentieux de la QPC¹²⁸...

281 *L'introduction de la QPC a stoppé ce mouvement jurisprudentiel.* Devant les craintes exprimées par la Cour de cassation dans son arrêt du 16 avril 2010 de voir le Conseil, en vertu de son interprétation de l'article 88-1, contrôler la conformité d'une disposition législative au droit de l'Union européenne, les juges constitutionnels, dans leur décision du 12 mai 2010¹²⁹, réaffirment en effet avec force et autorité « qu'un grief fondé sur les traités ou le droit de l'Union européenne relève de la compétence des juridictions administratives et judiciaires, qu'il ne saurait être regardé comme un grief d'inconstitutionnalité et que le respect de l'exigence constitutionnelle de transposition des directives ne saurait être invoqué dans le cadre d'une QPC ». Cette jurisprudence est surprenante puisqu'elle revient à abandonner aux juges ordinaires le contrôle du respect d'une exigence constitutionnelle, celle qui découle de l'article 88-1 ; elle ne se comprend que par le souci stratégique du Conseil de garantir au Conseil d'État et à la Cour de cassation, qui s'en inquiétaient, le maintien de leur compétence sur la conventionnalité des lois. La QPC devait, pour réussir son entrée, ne rien changer au partage du territoire contentieux : au Conseil le contrôle de constitutionnalité ; aux cours administratives et judiciaires le contrôle de conventionnalité. « Arrangement raisonnable » sans doute mais nécessairement provisoire tant l'emboîtement de l'ordre juridique interne et de l'ordre juridique européen appelle un emboîtement des juridictions qui en ont la charge.

■ 125. Si ce n'est doctrinal : v. not. D. ROUSSEAU, « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence constitutionnelle française », in L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par*

les juges en Europe, Cahiers européens n° 1, 2011 ; E. DUBOUT, « Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France : une supra-constitutionnalité ? », *RFDC*, 2010, p. 451.

■ 126. Si ce n'est une parenté, plus ou moins affirmée, avec la jurisprudence administrative : CE, Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Lorraine*, n° 287110.

■ 127. V. *supra*, n° 141.

■ 128. CC 2013-314P QPC, 4 avril 2013, JO 7 avril 2013, p. 5799.

■ 129. CC 2010-605 DC, 12 mai 2010, JO 13 mai 2010, p. 8897.

§ 3. LA NOTION DE « DROITS ET LIBERTÉS QUE LA CONSTITUTION GARANTIT »

282

Depuis la révision du 23 juillet 2008 et l'introduction de la QPC, une nouvelle catégorie de principes constitutionnels est apparue à l'article 61-1 de la Constitution : les « droits et libertés que la Constitution garantit ». Formule claire, simple, neutre, sans superflu, qui a pourtant nourri une jurisprudence abondante.

A. L'ORIGINE DE LA CATÉGORIE

283

Les travaux parlementaires en témoignent facilement : le constituant n'a jamais souhaité introduire en droit français un mécanisme permettant aux justiciables de s'emparer de la Constitution dans son ensemble. Bien au contraire, l'idée générale a toujours été d'isoler quelques fragments du bloc de constitutionnalité pour limiter la QPC à la seule question des droits de l'homme, c'est-à-dire, selon les mots du rapporteur de la commission des lois de l'Assemblée nationale, « à la fois les droits et libertés garantis par la Déclaration de 1789, l'ensemble des principes particulièrement nécessaires à notre temps énoncés par le préambule de la Constitution de 1946 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République »¹³⁰. À cette liste, M. Hyst ajoute, dans son rapport pour le Sénat, « la Charte de l'environnement » maladroitement oubliée¹³¹. Cette volonté du constituant de circonscrire le contentieux de la QPC aux droits fondamentaux se justifie par une idée apparemment simple : les citoyens ne doivent pas freiner le bon fonctionnement des institutions de la République en prenant d'assaut l'immense régime procédural d'adoption des lois (droit d'amendement, responsabilité politique sous toutes ses formes, organisation et fonctionnement des assemblées, des commissions...). Ces questions, pour importantes qu'elles soient dans une démocratie, ne peuvent entraver – pense-t-on – l'exercice des droits et libertés. Ce sentiment avait d'ailleurs animé tous les projets « d'exception d'inconstitutionnalité » bâtis avant la révision constitutionnelle : 1990¹³², 1993¹³³ et même 2007¹³⁴.

■ 130. Rapport n° 892 de M. Jean-Luc WARSMANN, fait au nom de la commission des lois, déposé le 15 mai 2008.

■ 131. Rapport n° 387 de M. Jean-Jacques HYEST, fait au nom de la commission des lois, déposé le 11 juin 2008.

■ 132. « Les dispositions de loi qui concernent les droits fondamentaux reconnus à toute personne par la Constitution peuvent être soumises au Conseil constitutionnel... », Projet de loi constitutionnelle n° 1203 portant révision des articles 61, 62 et 63 de la Constitution et instituant un contrôle de constitutionnalité des lois par voie d'exception déposé à l'Assemblée nationale le 30 mars 1990.

■ 133. « Les dispositions de la loi qui portent atteinte aux droits fondamentaux reconnus à toute personne par la Constitution... », Rapport remis au Président de la République le 15 février 1993 par le Comité consultatif pour la révision de la Constitution, JO 16 février 1993, p. 2537.

■ 134. « Le Conseil constitutionnel peut, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, être saisi par voie d'exception aux fins d'apprécier la conformité d'une loi aux libertés et droits fondamentaux reconnus par la Constitution », Rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^e République, octobre 2007.

Avec cependant une nuance : alors que le rapport de la commission Balladur avait copié religieusement la formulation de ses aînés en retenant l'idée de « droits fondamentaux », les parlementaires de 2008 font le choix de réduire la formule à sa plus simple expression – « droits et libertés » – pour éviter les querelles sans fin sur la fundamentalité des droits¹³⁵. Choix judicieux, sans doute, qui épargne au juge la lourde responsabilité de hiérarchiser le bloc de constitutionnalité. Mais choix qui n'a pas supprimé la nécessité de qualifier tel ou tel article de la Constitution, telle ou telle disposition des différentes déclarations, de « droit » ou de « liberté ».

B. | L'ABSENCE DE CRITÈRES PRÉÉTABLIS

284 Il existe, dans la Constitution, des règles qui n'instituent manifestement pas des droits ou des libertés, par exemple les règles de l'article 45 de la Constitution relatives à la commission mixte paritaire ou les règles de l'article 69 qui organisent le Conseil économique, social et environnemental. Tout à l'opposé, certaines dispositions proclament indiscutablement un droit ou une liberté, tel l'article 11 de la Déclaration de 1789 (« la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme ») ou le 6^e alinéa du Préambule de 1946 consacré à la liberté syndicale (« tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix »). Mais entre les deux, se greffe un nombre considérable de dispositions constitutionnelles : pas simplement procédurales, pas clairement des droits de l'homme, il fallait nécessairement interpréter et décoder les éléments du bloc de constitutionnalité à la lumière de cette nouvelle expression « droits et libertés que la Constitution garantit ». Ainsi des principes de précaution, d'indivisibilité de la République ou de séparation des pouvoirs. De valeur indiscutablement constitutionnelle, ces principes ont pour objet l'organisation des pouvoirs publics et le mode d'action publique ; ils ne sont donc pas, *stricto sensu*, des droits de l'homme. Pourtant, le juge pourrait considérer que ces principes peuvent être invoqués à l'appui d'une QPC dans l'exacte mesure où ils sont la condition et la garantie des droits et libertés : le principe de séparation des pouvoirs par exemple est une garantie pour la liberté individuelle, pour l'indépendance de la justice, pour le droit au juge... ; le principe de précaution une garantie pour le droit à la santé..

Pour réaliser ce tri, la méthode la plus simple était sans doute celle des « critères ». Comme il l'a fait en 1988 à propos des PFRLR¹³⁶, le Conseil constitutionnel pouvait choisir de fixer quelques éléments d'identification et soumettre les

■ 135. « La mention des "Libertés et droits fondamentaux reconnus par la Constitution" figurant dans les propositions du "comité Balladur" aurait inutilement laissé entendre que certains droits et libertés reconnus par la Constitution sont moins "fondamentaux" que d'autres », Rapport n° 892 de M. Jean-Luc WARSMANN, fait au nom de la commission des lois, déposé le 15 mai 2008. V. également l'intervention de M. Jean-Marc SAUVÉ, Vice-président du Conseil d'État, auditionné par le rapporteur, le lundi 5 mai 2008 : « Par ailleurs, la notion de "droits et libertés garantis par la Constitution" me paraît devoir être préférée à celle des "droits et libertés fondamentaux reconnus par la Constitution" pour couper à des interrogations sur l'existence, au sein des droits constitutionnellement protégés d'un sous-ensemble qui regrouperait les droits essentiels ou les droits fondamentaux ».

■ 136. CC 88-244 DC, 20 juillet 1988, R. p. 119.

demandes des justiciables à cette grille de lecture. La méthode possède évidemment l'avantage de la clarté, mais aussi l'inconvénient d'enfermer le juge dans un schéma très contraignant. En l'état actuel de sa jurisprudence, le Conseil constitutionnel opère donc une sélection au cas par cas, sans jamais préciser à l'intérieur de ses considérants les motifs et les raisons qui le poussent à rejeter tel droit ou telle liberté. Par exemple, dans la décision du 26 mars 2015¹³⁷, le Conseil écarte le 9^e alinéa du Préambule de 1946 en précisant simplement que « cette disposition n'institue pas un droit ou une liberté que la Constitution garantit ».

285 Cela posé, s'il n'existe aucun critère préétabli, il est possible de dégager des décisions du Conseil un ensemble de données permettant de délimiter la catégorie de façon négative, c'est-à-dire en isolant les éléments *qui ne sont manifestement pas décisifs* aux yeux du juge constitutionnel.

— En premier lieu, *le Conseil ne s'arrête jamais à la qualification de « droit » ou « liberté » présente dans le fondement textuel*. Ce serait là, pourtant, un procédé bien commode : différencier les dispositions constitutionnelles en fonction des mots et jouer le jeu d'une lecture rigoureuse de l'article 61-1 de la Constitution : est « droit » ou « liberté » ce qui est qualifié comme tel par le constituant lui-même. Le défaut de cette technique est peut-être qu'elle dévoile une trop grande bienveillance à l'égard des formulations choisies par le législateur. À vrai dire, le droit français fourmille d'expressions qui fixent des droits, des libertés, des devoirs, des obligations, des interdictions et qui, pourtant, ne contiennent pas les mots « droits » ou « libertés ». C'est que « le droit est trop humain pour prétendre à l'absolu de la ligne droite » disait Jean Carbonnier¹³⁸. Les sentiers sinueux qui mènent aux diverses prescriptions sont bordés de formulations parfois neutres (« le président signe les ordonnances ») et parfois combatives (« nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi »). Ainsi, dans sa décision du 18 juin 2010¹³⁹, le Conseil refuse d'intégrer l'article 14 de la Déclaration de 1789 parmi les droits et libertés invocables à l'appui d'une QPC alors même que cette disposition reconnaît à « tous les citoyens le *droit* de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique ». En sens inverse, il accepte d'intégrer dans le contentieux de la QPC le 8^e alinéa du Préambule de 1946 qui ne consacre expressément aucun droit, ni aucune liberté (« tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises »)¹⁴⁰.

— En second lieu, *le Conseil ne semble attacher aucune importance à la nature du support des droits en cause*. Ainsi, il accepte les droits et les

■ 137. CC 2015-459 QPC, 26 mars 2015, cons. 6, JO 29 mars 2015, p. 5774.

■ 138. J. CARBONNIER, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 1969, 10^e éd. 2001, p. 8.

■ 139. CC 2010-5 QPC, 18 juin 2010, R. p. 114.

■ 140. CC 2010-91 QPC, 28 janvier 2011, 29 janvier 2011, p. 1894. Y compris dans son volet « gestion des entreprises », CC 2010-42 QPC, 7 octobre 2010, JO 8 octobre 2010, p. 18235.

libertés issus : du texte de la Constitution¹⁴¹, de la Déclaration de 1789¹⁴², du Préambule de 1946¹⁴³ (en incluant les PFRLR¹⁴⁴) et même de la Charte de 2004¹⁴⁵. Cela, évidemment, ne lui interdit pas de réaliser des arbitrages, des choix, à l'intérieur des différents éléments du bloc de constitutionnalité.

Par exemple, le juge constitutionnel exclut clairement l'exigence constitutionnelle de transposition des directives : « elle ne relève pas, déclare le Conseil dans sa décision du 12 mai 2010¹⁴⁶, des droits et libertés que la Constitution garantit et ne saurait, par suite, être invoquée dans le cadre d'une QPC ». Cette exclusion n'était pas évidente. En effet, la transposition des directives étant qualifiée par le Conseil lui-même d'exigence constitutionnelle, un défaut de transposition d'une directive reconnaissant un droit ou une liberté porte atteinte au droit du justiciable de voir transposer une directive lui reconnaissant un droit pouvait donc faire l'objet d'une QPC¹⁴⁷. Le Conseil en a décidé autrement sans doute pour rassurer la Cour de cassation qui, dans son arrêt du 16 avril 2010, avait cru pouvoir interpréter la QPC comme ouvrant au Conseil le pouvoir de juger la loi au regard des normes européennes constitutionnalisées par le jeu de l'article 88-1 de la Constitution. En réaffirmant, à l'occasion d'un contrôle *a priori*, que le justiciable ne peut faire contrôler le respect des normes d'origine européenne que par les juges judiciaire et administratif, le Conseil renforce la portée de la jurisprudence *IVG* en réduisant la distinction esquissée entre le droit international soumis au régime de l'article 55 et le droit

■ 141. Art. 1 (égalité devant la loi : CC 2010-13 QPC, 9 juillet 2010, cons. 4, JO 10 juillet 2010, p. 12841 ; laïcité : CC 2012-297 QPC, 21 février 2013, cons. 5, JO 23 février 2013, p. 3110 ; indivisibilité de la République, en combinaison avec l'art. 3 : CC 2014-407 QPC, 18 juillet 2014, cons. 17 à 21, JO 20 juillet 2014, p. 12116) ; art. 2 (langue française, en combinaison avec l'OVC d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi : CC 2012-285 QPC, 30 novembre 2012, cons. 12, JO 1^{er} décembre 2012, p. 18908) ; art. 3 (souveraineté nationale, en combinaison avec l'art. 1^{er} : CC 2014-407 QPC, 18 juillet 2014, cons. 17 à 21, JO 20 juillet 2014, p. 12116) ; art. 4 (expression pluraliste des opinions et participation équitable des partis et groupements politiques à la vie démocratique de la nation : CC 2014-407 QPC, 18 juillet 2014, cons. 10 à 16, JO 20 juillet 2014, p. 12116) ; art. 34 (incompétences négatives : CC 2010-5 QPC, 18 juin 2010, cons. 3, JO 19 juin 2010, p. 11149) ; art. 64 (règles de recrutement des magistrats, en combinaison avec l'art. 6 de la Déclaration de 1789 : CC 2012-278 QPC, 5 octobre 2012, cons. 3 et 4, JO 6 octobre 2012, p. 15655) ; art. 66 (principe de l'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle : CC 2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010, cons. 22 et 26, JO 31 juillet 2010, p. 14198) ; art. 72 (libre administration des collectivités territoriales : CC 2010-12 QPC, 2 juillet 2010, cons. 4, JO 3 juillet 2010, p. 12121) ; et art. 72-2 (autonomie financière des collectivités territoriales, en combinaison avec l'article 72 : CC 2010-56 QPC, 18 octobre 2010, cons. 4 et 6, JO 19 octobre 2010, p. 18696).

■ 142. Tous les articles sauf l'article 14 (CC 2010-5 QPC, 18 juin 2010, R. p. 114). Pas de décision pour l'instant sur l'article 3.

■ 143. Les alinéas 1 (dignité de la personne humaine) et 3 à 11, sauf le 9 (CC 2015-459 QPC, 26 mars 2015, cons. 6, JO 29 mars 2015, p. 5774). Pas de jurisprudence pour l'instant sur les autres alinéas.

■ 144. Liberté d'association (2010-3 QPC, 28 mai 2010, cons. 9, JO 29 mai 2010, p. 9730), indépendance des enseignants-chercheurs (CC 2010-20/21 QPC, 6 août 2010, JO 7 août 2010, p. 14615), droit local mosellan-alsacien (CC 2011-157 QPC, 5 août 2011, JO 6 août 2011, p. 13476) ; liberté de l'enseignement (CC 2014-425 QPC, 14 novembre 2014, cons. 8, 16 novembre 2014 p. 19329) ; justice pénale des mineurs (CC 2013-356 QPC, 29 novembre 2013, cons. 14, JO 1^{er} décembre 2013, p. 19602).

■ 145. Art. 1 à 4 et 7. Refus de l'art. 6 sur le développement durable (2012-283 QPC, 23 novembre 2012, cons. 22, JO 24 novembre 2012, p. 18547). Pas de jurisprudence sur les articles 5 (voir néanmoins CC 2013-346 QPC, 11 octobre 2013, JO 13 octobre 2013, p. 16905, dans laquelle le Conseil juge le grief « inopérant » en l'espèce) et 8 à 10.

■ 146. CC 2010-605 DC, 12 mai 2010, JO du 13 mai 2010, p. 8897.

■ 147. V. par ex., J. ROUX, in *Guide pratique de la QPC* (dir. D. ROUSSEAU), Lextenso, 2012, p. 57 et s.

européen à celui de l'article 88-1 ; droit européen et droit international relèvent du même régime contentieux. Cette assimilation est et reste discutable d'autant qu'elle conduit à abandonner aux juges ordinaires le contrôle d'une norme constitutionnelle, celle de la transposition des directives.

Le cas des « objectifs de valeur constitutionnelle » est également problématique. La doctrine s'est rapidement interrogée sur le sort qu'il fallait réserver à ces droits d'un genre si particulier. De la dénomination formelle « objectifs », il était aisé de conclure à l'absence de droit ; mais, matériellement, ces objectifs servent à garantir des droits : la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent, la lutte contre la fraude fiscale, le droit à l'égalité devant l'impôt, l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi, le droit des sujets de droit à ne pas être soumis au risque de l'arbitraire... Et, au demeurant, dans le contentieux *a priori*, il arrive au Conseil de censurer une loi sur la base d'un OVC¹⁴⁸. En réponse à ces interrogations, le Conseil choisit finalement, dans sa décision du 22 juillet 2010¹⁴⁹, une solution en forme d'entre-deux : s'inspirant de son considérant de principe sur les incompétences négatives bâti un mois plus tôt lors de l'affaire *Kimberly Clark*, il décide que « la méconnaissance de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi ne peut, en elle-même, être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité »¹⁵⁰. Ce sort inconfortable réservé à l'OVC d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi pouvait s'expliquer par la parenté évidente de cet OVC avec les questions de compétence législative et par la crainte du Conseil d'ouvrir la porte aux demandes purement procédurales. Mais la solution est finalement élargie à « l'objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice »¹⁵¹, à « l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public »¹⁵², à « l'objectif à valeur constitutionnelle de bon usage des deniers publics »¹⁵³, et (par le Conseil d'État) à « l'objectif de valeur constitutionnelle que constitue pour toute personne la possibilité de disposer d'un logement décent »¹⁵⁴. En revanche, la question du pluralisme est plus incertaine. En l'état actuel de sa jurisprudence, le Conseil constitutionnel distingue deux sortes de pluralisme : le pluralisme de la vie politique, qui est aujourd'hui rattaché à l'article 4 de la Constitution et qui est clairement invocable en QPC¹⁵⁵ ; et le pluralisme des médias, simple OVC, qui n'a pour l'instant fait l'objet d'aucune décision – si ce n'est celle du

■ 148. CC 86-210 DC, 29 juillet 1986, cons. 23, JO 30 juillet 1986, p. 9393.

■ 149. CC 2010-4/17 QPC, 22 juillet 2010, JO 23 juillet 2010, p. 13615.

■ 150. Même jurisprudence du côté du Conseil d'État : not. CE 18 mars 2016, *Sté Ennemond Preyrat*, n° 376792.

■ 151. CC 2010-77 QPC, 10 décembre 2010, JO 11 décembre 2010 p. 21711.

■ 152. CC 2014-422 QPC, 17 octobre 2014, JO 19 octobre 2014, p. 17454.

■ 153. CC 2014-434 QPC, 5 décembre 2014, JO 7 décembre 2014, p. 20465.

■ 154. CE 23 mars 2016, *Pascal M.*, n° 392638.

■ 155. CC 2011-4538 SEN, 12 janvier 2012, JO 14 janvier 2012, p. 750 ; CC 2012-233 QPC, 21 février 2012, cons. 10, JO 22 février 2012, p. 3023 ; 2013-353 QPC, 18 octobre 2013, JO 20 octobre 2013, p. 17279 ; CC 2014-407 QPC, 18 juillet 2014, JO 20 juillet 2014, p. 12116 (sur le fondement de l'art. 4 de la Constitution).

28 mai 2010¹⁵⁶ dans laquelle le Conseil juge le grief « inopérant » au cas d'espèce¹⁵⁷.

— Enfin, *le Conseil ne distingue pas selon que le droit confère à son titulaire un pouvoir (« droit de ») ou une créance (« droit à »)*. Ainsi, sont reconnus des droits aussi différents que la liberté d'entreprendre de l'article 4 de la Déclaration de 1789¹⁵⁸, la liberté syndicale du 6^e alinéa du Préambule de 1946¹⁵⁹, le principe de responsabilité des fonctionnaires de l'article 15 de la Déclaration de 1789¹⁶⁰ ou le devoir de prévention des atteintes à l'environnement de l'article 3 de la Charte de 2004¹⁶¹.

286 À coté de ces différents éléments « négatifs » apparaît, ou semble apparaître, un élément « positif ». Le Conseil, en effet, rejette de la catégorie des « droits et libertés que la Constitution garantit » les dispositions constitutionnelles qui établissent *une norme d'habilitation à l'endroit du Parlement*, par exemple lorsqu'une disposition de la Constitution autorise le législateur à adopter une loi organique. Un principe en particulier permet d'entrevoir avec plus de clarté cette question des « normes d'habilitation » : le principe de parité consacré par l'article 1^{er} de la Constitution. En matière de QPC, la difficulté vient du fait que le principe de parité bénéficie d'un statut relativement ambigu : il est qualifié par le Conseil « d'objectif » mais sans le traditionnel ajout « à valeur constitutionnelle »¹⁶² ; il crée une contrainte pour le législateur – celle de la parité entre les hommes et les femmes – mais autorise la loi à contourner certains principes constitutionnels, spécialement le principe d'égalité ; il a aussi, et peut-être surtout, le parfum agitateur et dérangeant des « discriminations positives » – *affirmative action* disent les Anglo-saxons – si peu considérées en droit français.

Une réponse est finalement donnée par le Conseil dans la décision du 24 avril 2015¹⁶³ : le principe de parité, estime le juge, n'est pas invocable dans le cadre des QPC car « le 2^e alinéa de l'article 1^{er} de la Constitution n'institue pas un droit ou une liberté que la Constitution garantit ». Décision sévère... mais attendue pour la parité. Comme souvent, le Conseil ne livre aucune explication dans le corps de sa décision. En revanche, le commentaire « officiel » sous la décision du 29 mai 2015¹⁶⁴, intervenue quelques jours plus tard, est heureusement plus bavard : « le Conseil constitutionnel exclut du champ de la QPC les dispositions qui ne *s'adressent* qu'au législateur ou aux autorités publiques et dont les justiciables ne sont que

■ 156. CC 2010-3 QPC, 28 mai 2010, JO 29 mai 2010, p. 9730.

■ 157. La décision du 7 janvier 2016 évoque le pluralisme des médias non pas en tant que « droit ou liberté que la Constitution garantit », mais en tant que motif d'intérêt général permettant de justifier une atteinte à une liberté constitutionnelle (en l'occurrence la liberté contractuelle), CC 2015-511 QPC, 7 janvier 2016, JO 10 janvier 2016, texte n° 19.

■ 158. CC 2010-45 QPC, 6 octobre 2010, JO 7 octobre 2010, p. 18156 (avec l'incompétence négative) ; CC 2010-55 QPC, 18 octobre 2010, cons. 4, JO 19 octobre 2010.

■ 159. CC 2010-42 QPC, 7 octobre 2010, cons. 4, JO 8 octobre 2010, p. 18235

■ 160. CC 2015-471 QPC, 29 mai 2015, cons. 8, JO 31 mai 2015, p. 9052.

■ 161. CC 2012-282 QPC, 23 novembre 2012, cons. 8, JO 24 novembre 2012, p. 18543.

■ 162. CC 2003-468 DC, 3 avril 2003, JO 12 avril 2003, p. 6493.

■ 163. CC 2015-465 QPC, 24 avril 2015, cons. 11, JO 26 avril 2015, p. 7355.

■ 164. CC 2015-471 QPC, 29 mai 2015, JO 31 mai 2015, p. 9052.

les destinataires indirects »¹⁶⁵ ; ainsi, poursuit le commentaire, « lorsqu'une disposition constitutionnelle ne fait *qu'habiliter* le législateur à intervenir dans un champ de compétence donné, le Conseil estime qu'elle n'institue pas un droit ou une liberté directement invocable en QPC ». Autrement dit, ce serait l'examen du destinataire de la norme – justiciable ou législateur ? – qui permettrait de déterminer la présence d'un droit utilisable dans le contentieux de la QPC. Et l'article 1^{er} de la Constitution, en permettant seulement à la loi de « favoriser » l'égalité entre les hommes et les femmes, ne concernerait que le Parlement, et non les justiciables. De même, l'article 6 de la Charte de l'environnement de 2004 ne viserait que le législateur en invitant les « politiques publiques » à « promouvoir un développement durable »¹⁶⁶. Cet argument livré par les *Cahiers*, s'il a le mérite d'exister, est cependant discutable pour au moins deux raisons.

D'abord, le fait qu'une disposition de la Constitution « s'adresse » au législateur n'exclut pas que cette disposition contienne un droit ou une liberté. Par exemple, le droit de grève est bien consacré par une norme qui donne une compétence au Parlement pour réglementer la matière (7^e al. du Préambule de 1946). Par exemple encore, le principe de légalité des délits et des peines est rattaché à une disposition qui fixe une habilitation exclusive du législateur dans le domaine pénal (art. 8 de la Déclaration de 1789). De la même manière, l'idée d'une « nécessité publique *légalement* constatée » en matière de propriété établit bien une compétence exclusive de la loi. Mais aussi l'article 64 de la Constitution, invocable en QPC, et qui indique simplement « *une loi organique porte statut des magistrats* ». Bien souvent, en réalité, les dispositions de la Constitution qui « parlent » des droits fondamentaux évoquent une habilitation, un pouvoir, et de ces dispositions découlent – pour reprendre un terme souvent utilisé par le Conseil lui-même – des droits et libertés. Faut-il s'en étonner ?

Ensuite, s'il est évident que le constituant a souhaité écarter du prétoire constitutionnel les questions purement procédurales, rien ne permet de dire, comme le soutient le commentaire officiel, qu'il a voulu exclure les dispositions « dont les justiciables ne sont que les destinataires indirects ». C'est là une interprétation, une lecture, clairement restrictive de la catégorie des « droits et libertés que la Constitution garantit », et qui a l'inconvénient bien fâcheux de priver les justiciables d'un nombre conséquent de dispositions constitutionnelles.

C. LE CAS PARTICULIER DES INCOMPÉTENCES NÉGATIVES

287 Certaines normes constitutionnelles de compétence pourraient être légitimement invocables lorsque leur non-respect porte atteinte, par ricochet, à des droits et libertés que la Constitution garantit. Il en est ainsi du vice d'incompétence négative qui sanctionne le législateur pour n'avoir pas pleinement exercé sa compétence législative. Dans sa décision *Kimberly Clark* du 18 juin 2010¹⁶⁷, le Conseil a jugé

■ 165. Commentaire rendu à l'occasion de la décision du 19 mai 2015, *op. cit.*

■ 166. CC 2012-283 QPC, 23 novembre 2012, cons. 22, JO 24 novembre 2012, p. 18547.

■ 167. CC 2010-5 QPC, 18 juin 2010, R. p. 114.

que « la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée à l'appui d'une QPC que dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit ». Décision logique puisque l'article 34 de la Constitution donne au Parlement le pouvoir de fixer les règles concernant « les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ». Dès lors, en ne définissant pas ces règles, en abandonnant ou même en déléguant ce pouvoir à d'autres autorités, et notamment des autorités administratives, la loi peut porter atteinte à la garantie de tel ou tel droit constitutionnel. Par exemple, si la loi ne définit pas précisément les infractions, il est porté atteinte au principe de la légalité des peines et des délits énoncé aux articles 7 et 8 de la Déclaration de 1789 ; si la loi ne définit pas précisément les modalités d'accès aux informations en matière environnementale, il est porté atteinte au droit de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement. En d'autres termes, puisque, en démocratie, la compétence du législateur est considérée comme une garantie contre l'arbitraire administratif, comme une garantie pour les droits et libertés, un manquement du législateur à l'exercice de sa compétence est une inconstitutionnalité de procédure qui porte atteinte aux droits et libertés et qui peut donc être soulevée à l'appui d'une QPC. Évidemment, précise aussi le Conseil, une incompétence négative ne peut être dénoncée qu'à l'égard des dispositions législatives votées après 1958¹⁶⁸.

288 Solution satisfaisante en apparence, cette jurisprudence *Kimberly Clark* est-elle vraiment pertinente ? La question mérite d'être posée. D'abord parce que l'aspect simplement formel et procédural des incompétences négatives dissimule une autre réalité explorée avec finesse par M. Jonathan Garcia¹⁶⁹ : depuis leur origine en 1967¹⁷⁰, les incompétences négatives ont principalement servi à protéger un fond, une substance, et non une compétence comme leur intitulé le laisse faussement imaginer¹⁷¹. Et pour cause : en sanctionnant un silence, en sanctionnant une omission, un oubli, le Conseil constitutionnel empêche l'autorité d'application de la loi de s'engouffrer dans le vide législatif et de bâtir une réglementation potentiellement attentatoire aux libertés. Lorsque l'article 34 de la Constitution donne compétence au législateur pour réglementer les « libertés publiques », lorsque le 7^e alinéa du Préambule de 1946 invite le Parlement à encadrer le droit de grève, lorsque

■ 168. « Si la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit, elle ne saurait l'être à l'encontre d'une disposition législative antérieure à la Constitution du 4 octobre 1958 », CC 2010-73 QPC, 3 décembre 2010, JO 4 décembre 2010, p. 21358.

■ 169. J. GARCIA, *Les incompétences négatives dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, thèse Montpellier, 2015.

■ 170. CC 67-31 DC, 26 janvier 1967, JO 19 février 1967, p. 1793.

■ 171. « Assez fréquemment, les décisions qui sont présentées comme faisant droit à un tel moyen (*l'incompétence négative*) ne concernent pas, à proprement parler, la méconnaissance de l'article 34 de la Constitution ou des autres dispositions qui contribuent à déterminer l'étendue de la compétence du législateur. Dans bien des cas, et sans doute même le plus souvent, les censures prononcées par le Conseil constitutionnel sur ce terrain, dans le cadre du contrôle *a priori*, sont intervenues dans des hypothèses où la loi comportait des dispositions imprécises, faute notamment de déterminer de façon suffisante les garanties nécessaires à la sauvegarde de droits et libertés de valeur constitutionnelle », J. ARRIGHI DE CASANOVA, « Quel avenir pour la jurisprudence *Kimberly Clark* ? », *NCCC*, 2015, n° 1, p. 29.

l'article 8 de la Déclaration de 1789 impose à la loi de fixer elle-même les peines et les sanctions, il n'est pas simplement question d'un partage de compétence, il est aussi – et surtout – question de limiter le risque d'arbitraire de l'administration en imposant la seule norme qui puisse assurer parfaitement l'égalité et la liberté des citoyens : la loi. Aussi, les demandes des justiciables en matière d'incompétences négatives ne sont jamais, ou presque jamais, des demandes visant à corriger simplement une « incompétence » ; dans la majorité des cas, cette incompétence dénoncée attise le risque d'une méconnaissance des libertés fondamentales. Par exemple, dans la décision du 28 mars 2013¹⁷², le Conseil estime que le manque de précision du législateur quant aux modalités de recouvrement d'une nouvelle imposition empêche le plein exercice du droit au recours protégé par l'article 16 de la Déclaration de 1789. Par exemple encore, dans sa décision du 1^{er} août 2013¹⁷³, le Conseil soulève d'office un moyen tiré de l'incompétence négative du législateur car, dit-il, « en ne définissant pas la notion d'entreprise publique, les dispositions contestées méconnaîtraient l'étendue de la compétence du législateur dans des conditions qui affectent la liberté d'entreprendre et le droit de propriété ». Dans ces deux cas, ce n'est pas tant l'incompétence qui est condamnée que ses effets – inévitables – sur l'exercice des droits et libertés. Finalement, exiger du justiciable qu'il associe une liberté de fond aux incompétences négatives revient à poser une contrainte qui est « déjà là », depuis toujours, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

289 Un autre argument est envisageable en posant la question de l'utilité contentieuse des incompétences négatives : concrètement, la protection des droits et libertés serait-elle moins efficace, moins performante, sans cette jurisprudence *Kimberly Clark* ? Pas nécessairement. Par exemple, lorsque le Conseil constate une atteinte au droit de propriété en raison du manque de précision de la notion « d'entreprise publique » dans sa décision du 1^{er} août 2013¹⁷⁴, l'incompétence n'est ici qu'un chemin, un moyen parmi d'autres, pour atteindre l'inconstitutionnalité. Et si les requérants n'avaient pas invoqué l'incompétence négative dans cette affaire, sans doute le Conseil aurait-il rendu une décision à peu près comparable en construisant son argumentation uniquement sur le droit de propriété. De même, dans sa décision du 20 juin 2014¹⁷⁵, le Conseil censure une disposition qui permettait un « accord » entre les communes sur la répartition des sièges au sein d'une structure intercommunale. Le juge constitutionnel souligne le risque de dérives et pointe le défaut d'encadrement du législateur. Mais au lieu d'invoquer une « incompétence négative », qui était avérée en l'espèce, il fonde son jugement sur la seule méconnaissance de l'égalité devant le suffrage. Et il prouve donc que le principe d'égalité contient déjà, en lui-même, l'obligation pour le Parlement d'exercer pleinement sa compétence en empêchant, au mieux, les discriminations. Finalement, l'utilité contentieuse des incompétences négatives en QPC paraît bien limitée : elles constituent souvent un cadre démonstratif permettant aux requérants et au Conseil

■ 172. CC 2012-298 QPC, 28 mars 2013, JO 30 mars 2013, p. 5457.

■ 173. CC 2013-336 QPC, 1^{er} août 2013, JO 4 août 2013, p. 13317.

■ 174. CC 2013-336 QPC, 1^{er} août 2013, JO 4 août 2013, p. 13317.

■ 175. CC 2014-405 QPC, 20 juin 2014, JO 22 juin 2014, p. 10316.

constitutionnel d'éclairer une atteinte à la Constitution, d'en dessiner les contours ; mais il n'est pas certain, tant s'en faut, que les libertés de fond aient véritablement besoin d'un tel soutien au quotidien.

SECTION II | **LA QUESTION DE LA HIÉRARCHIE DES TEXTES DE RÉFÉRENCE**

290 Dès lors que le bloc de constitutionnalité est composé de plusieurs éléments d'origines différentes, il était inévitable que se pose la question de leurs rapports, de leur articulation : sont-ils tous sur un plan d'égalité, ou certains textes ne sont-ils pas considérés par le Conseil comme supérieurs à d'autres ? À cette question, la réponse est simple : il n'existe pas de hiérarchie juridique pré-établie entre les composantes du bloc de constitutionnalité (§ 1) ; en revanche, le Conseil opère une « mise en balance concrète », un arbitrage permanent entre principes constitutionnels en conflit (§ 2).

§ 1. | L'ABSENCE DE HIÉRARCHIE JURIDIQUE PRÉ-ÉTABLIE

291 Un fait est certain : le bloc de constitutionnalité n'est pas homogène. Certains éléments se contredisent dans leur contenu ; d'autres s'opposent par leur degré plus ou moins grand de précision (A). Mais de cette hétérogénéité, le Conseil ne tire aucune conséquence : tous les éléments ont une égale valeur constitutionnelle, même si la décision du 16 janvier 1982 a pu, un moment, introduire le doute (B).

A. | **L'HÉTÉROGÉNÉITÉ DES TEXTES CONSTITUTIONNELS**

1. | **L'hétérogénéité relative au contenu des textes**

292 Déclaration de 1789, principes fondamentaux des lois républicaines, droits de 1946 et maintenant Charte de l'environnement, le bloc de constitutionnalité comprend des textes nombreux, conçus à des dates différentes, dans des circonstances particulières, et inspirées par des philosophies politiques également différentes. L'hétérogénéité est donc la caractéristique principale du bloc de constitutionnalité.

La contradiction généralement considérée comme majeure concerne les principes de 1789 et ceux de 1946. Les premiers proclament des droits-libertés au profit des individus et des citoyens, opposables à l'État auquel ils fixent des limites ; les libertés de pensée, d'expression, d'aller et venir... impliquent que l'État laisse se dérouler librement leur exercice, ou n'intervienne, par la loi, que de manière minimum, soit pour mieux garantir leur jouissance et protéger l'autonomie des citoyens, soit pour rendre leur exercice compatible avec l'existence de la société. Les

seconds, au contraire, proclament des droits-créances au profit des individus et des groupes qui obligent l'État à agir ; les droits à la santé, à la solidarité, à l'instruction... impliquent que l'État intervienne pour que des individus et groupes puissent en bénéficier, en créant des hôpitaux, des écoles, en attribuant des bourses, un revenu minimum à chacun, etc. D'inspiration libérale, la Déclaration de 1789 serait essentiellement individualiste et fonderait une démocratie politique gérée par un État minimum ; d'inspiration socialiste, le Préambule de 1946 serait essentiellement collectiviste et fonderait une démocratie économique et sociale gérée par un État providence.

Mais il existe aussi des contradictions entre les autres composantes du bloc de constitutionnalité. Le Conseil pose d'ailleurs souvent, au départ de son raisonnement, l'antinomie constitutionnelle entre par exemple : la liberté de l'enseignement, PFRLR, et la liberté de conscience, également PFRLR¹⁷⁶ ; le droit de grève, principe particulièrement nécessaire à notre temps, et la continuité des services publics, principe à valeur constitutionnelle¹⁷⁷ ; la liberté individuelle et la liberté d'aller et venir, principes de valeur constitutionnelle, et « ce qui est nécessaire pour la sauvegarde des fins d'intérêt général ayant valeur constitutionnelle »¹⁷⁸ ; la liberté personnelle du salarié, principe constitutionnel, et la liberté syndicale, principe particulièrement nécessaire à notre temps¹⁷⁹ ; la liberté contractuelle, principe à valeur constitutionnelle, et le pluralisme, OVC¹⁸⁰. Et la Charte de l'environnement contient des principes – le développement durable, la précaution, l'obligation d'information... – qui heurtent sans doute la liberté d'entreprendre ou le droit de propriété.

Que cette hétérogénéité, ces contradictions internes au bloc de constitutionnalité soient porteuses d'une dynamique positive, que ces principes puissent se compléter et être conciliés, n'empêche que, pour certains d'entre eux au moins, l'opposition paraît au départ absolue. Si le fonctionnement continu est l'essence du service public, la grève, qui est l'interruption du service, n'est-elle pas en contradiction directe avec le principe de continuité¹⁸¹ ? Même s'il n'est pas toujours aussi intense, le conflit entre les textes de référence dont se sert le Conseil pour exercer son contrôle des lois est donc une réalité.

2. | L'hétérogénéité relative à la précision des textes

293 Les composantes du bloc de constitutionnalité sont encore différentes par leur écriture ou leur contenu inégalement précis. Le Conseil distingue lui-même les « principes » qui formulent en termes abstraits des propositions générales, et les

■ 176. CC 77-87 DC, 23 novembre 1977, R. p. 42.

■ 177. CC 79-105 DC, 25 juillet 1979, R. p. 33.

■ 178. CC 81-127 DC, 19-20 janvier 1981, R. p. 15.

■ 179. CC 89-256 DC, 25 juillet 1989, R. p. 53.

■ 180. CC 2015-511 QPC, 7 janvier 2016, JO 10 janvier 2016, texte n° 19.

■ 181. Sur la base de cette argumentation, le Conseil d'État considérera, un temps, qu'un fonctionnaire gréviste se mettait de lui-même hors du service public, l'Administration constatant légalement ce fait en le renvoyant, CE 7 août 1909, *Winkel*, R. p. 826, concl. TARDIEU.

« règles » qui, rédigées de manière plus concrète, contiennent des dispositions précises.

Cette différence relative au caractère plus ou moins précis des textes de référence ne doit cependant pas être surestimée. En effet, très peu d'articles de la Déclaration de 1789, de dispositions du Préambule de 1946, et de la Charte de 2004, sont rédigés en termes assez précis pour qu'une signification claire et incontestable s'impose à leur simple lecture. L'article 8 de la Déclaration de 1789 selon lequel « la loi ne peut établir que des peines strictement et évidemment nécessaires » ne prescrit pas davantage une conduite précise, que le principe de la liberté de l'enseignement et son corollaire la sauvegarde du caractère propre des établissements privés : qu'est-ce qu'une « peine strictement et évidemment nécessaire » ? Que recouvre l'expression « caractère propre » ? Sans doute certains textes, comme le principe de la non-rétroactivité de la loi pénale, constituent des références claires et non équivoques ; mais ils sont rares et, en toute hypothèse, la précision n'est pas l'apanage de la Déclaration de 1789 et l'imprécision, la malédiction du Préambule de 1946. Le droit de grève est un principe précis alors que la libre communication des pensées et des opinions peut s'entendre de deux façons : à partir de celui qui diffuse ou à partir de celui qui reçoit l'information ; à partir du propriétaire du journal ou à partir du lecteur.

Par ailleurs, si le Conseil distingue entre « principes » et « règles », il utilise comme instruments de son contrôle tous les textes auxquels il a attribué valeur constitutionnelle, quel que soit leur degré de précision : le principe de la nécessité des peines¹⁸² comme celui de la protection de la santé et de la sécurité des biens et des personnes¹⁸³ ; la libre communication des pensées¹⁸⁴ comme le droit de chacun à obtenir un emploi¹⁸⁵ ; la participation du public à l'élaboration des décisions ayant une incidence sur l'environnement¹⁸⁶ comme le droit à vivre dans un environnement sain et équilibré¹⁸⁷, tous principes généralement considérés comme ne prescrivant pas un comportement précis¹⁸⁸.

Si l'hétérogénéité est donc une réalité pratique du bloc de constitutionnalité, elle ne comporte pas sur le plan juridique, entendu au sens du droit positif, une hiérarchie entre ses différentes composantes.

■ 182. CC 81-127 DC, 20 janvier 1981, R. p. 15.

■ 183. CC 80-117 DC, 22 juillet 1980, R. p. 42.

■ 184. CC 82-141 DC, 27 juillet 1982, R. p. 48.

■ 185. CC 81-134 DC, 5 janvier 1982, R. p. 15.

■ 186. CC 2011-183/184 QPC, 14 octobre 2011, JO 15 octobre 2011, p. 17466.

■ 187. CC 2011-116 QPC, 8 avril 2011, JO 9 avril 2011, p. 6361. Le Conseil précise dans cette décision que « le respect des droits et devoirs énoncés en termes généraux par ces articles s'impose non seulement aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leur domaine de compétence respectif mais également à l'ensemble des personnes ».

■ 188. Avec un certain humour, René de LACHARRIÈRE observe que le droit à la protection de la santé est un optimisme que chaque maladie dément au moins à titre temporaire et l'encombrement des cimetières à titre définitif. *In Pouvoirs*, 1980, n° 13, p. 138.

B. L'ÉGALITÉ DES TEXTES CONSTITUTIONNELS

1. L'absence de primauté de 1789, de 1946 ou de 2004

294 Un ancien membre du Conseil constitutionnel, François Goguel, après une description minutieuse des différents éléments du bloc de constitutionnalité, livre « une conclusion très nette : les principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps énoncés par le Préambule de 1946 ne possèdent pas exactement la même valeur constitutionnelle que les droits proclamés par la Déclaration de 1789 »¹⁸⁹. Comparant les seconds au noyau central et les premiers à la nébuleuse, l'auteur justifie cette différence de valeur par le fait que les principes de 1789 sont des droits absolus attachés à l'homme en tant que personne humaine quels que soient le lieu et le temps, alors que les principes de 1946 sont des droits relatifs, liés à une société et à un moment particuliers et qui d'ailleurs, selon le Préambule de 1958, ne sont que les « compléments » des droits de 1789.

Malgré la qualité de son auteur, cette thèse ne peut être admise. Il est possible d'avoir, sur le plan de sa philosophie personnelle, une préférence pour la Déclaration de 1789. Mais sur le plan du droit positif, rien ne permet de fonder une différence de valeur entre la Déclaration et le Préambule de 1946. Aucune hiérarchie ne peut prendre appui sur le défaut du mode d'élaboration de l'un ou de l'autre : les deux textes ont été proclamés dans les mêmes formes, par des Assemblées également constituantes et selon une procédure également régulière. Aucune inégalité de valeur ne peut être tirée de la contrariété de leur contenu : sauf à introduire sa subjectivité, son opinion personnelle, les deux textes se présentent également comme des énoncés de droits¹⁹⁰. Et s'il est vrai que les droits de 1946 sont dits « compléter » ceux de 1789, compléter signifie, selon le dictionnaire, rendre complet en ajoutant, en améliorant ce qui existe, impliquant ainsi, contrairement à la thèse de François Goguel, que les deux textes soient pensés solidairement, l'un par rapport à l'autre, sur un strict plan d'égalité.

295 La thèse inverse qui soutiendrait la primauté des principes de 1946, ou même ceux de 2004, sur ceux de 1789 ne serait pas davantage admissible. Comme la précédente, elle ne manque pourtant pas d'arguments : celui de la règle *lex posterior* qui impose que le texte le plus récent l'emporte toujours sur le plus ancien ; celui du caractère dépassé, archaïque et par suite secondaire des droits de 1789 souligné par le Préambule de 1946 lui-même lorsqu'il proclame et énumère avec force « les principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps ».

Mais ces arguments se réfutent aisément. Si les textes ont été élaborés à des dates évidemment différentes, ils ont été repris ensemble dans le Préambule de la Constitution de 1958, approuvés ensemble par un vote du peuple français lors du

■ 189. F. GOGUEL, « Objet et Portée de la protection des droits fondamentaux », in *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Economica, 1982, p. 236.

■ 190. Le principe de la liberté d'entreprendre et le droit de grève sont par exemple deux droits différents qui expriment l'opposition d'intérêt entre les « patrons » et les « ouvriers » ; sur le plan personnel, chacun peut avoir ses préférences, mais sur le plan du droit, chacun doit reconnaître que ce sont, dans leur énoncé formel, deux principes de même valeur.

référendum du 28 septembre 1958 et ils ont reçu, à la même date, le 16 juillet 1971¹⁹¹, valeur constitutionnelle ; ils doivent en conséquence être considérés comme deux textes contemporains, dans tous les sens du terme. Et si les principes de 1946 sont nécessaires à notre temps, ils complètent et non détruisent ou invalident ceux de 1789 ; pour que 1946 ajoute à 1789, il faut bien que 1789 continue d'exister comme énoncé constitutionnel !

Sur le plan juridique il n'existe donc pas de principes plus constitutionnels que d'autres ; tous les textes composant le bloc de constitutionnalité bénéficient d'une égale valeur constitutionnelle. Un doute a cependant pu naître, légitimement, avec la décision du 16 janvier 1982.

2. | Les ambiguïtés de la décision du 16 janvier 1982

296 La décision du 16 janvier 1982 fut immédiatement et généralement accueillie comme opérant « une remise en ordre au sein du bloc de constitutionnalité »¹⁹², un début de hiérarchie entre les dispositions de la Déclaration de 1789, fondamentales, et les principes de 1946, d'importance secondaire.

Cette lecture n'est pas extravagante ou déraisonnable ; elle s'alimente du contenu même de la décision du Conseil. En effet, sur les huit considérants relatifs au principe des nationalisations, le Conseil en consacre sept à la Déclaration de 1789 pour affirmer, avec un soin particulier que, malgré l'évolution de la société et de la législation, ces dispositions ont « *pleine valeur constitutionnelle* », et pour dire que le Préambule de 1946, ayant pour objet essentiel de réaffirmer solennellement les droits et libertés de 1789 « *tend seulement à compléter* » ces derniers par l'énumération de principes nécessaires à notre temps. Le choix des formules, qui n'a certainement pas été laissé au hasard, invite le bon sens à penser qu'accorder à un ensemble de dispositions « pleine valeur constitutionnelle » est nécessairement introduire, *a contrario*, une différence d'ordre hiérarchique avec d'autres règles « seulement constitutionnelles ».

De plus, en appréciant la loi de nationalisation au regard de l'article 17 de la Déclaration de 1789¹⁹³, le Conseil prend, pour exercer son contrôle, un texte de référence qui ne s'impose pas d'évidence. Qu'il s'applique à la procédure de l'expropriation ne fait aucun doute, les règles fondamentales de ce droit ayant été posées concurremment et par référence explicite à cet article. En revanche, qu'il s'applique aux nationalisations paraît pour le moins discutable : cette technique est inusitée au moment de la Déclaration de 1789, l'article 17 concerne « *les propriétés* » en tant que biens immobiliers, et surtout, expropriation et nationalisation sont deux opérations différentes, notamment quant à leur objet. La première est limitée aux immeubles alors que la seconde englobe éléments immobiliers et mobiliers, vise des ensembles industriels et se réalise matériellement par le transfert

■ 191. Date de la décision par laquelle le Conseil attribue valeur constitutionnelle à l'ensemble du Préambule de 1958.

■ 192. L. FAVOREU, *RDP* 1982, p. 402.

■ 193. Art. 17 : « La propriété étant un droit indivisible et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ».

d'actions. Ainsi que l'écrit André de Laubadère, ces deux modes d'appropriation relèvent de logiques, de textes et de règles qui leur sont spécifiques : l'expropriation renvoie à l'article 17, la nationalisation à l'alinéa 9 du Préambule de 1946¹⁹⁴.

Juridiquement, le Conseil aurait donc été fondé à prendre pour référence de son contrôle le Préambule de 1946, seul texte constitutionnel explicitement relatif aux nationalisations¹⁹⁵. Et avec cette référence, les éléments de discussion de la loi ne manquaient pas : le vocable « doit » limite-t-il ou non l'étendue des nationalisations aux seules entreprises ayant les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait ? Les banques privées et les groupes industriels visés par la loi entrent-ils tous dans ces catégories ?... Pour toutes ces raisons, la non-utilisation du Préambule de 1946 à une hypothèse où il pouvait servir et, réciproquement, l'application de la Déclaration de 1789 à un cas d'espèce où, *a priori*, elle ne pouvait être retenue, expliquent que la doctrine ait légitimement vu dans cette décision une primauté constitutionnelle accordée par le Conseil aux principes de 1789 sur ceux de 1946.

297 Cette lecture, qui, si elle était correcte, justifierait une critique de la décision, n'est cependant pas entièrement pertinente. Pour comprendre la décision de 1982 et notamment les formules à l'origine du débat – « pleine valeur constitutionnelle », « tend seulement à compléter » –, il convient de replacer l'ensemble dans le contexte particulier de la saisine et, plus encore, dans la logique propre de l'échange d'arguments entre acteurs de la saisine et Conseil constitutionnel. En effet, intervenant dans la procédure contentieuse par la production d'un mémoire de défense de leur loi, les députés socialistes soutenaient que la Déclaration de 1789 était inopposable en la matière car dépassée et remplacée par les principes nouveaux et modernes de 1946 où les nationalisations puisaient leur constitutionnalité. La décision du Conseil doit se lire *par rapport à cette argumentation* : « pleine valeur constitutionnelle » des dispositions de 1789 répond à l'argument de leur caducité juridique ; « le Préambule de 1946 tend seulement à compléter » répond à l'argument de sa primauté¹⁹⁶. Le Conseil n'établit donc pas une hiérarchie, et l'ambiguïté apparente des formules est levée par le fait qu'elles n'ont qu'une signification argumentaire concrète, limitée aux prétentions avancées par les socialistes auxquels le Conseil rappelle que tous les éléments du bloc de constitutionnalité ont une même valeur constitutionnelle, qu'aucun texte n'a été invalidé ou n'a vu sa portée diminuée.

298 Cette compréhension de la décision du 16 janvier 1982 est encore renforcée par la décision des 25-26 juin 1986 où le Conseil affirme que la protection de la propriété par la Déclaration de 1789 « ne concerne pas seulement la propriété privée

■ 194. « Les nationalisations, écrit de LAUBADÈRE, sont des formes d'expropriation très particulières. Les textes qui les régissent ne se situent du reste plus dans le cadre du régime de l'expropriation pour cause d'utilité publique ; ils ne constituent pas des dérogations, ils instituent en réalité des mécanismes tout à fait nouveaux de cession forcée ». *Traité du droit administratif*, t. II, p. 241.

■ 195. Al. 9 : « Tout bien, toute entreprise dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité ».

■ 196. Dans la décision du 25 juillet 1989, l'adjectif « pleine » disparaît. Le Conseil, n'ayant plus besoin d'argumenter contre les auteurs de la saisine, se limite à affirmer « la valeur constitutionnelle du droit de propriété » ; CC 89-256 DC, 25 juillet 1989, R. p. 53.

des particuliers, mais aussi, à *titre égal*, la propriété de l'État et des autres personnes publiques »¹⁹⁷ ; ou encore, par celle du 20 juillet 1983 où le Conseil considère que « l'article 17 de la Déclaration de 1789 n'implique nullement que les lois ne puissent restreindre l'exercice du droit de propriété sans une indemnisation corrélative » et juge, en l'espèce, constitutionnelle la restriction apportée au droit de vote des actionnaires d'une société commerciale pour la désignation de ses dirigeants¹⁹⁸. Si « pleine valeur constitutionnelle » avait signifié primauté de la Déclaration de 1789 sur celle de 1946, jamais de telles restrictions au droit de propriété n'auraient été admises¹⁹⁹.

Complexe sans doute, critiquable également, la décision du 16 janvier 1982 ne remet cependant pas en cause l'absence de hiérarchie interne au bloc de constitutionnalité. Elle soulève pourtant un vrai problème : s'il n'y a pas hiérarchie, il y a souvent plusieurs principes constitutionnels en conflit ou en concurrence. L'arbitrage pratique que le Conseil opère nécessairement peut alors le conduire à ne pas assurer une garantie égale à chacun des principes...

3. | Le débat sur la force juridique de la Charte de 2004

299

Il est acquis, depuis la décision du 19 juin 2008²⁰⁰, que la Charte de l'environnement de 2004 a bien valeur constitutionnelle. Mais cette affirmation, générale et globale, n'a pas effacé les doutes et les incertitudes quant à la « force » pratique des différents éléments présents dans le texte, notamment le principe de précaution de l'article 5 ou le droit à un environnement sain de l'article 1^{er}.

Au départ du problème, se pose la délicate question des droits dits « de 3^e génération » : droits des peuples, droits des nations, droit à la paix, au partage, devoirs de toutes sortes, obligations « molles », droits des minorités, des animaux, des plantes, des générations futures et même passées ! Ces nouveaux droits se caractérisent par leur relative imprécision et par leur contenu parfois inattendu. Finalement, la Charte de 2004 ne serait-elle pas... une vaste « arnaque »²⁰¹ ? Ne faudrait-il pas même récrire le texte afin « d'exprimer plus clairement ce qu'il contient »²⁰², et ainsi lever les incertitudes ?

Pour endiguer ce débat, le Conseil constitutionnel adopte, dès 2008, une position ferme, énoncée à de multiples reprises : toutes les dispositions de la Charte ont une égale valeur constitutionnelle, y compris les phrases et les mots de son préambule²⁰³. Le Conseil d'État, de son côté, a confirmé la pleine applicabilité des principes de la Charte dans le contentieux de la légalité des actes administratifs. Par exemple, il accepte de contrôler le respect du droit de vivre dans un

■ 197. CC 86-207 DC, 25-26 juin 1986, R. p. 61.

■ 198. CC 83-162 DC, 20 juillet 1983, R. p. 49.

■ 199. V. également pour les restrictions à l'exercice du droit de propriété : CC 84-172 DC, 26 juillet 1984, R. p. 58 ; CC 85-189 DC, 17 juillet 1985, R. p. 49.

■ 200. CC 2008-564 DC, 19 juin 2008, R. p. 313.

■ 201. M. PRIEUR, « Promesses et réalisations de la charte de l'environnement », *NCCC*, n° 43, avril 2014.

■ 202. Proposition de loi constitutionnelle visant à modifier la Charte de l'environnement, Rapport n° 547 (2013-2014) de M. Patrice GÉLARD, fait au nom de la commission des lois, déposé le 21 mai 2014.

■ 203. CC 2014-394 QPC, 7 mai 2014, JO 10 mai 2014, p. 7873.

environnement sain en soulignant, avec beaucoup de clarté, qu'« il appartient aux autorités administratives de veiller au respect du principe énoncé par l'article 1^{er} de la Charte de l'environnement lorsqu'elles sont appelées à préciser les modalités de mise en œuvre d'une loi »²⁰⁴. Par exemple aussi, il a reconnu dans sa décision du 12 juillet 2013²⁰⁵ la pleine opposabilité de « l'obligation incombant à toute personne de prévenir ou limiter les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ».

En définitive, le contentieux de la Charte de 2004 souligne, une nouvelle fois, l'absence de hiérarchie interne dans la Constitution. Certes, le juge constitutionnel peut avoir des préférences, il peut être plus ou moins complaisant, plus ou moins rigoureux à l'égard de certains principes constitutionnels ; mais de cela, à vrai dire, il ne faut pas déduire une différence d'ordre hiérarchique entre les différents textes qui composent le bloc de constitutionnalité.

§ 2. UNE « MISE EN BALANCE » CONCRÈTE DES PRINCIPES CONSTITUTIONNELS

300

La richesse et la diversité du bloc constitutionnel conduisant régulièrement le Conseil à devoir arbitrer entre deux ou plusieurs principes, ne peut-il naître, de cet arbitrage, une hiérarchie interne au profit seulement de certains principes « plus » constitutionnels que d'autres ? Malgré les formules jurisprudentielles réservées au pluralisme et à la dignité de la personne humaine, il n'est pas possible de fonder en droit une hiérarchie matérielle des droits fondamentaux (B). Aucun ensemble précis de droits ne se dégage comme étant supérieur ou mieux garanti que d'autres. L'arbitrage du Conseil est une démarche pragmatique qui le conduit à refuser « l'absolutisation » de tous droits selon l'expression de Léo Hamon²⁰⁶, et à opérer une modulation continue des sacrifices qu'il leur impose (A).

A. UN ARBITRAGE PERMANENT DES PRINCIPES CONSTITUTIONNELS

1. Une relativisation générale des droits et libertés

301

Quel que soit son objet, quel que soit son texte de référence – la Déclaration de 1789, le Préambule de 1946 ou la Charte de 2004 – une liberté peut toujours se voir imposer des sacrifices par le Conseil, au nom d'une autre liberté ou d'un objectif de valeur constitutionnelle : aucune liberté, aucun droit ou principe ne possède un caractère absolu ; chacun peut être limité. Il suffit, pour s'en convaincre, de suivre la jurisprudence constitutionnelle.

Ainsi, le Conseil admet que *le droit de propriété* puisse être limité dans certaines modalités de son exercice, y compris l'exercice de la libre disposition de son

■ 204. CE 26 février 2014, *Ban Asbestos France*, n° 351514.

■ 205. CE 12 juillet 2013, *Fédération nationale de la pêche en France*, n° 344522.

■ 206. L. HAMON, *Droit social*, 1983, p. 162.

bien qui en constitue pourtant le caractère fondamental : la limitation du droit des actionnaires pour la désignation des dirigeants de leurs sociétés²⁰⁷ ou la limitation de la liberté des actionnaires de céder leurs actions²⁰⁸ constituent autant de sacrifices légitimes imposés par « l'intérêt général »²⁰⁹ au droit de propriété. Dans le même sens, le Conseil rappelle régulièrement que la liberté d'entreprendre peut supporter, elle aussi, « des limitations exigées par l'intérêt général »²¹⁰. Dans sa décision du 8 janvier 1991²¹¹, il admet que les limitations de la publicité et de la propagande en faveur du tabac et des boissons alcoolisées portent atteinte à l'exercice du droit de propriété et à la liberté d'entreprendre ; mais il ne les censure pas car, déclare-t-il, elles « trouvent leur fondement dans le principe constitutionnel de protection de la santé publique ». De même, dans la décision du 16 janvier 1991²¹², le Conseil considère que « la maîtrise de l'évolution des dépenses de santé est un motif d'intérêt général » qui justifie un régime d'homologation des tarifs conventionnels limitant la liberté d'entreprendre des établissements privés d'hospitalisation. Dans la décision du 27 juillet 2006²¹³, si le Conseil étend la protection de l'article 17 à la propriété intellectuelle et, en l'espèce, aux droits d'auteurs sur les mesures techniques de protection des logiciels, il admet qu'il leur soit porté atteinte au nom du droit des consommateurs à pouvoir « lire » des œuvres sur n'importe quel support numérique. Dans la décision du 7 mai 2014²¹⁴, le Conseil valide également les « servitudes de voisinage » présentes dans le Code civil et souligne la nécessaire conciliation entre le droit de propriété et « les relations de bon voisinage ».

La liberté individuelle, la liberté d'aller et venir, et plus généralement la liberté peuvent encore se voir imposer des sacrifices au nom « de ce qui est nécessaire pour la sauvegarde des fins d'intérêt général ayant valeur constitutionnelle »²¹⁵ ou, tout simplement, « de la sauvegarde de l'ordre public »²¹⁶ : pour ces motifs, ont été considérées non contraires à la Constitution, les vérifications d'identité et la conduite au poste de police en cas de refus de justifier sur place de son identité²¹⁷, les perquisitions et saisies au domicile par les agents du fisc²¹⁸, les expulsions d'étrangers²¹⁹, l'hospitalisation sans consentement à la demande d'un tiers²²⁰, le placement en cellule de dégrisement²²¹...

■ 207. CC 83-162 DC, 20 juillet 1983, R. p. 49.

■ 208. CC 89-254 DC, 4 juillet 1989, R. p. 41.

■ 209. CC 81-132 DC, 16 janvier 1982, R. p. 18.

■ 210. CC 89-254 DC, 4 juillet 1989, R. p. 41.

■ 211. CC 90-283 DC, 8 janvier 1991, R. p. 11.

■ 212. CC 90-287 DC, 16 janvier 1991, R. p. 24.

■ 213. CC 2006-540 DC, 27 juillet 2006, R. p. 88.

■ 214. CC 2014-394 QPC, 7 mai 2014, JO 10 mai 2014, p. 7873.

■ 215. CC 81-127 DC, 20 janvier 1981, R. p. 15.

■ 216. CC 85-187 DC, 25 janvier 1985, R. p. 43.

■ 217. CC 81-127 DC, 19-20 janvier 1981, R. p. 15.

■ 218. CC 83-166 DC, 29 décembre 1983, R. p. 67.

■ 219. CC 86-216 DC, 3 septembre 1986, R. p. 135.

■ 220. CC 2010-71 QPC, 26 novembre 2010, JO 27 novembre 2010, p. 21119.

■ 221. CC 2012-253 QPC, 8 juin 2012, JO 9 juin 2012, p. 9796.

La liberté de l'enseignement n'est pas davantage absolue. Elle peut être limitée par le contrôle et l'intervention de l'État dans la nomination des maîtres, au nom de l'aide financière qu'il apporte²²² ; elle peut encore être limitée par la libre conscience des maîtres, principe fondamental reconnu par les lois de la République²²³. Dans ce dernier cas, le Conseil partage les sacrifices : à la liberté d'enseignement est imposé le devoir de respecter, par exemple pour les nominations, les opinions et croyances des maîtres ; à la liberté de conscience des maîtres est imposé, dans leur enseignement précise le Conseil, un devoir de réserve.

La liberté d'accès à internet, qui découle du principe de la libre communication des pensées et des opinions, aussi précieuse soit-elle, doit se concilier avec le droit de propriété intellectuelle et notamment le droit des auteurs à voir leur œuvre protégée contre le piratage²²⁴.

Le droit au repos dominical n'est pas davantage absolu ; il entre en discussion avec la liberté d'entreprendre et l'objectif d'intérêt général de favoriser les activités commerciales et de satisfaire les besoins nouveaux du public²²⁵.

La liberté de la femme, qui découle de l'article 2 de la Déclaration de 1789, si fondamentale soit-elle dans la société, doit également se conjuguer, en matière d'interruption volontaire de grossesse, avec le principe de dignité de la personne humaine²²⁶.

Un arbitrage est encore réalisé entre le principe de continuité des services publics et le droit de grève²²⁷, entre ce dernier et la protection de la santé et de la sécurité des biens²²⁸, entre la liberté personnelle du salarié et la liberté syndicale²²⁹, entre la liberté du mariage et les droits du majeur incapable²³⁰... À chaque fois, le Conseil « lime » l'un à l'autre les deux principes, module la portée des droits et libertés, et impose des sacrifices à leur modalité d'exercice. Sans pour autant pouvoir déduire de cette pratique juridictionnelle une quelconque hiérarchie.

2. Une modulation continue des droits et libertés

302 Pour fonder une hiérarchie sur l'arbitrage constitutionnel, il faudrait pouvoir constater que les sacrifices sont toujours demandés aux mêmes droits, ou du moins que ce sont toujours les mêmes droits qui supportent les plus grands sacrifices. Or tel n'est pas le cas : un même principe peut ici être faiblement limité, et là subir une forte limitation. De sorte que la ligne de partage, au demeurant toujours mobile, ne passe pas entre droits plus et droits moins sacrifiés, mais à l'intérieur de chaque droit, selon les circonstances de l'affaire.

■ 222. CC 84-185 DC, 18 janvier 1985, R. p. 36.

■ 223. CC 77-87 DC, 23 novembre 1977, R. p. 42.

■ 224. CC 2009-580 DC, 10 juin 2009, JO 13 juin 2009, p. 9675.

■ 225. CC 2009-588 DC, 6 août 2009, JO 11 août 2009, p. 13319.

■ 226. CC 2001-446 DC, cons. 5, 27 juin 2001, JO 7 juillet 2001, p. 10828 ; CC 2014-700 DC, 31 juillet 2014, JO 5 août 2014, p. 12966.

■ 227. CC 79-105 DC, 25 juillet 1979, R. p. 33 ; CC 2008-569 DC, 7 août 2008, JO 21 août 2008, p. 13089.

■ 228. CC 80-122 DC, 22 juillet 1980, R. p. 42.

■ 229. CC 89-257 DC, 25 juillet 1989, R. p. 59.

■ 230. CC 2012-260 QPC, 29 juin 2012, JO 30 juin 2012, p. 10804.

Dans l'affaire des nationalisations, et bien que le Conseil admette le transfert au secteur public de nombreuses banques et entreprises industrielles, le droit de propriété et la liberté d'entreprendre paraissent particulièrement bien protégés²³¹ ; mais dans l'affaire du « dénoyautage » des entreprises privées, le Conseil impose à ces mêmes droits des limitations²³². Et dans sa décision du 8 janvier 1991, il juge que si l'interdiction de la propagande et de la publicité en faveur du tabac et des boissons alcoolisées « affecte » le droit de propriété et la liberté d'entreprendre, ces contraintes sont justifiées par le nécessaire respect dû au « principe constitutionnel de protection de la santé publique »²³³.

La libre communication des pensées et des opinions paraît également bien protégée puisque le Conseil exclut le régime de l'autorisation préalable pour la presse écrite ; mais pour l'audiovisuel, le Conseil admet que cette même liberté de communication soit limitée par le régime de l'autorisation préalable afin de tenir compte des « contraintes d'ordre technique propres à ce moyen de communication »²³⁴. Dans le même sens, la liberté d'association, principe fondamental reconnu par les lois de la République, exclut tout contrôle *a priori* d'un quelconque pouvoir public pour la constitution d'association, mais l'admet pour des « catégories particulières d'associations » c'est-à-dire les associations étrangères²³⁵.

Les sacrifices imposés au droit de grève ne sont jamais uniformes mais varient selon les services en cause : ils sont importants quand le droit s'applique aux établissements où sont détenues des matières nucléaires²³⁶, plus faibles quand ils s'appliquent aux entreprises de radio-télévision²³⁷, au service public de l'enseignement²³⁸ ou aux transports²³⁹, et refusés quand, par leur généralité, les limitations au droit de grève ne prennent en compte « ni la nature des divers services concernés, ni l'incidence dommageable que peuvent revêtir pour la collectivité les cessations concertées du travail »²⁴⁰.

303 Cet arbitrage au cas par cas, cette mise en balance concrète des sacrifices qu'un même principe constitutionnel peut, selon les circonstances, plus ou moins supporter, peuvent donner l'impression d'une grande subjectivité. Et de fait elle existe : dans ces opérations, où tout examen joue sur les nuances, où l'esprit de finesse l'emporte sur l'esprit de géométrie, selon le mot du doyen Georges Vedel, la subjectivité du Conseil est inévitable et d'ailleurs unanimement reconnue²⁴¹. Mais subjectivité ne signifie pas arbitraire ou pouvoir discrétionnaire du Conseil. Pris dans

■ 231. CC 81-132 DC, 16 janvier 1982, *R.* p. 18.

■ 232. CC 89-254 DC, 4 juillet 1989, *R.* p. 41.

■ 233. CC 90-283 DC, 8 janvier 1991, *R.* p. 11 ; CC 90-287 DC, 16 janvier 1991, *R.* p. 24.

■ 234. CC 86-217 DC, 18 septembre 1986, *R.* p. 141.

■ 235. CC 71-44 DC, 16 juillet 1971, *R.* p. 29.

■ 236. CC 80-117 DC, 22 juillet 1980, *R.* p. 42.

■ 237. CC 79-105 DC, 25 juillet 1979, *R.* p. 33.

■ 238. CC 2008-569 DC, 7 août 2008, JO 21 août 2008, p. 13089.

■ 239. CC 2007-556 DC, 16 août 2007, JO 22 août 2007, p. 13971.

■ 240. CC 87-230 DC, 28 juillet 1987, *R.* p. 48.

■ 241. G. VEDEL, « La place de la Déclaration dans le bloc de constitutionnalité », et F. LUCHAIRE, « La lecture actualisée de la Déclaration de 1789 et le Conseil constitutionnel », in *La Déclaration de 1789 et la jurisprudence du Conseil*, PUF, 1990.

la logique des rapports avec les autres institutions – Parlement, gouvernement, juridictions... – avec les acteurs sociaux – partis politiques, doctrines... – et plus largement avec la société, les citoyens, l'opinion, il ne peut pas rendre n'importe quel arbitrage.

Il doit prendre en compte, et il prend effectivement en considération dans son examen des principes, une multitude d'éléments de nature différente et dont l'importance varie selon les affaires : la qualité et le contenu de l'argumentation des auteurs de la saisine ou de la QPC, sa propre jurisprudence qui lui impose une certaine cohérence, celle des autres juridictions françaises ou/et étrangères, la rédaction des décisions de renvoi, les circonstances politiques générales et particulières à l'affaire, le travail critique de la doctrine²⁴², l'anticipation des réactions de ses différents partenaires à son arbitrage, la complexité ou la spécificité de l'objet traité par la loi, l'évolution de la société, de son organisation, de ses techniques mais aussi de ses mœurs, l'intérêt que l'opinion manifeste pour la protection de telle ou telle liberté et l'évolution de cette même opinion dans son attachement aux différents droits...

Cette « batterie » de critères ne supprime pas la subjectivité ; mais elle définit un jeu de contraintes dynamique qui oblige le Conseil à faire évoluer les textes et ses arbitrages jurisprudentiels « à la lumière de l'évolution de la société et de sa marche vers le progrès », selon la belle expression de Jacques Robert²⁴³, et même s'il est possible de juger que le Conseil accompagne, trop lentement parfois, cette marche !

B. UNE HIÉRARCHIE INTROUVABLE

1. La théorie de la hiérarchie matérielle

304 Pour certains auteurs, l'analyse des décisions par lesquelles le Conseil opère un arbitrage entre principes constitutionnels en concurrence fait ressortir une « hiérarchie matérielle » des droits et libertés garantis²⁴⁴. Reconnaisant l'absence de hiérarchie formelle, c'est-à-dire l'égalité juridique des principes auxquels la forme constitutionnelle a été attribuée, ils considèrent cependant que le Conseil assure une protection et une garantie différentes des droits selon leur matière, selon leur contenu.

Une analyse systématique de la jurisprudence constitutionnelle permet ainsi d'effectuer un classement des libertés selon l'étendue et le degré de leur protection, et de fonder en conséquence sur des critères réalistes une théorie de la hiérarchie matérielle des principes constitutionnels.

Une telle classification, établie non sur la forme mais sur le contenu des principes, est en droit parfaitement admissible. Le droit administratif par exemple reconnaît cette distinction : un décret du Premier ministre peut être classé soit dans la catégorie « acte réglementaire » lorsqu'il définit des règles générales et

■ 242. G. VEDEL, « Jurisprudence et doctrine constitutionnelles », *RDJ* 1989, p. 11.

■ 243. J. ROBERT, « Le Conseil constitutionnel en question », *Le Monde* du 8 décembre 1981.

■ 244. D. TURPIN, *Contentieux constitutionnel*, PUF, Droit fondamental, 1986, p. 85 ; B. GENEVOIS, « La marque des idées et des principes de 1789 dans la jurisprudence du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel », *EDCE* 1988, n° 40, p. 181.

impersonnelles, soit dans la catégorie hiérarchiquement subordonnée des « actes non réglementaires » lorsqu'il s'agit d'une décision individuelle comme la nomination d'un préfet²⁴⁵. De même, le droit des libertés publiques enseigne que certains droits sont moins bien définis et protégés que d'autres par la loi²⁴⁶, et que le Conseil d'État module son contrôle en fonction de l'objet de la liberté en cause²⁴⁷.

305 Pourtant, cette recherche légitime d'une systématisation comporte plusieurs inconvénients ou risques. Pour être scientifique, cette théorie devrait d'abord, puisqu'elle est fondée sur les décisions du Conseil, conduire ses partisans à un accord sur la liste des droits plus protégés que d'autres. Or, chacun possède son propre classement : Bruno Genevois met au sommet de la hiérarchie la liberté individuelle, la liberté d'opinion et de conscience, et la liberté de la presse²⁴⁸ ; Louis Favoreu retranche la liberté d'opinion et de conscience mais ajoute la liberté d'association et la liberté de l'enseignement²⁴⁹ ; Dominique Turpin pour sa part y place l'ensemble des droits naturels et imprescriptibles de l'homme, la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression²⁵⁰. Les désaccords sur les matières bénéficiant d'une garantie constitutionnelle particulière sont préjudiciables à la qualité et à l'autorité de la théorie, en ce qu'ils donnent clairement à voir la part de la subjectivité qui peut entrer dans sa construction.

De plus, derrière l'apparence d'une hiérarchie strictement matérielle, cette théorie introduit ou réintroduit une distinction d'ordre formel. En effet, les différents classements, à l'exception de celui de Louis Favoreu qui comporte aussi des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, reviennent à reconnaître une primauté aux principes ou à certains droits issus de la Déclaration de 1789 sur ceux du Préambule de 1946 ou de la Charte de 2004 toujours seconds. Or, non seulement le Conseil pose une égalité complète entre les différents textes, mais encore il admet, par exemple pour la liberté, que des limitations lui soient apportées « pour la sauvegarde des fins d'intérêt général ayant valeur constitutionnelle »²⁵¹.

Enfin, cette systématisation apparaît trop réductrice ou simplificatrice du travail du Conseil qui, loin des préoccupations théoriques, s'efforce, cas par cas, d'opérer un arbitrage entre principes de valeur constitutionnelle dont l'un peut se voir favorisé dans une décision et, *le même*, défavorisé dans une autre, selon les circonstances de la saisine.

La notion de « hiérarchie matérielle » doit donc être prise avec prudence, car comme pour l'œuvre du Conseil d'État, toute tentative de construire un grand et

■ 245. V. G. VEDEL, *Droit administratif*, Thémis, p. 247.

■ 246. V. J. ROBERT, *Libertés publiques*, Montchrestien ; P. BRAUD, *La notion de liberté publique en droit français*, LGDJ, p. 436.

■ 247. V. par exemple CE 19 mai 1933, *Benjamin*, S. 1934, 3, 1, concl. MICHEL.

■ 248. B. GENEVOIS, *op. cit.*, p. 181.

■ 249. L. FAVOREU, « Les libertés protégées par le Conseil constitutionnel », in *Conseil constitutionnel, Cour européenne des droits de l'homme*, dir. D. ROUSSEAU et F. SUDRE, STH 1990, p. 33. L'auteur ne retient pas l'expression « hiérarchie matérielle » mais préfère celle de « libertés de premier rang et de second rang ».

■ 250. D. TURPIN, *op. cit.*, p. 86.

■ 251. CC 81-1127 DC, 12 au 20 janvier 1981, R. p. 15.

unique système d'explication se heurte à la démarche essentiellement pragmatique du Conseil constitutionnel²⁵².

2. La position des principes du pluralisme et de la dignité de la personne humaine

306 De cette démarche empirique du Conseil, deux principes, cependant, se distinguent qui paraissent bénéficier d'un statut particulier les mettant en position de « surplomb » par rapport aux autres droits : le pluralisme et la dignité de la personne humaine.

S'agissant du *pluralisme*, il constitue en effet, selon le Conseil, « le fondement de la démocratie »²⁵³ et « une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés et de la souveraineté nationale »²⁵⁴. Ces formules opèrent comme des marqueurs révélant une position légèrement décalée du principe du pluralisme : il n'est pas un principe à côté des autres, il est celui qui garantit le respect des autres droits constitutionnels. Dès lors, il peut être tentant²⁵⁵ d'en déduire que ces derniers sont dans une position constitutionnelle inférieure au principe du pluralisme puisqu'il est celui qui les protège et qui garantit leur réalisation.

S'agissant de *la dignité de la personne humaine*, n'est-il pas, par définition, un principe qui ne peut souffrir ni atteinte, ni dégradation, ni restriction ; bref, n'est-il pas un « concept absolu », comme l'écrit le commissaire du gouvernement Patrick Frydman dans l'affaire des « lancers de nains »²⁵⁶ ? Là aussi, la tentation est grande de placer ce principe dans une position supérieure aux autres droits composant le bloc constitutionnel.

307 À l'évidence, il semblerait légitime de construire, à partir des énoncés jurisprudentiels, une représentation pyramidale et hiérarchisée du bloc constitutionnel. Il faut pourtant résister à cette tentation. L'hypothèse ici proposée, avec prudence et pour discussion, est que pluralisme et dignité de la personne humaine ne sont pas, à proprement parler, des droits fondamentaux mais des principes d'intelligibilité des droits fondamentaux. Ce sont des principes de valeur qui ne prennent corps que par leur effectuation dans l'énoncé de droits fondamentaux auxquels ils donnent une unité de sens. Le Conseil ne peut donc se trouver, ni théoriquement ni pratiquement, en situation de concilier le pluralisme ou la dignité humaine avec tel ou tel droit fondamental ; il arbitre seulement, et toujours, entre droits fondamentaux qui expriment, chacun dans leur domaine, les principes du pluralisme ou de la dignité humaine.

L'objection est attendue : si ces principes ne sont pas des droits fondamentaux, s'ils n'ont pas de contenu propre, s'ils sont surtout des principes méta-juridiques, pourquoi les avoir intégrés au bloc constitutionnel ? La réponse est simple : pour

■ 252. Voir les réserves du Doyen Georges VEDEL à l'égard de la notion de « hiérarchie matérielle » in *La Déclaration de 1789 et la jurisprudence*, PUF, 1990.

■ 253. CC 89-271 DC, 11 janvier 1990, R. p. 21. Sur le pluralisme, voir *infra*, n°439s.

■ 254. CC 84-181 DC, 10-11 octobre 1984, R. p. 73.

■ 255. V. les éditions précédentes de ce manuel.

■ 256. Patrick FRYDMAN, concl. sous l'arrêt du Conseil d'État du 27 octobre 1995, *Ville de Morsang-sur-Orge*, AJDA 1995, p. 942

donner une unité de sens à la diversité des droits fondamentaux, pour lier ces droits dans une cohérence et une harmonie constitutionnelles, pour servir de critère procédural et réflexif à la reconnaissance de nouveaux droits. Dès lors, il était légitime que le Conseil expose, officiellement et publiquement, les principes de valeur qui inspirent et donnent leur sens à la consécration des droits fondamentaux. Pour le dire dans le langage philosophique d'Hannah Arendt, si pluralisme et dignité humaine ne sont pas des droits fondamentaux, ils sont des droits à avoir des droits. Et pour cette raison, ils devaient être énoncés.

BIBLIOGRAPHIE

1. Sur le « bloc de constitutionnalité » :

■ Institut Michel Villey, *Le Conseil constitutionnel, gardien des libertés publiques ?*, Dalloz, coll. *Jus Politicum*, Revue de droit politique, (vol. 4-2012), juillet 2012. Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux Conseil constitutionnel et droits fondamentaux, 9-2011, PU de Caen, 2012 ■ J.-M. AUBY, « Sur l'étude de la hiérarchie des normes en droit public. Éléments de problématique », in *Mélanges Pelloux*, 1980, p. 21 ■ D. DE BÉCHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Economica, Droit public positif, 1996 ■ B. BEIGNIER, « Hiérarchie des normes et hiérarchie des valeurs », in *Mélanges P. Catala*, Litec, 2001, p. 153 ■ J.-M. BLANQUER, « Bloc de constitutionnalité ou ordre constitutionnel », in *Mélanges J. Robert*, Montchrestien, 1998, p. 227 ■ C. BRAMI, *La hiérarchie des normes en droit constitutionnel français. Essai d'analyse Systémique*, Université de Cergy-Pontoise, 2008 ■ P. BRAUD, *La notion de liberté publique en droit français*, LGDJ-Lextenso éditions, 2015 ■ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. II, Sirey, 1922, p. 579 ■ D. CROPKALL, « Légende de la hiérarchie des normes », in *Mélanges Béguet*, Toulon, 1985 ■ L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Fontemoing, 1901, p. 553 ■ *Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd., Paris ■ A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 5^e éd., Larose & Tenin, 1909, p. 49 ■ G. DRAGO, « La conciliation entre principes constitutionnels », *Dalloz*, 1991, p. 265 ■ L. FAVOREU, « Le principe de constitutionnalité », *Mélanges Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 33 ■ « Les libertés protégées par le Conseil constitutionnel », in *Conseil constitutionnel, Cour européenne des droits de l'homme*, in D. ROUSSEAU et F. SUDRE (dir.), STH, 1990, p. 33 ■ M. GAUCHET, *La révolution des pouvoirs*, Gallimard, 1995 ■ Y. GAUDEMET (dir.), *Le préambule de la Constitution de 1946*, Panthéon-Assas Paris II, 2008 ■ J. GEORGEL, « Aspects du Préambule de la Constitution de 1958 », *RDP*, 1960, p. 85 ■ F. GOGUEL, « Objet et Portée de la protection des droits fondamentaux », in *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Economica, 1982, p. 225 ■ L. HAMON, « Contrôle de constitutionnalité et protection des droits individuels : à propos de trois décisions récentes du Conseil constitutionnel », *Dalloz*, 1974, p. 83 ■ M. HAURIU, *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., Sirey, 1929, p. 624 ■ S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Redécouvrir le Préambule de la Constitution ou l'éthique minimale appliquée à l'expertise constitutionnelle », *RFDA*, 2009, p. 397 ■ Y. JÉGOUZO, « Le rôle constituant de la Commission Coppens », *RJE*, n^o spécial *La charte constitutionnelle de l'environnement en vigueur*, 2005,

p. 79 ■ R. PELLOUX, « Le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 », *RDJ*, 1947, p. 347 ■ « La valeur juridique du Préambule de la Constitution de 1946 », *La vie judiciaire*, 1952, n° 341 ■ « Réflexions sur le Préambule de la Constitution de 1958 », *Mélanges Basdevant*, 1960, p. 389 ■ L. PHILIP, « La valeur juridique du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Mélanges Pelloux*, 1980, p. 265 ■ É. PICARD, « Vers l'extension du bloc de constitutionnalité au droit européen », *RFDA*, 1993, p. 47 ■ S. PIERRE-CAPS, « La Constitution comme ordre de valeurs », in *Mélanges Lavroff*, Dalloz, 2005, p. 283 ■ D. TURPIN, « Le traitement des antinomies des droits de l'homme par le Conseil constitutionnel », *Droits*, n° 2, 1985, p. 85.

2. Sur les composantes du bloc de constitutionnalité :

■ *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, PUF, 1989 ■ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, Principes constitutionnels et justification dans le discours juridique*, Economica-PUAM, 2001 ■ M. CLAPIÉ, *Les principes particulièrement nécessaires à notre temps. Étude de droit public*, Thèse Montpellier, 1992 ■ M. DEBÈNE, « Le Conseil constitutionnel et les principes particulièrement nécessaires à notre temps », *AJDA*, 1978, p. 531 ■ B. FAURE, « Les objectifs de valeur constitutionnelle : une nouvelle catégorie juridique ? », *RFDC*, n° 21, 1995, p. 47 ■ F. GAZIER, M. GENTOT, B. GENEVOIS, « La marque des idées et principes de 1789 dans la jurisprudence du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel », *EDCE*, 1989, p. 151 ■ N. HUTEN, « La vocation contentieuse de la Charte de l'environnement », *Environnement* n° 12, Décembre 2012, dossier 22 ■ B. JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'État*, Sirey, 1954 ■ V. LARSONNIER, « La consécration d'un PFRLR par le Conseil d'État, prémice d'une renaissance de la catégorie ? », *Revue belge de droit constitutionnel*, 1997-2, p. 121 ■ *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse dact., Montpellier I, 2002 ■ P. LEMIRE, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel et les principes généraux du droit », in *Mélanges Charlier*, 1981 ■ A. LEVADE, « L'objectif de valeur constitutionnelle, vingt ans après. Réflexions sur une catégorie juridique introuvable », in *Mélanges Pactet*, Dalloz, 2003, p. 687 ■ F. LUCHAIRE, « La lecture actualisée de la Déclaration de 1789 et le Conseil constitutionnel », in *La Déclaration de 1789 et la jurisprudence du Conseil*, PUF, 1990 ■ « Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnelle », *RFDC*, n° 64, 2005, p. 675 ■ B. MATHIEU, M. VERPEAUX, « La reconnaissance et l'utilisation des PFRLR par le juge », *Dalloz*, 1997, p. 219 ■ P. DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Dalloz, 2006 ■ L. PHILIP, « La valeur juridique de la Déclaration du 26 août 1789 selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Mélanges Kayser*, PUAM 1979, t. II, p. 37, p. 317 ■ M. PRIEUR, « Promesses et réalisations de la charte de l'environnement », *NCCC*, n° 43, 2014 ■ J. RIVERO, « Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, une nouvelle catégorie constitutionnelle ? », *Dalloz*, 1972, p. 265 ■ J. RIVERO et G. VEDEL, « Les principes économiques et sociaux de la Constitution : le préambule », *Droit Social*, 1947, fascicule n° 31, p. 13 ■ A. ROBLOT-TROIZIER, *Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la Constitution française. Recherches sur la constitutionnalité par renvoi*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2007 ■ A. VIALA, « Un PFRLR contre le mariage gay ? », *Revue des droits et libertés fondamentaux* 2013, chron. n° 4, 21 janvier 2013 ■ G. VEDEL, « La

place de la Déclaration dans le bloc de constitutionnalité », in *La Déclaration de 1789 et la jurisprudence du Conseil*, PUF, 1990.

3. Sur les traités et accords internationaux :

Avant la QPC :

■ « La Constitution, le traité et la loi », CCC, n° 7, 1999 avec les contributions de O. CAYLA, C. MAUGÜÉ, G. CARCASSONNE, B. GENEVOIS ■ Conseil d'État, *La norme internationale en droit français*, La Documentation française, 2000. G. ALBERTON, « De l'indispensable intégration du bloc de conventionnalité au bloc de constitutionnalité ? », *RFDA*, 2005, p. 249 ■ D. ALLAND, « Consécration d'un paradoxe : primauté du droit interne sur le droit international », *RFDA*, 1998, p. 1094 ■ D. DE BÉCHILLON, « De quelques incidences du contrôle de conventionnalité des lois par le juge ordinaire », *RFDA*, 1998, p. 225 ■ C. BLUMANN, « L'article 54 et le contrôle de constitutionnalité des traités en France », *RGDIP*, 1978, p. 567 ■ M. DE VILLIERS, « Norme constitutionnelle et norme internationale », *Rev. adm.*, 1981, p. 143 ■ O. DORD, *Cours constitutionnelles européennes et normes européennes*, Economica, 2001 ■ G. DRUESNE, « Le Conseil constitutionnel et le droit communautaire », *Revue du Marché commun*, 1975, pp. 285-295 ■ L. DUBOIS, « Les trois logiques de la jurisprudence Sarran », *RFDA*, 1999, p. 57 ■ L. FAROVEU et L. PHILIP, « Chronique constitutionnelle », *RDP*, 1975, pp. 187-194 et 1335-1341 ■ « Le Conseil constitutionnel et le droit international », *AFDI*, 1977 ■ L. FAVOREU, « Dualité ou unité de l'ordre juridique », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, LGDJ, 1988, p. 145 ■ C. FRANCK, « Le Conseil constitutionnel et les règles du droit international », *RGDIP*, 1975, pp. 1070-1085 ■ C. GREWE et H. RUIZ FABRI, « Le Conseil constitutionnel et l'intégration européenne », *RUDH*, 1992, p. 277 ■ NGUYEN QUOC DINH, « La jurisprudence française actuelle et le contrôle de la conformité des lois aux traités », *AFDI*, 1975, pp. 859-887 ■ « Le Conseil constitutionnel et les règles de droit public international », *RGDIP*, 1976, pp. 1009 et s. ■ E. PICARD, « Vers l'extension du bloc de constitutionnalité au droit communautaire ? », *RFDA*, 1993, p. 47 ■ R. PINTO, « Commentaire de l'art. 55 de la Constitution », *La Constitution de la République française*, t. II, Economica, 1979, pp. 714-731 ■ J. RIDEAU, « Le Conseil constitutionnel et l'autorité supérieure des traités en droit français », *Cahiers de droit européen*, 1975, pp. 608-630 ■ J. ROBERT, « La décision du Conseil constitutionnel du 15 janvier 1975 sur l'interruption volontaire de grossesse », *RIDC*, 1975, pp. 873-890 ■ D. ROUSSEAU, « Vers l'intégration de la Convention européenne des droits de l'homme dans le bloc de constitutionnalité », in *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, *STH*, 1990, p. 117 ■ « Le droit constitutionnel, droit d'harmonie », *Journées de la Société de législation comparée*, 1995, p. 337 ■ D. RUZIE, « La Constitution française et le droit international », *Clunet*, 1975, pp. 249-268.

4. Après la QPC :

■ Dossier : « Constitutionnalité et conventionnalité. Question prioritaire de constitutionnalité et droit européen des droits de l'homme entre équivalence et complémentarité », *RFDA*, 2012, p. 621 ■ B. BONNET, « Le paradoxe apparent d'une question prioritaire de constitutionnalité instrument de l'avènement des rapports de systèmes... », *RDP*, 2013, p. 1229 ■ J. BONNET, « L'indépendance du contrôle de conventionnalité des lois », *Mélanges J.-L. AUTIN*, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2012, p. 1231 ■ D. DE BÉCHILLON, « Cinq cours suprêmes ? Apologie (mesurée) du désordre », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, p. 33 ■ C. DENIZAU, « L'entrée du

droit européen dans le bloc de constitutionnalité : bilan et perspectives », *Politeia*, automne 2012, n° 22, p. 283 ■ M. GUILLAUME, « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », *CCC* 2011, p. 67 ■ A. JAURÉGUIBERRY, « L'influence des droits fondamentaux européens sur le contrôle *a posteriori* », *RFDA*, 2013, p. 10 ■ A. LEVADE, « Perspectives : confrontation entre contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité », *AJDA*, 2011, p. 1257 ■ X. MAGNON, « Le réflexe constitutionnel au service du réflexe conventionnel ? Quelle place pour la conventionnalité face au contrôle de constitutionnalité *a posteriori* ? », in X. BIOY, X. MAGNON, W. MASTOR, S. MOUTON (dir.), *Le réflexe constitutionnel*, Bruylant, 2013 ■ B. MATHIEU, « Les décisions du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme : Coexistence – autorité – conflits – régulation », *CCC*, 2011, p. 45 ■ N. MOLFESSIS, « La résistance immédiate de la Cour de cassation à la QPC », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, p. 83 ■ J. PREVOST-GELLA, « L'instrumentalisation de la spécificité du droit de l'Union européenne par le Conseil constitutionnel », *RFDA*, 2015, p. 137 ■ D. SIMON, « Conventionnalité et constitutionnalité », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, p. 19 ■ D. SZYMCZAK, « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'Homme : L'europanisation « heurtée » du Conseil constitutionnel français », *Jus Politicum*, n° 7, 2012.

CHAPITRE II

LES TECHNIQUES DE CONTRÔLE

308 Le rôle du Conseil consiste à confronter la loi dont il est saisi au bloc de constitutionnalité. Simple dans son énoncé, ce travail amène en réalité le Conseil à mettre en œuvre différentes techniques de contrôle.

Selon une distinction traditionnelle, il convient de distinguer les cas susceptibles d'ouvrir le contrôle de la constitutionnalité des lois (section 1) des moyens utilisés par le Conseil pour exercer son contrôle (section 2).

SECTION I | **LES CAS D'OUVERTURE**

309 L'incompétence, le vice de procédure, la violation du bloc de constitutionnalité proprement dit et le détournement de pouvoir sont les quatre cas d'ouverture du contrôle de la constitutionnalité de la loi ; les deux premiers peuvent être regroupés autour de l'idée de contrôle de la constitutionnalité « externe » (§1), les deux derniers autour de celle de contrôle de la constitutionnalité « interne » (§2).

§ 1. LE CONTRÔLE DE LA CONSTITUTIONNALITÉ « EXTERNE »

A. L'INCOMPÉTENCE

310 Le premier cas possible d'inconstitutionnalité de la loi est l'incompétence du législateur qui peut, ici, prendre deux aspects différents.

1. | L'incompétence positive

311 L'incompétence « positive » sanctionne d'abord l'intervention du Parlement dans un domaine qui n'est pas le sien. Il en est ainsi lorsque la loi entre bien dans la compétence du Parlement mais non de celui qui l'a prise.

La Constitution en effet distingue le législateur ordinaire et le législateur *organique* et attribue à chacun des compétences propres dont le Conseil vérifie le respect. Il invalide donc pour vice de compétence toute loi ou partie de loi ordinaire contenant des dispositions de nature organique : dans la décision du 18 septembre 1986 par exemple, il sanctionne la disposition de la loi ordinaire décidant que les membres de la CNCL et le président de TDF seront désignés en Conseil des ministres au motif que seule la loi organique est compétente pour fixer la liste des emplois pourvus en Conseil des ministres¹ ; mais il rejette le grief d'incompétence lorsque la loi ordinaire ne fait que rappeler une règle antérieurement fixée par une loi organique². De même, n'est pas de la compétence du législateur ordinaire l'institution de nouvelles règles d'incompatibilités entre le mandat de représentant au Parlement européen et les fonctions exécutives du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie³. En revanche, le Conseil ne censure pas une loi organique empiétant sur le domaine de compétence de la loi ordinaire : il se contente, comme dans la décision du 10 mars 1988 portant sur la loi relative à la transparence financière de la vie politique, d'opérer à l'intérieur de la loi organique un « reclassement » entre les dispositions relevant effectivement du domaine organique et celles relevant du domaine ordinaire⁴. Le Conseil accepte également la pratique des « cristallisations » : une loi organique peut, sans incompétence, conférer valeur organique, par un jeu de renvoi, à des dispositions ordinaires adoptées antérieurement. Par exemple, dans sa décision du 13 février 2014⁵, le Conseil valide le renvoi opéré par la loi organique au régime déjà existant des incompatibilités entre le mandat de député ou de sénateur avec les fonctions de président et de vice-président de l'organe délibérant de toute collectivité territoriale.

Le législateur ordinaire ne peut pas davantage empiéter sur le domaine de compétence du législateur *constituant*. Dans sa décision du 17 janvier 2002⁶, le Conseil a jugé qu'en autorisant la collectivité territoriale de Corse à prendre des mesures relevant selon la Constitution du domaine de la loi, le législateur « est intervenu dans un domaine qui ne relève pas de sa compétence ». De même, le Conseil juge, de jurisprudence constante, que le régime des incompatibilités applicables aux membres du gouvernement est du seul ressort des dispositions

■ 1. CC 86-217 DC, 18 septembre 1986, R. p. 141 : considérant que cette disposition législative « a empiété sur le domaine réservé à la loi organique par l'art. 13, al. 4 de la Constitution et est, dans cette mesure, contraire à la Constitution » ; CC 30 août 1984 DC, R. p. 66 et 69 ; CC 98-405 DC, 29 décembre 1998, R. p. 326 ; CC 2000-427 DC, 30 mars 2000, R. p. 62.

■ 2. CC 86-208 DC, 1^{er} et 2 juillet 1986, R. p. 78 ; CC 99-410 DC, 15 mars 1999, R. p. 51.

■ 3. CC 2014-688 DC, 13 février 2014, cons. 14 à 18, JO 16 février 2014, p. 2709.

■ 4. CC 88-242 DC, 10 mars 1988, R. p. 36 ; CC 76-62 DC, 28 janvier 1976, R. p. 26 ; CC 92-305 DC, 21 février 1992, R. p. 27.

■ 5. CC 2014-689 DC, 13 février 2014, cons. 12, JO 16 février 2014, p. 2706. La pratique est acceptée depuis CC 90-273 DC, 4 mai 1990, cons. 19, JO 7 mai 1990, p. 5532.

■ 6. CC 2001-454 DC, 17 janvier 2002, R. p. 70.

constitutionnelles⁷. De même encore a-t-il sanctionné le législateur organique pour avoir empiété sur les pouvoirs du constituant en ajoutant la condition de la révision préalable de la Constitution au processus d'accession à l'indépendance de Mayotte⁸.

Le Parlement est-il compétent pour modifier, compléter ou abroger une loi adoptée par le peuple par voie de *référéndum* ? En faveur d'une réponse négative, le précédent du 6 novembre 1962 où le Conseil, pour fonder son incompétence à l'égard du contrôle des lois référendaires, avait posé une distinction nette entre ces dernières « expressions directes de la souveraineté nationale » et les lois votées par le Parlement ; il était donc possible d'en conclure que seul le peuple pouvait modifier une loi qu'il avait adoptée. Mais en faveur d'une réponse positive jouait l'article 3 de la Constitution qui n'établit aucune différence, aucune hiérarchie entre les modes d'exercice de la souveraineté nationale. C'est pourquoi, logiquement, dans sa décision du 9 janvier 1990⁹, le Conseil reconnaît la compétence du Parlement pour modifier une loi référendaire. Reste une question : s'il n'y a plus de distinction entre ces deux catégories de loi, la jurisprudence de 1962 peut-elle être maintenue ?

Il y a encore incompétence positive lorsque le Parlement intervient dans le domaine *réglementaire* qui est du ressort du Premier ministre. Ce cas d'inconstitutionnalité est cependant en régression depuis que le Conseil considère que la présence de dispositions réglementaires dans une loi ne suffit pas pour déclarer celle-ci contraire à la Constitution¹⁰.

2. | L'incompétence négative

312 Plus original, le Conseil sanctionne également l'*incompétence « négative »*, c'est-à-dire le fait pour le législateur de rester en-deçà de sa compétence. Ce vice de constitutionnalité est de plus en plus contrôlé par un Conseil qui n'hésite pas à le soulever d'office si les auteurs de la saisine ne l'ont pas invoqué¹¹. Il condamne ainsi la méconnaissance par le Parlement de ses compétences lorsque celui-ci renvoie aux organes des sociétés nationales la définition des règles relatives au transfert du secteur public au secteur privé¹², énonce des règles insuffisamment précises pour limiter les concentrations des entreprises de presse susceptibles de porter atteinte au pluralisme¹³, ne fixe aucune limite au pouvoir du gouvernement de décider de la date à laquelle prend effet l'abrogation d'une obligation fiscale¹⁴, remet à la seule décision des Chambres de commerce et d'industrie le soin de fixer le taux de la taxe instituée pour pourvoir aux dépenses ordinaires de ces organismes¹⁵, permet à l'autorité administrative de choisir pour les élections cantonales partielles

■ 7. CC 84-177 DC, 30 août 1984, cons. 4, JO 1984, p. 2803.

■ 8. CC 2007-547 DC, 15 février 2007, JO 22 février 2007, p. 3252.

■ 9. CC 89-265 DC, 9 janvier 1990, *R.* p. 12.

■ 10. CC 82-143 DC, 30 juillet 1982, *R.* p. 57.

■ 11. CC 83-165 DC, 20 janvier 1984, *R.* p. 38.

■ 12. CC 81-132 DC, 17 janvier 1982, *R.* p. 18.

■ 13. CC 86-217 DC, 18 septembre 1986, *R.* p. 141.

■ 14. CC 86-221 DC, 29 décembre 1986, *R.* p. 184.

■ 15. CC 87-237 DC, 30 décembre 1987, *R.* p. 69.

toute date à sa convenance au cours d'une période de six mois suivant l'ouverture de la vacance en ne précisant ni les conditions ni les limites d'un délai dérogatoire d'une aussi longue durée¹⁶, délègue au pouvoir réglementaire le soin de fixer les limites des 40 km de zone frontalière à l'intérieur desquelles des contrôles d'identité pourraient être opérés après la suppression des contrôles aux frontières impliquée par l'entrée en vigueur de la convention de Schengen¹⁷, autorise les établissements d'enseignement supérieur à adopter des statuts dérogatoires à ceux prévus par la loi Savary par un vote à la majorité simple de leur Conseil d'administration¹⁸, renvoie au pouvoir réglementaire le soin d'adapter les dispositions organiques relatives aux modalités de vote des Français à l'étranger pour l'élection présidentielle¹⁹, abandonne à un comité du Conseil supérieur de l'audiovisuel la responsabilité d'élaborer des recommandations déontologiques pour l'accès et la diffusion des messages sur les réseaux télématiques ou internet²⁰, laisse au ministre de l'Intérieur le pouvoir de fixer la liste des associations humanitaires bénéficiant de l'immunité pénale²¹, confie aux collectivités locales la tâche d'assurer le recouvrement d'une imposition perçue à leur profit sans préciser les règles concernant les modalités de recouvrement²², laisse aux autorités administratives et juridictionnelles le soin de déterminer si l'obligation de négocier un accord de réduction du temps de travail avant l'établissement d'un plan social est une condition de validité du plan social et si son inobservation rend nulles et de nul effet les procédures de licenciements²³, n'a pas apporté de garanties précises et suffisantes à la possibilité donnée à des personnes morales de droit privé de constituer des « casiers judiciaires privés »²⁴, délègue au pouvoir réglementaire le soin de fixer la liste des informations relatives aux produits OGM qui ne peuvent en aucun cas demeurer confidentielles²⁵, n'a pas défini de façon précise les conditions de mise en œuvre du principe de la contrepartie obligatoire en repos due pour toute heure supplémentaire²⁶, a renvoyé au pouvoir réglementaire le soin de déterminer les éléments de l'assiette de la nouvelle imposition frappant les organismes d'HLM n'ayant pas suffisamment investi au cours des deux dernières années²⁷...

Dans le cadre de la QPC et de la jurisprudence *Kimberly Clark*²⁸, le Conseil sanctionne également la loi lorsque cette dernière : délègue entièrement le pouvoir d'encadrer les conditions dans lesquelles les noms de domaine sont attribués ou peuvent être renouvelés, refusés ou retirés²⁹, omet de définir les modalités de

■ 16. CC 87-223 DC, 5 janvier 1988, R. p. 9.

■ 17. CC 93-323 DC, 5 août 1993, R. p. 213.

■ 18. CC 93-322 DC, 28 juillet 1993, R. p. 204.

■ 19. CC 94-353/356 DC, 11 janvier 1995, R. p. 166.

■ 20. CC 96-378 DC, 23 juillet 1996, R. p. 99.

■ 21. CC 98-399 DC, 5 mai 1998, R. p. 245.

■ 22. CC 98-405 DC, 29 décembre 1998, R. p. 326.

■ 23. CC 99-423 DC, 13 janvier 2000, R. p. 33.

■ 24. CC 2004-499 DC, 29 juillet 2004, R. p. 126.

■ 25. CC 2008-564 DC, 19 juin 2008, R. p. 313.

■ 26. CC 2008-568 DC, 7 août 2008, R. p. 352.

■ 27. CC 2009-578 DC, 18 mars 2009, JO 27 mars 2009, p. 5445.

■ 28. CC 2010-5 QPC, 18 juin 2010, R. p. 114. V. l'explication de cette jurisprudence *supra* n° 287 et s.

■ 29. CC 2010-45 QPC, 6 octobre 2010, JO 7 octobre 2010, p. 18156.

recouvrement de la taxe additionnelle à la contribution sur la valeur ajoutée des entreprises³⁰, ne définit pas suffisamment les conditions essentielles de l'organisation et du régime intérieur des établissements pénitentiaires³¹, n'a pas assez encadré le pouvoir donné au juge de priver la personne gardée à vue du libre choix de son avocat³², n'indique pas à quelles conditions un élément couvert par le secret du délibéré peut être saisi³³, ne précise pas le champ d'application de l'obligation faite aux entreprises d'instituer un dispositif de participation des salariés à leurs résultats³⁴, oublie de déterminer les modalités de recouvrement de la taxe locale sur la publicité extérieure³⁵, s'abstient de fixer ou d'habiliter le pouvoir réglementaire à fixer les modalités selon lesquelles le taux prévu par les dispositions contestées est déterminé et rendu public³⁶, ne détermine pas les conditions essentielles de l'exercice de l'activité économique de portage salarial³⁷, offre aux communes de trop larges pouvoirs d'appréciation dans la mise en œuvre des cessions gratuites de terrain³⁸, ne prévoit pas la participation du public sur des questions environnementales³⁹...

L'intérêt de cette jurisprudence des incompétences négatives réside dans le vérifiable appel lancé au Parlement pour qu'il assume et exerce ses responsabilités politiques. Ainsi, dans sa décision du 22 mars 2012⁴⁰, le Conseil relève que l'article 3 de la loi relative à la protection de l'identité « permet d'une part que la carte nationale d'identité comprenne des "fonctions électroniques" permettant à son titulaire de s'identifier sur les réseaux de communication électroniques et de mettre en œuvre sa signature électronique et, d'autre part, garantit le caractère facultatif de ces fonctions » ; mais il considère que ces dispositions ne précisent ni la nature des « données » au moyen desquelles ces fonctions peuvent être mises en œuvre ni les garanties assurant l'intégrité et la confidentialité de ces données et qu'elles ne définissent pas davantage les conditions dans lesquelles s'opère l'authentification des personnes mettant en œuvre ces fonctions, notamment lorsqu'elles sont mineures ou bénéficient d'une mesure de protection juridique ; en conséquence, le Conseil juge que le législateur a méconnu l'étendue de sa compétence et déclare l'article 3 contraire à la Constitution.

313 Dans toutes ces hypothèses⁴¹, le Conseil contrôle et éventuellement sanctionne la délégation à d'autres autorités, administratives ou non, du pouvoir d'édicter les règles qui sont, en vertu de la Constitution, de la compétence du législateur.

■ 30. CC 2012-298 QPC, 28 mars 2013, JO 30 mars 2013, p. 5457.

■ 31. CC 2014-393 QPC, 25 avril 2014, cons. 6 à 8, JO 27 avril 2014, p. 7362.

■ 32. CC 2011-223 QPC, 17 février 2012, cons. 4 à 7, JO 18 février 2012, p. 2846.

■ 33. CC 2015-506 QPC, 4 décembre 2015, cons. 13 à 15, JO 6 décembre 2015, p. 22502.

■ 34. CC 2013-336 QPC, 1^{er} août 2013, cons. 16 à 20, JO 4 août 2013, p. 13317.

■ 35. CC 2013-351 QPC, 25 octobre 2013, cons. 16, JO 27 octobre 2013, p. 17557.

■ 36. CC 2013-343 QPC, 27 septembre 2013, cons. 5 et 6, JO 1^{er} octobre 2013, p. 16305.

■ 37. CC 2014-388 QPC, 11 avril 2014, cons. 6 à 8, JO 13 avril 2014, p. 6692.

■ 38. CC 2010-33 QPC, 22 septembre 2010, cons. 4, JO 23 septembre 2010, p. 17292.

■ 39. CC 2011-183/184 QPC, 14 octobre 2011, cons. 8, JO 15 octobre 2011, p. 17466.

■ 40. CC 2012-652 DC, 22 mars 2012, R. p. 5607.

■ 41. CC 90-286 DC, 28 décembre 1990, R. p. 107 ; CC 90-283 DC, 8 janvier 1991, R. p. 11 ; CC 91-304 DC, 15 janvier 1992, R. p. 18 ; CC 92-305 DC, 21 février 1992, R. p. 27 ; CC 92-316 DC, 20 janvier 1993, R. p. 14 ; CC 93-324 DC, 3 août 1993, R. p. 208 ; CC 93-328 DC, 16 décembre 1993, R. p. 547 ; CC 93-333

L'incompétence négative ne peut, en effet, être utilement soulevée que si l'intervention du législateur est requise par la Constitution. Ainsi, dans sa décision du 20 mars 1997⁴², le Conseil a jugé qu'il ne saurait être reproché au Parlement de ne pas avoir précisé les modalités de création et d'organisation des fonds d'épargne retraite dans la mesure où « ces prescriptions ne se rattachent à aucune des dispositions de l'article 34 de la Constitution non plus qu'à aucune règle de valeur constitutionnelle ». En revanche, si le Parlement intervient dans son domaine de compétence, il invite et même oblige ce dernier à ne pas abandonner son pouvoir, et à poser lui-même, de façon précise, les règles essentielles relevant de sa compétence afin d'éviter que les autorités chargées de les mettre en œuvre disposent d'une marge d'appréciation trop grande : « il incombe au législateur, insiste le Conseil dans sa décision du 12 août 2004,⁴³ d'exercer pleinement sa compétence et d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur les autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination lui a été confiée par la Constitution ». Cette jurisprudence rejoint celle par laquelle le Conseil impose au législateur le respect du principe de clarté de la loi et de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi. Ainsi, dans la décision du 28 juillet 2011⁴⁴, la loi est censurée sur le double fondement de l'incompétence négative et de l'OVC d'intelligibilité et d'accessibilité car elle n'a pas défini avec précision, selon le juge constitutionnel, l'objet des règles qui doivent être prises par le pouvoir réglementaire pour assurer l'accessibilité des personnes handicapées aux nouveaux bâtiments. La jurisprudence des incompétences négatives rencontre également, en de nombreuses occasions, celle des « garanties légales des exigences constitutionnelles ». Par exemple, dans sa décision du 25 avril 2014⁴⁵, l'incompétence négative est sanctionnée au motif que « la méconnaissance par le législateur de sa compétence dans la détermination des conditions essentielles de l'organisation des établissements pénitentiaires prive de garanties légales l'ensemble des droits et libertés constitutionnellement garantis dont bénéficient les détenus ».

B. LE VICE DE PROCÉDURE

314 Le second cas d'inconstitutionnalité formelle est le vice de procédure par le contrôle duquel le Conseil s'assure si la loi a été élaborée selon les règles constitutionnelles.

Le Conseil vérifie d'abord que les consultations préalables imposées par la Constitution avant le vote de certaines lois ont été faites. Ainsi, le Conseil considère et sanctionne comme un vice de procédure les lois qui, par leur objet,

DC, 21 janvier 1994, *R.* p. 32 ; CC 99-419 DC, 9 novembre 1999, *R.* p. 116 ; CC 99-416 DC, 23 juillet 1999, *R.* p. 100 ; CC 2000-433 DC, 27 juillet 2000, JO 2 août 2000, p. 11922.

■ 42. CC 97-388 DC, 20 mars 1997, *R.* p. 31.

■ 43. CC 2004-503 DC, 12 août 2004, *R.* p. 150.

■ 44. CC 2011-639 DC, 28 juillet 2011, JO 30 juillet 2011, p. 13011.

■ 45. CC 2014-393 QPC, 25 avril 2014, cons. 6 à 8, JO, 27 avril 2014 p. 7362.

concernent l'organisation particulière des collectivités d'outre-mer et n'ont pas été soumises à la consultation des assemblées délibérantes de ces collectivités contrairement aux dispositions de l'article 74 de la Constitution⁴⁶. Le défaut de consultation obligatoire est particulièrement bien contrôlé par le Conseil puisqu'il n'hésite pas à soulever d'office ce moyen⁴⁷, en donne une définition large⁴⁸, et impose que la consultation ait lieu avant la saisine pour avis du Conseil d'État⁴⁹.

Ce contrôle ne porte pas seulement sur l'effectivité ou non de la consultation des Assemblées des collectivités d'outre-mer. Il s'applique aux autres hypothèses de consultation prévues par la Constitution. Ainsi, dans sa décision des 25-26 juin 1986, le Conseil considère que pour la loi d'habilitation en matière de privatisation, l'absence de consultation ne constitue pas un vice de procédure, dans la mesure où elle n'est obligatoire, selon l'article 70, que pour un plan ou un projet de loi de programme à caractère économique et social, ce que n'est pas, précise-t-il, la loi de privatisation⁵⁰. En matière environnementale également, le Conseil vérifie la réalité de la « participation » des citoyens à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement imposée par l'article 7 de la Charte de 2004. Par exemple, dans la décision du 2 février 2016, il examine avec précision les modalités législatives de consultation du public préalablement aux projets de construction des futurs ouvrages de transport d'électricité⁵¹. Le Conseil semble même étendre sa jurisprudence à des cas non prévus par la Constitution, mais où la nécessité de la consultation préalable d'un organisme non parlementaire découle, selon lui, de l'objet même de la loi en cause⁵².

315 Le Conseil vérifie ensuite si la discussion parlementaire s'est déroulée dans le respect des règles constitutionnelles de procédure⁵³. Ce contrôle a donné lieu à des invalidations célèbres. Celle du 24 décembre 1979 par laquelle le Conseil déclare contraire à la Constitution la loi de finances pour 1980 au motif que le Parlement, ayant discuté de la seconde partie du budget qui fixe le montant des dépenses sans avoir au préalable voté la première partie qui fixe le montant des recettes, n'avait pas respecté la procédure prévue à l'article 40 de l'ordonnance du 2 janvier 1959⁵⁴. Celles encore du 23 janvier 1987⁵⁵ et du 12 janvier 1989⁵⁶, par lesquelles il censure

■ 46. CC 80-122 DC, 22 juillet 1980, *R.* p. 49 ; CC 81-131 DC, 16 décembre 1981, *R.* p. 39 ; CC 83-165 DC, 20 janvier 1984, *R.* p. 30 : dès lors qu'il est constant que la consultation des assemblées territoriales n'a pas eu lieu, la loi relative à l'enseignement supérieur ne saurait être applicable dans les TOM ; CC 97-390 DC, 19 novembre 1997, *R.* p. 254.

■ 47. CC 81-129 DC, 30-31 octobre 1981, *R.* p. 35.

■ 48. *V. infra* n° 650 et s.

■ 49. CC 2007-559 DC, 6 décembre 2007, JO 8 décembre 2007, p. 19905.

■ 50. CC 86-207 DC, 25-26 juin 1986, *R.* p. 61.

■ 51. CC 2015-518 QPC, 2 février 2016, JO 5 février 2016, texte n° 75.

■ 52. CC 77-83 DC, 20 juillet 1977, *R.* p. 39 : « si le projet dont est issue cette loi – retenue de traitement pour absence de service fait – n'a pas été soumis à l'avis du Conseil supérieur de la fonction publique préalablement à sa présentation au Parlement, cette circonstance est sans influence sur la conformité de la loi à la Constitution, dès lors que les dispositions de ce texte n'exigeaient pas, en raison de son objet même, une telle consultation ». *A contrario*...

■ 53. *V. pour de plus amples développements infra* n° 568 et s.

■ 54. CC 79-110 DC, 24 décembre 1979, *R.* p. 36.

■ 55. CC 87-225 DC, 23 janvier 1987, *R.* p. 13.

■ 56. CC 88-249 DC, 12 janvier 1989, *R.* p. 7.

des amendements au motif que, sans lien avec le texte en cours de discussion et dépassant par leur objet et leur dimension les limites inhérentes à l'exercice du droit d'amendement, ils portent atteinte à la procédure législative ordinaire et à la procédure spécifique des amendements prévues à l'article 44 de la Constitution.

316 Le Conseil n'est pas toujours aussi « sévère », ou plus exactement, il s'efforce, pour chaque cas, de mesurer l'influence du vice de procédure sur l'adoption de la loi. Ainsi, il considère que le non-respect de l'article 27 de la Constitution selon lequel « le droit de vote des membres du Parlement est personnel » ne saurait entacher de nullité la procédure d'adoption de la loi dans la mesure où il n'est pas établi que les députés pour lesquels « on » a voté auraient émis un vote différent et où le résultat final du vote n'a pas été affecté par ces procédés⁵⁷. Dans le même esprit, le Conseil s'abstient de contrôler le fonctionnement des « commissions mixtes paritaires » même si ce fonctionnement peut avoir des conséquences sur le processus d'adoption des lois. Par exemple, lors du vote de la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte en 2015, les sénateurs reprochaient au président de la CMP d'avoir volontairement abrégé les débats pour empêcher le vote de la loi. Mais le Conseil refuse – à raison – d'entrer dans ce débat très « politique »⁵⁸. De même, il se montre compréhensif à l'égard de l'exigence des études d'impact préalables au projet de loi en considérant qu'elles ne sauraient avoir pour effet de limiter le droit d'amendement des parlementaires⁵⁹ ou que plusieurs projets de loi ayant le même objet ne donnent lieu qu'à une seule étude d'impact⁶⁰. Au demeurant, appliquant à la lettre les 3^o et 4^o alinéas de l'article 39 de la Constitution, le Conseil estime que la Conférence des présidents doit impérativement être saisie *au cours* de la discussion parlementaire ; à défaut le grief tiré de l'exigence d'étude d'impact est inopérant⁶¹.

S'engageant ainsi dans la voie d'un contrôle du fonctionnement interne du Parlement qui irrite parfois les Présidents des Assemblées⁶², le Conseil constitutionnel assure, avec fermeté et nuance, le respect d'une procédure d'élaboration des lois permettant aux députés et sénateurs... de parler, discuter, être informés et de voter⁶³...

■ 57. CC 87-225 DC, 23 janvier 1987, R. p. 13.

■ 58. CC 2015-718 DC, 13 août 2015, JO 18 août 2015, p. 14376.

■ 59. CC 2010-618 DC, 9 décembre 2010, R. p. 367.

■ 60. CC 2010-603 DC, 11 février 2010, R. p. 58.

■ 61. CC 2015-718 DC, 13 août 2015, JO 18 août 2015, p. 14376.

■ 62. Voir le communiqué commun des Présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat, et l'article de J. CHABAN-DELMAS, « Défense du Parlement », in *Le Monde* des 28 et 29 janvier 1987.

■ 63. Voir par exemple, P. TERNEYRE, « La procédure législative ordinaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RDP* 1985, p. 691. D. CHAMUSSY, « La procédure parlementaire et le Conseil constitutionnel », *NCCC*, n° 38, 2013, p. 37.

§ 2. LE CONTRÔLE DE LA CONSTITUTIONNALITÉ « INTERNE »

A. LA VIOLATION DE LA CONSTITUTION

317 Le premier cas d'inconstitutionnalité interne ou matérielle est bien entendu la violation de la Constitution. Sans doute l'incompétence et le vice de procédure sont également des violations de la Constitution ; c'est pourquoi il faut comprendre ce cas d'ouverture comme visant seulement les atteintes portées par une loi aux droits et libertés fondamentaux. Par ailleurs, l'expression « Constitution » doit être entendue de façon large puisque le Conseil vérifie le respect des droits et libertés contenus dans tous les textes auxquels il a attribué valeur constitutionnelle : Déclaration de 1789, principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, principes particulièrement nécessaires à notre temps, principes à valeur constitutionnelle et Charte de 2004. Pour être tout à fait exact, il conviendrait donc de désigner ce cas d'ouverture par la formule « violation de la charte des droits fondamentaux ».

Ainsi défini, ce contrôle interne de la loi permet au Conseil de vérifier d'abord si le Parlement n'a pas porté atteinte aux droits et libertés par suite d'une erreur commise sur la signification des principes constitutionnels, sur ce qu'ils permettaient de décider. Poussant ensuite plus loin son examen, le Conseil s'assure, avec prudence cependant, que le législateur n'a pas commis une erreur d'appréciation des faits et des circonstances sur lesquels il a fondé sa loi.

Ces deux formes de la violation du bloc de constitutionnalité – erreur de droit, erreur de fait – donnent à ce cas d'ouverture une importance particulière qui tient aux moyens de contrôle mis en œuvre par le Conseil constitutionnel. Pour cette raison, cette question sera étudiée dans une section spécialement consacrée à ces moyens⁶⁴.

B. LE DÉTOURNEMENT DE POUVOIR

318 Le Conseil peut-il vérifier que le Parlement use bien de ses pouvoirs en vue des buts pour lesquels ils lui ont été conférés et non pour poursuivre d'autres objectifs, moins avouables ? En d'autres termes, le détournement de pouvoir constitue-t-il un cas d'ouverture admis par le Conseil constitutionnel ? Il ne le semble pas, aucune décision n'en ayant fait, jusqu'à présent, expressément mention. Et comme pour mieux afficher sa « distance », le Conseil répète régulièrement, depuis la décision *IVG* du 15 janvier 1975⁶⁵, que « l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement »⁶⁶. Il est vrai que l'admission de ce cas d'inconstitutionnalité conduirait le Conseil à pénétrer fort avant dans la subjectivité du législateur dans la mesure où il implique la recherche des intentions véritables de l'auteur de l'acte –

64. V. *infra* n° 321 et s.

65. CC 74-54 DC, 15 janvier 1975, cons. 1, JO 16 janvier 1975, p. 671.

66. Depuis 2000, il ajoute même que « le Conseil constitutionnel n'a pas un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement », CC 2000-433 DC, 27 juillet 2000, cons. 41, JO 2 août 2000, p. 11922.

le mobile déterminant, la « cause subjective » disent les civilistes – au-delà de celles explicitement affichées. Au regard de l'histoire particulière du contrôle de la constitutionnalité des lois en France, il est donc compréhensible que le Conseil hésite à s'engager dans l'exercice d'un contrôle du détournement de pouvoir qui apparaîtrait toujours plus ou moins comme une condamnation morale du Parlement accusé de légiférer dans un but autre que l'intérêt du pays⁶⁷. Le Conseil d'État lui-même, qui l'a admis, préfère ne point trop l'utiliser, le développement du contrôle de la violation de la loi lui offrant de plus grands avantages.

319 Cependant, la réalité jurisprudentielle est peut-être plus complexe. Le détournement de pouvoir a en effet été invoqué par les auteurs de saisine dans plusieurs affaires. En 1984, les députés demandent au Conseil de censurer pour détournement de pouvoir la loi Fillioud visant à limiter la concentration des entreprises de presse. Selon eux, la loi n'a pas pour but l'intérêt public ou la réalisation d'un plus grand pluralisme, mais « la volonté de démanteler le plus important groupe de presse d'opposition » ; s'appuyant sur de multiples témoignages, ils démontrent que la loi a été faite uniquement pour un mobile politique et est dirigée contre un seul homme, Robert Hersant ; en conséquence, concluent-ils, « à l'exemple du juge administratif, le Conseil constitutionnel ne pourra que relever ce détournement de pouvoir »⁶⁸. Il ne le relèvera pas expressément, mais il conduit un raisonnement qui, implicitement, est celui du contrôle du détournement de pouvoir. Le Conseil va ainsi considérer que le législateur ne peut remettre en cause des situations acquises que dans deux hypothèses : *pour* mettre fin à leur éventuelle illégalité et *pour* restaurer un pluralisme effectif qui aurait disparu. Et constatant qu'aucun de ces buts « ne peut être valablement soutenu », il déclare contraire à la Constitution les dispositions visant à soumettre le groupe Hersant aux nouvelles règles anti-concentrations⁶⁹.

En 1986 à nouveau, les députés contestent devant le Conseil la loi Pasqua relative au découpage électoral au motif que l'intérêt réel du texte, celui « qui restitue sa cohérence au découpage, en indique la logique et en traduit l'arrière-pensée, est l'intérêt politique qu'en escomptent ses auteurs »⁷⁰. Le Conseil, dans sa décision, admet que soit soulevée devant lui la question de l'intérêt réel poursuivi par le législateur, reconnaît même « la pertinence de certaines critiques adressées par les auteurs de la saisine à l'encontre de la délimitation des circonscriptions » mais considère qu'en l'« état du dossier et compte tenu de la variété et de la complexité des situations locales », il ne lui est pas possible de conclure à l'arbitraire des choix opérés par le Parlement⁷¹. La rédaction embarrassée de la décision montre à la fois les contraintes politiques générales qui pèsent sur le Conseil, et les difficultés propres liées à l'utilisation du détournement de pouvoir dans le contentieux constitutionnel : imagine-t-on le Conseil affirmer que le découpage électoral a été fait non

■ 67. Pour le doyen HAURIU, le contrôle du détournement de pouvoir permet au Conseil d'État de soumettre l'Administration à un contrôle de moralité, opinion partagée, avec des nuances, par le doyen VEDEL, *Droit administratif*, Thémis, p. 779.

■ 68. JO 13 octobre 1984, p. 3211-3212.

■ 69. CC 84-181 DC, 10-11 octobre 1984, R. p. 78.

■ 70. JO 19 novembre 1986, p. 13770.

■ 71. CC 86-218 DC, 18 novembre 1986, R. p. 167.

dans un but d'intérêt public mais pour satisfaire les intérêts personnels et politiques des députés RPR et UDF ? Il est probable que le Conseil constitutionnel, pour éviter ce type de situation délicate, laisse donc fermée ou entrouverte la voie du détournement de pouvoir et préfère, comme son voisin du Palais-Royal, développer le contrôle de la violation du bloc de constitutionnalité.

Le détournement de pouvoir ressurgit en 1994. Aux dernières heures du second septennat de François Mitterrand, le gouvernement décide de décaler les prochaines élections municipales aux 11 et 18 juin 1995, alors que la législation en vigueur prévoyait la tenue des élections au mois de mars. Motif invoqué : une « nécessité juridique incontestable »⁷² liée au risque de télescopage entre les préparatifs de l'élection présidentielle à venir – notamment le recueil des soutiens des maires – et les nouvelles élections municipales. Mais la mesure provoque la colère de l'opposition qui voit dans ce chambardement du calendrier un authentique détournement de pouvoir. Les indiscretions politiques évoquent en effet un projet de loi qui aurait pour seul but d'offrir au candidat RPR une solution de repli vers la mairie de Paris en cas de défaite lors de l'élection présidentielle... Saisi de l'affaire, le Conseil refuse d'examiner le grief et rappelle simplement que « le législateur, compétent pour fixer les règles concernant le régime électoral des assemblées locales, peut, sous réserve du respect des dispositions et principes de valeur constitutionnelle, librement modifier ces règles »⁷³.

À nouveau en 2010, lors de l'examen de la loi relative à l'ouverture à la concurrence des jeux d'argent et de hasard en ligne, les députés dénoncent un détournement de pouvoir sans le dire expressément. Plus subtils que leurs aînés, ils invoquent une méconnaissance du principe d'égalité protégé par l'article 6 de la Déclaration car, pensent-ils, « plusieurs indices graves et concordants permettent d'affirmer que la majorité a clairement choisi ce texte afin d'assurer la promotion d'intérêts privés au détriment des intérêts supérieurs de la collectivité ». Le législateur aurait ainsi répondu aux appels pressants des grands noms du secteur – la Française des jeux, le PMU – et n'aurait pas œuvré dans un but d'intérêt général en autorisant les jeux de hasard sur internet. Le Conseil répond, comme à son habitude, sans rechercher le mobile déterminant du Parlement et constate simplement « qu'eu égard aux objectifs qu'il s'est assignés, le législateur a adopté des mesures propres à assurer une conciliation » entre la liberté d'entreprendre et la sauvegarde de l'ordre public⁷⁴.

320

En revanche, le Conseil admet et examine certains griefs tirés d'un détournement *de procédure*, c'est-à-dire de l'utilisation d'une procédure à des fins autres que celles auxquelles elle doit constitutionnellement servir. Ainsi, dans la décision des 1^{er} et 2 juillet 1986, il repousse l'idée avancée par les requérants que le recours aux ordonnances a pour but réel d'empêcher l'exercice du contrôle de constitutionnalité, au motif que le gouvernement n'est pas dispensé dans ce cas du respect des règles et principes de valeur constitutionnelle⁷⁵. De même, le Conseil précise avec

■ 72. Rapport fait au nom de la commission des lois, par C. BONNET, 1^{er} juin 1994.

■ 73. CC 94-341 DC, 6 juillet 1994, JO 9 juillet 1994, p. 9956.

■ 74. CC 2010-605 DC, 12 mai 2010, JO 13 mai 2010, p. 8897.

■ 75. CC 86-208 DC, 1-2 juillet 1986, R. p. 78.

force que l'utilisation par le Sénat de la procédure de la question préalable pour accélérer le vote de la loi alors qu'elle a pour but de faire décider qu'il n'y a pas lieu à délibérer, n'affecte pas, « *au cas présent* – la loi relative au découpage électoral – la régularité de la procédure législative »⁷⁶. L'utilisation répétée de l'article 49-3 pour interdire toute discussion parlementaire – ce qui n'est pas sa finalité –, la mise en œuvre des ordonnances pour contourner la discussion parlementaire⁷⁷, ou l'utilisation de différentes techniques pour bloquer le processus législatif pourraient-elles être sanctionnées par le Conseil comme des détournements de procédure ? Bien qu'il se soit donné la mission générale « d'examiner si la loi a été adoptée dans le respect des règles de valeur constitutionnelle relatives à la procédure législative »⁷⁸, il est permis d'en douter au regard de la décision du 30 décembre 1995⁷⁹, par laquelle le Conseil juge « que la circonstance que plusieurs procédures aient été utilisées cumulativement, sans être contraires à la Constitution, pour accélérer l'examen de la loi n'est pas à elle seule de nature à rendre inconstitutionnel l'ensemble de la procédure législative ». En l'espèce, pour faire adopter la loi l'autorisant à réformer par ordonnances la protection sociale, le gouvernement avait utilisé la déclaration d'urgence prévue à l'article 45 pour limiter à une seule lecture par assemblée la délibération de la loi, la question de confiance prévue à l'article 49-3 pour accélérer la discussion à l'Assemblée nationale, et le Sénat avait utilisé la question préalable pour accélérer l'adoption sans débat du texte. Il est regrettable que la bonne marche des institutions parlementaires soit une marche au pas gouvernemental, et le Conseil pourrait intervenir, sans doute avec prudence, pour rétablir un meilleur équilibre des pouvoirs dans la fabrication de la loi.

La décision du 30 mars 2006⁸⁰ s'inscrit dans une même logique. Les requérants reprochaient au gouvernement d'avoir introduit par voie d'amendement la principale mesure de la loi (l'article 8) afin de contourner l'examen obligatoire du Conseil d'État. Cette « insertion » était d'autant plus critiquable que le texte avait été adopté au pas de charge, en urgence et en mobilisant le 49-3. Mais le Conseil refuse d'ouvrir le débat du « détournement de procédure » et note simplement que le droit d'amendement, s'il respecte les règles habituelles, reste pleinement libre en première lecture, y compris pour le gouvernement.

À nouveau en 2013, les requérants évoquent un « détournement de procédure » à propos de la loi relative à la bioéthique. Dans ce domaine, l'article L. 1412-1-1 du Code de la santé publique prévoit que « tout *projet* de réforme sur les problèmes éthiques et les questions de société (...) doit être précédé d'un débat public sous forme d'états généraux ». « *Projet* » dit le Code de la santé publique, et non « proposition ». Or, précisément, la loi avait été introduite sous la forme d'une proposition parlementaire et les députés voyaient dans ce procédé une simple manœuvre

■ 76. CC 86-218 DC, 18 novembre 1986, R. p. 167.

■ 77. « Le seul argument avancé par le gouvernement est juridiquement étonnant et infondé puisqu'il justifie le besoin de cette habilitation sur l'urgence et donc le temps de discussion parlementaire que nécessiterait la discussion d'un projet de loi sur cette matière » (à propos de la réforme du droit des contrats), Saisine des sénateurs lors de la décision CC 2015-710 DC, 12 février 2015, JO 17 février 2015, p. 2969.

■ 78. CC 75-57 DC, 23 juillet 1975, R. p. 24.

■ 79. CC 95-370 DC, 30 décembre 1995, R. p. 269.

■ 80. CC 2006-535 DC, 30 mars 2006, JO 2 avril 2006, p. 4964.

permettant d'écarter tout « débat public ». Le Conseil juge néanmoins que l'argument n'est pas pertinent et que « le grief tiré de ce que le recours à une proposition de loi (...) serait constitutif d'un « détournement de procédure » doit en tout état de cause être écarté ».

De même encore, à l'occasion de l'examen de la loi Macron à l'été 2015, les députés dénonçaient le « détournement de la procédure parlementaire » par l'utilisation massive du droit d'amendement gouvernemental et par le recours intempestif au 49-3 avant toute discussion en séance publique. Sans surprise, le Conseil recadre l'argumentation sur le contrôle des irrégularités de procédure en s'interdisant toute recherche des finalités de la loi, et juge sèchement « qu'aucune exigence constitutionnelle n'a été méconnue lors de la mise en œuvre » de ces procédures⁸¹.

SECTION II | LES MOYENS DE CONTRÔLE

321 Parmi les différents moyens que le Conseil utilise pour vérifier la constitutionnalité d'une loi, deux d'entre eux méritent, par leur importance et la portée qu'ils donnent aux interventions du Conseil, de retenir plus particulièrement l'attention : l'interprétation, qui pose le problème du pouvoir normatif du juge (§1) et l'erreur manifeste d'appréciation, qui pose le problème de la nature du contrôle de constitutionnalité (§2).

§ 1. L'INTERPRÉTATION NORMATIVE

A. L'INTERPRÉTATION, ACTE DE CONNAISSANCE OU ACTE DE VOLONTÉ ?

322 L'interprétation est au cœur de la fonction de juger. Ce qui est en jeu dans la saisine ou le mémoire QPC, ce qui est toujours contesté par les requérants, ce sont à la fois l'erreur d'interprétation des principes constitutionnels commise par le législateur et l'objet ou les effets de la loi qui, tels qu'ils sont interprétés par les auteurs du recours, sont affirmés contraires à la Constitution. Pour répondre à ces critiques, pour démontrer par exemple que l'interprétation faite de la loi par les requérants est inexacte, bref, pour déclarer une loi conforme ou non à tel ou tel principe constitutionnel, le Conseil est donc obligé de déterminer *et* la signification du droit ou de la liberté en cause *et* le sens exact de la loi contestée. Ou même de la loi telle qu'interprétée par le Conseil d'État ou la Cour de cassation, dès lors « qu'en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition »⁸².

■ 81. CC 2015-715 DC, 5 août 2015, JO 7 août 2015, p. 13616.

■ 82. CC 2010-39 QPC, 6 octobre 2010, JO 7 octobre 2010, p. 18154.

L'interprétation des textes est ainsi l'enjeu d'un contentieux constitutionnel qui voit s'affronter celle du Parlement, celle des auteurs du recours, éventuellement celle du Conseil d'État et de la Cour de cassation, et celle du Conseil. Pour ce dernier, en effet, l'interprétation est une opération intellectuelle inhérente à sa fonction, un instrument obligé, nécessaire à l'exercice de son contrôle : le Conseil l'a explicitement reconnu dans sa décision du 24 juillet 1991⁸³ en déclarant qu'il lui appartenait de procéder à l'interprétation du texte qui lui est déféré « dans la mesure où cette interprétation est nécessaire à l'appréciation de sa constitutionnalité ». La formule se veut restrictive – « dans la mesure où » – et limitée au cas d'espèce ; elle vaut pourtant principe de jugement : l'interprétation est toujours nécessaire à l'appréciation de la constitutionnalité d'une loi.

323 Si la doctrine admet, dans l'ensemble, ce principe, elle se divise, pour rendre compte du travail d'interprétation, en deux grandes écoles⁸⁴. Selon la première, le sens d'un énoncé constitutionnel est contenu dans l'énoncé lui-même. Dès lors interpréter, c'est, pour l'organe d'application et en particulier l'organe juridictionnel, *découvrir* le sens déposé dans le texte par son auteur. Sans doute, le sens n'est-il pas toujours immédiatement visible ; mais il suffit de se plonger dans les débats préparatoires, de rechercher l'intention de l'auteur, et/ou de procéder à une analyse grammaticale pour découvrir le sens qui, de toute façon, est déjà là, présent dans le texte. L'interprétation est donc, ici, un simple acte de connaissance par lequel le juge constate la signification d'un texte. Selon la seconde école, le sens d'un énoncé n'est pas contenu dans l'énoncé. Ce dernier est seulement un ensemble de mots, de marques graphiques sur du papier, de signes qui ne sont pas signifiants ou qui, au mieux, ouvrent sur une pluralité de signifiants. Dès lors interpréter, c'est, pour le juge, *choisir, inventer, créer* le sens du texte et ainsi, par cette allocation de sens, lui donner – au sens fort du terme... – sa qualité de norme. L'interprétation est donc ici un acte de volonté par lequel le juge détermine librement la signification d'un texte.

Ces deux écoles ont, chacune, un mérite. Celui de la première est politique : il permet de soutenir que le juge n'est pas un pouvoir mais un organe subordonné et soumis à des normes qui possèdent un sens indépendamment de son intervention, et un sens qui s'impose à lui. Celui de la seconde est réaliste : il s'accorde avec la réalité indéterminée de tout acte de langage, ce qu'est d'abord une constitution, physiquement simple acte écrit. Mais, ces deux écoles ont, surtout, des « défauts ». L'école de l'interprétation-découverte suppose de croire qu'un texte a un auteur précis et clairement identifiable alors qu'il peut être produit par une multitude d'acteurs, que l'intention est unique alors que le texte peut renvoyer à des intentions contradictoires. Pour décider le 21 février 2013⁸⁵ que l'organisation des cultes en Alsace-Moselle n'est pas contraire au principe de laïcité, le Conseil se réfère aux travaux préparatoires du projet de la Constitution du 27 octobre 1946 et à ceux du

■ 83. CC 91-298 DC, 24 juillet 1991, *R.* p. 82, dans le même sens, CC 2009-590 DC, 22 octobre 2009, cons. 4 et 6, JO 29 octobre 2009, p. 18292. Pour une confirmation en QPC de cette ligne jurisprudentielle, cf. CC 2013-322 QPC, 14 juin 2013, cons. 12, JO 16 juin 2013, p. 10026.

■ 84. Chacune, évidemment, est divisée en de multiples « sous-écoles ».

■ 85. CC 2013-297 QPC, 21 février 2013, JO 23 février 2013, p. 3110.

projet de la Constitution du 4 octobre 1958 proclamant que la France est une « République... laïque », pour juger que « la Constitution n'a pas pour autant entendu remettre en cause les dispositions législatives ou réglementaires particulières applicables dans plusieurs parties du territoire de la République lors de l'entrée en vigueur de la Constitution et relatives à l'organisation de certains cultes et, notamment, à la rémunération de ministres du culte ». Or, à lire les débats de 1946, il apparaît au contraire que l'intention des constituants était partagée, certains considérant que le principe de la République laïque valait, évidemment, pour l'ensemble du territoire français. Ainsi de Jacques Baumel déclarant qu'« il ne peut y avoir de doute dans l'esprit de qui que ce soit : (...) l'article sur la laïcité est voté pour l'ensemble du territoire français sans faire aucune discrimination entre ces départements français de l'Est, qui font partie de la France, et les autres départements français ». Ou de Jean Wagner affirmant qu'« il ne peut y avoir plusieurs Constitutions pour la France, une pour le Nord, une pour le Midi, une troisième pour l'Est et une autre pour l'Ouest, lorsque la Constitution sera votée, elle sera applicable à l'Alsace comme à tous les autres départements de la France ». Au demeurant, à supposer qu'il soit possible de découvrir, par exemple, que pour les hommes de 1789, le mot « égalité » signifiait égalité entre les personnes de sexe masculin, en quoi le juge d'aujourd'hui serait-il tenu par cette signification ? Quant à l'école de l'interprétation-création, elle suppose, pour affirmer la liberté d'invention du juge, de croire que les mots posés dans le texte n'ont pas de réalité, ne sont pas le support matériel du pouvoir interprétatif. Au fond, elles partagent la même croyance et donc la même erreur : la croyance en un auteur identifiable du sens d'un énoncé, celui qui l'a écrit pour la première école – le constituant, par exemple – celui qui le crée pour la seconde – le juge constitutionnel, par exemple.

Est-il possible d'éviter ces erreurs par la pensée herméneutique ?

B. L'INTERPRÉTATION, UN ACTE DE CONCRÉTISATION CONTINUE

1. Les apports de la pensée herméneutique

324 Si la pensée herméneutique admet qu'un texte n'a de présence que par et dans l'interprétation, et si, par conséquent, elle relève de la philosophie dite déconstructionniste, elle comprend la déconstruction comme un *concept limite* au sens de Nietzsche, c'est-à-dire, non un concept qui fait exploser ou qui dissout le texte, mais qui marque le caractère inépuisable du texte et interdit à l'interprétation de prétendre livrer la vérité du texte.

Penser dans cette logique l'objet Constitution tel qu'il a été transformé par la justice constitutionnelle⁸⁶, c'est considérer que si les mots de la Constitution n'enferment jamais le Conseil dans le rôle d'un souffleur rappelant sa partition à l'auteur parlementaire, ils n'en sont pas moins là, présence à la fois réelle et mystérieuse ; *si la condition des mots est de devoir être interprété pour prétendre à la*

⁸⁶ D. ROUSSEAU, « Les transformations du droit constitutionnel sous la V^e République », *RDP*, 1998, p. 1780.

réalité, la condition de l'interprétation est la présence des mots. En d'autres termes, les mots ne se résorbent pas dans leur interprétation, sauf à vouloir construire un dogme en figeant l'interprétation transformée en fétiche. Le texte existe avant l'interprétation et subsiste après elle ; l'interprétation a sans doute pour projet de trouver le sens du texte, de livrer son secret ; mais le mystère ne peut jamais être complètement levé car un texte reste à jamais inépuisable. Inépuisable ne veut pas dire qu'il est impossible de construire un sens à partir du texte ; cela veut dire que le sens construit n'épuise pas le texte ; il n'est qu'un moment de l'histoire du texte qui continue à vivre et donc à pouvoir être le support, plus tard, d'autres interprétations.

Ainsi, la pensée herméneutique permet de sortir de cette alternative où, soit le souverain est considéré capable de produire, directement et sans médiation, une volonté normative, soit le Conseil est censé créer, discrétionnairement et sans contraintes, les droits constitutionnels. La parole du souverain ne prend consistance et n'acquiert une efficacité que dans une relation complexe entre cette parole telle qu'elle est transcrite en mots dans la Constitution et tous ceux qui ont à en faire usage ; c'est dans cette relation, et non dans le geste unilatéral, volontaire et solitaire d'une des parties à cette relation, que se construit le sens des énoncés constitutionnels, que la parole du souverain devient agissante. Et dans ce jeu complexe de production de sens, la juridiction constitutionnelle n'est qu'un des acteurs, celui qui oblige les autres à argumenter leur lecture de tel ou tel énoncé, à étayer la prétention à la validité de leur interprétation, qui soumet à la critique la pertinence des arguments – par une procédure contradictoire, il est vrai encore insuffisante en DC et perfectible en QPC – et qui sanctionne par sa décision la signification de l'énoncé constitutionnel à laquelle, au moment où elle intervient, l'échange a permis d'aboutir. Ces créations constitutionnelles ne sont donc pas, puisqu'il faut y revenir, l'expression d'une volonté de puissance du troisième pouvoir délivrant seul la vérité de la Constitution en absorbant et soumettant tous les autres à ses oracles. Le juge est seulement un élément de la chaîne argumentative qui intervient, à un moment donné, pour sanctionner par sa décision le sens d'un énoncé constitutionnel, sans pour autant arrêter par sa sanction cette chaîne ; elle continue de vivre, car le sens produit ouvre, dans les assemblées, dans les juridictions, dans la doctrine, dans l'espace public, de nouveaux débats, de nouvelles réflexions qui peuvent produire, quelque temps plus tard, une nouvelle interprétation. D'une certaine manière, le juge constitutionnel n'est que l'institutionnalisation de l'indétermination du droit.

2. | Les dynamiques de l'interprétation constitutionnelle

325 **Caractère évolutif des normes de référence.** Dans une perspective herméneutique, l'interprétation de la Constitution par le Conseil constitutionnel est évolutive et ne peut être autrement. Nul besoin de revenir sur les créations prétoriennes qui ont considérablement enrichi le corpus des droits et libertés constitutionnels. De la liberté d'association à la liberté de conscience, de la liberté d'enseignement à la liberté d'expression et de communication, en passant par la protection de la dignité, la liberté contractuelle, les droits des étrangers, la liste est loin d'être exhaustive.

Surtout, le processus continu de création est inachevé – par définition – et a permis récemment de consacrer la liberté d'accéder à internet⁸⁷, le principe d'espérance légitime⁸⁸ ou la protection constitutionnelle du secret du délibéré⁸⁹.

Au-delà du catalogue des principes constitutionnels, leur portée concrète et leur champ d'application constituent des enjeux majeurs. Ainsi, dans la décision du 22 mars 2012 censurant la loi créant la carte d'identité biométrique, le Conseil constitutionnel estime que la liberté proclamée par l'article 2 de la Déclaration de 1789 « implique le droit au respect de la vie privée » et « par suite, la collecte, l'enregistrement, la conservation, la consultation et la communication de données à caractère personnel doivent être justifiés par un motif d'intérêt général et mis en œuvre de manière adéquate et proportionnée à cet objectif »⁹⁰. De même, à propos du droit de propriété, le Conseil avait dès 1982 constaté que « les finalités et les conditions d'exercice [de ce droit] ont subi une évolution caractérisée à la fois par une notable extension de son champ d'application à des domaines individuels nouveaux et par des limitations exigées par l'intérêt général »⁹¹. Ce qui l'a conduit ensuite à intégrer dans le giron du droit constitutionnel de propriété les biens incorporels comme la marque de fabrique, de commerce ou de service⁹² ou les droits de propriété intellectuelle⁹³.

Pour autant, le dynamisme interprétatif ne signifie pas que le Conseil constitutionnel réponde favorablement à toutes les sollicitations des parlementaires ou des justiciables en faveur de l'enrichissement des normes de référence. Ainsi, la question de savoir si le principe de précaution est un droit ou une liberté invocable en QPC n'est toujours pas tranchée en raison de dissensions entre les membres : à chaque renvoi de QPC, soit il ne répond pas⁹⁴, soit il avoue son indécision sur un thème clivant⁹⁵. De même, en dépit des nombreuses invitations de la part des professionnels concernés, le Conseil estime qu'« aucune disposition constitutionnelle ne consacre spécifiquement un droit au secret des échanges et correspondances des avocats et un droit au secret des sources des journalistes »⁹⁶. Mais la réflexion continue car les juges européens prennent position, les justiciables poseront à nouveau des QPC et le Conseil pourrait parfaitement faire découler le secret professionnel de l'avocat, des droits de la défense, des règles du procès équitable, du droit au respect de la vie privée et du secret des correspondances, mais également de la bonne administration de la justice et de la liberté d'entreprendre de l'avocat. De même, le secret des sources des journalistes pourrait se prévaloir de sa fonction démocratique à travers la liberté d'expression et de communication, « d'autant plus

■ 87. CC 2009-580 DC, 10 juin 2009, JO 13 juin 2009, p. 9675.

■ 88. CC 2013-682 DC, 19 décembre 2013, JO 24 décembre 2013, p. 21069.

■ 89. CC 2015-506 QPC, 4 décembre 2015, JO 6 décembre 2015, p. 22502.

■ 90. CC 2012-652 DC, 22 mars 2012, JO 28 mars 2012, p. 5607.

■ 91. CC 81-132 DC, 16 janvier 1982, *R.*, p. 18.

■ 92. CC 90-283 DC, 8 janvier 1991, cons. 7, *R.*, p. 11.

■ 93. CC 2006-540 DC, 27 juillet 2006, *R.*, p. 88.

■ 94. CC 2015-480 QPC, 17 septembre 2015, JO 19 septembre 2015, p. 16584.

■ 95. CC 2013-346 QPC, 11 octobre 2013, JO 13 octobre 2013 p. 16905 et CC 2014-694 DC, 28 mai 2014, JO 3 juin 2014 p. 9208. V.J. BÉTAILLE, « Le principe de précaution, un "droit" garanti par la Constitution ? », *RFDC*, n° 106, 2016.

■ 96. CC 2015-478 QPC, 24 juillet 2015, JO 26 juillet 2015, p. 12798.

précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés »⁹⁷, et des règles constitutionnelles du pluralisme.

326 Les notions constitutionnelles autonomes. En droit européen, les notions autonomes permettent à la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne de conférer un sens européen, plus ou moins détaché du contexte juridique national, afin d'assurer une application uniforme et harmonisée du droit issu de la Convention ou des traités.

L'hypothèse doctrinale des « notions constitutionnelles autonomes » consiste à s'interroger sur le niveau d'autonomie du sens que le Conseil constitutionnel accorde à certaines notions. Dès lors que le contrôle opéré est fondé sur les droits et libertés constitutionnels, principalement en DC et exclusivement en QPC, le Conseil est contraint d'adopter une démarche transversale qui transcende les différentes branches du droit, d'autonomiser ses modes de contrôle, afin de garantir l'application uniforme de ce droit ou liberté par-delà les distinctions académiques entre les différentes branches du droit. Ainsi, qu'une loi relève du droit pénal, fiscal⁹⁸, administratif⁹⁹, commercial¹⁰⁰, dès lors qu'un justiciable est soumis à une « sanction ayant le caractère de punition » celle-ci doit d'être claire, précise, et ne pas s'appliquer à des faits commis avant l'entrée en vigueur de la règle. En droit punitif, le régime constitutionnel particulier en matière de cumul de sanctions et/ou de poursuites a été élaboré en tenant compte des exigences du droit pénal, du droit des sanctions administratives et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, mais tout en lui conférant une certaine autonomie¹⁰¹. De même, ce que dit le Conseil à propos de la notion de privation ou de limitation du droit de propriété dans une QPC en droit civil des biens, par exemple à propos du mur mitoyen¹⁰², intéresse les applications de ce même droit en domanialité publique, expropriation, retenue douanière...

Bien évidemment, l'autonomie des notions constitutionnelles et des régimes juridiques qui s'y attachent, n'est pas toujours avérée, elle est parfois faible, voire inexistante. De plus, dans la construction de la notion autonome, le Conseil constitutionnel n'ignore pas totalement les caractéristiques et spécificités de chacune des branches du droit. Ni impérialiste ni scribe, le Conseil constitutionnel crée des « charnières constitutionnelles » entre les différentes branches du droit qui évitent à la Constitution de se transformer en une norme hétérogène et disparate. Dès lors, si les notions constitutionnelles autonomes ont une incidence sur l'applicabilité d'une norme constitutionnelle et le régime juridique qui en découle, elles ne se traduisent pas par un alignement intégral des modalités de contrôle assurées dans chaque espèce. Par exemple, le principe de légalité issu de l'article 8 de la DDHC est applicable à toutes peines ou sanctions punitives, mais le Conseil sera

■ 97. CC 2009-580 DC du 10 juin 2009, *op. cit.*

■ 98. CC 2014-418 QPC, 8 octobre 2014, JO 10 octobre 2014, p. 16484

■ 99. CC 2013-341 QPC, 27 septembre 2013, JO 1er octobre 2013 p. 16304.

■ 100. CC 2010-85 QPC, 13 janvier 2011, JO 14 janvier 2011, p. 813.

■ 101. CC 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC du 18 mars 2015, JO 20 mars 2015, p. 5183.

■ 102. CC 2010-60 QPC, 12 novembre 2010, JO 13 novembre 2010, p. 20237.

davantage exigeant en matière de clarté et de précision de la loi lorsqu'il s'agit de définir une incrimination punie d'une peine emprisonnement lorsque la loi prévoit une simple sanction disciplinaire¹⁰³.

327 Les inspirations et contraintes. Toute institution est en interaction constante avec les autres acteurs du système institutionnel. Impossible dès lors de comprendre le Conseil constitutionnel en tant qu'objet isolé, les interprétations qu'il délivre sont inspirées et contraintes par le discours des autres acteurs juridiques ainsi que par des facteurs extra-juridiques¹⁰⁴. Parmi la multitude de facteurs du processus interprétatif qui guide la réflexion des membres, leur délibération collective et la décision du Conseil constitutionnel, quatre éléments en particulier peuvent être soulignés.

En tant qu'élément de la chaîne argumentative, le Conseil constitutionnel doit en premier lieu composer avec les jurisprudences des juges européens dont l'incidence est avérée. En dépit d'une influence silencieuse indéniable de la jurisprudence européenne, le Conseil persiste à privilégier son autonomie d'action en n'affichant jamais son positionnement au regard des solutions adoptées par la CEDH¹⁰⁵ et la CJUE. Ce « dialogue sans paroles »¹⁰⁶ fréquemment analysé en doctrine est alimenté par une jurisprudence abondante, à l'image de la décision du 14 février 2014¹⁰⁷ dans laquelle le contrôle de constitutionnalité des lois de validation s'aligne sur le standard européen en imposant désormais la présence d'un motif « impérieux » d'intérêt général.

Deuxième élément, le Conseil constitutionnel intègre à son travail interprétatif les jurisprudences du Conseil d'État et de la Cour de cassation. Dans

■ 103. CC 2011-199 QPC, 25 novembre 2011, JO 26 novembre 2011, p. 20016 : « Considérant que, d'une part, appliquée en dehors du droit pénal, l'exigence d'une définition des manquements sanctionnés se trouve satisfaite, en matière disciplinaire, dès lors que les textes applicables font référence aux obligations auxquelles les intéressés sont soumis en raison de l'activité qu'ils exercent, de la profession à laquelle ils appartiennent ou de l'institution dont ils relèvent ».

■ 104. M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, C. GRZEGORCZYK, (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant-LGDJ, La pensée juridique, 2005 ; J. MEUNIER, *Le pouvoir du Conseil Constitutionnel, Essai d'analyse stratégique*, Bruylant LGDJ, 1994 ; X. MAGNON, P. ESPLUGAS, W. MASTOR, S. MOUTON, *QSQ 3. De nouveaux équilibres institutionnels ?*, LGDJ, 2014. Sur l'intérêt d'une analyse de sociologie institutionnelle, cf. J. BONNET, *Le juge ordinaire français et le refus de contrôler la constitutionnalité des lois. Analyse critique d'un refus*, Dalloz, 2009, pp. 537-562.

■ 105. L'unique référence à un arrêt de la CEDH par le Conseil constitutionnel était infondée car relative à un arrêt renvoyé en Grande Chambre : CC 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, à propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme n° 4774/98 (affaire *Leyla Sahin c/Turquie*) du 29 juin 2004.

■ 106. O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, « Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme : un dialogue sans parole », in *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*, Dalloz, 2008, p. 403. Cf. également D. SZYMCZAK, « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme : L'europanisation "heurtée" du Conseil constitutionnel français », *Jus Politicum*, n° 7, 2012 ; A. JAURÉGUIBERRY, « L'influence des droits fondamentaux européens sur le contrôle a posteriori », *RFDA*, 2013, p. 10 ; G. CARCASSONNE, « Le Conseil constitutionnel et la Convention européenne des droits de l'Homme », in *50^e anniversaire de la CEDH*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 231. Cf. également le dossier « Le Conseil constitutionnel et la Convention européenne des droits de l'homme », in *NCCC*, n° 32, 2011 et le dossier « Constitutionnalité et conventionnalité », in *RFDA*, 2012, n° 4, p. 621 et s.

■ 107. CC 2013-366 QPC, 14 février 2014, JO 16 février 2014, p. 2724.

l'interprétation des principes constitutionnels, le Conseil s'inspire, voire reproduit à l'identique la jurisprudence judiciaire et administrative¹⁰⁸. De plus, la jurisprudence constante des deux Cours suprêmes peut à la fois être l'objet d'une QPC et un élément de garantie de conformité de la loi à la Constitution. Ainsi, dans la décision du 3 février 2012 relative à la perte de grade entraînant la cessation d'office de l'état militaire, le Conseil constitutionnel rejette la violation du principe de la légalité en raison des précisions qui « résulte[nt] de la jurisprudence constante du Conseil d'État »¹⁰⁹. Afin d'écartier une incompétence négative affectant une disposition qui s'abstenait de désigner la juridiction compétente pour connaître du contentieux d'une imposition, la décision du 8 octobre 2014¹¹⁰ se fonde sur « la jurisprudence constante du Tribunal des conflits » et « la jurisprudence constante du Conseil d'État » qui avaient déjà pallié cette lacune. À propos de la cession des œuvres et la transmission du droit de reproduction, la décision du 21 novembre 2014 valide les dispositions « telles qu'interprétées selon la jurisprudence constante de la Cour de cassation »¹¹¹.

Troisième élément, le Conseil constitutionnel s'appuie bien évidemment sur les mots de la loi pour forger son interprétation, mais également sur les travaux parlementaires¹¹² qui lui permettent de déterminer l'objectif poursuivi par le législateur à l'aune duquel le rapport de proportionnalité sera apprécié. Les travaux préparatoires ou parlementaires sont également utilisés pour déterminer les choix interprétatifs du Conseil à propos d'une disposition constitutionnelle. Dans une décision du 30 mai 2000, le Conseil constitutionnel applique les dispositions de l'article 3 de la Constitution « éclairées par les travaux préparatoires de la loi constitutionnelle du 8 juillet 1999 »¹¹³, afin de déterminer l'intention supposée du constituant. En outre, le vote récent d'une réforme législative modifiant ou abrogeant la disposition examinée en QPC facilite la possibilité de prononcer une décision de non-conformité. Dans la décision du 17 juillet 2015, le Conseil n'a pas hésité à censurer une disposition de la « loi Hamon », relative à l'information des salariés en cas de cession de leur entreprise, en raison de la réforme de ce même texte par la « loi Macron » intervenue quelques jours plus tôt¹¹⁴.

La prise en compte des conséquences de la décision constitue le quatrième élément qui mérite d'être relevé. Inévitablement, le Conseil constitutionnel adopte une démarche « conséquentialiste »¹¹⁵ qui le pousse à anticiper et intégrer à son

■ 108. V. par ex. les convergences entre le principe constitutionnel de responsabilité et l'interprétation de l'article 1382 du Code civil (art. 1240 à compter du 1^{er} octobre 2016) par la Cour de cassation, entre le principe constitutionnel d'égalité devant la loi et la jurisprudence du Conseil d'État.

■ 109. CC2011-218 QPC, 3 février 2012, JO 21 janvier 2012, p. 1214.

■ 110. CC 2014-419 QPC, 8 octobre 2014, JO 10 octobre 2014, p. 16485.

■ 111. CC 2014-430 QPC, 21 novembre 2014, JO 23 novembre 2014, p. 19678.

■ 112. V. par ex. CC 2001-455 DC, 12 janvier 2002, JO 18 janvier 2002, p. 1053 ; CC 2005-531 DC, 29 décembre 2005, JO 31 décembre 2005, p. 20730 ; CC 2010-2 QPC, 11 juin 2010, JO 12 juin 2010, p. 10847 ; CC 2010-31 QPC, 22 septembre 2010, JO 23 septembre 2010, p. 17290. Cf. A. ROSA, « La référence aux travaux parlementaires dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : un instrument de renforcement de la légitimité du juge et du législateur », *RFDC*, n°49, 2014, p. 641.

■ 113. CC 2000-429 DC, 30 mai 2000, JO 7 juin 2000, p. 8564 ; V. également à propos de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 CC 2003-482 DC, 30 juillet 2003, JO 2 août 2003, p. 13303

■ 114. CC. 2015-476 QPC, 17 juillet 2015, JO 19 juillet 2015, p. 12291

■ 115. S. SALLES, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2016.

processus interprétatif les incidences politiques, économiques, sociales, institutionnelles de ses décisions. Bien qu'il ne puisse totalement les maîtriser. Présent dans les délibérations accessibles¹¹⁶, la trace du conséquentialisme se retrouve également dans les décisions et invite à enrichir la perception de la jurisprudence d'un regard tourné vers les conséquences et pas seulement sur les causes des décisions. Par exemple, dans la décision du 14 août 2003¹¹⁷ relative à la réforme des retraites, l'avantage accordé aux femmes est déclaré conforme « en raison de l'intérêt général qui s'attache à la prise en compte de cette situation et à la prévention des conséquences qu'aurait » la censure du texte. De même, la décision du 16 août 2007 censure un dispositif fiscal pour rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques en raison d'une différence de traitement injustifiée, mais également parce que, dit le Conseil, « cet avantage fiscal fait supporter à l'État des charges manifestement hors de proportion avec l'effet incitatif attendu »¹¹⁸. Enfin, et de manière générale, c'est toujours sur la base des conséquences de l'abrogation prononcée que le Conseil constitutionnel décide ou non de moduler ses décisions d'abrogation. Pour ne prendre qu'une illustration, dans la décision du 24 mai 2016¹¹⁹, pour la première fois, le Conseil constitutionnel revient longuement sur l'état d'un projet de loi en cours de discussion au Parlement afin de déterminer les conséquences de l'abrogation d'une disposition du Code de procédure pénale.

§ 2. LE CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ

A. DE L'ERREUR MANIFESTE AU TEST DE PROPORTIONNALITÉ

328 Apparition et persistance de l'erreur manifeste. L'erreur manifeste apparaît pour la première fois comme moyen de contrôle de l'appréciation portée par le législateur sur les faits, circonstances ou situations formant les bases de ses lois, dans la décision des 19-20 janvier 1981 de manière implicite¹²⁰ et dans la décision du 16 janvier 1982 de manière expresse : « considérant que l'appréciation portée par le législateur sur la nécessité des nationalisations décidées par la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel ne saurait, *en l'absence d'erreur manifeste*, être refusée »¹²¹.

Depuis lors, ce moyen de contrôle des faits est régulièrement utilisé par le Conseil, aussi bien pour vérifier l'appréciation du législateur sur la gravité et la

■ 116. B. MATHIEU, J.-P. MACHELON, F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, D. ROUSSEAU, X. PHILIPPE (dir.), *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel, 1958-1986*, Dalloz, 2^e éd., 2014.

■ 117. CC 2003-483 DC, 14 août 2003, Loi portant réforme des retraites, *R.* 430.

■ 118. CC 2007-555 DC, 16 août 2007, Loi en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat, *R.*, p. 310.

■ 119. CC 2016-543 QPC, 24 mai 2016, JO 29 mai 2016 texte n° 42.

■ 120. CC 81-127 DC, 19-20 janvier 1981, *R.* p. 15 : « considérant qu'aucune disposition de la loi n'est manifestement contraire au principe de la nécessité des peines posées par l'article 8 de la Déclaration de 1789 ».

■ 121. CC 81-132 DC, 16 janvier 1982, *R.* p. 18.

nécessité des peines au regard des faits incriminés¹²², sur le délai pendant lequel des dispositions validées restent provisoirement applicables¹²³, que pour contrôler si le Parlement n'a pas commis une erreur dans l'appréciation des différences de situation pouvant justifier une atteinte au principe d'égalité : il contrôle, par exemple, si le seuil à partir duquel les biens professionnels sont exclus de l'impôt sur les grandes fortunes¹²⁴, si la fixation d'une limite d'âge différente selon les corps de fonctionnaires¹²⁵, si l'évaluation de dépenses de santé¹²⁶ ne procèdent pas d'une appréciation manifestement erronée. De même, l'erreur manifeste est systématiquement utilisée pour contrôler les différents aspects du découpage des circonscriptions électorales : écarts de représentation entre les circonscriptions, impartialité du découpage¹²⁷. Et ce moyen n'est pas simplement formel. Le Conseil n'hésite pas en effet à censurer les appréciations législatives qui lui paraissent entachées d'erreur. Dans sa décision du 8 août 1985, il considère que le nombre de conseillers fixé par le législateur pour les quatre régions de la Nouvelle-Calédonie repose sur une erreur manifeste d'appréciation de l'importance démographique réelle de chacune d'elles¹²⁸ ; dans celle du 7 janvier 1988, il estime que la situation particulière faite par le législateur à certaines catégories de sociétaires du Crédit agricole « apporte au principe d'égalité une atteinte qui dépasse manifestement ce qui serait nécessaire »¹²⁹ ; dans celle du 30 décembre 1987, il juge qu'en prescrivant que l'amende fiscale encourue en cas de divulgation du montant du revenu d'une personne sera égale au montant des revenus divulgués, le législateur a édicté une sanction qui revêt « un caractère manifestement disproportionné »¹³⁰ ; dans celle du 16 juillet 1996¹³¹, il considère que faire entrer dans la catégorie des actes de terrorisme les aides directes ou indirectes à l'entrée, à la circulation et au séjour en France d'un étranger en situation irrégulière repose sur une erreur manifeste d'appréciation.

329 Depuis quelques années cependant, le Conseil évite d'utiliser l'expression « erreur manifeste » quelque peu désobligeante à l'endroit des parlementaires. Pour autant la formule ne disparaît pas. Ainsi, dans le contentieux QPC, le Conseil

■ 122. CC 84-176 DC, 25 juillet 1984, R. p. 55.

■ 123. CC 85-192 DC, 24 juillet 1985, R. p. 56.

■ 124. CC 83-164 DC, 29 décembre 1983, R. p. 67.

■ 125. CC 84-179 DC, 12 septembre 1984, R. p. 73.

■ 126. CC 2004-508 DC, 16 décembre 2004, R. p. 225.

■ 127. CC 85-196 DC, 8 août 1985, R. p. 63 ; CC 85-197 DC, 23 août 1985, R. p. 70 ; CC 86-208 DC, 1-2 juillet 1986, R. p. 78 ; CC 86-218 DC, 18 novembre 1986, R. p. 167 ; CC 87-227 DC, 7 juillet 1987, R. p. 41.

■ 128. CC 85-196 DC, 8 août 1985, R. p. 63.

■ 129. CC 88-232 DC, 7 janvier 1988, R. p. 17.

■ 130. CC 87-237 DC, 30 décembre 1987, R. p. 63. V. également CC 88-244 DC, 20 juillet 1988, R. p. 119. Au demeurant, le Conseil fait une application positive de l'erreur manifeste dès son introduction dans la décision du 16 janvier 1982. En effet, en récusant la méthode de calcul choisie pour indemniser les actionnaires au motif qu'elle « conduit à des inégalités de traitement dont l'ampleur ne saurait être justifiée par les seules considérations pratiques de rapidité et de simplicité » et qu'elle repose sur une « sous-estimation substantielle de valeur d'échange des actions », le Conseil vise l'erreur du législateur dans l'appréciation, jugée trop rapide et trop simple, des éléments retenus pour déterminer la valeur d'échange des actions.

■ 131. CC 96-377 DC, 16 juillet 1996, R. p. 87.

estime dans la décision du 22 septembre 2010 que « les dispositions contestées ne fixent pas une indemnisation dont le montant serait entaché d'une erreur manifeste d'appréciation »¹³² ou dans la décision QPC du 22 juillet 2011 qu'en retenant l'avantage tiré de l'allongement de la durée légale du travail comme critère de la capacité contributive des contribuables « le législateur n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation ». Le Conseil privilégie tout de même des formules telles que « disproportion manifeste » ou « atteintes excessives ». Par exemple, dans la décision du 25 avril 2014, les dispositions relatives au rattachement d'office d'une commune à un EPCI à fiscalité propre « portent à la libre administration des communes une atteinte manifestement disproportionnée »¹³³. Les mêmes formules continuent d'être utilisées afin de s'assurer du respect du principe de nécessité de peine dont la violation a déjà été relevée en QPC¹³⁴.

La logique de contrôle reste au demeurant la même : lorsque le législateur a dû opérer une conciliation entre deux exigences constitutionnelles, le Conseil vérifie le caractère équilibré, proportionné de la conciliation ; lorsqu'un seul principe constitutionnel est intéressé, il contrôle si les atteintes qu'y apporte la loi ne sont pas excessives.

L'idée de proportionnalité est d'ailleurs présente dès la décision du 16 février 1982. Le Conseil en effet considère qu'il n'y a pas erreur manifeste sur la nécessité des nationalisations « dès lors qu'il n'est pas établi que les transferts de biens et d'entreprises présentement opérés *restreindraient* le champ de la propriété privée et de la liberté d'entreprendre *au point de méconnaître* les dispositions de l'article 17 de la Déclaration de 1789 ». Et de manière générale, il contrôle régulièrement si les atteintes portées par le législateur à un droit constitutionnel ne sont pas d'une gravité telle que le sens et la portée de celui-ci seraient dénaturés¹³⁵. Ce raisonnement est celui-là même « du bilan coûts-avantages » inauguré par le Conseil d'État avec l'arrêt *Ville Nouvelle-Est*¹³⁶. En d'autres termes, l'erreur manifeste permet au Conseil de mettre en balance d'un côté l'intérêt général poursuivi par la loi, et de l'autre les atteintes portées à tel ou tel principe constitutionnel ; et selon le résultat, selon que les atteintes seront ou non jugées par le Conseil, disproportionnées, excessives eu égard à l'intérêt poursuivi par le législateur, la loi sera déclarée conforme ou non à la Constitution.

330 Émergence du principe de proportionnalité. Le principe de proportionnalité est expressément utilisé par le Conseil dans sa décision du 28 juillet 1989 non sans doute pour invalider la loi, mais pour fonder une interprétation constructive qui la rende constitutionnelle : en cas de cumul de sanctions, « le principe de proportionnalité, déclare le Conseil, implique que le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues »¹³⁷. Il est encore présent, de manière implicite, dans la décision du

■ 132. CC 2010-29/37 QPC, 22 septembre 2010, JO 23 septembre 2010, p. 17293.

■ 133. CC 2014-391 QPC, 25 avril 2014, JO 27 avril 2014, p. 7359.

■ 134. CC 2013-318 QPC, 7 juin 2013, JO 9 juin 2013 p. 9630.

■ 135. CC 89-254 DC, 4 juillet 1989, R. p. 41.

■ 136. CE 28 mai 1971, *Ville Nouvelle-Est*, R. p. 409, concl. BRAIBANT.

■ 137. CC 89-260 DC, 28 juillet 1989, R. p. 71 ; CC 88-248 DC, 17 janvier 1989, R. p. 71. Cf. X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative*, Economica-

6 mai 1991¹³⁸ où le Conseil considère que la minoration de la dotation globale de fonctionnement des communes favorisées ne peut être regardée comme une entrave à la libre administration des collectivités territoriales parce qu'« elle n'est susceptible d'entraîner, dans l'hypothèse la plus défavorable, qu'une *diminution minimale* de la dotation, laquelle ne constitue d'ailleurs qu'une partie des recettes de fonctionnement des communes ».

Le Conseil soumet encore la loi contestée au test de proportionnalité lorsqu'il juge, par exemple, que le droit donné au service central de prévention de la corruption d'obtenir de telle ou telle entreprise communication de tout document – actes bancaires, correspondance privée, archives... – porte « des atteintes excessives au droit de propriété »¹³⁹, que la perte du droit d'acquérir la nationalité française pour tout étranger faisant l'objet d'une mesure de reconduite à la frontière ou d'assignation est une sanction « manifestement disproportionnée »¹⁴⁰, que le pouvoir donné aux autorités françaises d'étendre la zone frontalière jusqu'à 40 km pour y procéder à des contrôles d'identité porte une « atteinte excessive à la liberté individuelle »¹⁴¹, que la faculté donnée au préfet d'interdire, lors d'une manifestation, le port ou le transport d'objets pouvant constituer une arme est une mesure de police « proportionnée aux nécessités que font apparaître les circonstances » puisque l'interdiction doit être circonscrite « aux lieux de la manifestation, aux lieux avoisinants et à leurs accès »¹⁴², qu'en portant à trente-cinq heures la durée légale du travail la législation a opéré une conciliation entre des exigences constitutionnelles – la liberté d'entreprendre, le droit à détenir un emploi, le principe de participation – qui n'est entachée d'aucune erreur manifeste¹⁴³, que la conciliation entre le droit au respect de la vie privée et le droit à la protection de la santé « n'apparaît pas manifestement déséquilibrée » par la création d'un dossier médical contenant des données à caractère personnel puisqu'il est couvert par le secret médical¹⁴⁴, que la possibilité donnée aux sociétés de droits d'auteurs de constituer des fichiers portant sur les infractions et les condamnations relatives au non-respect des droits de propriété littéraire et artistique ne porte pas une « atteinte excessive » au respect de la vie privée dans la mesure où cette disposition « répond à l'objectif d'intérêt général qui s'attache à la sauvegarde de la propriété intellectuelle et de la création culturelle »¹⁴⁵, que le nouveau mécanisme supprimant toutes les clauses relatives aux heures supplémentaires porte atteinte à la liberté contractuelle parce qu'il « touche plusieurs centaines de conventions ou accords collectifs applicables à plusieurs millions de

PUAM, 1990 ; V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : figures récentes », *RFDC*, 2007, p. 270 ; « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques ? », *JP*, n°7, 2012, p. 1 ; J.-B. DUCLERCQ, *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2015.

- 138. CC 91-291 DC, 6 mai 1991, *R.* p. 40.
- 139. CC 92-316 DC, 20 janvier 1993, *R.* p. 14.
- 140. CC 93-321 DC, 20 juillet 1993, *R.* p. 196.
- 141. CC 93-323 DC, 5 août 1993, *R.* p. 213.
- 142. CC 94-352 DC, 18 janvier 1995, *R.* p. 170.
- 143. CC 99-423 DC, 13 janvier 2000, *R.* p. 33.
- 144. CC 2004-504 DC, 14 août 2004, *R.* p. 153.
- 145. CC 2004-499 DC, 29 juillet 2004, *R.* p. 126.

salariés »¹⁴⁶, que la fameuse taxe carbone porte une atteinte excessive au principe d'égalité par le nombre important des secteurs d'activités exonérés de son paiement¹⁴⁷ ...

Ces exemples¹⁴⁸ montrent que le Conseil se plaît à utiliser la règle de la proportionnalité ou des atteintes excessives. Elle lui donne en effet tous les avantages de l'erreur manifeste : éviter une censure tout en indiquant au législateur qu'il ne pourrait aller plus en avant dans les atteintes portées à un principe ; et, en cas de censure, faire savoir au Parlement qu'il admettra la constitutionnalité d'une atteinte « moins excessive ».

331 Triple test de proportionnalité. Il arrive fréquemment que les avancées jurisprudentielles apparaissent lorsque le juge est poussé dans ses retranchements par la question soumise. Ainsi, c'est à l'occasion de l'examen d'un texte liberticide, la loi sur la rétention de sûreté, que le Conseil constitutionnel a expressément consacré un contrôle plein et entier de proportionnalité. La décision du 21 février 2008¹⁴⁹ crée un triple test de proportionnalité, révélateur de l'intensité maximale du contrôle exercé et donc d'une protection renforcée des libertés concernées¹⁵⁰ : dès lors qu'une loi concerne l'exercice de la liberté d'aller et venir, le respect de la vie privée et la liberté individuelle, « les atteintes portées à l'exercice de ces libertés doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées à l'objectif de prévention poursuivi ». Ce triple test de proportionnalité a été ultérieurement confirmé¹⁵¹ et repris dans le contentieux QPC¹⁵². Dans la décision du 22 décembre 2015¹⁵³ à propos des assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence, le Conseil constitutionnel invite – sans imposer faute d'avoir émis une authentique réserve d'interprétation – le juge administratif à exercer ce triple test de proportionnalité dans le cadre du contrôle des mesures prises sur le fondement de la loi : « le juge administratif est chargé de s'assurer que cette mesure est adaptée, nécessaire et proportionnée à la finalité qu'elle poursuit ». En dehors de ces trois droits et libertés, le triple test de proportionnalité est mis en œuvre dans le cadre de la liberté d'expression et de

■ 146. CC 2008-658 DC, 7 août 2008, R. p. 352.

■ 147. CC 2009-599 DC, 29 décembre 2009, JO 31 décembre 2009, p. 22995.

■ 148. V. également, CC 86-215 DC, 3 septembre 1986, R. p. 130 ; CC 87-227 DC, 7 juillet 1987, R. p. 41 ; CC 88-244 DC, 20 juillet 1988, R. p. 119 ; CC 93-320 DC, 21 juin 1993, R. p. 146 ; CC 93-325 DC, 13 août 1993, R. p. 224 ; CC 94-341 DC, 5 juillet 1994, R. p. 88 ; CC 94-345 DC, 29 juillet 1994, R. p. 106 ; CC 94-358 DC, 26 janvier 1995, R. p. 183 ; CC 95-370 DC, 30 décembre 1995, R. p. 269 ; CC 96-372 DC, 6 février 1996, R. p. 40 ; CC 96-373 DC, 9 avril 1996, R. p. 43 ; CC 97-388 DC, 20 mars 1997, R. p. 31 ; CC 97-389 DC, 22 avril 1997, R. p. 45 ; CC 98-407 DC, 14 janvier 1999, R. p. 21 ; CC 99-411 DC, 16 juin 1999, R. p. 75 ; CC 2000-433 DC, 27 juillet 2000, R. p. 121.

■ 149. CC 2008-562 DC, 21 février 2008, JO 26 février 2008, p. 3272.

■ 150. V. P. GERVIER, *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, LGDJ, 2014, p. 180s. ; J.-B. DUCLERCQ, *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 313s.

■ 151. CC 2011-631 DC, 9 juin 2011, cons. 66, JO 17 juin 2011, p. 10306.

■ 152. CC 2012-253 QPC, 8 juin 2012, cons. 4, JO 9 juin 2012, p. 9796 ; CC 2010-71 QPC, 26 novembre 2010, cons. 16, JO 27 novembre 2010, p. 21119 ; CC, 2011-135/140 QPC, 9 juin 2011, cons. 7, JO 10 juin 2011, p. 9892.

■ 153. CC 2015-527 QPC, 22 décembre 2015, JO 26 décembre 2015 p. 24084.

communication, depuis la décision *Hadopi* du 10 juin 2009¹⁵⁴, également lorsque la liberté d'expression est seule en cause¹⁵⁵. Nuance sémantique qui traduit peut-être une hiérarchie des critères de proportionnalité, le triple test en matière de liberté d'expression et/ou de communication est formulé dans l'ordre suivant : « nécessaires, adaptées et proportionnées » ; tandis que pour les trois premières libertés mentionnées, l'exigence d'adaptation précède l'exigence de nécessité.

En définitive, avec le développement de tels moyens, le contrôle de constitutionnalité ne devient-il pas un contrôle de l'opportunité ?

B. | VERS UN CONTRÔLE DE L'OPPORTUNITÉ ?

332 Toute loi comporte deux éléments : la définition d'un objectif, la détermination des moyens pour l'atteindre. Où porte le contrôle du Conseil ? À la fois sur la fin, pour vérifier si elle est ou non contraire à un principe constitutionnel, et sur les moyens, pour vérifier, selon un considérant désormais classique, s'ils ne sont pas manifestement inappropriés à l'objectif que s'est assigné le législateur. En d'autres termes, l'objectif peut être jugé constitutionnel, mais les moyens peuvent ne pas l'être si, selon le Conseil, ils ne conviennent pas. Le test de proportionnalité porte donc sur les moyens et engage le Conseil sur une voie *a priori* délicate. Il lui faut en effet évaluer, après le législateur, le caractère convenable des moyens et prendre ainsi le risque d'une conclusion différente. Or, chacun s'accorde sur la nature indécidable de ce qui est ou non approprié, et beaucoup considèrent en conséquence que les élus du peuple ont, en dernière analyse démocratique, plus de légitimité que les juges constitutionnels pour... décider des modalités propres à satisfaire les objectifs qu'ils poursuivent.

333 Frappé d'un apparent bon sens, ce raisonnement est une condamnation subtile du contrôle de constitutionnalité ou, à tout le moins, une manière habile d'en réduire la portée. Car toute la question de constitutionnalité se joue sur les moyens. Il est rare, en effet, qu'un objectif législatif soit, en lui-même, contraire à la Constitution : vouloir assurer le respect de l'ordre public, la continuité d'un service public, le pluralisme de l'information, l'indépendance de la magistrature, la punition des coupables ou le respect de la langue française sont des objectifs que la Constitution n'interdit pas au législateur de poursuivre. En revanche, c'est au niveau du choix des moyens retenus par le législateur que se pose, concrètement, la question d'une possible violation des droits constitutionnels ; et c'est là, en conséquence, que le contrôle de constitutionnalité prend son véritable sens. Car le test de proportionnalité n'est pas un contrôle arbitraire au sens où le Conseil n'aurait pas d'autre référence que sa propre subjectivité à opposer à celle du législateur. S'il est vrai que la proportionnalité ne peut avoir un sens absolu parce qu'elle est un

■ 154. CC 2009-580 DC, 10 juin 2009, cons. 15, JO 13 juin 2009, p. 9675. Dans le même sens, CC 2010-3 QPC, 28 mai 2010, cons. 6, JO 29 mai 2010, p. 9730 ; CC 2011-131 QPC, 20 mai 2011, cons. 3, JO 20 mai 2011, p. 8890 ; CC 2013-319 QPC, 7 juin 2013, JO 9 juin 2013, p. 9632.

■ 155. CC 2012-282 QPC, 23 novembre 2012, cons. 30 et 31, JO 24 novembre 2012, p. 18543 ; CC 2013-302 QPC, 12 avril 2013, cons. 4, JO 14 avril 2013, p. 6186 ; CC 2015-512 QPC, 8 janvier 2016, JO 10 janvier 2016, *texte n° 20*.

problème de relation de grandeur entre plusieurs éléments d'un ensemble, il reste que, dans cette relativité, ce rapport de grandeur s'établit toujours et nécessairement par référence à « quelque chose ». Pour le Conseil, la référence de proportionnalité ce sont les droits constitutionnels ; c'est en face d'eux qu'il met en balance les moyens choisis par le législateur : forment-ils corps, sont-ils dans un rapport de correspondance ou de discordance avec tel ou tel principe constitutionnel ?

En répondant à ces questions, le Conseil met en mouvement une opération intellectuelle qui est, dans sa nature, identique à celle conduite auparavant par le Parlement, mais différente dans sa conclusion : il ne décide pas. Si, par exemple, il juge les moyens disproportionnés en ce qu'ils sont de nature à porter atteinte à tel principe constitutionnel poursuivi par le législateur, la censure a pour objet de relancer la procédure de discussion et de réinvestir le Parlement de la responsabilité de trouver les moyens propres à satisfaire l'exigence constitutionnelle et, par là même, l'objectif législatif qu'il s'est assigné. Le Conseil peut participer à ce dialogue en donnant, dans sa motivation, des indications sur le contenu possible des moyens appropriés ; mais la décision revient au Parlement. Ainsi dans sa décision du 11 août 1993¹⁵⁶, le Conseil juge que le législateur peut prévoir la mise en garde à vue d'un mineur de treize ans, mais censure les modalités retenues pour satisfaire cet objectif au motif qu'elles méconnaissent « les exigences de l'article 9 de la Déclaration de 1789 ». Le Parlement ayant repris son ouvrage en intégrant les suggestions formulées par le Conseil – accord préalable et contrôle d'un magistrat spécialisé dans la protection de l'enfance, durée limitée à vingt heures maximum et assistance d'un avocat dès le début de la retenue – celui-ci considère, dans la décision du 20 janvier 1994, que la nouvelle modalité de mise en garde à vue d'un mineur de treize ans ne méconnaît pas l'article 9 de la Déclaration de 1789.

Le test de proportionnalité instaure donc un dialogue entre le Parlement et le Conseil pour la recherche des moyens les plus respectueux des droits constitutionnels permettant de réaliser l'objectif voulu par le législateur. Ce dialogue étant public, la doctrine peut apprécier les conditions de son déroulement et, le cas échéant, relever les contraintes qui ont pu peser sur le Conseil et atteindre la validité de son raisonnement.

334 Certains considèrent que le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation et plus largement de la proportionnalité, loin de faire pénétrer le Conseil sur le terrain de l'opportunité, préserve la liberté de décision et le pouvoir discrétionnaire du législateur¹⁵⁷. À l'appui de cette thèse, le rappel régulier par le Conseil qu'il ne dispose pas d'« un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement »¹⁵⁸, qu'une « critique qui porte en réalité sur l'opportunité de la loi ne saurait être retenue »¹⁵⁹, ou que « l'appréciation de l'intérêt général appartient au législateur »¹⁶⁰. L'erreur manifeste serait donc le moyen d'un contrôle minimum. D'une part, parce qu'il serait limité aux matières où l'imprécision du texte ou

■ 156. CC 93-326 DC, 11 août 1993, *R.* p. 21.

■ 157. L. FAVOREU, « Le droit constitutionnel jurisprudentiel », *RDP*, 1986, p. 436.

■ 158. CC 74-54 DC, 15 janvier 1975, *R.* p. 19 ; CC 84-176 DC, 25 juillet 1984, *R.* p. 55.

■ 159. CC 84-179 DC, 12 septembre 1984, *R.* p. 73.

■ 160. CC 83-162 DC, 19 au 20 juillet 1983, *R.* p. 49.

principe constitutionnel prive le Conseil des bases nécessaires à un contrôle approfondi et laisse en conséquence un large pouvoir de décision au législateur ; d'autre part, parce qu'il serait restreint aux seules hypothèses d'erreur *manifeste*, et non pas étendu à tous les cas possibles d'erreurs, simples, légères, ordinaires... Il est vrai par exemple que dans le contrôle des règles relatives à la représentation et aux découpages électoraux, le Conseil admet que le législateur ait pu commettre des erreurs dans la délimitation de certaines circonscriptions, mais rappelle qu'« il ne lui appartient pas de rechercher si les circonscriptions ont fait l'objet de la délimitation la plus équitable possible » ; il sanctionne seulement, précise-t-il, les erreurs manifestes d'appréciation¹⁶¹.

Pourtant, la thèse du contrôle restreint, défendue surtout pour éviter que le Conseil ne soit accusé de substituer son appréciation à celle du législateur, reste très en deçà de la réalité de l'examen contentieux permis par l'erreur manifeste et le principe de proportionnalité. Ces moyens en effet ne sont pas limités aux seuls domaines où le texte de référence est imprécis ; ils sont utilisés par le Conseil dans tous les contentieux – économique, pénal, électoral, financier... – quel que soit le principe constitutionnel en cause, y compris les multiples applications du principe d'égalité, ou tout simplement pour contrôler le caractère nécessaire d'une disposition législative¹⁶². L'erreur manifeste est donc l'instrument du contrôle normal, ordinaire, que le Conseil exerce sur les lois.

Et c'est aussi, pour le Conseil, le moyen de contrôler l'opportunité même des choix opérés par le législateur¹⁶³. Après une trentaine d'années d'application en droit administratif et autant de débats dans la doctrine sur le sens, la portée ou la fonction de ce moyen¹⁶⁴, deux points au moins peuvent être considérés acquis. Le premier est la subjectivité que sa mise en œuvre implique nécessairement. Il n'est pas possible en effet de faire du caractère évident ou manifeste de l'erreur la clé de voûte objective du système. L'erreur manifeste est tout simplement celle qui, aux yeux du juge, possède une telle « qualité » ; c'est lui qui détermine ce qui est manifestement excessif et ce qui ne l'est pas. Le Conseil constitutionnel juge par exemple qu'il y a erreur manifeste lorsque l'écart démographique entre circonscriptions est de 2,13, mais non lorsqu'il est de 1,83 ; ou lorsque la région de Nouméa a un représentant pour 4 728 habitants, mais non lorsqu'elle a un représentant pour 4 052 habitants¹⁶⁵... Le second trait de l'erreur manifeste est qu'elle conduit

■ 161. CC 86-218 DC, 18 novembre 1986, R. p. 167.

■ 162. Dans la décision des 10-11 octobre 1984, le Conseil considère « qu'il ne peut être valablement soutenu » que l'application de la législation anti-concentrations au groupe Hersant, soit « nécessaire pour restaurer le pluralisme ».

■ 163. L. HABIB, « La notion d'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RDP* 1986, p. 695. P. DELVOLVÉ, « Existe-t-il un contrôle de l'opportunité ? », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, LGDJ, Montchrestien, 1988, p. 269 ; D. LOCHAK, « Le contrôle de l'opportunité par le Conseil constitutionnel », in D. ROUSSEAU, F. SUDRE (dir.), *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, Editions STH, 1990, p. 77 ; M. FROMONT, « Le principe de proportionnalité », *AJDA*, 1995, n° spécial, p. 156. V. l'excellent article d'O. CAYLA, « Si la volonté générale peut errer », in *Le Temps des Savoirs*, Revue de l'Institut universitaire de France, O. Jacob, n° 2, septembre 2000, p. 61.

■ 164. D. ROUSSEAU, *Le contrôle de l'opportunité de l'action administrative par le juge administratif*, thèse, Poitiers, 1979 ; B. KORNPBST, « L'erreur manifeste », *D.* 1965, chron., p. 21 ; J.-Y. VINCENT, *Rev. adm.*, p. 407 ; J.-P. HENRY, « Une nouvelle fonction pour l'erreur manifeste », *AJDA*, 1979, p. 17.

■ 165. CC 85-196 DC, 8 août 1985 et CC 85-197 DC, 23 août 1985, R. p. 63 et 70.

nécessairement celui qui l'utilise à substituer son appréciation et sa décision à celles de l'auteur de l'acte. Dans le processus qui mène à la loi, le Parlement rassemble d'abord un certain nombre de données, procède ensuite à une analyse, à une appréciation de la situation et arrête enfin le contenu de sa décision. Les deux derniers moments de ce processus sont étroitement et logiquement liés dans la mesure où la décision se veut et se présente toujours comme une réponse adaptée à la situation analysée ; l'acte de décider n'est pas détachable de l'acte d'apprécier. Dès lors, le Conseil en se prononçant sur l'exactitude ou l'erreur de l'appréciation parlementaire atteint et contrôle le choix même de la décision adoptée par le législateur. Un seul exemple : dans la décision des 10-11 octobre 1984, le Conseil, contrairement à l'analyse du Parlement, considère que le groupe Hersant n'est pas dans une situation de domination qui porte gravement atteinte au pluralisme – contrôle de l'appréciation des faits ; en conséquence, il censure l'application de la loi anti-concentration à ce groupe – contrôle du contenu de la décision¹⁶⁶.

335 Depuis peu, le contrôle d'opportunité intègre désormais l'appréciation du Conseil sur les conséquences attendues de la loi. Dans sa décision du 16 août 2007¹⁶⁷, en effet, il considère que « si le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce que le législateur édicte pour des motifs d'intérêt général des mesures d'incitation par l'octroi d'avantages fiscaux, c'est à la condition que l'avantage fiscal consenti ne soit pas hors de proportion avec l'effet incitatif attendu ». Le Conseil reprend les exigences classiques de rationalité, d'objectivité et de conformité au but de la loi pour valider l'octroi d'un avantage fiscal mais requiert en plus que cet avantage « ne soit pas hors de proportion avec l'effet incitatif attendu ». Par cette précision, le Conseil fait des conséquences de l'avantage fiscal accordé un critère de constitutionnalité : ou sa conséquence est « bonne » et l'inégalité de traitement fiscal sera validée, ou elle est « mauvaise » et l'inégalité sera sanctionnée. En l'espèce, il juge que le crédit d'impôt sur le revenu accordé aux personnes ayant, entre 2002 et le vote de la loi, souscrit un emprunt pour devenir propriétaire de leur habitation principale « fait supporter à l'État des charges manifestement hors de proportion avec l'effet incitatif attendu » et censure pour rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques cet avantage fiscal.

Avec l'erreur manifeste, le test de proportionnalité et maintenant la prise en considération des conséquences de la loi, le Conseil dispose ainsi d'un puissant instrument de contrôle, puisqu'il lui permet d'apprécier le caractère non-disproportionné, non-excessif, opportun, raisonnable des choix opérés par le législateur...

C. | VERS UNE CONCRÉTISATION DU CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ ?

336 Au regard de l'évolution du contrôle de proportionnalité opéré par le Conseil, une ligne jurisprudentielle semble conduire vers une concrétisation renforcée. Mais des intérêts institutionnels pourraient en décider autrement.

■ 166. CC 84-181 DC, 10-11 octobre 1984, R. p. 78.

■ 167. CC 2007-555 DC, 16 août 2007, JO 22 août 2007, p. 13959. Cf. également CC 2003-483 DC, 14 août 2003, R., p. 430.

Historiquement, le contrôle *a priori* opéré par le Conseil constitutionnel est forcément abstrait en ce qu'il porte sur les mots d'un texte législatif en attente d'être soumis à l'épreuve du fait et de la vie juridique. Lors de l'instauration du contrôle *a posteriori*, une forme de continuité, de cohérence entre les deux contrôles a été clairement recherchée par le constituant, le législateur organique et le Conseil lui-même¹⁶⁸. Bien que le contrôle de l'interprétation constante, les changements de circonstances ou l'influence du fait dans l'esprit du juge et dans le choix de moduler les effets de l'abrogation attestent de la présence d'éléments concrets dans le contrôle *a posteriori*¹⁶⁹.

Le contrôle de proportionnalité suit évidemment cette trajectoire globale et s'offre à la critique car en contrôlant principalement la loi « en elle-même » et insuffisamment dans son contexte factuel et juridique, le Conseil constitutionnel réduit l'effectivité des droits et libertés constitutionnels. De plus, le caractère abstrait constitue parfois un refuge et un prétexte commodes permettant de préserver la marge de manœuvre du législateur. Le caractère abstrait est en effet propice à ce que le Conseil constitutionnel privilégie les impératifs objectifs d'unité, de sécurité, de prévisibilité du droit et de bonne administration de la justice, au détriment des intérêts subjectifs des individus, la réparation de leur préjudice¹⁷⁰. Un exemple parmi tant d'autres. Dans la décision du 25 septembre 2015¹⁷¹, la validation des dispositions législatives relatives aux conditions de travail des détenus est obtenue grâce à la présence de deux garanties abstraites qui dans les faits sont illusoire : l'affirmation d'un principe général sur la conciliation par l'administration des intérêts en présence ; la possibilité d'un recours *a posteriori* devant le juge administratif.

337 Ainsi, les enseignements de droit comparé¹⁷² et la doctrine poussent le Conseil à concrétiser son contrôle et tout particulièrement le contrôle de proportionnalité en prenant davantage en compte les éléments concrets du litige, les considérations

■ 168. J. BONNET, « Les contrôles *a priori* et *a posteriori* », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 40, 2013, p. 105 ; A. VIDAL-NAQUET, « Quelles techniques juridictionnelles pour la QPC ? », in L. GAY (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, Bruylant, 2014, p. 202.

■ 169. V. par ex. M. DISANT, *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité*, Lamy, 2012, p. 107 ; M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « La singularité du contrôle exercé *a posteriori* par le Conseil constitutionnel : la part de concret et la part d'abstrait », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 38, 2013, p. 211 ; E. DUBOUT, « L'efficacité structurelle de la question prioritaire de constitutionnalité en question », *RDP*, 2013, p. 107 ; Cf. L. GAY « Redéfinir le contrôle concret de constitutionnalité. Plaidoyer pour une concrétisation accrue des décisions QPC » in E. CARTIER, L. GAY, A. VIALA (dir.), *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Institut Universitaire Varenne, Colloque et Essai, 2015, p. 119 ; A. VIALA, « L'indifférence de la nature du contrôle de constitutionnalité au contexte de la saisine » in E. CARTIER, L. GAY, A. VIALA (dir.), *op. cit.*, p. 105.

■ 170. J. ARLETTAZ, J. BONNET (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et libertés fondamentaux, Du juge des droits au juge du Droit ?*, Pedone, 2015.

■ 171. CC 2015-485 QPC, 25 septembre 2015, *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 50, 2015, pp. 85, chron. J. BONNET et A. ROBLOT-TROIZIER ; Droit social, janvier 2016, n° 1, p. 64, note PH. AUVERGNON ; *Constitutions*, 2015, p. 564 note M. GHEVONTIAN et p. 579 note C. WOLMARK.

■ 172. V. par ex. M. VERDUSSEN, « La Cour constitutionnelle belge exerce-t-elle un contrôle concret ? », *AJJC*, 2013, vol. XXIX, p. 20 ; C. LAGRAVE, « Le caractère concret du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* dans les modèles espagnol, italien et français », in L. GAY (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, Bruylant, 2014, p. 237.

factuelles, l'impact réel de la loi contestée... Ce qui au passage impliquerait de repenser les effets possibles des décisions du Conseil constitutionnel, à l'image de l'apparition récente des normes transitoires en cas d'abrogation¹⁷³.

Pour autant, l'éventuelle concrétisation du contrôle de proportionnalité n'est pas acquise au regard des enjeux institutionnels en présence. En dépit de l'instauration d'un contrôle *a posteriori*, le Conseil constitutionnel est le dernier entrant sur le « marché » des juges des droits et libertés. La concurrence des juges européens, administratifs et judiciaires est rude, au point que l'intérêt de la réforme de la QPC fut parfois remis en cause en raison de la satisfaction qu'aurait procurée le contrôle interne et européen de la conventionnalité des lois. La voie du Conseil constitutionnel est donc étroite. Or, en préservant, voire en cultivant, les spécificités de son office, le Conseil constitutionnel offre un outil contentieux complémentaire des contrôles exercés par les juges concurrents. Par le jugement de la loi en elle-même, son éventuelle abrogation, des délais courts de jugement, la possibilité de médiatiser une question pour les requérants institutionnels et les intervenants, le mécanisme de la QPC reste attractif en raison de ses spécificités qui, justement, découlent principalement de la domination des logiques abstraites et objectives. La question du maintien de cette politique jurisprudentielle se pose. Notamment parce que la Cour de cassation opère depuis 2015 une « révolution tranquille »¹⁷⁴ en effectuant désormais un contrôle concret et factuel de proportionnalité, tout particulièrement dans le cadre du contrôle de conventionnalité des lois. Dès lors, soit le Conseil constitutionnel affronte directement la concurrence en concrétisant le contrôle de constitutionnalité, soit il contourne l'obstacle en préservant les particularismes de son office tout en pariant sur l'attractivité de la protection parfois plus importante des droits et libertés constitutionnels au regard de la protection européenne¹⁷⁵. La première voie a jusqu'à présent été privilégiée mais la menace d'un délaissement par le justiciable devrait à l'avenir réorienter l'institution.

BIBLIOGRAPHIE

1. Sur les techniques de contrôle :

■ J. ARLETTAZ, J. BONNET (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et libertés fondamentaux, Du juge des droits au juge du Droit ?*, Pedone, 2015 ■ A.-C. BEZZINA, *Les questions et les moyens soulevés d'office par le Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2014 ■ G. BERGOUNOUS, « Le Conseil constitutionnel et le législateur », *NCCC*, n° 38, 2013, p. 18 ■ J.-M. BLANQUER, *Les*

■ 173. V. *infra*, n° 385.

■ 174. PH. JESTAZ, J.-P. MARGUÉNAUD, C. JAMIN, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *Dalloz*, 2014, p. 2061. Voir X. DUPRÉ DE BOULOIS, « Regard extérieur sur une jurisprudence en procès », *JCP*, G, 2 mai 2016, doct. 552 ; B. LOUVEL, « Réflexions à la Cour de cassation », *Dalloz*, 2015, p. 1326 ; « Entretien avec B. Louvel », *JCP*, 2015, p. 1122 ; « Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation », *JCP*, 2016, suppl. au n° 1-2 ; P. PUIG, « L'excès de proportionnalité », *RTDCiv*, 2016, p. 70.

■ 175. V. *infra*, n° 431.

méthodes du juge constitutionnel, LGDJ, 2000 ■ C. BOYER-CAPELLE, « L'« effet cliquet » à l'épreuve de la question prioritaire de constitutionnalité », *AJDA*, 2011, p. 1718 ■ G. CAMUS, « Réflexions sur le détournement de procédure », *RDP*, 1966, pp. 65-84 ■ O. Cayla, O. BEAUD, « Les nouvelles méthodes du Conseil constitutionnel », *RDP*, 1987, p. 677 ■ A. CIAUDO, « Les exigences constitutionnelles dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RRJ*, 2010, p. 1225-1247 ■ O. DE DAVID BEAUREGARD-BERTHIER, « Le contrôle du détournement de procédure en matière d'élaboration des lois », *RFDC*, 3/2009 (n° 79), p. 451-476 ■ Th. DI MANO, *Le Conseil constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d'office*, PUAM-Economica, 1994 ■ L. GAY, « Le contrôle des qualités formelles de la loi en droit constitutionnel comparé : France, Espagne et Canada », in *Autour de la qualité des normes*, Bruylant, 2010, pp. 107-112 ■ B. GENEVOIS, « L'enrichissement des techniques de contrôle », *CCC*, Hors-série, 2009, p. 36 ■ P. GERVIÉ, *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, LGDJ, 2014 ■ V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de l'objectif poursuivi par le législateur dans la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel », *RFDC*, 2/2014, n° 98, p. 269-291 ■ F. HOURQUEBIE, M.-C. PONTHEUREAU (dir.), *La motivation des décisions des Cours suprêmes et Cours constitutionnelles*, Bruylant, 2012 ■ A. LE QUINIO, *Recherche sur la circulation des solutions juridiques : le recours au droit comparé par les juridictions constitutionnelles*, LGDJ, Fondation Varenne, vol. 53, 2011 ■ F. MALHIÈRE, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation). Contribution à l'étude des représentations de la justice*, Dalloz, 2013 ■ P. MAZEAUD, « L'erreur en droit constitutionnel », Colloque à l'Institut de France, 2006, disponible sur www.conseil-constitutionnel.fr ■ J. MEUNIER, *Le pouvoir du Conseil Constitutionnel, Essai d'analyse stratégique*, Bruylant LGDJ, 1994 ■ J.-J. PARDINI, *Le juge constitutionnel et le fait en Italie et en France*, Economica-PUAM, 2001 ■ D. RIBES, « Le réalisme du Conseil constitutionnel », *CCC*, n° 27, 2007, p. 132 ■ D. ROUSSEAU, « Les transformations du droit constitutionnel sous la V^e République », *RDP*, 1998, p. 1780 ■ S. SALLES, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2016 ■ Ch.-E. SÉNAC, *L'office du juge constitutionnel. Étude du contrôle de constitutionnalité par les juridictions françaises*, LGDJ, 2015 ■ G. VEDEL, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif », *CCC*, 1996, n° 1, p. 57 et 1997, n° 2, p. 77 ■ A. VIALA, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 1999 ■ A. VIDAL-NAQUET, « Les cas d'ouverture dans le contrôle de constitutionnalité des lois », *RFDA*, 2008, p. 899.

2. Sur l'incompétence négative :

■ J. ARLETTAZ, « L'incompétence négative à l'étranger », *NCCC*, 2015, n° 1, pp. 55-76 ■ J. ARRIGHI DE CASANOVA, « Quel avenir pour la jurisprudence Kimberly-Clark », *NCCC*, 2015, n° 1, pp. 29-39 ■ J. BARTHELEMY et L. BORÉ, « Juges constitutionnels négatifs et interprète négatif de la loi », *Constitutions*, n° 1, 2011, p. 69 ■ G. BERGOUGNOUS, « L'incompétence négative vue du Parlement », *NCCC*, 2015, n° 46, pp. 41-54 ■ G. DRAGO, « Le Conseil constitutionnel, la compétence du législateur et le désordre normatif », *RDP*, 2006, n° 1, pp. 45-64 ■ « Le périmètre de la loi », in *Mélanges en l'honneur du professeur Louis Favoreu, Renouveau du droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 661-672 ■ F. GALLETTI, « Existe-t-il une obligation de bien légiférer ? Propos sur « l'incompétence négative du législateur » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDC*, 2004, pp. 387-417 ■ J. GARCIA, *Les incompétences négatives dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, thèse Montpellier, 2015 ■ F. PRIET, « L'incompétence négative du législateur », *RFDC*,

n° 17, 1994, p. 61 ■ P. RRABI, « “L’incompétence négative” dans la QPC : de la double négation à la double incompréhension », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 34, 2012, p. 163 ■ J. TREMEAU, *La Réserve de loi*, PUAM, 1997 ■ G. SCHMITTER, « L’incompétence négative du législateur et des autorités administratives », *AJJC*, 1989, vol. n° 5, pp. 137-176.

3. Sur le contrôle de proportionnalité :

■ O. CAYLA, « Si la volonté générale peut errer », *Le Temps des Savoirs*, Revue de l’Institut universitaire de France, O. Jacob, n° 2, septembre 2000, p. 61 ■ P. DELVOLVÉ, « Existe-t-il un contrôle de l’opportunité ? », in *Conseil constitutionnel et Conseil d’État*, LGDJ, Montchrestien, 1988, p. 269 ■ J.-B. DUCLERCQ, *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2015 ■ M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, « La singularité du contrôle exercé *a posteriori* par le Conseil constitutionnel : la part de concret et la part d’abstrait », *NCCC*, n° 38, 2013, p. 211 ■ R. FRAISSE, « Le Conseil constitutionnel exerce un contrôle conditionné, diversifié et modulé par la proportionnalité », *LPA*, 2009, n° 46, p. 74 ■ M. FROMONT, « Le principe de proportionnalité », *AJDA*, 1995, n° spécial, p. 156 ■ L. GAY, « Redéfinir le contrôle concret de constitutionnalité. Plaidoyer pour une concrétisation accrue des décisions QPC », in E. CARTIER, L. GAY, A. VIALA (dir.), *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Institut Universitaire Varenne, Colloque et Essai, 2015, p. 119 ■ E. GEORGITSI, « La proportionnalité comme instrument de « conciliation » des normes antagonistes. Regard critique sur l’identification et la résolution des conflits de normes en contentieux constitutionnel comparé », *RIDC*, 2011, n° 3, p. 559 ■ V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : figures récentes », *RFDC*, 2007, p. 269, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques ? », *JP*, n° 7, 2012, p. 1 ■ L. HABIB, « L’erreur manifeste dans la jurisprudence constitutionnelle », *RDP*, 1986, p. 695 ■ J.-P. HENRY, « Une nouvelle fonction pour l’erreur manifeste », *AJDA*, 1979, p. 17 ■ B. KORPROBST, « L’erreur manifeste », *Dalloz*, 1965, p. 21 ■ D. LOCHAK, « Le contrôle de l’opportunité par le Conseil constitutionnel », in D. ROUSSEAU, F. SUDRE (dir.), *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l’homme*, Editions STH, 1990, p. 77 ■ X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelles et administratives*, PUAM, 1990 ■ D. ROUSSEAU, *Le contrôle de l’opportunité de l’action administrative par le juge administratif*, thèse, Poitiers, 1979 ■ A. VIDAL-NAQUET, « Quelles techniques juridictionnelles pour la QPC ? », in L. GAY (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, Bruylant, 2014, p. 202.

4. Sur l’interprétation constitutionnelle :

■ P. AMSELEK, *Interprétation et droit*, Bruylant, 1995 ■ O. CAYLA, *La notion de signification en droit. Contribution à une théorie du droit naturel de la communication*, thèse, Paris II, 1992 ■ « La souveraineté de l’artiste du second temps », *Droits*, 1990, n° 12, p. 129 ■ D. DE BECHILLON, *Qu’est-ce qu’une règle de droit ?*, O. Jacob, 1997 ■ « L’ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l’interprétation », *RRJ*, 1994, p. 247 ■ H.-G. GADAMER, *Vérité et méthode, les grandes lignes d’une herméneutique philosophique*, Le Seuil, 1976 ■ *L’art de comprendre*, Aubier-Montaigne, 1982 ■ *Langage et vérité*, Gallimard, 1995 ■ J. HABERMAS, *Droit et démocratie*, Gallimard, 1997 ■ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962 ■ *Théorie générale des normes*, Leviathan, 1996 ■ J. LENOBLE et A. BERTEN, *Dire la*

norme, Bruylant, 1990 ■ H.-R. JAUSS, *Pour une herméneutique littéraire*, Gallimard, 1992 ■ F. MELIN-SOUCRAMANIEN (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Dalloz, 2005 ■ F. MICHAUT, *L'école de la « sociological jurisprudence » et le mouvement idéaliste américain*, thèse Paris X, 1985 ■ H. RABAUT, *L'interprétation des normes : l'objectivité de la méthode herméneutique*, L'Harmattan, 1997 ■ J.-P. RESWEBER, *Qu'est-ce qu'interpréter ?*, Cerf, 1998 ■ C. STAMATIS, *Argumenter en droit. Une théorie critique de l'argumentation juridique*, Éd. Publisud, 1995 ■ G. STEINER, *Réelles présences*, Gallimard, 1991 ■ G. TIMSIT, *Les figures du jugement*, PUF, 1993 ■ M. TROPER, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supra-légalité constitutionnelle », in *Mélanges Eisenmann*, 1975, p. 133 ■ « La liberté d'interprétation du juge constitutionnel », in P. AMSELEK (dir.), *Interprétation et droit*, Bruylant-PUAM, 1995, p. 242 ■ M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, C. GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant-LGDJ, La pensée juridique, 2005 ■ M. VAN DE KERCHOVE, F. OST, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, PUF, 1992 ■ A. VIALA, *Philosophie du droit*, Ellipses, 2010 ■ G. VATTIMO, *Éthique de l'interprétation*, La Découverte, 1991.

TITRE 4

LA DÉCISION DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

338 Devant le Conseil constitutionnel, au terme d'une procédure qui tend à se juridictionnaliser (chapitre 1), plusieurs types de décisions peuvent être rendues (chapitre 2) dont l'autorité se renforce peu à peu (chapitre 3).

CHAPITRE I

LA PROCÉDURE DEVANT LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

339 Le mouvement de juridictionnalisation amorcé dans le contentieux *a priori* (section 1) s'est considérablement amplifié avec le contentieux *a posteriori* (section 2).

SECTION I

LA PROCÉDURE DANS LE CONTENTIEUX *A PRIORI*

340 Dans le cadre du contrôle *a priori*, les autorités de saisine du Conseil constitutionnel peuvent déférer plusieurs actes selon la procédure concernée¹. Cependant, le cadre de référence demeure le contrôle des lois au titre de l'article 61 de la Constitution, organisé autour de deux phases procédurales : la saisine et le jugement.

§ 1. LA PROCÉDURE DE SAISINE

A. LE MOMENT DE LA SAISINE

341 Dans le cadre de l'article 61 de la Constitution, le Conseil est saisi des lois avant leur promulgation. Cette condition de délai constitue le trait distinctif et original du contrôle français de constitutionnalité, qualifié, précisément pour cette raison, de contrôle préventif ou *a priori*². Les autorités habilitées à saisir le Conseil

■ 1. Cf. *supra*, n° 120 et s.

■ 2. Sur les délais de saisine, cf. L. DOMINGO, D. RIBES, « Analyse statistique des saisines parlementaires du Conseil constitutionnel entre 2004 et 2014 », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 49, 2015, p. 11.

disposent donc d'un délai court et mobile : celui compris entre le moment où la loi est définitivement votée – avant, le recours est irrecevable³ – et le moment où le Président de la République promulgue la loi.

Si le premier terme est aisément repérable, le second est beaucoup moins prévisible puisque l'article 10 de la Constitution donne au Président de la République un délai maximum de 15 jours pour promulguer les lois, délai de 15 jours qui se retrouve, de fait, être celui maximum dont disposent les requérants pour saisir le Conseil. Mais l'article 10 fixant seulement la limite extrême, ce délai peut être raccourci si le Chef de l'État décide de promulguer la loi 10 jours, 9 jours ou 5 jours après qu'elle ait été définitivement votée ; à la limite, même, il peut empêcher toute saisine en promulguant la loi dans la seconde qui suit son adoption définitive !

L'« accident » s'est d'ailleurs produit à l'automne 1997 : le Président de la République a promulgué une loi, celle portant réforme du service national, la veille du jour où soixante-deux sénateurs ont déposé contre elle un recours devant le Conseil constitutionnel. En conséquence, saisi le 29 octobre 1997 de la loi promulguée le 28 octobre, le Conseil, dans sa décision du 7 novembre 1997⁴, n'a pu que rappeler qu'aux termes du deuxième alinéa de l'article 61 « il ne lui appartient pas de connaître d'une demande » de contrôle de constitutionnalité reçue après la promulgation d'une loi. Juridiquement prévisible, cette décision révèle deux limites. Celle, d'abord, des « conventions de la Constitution » : que Président de la République, Premier ministre, groupes parlementaires et Conseil constitutionnel se soient jusqu'alors entendus, en l'absence de dispositions écrites, pour ne jamais précipiter une promulgation afin de laisser aux requérants le temps de récolter les signatures nécessaires, ne peut couvrir le droit que le Président détient expressément de la Constitution de promulguer la loi votée au moment où il veut dans le délai de quinze jours. Le délai pour saisir est ainsi sous la dépendance permanente de la décision présidentielle de promulguer ; peut-être faudrait-il, en conséquence, rouvrir le débat sur l'instauration d'un délai autonome de saisine. La seconde limite est bien sûr celle du contrôle *a priori* : l'accord de la classe politique sur une loi ne garantit pas sa constitutionnalité mais bloque son examen par le Conseil ; au contraire, le contrôle *a posteriori* permet d'assurer que la loi, au moment où elle s'applique est – ou n'est pas – conforme à la Constitution.

342 En sens inverse, les parlementaires ne peuvent retarder la promulgation d'une loi en déposant recours sur recours. Alors que le Conseil venait de rendre, suite à une saisine des sénateurs, sa décision sur l'allongement de dix à douze semaines du délai légal pour l'IVG, soixante députés portaient à nouveau cette même loi devant lui. Il aurait pu fonder son rejet de la requête sur l'autorité de la chose jugée. Or, il ne le fait pas, préférant argumenter, dans sa décision du 4 juillet 2001⁵, sur le délai de promulgation : fixé à quinze jours, il ne peut être suspendu que lorsque la loi est déferée au Conseil ; l'examen d'une saisine postérieure à la décision conduirait à une nouvelle suspension du délai ; « en conséquence, lorsque le Conseil a rendu

■ 3. CC 76-69 DC, 8 novembre 1976, R. p. 37.

■ 4. CC 97-392 DC, 7 novembre 1997, R. p. 235.

■ 5. CC 2001-449 DC, 4 juillet 2001, R. p. 80.

une décision en application de l'article 61, il ne peut être saisi d'un recours contre le même texte ».

343 D'autres propositions avaient été faites pour pallier les insuffisances du contrôle *a priori*. Ancien membre du Conseil constitutionnel, François Luchaire regrettait en 1985 que le Conseil ne puisse être saisi des lois *avant* leur discussion parlementaire⁶. Selon cet auteur, le système *a priori* a pour inconvénient majeur de laisser commencer le débat législatif sans que les questions constitutionnelles aient été préalablement réglées. Résultats : le législateur consacre un temps de plus en plus important à la discussion juridique au détriment de l'examen politique ; « en cas de censure, il faut reprendre avec toute sa lourdeur la procédure législative, souvent en session extraordinaire » ; les décisions du Conseil et le Conseil lui-même deviennent un enjeu des luttes politiques. Mieux vaudrait en conséquence distinguer nettement questions juridiques et questions politiques, les premières étant tranchées avant par le Conseil afin de permettre au Parlement de se consacrer uniquement aux secondes.

Cette procédure existe déjà pour les traités internationaux qui, selon l'article 54 de la Constitution, peuvent être soumis au Conseil *avant* leur ratification par le Parlement. Un système comparable avait également été proposé en 1984, lors de la discussion avortée de la modification de l'article 11 de la Constitution : Robert Badinter, alors garde des Sceaux, avait présenté un amendement introduisant l'examen préalable par le Conseil de la conformité à la Constitution des projets de loi portant sur les garanties fondamentales des libertés publiques et soumis au référendum⁷, mécanisme comparable à celui applicable au nouveau référendum d'initiative partagée de l'article 11 de la Constitution⁸. Adopter pour les textes législatifs ordinaires une telle procédure comporterait certainement des avantages en temps, en clarté et en sérénité des débats parlementaires. Mais elle recèle aussi certains risques : celui de renforcer encore l'influence du Conseil sur le Parlement par la détermination préalable du cadre dans lequel ce dernier pourra agir ; celui de susciter ou aiguïser une concurrence avec le Conseil d'État qui, selon l'article 39 de la Constitution, doit donner sur les projets de loi – c'est-à-dire la quasi-totalité de la production législative – un avis préalable incluant les questions de constitutionnalité ; celui de rendre encore plus politique l'intervention du Conseil lorsqu'il sera saisi après le vote définitif de la loi sur le fondement du non-respect de son contrôle préalable à la discussion parlementaire. Il convient donc de rester prudent sinon réservé à l'égard de l'opportunité d'une telle réforme.

B. LA MOTIVATION DE LA SAISINE

344 La requête est introduite par une lettre adressée au Président du Conseil constitutionnel, sans condition particulière de présentation ou de timbre⁹. Ainsi, pour la

■ 6. F. LUCHAIRE, « Saisir avant plutôt qu'après », *Le Monde* du 23 août 1985.

■ 7. R. BADINTER, JO Débats Sénat, 8 août 1984, p. 8374 ; V. également, M. DUVERGER, *Le Monde* du 31 juillet 1984.

■ 8. Cf. *supra*, n° 166.

■ 9. Le Conseil constitutionnel pour sa part avise de la saisine toutes les autorités habilitées à le saisir.

saisine parlementaire, il peut être envoyé une lettre unique collective, plusieurs lettres, voire soixante lettres individuelles, l'essentiel étant qu'au total soixante députés ou soixante sénateurs – au minimum – aient bien signé le recours devant le Conseil.

À s'en tenir aux textes, la motivation de la requête n'est pas exigée. La non-motivation des saisines, la concision et la sobriété des arguments sont cependant loin d'être la règle générale¹⁰. La pratique est plutôt au contraire celle de requêtes longues, sinon démesurées, où sont retracées les grandes étapes d'élaboration de la loi contestée, exposés minutieusement, article par article, les griefs d'inconstitutionnalité, développés, à la lumière de la jurisprudence constitutionnelle souvent sollicitée, tous les moyens possibles d'invalidation... Loin d'arrêter cette inflation argumentaire, la publication au *Journal officiel* des lettres de saisine depuis 1983 a encore encouragé les requérants à prouver le sérieux de leur contestation par la longueur de leur requête. Si seulement le Conseil se considérait lié par le texte de la saisine, le travail des requérants pourrait se justifier ; mais précisément, la question de la portée de la saisine se pose.

345 Pour autant, les autorités de saisine peuvent ne pas souhaiter argumenter précisément la saisine. Ainsi, les saisines à titre obligatoire des lois organiques et des règlements des Assemblées parlementaires, ainsi que les saisines du Président de l'Assemblée nationale et/ou du Président du Sénat sur les lois ordinaires sont des saisines dites « blanches », en ce qu'elles n'invoquent aucun grief particulier. En 1971, le Président du Sénat saisit le Conseil de la loi relative à la liberté d'association par la simple formule « je demande au Conseil constitutionnel de vouloir bien se prononcer sur la conformité de ce texte à la Constitution »¹¹. Ponctuellement, les parlementaires saisissants présentaient également des « saisines blanches », à l'image de la lettre de saisine de soixante sénateurs contre la loi relative aux contrôles et vérifications d'identité : le Conseil se contente alors de relever que les auteurs de la saisine n'ont développé aucun moyen particulier à l'appui de leur requête, mais n'en examine pas moins la constitutionnalité de la loi¹². La décision du 19 novembre 2009 portant sur la loi relative à la prison et aux droits des détenus est un cas particulier : la saisine est « blanche », c'est-à-dire n'invoque aucun grief particulier, les observations en réponse du gouvernement sont également « blanches », c'est-à-dire se résument à demander le rejet du recours et la décision du Conseil est « blanche », c'est-à-dire réduite au strict minimum¹³ !

Cependant, la pratique des « saisines blanches » devrait nettement se réduire au regard de la décision du 26 mai 2011¹⁴. La saisine parlementaire se contentait en

■ 10. Les requérants peuvent toujours, après l'envoi de la lettre de saisine, adresser au Conseil une note ou un mémoire complémentaire. Ainsi en 1971, le Président POHER a fait suivre sa courte lettre d'un mémoire plus longuement argumenté.

■ 11. D. MAUS, *Textes et documents sur la pratique institutionnelle de la V^e République*, La documentation française/CNRS, 1982, p. 326.

■ 12. CC 86-211 DC, 26 août 1986, R. p. 120. V. également CC 86-211 DC, 26 août 1986, JO 27 août 1986, p. 10438 ; CC 91-299 DC, 2 août 1991, JO 6 août 1991, p. 10473 ; CC 95-360 DC, 2 février 1995, JO 7 février 1995, p. 2097.

■ 13. CC 2009-593 DC, 19 novembre 2009, JO 25 novembre 2009, p. 20222.

■ 14. CC 2011-630 DC, 26 mai 2011, JO 2 juin 2011, p. 9553.

effet en quelques lignes d'indiquer que les députés avaient « l'honneur de déférer conformément au deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution, l'ensemble du projet de loi relatif à l'organisation du championnat d'Europe de football de l'UEFA en 2016 ». La réponse du Conseil constitutionnel fut tout aussi brève. D'une part, il constate que « cette loi a été adoptée selon une procédure conforme à la Constitution ». D'autre part, il considère « que les requérants n'invoquent aucun grief à l'encontre de ce texte » et qu'« aucun motif particulier d'inconstitutionnalité ne ressort des travaux parlementaires ». La conclusion intervient aussitôt : « il n'y a pas lieu, pour le Conseil constitutionnel, d'examiner spécialement ces dispositions d'office ». Dorénavant, les autorités de saisine¹⁵ sont invitées à préciser les griefs d'inconstitutionnalité, faute de quoi le Conseil n'examinera d'office aucune disposition de la loi. Seuls peuvent être relevés d'office une violation de la procédure parlementaire ou un « motif particulier d'inconstitutionnalité » relevé lors des travaux parlementaires. Par exemple, dans la décision du 21 avril 2016¹⁶, face à la saisine blanche du Premier ministre sur la loi relative à la modernisation des règles applicables aux élections, le Conseil constitutionnel examine précisément le respect de la procédure parlementaire en reprenant deux griefs soulevés lors des travaux parlementaires devant le Sénat. Le Conseil assure ainsi une complémentarité avec le mécanisme de la QPC, les griefs relevant de la procédure d'adoption de la loi ne pouvant être invoqués au titre du contrôle *a posteriori*.

C. LA PORTÉE DE LA SAISINE

1. L'impossible désistement

346 À la réception des recours parlementaires, le Conseil vérifie le nombre de signatures et la qualité des signataires : une requête serait, par exemple, déclarée irrecevable soit pour être signée par cinquante-neuf députés, soit pour être signée par soixante parlementaires dont trente députés et trente sénateurs¹⁷. Le mécanisme est maintenant assez « rodé » pour que les groupes parlementaires évitent ces types d'erreurs et s'en garantissent en demandant à chacun de leur membre leur signature en début de session.

La saisine étant collective, le Conseil a, dans sa décision du 9 novembre 1999¹⁸, jugé irrecevable un mémoire complémentaire adressé par un des députés auteurs de la saisine mais sous sa seule signature. Pourtant, il fait référence à ce mémoire dans les visas de sa décision permettant ainsi de penser qu'il l'a lu¹⁹ !

■ 15. L'annonce précoce de la saisine par le Président de la République sur la loi renseignement a provoqué un débat sur la nécessité ou l'obligation de motiver sa saisine, v. P. Jan, « Loi sur le renseignement : la saisine présidentielle doit-elle être motivée ? », *Dalloz*, 2015, p. 1047.

■ 16. CC 2016-730 DC, 21 avril 2016, JO 26 avril 2016, texte n° 6.

■ 17. Dans la décision du 5 avril 2006, le Conseil déclare irrecevable un recours contre une « loi du pays » signée par quinze membres du Congrès de Nouvelle-Calédonie puisque la loi organique impose une saisine par dix-huit membres au moins du Congrès : CC 2006-2 LP, 5 avril 2006, *R.* p. 63.

■ 18. CC 99-419 DC, 9 novembre 1999, *R.* p. 116 ; CC 2000-428 DC, 4 mai 2000, *R.* p. 70 ; CC 2002-459 DC, 22 août 2002, *R.* p. 195.

■ 19. Pour une critique de cette décision, V. D. ROUSSEAU, *RDP*, 2000, p. 35 et s.

347 Dans sa décision du 30 décembre 1996²⁰, le Conseil a été confronté à une question inédite : les parlementaires auteurs d'une saisine peuvent-ils, après le dépôt de leur requête, dessaisir le Conseil en lui faisant savoir qu'ils retirent leurs signatures ? À l'origine du problème, une initiative de soixante-et-un députés de la majorité parlementaire qui, contestant la disposition attribuant la carte d'ancien combattant aux Français ayant combattu aux côtés de l'armée républicaine espagnole entre 1936 et 1939, saisissent le Conseil. Informés par les présidents des groupes parlementaires RPF et UDF que leur recours permettra au juge d'examiner « l'ensemble de la loi de finances rectificative que notre majorité vient d'adopter », certains députés requérants, semble-t-il à la suite de pressions amicales, adressent un courrier au Conseil pour déclarer soit qu'ils avaient signé par erreur la saisine, soit qu'ils entendaient retirer leur signature ou ne plus figurer sur la liste des signataires. Le seuil fatidique des soixante n'étant plus atteint du fait de ces déclarations post-saisine, le Conseil pouvait-il toujours se considérer constitutionnellement saisi ?

La réponse du Conseil est claire : « aucune disposition de la Constitution non plus que de la loi organique relative au Conseil constitutionnel ne permet aux autorités ou aux parlementaires habilités à déférer une loi au Conseil constitutionnel de le dessaisir en faisant obstacle à la mise en œuvre du contrôle de constitutionnalité engagé ; que dès lors, hormis les cas d'erreur matérielle, de fraude ou de vice de consentement, le Conseil constitutionnel ne saurait prendre en compte des déclarations exprimées en ce sens ».

Si admettre le désistement présentait, sur le plan pratique, des inconvénients²¹, la solution adoptée en recèle aussi quelques-uns. Par exemple, à partir de quel moment le Conseil est-il *réellement* saisi ? Si, en effet, le Conseil refuse le retrait de signatures qui ferait descendre la liste des requérants en dessous de soixante, il accepte l'apport de signatures qui permet à une saisine d'atteindre et de dépasser ce chiffre. En l'espèce, il avait été saisi, le 20 décembre 1996, par seulement cinquante-cinq députés ; le 23 décembre, quatre nouveaux députés apportaient leur signature, et le 24 décembre, deux autres députés permettaient à la saisine de capitaliser soixante-et-un noms ! Le 20 décembre, la requête n'était pas recevable, et pas davantage le 23. Dès lors, le Président de la République n'aurait-il pas été en droit de penser qu'il pouvait promulguer la loi dès le 21 ou 22 décembre ? Et que se serait-il passé le 25 ?

De même, puisque le refus du désistement s'adresse à toutes les autorités habilitées à saisir le Conseil, qu'advierait-il si le Président de la République retirait son recours et, à la suite, promulguait la loi ? Forfaiture ? Manquement manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat, pour reprendre le motif de destitution prévu à l'article 68 de la Constitution ? Ou déclaration d'incompétence du Conseil au motif qu'il ne peut contester une loi promulguée ?

Au-delà de ces questions pratiques, importantes, cette décision emporte une représentation inattendue du juge de la loi. Pour refuser le désistement, il faut en effet ne pas concevoir les requérants comme des parties, l'affaire en cause comme un procès, et l'institution comme une juridiction. *A contrario* d'ailleurs,

■ 20. CC 96-386 DC, 30 décembre 1996, *R.* p. 154 ; CC 99-421 DC, 16 décembre 1999, *R.* p. 136.

■ 21. J.-P. CAMBY, « La saisine du Conseil constitutionnel ou l'impossible retrait », *RDJ*, 1997, p. 8.

l'admission du désistement dans le contentieux électoral marque qu'en cette matière le Conseil statue comme juridiction. D'où la contradiction d'un Conseil qui prétend être une juridiction dans le contrôle *a priori*, « demande » à la doctrine de le percevoir telle mais qui, par cette décision, se dévoile autre !

2. Le relevé d'office

348

Quel que soit l'objet de la saisine, le Conseil est, en vertu de l'article 61 de la Constitution, saisi d'une loi dans son entier²². Aussi, s'il examine en priorité les articles ou dispositions critiqués par les requérants, s'il cite et se réfère amplement aux griefs et moyens évoqués par la requête, il ne considère jamais qu'il est tenu de statuer sur les seules conclusions dont il est saisi, ou qu'il est lié par les termes de la requête ; il estime toujours être saisi et pouvoir juger de l'ensemble de la loi. Le contrôle *a priori* est en effet principalement de nature objective, c'est-à-dire orienté vers la nécessité d'assurer la prééminence de la Constitution sur les lois. Ainsi, dans la décision du 30 décembre 1996²³, il rappelle que son contrôle porte « sur toutes les dispositions de la loi déferée y compris celles qui n'ont fait l'objet d'aucune critique de la part des auteurs de la saisine ». Et chacune de ses décisions se termine ainsi par un considérant, généralement précédé de la formule « sur l'ensemble de la loi », par lequel le Conseil vérifie s'il y a lieu pour lui de soulever d'office une question de conformité à la Constitution en ce qui concerne les dispositions non critiquées par la saisine de la loi soumise à son examen. Le plus souvent il est vrai, le Conseil ne soulève pas d'office, mais il montre, par ce considérant dit « balai » que son contrôle et sa décision portent sur la loi entière²⁴.

Au demeurant, il n'hésite pas, le cas échéant, à affirmer sa maîtrise du contrôle de constitutionnalité. Il peut ne pas répondre à tous les moyens soulevés par les requérants²⁵ et ne pas se prononcer sur tous les griefs d'inconstitutionnalité²⁶. Il peut encore soulever d'office des moyens que les requérants n'avaient pas invoqués, soit pour appuyer le recours de ces derniers, soit au contraire pour substituer à leur motivation la sienne propre : dans la décision du 20 janvier 1984, alors que les parlementaires contestent la loi Savary sur la base du principe de la liberté d'enseignement, le Conseil affirme que « les dispositions critiquées ne touchent pas à la liberté de l'enseignement mais sont relatives à l'organisation d'un service public et

■ 22. Sur l'ensemble de cette question, cf. A.-C. BEZZINA, *Les questions et les moyens soulevés d'office par le Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2014. En particulier, l'auteur identifie (p.491 s.) un critère de sélection : le Conseil constitutionnel soulève d'office une question dès lors qu'une norme de référence est susceptible d'être violée de manière manifeste et suffisamment grave.

■ 23. CC 96-386 DC, 30 décembre 1996, R. p. 154.

■ 24. Le considérant balai est ainsi rédigé : « qu'il n'y a lieu, pour le Conseil constitutionnel, de soulever d'office, aucune autre question de conformité à la Constitution ».

■ 25. V. par exemple, CC 87-226 DC, 27 juin 1987, R. p. 34 : « considérant dès lors, *sans qu'il soit besoin d'examiner tout autre moyen*, que doivent être déclarées contraires à la Constitution les dispositions contenues dans les mots "avec un statut dont les éléments essentiels ont été portés à votre connaissance" figurant à l'article premier de la loi ».

■ 26. V. par exemple, CC 75-60 DC, 30 décembre 1975, R. p. 28. Dans leur requête, les parlementaires contestent l'inscription dans la loi de finances de crédits destinés au Chili au motif qu'ils découlent d'accords internationaux n'ayant pas fait l'objet d'une ratification parlementaire et violent en conséquence l'art. 53 de la Constitution ; le Conseil n'examinera pas ce grief !

aux droits et obligations des enseignants et chercheurs chargés de l'exécution de ce service et associés à sa gestion » ; et sur cette base nouvelle, il examine les dispositions législatives contestées²⁷. Dans la décision du 9 octobre 2014²⁸, le Conseil censure une disposition de la loi d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt en raison d'une méconnaissance des règles de recevabilité des amendements, et ce « sans qu'il soit besoin d'examiner le grief soulevé par les députés requérants » relatif à la violation de l'article 16 de la DDHC.

Mais surtout, il peut décider de soulever d'office des moyens contre des dispositions non critiquées par les requérants : dans leur saisine de la loi modifiant le mode d'élection de conseillers municipaux, les requérants ne contestaient que la règle de répartition des sièges contraire, selon eux, au principe d'égalité ; le Conseil rejette ce grief, mais soulève et prononce l'inconstitutionnalité de l'article limitant à 75 % la proportion des candidats du même sexe sur une liste, article que les requérants n'avaient pas mis en cause²⁹. Dans la décision du 16 mars 2006³⁰, plusieurs dispositions de la loi relative à l'égalité salariale entre les hommes et les femmes ont été d'office déclarées contraires au principe d'égalité, en ce qu'elles imposaient le respect de proportions déterminées entre les femmes et les hommes dans la composition de différentes instances ou élections professionnelles. Le relevé d'office peut concerner une question de procédure parlementaire, à l'image de la censure d'office dans la décision du 13 août 2015³¹ d'une disposition de la loi relative au dialogue social et à l'emploi pour violation des règles de recevabilité des amendements parlementaires. Le Conseil peut également émettre une réserve d'interprétation sur une disposition qui n'était pas contestée par la saisine, comme dans la décision du 10 juin 2010³² à propos de la loi relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité.

§ 2. LA PROCÉDURE DE JUGEMENT

A. UN CADRE FORMEL SOUPLE

349 Le poids de la pratique. Dans le cadre du contrôle *a priori*, les textes ne prévoient aucune procédure particulière devant le Conseil constitutionnel ; les seuls éléments s'y rapportant sont l'exigence de la saisine, dont rien n'indique qu'elle doit être motivée, le respect du délai d'un mois et la désignation d'un rapporteur. L'instruction des affaires se déroule donc selon des règles forgées par la pratique, les manières de faire, les innovations introduites au fil du temps par les membres du Conseil. Cette non-codification de la procédure, loin d'être un obstacle, a permis la mise en place d'un système de travail des dossiers non formaliste, mais guidé par la

■ 27. CC 83-165 DC, 20 janvier 1984, R. p. 30.

■ 28. CC 2014-701 DC, 19 octobre 2014, JO 14 octobre 2014, p. 16656.

■ 29. CC 82-146 DC, 18 novembre 1982, R. p. 66 ; V. également CC 81-127 DC, 19-20 janvier 1981, R. p. 15 ; CC 89-269 DC, 22 janvier 1990, R. p. 33 : le Conseil a soulevé d'office la question de la constitutionnalité d'un traitement différent des Français et des étrangers résidant régulièrement en France.

■ 30. CC 2006-533 DC, 16 mars 2006, JO 24 mars 2006, p. 4446.

■ 31. CC 2015-720 DC, 13 août 2015, JO 18 août 2015, p. 14401.

■ 32. CC 2010-607 DC, 10 juin 2010, JO 16 juin 2010, p. 10988.

recherche systématique et large d'informations de toutes origines qui aboutit à un résultat favorable, dans les faits, au principe du contradictoire.

350 L'instruction et le rôle éminent du rapporteur. Une fois la requête contrôlée et enregistrée³³, les présidents des Assemblées et le gouvernement informés de la saisine, le rapporteur, désigné par le Président³⁴ et aidé par le service juridique, commence à constituer un dossier en rassemblant trois grands types d'éléments. Il réunit et étudie d'abord les textes de la loi et de la saisine, les débats parlementaires, la jurisprudence du Conseil, le cas échéant, celle des juridictions administratives et judiciaires et des juges européens, et parfois celle des Cours constitutionnelles étrangères. Il reçoit ensuite une note écrite et argumentée du secrétariat général du gouvernement, soit spontanément, soit à la suite d'une réunion de travail mettant en présence des fonctionnaires du ministère concerné, des représentants du secrétariat général du gouvernement³⁵, un membre du service juridique du Conseil et le conseiller-rapporteur qui, par ses questions et en reprenant les critiques des auteurs de la saisine, provoque un débat contradictoire et cherche à obtenir des explications sur les dispositions contestées de la loi. Il dispose enfin des lettres, mémoires, documents que peuvent lui envoyer les parlementaires, les syndicats, associations ou groupements intéressés par la loi, des consultations écrites adressées par des juristes, des articles de doctrine, voire même des articles de presse lorsque l'importance de l'affaire suscite un débat animé et argumenté dans les médias.

En d'autres termes, le rapporteur ne limite pas son information aux seuls exposés de la requête ou de la note du gouvernement ; il admet au dossier et, s'il le faut, demande toutes pièces écrites autres que la saisine, à charge pour lui d'analyser et d'apprécier la valeur de ces documents. Au total, il est ainsi en possession d'éléments d'origines variées, d'argumentations opposées et également sérieuses qui lui permettent d'assurer, pour le Conseil, une instruction de l'affaire en pratique contradictoire.

Ce travail doit être mené dans des délais relativement brefs puisque, en matière de contrôle de la constitutionnalité des lois, le Conseil doit statuer un mois maximum après l'enregistrement de la requête et dans les huit jours si le gouvernement, qui n'en abuse pas, déclare l'urgence³⁶.

351 La délibération. Convoqué par le Président sur un ordre du jour qui peut comprendre l'examen de plusieurs affaires, le Conseil ne peut valablement délibérer

■ 33. Le contrôle de la requête consiste à vérifier par exemple qu'elle est effectivement signée par soixante députés ou soixante sénateurs.

■ 34. Le choix du rapporteur est une décision importante du Président dans la mesure où, en séance, la discussion s'engage à partir de son travail et de son projet de décision ; en l'absence de règles, l'habitude a été prise de désigner un rapporteur en fonction de ses centres d'intérêts, de sa spécialité avec le souci de respecter un certain équilibre dans la distribution des affaires. Il est rare que le Président s'auto-désigne comme rapporteur.

■ 35. D. CONNIL, « La défense de la loi déferée au Conseil constitutionnel. Analyse d'un paradoxe », *RFDC*, 2013, n° 4, p. 813.

■ 36. Dans les faits, le Conseil commence à travailler un dossier dès qu'une possibilité de contestation apparaît à maints indices : exception d'irrecevabilité, déclaration des parlementaires lors des débats législatifs, articles de presse... Cas extrême, le Conseil s'est réuni pour délibérer de la loi de nationalisation avant même d'avoir été officiellement saisi.

que si sept membres au moins sont présents, sauf cas de force majeure dûment constaté au procès-verbal. Les conseillers entendent alors le rapporteur présenter ses conclusions et proposer son projet de décision qui leur a été remis en début de séance³⁷. La discussion qui s'engage porte aussi bien sur le rapport que sur le projet de décision dont la rédaction, le sens, le contenu ou l'ordre des considérants peuvent être modifiés en cours ou à l'occasion de suspension de séance. Elle se termine par un vote qui, selon les cas, peut être demandé sur le principe de la décision d'abord (invalidation totale ou partielle, conformité...), sur chacun des considérants ensuite, sur l'ensemble de la décision enfin ; un seul vote peut cependant suffire s'il apparaît que le projet du rapporteur recueille l'accord de ses collègues. Le Conseil siègeant toujours, à la différence de certaines cours étrangères, en séance plénière, la décision est acquise par un vote à la majorité simple, la voix du Président étant prépondérante en cas de partage³⁸.

352 Forme de la décision. Progressivement, les décisions ont acquis leur forme actuelle qui, au-delà des visas classiques³⁹ et du dispositif, se caractérise par une écriture de plus en plus longue, motivée et précisément structurée des motifs : distinguant les questions de procédure de celles portant sur le fond, les décisions procèdent à une analyse méthodique des griefs, un par un, et chaque fois en énonçant les critiques des auteurs de la saisine (premier considérant), en discutant le bien-fondé de la contestation (deuxième considérant), et en concluant la discussion par l'exposé de la solution retenue (troisième considérant).

353 Publication de la décision. Une fois adoptée et relue, la décision est signée par le Président, le rapporteur et le secrétaire général, envoyée pour publication au *Journal officiel*, et notifiée aux différentes autorités titulaires du pouvoir de saisine⁴⁰. Tels sont les caractères généraux de l'organisation du travail du Conseil statuant comme juge constitutionnel ; leur simplicité n'exclut pas leur efficacité et le sérieux d'un débat contradictoire ; mais elle n'interdit pas non plus que des améliorations soient proposées⁴¹.

■ 37. Les conseillers n'ont reçu avant la séance qu'un dossier comprenant les textes de loi, la saisine et les débats parlementaires, pour l'essentiel.

■ 38. En dehors du contrôle de la constitutionnalité des lois, la majorité absolue est exigée lorsque le Conseil doit se prononcer sur l'empêchement du Président de la République.

■ 39. G. DRAGO, « La fonction nouvelle du visa dans les décisions du Conseil constitutionnel », *Justices*, 1995 p. 195 ; A. VIDAL-NAQUET, « Les visas dans les décisions du Conseil constitutionnel », *RFDC*, 2006 p. 535.

■ 40. Chaque décision est précédée de deux chiffres, celui de l'année et celui de l'ordre d'enregistrement, et de lettres, « DC » (déclaration de conformité, en application des articles 61 et 54 de la Constitution), « L » (appréciation de la nature législative ou réglementaire d'un texte, article 37-2), « FNR » (fin de non-recevoir, article 41), « I » (incompatibilité du mandat parlementaire, article LO 151 du Code électoral), « LP » (contrôle de constitutionnalité des lois du pays de Nouvelle-Calédonie), « LOM » (répartitions des compétences entre l'État et certaines collectivités d'outre-mer).

■ 41. V. par ex., O. SCHRAMECK, « Les aspects procéduraux des saisines », in *Vingt ans de saisine parlementaire*, Economica, 1995 ; J.-M. BLANQUER, *La méthode du juge constitutionnel*, thèse Paris II, 1994 ; J. GICQUEL, « L'autonomie de la procédure suivie par le Conseil constitutionnel », *Mélanges J. WALINE*, Dalloz, 2002, p. 590 ; G. DRAGO, « Réformer le Conseil constitutionnel ? », *Pouvoirs*, n° 105, 2003, p. 78 ; P.E. SPITZ, « La question de la procédure devant le Conseil constitutionnel », in D. ROUSSEAU (dir.), *Le Conseil constitutionnel en questions*, L'Harmattan, 2004, p. 117 ; M. GUILLAUME, « La procédure au Conseil constitutionnel : permanence et innovations », *Mélanges B. GENEVOIS*, Dalloz, 2009, p. 529.

B. LES CARACTÉRISTIQUES DE LA PROCÉDURE

1. Une procédure principalement contradictoire, écrite et secrète

354 Après maintes péripéties et par des voies détournées, le principe du contradictoire est désormais acquis⁴². En 1986, le Président Badinter souhaite reconnaître officiellement le caractère contradictoire de la procédure que la pratique consciencieuse des conseillers-rapporteurs avait jusqu'ici consacré. Dans une lettre adressée aux présidents des deux assemblées, il propose que le conseiller désigné pour l'examen de la saisine « se réserve de prendre l'attache tant du rapporteur de la commission qui, dans chaque assemblée, a été saisie au fond du texte de loi que d'un représentant des auteurs de la saisine, afin qu'ils puissent éventuellement communiquer toutes observations complémentaires qu'ils jugeraient utiles à l'appui du rapport ou de la saisine ». Les deux présidents, Jacques Chaban-Delmas et Alain Poher, repoussent cette initiative au motif que le rapporteur parlementaire d'un projet ou d'une proposition de loi n'est pas qualifié pour le défendre, sa fonction prenant fin avec le vote du texte en discussion. Leur réponse n'a pas empêché cependant que se poursuivent les contacts et échanges informels entre le Conseil et les assemblées ; et surtout, elle n'a pas empêché que... dix-huit ans plus tard le Conseil accepte d'auditionner les parlementaires-requérants. Suite à la forte mobilisation des professions juridiques et des associations de défense des droits de l'homme contre le vote de la loi « Perben 2 » insérant notamment le plaider coupable dans le droit français, les députés et sénateurs de gauche accompagnent leur saisine d'une demande d'audition pour défendre de vive voix leurs arguments devant les juges constitutionnels. Sans que les textes procéduraux aient été modifiés, le Conseil accepte la demande et, le 13 février 2004, une délégation de cinq parlementaires socialistes conduite par les présidents de groupe à l'Assemblée nationale et au Sénat est auditionnée par Monique Pelletier, rapporteure de la loi contestée devant le Conseil. Une grande première, donc, qui reste sans doute formelle puisque le Conseil ne fait nulle part état de cette audition dans sa décision.

355 Le président Jean-Louis Debré a souhaité amplifier ce mouvement et lui donner une autre nature en invitant des personnalités à venir exposer leur analyse sur telle ou telle disposition de la loi contestée devant l'ensemble des membres du Conseil et non plus seulement devant le conseiller-rapporteur. Ainsi fut-il procédé à l'occasion, notamment, des saisines portant sur les tests ADN⁴³ et sur le traité de Lisbonne⁴⁴. Depuis 2009, le contradictoire est également intégré à la procédure de contrôle obligatoire des lois organiques. Après que le Conseil ait favorablement reçu les observations de parlementaires dans la décision du 9 avril 2009⁴⁵, les

■ 42. Cependant, aucun contradictoire n'est organisé dans le cadre de la procédure de déclassement de l'article 37 alinéa 2 ou du contrôle obligatoire des règlements des assemblées parlementaires, alors que les parlementaires pourraient avoir un intérêt à défendre distinct de celui du gouvernement. Cf. CH-E. SÉNAC, *L'office du juge constitutionnel. Étude du contrôle de constitutionnalité par les juridictions françaises*, LGDJ, 2015, § 391s.

■ 43. CC 2007-557 DC, 15 novembre 2007, JO 21 novembre 2007, p. 19001.

■ 44. CC 2007-560 DC, 20 décembre 2007, JO 29 décembre 2007, p. 21813.

■ 45. CC 2009-579 DC, 9 avril 2009, JO 16 avril 2009, p. 6530.

députés et sénateurs ont ponctuellement souhaité déposer leurs observations à la suite de la saisine du Conseil par le Premier ministre. Par exemple lors de l'examen des lois organiques relatives à l'élection des députés et des sénateurs⁴⁶, à la transparence de la vie publique⁴⁷, à l'indépendance de l'audiovisuel public⁴⁸, au procureur de la République financier⁴⁹ ou au cumul des mandats⁵⁰. Ces observations sont visées dans la décision, le gouvernement y répond, mais le Conseil constitutionnel préserve le caractère intégral et objectif de son contrôle en ne mentionnant pas dans les motifs de sa décision les griefs particuliers invoqués par les parlementaires. L'intensification du contradictoire et de la transparence se remarque également dans la décision du 4 août 2011⁵¹ dans laquelle le Conseil constitutionnel avait invité le gouvernement à s'expliquer sur la place, dans la loi déferée, de certaines dispositions. Cet échange sur l'éventuelle présence de cavaliers législatifs, qui aboutira en l'espèce à la censure de trente articles, donne lieu à la publication d'une « annexe aux observations du gouvernement » alors qu'auparavant un simple échange informel avait lieu avec le rapporteur.

356 **Deux initiatives**, en apparence anodines, ont contribué à établir les caractères contradictoire et public de la procédure : la publication au *Journal officiel* des textes des saisines à partir de 1983 et grâce à la détermination du Président Daniel Mayer ; et onze ans plus tard, la publication au même *Journal officiel* des observations en défense de la loi envoyées au Conseil par le secrétariat général du gouvernement. La révolution juridictionnelle est quasiment accomplie ; l'image d'un face-à-face Conseil constitutionnel/requérants parlementaires est brisée. La représentation qui s'impose désormais est celle de n'importe quel procès : d'un côté, les requérants qui exposent leurs griefs contre la loi soulèvent les moyens d'inconstitutionnalité et concluent à la censure ; de l'autre, le gouvernement qui répond, point par point, aux arguments de la saisine et demande au Conseil de rejeter le recours⁵² ; entre les deux, le Conseil, instance-tiers, qui statue au vu de cet échange d'arguments. L'ensemble étant public, chacun peut apprécier le caractère contradictoire de la procédure et commenter la qualité juridique des argumentations et de la décision à l'instar de toute autre procédure et décision juridictionnelle⁵³. Ainsi, la figure du Conseil-troisième chambre s'efface au profit de celle du Conseil-juridiction.

357 Si la procédure est devenue, sous l'impulsion du Président Badinter, réellement contradictoire, elle reste encore **écrite et secrète**. Les auditions éventuelles de

■ 46. CC 2011-628 DC, 12 avril 2011, JO 19 avril 2011, p. 6836.

■ 47. CC 2013-675 DC, 9 octobre 2013, JO 12 octobre 2013, p. 16838.

■ 48. CC 2013-677 DC, 14 novembre 2013, JO 16 novembre 2013, p. 18633.

■ 49. CC 2013-680 DC, 4 décembre 2013, JO 7 décembre 2013 p. 19958.

■ 50. CC 2014-689 DC, 13 février 2014, JO 16 février 2014, p. 2706.

■ 51. CC 2011-640 DC, 4 août 2011, JO 11 août 2011, p. 13787.

■ 52. De manière exceptionnelle, le gouvernement a défendu l'inconstitutionnalité d'un amendement parlementaire relatif à la dégressivité de la CSG, à l'occasion de l'examen de la loi de finances pour 2016, cf. CC 2015-725 DC, 29 décembre 2015, JO 30 décembre 2015, p. 24763.

■ 53. Cette double publication est entrée en application, pour la première fois, avec la décision du 20 décembre 1994 relative à la loi sur le statut fiscal de la Corse ; CC 94-350 DC, 20 décembre 1994, R. p. 134.

fonctionnaires ou de conseillers juridiques des groupes parlementaires restent informelles, officieuses et situées dans la phase d'instruction du dossier, mais ne constituent jamais un droit que défenseurs et adversaires de la loi pourraient invoquer à ce stade de la procédure, et *a fortiori* lors des séances du Conseil. Pourtant, la formation de l'opinion des juges constitutionnels et la transparence de leur raisonnement gagneraient certainement à la reconnaissance, à côté de l'écrit, de formes orales du débat, y compris éventuellement l'intervention à l'audience d'avocats⁵⁴. Il est vrai que cette oralité pourrait mettre en cause le noyau dur de la procédure contentieuse en matière constitutionnelle : son caractère secret.

2. La levée progressive du secret

358 Principe et atténuations du secret. Le silence est la règle d'or et le devoir de comportement des neuf sages ; rien ne transparaît à l'extérieur : secret sur les pièces rassemblées au dossier, secret sur le nom du rapporteur, secret sur le sens du rapport, secret sur le déroulement de la discussion, secret enfin sur la répartition des voix... sauf indiscretions ou supputations de la presse bien informée ! Et si un compte rendu des séances est rédigé par le service juridique, il n'a aucun caractère officiel et reste enfermé dans un lieu secret... jusqu'à la loi organique du 15 juillet 2008.

Quelques initiatives sont venues, en effet, découvrir un coin du secret constitutionnel. Depuis plusieurs années, le Conseil a abandonné la rédaction brève et elliptique de ses décisions d'origine, et livre un exposé long et détaillé à la fois des griefs faits à la loi, des arguments développés par les auteurs de la saisine et de son propre raisonnement. De même, les commentaires des décisions par le secrétaire général du Conseil, sans être comparables à la chronique de jurisprudence administrative tenue à l'*AJDA* par des auditeurs au Conseil d'État, permettent de deviner, sinon de connaître, à travers une formulation toujours prudente et mesurée, la manière dont des arguments ont été réfutés, des solutions repoussées et l'opinion des juges s'est forgée. Depuis 1995, les noms des membres du Conseil ayant participé au délibéré sont mentionnés à la fin de la décision. Et surtout, la loi organique du 15 juillet 2008 a décidé qu'au bout de vingt-cinq ans les procès-verbaux des délibérations du Conseil seront rendus publics. Ainsi autorisé, le Conseil, à l'initiative du président Jean-Louis Debré, a confié à quatre équipes d'universitaires le soin de dépouiller et d'analyser les délibérations du Conseil couvrant la période 1959-1983. À l'arrivée, un enseignement exceptionnel sur la vie du Conseil et la formation de sa jurisprudence⁵⁵. Dans les premières semaines suivant sa nomination en tant que Président du Conseil constitutionnel, Laurent Fabius annonçait la mise en ligne du compte-rendu des délibérés portant sur la totalité des décisions

■ 54. Le Ministère d'avocat n'est pas formellement exclu mais il n'est pas davantage prévu, sauf en matière électorale. Dans le cadre du contentieux constitutionnel, le Conseil n'a pas fait état, dans sa décision du 15 juillet 1976, de la désignation par les auteurs de la saisine d'un avocat pour les représenter.

■ 55. B. MATHIEU, J.-P. MACHELON, F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, D. ROUSSEAU, X. PHILIPPE (dir.), *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel, 1958-1983*, Dalloz, 2009, 2^e éd., 2012.

rendues au-delà du délai de 25 ans, ce qui constitue sans doute une initiative sans équivalent à l'étranger⁵⁶.

359 Critique du principe même du secret. Toutes ces nouveautés entament quelque peu la règle du secret en ce qu'elles offrent au public le déroulement de l'argumentation du Conseil, en ce qu'elles assurent une meilleure transparence et, au bout du compte, une meilleure compréhension des décisions. Mais ces initiatives ne sauraient suffire car c'est le principe même du secret qui est discutable. Pourquoi ne pas rendre publics le nom du rapporteur, ses conclusions et les débats en séance plénière ? Et pourquoi, après la délibération privée, ne pas rendre publique la répartition des voix et permettre la publication des opinions des juges en désaccord avec l'argumentation et/ou le contenu de la décision ?

Les objections sont connues : ces pratiques ne sont pas conformes à la tradition française ; elles portent atteinte à l'indépendance des juges et à leur liberté de jugement que l'anonymat au contraire garantit ; elles peuvent entraîner chez les conseillers des stratégies de mise en valeur personnelle préjudiciable au prononcé des décisions ; elles diminuent l'autorité et la majesté du Conseil et de sa jurisprudence... Chacune de ces affirmations contient une part de vérité et invite, en tout état de cause, à une démarche pragmatique, progressive et raisonnée. Mais, pour qui sait regarder au-delà des frontières nationales, aucune n'emporte vraiment la conviction : les exemples de nombreuses Cours constitutionnelles étrangères apprennent que leur autorité et celle de leurs décisions, leur crédibilité, leur indépendance, leur respectabilité ne sont pas remises en cause ou amoindries par la connaissance publique de leurs débats, des votes et des opinions dissidentes⁵⁷.

Plus fondamentalement, les circonstances ont changé et imposent de nouvelles règles de travail juridictionnel. Le caractère secret et globalement rudimentaire de la procédure que le Conseil devait suivre pour l'exercice du contrôle de constitutionnalité s'explique, comme le reconnaît Jean Foyer, un des auteurs de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958 sur le Conseil⁵⁸, par la conception étriquée que les constituants se faisaient à l'époque du rôle des juges constitutionnels. Or, la situation a profondément changé à partir de 1971-1974 puisque la saisine du Conseil tend à devenir, au moins pour les lois importantes, une des phases normales de la procédure législative. Et elle change encore davantage avec la QPC qui fait du procès constitutionnel une phase du procès ordinaire et, pour cette raison, impose au Conseil de respecter les règles du procès équitable. Dès lors, le Conseil ne pourra pas longtemps ne pas appliquer au contrôle de constitutionnalité *a priori* les principes du procès équitable qu'il applique au contrôle *a posteriori*. Nul doute que l'évolution commencée sous la présidence de Daniel Mayer va se poursuivre pour le plus grand bénéfice du Conseil et des citoyens.

■ 56. L. FABIOUS, *Le Monde*, 18 avril 2016.

■ 57. V. par ex., « Contributions au débat sur les opinions dissidentes », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 8, 2000, p. 80 à 115.

■ 58. J. FOYER, « La parole à la défense », *Le Monde* du 7 juillet 1986.

SECTION II | **LA PROCÉDURE DANS LE CONTENTIEUX A POSTERIORI**

360 L'instauration de la QPC en 2010 fut accompagnée d'une politique d'ouverture et de promotion institutionnelle, auprès du grand public, des justiciables, de leurs avocats et de la doctrine⁵⁹. La réussite de la réforme tenait à sa visibilité et son attractivité contentieuse, le Conseil a tout mis en œuvre pour y parvenir. Parmi les transformations opérées par la QPC, la procédure suivie est désormais juridictionnalisée. D'ailleurs depuis la modification du mode de rédaction et de présentation des décisions du Conseil constitutionnel initiée le 10 mai 2016, l'ultime mention qui suit le dispositif porte le seuil formel de la juridictionnalisation de l'institution : « *Jugé* par le Conseil constitutionnel dans sa séance du ... ». Au sens du droit interne et du droit européen⁶⁰, le Conseil constitutionnel statuant en QPC est en effet une juridiction astreinte au respect des règles du procès juste et équitable (§1) et du tribunal neutre et impartial (§2).

§ 1. L'APPLICATION DES RÈGLES DU PROCÈS JUSTE ET ÉQUITABLE

361 Le Conseil constitutionnel s'est clairement inspiré du fonctionnement classique d'un procès judiciaire ou administratif pour déterminer la procédure d'examen des QPC⁶¹. Le mimétisme est frappant et rejoint un enjeu de légitimation pour l'institution : en se rapprochant au plus près du fonctionnement d'une juridiction authentique, le Conseil et sa jurisprudence seraient d'autant plus connus et reconnus par les justiciables, les avocats et les juges chargés du filtrage des QPC. Pour autant, le procès QPC n'est pas un procès comme les autres, ce qui justifie une certaine adaptation des garanties juridictionnelles au délai court de jugement (A) et au caractère objectif du contrôle (B).

■ 59. V. en ce sens, par exemple, la refonte du site internet de l'institution, la mise à disposition d'informations utiles et de bases de données nécessaires au bon usage de la QPC (textes officiels, doctrine, tables analytiques des décisions depuis 1959, tableau des dispositions législatives validées...), l'organisation régulière de colloques universitaires au Conseil constitutionnel, la présence régulière dans les médias du Président J.-L. DEBRÉ, la création de comptes Facebook et Twitter...

■ 60. CEDH, 23 juin 1993, Ruiz-Mateos c/Espagne, n° 12952/87.

■ 61. M. GUILLAUME, « Le règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité », *LPA*, 2010, n° 38 ; R. FRAISSE, « La procédure en matière de QPC devant le Conseil constitutionnel, considérations pratiques », *AJDA*, 2011, p. 1246.

A. DES GARANTIES CLASSIQUES ADAPTÉES AU DÉLAI DE JUGEMENT

1. Le contradictoire modernisé

362 Aux termes de la loi organique, le Conseil constitutionnel dispose de trois mois pour statuer sur la constitutionnalité de la loi⁶². Trois mois pour organiser un échange contradictoire, instruire l'affaire et délibérer. Ce délai particulièrement bref nécessitait l'usage de moyens de communication dématérialisés et des simplifications procédurales.

Devant le Conseil constitutionnel, le premier acte de procédure est la réception au service du greffe, rattaché au secrétariat général du Conseil constitutionnel, de la décision de renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation. Réceptionnée par courrier électronique, la décision de renvoi est diffusée le jour même sur les outils de communication extérieure du Conseil constitutionnel, à savoir le site internet et les réseaux sociaux. En cas de renvois de plusieurs questions concernant une même disposition législative, une jonction des affaires est opérée afin de répondre par une même décision⁶³.

Les parties ou leurs avocats⁶⁴ sont ensuite avisés et invités à produire leurs observations écrites sous un délai strict, la plupart du temps sous trois semaines. Ce strict délai ne nuit pas forcément à l'effectivité du recours, les parties pouvant reprendre l'essentiel de leur argumentaire produit devant les juridictions de renvoi. Les parties échangent ensuite leurs arguments par des secondes observations qui ne peuvent avoir d'autre objet que de répondre aux premières, sans donc pouvoir soulever un nouveau grief. Afin de raccourcir la durée de la procédure et respecter l'impératif des trois mois, le règlement intérieur du Conseil prévoit que les échanges s'effectuent par voie électronique. Selon les circonstances, les modalités du contradictoire sont simplifiées afin de réduire au maximum le délai de jugement. Saisi d'une QPC renvoyée par le Conseil d'État statuant en référé le 11 décembre 2015, à propos des assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence, l'audience eut lieu au Conseil constitutionnel le 17 décembre et la décision fut rendue publique le 22 décembre⁶⁵, le tout à propos d'une disposition législative datée du 20 novembre 2015 ! Faisant preuve d'un pragmatisme *praeter legem*, le Conseil constitutionnel a ainsi instauré une procédure accélérée de jugement des QPC,

■ 62. Le délai de trois mois n'est pas applicable aux QPC examinées par le Conseil constitutionnel statuant en tant que juge électoral, cf. CC, 2011-4538 SEN, 12 janvier 2012, *Sénat Loiret.*, R. p. 67 ; CC 2012-4565/4567/4568/4574/4575/4576/4577 AN, 18 octobre 2012, A.N. Val-de-Marne (1^{re} circ.), R. p. 546 ; CC 2012-4563/4600 AN, 18 octobre 2012, JO 19 octobre 2012, p. 16298 ; CC n° 2012-4580/4624 AN, 15 février 2013, Français établis hors de France (6^e circ.), JO 19 février 2013, p. 2839 ; CC 2014-4909 SEN, 23 janvier 2015 JO 25 janvier, p. 1154.

■ 63. V. par ex. CC 2010-6/7 QPC, 11 juin 2010, JO 12 juin 2010, p. 10849 ; CC 2011-191/194/195/196/197 QPC, 18 novembre 2011, JO 19 novembre 2011, p. 19480 ; CC 2015-513/514/526 QPC, 14 janvier 2016, JO 16 janvier 2016, texte n° 54 ; CC 2015-521/528 QPC, 19 février 2016, JO 21 février 2016, texte n° 24.

■ 64. La représentation par avocat devant le Conseil constitutionnel est facultative mais seuls les avocats ou avocates aux conseils peuvent présenter des observations orales. En outre, en cas de renvoi de la QPC devant le Conseil constitutionnel, l'aide juridictionnelle est majorée, cf. article 23-12 de la loi organique et décret n° 2010-149 du 16 février 2010.

■ 65. CC 2015-527 QPC, 22 décembre 2015, JO 26 décembre 2015 p. 24084.

équivalent au délai d'urgence d'examen des décisions DC – 8 jours – prévu par les textes. Certainement dans le but de compenser la limitation des droits des parties à un échange contradictoire, la durée de l'audience publique fut largement supérieure à la pratique habituelle. Comme dans le contrôle *a priori*, la défense de la loi est assurée par le secrétariat général du Gouvernement, rattaché au Premier ministre⁶⁶. Sauf que l'examen d'une loi votée quelques années plus tôt crée d'inévitables paradoxes politiques : au nom de la continuité de l'État, la majorité du moment défend la constitutionnalité d'un texte voté par une majorité précédente... Il arrive cependant que le gouvernement « s'en remette à l'appréciation du Conseil constitutionnel » ou défende mollement la conformité de la loi, en concentrant sa rhétorique sur les effets de l'abrogation à venir.

363 En parallèle, le Président du Conseil constitutionnel désigne un rapporteur parmi les membres. Comme dans le contrôle *a priori*, son rôle est éminent bien qu'il ne soit évidemment pas toujours et intégralement suivi lors du délibéré. Au titre des mesures d'instruction, le rapporteur peut théoriquement solliciter toute personne qualifiée, le règlement prévoyant dans ce cas que les parties assistent à cette audition et peuvent présenter des observations. Des données statistiques ou des éléments factuels peuvent être demandés aux services de Matignon. Le Conseil peut également soumettre d'office aux parties des questions factuelles ou juridiques. Par exemple, dans deux décisions du 19 septembre 2014, le Conseil avait invité les parties à produire des observations, dans l'une sur la question de savoir si l'ordonnance contestée avait bien été ratifiée⁶⁷, dans l'autre sur les volumes consommés en France de boissons contenant un seuil minimal de caféine en distinguant selon que ces boissons sont « dites énergisantes » ou non⁶⁸.

Faute pour les membres d'être assistés comme dans les autres cours étrangères par des référendaires, le rapporteur est assisté par le service juridique du Conseil constitutionnel commun à l'ensemble des membres, ainsi que par le service de documentation. Dans sa version initiale, le règlement intérieur prévoyait la mention du nom du rapporteur dans la décision du Conseil constitutionnel, comme c'est l'usage devant les juridictions judiciaires et administratives. Non suivie en pratique, l'obligation fut de toute façon rapidement supprimée par une réforme du 24 juin 2010⁶⁹. Le mimétisme avec la procédure judiciaire et administrative se révèle toutefois utile en cas de difficulté que les textes ne parviennent pas à surmonter. Ainsi, c'est dans les règles du contentieux administratif que le Conseil constitutionnel a trouvé le moyen de régler la question du dépôt en séance d'une note en délibéré⁷⁰.

■ 66. A. DILLOARD, *Les observations du gouvernement devant le Conseil constitutionnel*, Thèse, Paris I, 2012 ; D. CONNIL, « La défense de la loi déferée au Conseil constitutionnel. Analyse d'un paradoxe », *RFDC*, 2013, n° 4, p. 813.

■ 67. CC 2014-412 QPC, 19 septembre 2014, JO 21 septembre 2014, p. 15469.

■ 68. CC 2014-417 QPC, 19 septembre 2014, JO 21 septembre 2014, p. 15472.

■ 69. CC 2010-118 ORGA, 24 juin 2010, JO 23 juillet 2010, p. 13615.

■ 70. En ce sens, M. GUILLAUME, *Question prioritaire de constitutionnalité*, Rép. Dalloz, Cont. Adm., n° 203s. Sur le dépôt d'une note en délibéré, cf. CC 2011-200 QPC, 2 décembre 2011, JO 3 décembre 2011, p. 20496 ; CC 2013-319 QPC, 7 juin 2013, JO 9 juin 2013 p. 9632 ; CC 2013-353 QPC, 18 octobre 2013, JO 20 octobre 2013, p. 17279.

2. Une publicité renforcée

364 Il revient au Président du Conseil constitutionnel d'inscrire l'affaire à l'ordre du jour et de fixer une date d'audience qui est communiquée aux parties et diffusée sur le site internet de l'institution. L'audience est publique, sauf restriction ou huis clos pour des motifs exceptionnels liés à la protection de l'ordre public, l'intérêt des mineurs ou la vie privée⁷¹. La publicité de l'audience est également écartée lorsqu'un non-lieu à statuer se profile et que les plaidoiries des avocats sont inutiles⁷². En pratique une salle fut construite pour permettre l'accueil du public⁷³, la salle de délibéré utilisée lors des premières audiences étant trop exigüe. L'audience est ouverte par le Président du Conseil, le greffier donne lecture de la question de constitutionnalité soulevée et retrace les étapes de la procédure, avant que les parties et/ou leurs avocats – avocats à la Cour comme avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation – présentent des observations orales et que le représentant du gouvernement y réponde. Depuis sa prise de fonction, le Président Laurent Fabius demande systématiquement aux représentants des justiciables s'ils souhaitent répliquer aux observations du gouvernement, cette opportunité fut d'ailleurs saisie lors de l'audience du 15 mars 2016⁷⁴. Le 20 mai 2016, pour la première fois, un membre du Conseil constitutionnel – Lionel Jospin – intervient à l'audience en posant une question à l'avocat du justiciable qui présente la QPC. Le Conseil souhaitait que la mise en place de cette avancée de l'échange contradictoire ne passe pas inaperçue. Signe des temps modernes de communication, l'annonce fut faite le jour même par... un tweet⁷⁵ !

La publicité de l'audience est accrue par la possibilité d'en assurer la diffusion dans une autre salle du Conseil également ouverte au public, et surtout par la diffusion sur le site Internet du Conseil. Le délibéré, qui intervient quelques jours après l'audience publique, reste secret et les opinions divergentes ne sont toujours pas admises.

La décision est rendue publique à une date fixée de manière transparente et communiquée aux parties. Au jour dit, la décision motivée du Conseil constitutionnel est diffusée sur le site internet, elle est notifiée aux parties, à la juridiction du fond ayant transmis la question et au Conseil d'État ou à la Cour de cassation qui l'a renvoyée. De même, la décision est notifiée au Président de la République, Premier ministre et présidents des Assemblées parlementaires, avant d'être publiée au *Journal officiel*.

3. Le sursis à statuer

365 Le Conseil a fait œuvre créatrice en « aménageant » lui-même les règles de procédure du contentieux constitutionnel. Dans sa décision du 30 novembre 2006, il

■ 71. CC 2010-8 QPC, 18 juin 2010, JO 19 juin 2010, p. 11149 ; CC 2010-72/75/82 QPC, 10 décembre 2010, JO 11 décembre 2010, p. 21710.

■ 72. CC 2010-51 QPC, 6 août 2010, JO 7 août 2010, p. 14619.

■ 73. V. l'audience du 3 avril 2012 sur les affaires n° 2012-231/234 QPC.

■ 74. Audience du 15 mars 2016, à propos de l'affaire n° 2015-530 QPC.

■ 75. Compte twitter du Conseil constitutionnel (@Conseil_constit), 24 mai 2016 : « Audiences #QPC : les membres du @Conseil_constit posent désormais des questions aux parties ».

considérerait que l'obligation de statuer dans le délai d'un mois ne lui permettait pas de saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle⁷⁶. Le 4 avril 2013⁷⁷, il rappelle que l'article 23-10 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 lui fait obligation de statuer sur une QPC dans le délai de trois mois mais juge que cette obligation ne lui interdit pas de transmettre une question préjudicielle alors que cette saisine peut le conduire à statuer au-delà du délai de trois mois. Le Conseil le sait puisqu'il prend soin de demander à la Cour de Luxembourg de mettre en œuvre la procédure d'urgence prévue par l'article 23 bis du protocole n° 3 du traité de Lisbonne. Et puisque, par prudence, il prononce le sursis à statuer sur la QPC.

En quelques mots, le Conseil fait exploser le cadre procédural défini par le législateur organique : il prononce un sursis à statuer, ce qui n'est prévu dans aucun texte ; il se libère du respect du délai de trois mois pour juger une QPC. Les critiques, qui ne manqueront certainement pas, verront dans cette décision un nouveau coup de force du Conseil n'hésitant pas à décider *praeter legem* voire *contra legem*. Sans doute ; mais à l'appui de la position en effet créatrice du Conseil, il est aussi possible d'invoquer la théorie des pouvoirs implicites formulée pour la première fois par la Cour suprême des États-Unis. Selon cette théorie, toute institution doit avoir, en plus des compétences qui lui sont explicitement attribuées, les pouvoirs nécessaires à l'accomplissement de ses compétences car, même s'ils ne lui sont pas expressément reconnus, ces pouvoirs participent de la logique et de l'efficacité du système. Ainsi, en l'espèce, le Conseil ne pourrait exercer sa compétence de contrôle des lois de transposition des directives s'il ne pouvait saisir la Cour de Luxembourg. La logique d'un système dont les propriétés sont l'exigence constitutionnelle de transposition et l'application uniforme du droit européen implique en effet, même en l'absence expresse d'habilitation, que le juge chargé de vérifier le respect de cette exigence puisse demander à la Cour européenne de préciser la portée des directives. Sans quoi le Conseil ne pourrait exercer efficacement sa compétence de contrôle : il a « besoin » de savoir la signification d'une disposition communautaire pour dire si la loi l'a correctement transposée et, dans le cadre juridique actuel, en cas de doute, il ne peut le savoir qu'en posant une question préjudicielle à la Cour de Luxembourg.

S'il en est ainsi, le pouvoir que s'est reconnu le Conseil de saisir, à titre préjudiciel, la Cour de Luxembourg dans le cadre du contrôle *a posteriori* doit valoir également dans le cadre du contrôle *a priori*. Car la différence de délai pour statuer – un mois et trois mois – ne peut être un argument pertinent non seulement parce qu'elle est faible, non seulement parce que la saisine de la Cour est de nature à faire « sauter » aussi bien le délai d'un mois que de trois mois mais surtout parce que le pouvoir de saisir la Cour est intrinsèquement lié à la logique du contrôle des lois de transposition des directives.

■ 76. CC 2006-543 DC, 30 novembre 2006, R. p. 120.

■ 77. CC 2013-314 P, 4 avril 2013, JO 7 avril 2013, p. 5799.

B. DES GARANTIES CLASSIQUES ADAPTÉES AU CONTRÔLE OBJECTIF

366 La QPC est un procès constitutionnel fait à la loi qui s'imisce dans le procès du justiciable. De par sa nature principalement objective, le contentieux QPC vise principalement à purger la loi de ses vices d'inconstitutionnalité. La procédure suivie exprime ce caractère objectif au regard du détachement à l'égard du procès au fond (1), de l'admission particulièrement large des interventions (2) et de la pratique du relevé d'office de griefs d'inconstitutionnalité (3).

1. Le détachement du procès QPC

367 Lorsque le Conseil est saisi d'une QPC, il doit la juger, quoiqu'il arrive. La loi organique dispose, en effet, que « l'extinction, pour quelque cause que ce soit, de l'instance à l'occasion de laquelle la question a été posée est sans conséquence sur l'examen de la question ». Le procès constitutionnel continue donc même si la partie qui en a pris l'initiative se désiste ou meurt ; il continue aussi certainement si la disposition législative objet de la QPC est abrogée avant la décision du Conseil. En ce sens, le contentieux de la QPC garde l'apparence d'un procès objectif fait à la loi et non « chose des parties » ; même abrogée, la loi a produit des effets et la question de sa constitutionnalité conserve donc son intérêt y compris pour que soient définies les modalités d'application d'une déclaration d'inconstitutionnalité.

Par conséquent, l'intérêt direct et immédiat du justiciable dans le procès en cours ne constitue pas la référence première du procès constitutionnel. Sur ce point, la nature principalement objective du contentieux QPC se distingue de la politique jurisprudentielle plus ou moins suivie de la Cour de cassation. En plus de l'applicabilité au litige, ou selon les arrêts afin de relever l'applicabilité au litige, la Cour de cassation exige également le respect d'un critère de « l'incidence sur le litige », « l'influence sur l'issue du litige » ou « l'intérêt » pour le justiciable à contester en l'espèce la constitutionnalité de la loi⁷⁸. Dans l'esprit, la Cour de cassation réintroduit de manière prétorienne la version initiale du projet de loi organique qui imposait que la « disposition contestée commande l'issue du litige »⁷⁹, à l'instar de l'Italie où la question incidente de constitutionnalité est renvoyée à la Cour constitutionnelle « dans le cas où le jugement ne peut être rendu indépendamment de la résolution de la question de légitimité constitutionnelle »⁸⁰. Infidèle à la lettre et à l'esprit du mécanisme de la QPC, cette jurisprudence de la Cour de cassation est également problématique en termes de bonne administration de la justice. En effet, le non-renvoi de QPC pour des motifs strictement liés aux circonstances de l'espèce incitera d'autres justiciables placés dans des situations factuelles distinctes à poser une question de constitutionnalité strictement identique. De plus, il est erroné de prétendre de manière générale que la décision du Conseil

■ 78. Cass. crim., 9 mai 2012, n° 12-81242 ; Cass. 2e civ., 10 avril 2014, n° 13-24746 ; Cass. crim. 4 juin 2014, n° 13-87162 ; Cass. soc., 13 juin 2014, n° 13-26353 et autres ; Cass. civ. 2e, 2 avril 2015, n° 14-24941.

■ 79. Projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, n° 1599, 15 avril 2009.

■ 80. Article 27 de la loi du 11 mars 1953.

constitutionnel n'aura aucune incidence ou influence sur l'issue du litige. Une réserve d'interprétation peut modifier la portée du texte, l'abrogation différée peut être assortie d'une injonction de surseoir à statuer à l'attention des juridictions saisies d'un litige en cours, et d'une injonction à l'attention du législateur afin qu'il prévienne l'application immédiate de la loi nouvelle, une norme transitoire peut accompagner une décision de non-conformité. Le Conseil constitutionnel est donc saisi une fois pour toutes, aucun désistement n'est possible et sa décision peut potentiellement affecter le contexte législatif du litige en cours⁸¹.

2. | Les interventions largement admises

368 Devant le Conseil constitutionnel, deux types d'interventions peuvent survenir dans le procès QPC : les intervenants de droit et les intervenants sur demande.

De droit, la loi organique prévoit la possibilité pour le Président de la République, le Premier ministre, le Président de l'Assemblée nationale et le Président du Sénat de présenter leurs observations. Avisées de toutes les QPC renvoyées devant le Conseil constitutionnel, ces quatre autorités politiques disposent ainsi d'un droit d'intervention, quel que soit l'objet de l'affaire. En pratique, les services du Premier ministre assurent la défense de la conformité de la loi et les trois autres autorités politiques n'interviennent que rarement. Pour autant, le maintien d'une telle survivance du contrôle *a priori* illustre le caractère objectif du contentieux QPC et dévoile les adaptations, pour ne pas dire les entorses, aux garanties classiques du procès équitable.

Sur demande, toute personne peut intervenir à l'appui d'une QPC renvoyée devant le Conseil constitutionnel. La pratique a été consacrée de façon informelle dans la décision du 7 octobre 2010⁸² (à propos du syndicat CGC-CFE) avant d'être officialisée à l'article 6 du règlement intérieur. Le Conseil constitutionnel exige simplement que l'intervenant justifie d'un « intérêt spécial » ; mais le concept est assez flou, il n'est pas synonyme d'« intérêt à agir » – notion classique en droit processuel –, et n'a jamais fait l'objet d'une définition par le juge. Et de fait, dans la majorité des cas – plus de 80 %⁸³ –, le Conseil reçoit favorablement les observations en intervention qui sont produites devant lui dans les différentes affaires QPC.

Plus précisément, il apparaît que – en pratique – les interventions sont admises dans trois sortes de cas⁸⁴ : lorsque l'intervenant a posé une QPC identique dans une autre affaire ; lorsque la disposition législative incriminée vise de façon exclusive l'intervenant (par exemple la *Française des jeux*⁸⁵) et lorsque la personne qui formule les observations justifie d'un intérêt particulier au maintien ou à l'abrogation de la disposition – ce qui couvre, à vrai dire, la majorité des situations. Encore faut-il, évidemment, que l'intervenant produise effectivement

81. Sur l'ensemble de ces questions, V. *infra*, n° 382 et s.

82. CC 2010-42 QPC, 7 octobre 2010, JO 8 octobre 2010, p. 18235.

83. V. M. GUILLAUME, « La question prioritaire de constitutionnalité », *Répertoire du contentieux administratif*, Mars 2015, § 259.

84. Selon les explications de M. GUILLAUME, *ibid.*

85. CC 2010-55 QPC, 18 octobre 2010, JO 19 octobre 2010, p. 18695.

des observations ! Il est arrivé au Conseil constitutionnel de refuser d'examiner les prétentions d'une association au motif que le mémoire « ne comprend pas d'observations sur le bien-fondé de la question »⁸⁶, autrement dit qu'il ne dit rien... Le Conseil peut aussi refuser une intervention lorsque, resserrant la QPC aux seules dispositions réellement applicables⁸⁷, il exclut par ricochet des questions ou des griefs sur lesquels portait initialement l'intervention⁸⁸.

Il faut également souligner que si les « interventions » partagent avec les « portes étroites »⁸⁹ de nombreuses similitudes, elles n'en demeurent pas moins très différentes dans la mesure où l'intervenant est pleinement intégré au litige. Comme les autres parties au procès, il est averti par les services du Conseil que son mémoire est accueilli ou rejeté ; il peut être entendu oralement à l'audience ; toutes les pièces de la procédure lui sont adressées ; et ses observations sont transmises aux différents acteurs du litige, qui peuvent d'ailleurs y répondre. Rien de tout cela avec les portes étroites.

369 D'une façon générale, les interventions sont évidemment utiles en matière de QPC car elles offrent aux juges des arguments auxquels ils n'avaient peut-être pas songé et permettent aux personnes indirectement concernées par l'affaire – des syndicats, des collectivités territoriales, des associations de consommateurs... – de faire valoir leurs prétentions. Cela dit, contrairement à la pratique américaine des *amici curiae*⁹⁰, les parties initiales ne peuvent jamais s'opposer à l'intégration d'une personne extérieure à « leur » procès. La situation est d'autant plus étonnante que l'intervenant, qui surgit en bout de chaîne processuelle, n'a subi aucune des contraintes de temps et d'argent qui jalonnent un procès QPC.

La pratique des interventions devant les Cours constitutionnelles étrangères est également riche d'enseignements. À l'image, par exemple, de la Cour italienne qui avait d'abord largement accueilli les mémoires en intervention avant de faire machine arrière face au flot grandissant des demandes⁹¹. Sans doute le Conseil constitutionnel pourrait-il s'inspirer plus largement de ces pratiques étrangères pour affiner son règlement intérieur et fixer des conditions plus précises en la matière.

3. | Les griefs relevés d'office

370 Alors que les juges du filtrage ne peuvent ni relever d'office une QPC ni relever d'office un autre grief que ceux invoqués par le justiciable, le Conseil constitutionnel peut, une fois saisi, soulever d'office un grief non soulevé par le justiciable. Au

■ 86. CC 2013-322 QPC, 14 juin 2013, cons. 3, JO 6 juin 2013, p. 10026.

■ 87. Sur cette pratique, V. *supra* n° 222 et s.

■ 88. En ce sens CC 2015-506 QPC, 4 décembre 2015, JO 6 décembre 2015 p. 22502.

■ 89. V. *supra* n° 113 et s.

■ 90. Federal rule of appellate procedure, Rule 29(a) : « *The United States or its officer or agency or a state may file an amicus-curiae brief without the consent of the parties or leave of court. Any other amicus curiae may file a brief only by leave of court or if the brief states that all parties have consented to its filing* ».

■ 91. A. M. LECIS COCCO ORTU, « QPC et interventions des tiers : le débat contradictoire entre garantie des droits de la défense et utilité des *amici curiae* », *RFDC*, n° 4, 2015.

nom de la nécessité de purger la loi de tout vice d'inconstitutionnalité, la disposition législative est supposée avoir été déclarée conforme à l'ensemble des droits et libertés constitutionnels. Sauf en présence d'un changement ultérieur de circonstances justifiant son réexamen, la vie juridique de la loi sera stabilisée sur le plan constitutionnel.

L'article 7 du règlement intérieur tire les conséquences procédurales de la nature objective de l'office du Conseil constitutionnel en précisant que « les griefs susceptibles d'être relevés d'office sont communiqués aux parties et autorités mentionnées à l'article 1^{er} pour qu'elles puissent présenter leurs observations dans le délai qui leur est imparti ». Ainsi, lorsque l'instruction fait apparaître l'éventualité d'un grief relevé d'office⁹², la partie à l'origine de la QPC, les intervenants de droit et sur demande en sont informés, un échange contradictoire s'opère à ce propos. Les garanties classiques du procès équitable sont ainsi préservées, bien que dans certains cas l'impératif constitutionnel soit prépondérant. Ainsi, avant de rendre la décision du 7 juin 2013⁹³ relative à la réglementation du transport public des particuliers par des véhicules motorisés à deux ou trois roues, le Conseil a fait œuvre originale. Par un coup de théâtre inédit survenu neuf jours après la tenue de l'audience, le Conseil constitutionnel communique aux parties un grief susceptible d'être soulevé d'office. Objet d'un débat passionné au sein du Conseil ou d'une découverte sur le tard, ce nouveau grief bouscule en tous les cas le protocole habituel. Sans nouvelle audience et un échange contradictoire réduit avec seulement la production d'observations écrites par le Premier ministre, le Conseil retient dans sa décision ce nouveau grief entraînant l'abrogation de la disposition législative pour méconnaissance du principe de nécessité des peines.

De manière générale, la pratique du relevé d'office est courante⁹⁴, la plupart du temps sur le fondement de l'incompétence négative⁹⁵ ou de l'article 16 de la DDHC. Par exemple, à propos de la présidence du tribunal pour enfants par le juge des enfants chargé des poursuites et la présence majoritaire d'assesseurs non magistrats au sein de ce tribunal, alors que le requérant invoquait la violation de l'article 66 de la Constitution, le Conseil soulève d'office la violation du principe d'impartialité, issu de l'article 16 de la DDHC, et abroge la disposition⁹⁶. Il arrive également que le grief soulevé d'office soit examiné en préalable et sur ce fondement la disposition est déclarée contraire « sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs »⁹⁷. Un grief relevé d'office peut également justifier le prononcé d'une réserve d'interprétation, par exemple dans la décision du 30 mars 2012⁹⁸ à

■ 92. La décision peut finalement ne pas aborder ce nouveau grief, cf. par ex. CC 2011-177 QPC, 7 octobre 2011, JO 8 octobre 2011, p. 17020.

■ 93. CC 2013-318 QPC, 7 juin 2013, JO 9 juin 2013, p. 9630.

■ 94. A.-C. BEZZINA, *Les questions et les moyens soulevés d'office par le Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2014.

■ 95. V. par ex. CC 2013-336 QPC, 1^{er} août 2013, JO 4 août 2013, p. 13317 ; CC 2014-388 QPC, 11 avril 2014, JO 13 avril 2014, p. 6692 ; CC 2014-415 QPC, 26 septembre 2014, JO 28 septembre 2014, page 15790 ; CC 2015-480 QPC, 17 septembre 2015, JO 19 septembre 2015, p. 16584.

■ 96. CC 2011-147 QPC, 8 juillet 2011, JO 9 juillet 2011, p. 11979.

■ 97. CC 2013-328 QPC, 28 juin 2013, JO 30 juin 2013, p. 10963.

■ 98. CC 2012-227 QPC, 30 mars 2012, JO 31 mars 2012, p. 5918.

propos des conditions de contestation par le procureur de la République de l'acquisition de la nationalité par mariage.

§ 2. L'APPLICATION DES RÈGLES DU TRIBUNAL NEUTRE ET IMPARTIAL

A. DES RÈGLES DE COMPOSITION INADAPTÉES

371 Le mode de nomination des membres du Conseil constitutionnel n'offre pas les garanties attendues d'un tribunal neutre et impartial. Il posait déjà problème dans le cadre du contrôle *a priori*⁹⁹, il devient encore plus inadapté dans le cadre du contrôle *a posteriori* où le procès constitutionnel se forme à l'intérieur du procès ordinaire et conditionne son issue. Alors que l'examen des conditions de recevabilité conduit les juges professionnels à faire un préjugement de constitutionnalité, il est difficilement compréhensible que le dernier contrôle, celui qui s'imposera aux juges professionnels, soit exercé par des personnes dont les textes n'exigent aucune compétence ou expérience juridiques.

Autre réforme nécessaire, la fin de la présence des membres de droit. Certes, en l'état actuel, aucun ancien Président de la République ne siège en QPC. Mais seulement pour des raisons conjoncturelles : Valéry Giscard d'Estaing a choisi de siéger seulement en DC ; Jacques Chirac a siégé lors des premières QPC avant de renoncer à ses fonctions pour raisons de santé ; Nicolas Sarkozy a également siégé à plusieurs reprises en QPC puis s'est mis en retrait de l'institution après l'invalidation de ses comptes de campagne et son retour à la vie politique active. Selon le destin des anciens présidents – actuels et à venir –, le Conseil pourrait dans un avenir proche être composé d'un nombre important de membres de droit. Se contenter d'une pratique rassurante est donc particulièrement hasardeux, la règle doit être modifiée sauf à se heurter à des difficultés inextricables. En dépit d'une doctrine unanime, du dépôt d'un projet de loi constitutionnelle en ce sens¹⁰⁰ et des déclarations convergentes de Jean-Louis Debré¹⁰¹ et Laurent Fabius¹⁰², la réforme n'est toujours pas adoptée.

De même, bien que comparaison ne soit pas toujours raison, il est saisissant de constater que dans la plupart des États européens des exigences professionnelles particulières sont imposées aux juges constitutionnels. Aucune exigence n'est imposée aux membres du Conseil constitutionnel, bien qu'en pratique l'immense majorité des nominations ne présente pas de difficulté sur ce point. Avec la QPC, l'impératif de légitimation du mode de nomination des membres grandit. Or, en prévoyant seulement à des commissions parlementaires la possibilité de s'opposer à la proposition de nomination des trois autorités politiques par un vote à la

■ 99. V. *supra*, n° 69 et s.

■ 100. Projet de loi constitutionnelle relatif aux incompatibilités applicables à l'exercice de fonctions gouvernementales et à la composition du Conseil constitutionnel, n° 814, 14 mars 2013.

■ 101. J.-L. DEBRÉ, « Échange de Vœux à la Présidence de la République », 5 janvier 2016, document A la Une disponible sur www.conseil-constitutionnel.fr

■ 102. L. FABIUS, *Le Monde*, 18 avril 2016

majorité des 3/5, les textes sont déficients. Pour l'autorité et la légitimité de ses décisions, il est par conséquent important que le Conseil offre, par un nouveau mode de nomination de ses membres, toutes les garanties d'indépendance, de neutralité et d'impartialité.

B. L'IMPARTIALITÉ ET L'ÉGALITÉ DES ARMES RESPECTÉES ?

372 En tant que juridiction, le Conseil constitutionnel statuant en QPC se doit de respecter les règles du procès équitable, notamment celles issues de l'article 6§ 1 de la CEDH. De jurisprudence constante, la Cour de Strasbourg est en effet compétente pour sanctionner la violation de ces règles par une Cour constitutionnelle¹⁰³.

373 **Le respect incertain du principe d'impartialité.** En matière d'impartialité, le Conseil constitutionnel est tenu d'en respecter le volet subjectif, relatif à la conduite personnelle du juge et prohibant les manifestations de parti pris ou de préjugé personnel, et le volet objectif. En particulier, ce second aspect, fondé sur l'apparence que la justice donne au justiciable, vise à empêcher la connaissance préalable d'un dossier par un juge au titre de ses fonctions antérieures.

Afin de prévenir les contestations possibles, le règlement de procédure prévoit un mécanisme de récusation des membres du Conseil très restrictif. Le justiciable doit en effet formuler sa demande de récusation « par un écrit spécialement motivé accompagné des pièces propres à la justifier et avant la date fixée pour la réception des premières observations », ce qui laisse très peu de temps¹⁰⁴ ; si ces deux conditions de recevabilité sont remplies, la demande est transmise au membre du Conseil dont la récusation est demandée : s'il n'acquiesce pas à la demande, le Conseil l'examine sans lui. Outre les conflits d'intérêts – relation de parenté, par exemple – entre une partie et un membre du Conseil, les motifs de récusation les plus attendus portent sur la participation d'un juge constitutionnel, dans ses fonctions antérieures, à l'élaboration de la disposition législative contestée. Nombre de juges constitutionnels ayant été parlementaire, ministre, membre du Conseil d'État, voire Président de la République, leur neutralité et leur impartialité pourraient légitimement être mises en cause s'ils devaient juger la constitutionnalité d'une loi dont ils ont été, quelques années auparavant, les auteurs. Poussés à leur logique extrême, ces motifs de récusation pourraient conduire à rendre impossible une réunion du Conseil ! C'est pourquoi le règlement de procédure dispose qu'« en lui-même le fait qu'un membre du Conseil a participé à l'élaboration de la disposition législative faisant l'objet de la QPC ne constitue pas une cause de récusation ». Le justiciable ne pourra donc pas se limiter à dire que tel juge était parlementaire au moment où la disposition qu'il conteste a été adoptée ; il devra faire la démonstration de la part déterminante de ce parlementaire aujourd'hui juge constitutionnel dans l'élaboration de la disposition législative critiquée.

■ 103. CEDH, 23 juin 1993, Ruiz-Mateos c/Espagne, n° 12952/87 ; CEDH, 3 mars 2000, Krcmár et autres c. République tchèque, n° 35376/97.

■ 104. Le règlement de procédure prévoit également la possibilité pour un membre du Conseil de se déporter de lui-même, spontanément ; il lui appartient seulement d'en avertir le président du Conseil.

En pratique, les risques de partialité objective d'un membre sont notamment identifiés par le service de documentation du Conseil constitutionnel, en plus de la discipline personnelle de chacun des membres. Le départ d'un membre est relativement fréquent¹⁰⁵. Une partie peut également demander la récusation d'un membre¹⁰⁶, un membre de droit¹⁰⁷ ou le Président du Conseil constitutionnel¹⁰⁸, qui peut accepter ou faire trancher cette demande par les autres membres.

Lorsque la Cour européenne des droits de l'homme sera saisie de la question¹⁰⁹, nul doute qu'elle suivra un raisonnement plutôt concret en appréciant au cas par cas une éventuelle violation du principe d'impartialité. La condamnation de la France, et donc de la procédure suivie devant le Conseil, serait acquise si un membre avait activement participé à l'élaboration de la loi et si sa présence au délibéré avait causé un préjudice aux intérêts du justiciable. Une telle éventualité n'est pas exclue mais elle tarde à se matérialiser, d'autant qu'il convient au préalable d'avoir épuisé les voies de recours internes avant de déposer un recours devant la Cour. Cependant, au-delà du pronostic d'un recours en ce sens devant la CEDH, le profil politique de la majorité des membres du Conseil constitutionnel affecte dès à présent et de manière générale la légitimité de la jurisprudence constitutionnelle et la confiance dans l'institution. Et ce quelles que soient l'éminente compétence des membres, l'exemplarité de leur conduite ou la qualité des décisions rendues. Du point de vue de la perception sociale de l'institution, la véritable question relève de l'ordre des symboles et de l'apparence qui forgent la légitimité d'une institution et de son action. Le mode de composition et de nomination doit être réformé, il en va de la crédibilité et de la visibilité du Conseil constitutionnel auprès de ses partenaires juridictionnels, des avocats, des justiciables, et de l'ensemble de la doctrine toutes branches du droit confondues.

374 La violation de l'égalité des armes ? Au nom du principe de l'égalité des armes, chaque partie doit pouvoir présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire¹¹⁰. La procédure suivie en QPC respecte globalement cette exigence mais un doute subsiste dans l'hypothèse d'intervention de droit du Président de la République, des présidents des Assemblées et du Premier ministre. Au regard du poids institutionnel et politique de ces autorités, un justiciable pourrait paraître démuné. C'est seulement en apparence, pourraient répondre les défenseurs de cette procédure, mais les apparences sont souvent décisives dans la jurisprudence européenne. Ici encore, sans jeter d'inutile soupçon sur la réalité de la conduite de l'instruction ou la perméabilité des membres aux influences extérieures, c'est l'apparence de justice

■ 105. R. FRAISSE, « La procédure en matière de QPC devant le Conseil constitutionnel, considérations pratiques », *AJDA*, 2011, p. 1246.

■ 106. CC 2011-142 QPC et 2011-143 QPC, 30 juin 2011, JO 1er juillet 2011, p. 11294s. ; CC 2011-208 QPC, 13 janvier 2012, JO 14 janvier 2012, p. 752.

■ 107. CC 2012-271 QPC, 21 septembre 2012, JO 22 septembre 2012, p. 15023.

■ 108. CC 2014-439 QPC, 23 janvier 2015, JO 25 janvier 2015, p. 1150.

■ 109. Devant les juridictions internes, la conventionnalité de la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel ne peut être remise en cause, cf. CE 28 juillet 2011, *M. Alain A*, n° 327174.

■ 110. CEDH, 27 octobre 1993, *Dombo Beheer B. V. c/Pays-Bas*, n° 14448/88.

et l'image juridictionnelle du Conseil constitutionnel qui pourraient être écornées : le risque de violation de la CEDH n'est donc pas écarté.

BIBLIOGRAPHIE

1. Sur la procédure devant le Conseil constitutionnel :

■ D. CONNIL, « La défense de la loi déferée au Conseil constitutionnel. Analyse d'un paradoxe », *RFDC*, 2013, n° 4, p. 813 ■ A. DILLOARD, *Les observations du gouvernement devant le Conseil constitutionnel*, Thèse, Paris I, 2012 ■ G. DRAGO, « Réformer le Conseil constitutionnel ? », *Pouvoirs*, n° 105, 2003, p. 78 ■ R. FRAISSE, « La procédure en matière de QPC devant le Conseil constitutionnel, considérations pratiques », *AJDA*, 2011, p. 1246 ■ J. GICQUEL, « L'autonomie de la procédure suivie par le Conseil constitutionnel », in *Mélanges Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 590 ■ P. JAN, *Le Procès constitutionnel*, LGDJ, 2^e éd., 2010 ■ M. GUILLAUME, *Question prioritaire de constitutionnalité*, Rép. Dalloz, Cont. Adm., n° 203s ■ « Le règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité », *LPA*, 2010, n° 38 ■ « La procédure au Conseil constitutionnel : permanence et innovations », in *Mélanges B. Genevois*, Dalloz, 2009, p. 529 ■ D. ROUSSEAU, « Le procès constitutionnel », *Pouvoirs*, n° 137, p. 47 ■ P.-E. Spitz, « La question de la procédure devant le Conseil constitutionnel », in D. ROUSSEAU (dir.), *Le Conseil constitutionnel en questions*, L'Harmattan, 2004, p. 117 ■ G. VEDEL, « Réflexions sur les singularités de la procédure devant le Conseil constitutionnel », in *Mélanges R. Perrot*, Dalloz, 1996, p. 537.

2. Sur la saisine du Conseil constitutionnel :

■ J.-P. CAMBY, « La saisine du Conseil constitutionnel ou l'impossible retrait », *RDP*, 1997, p. 8 ■ G. CARCASSONE, « La stratégie de ceux qui saisissent », in *Vingt ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, Coll. « Droit public positif », Economica-PUAM, 1995, p. 49 ■ F. DELPÉRIÉ, P. FOUCHER (dir.), *La saisine du juge constitutionnel, Aspects de droit comparé*, Bruylant, 1998 ■ L. DOMINGO, D. RIBES, « Analyse statistique des saisines parlementaires du Conseil constitutionnel entre 2004 et 2014 », *NCCC*, n° 49, 2015, p. 11 ■ L. FAVOREU (dir.), *Vingt ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, Economica, 1995 ■ P. JAN, *La saisine du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 1999 ■ D. MAUS, A. ROUX (dir.), *30 ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, Economica, 2006 ■ D. Rousseau, « La réforme du 29 octobre 1974 : le "Big-Bang" de la démocratie constitutionnelle ? », in *Vingt ans de saisine parlementaire*, Economica, PUAM, 1995, p. 67 ■ « La question préjudicielle de constitutionnalité : un big bang juridictionnel ? », *RDP*, 2009, n° 3, p. 631 ■ O. SCHRAMEK, « Les aspects procéduraux des saisines », in *Vingt ans de saisine parlementaire*, Economica, 1995 ■ G. VEDEL, « L'accès des citoyens au juge constitutionnel, La porte étroite », *La Vie judiciaire*, n° 2344, 11-17 mars 1991, p. 1.

3. Sur l'élaboration des décisions :

■ J.-F. BURGELIN, « Les petits et grands secrets du délibéré », *Dalloz*, 2001, p. 2755 ■ B. N. CARDOZO, *La nature de la décision judiciaire*, trad. Calvés G., *Dalloz*, 2011 ■ D. CHAUVAUX, « De la contradiction entre les juges. Réflexions sur le délibéré », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, *Dalloz*, 2007, p. 175 ■ S. DESIRE, « Le délibéré : l'office secret du juge ? », *RRJ*, 2011-4, p. 1887 ■ G. DRAGO, « La fonction nouvelle du visa dans les décisions du Conseil constitutionnel », *Justices*, 1995, p. 195 ■ B. GENEVOIS, « Comment tranche-t-on au Conseil d'État ? », in *L'office du juge*, Colloque au Sénat des 29 et 30 septembre 2006, consultable sur www.senat.fr ■ F. MALHIÈRE, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat, Cour de cassation). Contribution à l'étude des représentations de la justice*, *Dalloz*, 2013 ■ W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, Coll. « Droit public positif », PUAM-Economica, 2005 ■ B. MATHIEU, J.-P. MACHELON, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, D. ROUSSEAU, X. PHILIPPE (dir.), *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel, 1958-1983*, *Dalloz*, 2009, 2^e éd., 2012 ■ A. VIDAL-NAQUET, « Les visas dans les décisions du Conseil constitutionnel », *RFDC*, 2006 p. 535.

4. Sur le principe du contradictoire :

■ A. M. LECIS COCCO ORTU, « QPC et interventions des tiers : le débat contradictoire entre garantie des droits de la défense et utilité des *amici curiae* », *RFDC*, n° 4, 2015 ■ S. MENETREY, *Amici curiae, vers un principe commun de droit procédural ?*, Paris, *Dalloz*, 2010 ■ « QPC : encadrement des observations en intervention », *Dalloz*, 2011, n° 29, p. 1976 ■ J.-J. PARDINI, *Le juge constitutionnel et le fait en Italie et en France*, Economica-PUAM, 2001 ■ T. SANTOLINI, « Les parties dans le procès constitutionnel en droit comparé », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2008, n° 25 ■ « Le contradictoire dans le procès constitutionnel incident en droit comparé », in L. GAY (dir.), *La QPC. Approche de droit comparé*, Bruylant 2014, p. 263 ■ M. VERPEAUX, « La procédure contradictoire et le juge constitutionnel », *RFDA*, 2001, n° 17, p. 339.

CHAPITRE II

LES DIFFÉRENTES DÉCISIONS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

375 Au-delà d'une présentation extérieure semblable, la forme des décisions du Conseil évolue sensiblement depuis plusieurs années (section 1). Avec l'entrée en vigueur de la QPC, une « décision » d'un genre nouveau est apparue : la décision de modulation (section 2).

SECTION I | LA FORME DES DÉCISIONS

§ 1. LES DÉCISIONS « ORDINAIRES »

376 Considérants peu nombreux, motivations réduites, affirmations d'autorité, les premières décisions du Conseil ressemblent, influence de la tradition administrative française et des conseillers issus de l'aile voisine du Palais-Royal, aux arrêts du Conseil d'État¹. Aujourd'hui, sans atteindre encore les dimensions des arrêts des Cours constitutionnelles étrangères, les décisions comportent de très nombreux considérants, sont longuement et minutieusement motivées² et ressemblent désormais, influence de la tradition universitaire et des conseillers issus du corps des professeurs de droit, à de véritables leçons, selon les cas, de droit constitutionnel, de droit parlementaire, de droit pénal, de droit financier... Ce changement dans la forme des décisions s'est produit, progressivement, à partir de l'extension, en 1974, du droit de saisine à soixante députés ou soixante sénateurs, et de la décision, prise en 1983, de publier au *Journal officiel*

■ 1. Mais, ici aussi, les mentalités évoluent : v. les intéressantes propositions du « Groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative » présidé par Philippe MARTIN en 2012, dont le rapport est disponible sur le site internet du Conseil d'État.

■ 2. Sur la motivation des décisions de justice en général, v. la thèse de Fanny MALHIÈRE, *La brièveté des décisions de justice*, Dalloz, 2013.

les textes des recours ; ces derniers, toujours longuement et fortement argumentés, et la qualité de leurs auteurs, obligèrent certainement le Conseil à mieux expliquer les raisons de ses décisions pour éviter les accusations d'arbitraire. Cette rédaction pédagogique permet également au Conseil de mieux se faire comprendre d'une opinion de plus en plus attentive et, concernant la doctrine, exigeante, et d'un législateur auquel il donne ainsi, indirectement, des conseils pour une élaboration des lois respectueuse de la Constitution.

Toute décision est désormais construite sur le modèle suivant : résumé de l'affaire (dans le contentieux QPC) ; mention des textes dont il sera fait application et des observations produites par les parties ; exposé, et non simple résumé, des arguments et des moyens soulevés par les requérants ; énoncé et explication de la signification des principes constitutionnels concernés par la loi ; analyse détaillée de la loi (ou des dispositions législatives en cause) et développement du raisonnement par lequel elle est interprétée-jugée conforme ou non à la Constitution ; énoncé enfin de la sanction.

377 Un changement important, véritable « *big bang* juridique »³, s'est produit en mai 2016 : dans un communiqué de presse publié sur le site internet du Conseil⁴, le président Laurent Fabius annonce que, désormais, le juge constitutionnel va rédiger ses décisions en utilisant... des phrases ! De vraies phrases, avec des sujets, des verbes, des points, et donc un texte construit de façon classique, et non pas sous la forme d'une seule et même phrase, rythmée de « considérants », de points-virgules et de subordonnées interminables. Il est sans doute un peu tôt pour dire si cette évolution de style améliorera la compréhension des décisions et permettra au juge d'exposer avec plus de clarté son raisonnement. Mais la réforme va certainement dans le bon sens⁵.

La « sanction » prononcée par le Conseil peut prendre, selon les cas, quatre formes principales⁶ : une déclaration de conformité pure et simple à la Constitution ; une déclaration de conformité sous réserves, lorsque la constitutionnalité de la loi est soumise au respect des interprétations neutralisante, constructive ou directive édictées par le Conseil ; une déclaration de non-conformité totale ; une déclaration enfin de conformité partielle lorsque certains articles seulement, ou même certaines phrases, certains mots d'un article sont jugés contraires à la Constitution.

378 Dans cette dernière hypothèse, une interrogation : la disposition législative déclarée inconstitutionnelle rend-elle la loi entière contraire à la Constitution ?

■ 3. J.-M. BRUGIÈRE, « Décisions du Conseil Constitutionnel – point final pour le point-virgule ! », 13 mai 2016, <http://ddg.fr/?q=fr/actualite/décisions-du-conseil-constitutionnel-point-final-pour-le-point-virgule>

■ 4. « À l'occasion des deux décisions QPC rendues publiques le 10 mai 2016 (décisions nos 2016-539 QPC et 2016-540 QPC), le Conseil constitutionnel a décidé de moderniser le mode de rédaction de ses décisions ».

■ 5. Le rapport MARTIN (*préc.*) avait déjà proposé en 2012 d'abandonner la phrase unique.

■ 6. Au titre du contrôle de constitutionnalité des lois et des traités, les autres types de décision sont : incompétence du Conseil, irrecevabilité de la saisine, et déclaration de contrariété ou de non-contrariété à la Constitution d'un traité. À cela s'ajoutent, avec la QPC, des décisions de « non-lieu à statuer » et des décisions avec « effet différé ».

Selon l'article 22 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, « dans le cas où le Conseil constitutionnel déclare que la loi dont il est saisi contient une disposition contraire à la Constitution et *inséparable de l'ensemble de la loi*, celle-ci ne peut être promulguée ». Le Conseil doit donc se prononcer sur la séparabilité ou non des dispositions jugées contraires à la Constitution. S'il les déclare inséparables du reste de la loi, celle-ci, dans son ensemble, ne peut être promulguée. Même si elle produit ainsi le même effet, l'inséparabilité doit être cependant distinguée de l'invalidation totale : dans le second cas, la non-promulgation a pour fondement l'inconstitutionnalité de tous les articles de la loi ; dans le premier, la non-promulgation a pour fondement, et le Conseil le précise expressément, le fait que des *articles non contraires à la Constitution soient déclarés inséparables de dispositions inconstitutionnelles*⁷. La différence est importante puisque l'inséparabilité ne rendant pas la loi entière contraire à la Constitution, le législateur, s'il doit reprendre la procédure à l'origine, peut se limiter à corriger seulement les dispositions censurées.

Si en revanche le Conseil déclare la séparabilité, la loi peut être promulguée, amputée seulement des dispositions jugées contraires à la Constitution ; le plus souvent d'ailleurs, la séparabilité découle implicitement... d'une non-déclaration d'inséparabilité.

Pour se prononcer sur la séparabilité ou non de dispositions non conformes, question essentielle ici⁸, le Conseil utilise deux critères. Il recherche d'abord si, malgré l'amputation des dispositions censurées, la loi reste applicable : ainsi, il considère que les nationalisations décidées par le Parlement, bien que constitutionnelles, ne peuvent être mises en œuvre sans les articles, invalidés, relatifs à l'indemnisation des actionnaires des sociétés nationalisées⁹.

Il recherche ensuite, dans les débats législatifs, si les dispositions censurées avaient une importance telle pour les parlementaires que, sans elles, ils n'auraient pas adopté la loi. Ce dernier critère, malgré la référence aux débats parlementaires, entraîne nécessairement le Conseil dans un examen très subjectif de l'intention du législateur, dans un exercice de rétro-fiction où il s'efforce d'imaginer « ce qui se serait passé si ce qui s'est passé ne s'était passé »¹⁰ ! Comment le Conseil peut-il dire, avec certitude, quelle aurait été l'attitude du législateur s'il avait su que telle ou telle disposition allait être invalidée ? La réponse, quelle qu'elle soit, n'est jamais ni entièrement vraie ni entièrement fausse ; elle est tout simplement invérifiable. Ainsi dans l'affaire du découpage des circonscriptions en Nouvelle-Calédonie, le Conseil censure les dispositions relatives aux nombres de conseillers par

■ 7. Dans la décision du 16 janvier 1982, par exemple, le Conseil énumère les dispositions non conformes, prononce leur inséparabilité de l'ensemble de la loi de nationalisation, mais précise bien, dans un considérant spécial, « que les autres articles de la loi ne sont pas contraires à la Constitution ». Dans la décision du 23 janvier 1987 cependant, le Conseil considère que les dispositions inconstitutionnelles n'étant pas séparables, « la loi, dans son ensemble doit être regardée comme non conforme à la Constitution » – la première formulation paraît plus conforme à la lettre de l'article 22 de l'ordonnance du 7 novembre 1958.

■ 8. Sur les problèmes posés par l'exécution des invalidations partielles, v. *infra* n° 415

■ 9. CC 81-132 DC, 16 janvier 1982, R. p. 18.

■ 10. V. sur ce type d'exercice, G. VEDEL, « Rétrodictions » in *La Constitution de la V^e République*, PFNSP 1985, p. 133.

région, mais ne déclare pas l'inséparabilité ; le contraire, considérer que, sans les articles sur la composition du Congrès du territoire, la loi devenait inapplicable, eût été tout aussi logique¹¹. De même, le Conseil juge que l'invalidation, dans la loi référendaire d'auto-détermination de la Nouvelle-Calédonie, des dispositions relatives au futur statut, est séparable du reste de la loi ; pourtant, là encore, il eût été tout aussi légitime de considérer que, les dispositions censurées ayant été introduites au cours des débats par un amendement parlementaire, le législateur avait clairement exprimé son intention et qu'il n'aurait pas adopté la loi sans cette référence au futur statut¹².

379 L'enjeu politique des déclarations de séparabilité ne doit pas être négligé. Dans sa décision du 5 mai 1998¹³, le Conseil devait décider si l'inconstitutionnalité de la phrase donnant au ministre de l'Intérieur le pouvoir de fixer la liste des associations humanitaires bénéficiant de l'immunité pénale était séparable de l'ensemble de l'article posant le principe de cette immunité : si oui, l'immunité s'appliquait à toutes les associations aidant ou assistant les étrangers en situation irrégulière, comme le voulaient les députés de la majorité ; si non, aucune de ces associations ne pouvait bénéficier de l'immunité, comme le voulait le ministre de l'Intérieur. En choisissant de déclarer l'inséparabilité, le Conseil censure la totalité de l'article et donne ainsi... pleine satisfaction au ministre !

Difficile à fonder en objectivité, la déclaration de séparabilité – comme d'inséparabilité – a enfin pour avantage de permettre au Conseil de régler l'intensité de son contrôle selon les contraintes juridiques et politiques ; il peut en effet, par ce moyen, éviter le conflit direct avec le législateur, qui voit une partie de son travail validée... et satisfaire les requérants qui voient censurées les dispositions critiquées¹⁴ ! Au bout du compte, les invalidations partielles, si elles posent des problèmes d'exécution, assurent au Conseil une bonne réception de ses décisions par la classe politique et, de ce fait, les critiques diminuant, un supplément de légitimité.

380 Moins problématique, le Conseil peut également décider l'inséparabilité d'un *article* de la loi, et non de la loi dans son ensemble. De cette façon, il peut juger que l'inconstitutionnalité d'un mot, d'une phrase ou d'un alinéa, « contamine » l'ensemble de la disposition et impose une censure plus large. Par exemple, dans la décision du 5 août 2015¹⁵, le Conseil invalide le 2^o de l'article 39 de la loi Macron et juge « qu'il en va de même du 1^o de ce même article, qui en est inséparable ».

Dans le cadre de la QPC, le Conseil constitutionnel utilise aussi la technique de l'inséparabilité pour atteindre des dispositions qui ne pourraient, en principe, faire

■ 11. CC 85-196 DC, 8 août 1985, *R.* p. 63.

■ 12. CC 87-226 DC, 2 juin 1987, *R.* p. 34.

■ 13. CC 98-399 DC, 5 mai 1998, *R.* p. 245.

■ 14. Le retrait par le Conseil de la référence au futur statut de la Nouvelle-Calédonie dans la question posée pour le référendum d'autodétermination « ravit » à la fois Pierre JOXE qui le demandait au nom du groupe socialiste, et Bernard PONS puisque « le Conseil revient au texte du gouvernement » dont il est, en 1987, le ministre des DOM-TOM, *Le Monde* du 4 juin 1987.

■ 15. CC 2015-715 DC, 5 août 2015, JO 7 août 2015, p. 13616

l'objet d'un contrôle de constitutionnalité¹⁶. La décision du 4 décembre 2015¹⁷ en est un exemple. Reprenant sa jurisprudence classique, le Conseil juge d'abord qu'un grief d'incompétence négative formé à l'encontre d'une loi adoptée avant 1958 n'est pas recevable. Sur cette base, il exclut logiquement l'article 56 du Code de procédure pénale voté, précise-t-il, « en 1957 ». Mais, par magie ou malice, le Conseil revient aussitôt sur son affirmation et décide que cet article 56 est « inséparable » des dispositions... « de l'article 57 du même code qui ont été modifiées postérieurement à l'entrée en vigueur de la Constitution du 4 octobre 1958 » ! Et par cette heureuse proximité, le Conseil peut alors contrôler – et d'ailleurs censurer – l'article 56 du Code de procédure pénale.

§ 2. LES DÉCISIONS « PRATIQUES »

381

Si la typologie satisfait la doctrine – et les étudiants – elle laisse indifférent le Conseil qui, pragmatique, invente en fonction des besoins de l'espèce des « types » particuliers.

Ainsi de la *censure « virtuelle »* prononcée dans la décision du 30 décembre 1997¹⁸ où il juge que le rattachement par voie de fonds de concours des recettes fiscales provenant de prélèvements sur les redressements fiscaux et sur les frais de collecte des impôts locaux est contraire à l'article 19 de l'ordonnance du 2 janvier 1959 et au principe de sincérité budgétaire puisque ces fonds ne figurent pas en dépenses du budget général, mais ne prononce pas l'inconstitutionnalité au motif, notamment, que le gouvernement s'est engagé, devant le Parlement et dans ses observations en défense de la loi, « à réintégrer les crédits relatifs aux fonds visés par la présente requête dans le budget général de l'État dès le projet de loi de finances pour 1999 ». À généraliser ce type de décision, le Conseil prendrait le risque d'inciter le gouvernement à multiplier les engagements de « repentance » pour éviter la censure. La censure prononcée dans la décision du 15 décembre 2005¹⁹ est également « virtuelle » : le Conseil déclare l'inconstitutionnalité d'une disposition qui oblige l'assurance maladie à contribuer à un « fonds de concours » créé par l'État ; mais il juge aussi que « l'intérêt général de valeur constitutionnelle qui s'attache à la protection sanitaire de la population justifie que la participation de l'assurance maladie au fonds de concours (...) se poursuive jusqu'à la fin de l'année 2006 ».

Ainsi de la « *suspension* » de la loi prononcée dans la décision du 29 août 2002²⁰ où il juge que l'application de la loi créant les juridictions de proximité, bien que reconnue conforme à la Constitution, est suspendue au vote et à la

■ 16. Voir C. GUEYDAN, « La déclaration d'inséparabilité des dispositions inconstitutionnelles dans la question prioritaire de constitutionnalité », http://www.droitconstitutionnel.org/congresLyon/CommLA/A-gueydan_T2.pdf

■ 17. CC 2015-506 QPC, 4 décembre 2015, cons. 11, JO 6 décembre 2015, p. 22502. V. également CC 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC, 18 mars 2015, JO 20 mars 2015 p. 5183.

■ 18. CC 97-395 DC, 30 décembre 1997, R. p. 333.

■ 19. CC 2005-528 DC, 15 décembre 2005, cons. 24, JO 20 décembre 2005, p. 19561.

■ 20. CC 2002-461 DC, 29 août 2002, R. p. 204.

constitutionnalité de la loi fixant les conditions de désignation et le statut de ses membres.

Ainsi encore de « *la couverture de constitutionnalité* » prononcée dans la décision du 18 décembre 2001²¹ où, s'il reconnaît que la disposition contestée « n'a pas sa place dans une loi de financement de la sécurité sociale », il juge qu'« n'y a pas lieu de la déclarer contraire à la Constitution car elle a pour objet de mettre fin à une disparité de traitement contraire au principe d'égalité et était dictée par la nécessité de respecter la Constitution ». Excuse du temps toujours dans la décision du 29 décembre 2005²² où le Conseil juge « qu'en l'état de la législation, les comptes spéciaux ne devraient pas comporter un programme unique » mais ne conclut pas à l'inconstitutionnalité : considérant qu'il convient « de laisser aux autorités compétentes le temps de procéder aux adaptations nécessaires et de surmonter les difficultés inhérentes à l'application » de la LOLF, il accorde au législateur un délai d'une année pour mettre en conformité les missions mono-programme avec les nouvelles règles organiques.

SECTION II | LA MODULATION DES DÉCISIONS

382

Depuis 2008²³, le Conseil constitutionnel détient un redoutable pouvoir : il peut transformer, tordre la temporalité des dispositions législatives invalidées en déplaçant le curseur de l'abrogation et en gommant plus ou moins la ligne de vie de la loi censurée. Et ce faisant, il peut ajuster au mieux sa décision en fonction de la diversité des situations qui se présentent à lui dans le contentieux de la QPC. Cette faculté de « moduler » la temporalité lorsqu'une censure est prononcée²⁴ est organisée par le second alinéa de l'article 62 de la Constitution :

« Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ».

■ 21. CC 2001-453 DC, 18 décembre 2001, R. p. 164.

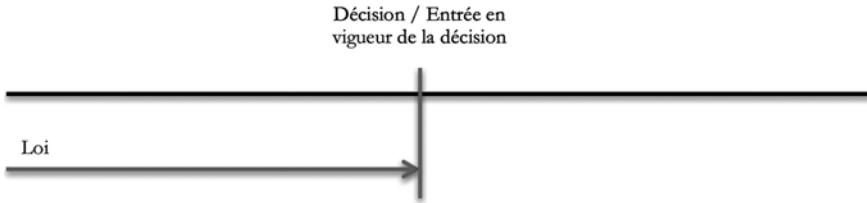
■ 22. CC 2005-530 DC, 29 décembre 2005, R. p. 168.

■ 23. La première modulation du Conseil est apparue quelques jours avant la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. Dans une décision « DC » du 19 juin 2008, le Conseil a décidé qu'« afin de permettre au législateur de procéder à la correction de l'incompétence négative constatée, il y a lieu de reporter au 1^{er} janvier 2009 les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité » (CC 2008-564 DC, 19 juin 2008, cons. 58, JO 26 juin 2008, p. 10228). La censure empêchait, en effet, l'autorité réglementaire d'adopter les décrets nécessaires à l'application de directives européennes et mettait donc la France en infraction.

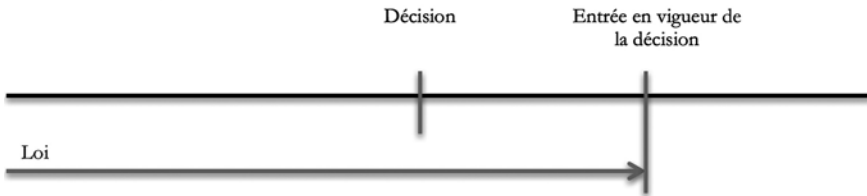
■ 24. On verra que le Conseil peut en réalité moduler une réserve d'interprétation même s'il ne prononce pas de censure.

Sur la base de cette disposition, il est possible de recenser quatre situations différentes²⁵ :

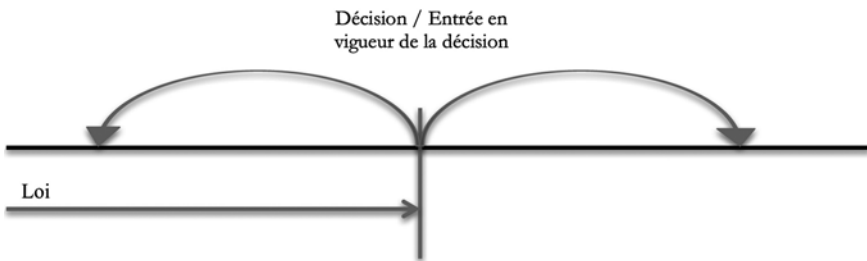
Cas n° 1 : abrogation immédiate



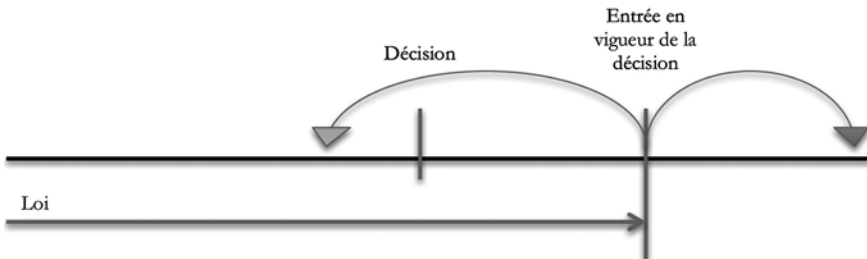
Cas n° 2 : abrogation différée



Cas n° 3 : abrogation immédiate avec postactivité ou rétroactivité des effets



Cas n° 4 : abrogation différée avec postactivité ou rétroactivité des effets



■ 25. Les schémas qui suivent ont été publiés à la *RDP*, 2016, p. 149 (P.-Y. GAHDOUN, « L'émergence d'un droit transitoire constitutionnel »). Le présent chapitre reprend en partie ce texte.

Les deux premiers cas concernent les situations où le Conseil décide d'avancer, ou non, l'entrée en vigueur de la décision d'abrogation. C'est la première question que se pose le juge lorsqu'il statue : à quel moment la décision « prendra effet » (§1) ? Les deux autres cas sont des variantes. Dès lors que le juge a choisi la date de l'entrée en vigueur de la décision – immédiate ou différée –, il doit faire un autre choix : l'abrogation frappe-t-elle les situations passées, en cours et/ou à venir ? Il peut donc effacer, plus ou moins, les effets de la loi abrogée, voire même maintenir ses effets pendant un certain temps (§2).

§ 1. LA QUESTION DE LA DATE DE L'ABROGATION

A. LA PUBLICATION ET L'ENTRÉE EN VIGUEUR DE LA DÉCISION

383 « Abrogation », « application », « publication », « entrée en vigueur » : les mots utilisés par le Conseil pour « parler » de la modulation des décisions sont multiples, parfois ambivalents. Pour simplifier la compréhension de la matière, le premier réflexe doit être de différencier la date de la publication et la date de l'entrée en vigueur de la décision. La « publication » correspond au moment où la décision apparaît au *Journal officiel*, ce n'est pas tout à fait la date de la décision elle-même, celle inscrite dans le document rédigé par le juge, mais celle qui désigne l'apparition de la norme dans la littérature juridique « officielle »²⁶. L'entrée en vigueur, quant à elle, marque la naissance pratique, concrète, de la règle de droit ; elle se définit comme « l'instant où les différentes normes (...) intègrent l'ordonnement juridique »²⁷. Pour ce qui concerne le contentieux constitutionnel, en principe, la date de la publication des décisions – DC ou QPC – coïncide avec la date d'entrée en vigueur. Or justement, le premier pouvoir du Conseil en matière de modulation réside dans la capacité de dissocier ces deux moments, c'est-à-dire de séparer la date de la publication et la date de l'entrée en vigueur de la décision²⁸.

Ce report de l'entrée en vigueur emporte une conséquence importante : l'abrogation de la loi est totalement différée, décalée, c'est une sorte de « *tout ou rien* ». Au moment de la publication de la décision, la loi ancienne continue donc de produire des effets dans toutes ses dispositions et pour toutes les situations. De cela, il résulte qu'en différant l'abrogation, le juge ne cherche pas à régler les conflits temporels, il ne cherche pas à isoler certains actes, par exemple les contrats, il « reporte » simplement le problème dans sa globalité, à une date ultérieure qu'il aura lui-même fixée. À l'inverse, on va le voir, lorsque le Conseil module « les

■ 26. Sur la notion de publication, v. les explications de Y. GAUDEMET et B. PLESSIX, « Promulgation et publication des lois », *JurisClasseur Civil Code*, Fasc. 10, 2011.

■ 27. P. FLEURY-LE GROS, *Contribution à l'analyse normative des conflits de lois dans le temps en droit privé interne*, Dalloz, 2005, p. 23.

■ 28. Sans cette dissociation, la décision du Conseil est applicable au jour de sa publication (qui correspond au jour de l'entrée en vigueur). Le Conseil l'admet très clairement dans sa décision du 11 juin 2010 : « l'abrogation de l'article L. 7 du code électoral permet aux intéressés de demander, à compter du jour de publication de la présente décision, leur inscription immédiate sur la liste électorale dans les conditions déterminées par la loi », CC 2010-6/7 QPC, 11 juin 2010, cons. 6, JO 12 juin 2010, p. 10849.

effets » de la loi abrogée, il cible certaines situations, certains faits, précisément pour combattre les conflits temporels qui dérivent de l'abrogation. Il n'est pas rare, au demeurant, que le législateur mobilise lui-même cette technique de « l'entrée en vigueur différée » à l'égard des lois complexes qui nécessitent un certain temps de préparation et d'adaptation²⁹.

Il faut également souligner que ce report de l'entrée en vigueur ne concerne pas seulement les décisions d'abrogation. Le Conseil peut en effet reporter l'entrée en vigueur *des réserves d'interprétation*, sans même censurer la disposition à l'origine du litige. Le cas se présente pour la première fois dans la décision « DC » du 23 janvier 2014³⁰. Dans cette affaire, le juge estime que la réserve est applicable « à compter du prochain renouvellement général des conseils municipaux », en précisant dans le dispositif que la loi contrôlée est « conforme à la Constitution sous la réserve énoncée au considérant n° 64 ». En réalité, le Conseil avait déjà reporté dans le temps une réserve, mais en visant une situation particulière, par exemple des contrats en cours³¹, ce qui revient à moduler les *effets* de la réserve, et non pas son entrée en vigueur.

384 Se pose alors une question : quel est l'intérêt de reporter la date d'entrée en vigueur d'une décision si les problèmes de conflits de lois dans le temps sont simplement renvoyés à une date ultérieure sans être résolus ? La réponse est apportée par le Conseil lui-même : laisser du temps au législateur ; du temps pour analyser l'abrogation – pour l'instant virtuelle –, du temps pour repenser la loi, pour mesurer les conséquences³², pour mettre en marche le processus normatif, pour corriger l'inconstitutionnalité ou pour combler le vide législatif laissé par la loi censurée. « Il y a lieu, *selon les mots du Conseil*, de reporter la date de l'abrogation de cet article afin de permettre au législateur d'apprécier les suites qu'il convient de donner à cette déclaration d'inconstitutionnalité ».

Le principe ne vaut pas seulement pour le législateur, il s'applique aussi, de façon plus surprenante, pour l'autorité administrative. Dans sa décision du 10 novembre 2011³³, le Conseil reporte l'abrogation « au 1^{er} décembre 2011 » – trois semaines donc – « afin de permettre à l'autorité administrative de tirer les conséquences de cette inconstitutionnalité ». Il s'agissait, en l'espèce, des dispositions législatives relatives au « secret défense ». Ces dispositions prévoyaient un niveau variable de protection, décidé par l'autorité administrative, selon l'importance du lieu ou du document à protéger. Pour une question procédurale, le Conseil censure le niveau le plus élevé de protection, mais il offre en même temps la

■ 29. V. les exemples donnés par P. ROUBIER, *Le droit transitoire. Conflits de lois dans le temps*, 2^e éd., 1960, Dalloz, 2008, p. 351, et F. DEKUEWER-DÉFOSSÉZ, *Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine*, LGDJ, 1977, p. 106.

■ 30. CC 2013-687 DC, 23 janvier 2014, cons. 64, JO 28 janvier 2014, p. 1622.

■ 31. CC 2012-656 DC, 24 octobre 2012, cons. 19, JO 27 octobre 2012, p. 16699 ; voir *contra* CC 2010-62 QPC, 17 décembre 2010, JO 19 décembre 2010, p. 22372, pour une application « immédiate » d'une réserve à une situation en cours.

■ 32. Pascale DEUMIER parle, à ce titre, de « conséquentialisme » (« Les effets dans le temps des décisions QPC : un droit des conséquences des décisions constitutionnelles », *NCCC*, 2015, n° 47, p. 65). Sur ce thème, v. la thèse de S. SALLES, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, thèse Montpellier, 2015.

■ 33. CC 2011-192 QPC, 10 novembre 2011, cons. 38, JO 11 novembre 2011, p. 19005.

possibilité à l'autorité administrative de modifier la classification des lieux ou des documents touchés par l'abrogation. Ce qui, évidemment, prend un certain temps.

Une autre question se profile alors, en cascade : dans quelles circonstances faut-il laisser du « temps » au législateur ou à l'autorité administrative ? À cela, aucune réponse précise. Le juge statue au cas par cas, en relevant dans chaque affaire les éléments de fait ou de droit qui justifient, ou non, de déplacer le curseur de la temporalité. Le nombre important de reports permet néanmoins de dresser un portrait, forcément imparfait, forcément incomplet, des cas dans lesquels la modulation de la date est décidée. Il peut s'agir, dans une première série de cas, de circonstances d'intérêt *général* qui commandent une entrée en vigueur différée : « l'objectif de valeur constitutionnelle de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infraction »³⁴, « l'intérêt de la protection de la faune et de la flore »³⁵, « l'exigence de protection de la santé »³⁶ ou « le principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de justice pénale des mineurs »³⁷. Il arrive également qu'un intérêt *particulier*, subjectif, exige un report de l'entrée en vigueur de l'abrogation, par exemple l'intérêt du contribuable³⁸ – cas fréquent –, l'intérêt des parties dans un procès pénal³⁹ ou civil⁴⁰, l'intérêt des orphelins⁴¹ ou l'intérêt des militaires⁴². Parfois aussi, le Conseil ne donne aucune explication et se contente de la formule générale selon laquelle l'abrogation immédiate « entraînerait des conséquences manifestement excessives », reprenant très exactement l'expression contenue dans l'arrêt *AC !* du Conseil d'État⁴³.

Dans cette liberté de choix du report se glisse néanmoins une contrainte. Contrairement au juge administratif, avec sa jurisprudence *Fédération départementale des chasseurs de la Drôme*⁴⁴, le Conseil constitutionnel ne peut sursoir à statuer pour « reporter le report », et décider plus tard des suites à donner en terme de temporalité en recueillant l'avis des parties sur la modulation. Or, bien souvent, le juge choisit l'entrée en vigueur différée « à partir des éléments d'appréciation que lui apportent les parties »⁴⁵. La décision de report suppose alors de consulter les intéressés, d'analyser les suites de la censure, de prendre le pouls de l'affaire : pour mener à bien ces investigations, le Conseil a besoin d'un minimum de temps que le « sursis à statuer » lui offrirait nécessairement. Il reste

■ 34. Très régulièrement, par exemple : CC 2013-357 QPC, 29 novembre 2013, cons. 10, JO 1^{er} décembre 2013, p. 19603.

■ 35. CC 2012-269 QPC, 27 juillet 2012, cons. 5, JO 28 juillet 2012, p. 12356 ; CC 2012-270 QPC, 27 juillet 2012, cons. 9, JO 28 juillet 2012, p. 12357.

■ 36. CC 2010-71 QPC, 10 novembre 2010, cons. 41, JO 27 novembre 2010, p. 21119 ; CC 2011-135-140 QPC, 9 juin 2011, cons. 16, JO 9 juin 2011, p. 9892.

■ 37. CC 2011-147 QPC, 8 juillet 2011, cons. 12, JO 9 juillet 2011, p. 11979.

■ 38. CC 2014-400 QPC, 6 juin 2014, cons. 10, JO 8 juin 2014, p. 9674.

■ 39. CC 2011-190 QPC, 10 novembre 2011, cons. 12, JO 22 octobre 2011, p. 17969.

■ 40. CC 2011-112 QPC, 1^{er} avril 2011, cons. 9, JO 2 avril 2011, p. 5892.

■ 41. CC 2010-190 QPC, 21 octobre 2011, cons. 12, JO 11 novembre 2011, p. 19005.

■ 42. CC 2014-432 QPC, 28 novembre 2014, cons. 17, JO 10 décembre 2014, p. 20646.

■ 43. CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC !*, n° 255886.

■ 44. CE 12 mai 2010, *Fédération départementale des chasseurs de la Drôme*, n° 325657.

■ 45. D. CONNIL, « Modulation des conséquences et conséquences de la modulation », *AJDA*, 2013, p. 1876.

que, à ce jour, même si aucun texte ne s’y oppose frontalement⁴⁶, le juge constitutionnel n’a jamais usé d’un tel procédé. Bien entendu, rien n’interdit au Conseil de solliciter et d’interroger les parties sur la modulation pendant le temps – court ! – de l’instruction du dossier.

B. | LES RÉGIMES TRANSITOIRES

385 Entre une règle et une autre, il est parfois nécessaire d’aménager une période de transition. D’ordinaire, ce régime dit « transitoire » est simplement formel, il se contente de prévoir la survie de la loi ancienne jusqu’à une date ultérieure ou jusqu’à la fin des situations en cours. Ici, la règle de transition n’a aucun contenu, elle établit simplement le régime applicable pour une situation donnée, par exemple un contrat. Il arrive néanmoins que le législateur décide l’application d’un régime transitoire « substantiel », selon l’expression de Françoise Dekeuwer-Défossez⁴⁷, en créant une « troisième voie » normative, c’est-à-dire une règle de droit spécifique applicable entre l’ancien et le nouveau texte de loi. Par exemple, la loi « pour l’accès au logement » du 24 mars 2014, en établissant les nouvelles règles des baux d’habitation, a fixé un régime particulier pour certains contrats de location en cours⁴⁸, différent du régime antérieur, mais différent aussi du régime à venir⁴⁹. Autrement dit, la règle transitoire devient ici une norme à part entière, éphémère et dérogoire, dont le seul but est d’assurer le relais entre les deux législations.

S’il est tout à fait admis que le législateur puisse créer ce type de régime transitoire – y compris « substantiel » –, il a pu paraître curieux, illégitime même⁵⁰, que le Conseil s’arrogue un tel pouvoir. D’où, peut-être, les nombreuses précautions et l’abondante diplomatie dont s’entoure le juge constitutionnel lorsqu’il mobilise lui-même cette technique. Le Conseil se montre en effet très soucieux de ne point paraître trop créateur en affirmant, à de multiples reprises, qu’il ne dispose pas du pouvoir « d’indiquer les modifications qui doivent être choisies pour qu’il soit remédié à l’inconstitutionnalité constatée »⁵¹ ou, plus classiquement, qu’il « ne dispose pas d’un pouvoir général d’appréciation de même nature que celui du

■ 46. Seule contrainte, de taille : la question des délais de jugement.

■ 47. F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *op. cit.*, p. 207 et s.

■ 48. Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l’accès au logement et un urbanisme rénové, JO 26 mars 2014, p. 5809, article 14.

■ 49. V. également les nombreux exemples en droit public donnés par Gweltaz EVEILLARD, *Les dispositions transitoires en droit public français*, Dalloz, 2007, p. 369 et s.

■ 50. « En revanche, que le Conseil constitutionnel puisse se comporter en “législateur provisoire” déterminant le droit intermédiaire applicable entre le moment de l’abrogation du texte et celui de l’adoption d’un autre venant le remplacer excède très largement les compétences qui lui sont reconnues par la Constitution », P. PUIG, « Le Conseil constitutionnel et la modulation dans le temps des décisions QPC », *RTDCiv.* 2010, p. 517.

■ 51. CC 2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010, JO 31 juillet 2010, p. 1419 ; CC 2010-32 QPC, 22 septembre 2010, JO 23 septembre 2010, p. 17291 ; CC 2010-45 QPC, 6 octobre 2010, JO 7 octobre 2010, p. 18156 ; CC 2014-453/454 QPC ; 2015-462 QPC, 18 mars 2015, JO 20 mars 2015, p. 5183. Pour le Congrès de Nouvelle-Calédonie : CC 2011-205 QPC, 9 décembre 2011, JO 10 décembre 2011, p. 20991.

Parlement »⁵². C'est donc d'une main hésitante qu'il abandonne la gomme pour le crayon en écrivant ces régimes transitoires.

Mais d'abord, faut-il vraiment parler de « régime transitoire » ? Un autre terme est utilisé par le Conseil sur son site internet et dans ses commentaires « officiels » : les « réserves d'interprétations transitoires ». Si la formule a le grand mérite de mobiliser une notion bien connue du contentieux constitutionnel – les réserves d'interprétation –, elle souffre cependant de deux inconvénients. D'abord, elle amoindrit la réalité créatrice du Conseil en la matière : lorsque le juge élabore un régime transitoire, à vrai dire, il ne s'agit pas seulement de faire une « réserve », mais bien plutôt de produire – véritablement – un droit qui n'existait pas avant son intervention. Ensuite, et peut-être surtout, le terme ne décrit pas vraiment la réalité du phénomène : il n'est pas question pour le Conseil d'interpréter la loi dans un sens conforme à la Constitution, comme il le fait avec ses réserves « classiques » ; il s'agit, tout à l'opposé, d'inventer, de créer, de façonner un régime juridique qui règlera les différentes situations et comblera le vide législatif dans l'attente des nouvelles dispositions.

386 Concrètement, et quelle que soit la formulation choisie, deux situations peuvent se présenter. Le premier cas, le plus courant, concerne les abrogations *différées*. Entre le moment de la décision et l'abrogation effective, le droit applicable est normalement celui de « l'ancienne » législation (qui survit jusqu'au terme fixé par le Conseil). Avec, évidemment, le risque que des dispositions inconstitutionnelles soient mobilisées, en connaissance de cause, par les juges et les autorités administratives. Par exemple, dans son arrêt du 15 mars 2016⁵³, la Cour de cassation « casse » une décision de la cour d'appel de Bourges qui n'avait pas appliqué... les dispositions inconstitutionnelles pendant la période transitoire ! Curieuse situation, donc, lorsqu'une disposition qui méconnaît les droits et libertés fondamentaux est utilisée avec conscience et raison par les pouvoirs publics et les citoyens eux-mêmes.

Pour éviter cette situation délicate, le Conseil peut – et doit – créer un régime transitoire. Par exemple en imposant aux juridictions concernées et aux administrations de sursoir à statuer « jusqu'à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi ou, au plus tard, jusqu'au (jour de l'abrogation) »⁵⁴ dans l'hypothèse où des instances pendantes ou à venir se formeraient à propos des dispositions litigieuses. Le Conseil peut aussi écrire plus franchement le droit applicable pendant la période transitoire. Ainsi, dans la décision du 4 décembre 2015⁵⁵, il reporte au « 1^{er} octobre 2016 » l'abrogation du troisième alinéa de l'article 56 du Code de procédure pénale ;

■ 52. Par exemple CC 2010-45 QPC, 6 octobre 2010, JO 7 octobre 2010, p. 18156 ; CC 2015-492 QPC, 16 octobre 2015, JO 18 octobre 2015, p. 19445.

■ 53. Cass. soc. 15 mars 2016, n° 14-16.242. V. P.-Y. GAHDOUN, « Quand la QPC permet à la Cour de cassation de ressusciter les morts », *D.* 2016, p. 864.

■ 54. CC 2014-413 QPC, 19 septembre 2014, cons. 8, JO 21 septembre 2014, p. 15471. Bien souvent, le Conseil demande également au législateur d'appliquer rétroactivement la nouvelle loi aux instances pendantes : CC 2010-1 QPC, 28 mai 2010, cons. 12, JO 29 mai 2010, p. 9728 ; CC 2010-83 QPC, 13 janvier 2011, cons. 4, JO 14 janvier 2011, p. 811 ; CC 2013-343 QPC, 27 septembre 2013, cons. 9, JO 1^{er} octobre 2013, p. 16305.

■ 55. CC 2015-506 QPC, 4 décembre 2015, JO 6 décembre 2015, p. 22502.

mais pour faire cesser l'inconstitutionnalité constatée à compter de la publication de la décision, « il y a lieu, *estime le Conseil*, de juger que les dispositions du troisième alinéa de l'article 56 du Code de procédure pénale ne sauraient être interprétées comme permettant, à compter de cette publication, la saisie d'éléments couverts par le secret du délibéré ». De même, dans la décision du 20 mars 2015⁵⁶, est annulée une disposition du Code de la santé publique qui organise la procédure suivie devant le conseil national de l'ordre des pharmaciens statuant en formation disciplinaire ; l'abrogation est reportée « jusqu'à l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi ou, au plus tard, jusqu'au 31 décembre 2015 », mais afin d'éviter le maintien de l'inconstitutionnalité pendant cette période transitoire, le Conseil impose une nouvelle règle : « les représentants de l'État ne siégeront plus au conseil national de l'ordre des pharmaciens ». De même encore, dans la décision du 18 mars 2015⁵⁷, le juge constitutionnel censure le délit d'initié et reporte l'abrogation « au 1^{er} septembre 2016 » ; néanmoins, pour gommer les effets préjudiciables de la législation inconstitutionnelle qui demeure en vigueur jusqu'à cette date, le Conseil décide que « des poursuites ne pourront être engagées ou continuées sur le fondement de l'article L. 621-15 du Code monétaire et financier à l'encontre d'une personne (...) dès lors que des premières poursuites auront déjà été engagées pour les mêmes faits et à l'encontre de la même personne (...) sur le fondement de l'article L. 465-1 du même code ». Dans ces différents cas, le Conseil élabore finalement une solution transitoire acceptable, un compromis « faute de mieux », entre la date de la décision et la date de l'abrogation.

Le second cas intéresse les abrogations *immédiates*. Dans la décision du 2 juillet 2010⁵⁸, le juge constitutionnel avait abrogé « tout de suite », y compris pour les instances en cours, les dispositions organisant la composition des tribunaux maritimes. À défaut de nouvelles règles en la matière, il devenait impossible, pour ces juridictions, de fonctionner normalement. Plutôt que de différer l'abrogation, le Conseil élabore lui-même un régime de transition : « pour exercer la compétence que leur reconnaît le Code disciplinaire et pénal de la marine marchande, les tribunaux maritimes commerciaux siégeront dans la composition des juridictions pénales de droit commun ». En décidant que les tribunaux maritimes seront régis par « le droit commun », le Conseil crée ainsi une « troisième norme » dans le silence du texte législatif abrogé. Ce faisant, il produit directement, pleinement pourrait-on dire, le droit applicable à ces juridictions après la décision d'abrogation.

Très classiquement aussi, en matière fiscale, le Conseil peut demander à l'administration d'appliquer un régime spécifique au moment de l'abrogation. Il va par exemple décider que des rachats d'action ou de parts sociales ne doivent pas être considérés comme des « revenus »⁵⁹ ; ou que des frais de constitution de garanties sont imputables sur les intérêts « moratoires » et « de retard »⁶⁰. Évidemment, le régime transitoire aménagé par le juge – quel qu'il soit – prend fin lorsque le législateur s'empare de la question et légifère dans le domaine concerné.

■ 56. CC 2014-457 QPC, 20 mars 2015, JO 22 mars 2015, p. 5345.

■ 57. CC 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC, 18 mars 2015, JO 20 mars 2015, p. 5183.

■ 58. CC 2010-10 QPC, 2 juillet 2010, cons. 5, JO 3 juillet 2010, p. 12120.

■ 59. CC 2014-404 QPC, 20 juin 2014, cons. 14, JO 22 juin 2014, p. 10315.

■ 60. CC 2014-400 QPC, 6 juin 2014, cons. 11, JO 8 juin 2014, p. 9674.

§ 2. LA QUESTION DES EFFETS DE LA LOI ABROGÉE

387

Lorsque l'abrogation est déterminée – immédiate ou différée – il faut encore savoir si, dans l'un ou l'autre cas, les effets qu'a produits la loi ont été modifiés par le Conseil. Ici, le juge constitutionnel peut aller « dans les deux sens » : il peut saisir les effets futurs (postactivité) ou passés (rétroactivité) de la loi.

A. LA POSTACTIVITÉ DES EFFETS

388

La situation est un peu surprenante. Dans certains cas, le Conseil peut décider d'atteindre des effets qui n'existent pas encore, des effets futurs, potentiels, soit pour les préserver, soit au contraire pour les « bloquer ». La situation se produit lorsque la loi abrogée était à l'origine d'un événement qui se prolonge dans le temps – un contrat, une prescription, un procès... – dont le Conseil souhaite maîtriser les conséquences. Dans ce cas coexistent deux lignes de temporalité qui avancent en parallèle : la ligne de la loi stoppée au moment de l'abrogation, et la ligne de la situation juridique qui poursuit sa progression.

1. Les contrats

389

La première illustration de cette postactivité des effets concerne les *situations contractuelles*. En matière de création des lois, le Conseil exige du législateur, depuis 1998⁶¹, qu'il respecte la « pérennité contractuelle ». Faute d'un intérêt général suffisant, il censure les dispositions qui méconnaissent le déroulement paisible des accords en cours. La logique est similaire en matière de disparition des lois. L'abrogation des dispositions législatives par le Conseil peut créer un vide juridique préjudiciable aux conventions formées sous l'empire de l'ancienne législation. Pour aménager ce vide et préserver les contrats, le Conseil dispose de plusieurs outils.

390

Il peut d'abord prononcer une abrogation et « épargner » les contrats déjà formés en laissant courir ces contrats jusqu'à leur terme. La première décision en la matière est intervenue dans le cadre du contentieux « néo-calédonien »⁶², c'est-à-dire le contrôle d'une loi déjà promulguée en dehors des QPC. Dans la décision DC du 24 octobre 2012⁶³, le Conseil estime ainsi que la réserve d'interprétation est « applicable aux contrats conclus postérieurement à la publication de la présente décision ». Dans le même sens, il juge en 2013⁶⁴ que la déclaration d'inconstitutionnalité « n'est pas applicable aux contrats pris sur ce fondement en cours lors de cette publication ».

391

Le Conseil peut également décider de préserver les contrats, non pas jusqu'à leur terme, mais pendant un temps déterminé. Le cas se présente pour la première

61. V. *infra* n° 785 et s.

62. CC 85-187 DC, 25 janvier 1985, cons. 10, JO 26 janvier 1985, p. 1137.

63. CC 2012-656 DC, 24 octobre 2012, cons. 19, JO 27 octobre 2012, p. 16699.

64. CC 2013-672 DC, 13 juin 2013, cons. 14, JO 16 juin 2013, p. 9976.

fois dans la décision QPC du 18 juillet 2014⁶⁵. Il était question, en l'espèce, de contrôler le régime juridique des contrats d'achat d'électricité par EDF en matière d'installations dites de « cogénération », c'est-à-dire des installations de production simultanée d'énergie thermique et d'énergie électrique. Pour ces installations, le producteur vend donc son électricité à EDF dans des conditions fixées par la loi. Avec une particularité : certains contrats signés avant 2000 bénéficiaient d'un régime spécifique de soutien financier sous forme d'avantages accordés au producteur. Le Conseil censure ce régime spécifique en soulignant les inégalités par rapport aux contrats « ordinaires » d'achat d'électricité. Mais s'il avait appliqué « tout de suite » la censure, il aurait atteint des conventions conclues de façon parfaitement légale sous l'empire de la précédente loi. Pour éviter cette situation préjudiciable, « manifestement excessive », le juge constitutionnel trouve un compromis en maintenant les stipulations contractuelles en l'état jusqu'à la fin de l'année 2014 : « les rémunérations dues en vertu de contrats conclus en application des dispositions déclarées contraires à la Constitution, au titre des périodes antérieures au 1^{er} janvier 2015, ne peuvent être remises en cause sur le fondement de cette inconstitutionnalité ». Autrement dit, le Conseil fait « survivre » la loi ancienne pendant un certain temps, il crée une postactivité temporaire, et protège ainsi les contrats en cours d'exécution au moment de l'abrogation.

392 La postactivité en matière de contrats s'applique aussi en cas d'abrogation *dif-férée* (cas n° 4). La situation est la suivante : le Conseil peut reporter l'abrogation à une date ultérieure et décider que, à ce moment-là, la disposition censurée continuera de produire ses effets à l'égard des contrats en cours. De la sorte, la loi ancienne « survivra » y compris pour les conventions nouées entre la date de publication et la date d'entrée en vigueur de la décision. Par exemple, dans la décision du 9 décembre 2011⁶⁶, le Conseil juge que l'abrogation interviendra le 1^{er} janvier 2013 et il précise que les « contrats pris avant cette date en application des dispositions déclarées contraires à la Constitution ne peuvent être contestés sur le fondement de cette inconstitutionnalité ». Ce qui implique, très nettement ici, de faire survivre la loi ancienne au moment de l'abrogation en janvier 2013.

2. | Les instances en cours

393 La deuxième illustration de la postactivité des effets concerne *les instances en cours*. En terme quantitatif, le cas des instances en cours fournit le plus gros du contingent des modulations exercées par le Conseil. C'est aussi un thème souvent exploré par la doctrine constitutionnaliste⁶⁷.

Pour comprendre le phénomène, il faut abandonner quelques instants le contentieux constitutionnel et s'inviter dans les terres plus lointaines du « droit transitoire ». En la matière, il est classiquement enseigné que la loi nouvelle ne peut s'appliquer, sauf raisons impérieuses, aux situations contentieuses en cours. Et pour

■ 65. CC 2014-410 QPC, 18 juillet 2014, cons. 11, JO 20 juillet 2014, p. 12117.

■ 66. CC 2011-205 QPC, 9 décembre 2011, cons. 9, JO 10 décembre 2011, p. 20991.

■ 67. V. not. : M. DISANT, « Les effets dans le temps des décisions QPC », *NCCC*, 2013, n° 40 ; M. VÉRON, « La création d'un vide juridique ? », *Droit pénal*, n° 6, Juin 2012, comm. 83.

cause : les personnes engagées dans une instance au moment de l'entrée en vigueur de la loi peuvent ressentir une « grave injustice »⁶⁸ lorsque le support législatif de leur contestation est anéanti par le législateur. Le juge lui-même, quand il statue sur un cas donné, prend toujours en considération le régime qui était en vigueur au moment de la création de l'acte ou du fait juridique ; et lui demander d'appliquer une disposition qui n'existait pas à ce moment revient à instaurer une rétroactivité. La jurisprudence de la Cour de cassation s'inscrit d'ailleurs dans cette idée : « si le législateur peut adopter, en matière civile, des dispositions rétroactives, le principe de prééminence du droit et la notion de procès équitable (...) s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice afin d'influer sur le dénouement judiciaire d'un litige »⁶⁹. Autrement dit, en principe, la loi ancienne survit pour les instances déjà engagées.

Faut-il, sur cette base, estimer que la disposition abrogée continue de produire ses effets à l'égard des causes pendantes ? Bien au contraire répond le Conseil : « la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliquée dans les instances en cours à la date de la publication de la décision ». Ainsi, concrètement, la censure est invocable dans toutes les affaires qui ne sont pas encore jugées définitivement, et le juge doit écarter la disposition invalidée si nécessaire. En creux, se profile le vœu bien légitime du Conseil de supprimer « au plus vite » une loi attentatoire aux droits et libertés, offrant ainsi aux justiciables, y compris à l'auteur de la QPC, l'opportunité de récolter immédiatement les fruits de l'abrogation. Avec une supposition, un pari : que cette censure profite toujours aux parties engagées dans un procès. Or, il existe bien des circonstances où la disparition d'une loi, fût-elle inconstitutionnelle, prive les individus d'un procès légitime⁷⁰. En plusieurs occasions, d'ailleurs, il est arrivé au Conseil de faire survivre la disposition censurée dans les affaires non jugées définitivement⁷¹, sans toutefois expliquer sa démarche, ni dans le corps de ses décisions, ni même dans les « commentaires ».

3. | Les autres cas

394 En dehors des contrats et des instances en cours, le Conseil a mis en œuvre le principe de postactivité de la disposition abrogée dans *quelques cas*.

Par exemple, dans la décision du 27 juillet 2012⁷², le Conseil invalide les dispositions qui organisent le « droit » de contester un arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État. Il s'agit d'une législation qui permet à l'État de recueillir des enfants qui se retrouvent dans une situation effective d'abandon. Le législateur avait bien instauré un délai de recours de trente jours contre ces arrêtés, mais il n'avait pas prévu de « notification » de l'acte aux personnes intéressées – les

■ 68. F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *op. cit.*, p. 130.

■ 69. Cass. Ass. plén. 24 janvier 2003, n° 01-40.967.

■ 70. Par exemple lorsque l'abrogation immédiate d'une disposition procédurale « bloque » toutes les instances en cours.

■ 71. Dans des affaires similaires (compétences du tribunal de commerce) : CC 2012-286 QPC, 7 décembre 2012, cons. 8, JO 8 décembre 2012, p. 19279 ; CC 2013-352 QPC, 15 novembre 2013, cons. 12, JO 17 novembre 2013, p. 18694 ; CC 2013-368 QPC, 7 mars 2014, cons. 9, JO 9 mars 2014, p. 5034.

■ 72. CC 2012-268 QPC, 27 juillet 2012, cons. 11, JO 28 juillet 2012, p. 12355.

parents, les grands-parents... –, si bien que ces derniers ne pouvaient, matériellement, avoir connaissance de l'arrêt. Le Conseil censure logiquement sur la base du droit au recours. Mais s'il avait appliqué l'abrogation immédiatement, il aurait supprimé le droit de contester l'arrêt d'admission dans son ensemble, privant ainsi les justiciables de leur unique moyen de recours. Le juge constitutionnel décide donc de différer l'abrogation « au 1^{er} janvier 2014 ». À cette date, la disposition censurée disparaît donc de l'ordonnement juridique. Imaginons néanmoins qu'un arrêt soit pris le 15 décembre 2013 : dans ce cas, le délai de recours court jusqu'au 15 janvier 2014. Fallait-il priver les personnes de tout moyen contentieux entre le 1^{er} et le 15 janvier ? Pour éviter cette situation, le Conseil précise que l'abrogation « n'est applicable qu'à la contestation des arrêtés d'admission en qualité de pupille de l'État pris après cette date » ; autrement dit, la loi ancienne – inconstitutionnelle – « survit » jusqu'à l'épuisement des délais de recours.

Par exemple encore, dans la décision du 9 décembre 2011⁷³, le Conseil censure une disposition du Code de procédure pénale prévoyant que les réquisitions du procureur doivent être adressées aux avocats, et non aux parties elles-mêmes. Selon le juge constitutionnel, le législateur ne peut avantager les justiciables selon qu'ils soient assistés, ou non, d'un avocat. Il censure donc « immédiatement ». Mais il décide, en même temps, que l'abrogation ne peut profiter qu'aux parties sans avocats, car elles seules sont les victimes de la disposition invalidée. Pour les autres, la loi initiale doit continuer à s'appliquer.

Il est également arrivé au Conseil constitutionnel de vouloir préserver un *délai de prescription*. Dans sa décision du 18 octobre 2015⁷⁴, il censure l'incrimination en matière d'apologie des crimes de guerre et de crimes contre l'humanité. Au moment de la censure, il devenait donc impossible, pour les victimes, de mettre en marche l'action publique. Fallait-il pour autant laisser courir le délai de prescription et réduire d'autant la période de contestation des infractions ? Pour éviter cette situation, le Conseil juge « qu'il y a lieu de suspendre les délais de prescription applicables à la mise en mouvement de l'action publique par la partie civile en matière d'apologie des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité jusqu'à l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi et au plus tard jusqu'au 1^{er} octobre 2016 ».

B. LA RÉTROACTIVITÉ DES EFFETS

395 En droit administratif, lorsqu'un acte réglementaire est jugé illégal, il est « annulé », ce qui implique toujours une rétroactivité : l'acte est réputé n'avoir jamais existé. Véritable « dogme »⁷⁵, l'annulation se justifie par la volonté d'effacer le plus largement possible les effets passés de l'acte irrégulier. Mais elle emporte dans son sillage une somme parfois considérable d'événements plus ou moins rattachés à l'acte annulé. D'où la jurisprudence *AC!* qui permet d'éviter ces conséquences fâcheuses en décidant de limiter l'annulation aux seuls effets à venir. Le droit constitutionnel, à l'inverse, ne connaît pas l'annulation. En principe, la

■ 73. CC 2011-160 QPC, 9 septembre 2011, cons. 6, JO 10 septembre 2011, p. 15273.

■ 74. CC 2015-492 QPC, 16 octobre 2015, JO 18 octobre 2015, p. 19445.

■ 75. J.-É. SCHOETTL, « Ce fut AC ! », *AJDA*, n° 2, 2014, p. 116.

censure du Conseil ne frappe que les conséquences présentes et futures de la loi. Cela dit, en théorie, le juge constitutionnel peut ressentir le besoin d'atteindre des actes et des faits passés, c'est-à-dire des situations déjà accomplies sous l'empire de la disposition censurée. Ici, « l'abrogation » devient rétroactive puisque le Conseil réécrit un événement passé à la lueur d'un droit qu'il aura lui-même façonné. Avec le risque d'entendre, en arrière-plan de sa décision, la vieille chanson du gouvernement des juges...

À plusieurs reprises, néanmoins, le Conseil a tenté de modifier des situations juridiques achevées, plus précisément en matière pénale et dans le cas de peines prononcées par un tribunal dont le juge constitutionnel souhaitait gommer les effets. Normalement, l'abrogation d'une disposition fixant une incrimination ne supprime pas, rétroactivement, les peines décidées sur la base de cette disposition. Pour tenter d'effacer au mieux les condamnations déjà prononcées, le Conseil a donc usé de différents subterfuges. Il a par exemple jugé que l'infraction « ne peut plus figurer sur le casier judiciaire »⁷⁶ ou – surtout – que « les peines prononcées cessent de recevoir application »⁷⁷. Dans ce dernier cas, il existe bien une remise en cause de la décision du tribunal de façon rétroactive, vers le passé, même si cette remise en cause prend effet « à partir de maintenant ».

BIBLIOGRAPHIE

1. Sur la forme des décisions :

■ F. BARQUE, « Le Conseil constitutionnel et la technique de la censure virtuelle », *RDP*, n° 5-2006, p. 1409 ■ C. GUEYDAN, « La déclaration d'inséparabilité des dispositions inconstitutionnelles dans la question prioritaire de constitutionnalité », http://www.droitconstitutionnel.org/congresLyon/CommLA/A-gueydan_T2.pdf ■ L. FAVOREU, « La décision de constitutionnalité », *RIDC*, 1986, p. 611 ■ F. MALHIÈRE, « Le considérant est mort ! Vive les décisions du Conseil ? », *Gaz. Pal.*, 24 mai 2016, n° 19, p. 11 ■ J. MEUNIER, « Les décisions du Conseil constitutionnel et le jeu politique », *Pouvoirs*, n° 105, 2003, p. 29 ■ W. SABÈTE, « De l'insuffisante argumentation des décisions du Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2011, p. 885 ■ G. VEDEL, « Rétrofictions », in *La Constitution de la V^e République*, PNFSP 1985, p. 133.

2. Sur la modulation dans le temps des décisions :

■ J. BENETTI, « Les incidences de la question prioritaire de constitutionnalité sur le travail législatif. D'une logique de prévention à une logique de correction des inconstitutionnalités », *Constitutions*, 2010, n° 1, p. 42 ■ S. BRIMO, « Les conséquences de la modulation dans le temps des effets des décisions QPC », *RDP*, 2011, n° 5, p. 1189 ■ P. DEUMIER, « Les effets dans le temps

■ 76. CC 2011-163 QPC, 16 septembre 2011, cons. 6, JO 17 septembre 2011, p. 15600.

■ 77. CC 2011-222 QPC, 17 février 2012, cons. 6, JO 18 février 2012, p. 2846 ; CC 2013-318 QPC, 7 juin 2013, cons. 21, JO 9 juin 2013 p. 9630.

des décisions QPC : un droit des conséquences des décisions constitutionnelles », *NCCC*, 2015, n° 47, p. 65 ■ M. DISANT, « Les effets dans le temps des décisions QPC », *NCCC*, 2013, n° 40 ■ X. DOMINO et A. BRETONNEAU, « Les suites de la QPC : histoire et géographie du dialogue des juges », *AJDA*, 2011, p. 1136 ■ L. GAY (dir.), *La QPC. Approche de droit comparé*, Bruylant 2014, avec les contributions d'O. LECUQ, p. 287, M. FATIN-ROUGE STÉFANINI et K. ROUDIER, p. 311 ■ P.-Y. GAHDOUN, « L'émergence d'un droit transitoire constitutionnel », *RDP*, 2016, p. 149 ■ « Quand la QPC permet à la Cour de cassation de ressusciter les morts », *Dalloz*, 2016, p. 864 ■ X. MAGNON, « Premières réflexions sur les effets des décisions de censure du Conseil constitutionnel », *RFDA*, 2011, p. 761 ■ « La modulation des effets dans le temps des décisions du juge constitutionnel », *AJJC*, 2011, n° XXVII, p. 557 ■ P. PUIG, « Le Conseil constitutionnel et la modulation dans le temps des décisions QPC », *RTDCiv.* 2010, p. 517 ■ D. RIBES, « La portée des décisions du Conseil constitutionnel », in *La question prioritaire de constitutionalité*, PUAM, 2011, p. 283 ■ P. ROUBIER, *Le droit transitoire. Conflits de lois dans le temps*, 2^e éd., 1960, Dalloz, 2008 ■ N. TILI, « La modulation dans le temps des effets des décisions d'inconstitutionnalité », *RDP*, 2011, n° 6, p. 1591.

CHAPITRE III

L'AUTORITÉ DES DÉCISIONS

396 Face aux ambiguïtés de l'article 62 de la Constitution et faute pour le système juridique d'avoir prévu un mécanisme sanctionnant le défaut d'exécution des décisions du Conseil constitutionnel, ce sont les acteurs juridiques qui ont progressivement façonné leur portée (section 1) et leur effectivité (section 2).

SECTION I | LA PORTÉE DES DÉCISIONS

397 L'interprétation de l'article 62 de la Constitution a permis d'enrichir la portée des décisions du Conseil constitutionnel (§1). Sous l'effet de la dynamique institutionnelle de la QPC, le Conseil a incontestablement redéployé la portée de l'article 62 de la Constitution avec la complicité du Conseil d'État (§2).

§ 1. | LA PORTÉE ENRICHIE DE L'ARTICLE 62 DE LA CONSTITUTION

398 Au-delà du champ de la chose jugée dont le caractère obligatoire est désormais reconnu (A), l'autorité de la chose interprétée reste ambivalente (B).

A. | L'AUTORITÉ INCONTESTABLE DE LA CHOSE JUGÉE

399 « Chose jugée ». Selon l'article 62, alinéa 2 de la Constitution, « les décisions du Conseil ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ». Cette rédaction lourde et empruntée, résultat de la volonté des constituants de ne pas se prononcer

clairement sur la nature juridique du Conseil et de ses décisions, a cependant été interprétée par le Conseil lui-même comme attribuant à ces décisions « l'autorité de la chose jugée ». L'expression peut surprendre en comparaison de la conception classique de la chose jugée au sens du droit processuel¹. À en croire le Conseil constitutionnel, l'expression est cependant pertinente. Sous la présidence de Robert Badinter, l'expression surgit dans les années 1987-1988, initialement en contentieux électoral² puis dans les décisions DC : dans sa décision du 20 juillet 1988³, le Conseil évoque « l'autorité de chose jugée attachée à la décision du Conseil constitutionnel du 22 octobre 1982 ». Plus tard, dans celle du 30 mai 2000⁴ à propos de l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, il juge que « les requérants ne sauraient utilement se prévaloir de l'autorité de chose jugée attachée » aux décisions antérieures du Conseil constitutionnel en raison de l'introduction par le pouvoir constituant de dispositions constitutionnelles nouvelles. Dans le contrôle de constitutionnalité des traités, le Conseil constitutionnel s'assure du respect de la « chose jugée » dans ses décisions antérieures⁵. Bien que la doctrine s'interroge sur la pertinence de l'utilisation de l'expression⁶, elle est passée dans les usages, se retrouve dans le contentieux QPC⁷ et illustre la trajectoire juridictionnelle empruntée par le Conseil constitutionnel.

400 Dispositif et motif soutien nécessaire. Une fois la décision rendue, elle est tenue pour définitivement acquise, produit ces effets *erga omnes* et ne peut faire l'objet d'un recours, si l'on excepte les recours en rectification d'erreur matérielle ou les rectifications d'office d'erreur matérielle par le Conseil constitutionnel⁸.

■ 1. Article 1351 du Code civil (art. 1355 à compter du 1^{er} octobre 2016) : « L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité ».

■ 2. CC 87-1026 AN, 23 octobre 1987, JO 27 octobre 1987, p. 12508 ; CC 88-1126 AN, 6 décembre 1988, JO 8 décembre 1988, p. 15387 ; CC 88-1127 AN, 20 avril 1989, JO 23 avril 1989, p. 5245 ; CC 95-74 PDR, 9 avril 1995, JO 11 avril 1995, p. 5709.

■ 3. CC 88-244 DC, 20 juillet 1988, R. p. 119.

■ 4. CC 2000-429 DC, 30 mai 2000, JO 7 juin 2000, p. 8564.

■ 5. En ce sens, CC 92-312 DC, 2 septembre 1992, JO 3 septembre 1992, p. 12095 à propos du traité de Maastricht ; CC 97-394 DC, 31 décembre, JO 3 janvier 1998, p. 165 à propos du traité d'Amsterdam.

■ 6. V. par ex. T.-S. RENOUX, « Autorité de chose jugée ou autorité de la Constitution ? », Mélanges P. PACTET, Dalloz, 2003, p. 835 ; V. BACQUET-BRÉHANT, *L'article 62, alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958. Contribution à l'étude de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2005 ; M. DISANT, *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2009 ; B. MATHIEU et M. VERPEAUX (dir.), *L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2010 ; X. MAGNON, « Sur un pont-aux-ânes ? L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel, pour une distinction entre « autorité » et « force » de chose jugée », *RFDA*, 2013, p. 859.

■ 7. CC 2014-417 QPC, 19 septembre 2014, JO 21 septembre 2014, p. 15472 ; CC 2015-504/505 QPC, 4 décembre 2015, JO 6 décembre 2015, p. 22501.

■ 8. Sur le contentieux électoral, cf. J.-E. GICQUEL, « Du recours en rectification d'erreur matérielle devant le Conseil constitutionnel », *LPA*, 20 janvier 1995, p. 11 ; P. JAN, « Les recours ouverts contre les décisions du Conseil constitutionnel » *LPA*, 3 avril 1998, n° 40. En QPC, l'article 13 du règlement intérieur prévoit un tel recours : « Si le Conseil constitutionnel constate qu'une de ses décisions est entachée d'une erreur matérielle, il peut la rectifier d'office, après avoir provoqué les explications des parties et des autorités mentionnées à l'article 1^{er}. Les parties et les autorités mentionnées à l'article 1^{er} peuvent, dans les vingt

Mais dans cette « décision » qui s'impose, quels éléments sont concernés par les dispositions de l'article 62 de la Constitution ? Le dispositif s'impose : au bas de sa décision, le Conseil déclare une disposition conforme, contraire, totalement ou partiellement, ou dit n'y avoir lieu à statuer. Dans le cadre du contrôle *a priori*, la disposition déclarée contraire « ne peut être promulguée ni mise en application » indique l'article 62. En QPC, « une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée » immédiatement, ultérieurement et selon les effets précisés par le Conseil⁹. Au-delà du dispositif, l'autorité que l'article 62 de la Constitution confère aux décisions du Conseil constitutionnel s'étend aux motifs qui sont le complément logique et indispensable du dispositif. En effet, depuis une décision du 16 janvier 1962¹⁰, le Conseil juge « que l'autorité des décisions visées par cette disposition s'attache non seulement à leur dispositif mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire et en constituent le fondement même ».

401 Réserve d'interprétation. L'autorité de l'article 62 de la Constitution s'applique-t-elle de la même manière aux interprétations neutralisantes, constructives ou directives des lois qui permettent au Conseil de prononcer des décisions de conformité « sous réserves » ? Certainement, dès lors que les interprétations par lesquelles le Conseil prive une partie de loi de ses effets juridiques, complète certaines de ses dispositions ou précise les modalités de son application, ne sont jamais des motifs surabondants ou inutiles ; ce sont toujours des motifs qui constituent le fondement même du dispositif ; sans ces interprétations, insiste régulièrement le Conseil, la loi ne pourrait être considérée conforme à la Constitution. La dépendance logique du contenu de la sentence et des interprétations qui la motivent implique donc que ces dernières aient la même autorité que le dispositif et s'imposent ainsi avec la même force aux pouvoirs publics et aux juridictions. D'ailleurs, pour dissiper les doutes sur l'autorité réelle de ces interprétations et mieux assurer leur respect, le Conseil en fait mention, depuis la décision des 10-11 octobre 1984, directement dans le dispositif. Après quelques fluctuations¹¹, la formule constante aujourd'hui employée en DC comme en QPC est : « sous la réserve énoncée au considérant... » la disposition contestée est « conforme à la Constitution ».

L'inclusion des réserves dans le champ de l'article 62 de la Constitution a progressivement été acceptée par les juridictions judiciaires et administratives. Concluant sur l'arrêt du Conseil d'État du 11 mars 1994, *SA La Cinq*, le commissaire du gouvernement, Patrick Frydman, justifiait cette solution en observant que dès lors que « les réserves émises constituent le soutien nécessaire à la déclaration

jours de la publication de la décision au *Journal officiel*, saisir le Conseil constitutionnel d'une demande en rectification d'erreur matérielle d'une de ses décisions ». En ce sens, v. CC 2012-284R QPC, 27 décembre 2012, JO 29 décembre 2012, p. 20838 ; CC 2013-357R QPC, 29 décembre, JO 1er janvier 2014, p. 33 ; CC 2015-491R QPC, 11 décembre 2015, JO 13 décembre 2015, p. 23055.

■ 9. Sur l'ensemble de cette question V. « Les différentes décisions du Conseil constitutionnel », *supra* n° 375 et s.

■ 10. CC 62-18 L, 16 janvier 1963, *R.*, p. 31.

■ 11. Dans trois décisions, le Conseil avait employé l'expression « sous les strictes réserves... », CC 84-181 DC, 10-11 octobre 1984, *R.* p. 78 ; CC 86-207 DC, 26 juin 1986, JO 27 juin 1986, p. 7978 ; CC 86-208 DC, 2 juillet 1996, *R.* p. 78.

de conformité du texte et s'incorporent en quelque sorte à celui-ci, toute interprétation contraire à ces réserves [a], par hypothèse, pour effet de le rendre inconstitutionnel »¹². Ainsi, dans une ordonnance Anfian du 26 juin 2006, le Conseil d'État considère que « pour l'application et l'interprétation d'une loi, aussi bien les autorités administratives que le juge, sont liés par les réserves d'interprétation énoncées par le Conseil constitutionnel dans sa décision statuant sur la conformité de cette loi à la Constitution »¹³. Sans le dire aussi clairement, la Cour de cassation adhère à cette position jurisprudentielle¹⁴. Depuis l'avènement de la QPC, l'autorité accordée par le juge administratif aux réserves d'interprétation s'est confirmée¹⁵. Quand la pédagogie juridictionnelle rencontre l'*imperatoria brevitatis*, l'autorité des réserves d'interprétation en ressort même affirmée : le Conseil d'État affirme le 15 mai 2013 que « les réserves d'interprétation dont une décision du Conseil constitutionnel assortit la déclaration de conformité à la Constitution d'une disposition législative sont revêtues de l'autorité absolue de la chose jugée et lient le juge administratif pour l'application et l'interprétation de cette disposition ; qu'il appartient à celui-ci d'en faire application, le cas échéant, d'office »¹⁶. Outre l'affirmation nette de la possibilité de relever d'office le défaut d'application des réserves, l'assimilation à une autorité « absolue » de chose jugée est inédite. Bien qu'en pratique les réserves d'interprétation soient généralement suivies, la solennité de l'arrêt est destinée aux praticiens et surtout aux juges du fond qui, comme en l'espèce, omettent parfois de compléter le texte de loi par les réserves dont le nombre augmente à la faveur des décisions QPC.

B. L'AUTORITÉ AMBIVALENTE DE LA CHOSE INTERPRÉTÉE

402 Réserves implicites. Régulièrement, le Conseil constitutionnel délivre des interprétations de la loi déferée ou livre des indications sur les garanties constitutionnelles d'un droit ou liberté, mais sans les formuler en tant que réserve d'interprétation rappelée expressément dans le dispositif de la décision¹⁷. Qualifiée d'« interprétation discrète » ou « d'explicitation » de la loi par Régis Fraisse¹⁸, ces réserves implicites peuvent dans certaines hypothèses susciter des interrogations.

Lorsqu'en QPC le Conseil cite et reprend la « jurisprudence constante » du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, l'énoncé d'une authentique réserve se

■ 12. P. FRYDMAN, « Conclusion sur CE, Ass., 11 mars 1994, SA La Cinq », *RFDA*, 1994, p. 429.

■ 13. CE, réf., 26 juin 2006, *Anfian*, n° 294505.

■ 14. Cass. soc. 25 mars 1988, *Dalloz*, 1988, p. 113 ; Cass. Ass. plén., 10 octobre 2001, *Breisacher*, *RFDC*, 2002, p. n° 49, p. 51, concl. R. DE GOUTTES.

■ 15. Voir par exemple CE 26 mars 2012, *Dana*, n° 340466.

■ 16. CE 15 mai 2013, *Cne de Gurmençon*, n° 340554.

■ 17. V. A. VIALA, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 1999 ; F. MODERNE, « La déclaration de conformité sous réserve », in L. FAVOREU (dir.), *Le Conseil constitutionnel et les partis politiques*, Economica-PUAM, 1988, p. 93.

■ 18. R. FRAISSE, « QPC et interprétation de la loi », *LPA*, 5 mai 2011, n° 89, p. 5. V. également M. DISANT, *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité*, Lamy, 2011, p. 334.

révèle inutile¹⁹ : rappeler au juge ordinaire sa propre jurisprudence alors que l'application de la loi ne donne pas lieu à difficulté constituerait un excès d'autoritarisme. De même, la qualification d'une mesure en tant que « sanction ayant le caractère de punition » n'a pas besoin d'être formulée en tant que réserve d'interprétation.

En revanche, lorsque l'interprétation délivrée par le Conseil constitutionnel est inédite et n'est pas reprise sous la forme d'une réserve d'interprétation, le défaut d'autorité de l'affirmation constitutionnelle nuit à l'effectivité des droits et libertés constitutionnels. Car tout dépend du choix du juge ordinaire de mettre en œuvre la chose interprétée. Par exemple, dans la décision du 22 décembre 2015²⁰ rendue à propos des assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence, le Conseil constitutionnel adresse un vœu constitutionnel au juge administratif. La mesure d'assignation à résidence, sa durée, ses conditions d'application et les obligations complémentaires dont elle peut être assortie « doivent être justifiées et proportionnées aux raisons ayant motivé la mesure dans les circonstances particulières ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence » et le juge administratif est chargé de s'assurer que cette mesure est « adaptée, nécessaire et proportionnée à la finalité qu'elle poursuit ». Le commentaire officiel de la décision revendique un rehaussement du niveau de contrôle du juge administratif en sollicitant l'application d'un triple test de proportionnalité. Mais faute d'être exprimée sous la forme d'une réserve d'interprétation reprise dans le dispositif, l'autorité de l'affirmation est laissée à l'appréciation du juge administratif alors même que l'enjeu en termes de droits et libertés est incontestable et que l'interprétation délivrée est inédite. De même, dans les deux décisions du 19 février 2016²¹ relatives aux perquisitions, saisies administratives et la police des réunions et des lieux publics dans le cadre de l'état d'urgence, le Conseil constitutionnel se contente de renvoyer à une préconisation, pour ne pas dire une espérance, selon laquelle « le juge administratif est chargé de s'assurer que chacune de ces mesures est adaptée, nécessaire et proportionnée à la finalité qu'elle poursuit ».

403 Les limites classiques de la chose jugée. L'autorité de chose jugée obligatoirement suivie s'étend seulement au dispositif et aux motifs qui en sont le soutien nécessaire. En dehors de ce strict champ, tout ce que le Conseil dira du régime d'un droit ou d'une liberté, de la qualification d'une situation juridique par exemple, ne sera pas revêtu de l'autorité de chose jugée.

Surtout, l'autorité de l'article 62 a pendant longtemps été restreinte au seul texte objet de la décision du Conseil constitutionnel²². Ainsi, au-delà de l'autorité attachée à l'examen d'une disposition législative particulière, l'article 62 de la Constitution ne serait source d'aucune obligation. Sur ce point, comme sur d'autres, le Conseil constitutionnel n'est pas en situation d'imposer unilatéralement sa propre conception : en l'absence de relation organique et hiérarchique claire, le respect des

■ 19. V. par ex. CC, 2011-210 QPC, 13 janvier 2012, JO 14 janvier 2012, p. 753 ; CC, 2013-301 QPC, 5 avril 2013, JO 7 avril 2013, p. 5798 ; CC 243/244/245/246 QPC, 14 mai 2012, JO 15 mai 2012, p. 9097 ; CC, 2012-288 QPC, 17 janvier 2013, JO 18 janvier 2013, p. 1293.

■ 20. CC 2015-527 QPC, 22 décembre 2015, JO 26 décembre 2015, p. 24084.

■ 21. CC 2016-535 QPC et 2016-536 QPC, 19 février 2016, JO 21 février 2016, textes n° 26 et n° 27.

■ 22. CC 88-244 DC, 20 juillet 1988, JO 21 juillet 1988, p. 9448.

décisions du Conseil constitutionnel ne peut s'organiser qu'autour d'un consensus fondé sur « un principe d'exécution volontaire »²³, puisque le « juge ordinaire a la maîtrise pratique de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel »²⁴. Par une formule solennelle dégagée dans l'affaire sensible du statut pénal du chef de l'État, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation affirmait le 10 octobre 2001 que « si l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel s'attache non seulement au dispositif, mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire, ces décisions ne s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives et juridictionnelles qu'en ce qui concerne le texte soumis à l'examen du Conseil »²⁵. Au-delà de ce périmètre juridique, la Cour de cassation et le Conseil d'État refusaient de faire application de l'article 62 de la Constitution. En dépit des sollicitations doctrinales²⁶, la « chose interprétée » par le Conseil constitutionnel était donc revêtue d'une autorité simplement « persuasive »²⁷, variable selon sa force argumentative intrinsèque²⁸. Certes, les hypothèses d'influence implicite ou explicite d'une décision du Conseil constitutionnel sont fréquentes, mais il s'agit d'un choix du juge ordinaire qui n'est pas imposé sur le plan normatif. Par exemple, dans l'affaire *Lesourd*, le Conseil d'État refuse de s'estimer lié, en droit, par une réserve d'interprétation émise par le Conseil constitutionnel à propos d'une autre disposition législative pourtant rédigée dans des termes équivalents, tout en adoptant une interprétation de la loi conforme à celle adoptée par le Conseil constitutionnel²⁹.

L'ensemble de ces prises de position jurisprudentielles sont sur le point d'être renversées sous l'effet d'une lecture renouvelée de l'article 62 de la Constitution.

§ 2. LA PORTÉE RENOUVELÉE DE L'ARTICLE 62 DE LA CONSTITUTION

404

Depuis la fin de l'année 2013, le Conseil constitutionnel a multiplié les initiatives contentieuses visant à rehausser la portée de l'article 62 de la Constitution. Signe d'un volontarisme évident et d'une nouvelle forme de pédagogie juridictionnelle, une communication efficace a accompagné ce renouvellement normatif, en amont avec une contribution annonciatrice du secrétaire général

■ 23. V. BACQUET-BREHANT, *L'article 62, alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958. Contribution à l'étude de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2005, p. 330.

■ 24. D. DE BÉCHILLON, N. MOLFESSIS, « Le Conseil constitutionnel et les diverses branches du droit. Propos introductifs », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 16, 2004, p. 99. Signalons cependant l'hypothèse particulière de la décision 2004-506 DC du 2 décembre 2004 qui s'assure du respect par le législateur d'une réserve d'interprétation émise dans la décision 2003-473 DC du 26 juin 2003 et appliquée par le Conseil d'État dans un arrêt *Sueur* du 29 octobre 2004 (*AJDA*, 2004, p. 2383, chronique C. LANDAIS, F. LENICA).

■ 25. Cass. Ass. plén., 10 octobre 2001, *Breisacher*, *RFDC*, 2002, p. n° 49, p. 51, concl. R. DE GOUTTES.

■ 26. V. Par ex. B. MATHIEU, « Pour une reconnaissance de l'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel », *Dalloz*, 2003, p. 1507.

■ 27. B. GENEVOIS, « Observations complémentaires », *RFDA*, 1999, p. 721.

■ 28. O. DESAULNAY, « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel vue par la Cour de cassation », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 30, 2011, p. 30.

■ 29. CE 22 juin 2007, *Lesourd*, n° 288206 ; CC 2001-455 DC, 12 janvier 2002, *R.* p. 49.

du Conseil constitutionnel aux *Cahiers du Conseil constitutionnel*³⁰, en aval grâce à la cérémonie traditionnelle des vœux³¹ ainsi qu'un document « À la Une » mis en ligne sur le site Internet de l'institution³². Bien que le bilan d'une jurisprudence récente soit nécessairement prudent et provisoire, une ligne directrice ressort : désormais, l'autorité que l'article 62 de la Constitution confère aux décisions du Conseil constitutionnel s'étend au-delà du seul texte dont est saisi le Conseil constitutionnel. Une telle rupture recèle un potentiel évident et a d'ores et déjà produit des effets dans deux hypothèses : les censures prononcées dans le cadre de la jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie* (A) et l'extension de l'autorité de chose jugée aux dispositions dont l'objet est analogue à une disposition déclarée contraire à la Constitution (B).

A. L'AUTORITÉ RECONNUE DES CENSURES « NÉO-CALÉDONIENNES »

405 En vertu de la jurisprudence dite *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie*, initiée dans une décision du 25 janvier 1985³³, le Conseil constitutionnel estime dans le cadre du contrôle *a priori* que « la conformité à la Constitution d'une loi déjà promulguée peut être appréciée à l'occasion de l'examen des dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine ». Or, en termes d'autorité, cette nouvelle politique jurisprudentielle soulevait un problème délicat. Dans l'hypothèse où le Conseil déclare une loi promulguée contraire à la Constitution, la loi nouvelle qui la modifiait, la complétait ou affectait son domaine sera elle-même déclarée inconstitutionnelle. Elle ne sera donc pas promulguée. Mais quelle sera la situation de la loi ancienne déclarée non conforme ? Elle est promulguée, elle existe et le Conseil n'a le pouvoir d'agir ni sur l'une ni sur l'autre de ces réalités. Autrement dit, pouvaient continuer d'exister dans l'ordre juridique des lois déclarées contraires à la Constitution !

Pour la première fois, le Conseil a censuré, dans sa décision du 15 mars 1999³⁴, une disposition d'une loi promulguée en 1985 : en l'espèce, la peine automatique d'inéligibilité d'au moins cinq ans pour toute personne déclarée en faillite qu'il a déclarée contraire au principe de la nécessité des peines. Le législateur a donc abrogé la disposition litigieuse par l'ordonnance du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du Code de commerce³⁵. En réponse à une doctrine divisée, un arrêt inédit et isolé d'une cour d'appel avait écarté l'application des dispositions de la loi de 1985 sur le seul fondement de la décision n° 99-410 DC, avant que la

■ 30. M. GUILLAUME, « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel : vers de nouveaux équilibres ? », CCC, n° 30, 2011, p. 49.

■ 31. Cérémonie des vœux du 6 janvier 2014, disponible sur www.conseil-constitutionnel.fr

■ 32. « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel », A la Une, janvier 2014, disponible sur www.conseil-constitutionnel.fr.

■ 33. CC 85-187 DC, 25 janvier 1985, R. p. 43. Sur l'ensemble de cette question, V. *supra*, n° 130 et s.

■ 34. CC 99-410 DC, 15 mars 1999, R. p. 51.

■ 35. Ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du Code de commerce, JO 21 septembre 2000, p. 14783.

disposition litigieuse soit abrogée par l'ordonnance du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du Code de commerce³⁶.

406 La controverse sur l'effet des censures « néo-calédoniennes » fut relancée par la nouvelle pratique du Conseil constitutionnel qui, à compter de 2012, reprend dans le dispositif les déclarations d'inconstitutionnalité de la loi promulguée. Autre originalité, le Conseil émet des réserves d'interprétation sur les dispositions législatives promulguées, réserves également reprises dans le dispositif, à l'image de la question de l'agrément en vue de l'adoption de l'enfant dans la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe³⁷. De manière particulièrement constructive, certainement sous l'effet de la QPC, le Conseil constitutionnel s'est également octroyé le pouvoir de moduler dans le temps les effets d'une décision « néo-calédonienne » : dans la décision du 13 juin 2013, par exemple, la déclaration d'inconstitutionnalité d'une disposition en vigueur du Code de la sécurité sociale « n'est toutefois pas applicable aux contrats pris sur ce fondement, en cours lors de cette publication, et liant les entreprises à celles qui sont régies par le Code des assurances aux institutions relevant du titre III du Code de la sécurité sociale et aux mutuelles relevant du code de la mutualité »³⁸.

407 La consécration de l'effectivité du contrôle *a priori* des lois promulguées est officialisée par la décision *Allianz* du 18 octobre 2013. Saisi en QPC d'une disposition qui avait été déclarée contraire à la Constitution en DC le 13 juin 2013, le Conseil rappelle les motifs et le dispositif de sa décision antérieure et conclut « qu'il suit de là qu'à compter de la date de [la] publication [de la décision], soit le 16 juin 2013, l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale ne peut plus être appliqué »³⁹. Par un effet neutralisant immédiat, ou différé selon les modalités prévues par le Conseil constitutionnel, le contrôle de la loi promulguée acquiert officiellement une réelle portée.

Désormais, sur le fondement de l'article 62 de la Constitution, les autorités administratives et juridictionnelles doivent écarter l'application d'une loi promulguée en raison de la contrariété à la Constitution constatée dans le cadre du contrôle de l'article 61, en dehors donc de la procédure spéciale de la QPC. Renversant sur le plan des principes, ce mécanisme rompt avec la lecture stricte de l'article 62 par le Conseil d'État et la Cour de cassation. D'autant que l'utilisation intensive et active de la jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie* depuis 2012, avec une autorité désormais acquise bien que la Cour de cassation ne se soit pas encore prononcée, démontre une fois de plus l'effet désinhibant de la QPC sur le Conseil constitutionnel. Loin des funestes prédictions de désuétude, la jurisprudence « État d'urgence en Nouvelle-Calédonie » prend à présent son réel envol, comme si le Conseil cherchait à compenser le ralentissement de l'afflux des QPC qui se tasse autour de 70 affaires annuelles. Pour autant, en transformant le contrôle

■ 36. J. BONNET, « L'amorce d'une « véritable révolution juridique » : la réponse du juge ordinaire et du Parlement à la censure par le Conseil constitutionnel d'une loi promulguée », *RFDA*, 2005, p. 1049

■ 37. CC 2013-669 DC, 17 mai 2013, JO 18 mai 2013, p. 8281.

■ 38. CC 2013-672 DC, 13 juin 2013, JO 16 juin 2013, p. 9976.

■ 39. CC 2013-349 QPC, 18 octobre 2013, *Constitutions*, n° 2013-4, p. 574, note A. VIALA ; AJDA, 2014, p. 467, note J. BONNET ; *RFDC*, n° 97, 2014, p. 157, note M. DISANT ; *RFDA*, 2014, p. 364, note P. AZOUAOU.

a priori en un contrôle *a posteriori* par procuration, le Conseil constitutionnel n'a pas dissipé toutes les zones d'ombre. L'intégration des réserves d'interprétation de type « néo-calédonienne » à ce mouvement ne devrait pas poser de difficultés. En revanche, la dévitalisation normative de la loi, déclarée contraire à la Constitution dans le cadre du contrôle de l'article 61, pose problème car elle restera formellement inscrite dans le droit. Illisible pour le justiciable et le praticien, la survivance d'un tel fantôme juridique appelle une prompt réaction du Parlement, à défaut pour le Conseil constitutionnel d'avoir accepté d'en constater l'abrogation.

B. L'AUTORITÉ NOUVELLE DES INCONSTITUTIONNALITÉS PAR ANALOGIE D'OBJET

408 Un contrôle réactivé. L'extension de l'autorité des décisions aux dispositions dont l'objet est « analogue » à celui de dispositions déclarées contraires est une résurgence du passé. En dépit d'une consécration dans une décision du 8 juillet 1989⁴⁰, suivie d'aucune application ultérieure, la véritable naissance du considérant de principe sur le contrôle de l'objet analogue découle d'une décision du 19 décembre 2013⁴¹. Désormais, la règle selon laquelle « l'autorité attachée à une décision du Conseil constitutionnel déclarant inconstitutionnelles des dispositions d'une loi ne peut être utilement invoquée à l'encontre d'une autre loi conçue en termes distincts » est un « principe ». À ce principe, le Conseil ajoute une exception notable : « il n'en va pas ainsi lorsque les dispositions de cette loi, bien que rédigées sous une forme différente, ont, en substance, un objet analogue à celui des dispositions législatives déclarées contraires à la Constitution ». L'autorité de chose jugée dépasse à présent le seul texte objet de la saisine du Conseil constitutionnel et s'étend à toutes dispositions, en vigueur ou nouvellement votées, dont l'objet, le contenu, est « analogue » à celui des dispositions préalablement censurées.

Dans le contrôle *a priori* comme dans le contrôle *a posteriori*, le Conseil constitutionnel a récemment exercé le contrôle de l'objet analogue. Dès lors que l'analogie d'objet est retenue, l'inconstitutionnalité de la disposition législative est mécaniquement constatée⁴². Lorsque l'analogie d'objet n'est pas retenue, le Conseil constitutionnel examine les autres griefs soulevés à l'encontre du texte et peut le déclarer conforme⁴³ ou contraire à la Constitution, notamment en matière fiscale où le Conseil a censuré en DC comme en QPC deux violations du principe d'égalité devant les charges publiques⁴⁴. À l'avenir, il est envisageable que la portée de

■ 40. CC 89-258 DC, 8 juillet 1989, JO 11 juillet 1989, p. 8734. Il convient de relever la concomitance de la date de la décision avec l'annonce imminente, le 14 juillet 1989, par le Président de la République du dépôt d'un projet de loi constitutionnelle visant à instaurer une saisine du Conseil constitutionnel par les justiciables.

■ 41. CC 2013-682 DC, 19 décembre 2013, JO 24 décembre 2013, p. 21069.

■ 42. CC 2013-685 DC, 29 décembre 2013, JO 30 décembre 2013, p. 22188.

■ 43. CC 2015-504/505 QPC, 4 décembre 2015, JO 6 décembre 2015, p. 22501, NCCC, n° 51, 2016, p. 85, chron. J. BONNET et A. ROBLLOT-TROIZIER ; CC 2015-726 DC, 29 décembre 2015, JO, 30 décembre 2015, p. 24775.

■ 44. CC 2013-682 DC, 19 décembre 2013, JO 24 décembre 2013, p. 21069 et CC 2014-417 QPC, 19 septembre 2014, JO 21 septembre 2014, p. 15472.

l'article 62 de la Constitution s'étend aux dispositions analogues à celles déclarées conformes sous réserve. Dès lors que l'objectif est d'assurer le respect de la Constitution et l'effectivité des droits et libertés constitutionnels par-delà le seul texte législatif objet d'une décision en particulier, l'intégration des réserves d'interprétation dans le contrôle de l'objet analogue semble évident.

409 Conception stricte de l'analogie d'objet. Lors de l'examen de l'analogie d'objet entre la disposition contrôlée et celle déclarée contraire à la Constitution dans une décision précédente, le Conseil constitutionnel adopte une approche stricte. Du moins pour l'instant. Dans l'affaire *Red Bull*, le Conseil constitutionnel était saisi de la taxe sur les boissons énergisantes instaurée par la loi de financement de la sécurité sociale pour 2014, dont les termes étaient particulièrement proches de ceux de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2013 que le Conseil constitutionnel avait censurés⁴⁵. Il s'agissait donc de la même taxe sur les boissons énergisantes, la seule évolution depuis la version censurée par le Conseil constitutionnel était l'objectif poursuivi par le législateur : lutte contre la consommation alcoolique des jeunes dans la première loi, lutte contre la consommation excessive de caféine par les jeunes dans la seconde loi. Pour ce seul motif lié à la différence d'objectif poursuivi, la décision du 19 septembre 2014⁴⁶ ne retient pas l'analogie d'objet et l'application de l'article 62, tout en censurant tout de même cette disposition sur le fondement de l'égalité devant les charges publiques.

Une telle conception stricte et casuistique de l'analogie d'objet entre deux dispositions législatives⁴⁷ peut surprendre si l'on considère que le Conseil constitutionnel n'a pas d'autres intérêts que celui d'étendre son influence. Du point de vue du Conseil constitutionnel, il n'y a en réalité aucun paradoxe au regard des intérêts institutionnels en présence. En effet, si l'« objet analogue » était synonyme d'objet vaguement semblable, l'article 62 serait opposable dans d'innombrables cas et le législateur serait paralysé dans ses initiatives, tant sur le plan juridique que politique. Interprétée et surtout appliquée avec trop de rigueur, l'autorité de la chose jugée risquerait de figer non seulement la jurisprudence, mais encore la Constitution à un moment donné de son développement. Or la Constitution est un acte vivant qui, pour s'enrichir, a besoin d'un dialogue permanent : le législateur doit pouvoir reprendre, quelques années après, des dispositions qui ont été jugées non conformes ; le Conseil doit savoir ne pas se réfugier toujours derrière l'autorité de la chose jugée, et accepter de reprendre son examen, voire de déclarer conforme ce qu'il avait jugé, un moment, contraire à la Constitution. L'approche stricte de l'analogie d'objet constitue donc une voie médiane et prudente, évitant au Conseil constitutionnel de subir l'accusation de gouvernement des juges. Dans sa relation avec le Conseil d'État et la Cour de cassation, le Conseil constitutionnel a tout intérêt, de son point de vue, à laisser planer le doute sur la présence d'une analogie d'objet afin de ne pas tarir les renvois de QPC. À défaut, une forme pragmatique et diffuse de contrôle de constitutionnalité des lois, exercé sur le fondement de

■ 45. CC 2012-659 DC, 13 décembre 2012, JO 18 décembre 2012, p. 19861.

■ 46. CC 2014-417 QPC, 19 septembre 2014, JO 21 septembre 2014, p. 15472.

■ 47. Dans le même sens, CC 2015-504/505 QPC, 4 décembre 2015, JO 6 décembre 2015, p. 22501 ; CC 2015-726 DC, 29 décembre 2015, JO, 30 décembre 2015, p. 24775.

l'article 62 de la Constitution, pourrait émerger. En usant de leur pouvoir d'interprétation, l'ensemble des juridictions pourraient en effet neutraliser elles-mêmes l'application d'une loi, en s'inspirant plus ou moins fidèlement d'une motivation du Conseil constitutionnel qui serait appliquée à une disposition législative dont l'objet est vaguement équivalent à une disposition déclarée contraire.

410 Incidence sur le juge ordinaire. Dans l'attente d'une prise de position de la Cour de cassation, le Conseil d'État a d'ores et déjà intégré la portée nouvelle de l'article 62 de la Constitution. Tout en se ménageant une certaine marge de manœuvre.

D'une part, le Conseil d'État peut désormais « constater » l'application de l'article 62 de la Constitution à une disposition strictement identique à une disposition déclarée contraire à la Constitution, sans qu'il soit besoin de renvoyer une QPC au Conseil constitutionnel. L'application de la loi promulguée est neutralisée, elle ne reçoit plus d'application. Dans l'arrêt *Société Métropole Télévision* du 16 janvier 2015⁴⁸, il estime ainsi qu'une déclaration d'inconstitutionnalité prononcée par une décision 6 février 2014⁴⁹ « doit être regardée comme s'appliquant également aux dispositions identiques, dans leur substance et dans leur rédaction ». Face à la réplique législative d'une disposition déclarée contraire, la QPC est sans objet et le juge saisi d'un litige aurait dû simplement « constater » l'application de l'article 62 « sans qu'il y ait lieu [pour le Conseil d'État] de saisir le Conseil constitutionnel d'une nouvelle question prioritaire de constitutionnalité ». Une telle lecture de l'article 62 de la Constitution doit être approuvée, ne serait-ce que pour des raisons de bonne administration de la justice qui rendent inutile le renvoi au Conseil constitutionnel d'une disposition strictement identique à une disposition récemment déclarée non-conforme. Il s'agit cependant d'une réelle évolution sur le plan des principes, au regard du refus classique du Conseil d'État et de la Cour de cassation d'étendre l'effet de l'article 62 de la Constitution au-delà du seul texte objet de la décision du Conseil constitutionnel. D'ailleurs, dans un scénario similaire, il est vrai antérieur à la nouvelle interprétation de l'article 62 de la Constitution, la Cour de cassation avait jugé utile de renvoyer au Conseil constitutionnel une disposition du Code pénal relative à la définition du délit d'atteintes sexuelles incestueuses qui était identique à une disposition abrogée par le Conseil constitutionnel⁵⁰.

D'autre part, le Conseil d'État renvoie au Conseil constitutionnel des QPC sur le fondement de l'article 62 de la Constitution, en justifiant le sérieux de la question par la violation éventuelle de l'autorité de la chose jugée par le Conseil constitutionnel. La formulation adoptée par le Conseil d'État reste cependant fluctuante. Dans l'affaire *Red Bull*, le renvoi est justifié en ce que la disposition contestée est rédigée « dans des termes voisins de ceux de la précédente loi »⁵¹, le Conseil d'État semblant s'attacher à un critère formel ; dans un arrêt du 25 septembre 2015, le

■ 48. CE 16 janvier 2015, *Société Métropole Télévision*, n° 386031, *AJDA*, 2015, p. 1043, note V. BARBÉ ; *RFDA*, 2015, p. 608, chron. A. ROBLOT-TROIZIER ; *Constitutions* 2015 p. 229, note M. DISANT.

■ 49. CC 2013-362 QPC, 6 février 2014, JO 9 février 2014, p. 2386.

■ 50. Comp. CC 2011-163 QPC, 16 septembre 2011, JO, 17 septembre 2011, p. 15600 et CC 2011-222 QPC, 17 février 2012, JO, 18 février 2012, p. 2846.

■ 51. CE 2 juillet 2014, n° 377207.

Conseil d'État motive le sérieux de la QPC sur « l'autorité de chose jugée qui s'attache, en vertu de l'article 62 de la Constitution, à la décision du Conseil constitutionnel n° 2010-93 QPC du 4 février 2011 »⁵² ainsi que sur le principe d'égalité devant la loi, formule plus neutre qui permet de préserver l'avenir. En toute hypothèse, l'article 62 de la Constitution est bel et bien un grief susceptible de justifier le renvoi d'une QPC, comme le confirme le Conseil lorsqu'il examine « le grief tiré de la violation de l'autorité de la chose jugée par le Conseil constitutionnel » dans les décisions QPC du 19 septembre 2014⁵³ et du 4 décembre 2015⁵⁴. La notion de droits et libertés constitutionnels au sens de l'article 61-1 de la Constitution s'enrichit d'une notion périphérique qui ouvre une nouvelle voie d'accès au Conseil constitutionnel, tout en prédéterminant l'appréciation du caractère sérieux, puisqu'il revient seulement au juge du filtrage de vérifier l'analogie d'objet, la proximité des termes de la loi avec les dispositions déclarés contraires. Habilement, le Conseil constitutionnel accroît l'emprise de sa jurisprudence et diminue le risque de bouchonnage du filtre en imposant, au nom de l'article 62 de la Constitution, le renvoi de toute question de ce type.

SECTION II | L'EFFECTIVITÉ DES DÉCISIONS

411 Globalement, les décisions du Conseil constitutionnel sont suivies d'effet, elles sont respectées par le pouvoir politique (§1) comme par les partenaires juridictionnels (§2).

§ 1. | L'AUTORITÉ À L'ÉGARD DU POUVOIR POLITIQUE

412 Les pouvoirs exécutif et législatif reconnaissent l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel et les exécutent lorsque c'est nécessaire (A). Seul le pouvoir constituant est exonéré du respect de l'autorité des décisions du Conseil (B).

A. | LE RESPECT GÉNÉRAL DES DÉCISIONS PAR LES POUVOIRS PUBLICS

413 Dans le contrôle *a priori*, et parfois même dans le contrôle *a posteriori*, le Conseil rend ses décisions dans un climat politique tellement passionné que leur exécution paraît, *a priori*, impossible ou à tout le moins compromise : « jamais les grands courants de réforme ne se sont laissés arrêter par une Cour suprême quelle

■ 52. CE 25 septembre 2015, n° 391331 et n° 392164.

■ 53. CC 2014-417 QPC, 19 septembre 2014, JO 21 septembre 2014, p. 15472.

■ 54. CC 2015-504/505 QPC, 4 décembre 2015, JO 6 décembre 2015, p. 22501.

qu'elle soit », proclame Lionel Jospin, au moment de la discussion de la loi de nationalisation⁵⁵ ; « le pouvoir discrétionnaire du Conseil est une anomalie », proteste Albin Chalandon, à la veille des décisions sur l'audiovisuel et les conditions d'entrée et de séjour des étrangers⁵⁶ ; « le Conseil va à l'encontre de la volonté exprimée par le suffrage universel et les représentants du peuple », condamne le Parti communiste⁵⁷ ; « le Conseil constitutionnel a de plus en plus tendance à vouloir faire la loi en lieu et place du Parlement », s'exclame Patrick Devedjian après la censure de la taxe carbone⁵⁸.

Et pourtant, malgré ces mises en garde et ces critiques, les pouvoirs publics s'inclinent devant les décisions du Conseil : le Parlement ne s'est jamais aventuré à adopter en termes identiques un texte que le Conseil venait de censurer et le Président de la République n'a jamais promulgué une loi invalidée. La tentation a été forte en février 2008 lorsque, après la censure partielle rendant inapplicable avant vingt-cinq ans la loi créant la rétention de sûreté⁵⁹, le président Nicolas Sarkozy a demandé au Premier président de la Cour de cassation de réfléchir aux moyens permettant cependant d'appliquer la loi immédiatement. Démarche inédite, peu respectueuse des institutions et à laquelle le Premier président a répondu avec une belle intelligence, c'est-à-dire dans le respect de la décision du Conseil.

414 Exécution « préventive ». L'exécutif, et en particulier le gouvernement, a même une conception large du respect des décisions du Conseil, puisqu'il invite les ministres à prendre en compte leur contenu dans l'élaboration des projets de loi. « Je vous demande, écrit dès sa prise de fonction Michel Rocard à ses ministres, de faire étudier attentivement par vos services les questions de constitutionnalité que pourrait soulever un texte en cours d'élaboration » car « il convient de tout faire pour déceler et éliminer les risques d'inconstitutionnalité susceptibles d'entacher les projets de loi, les amendements et propositions de loi... même, précise le Premier ministre, dans les hypothèses où une saisine du Conseil constitutionnel est peu vraisemblable »⁶⁰. De même, lors de sa prise de fonction en tant que Premier ministre, Manuel Valls rappelait à ses ministres dans une circulaire que « le risque d'inconstitutionnalité doit s'anticiper et s'évaluer », « il doit être pris en compte tout au long de la procédure parlementaire »⁶¹. Il arrive cependant que l'administration tente de contourner l'autorité d'une décision du Conseil constitutionnel. Mais sans possibilité de réussite, le juge administratif pouvant annuler les actes administratifs adoptés en violation de l'article 62 de la Constitution. Ainsi, le Conseil d'État annule dans un arrêt du 20 décembre 2013 une circulaire refusant de tirer les conséquences de la censure par le Conseil constitutionnel de l'intégration dans l'ISF de plus-values latentes réalisées sur les contrats d'assurance vie⁶².

■ 55. L. JOSPIN, *Le Monde* du 21 octobre 1981.

■ 56. A. CHALANDON, *Le Monde* du 9 août 1986.

■ 57. C. LEDERMAN, *L'Humanité* du 10 juillet 1989.

■ 58. P. DEVEDJIAN, *Le Monde* du 15 mars 2010.

■ 59. CC 2008-562 DC, 21 février 2008, *R.*, p. 89.

■ 60. Circulaire du 27 mai 1988, JO 28 mai 1988, p. 7321.

■ 61. Circulaire du 12 septembre 2014, n° 5735/SG.

■ 62. CE 20 décembre 2013, *AXA France Vie et a.*, n° 371157 ; CC 2012-662 DC, 29 décembre 2012, *R.* p. 724.

La crainte d'une censure de la loi, que ce soit par une saisine en DC ou ultérieurement en QPC, joue également un rôle préventif incitant à la vigilance constitutionnelle lors la rédaction des études d'impact⁶³ et de l'élaboration de la loi au Parlement. L'instauration du mécanisme de la QPC a décuplé la présence et le poids de l'argument constitutionnel dans les débats parlementaires⁶⁴. D'autant que la stratégie de non-saisine du Conseil constitutionnel dans le contrôle *a priori* n'épargne plus à la loi d'être tôt ou tard soumise au contrôle de constitutionnalité⁶⁵.

Cette forme d'exécution « préventive » conduit d'ailleurs à un phénomène jurisprudentiel intéressant : depuis quelques années, les dispositions invalidées par le Conseil sont essentiellement des amendements parlementaires que le gouvernement n'a pas su ou pu, pour des raisons politiques, empêcher et sur la constitutionnalité desquels il a lui-même, pendant la discussion parlementaire, émis les plus extrêmes réserves⁶⁶. La qualité constitutionnelle des textes d'origine gouvernementale se trouve ainsi reconnue et protégée des excès partisans des parlementaires par le Conseil constitutionnel !

Le gouvernement favorise encore l'exécution des décisions du Conseil en édictant de plus en plus souvent des circulaires exposant la jurisprudence constitutionnelle et invitant les responsables administratifs à appliquer la loi dans le respect des interprétations contenues dans les décisions du Conseil⁶⁷. Cette pratique doit être encouragée et généralisée car la bonne exécution des décisions constitutionnelles dépend, au moins en partie, de leur connaissance par ceux qui, à tous les échelons de la hiérarchie administrative, ont à mettre en œuvre les lois contrôlées.

415 Exécution des censures totales et partielles. Les décisions simples sont d'exécution simple : une loi déclarée dans sa totalité contraire à la Constitution n'est pas promulguée ; une loi déclarée dans sa totalité conforme à la Constitution est promulguée. En revanche, lorsque le Conseil prononce des invalidations partielles,

■ 63. M. PHILIP-GAY (dir.), *Les études d'impact accompagnant les projets de loi*, LGDJ, 2012.

■ 64. V. par ex. J. BENETTI, « Les incidences de la question prioritaire de constitutionnalité sur le travail législatif. D'une logique de prévention à une logique de correction des inconstitutionnalités », *Constitutions*, 2011, p. 42 ; G. BERGOUNOUS, « La QPC et la revalorisation du Parlement », *Politeia*, n° 23, 2013, p. 255 ; J. BONNET, « La revalorisation du Parlement et la QPC », *Politeia*, n° 23, 2013, p. 231 ; D. CHAMUSSY, « Le Parlement et la QPC », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 47, 2015, p. 45.

■ 65. V. *supra*, n° 118 et s.

■ 66. Ont ainsi été invalidés l'amendement DAILLY relatif au futur statut de la Nouvelle-Calédonie (CC 87-226 DC, 2 juin 1987, R. p. 34), LAMASSOURE relatif à l'extension de la règle du trentième divisible lors des grèves dans les services publics (CC 87-230 DC, 28 juillet 1987, R. p. 48), DEMAINE relatif à la fixation d'une amende fiscale égale au montant du revenu divulgué (CC 87-237 DC, 30 décembre 1987, R. p. 63), MICHEL, relatif à la réintégration des salariés licenciés pour fautes lourdes (CC 89-258 DC, 8 juillet 1989, R. p. 48), AYRAULT relatif à la dégressivité de la CSG (CC 2015-725 DC du 29 décembre 2015, JO 30 décembre 2015, p. 24763).

■ 67. Voir, par exemple, la circulaire du 21 avril 1988 relative à l'applicabilité des textes législatifs et réglementaires outre-mer, à la consultation des Assemblées locales d'outre-mer et au contreseing des ministres chargés des DOM-TOM, JO 24 avril 1988, p. 5454 ; circulaire du 20 juillet 2010 (NOR IOCA1019440C) relative à l'abrogation de l'article L7 du code électoral ; circulaire du 30 juin 2014 relative aux incidences de la décision du Conseil constitutionnel n° 2013-360 QPC du 9 janvier 2014 relative à la perte de plein droit de la nationalité française, par les femmes, ayant acquis volontairement une nationalité étrangère, BOMJ n° 2014-07 du 31 juillet 2014 ; circulaire du 9 juin 2015 n° DAJ/DPDC/2015/194 relative à la composition des instances ordinales siégeant en formation disciplinaire suite à la décision du Conseil constitutionnel n° 2014-457 QPC du 20 mars 2015.

lorsqu'il censure seulement certaines dispositions législatives sans les juger inséparables de l'ensemble de la loi, la situation devient plus complexe.

Sur la base de l'article 23 de l'ordonnance du 7 novembre 1958⁶⁸, le Conseil, dans sa décision du 23 août 1985⁶⁹, a exposé clairement les deux voies d'exécution des décisions d'invalidations partielles. Le Président de la République peut soit promulguer la loi amputée des dispositions jugées contraires à la Constitution, soit ne pas promulguer la loi et demander au Parlement une « nouvelle lecture » ou une « nouvelle délibération ». Ces deux expressions ont-elles la même signification ? L'opposition de 1985, emmenée par Valéry Giscard d'Estaing et les anciens Premiers ministres gaullistes de la V^e République, ne le pense pas et soutient devant le Conseil que chaque procédure a sa logique propre : la « nouvelle lecture » est réservée par l'article 23 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 aux seuls cas où le Conseil constitutionnel a été saisi, impliquant une seule lecture par chaque Assemblée, interdisant ainsi la navette, la réunion d'une commission mixte paritaire et la possibilité de donner à l'Assemblée nationale le dernier mot, et en cas d'échec oblige en conséquence le Président à promulguer la loi amputée des dispositions censurées ; la « nouvelle délibération » est prévue à l'article 10 de la Constitution pour les cas où le Président ne s'estime pas satisfait de la loi votée, et se déroule conformément aux règles classiques de la procédure législative. En utilisant l'article 10 de la Constitution plutôt que l'article 23 de l'ordonnance, le chef de l'État, conclut l'opposition, commet donc un détournement de procédure afin de pouvoir donner le dernier mot à l'Assemblée nationale où ses partisans sont majoritaires⁷⁰. Le Conseil ne suit pas cette argumentation et considère que les termes « nouvelle lecture » et « nouvelle délibération » ne sauraient être interprétés comme ayant une signification différente, les dispositions de l'article 23 de l'ordonnance n'étant que « des modalités d'application » de l'article 10 de la Constitution ; décision logique dans la mesure où une loi organique ne saurait réduire ou modifier les conditions d'exercice d'un pouvoir que la Constitution, texte supérieur, reconnaît au chef de l'État.

416 Ainsi précisées par le Conseil, les deux voies possibles d'exécution des décisions d'invalidation partielle entraînent des conséquences très différentes⁷¹. Si le

■ 68. Selon cet art. 23, « dans le cas où le Conseil déclare que la loi contient une disposition contraire à la Constitution sans constater en même temps qu'elle est inséparable de l'ensemble de la loi, le Président de la République peut soit promulguer la loi à l'exception de cette disposition, soit demander aux Chambres une nouvelle lecture ».

■ 69. CC 85-197 DC, 23 août 1985, R. p. 70.

■ 70. Le lendemain de la décision du 8 août 1985 invalidant les dispositions de la loi sur la Nouvelle-Calédonie relatives à la répartition des sièges entre les régions, le Président de la République a convoqué le Parlement en session extraordinaire et lui a demandé de procéder à une nouvelle délibération de la loi afin de la rendre conforme aux exigences formulées par le Conseil. Le Président ayant visé à la fois l'art. 10 de la Constitution et l'art. 23 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, l'opposition parlementaire saisit le Conseil au motif qu'il ne pouvait demander que la nouvelle lecture prévue par l'ordonnance.

■ 71. Le choix entre ces deux procédures n'est possible qu'à deux conditions : une invalidation partielle et une déclaration explicite ou implicite de séparabilité. En effet, si les dispositions invalidées sont déclarées inséparables du reste de la loi, le Président n'a plus le choix : il ne peut ni promulguer la loi, ni demander une nouvelle lecture ou délibération ; il doit, le cas échéant, faire déposer par le gouvernement un nouveau projet de loi qui tienne compte de la décision du Conseil. Ainsi, après la décision du 16 janvier 1982 déclarant l'inséparabilité des dispositions censurées, le Conseil des ministres adopte le 20 janvier un nouveau

Président promulgue la loi, la procédure législative est close par cette décision ; et pour substituer de nouvelles dispositions à celles censurées, il faut alors déposer un projet ou une proposition de loi et suivre les différentes étapes d'une nouvelle procédure législative. En revanche, si le Président demande une nouvelle lecture ou délibération, le Conseil considère qu'il ne s'agit pas du vote d'une loi nouvelle, mais d'une phase complémentaire de la procédure législative en cours, résultant du contrôle de constitutionnalité. L'intérêt de cette seconde voie est donc une précieuse économie de temps puisqu'elle évite de tout recommencer : nul besoin de requérir à nouveau la consultation du Conseil d'État, la délibération du Conseil des ministres et, le cas échéant, l'avis des assemblées territoriales des TOM ; la discussion parlementaire reprend là où elle s'était arrêtée au moment de la saisine du Conseil, et intègre, comme seul élément nouveau, la décision d'invalidation de certaines dispositions qui oblige les parlementaires à en adopter de nouvelles pour mettre leur loi en conformité avec la Constitution. L'inconvénient est cependant que la reprise de la discussion de l'ensemble de la loi permet à l'opposition de déposer à nouveau sur chacun des articles – et non uniquement sur ceux censurés par le Conseil – de nombreux amendements qui retardent l'adoption définitive de la loi. Aussi, la première voie est-elle généralement préférée : le Président promulgue, et fait ensuite déposer rapidement un projet de loi court, reprenant seulement les dispositions censurées, accompagnées des modifications demandées par le Conseil⁷² ; ainsi circonscrit, le débat peut aller vite, le gain de temps escompté étant finalement le critère du choix présidentiel entre l'une ou l'autre procédure. Enfin, dans une hypothèse isolée, le Président Jacques Chirac a ouvert une troisième voie : la promulgation-suspension d'une loi partiellement validée. Après que le Conseil constitutionnel a censuré seulement deux dispositions de la loi pour l'égalité des chances, tout en préservant l'essentiel du « Contrat première embauche », le Président promulgue la loi tout en paralysant son effectivité : « en pratique, je demande au gouvernement de veiller à ce qu'aucun contrat ne soit signé »⁷³.

417 Exécution des décisions QPC. Les incidences d'une décision QPC sur le Parlement varient en fonction des effets choisis par le Conseil constitutionnel⁷⁴. En cas d'abrogation immédiate créant un vide juridique problématique, le Parlement doit intervenir en urgence. À la suite de l'abrogation immédiate du délit de harcèlement sexuel⁷⁵, en raison d'une violation du principe de clarté et de précision de la loi pénale, les parlementaires se sont émus de la précipitation imposée par le Conseil constitutionnel. La saisine du Conseil constitutionnel de la nouvelle loi fut envisagée mais rejetée pour des raisons de légitimité institutionnelle : « que resterait-il de la souveraineté du Parlement si [le Parlement] donn[ait] le sentiment de demander

projet de loi de nationalisation, discuté et voté en dernière lecture par l'Assemblée nationale, le 5 février 1982.

■ 72. CC 85-198 DC, 13 décembre 1985, R. p. 78.

■ 73. J. CHIRAC, Elysée, Allocution du 31 mars 2006.

■ 74. Sur la modulation et la précision des effets des décisions, V. *supra*, n° 382 et s.

■ 75. CC, 2012-240 QPC, 4 mai 2012, JO 5 mai 2012, p. 8015 et loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel.

la permission au Conseil constitutionnel ? »⁷⁶ s'interrogea le président de la commission des lois Jean-Jacques Urvoas.

L'agenda parlementaire est également bousculé en cas d'abrogation différée nécessitant l'adoption d'une loi nouvelle dans un délai imparti. Il arrive que le Conseil constitutionnel détermine le contenu de la loi nouvelle en édictant une forme d'injonction au Parlement afin que la loi nouvelle soit applicable aux litiges en cours⁷⁷. Le Conseil se permet ponctuellement de créer une norme de substitution qui s'appliquera tant que la loi nouvelle ne sera pas intervenue, à l'image de l'abrogation de la composition des tribunaux maritimes commerciaux qui, à compter de la date de la décision, « siégeront dans la composition des juridictions pénales de droit commun »⁷⁸. Depuis 2014, le Conseil constitutionnel accompagne les abrogations différées de normes ou réserves transitoires, destinées à rendre davantage effective la censure prononcée⁷⁹. Dans de rares hypothèses, le législateur accuse un retard dans l'adoption d'une loi consécutive à une abrogation différée, ce qui ne manque pas de poser des difficultés de sécurité juridique devant les juridictions chargées de trancher les litiges en cours⁸⁰. Le retard peut être aussi l'œuvre du Congrès de Nouvelle-Calédonie lorsque l'abrogation différée concerne une loi du pays⁸¹.

Pour autant, l'image d'un Parlement écrasé sous le poids de l'exécution des décisions QPC est excessive. Outre le taux de censure raisonnable, le Parlement trouve parfois intérêt à devoir se prononcer sur des réformes retardées, voire bloquées, par l'exécutif, à l'image de la question de la garde à vue. Sous l'effet des abrogations prononcées en QPC affectant l'ordre du jour des assemblées, le Parlement s'affranchit ponctuellement du rythme et la discipline du fait majoritaire qui permet d'ordinaire à l'exécutif de dominer le processus de production de la loi.

B. LE CONTOURNEMENT DES DÉCISIONS PAR LE POUVOIR CONSTITUANT

418 Le principe de l'autorité de la chose jugée par le Conseil ne s'impose évidemment pas au pouvoir constituant⁸². Comme autrefois le roi tenait un lit de justice pour imposer aux Parlements l'enregistrement des ordonnances royales, le pouvoir

■ 76. J.-J. URVOAS, 1^{re} séance du 24 juillet 2012.

■ 77. CC 2010-1 QPC, 28 mai 2010, *R.*, p. 91.

■ 78. CC 2010-2010 QPC 2 juillet 2010, JO 3 juillet 2010, p. 12120. Sur cette question, v. G. DRAGO, « L'influence de la QPC sur le Parlement ou La loi sous la dictée du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, 2011, n° 6.

■ 79. CC2014-400 QPC, 6 juin 2014, JO 8 juin 2014, p. 9674.

■ 80. A propos des suites de la décision CC 2013-343 QPC, 27 septembre 2013, JO 1er octobre 2013, p. 16305, cf. loi n° 2014-1 170 du 13 octobre 2014 ; voir P. DEUMIER, « Les décisions QPC, le retard du législateur, les instances en cours et l'office de la Cour de cassation », *JCP*, G, 30 mars 2015, n° 13, p. 593 et s. Cf. également CE 7 mai 2015, n° 370986 à propos des suites de la décision CC 2014-388 QPC, 11 avril 2014, JO 13 avril 2014, p. 6692.

■ 81. CC 2011-205 QPC, 9 décembre 2011, JO 10 décembre 2011, p. 20991 et art. 1^{er} de la loi du pays n° 2014-8 du 18 février 2014 relative à l'intéressement, JONC 25 février 2014, p. 2023.

■ 82. Evidemment, l'hypothèse du lit de justice ne tient qu'en raison de l'incompétence du Conseil constitutionnel pour contrôler les lois de révisions constitutionnelle : CC 2003-469 DC, 26 mars 2003, *R.* p. 293.

constituant peut être réuni à Versailles pour lever, à la majorité de trois cinquièmes, l'obstacle constitutionnel que le Conseil a opposé au législateur. Théoriquement, la voie du référendum constituant pourrait également être utilisée.

La première application de ce lit de justice moderne fut la révision constitutionnelle du 19 novembre 1993 qui eut pour objet de « permettre la promulgation d'une disposition législative censurée le 13 août 1993 pour le Conseil constitutionnel »⁸³. Le Conseil avait, dans sa décision du 13 août 1993⁸⁴, censuré les dispositions relatives au droit d'asile au motif que ce dernier étant défini par le Préambule de 1946 comme un droit de l'homme emportait l'obligation pour l'État, quelles que soient les garanties prévues par les conventions internationales auxquelles il est partie, d'examiner la demande d'asile et d'accorder en conséquence au demandeur un titre de séjour provisoire. Le gouvernement, avec la complicité du Président de la République, refuse de s'incliner devant la chose jugée et décide de convoquer le pouvoir constituant institué pour lui faire décider que l'asile n'est plus seulement un droit de l'homme mais un droit de l'État.

Depuis, d'autres lits de justice ont été tenus : le 19 juillet 1999 pour lever l'obstacle de la jurisprudence de 1982 interdisant les quotas par sexe aux élections municipales, le 5 mars 2003 pour lever l'obstacle de la jurisprudence de janvier 2002 interdisant l'attribution d'un pouvoir législatif aux collectivités locales. La jurisprudence du Conseil constitutionnel interdisant au Parlement d'adopter des résolutions⁸⁵ fut surmontée par trois révisions constitutionnelles : par les révisions constitutionnelles des 25 juin 1992 et 25 janvier 1999 en ce qui concerne les questions européennes (article 88-4 de la Constitution), par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 en ce qui concerne les résolutions de droit commun (article 34-1 de la Constitution). La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 permet également de lever l'obstacle de la jurisprudence interdisant l'octroi de droits spécifiques à l'opposition⁸⁶.

419 En l'état actuel, aucune décision QPC n'a donné lieu à un lit de justice du pouvoir constituant. Au-delà des circonstances de l'espèce et des enjeux politiques en présence, il est probable que la QPC donne moins d'occasion d'agir en ce sens pour au moins deux raisons. D'une part, une large partie des questions tranchées dans le contrôle *a posteriori* relève de la micro-constitutionnalité, c'est-à-dire de régimes législatifs précis et pas de l'ensemble d'une réforme d'ampleur dont la censure provoquerait une réaction politique d'envergure. D'autre part, les décisions QPC sont de manière générale perçues avec un niveau moindre de politisation, elles interviennent au minimum plusieurs mois après le temps chaud du débat partisan et sont davantage imputées à un législateur perpétuel et impersonnel qu'au législateur actuel et politique. Ce qui n'est évidemment pas le cas dans le contrôle *a priori* dont les décisions sont reçues et perçues dans un contexte de tension politique : « nous ne devons pas avoir d'illusion. Quelle que soit notre décision, elle sera

■ 83. Édouard BALLADUR, discours au Congrès de Versailles le 19 novembre 1993.

■ 84. CC 93-325 DC, 13 août 1993, *R.*, p. 224.

■ 85. CC 59-2 DC, 24 juin 1959, JO 3 juillet 1959, p. 6642.

■ 86. Comp. CC 2006-537 DC, 22 juin 2006, JO 27 juin 2006, p. 9647.

condamnée selon les critères et le langage de la politique »⁸⁷, affirmait déjà Georges Vedel dans une délibération de 1981.

En matière de contrôle de constitutionnalité des traités, le constituant suit également le sens de la décision du Conseil constitutionnel en levant les obstacles à la ratification du traité. Cependant, lors de l'examen de la constitutionnalité de la Charte européenne des langues régionales et minoritaires, le Conseil s'est volontairement abstenu de mentionner la mention classique selon laquelle « l'autorisation de ratifier le traité [...] ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution ». En ne révisant pas la Constitution, le constituant a en quelque sorte suivi le Conseil constitutionnel, bien qu'il ne s'agisse là que d'une indication ne relevant pas de l'autorité stricte de la chose jugée⁸⁸.

§ 2. L'AUTORITÉ À L'ÉGARD DES JURIDICTIONS

420

L'autorité que l'article 62 de la Constitution accorde aux décisions du Conseil constitutionnel est opposable au Conseil lui-même (A) et aux juridictions judiciaires et administratives (B), bien que la relation nouée avec l'exercice du contrôle de conventionnalité des lois soit éminemment complexe (C).

A. L'AUTORITÉ DES DÉCISIONS SUR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

421

Chose jugée d'une décision de conformité. En QPC, le juge du filtrage comme le Conseil constitutionnel doivent s'assurer que la disposition contestée n'a pas déjà été déclarée conforme dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changements de circonstances⁸⁹.

Dans le contrôle *a priori*, le Conseil constitutionnel est parfois invité à se prononcer sur des dispositions qu'il a, dans une précédente décision, déclarées conformes à la Constitution. Si les dispositions sont effectivement « identiques » et si la déclaration de conformité est le résultat d'un contrôle réellement exercé, le Conseil considère « qu'il n'y a pas lieu, dès lors, à un nouvel examen de constitutionnalité »⁹⁰. Une même solution s'applique dans le contentieux de la répartition des compétences entre la loi et le règlement de l'article 37 alinéa 2 de la Constitution : dès lors que le Conseil s'est déjà prononcé sur la nature juridique de dispositions de forme législative, « la demande du Premier ministre doit être

■ 87. Délibération du 20 janvier 1981, in B. MATHIEU, J.-P. MACHELON, F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, D. ROUSSEAU ET X. PHILIPPE (dir.), *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2009, p. 363.

■ 88. V. cependant l'adoption par l'Assemblée nationale de la Proposition de loi constitutionnelle autorisant la ratification de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, adoptée en 1re lecture par l'Assemblée nationale le 28 janvier 2014, TA n° 283. Depuis lors, le texte est en cours d'examen devant le Sénat.

■ 89. V. *supra*, n° 225 et s.

■ 90. CC 85-197 DC, 23 août 1985, R. p. 70. V. également CC 96-373 DC, 9 avril 1996, JO 13 avril 1996, p. 5724.

regardée comme sans objet, en ce qui les concerne»⁹¹. Dans le cadre de son contrôle de l'article 39 alinéa 4 de la recevabilité des projets de loi, le Conseil peut également prononcer une décision de non-lieu à procéder à un nouvel examen⁹². Signe d'une cohérence jurisprudentielle par-delà les différents offices exercés, l'autorité des décisions de conformité affecte également la recevabilité d'un grief en contentieux électoral⁹³.

En revanche, si la constitutionnalité de dispositions identiques à nouveau critiquées dépend de leur non-contrôle antérieur, soit parce que les requérants ne les avaient pas alors contestées, soit parce que le Conseil n'avait pas soulevé ce moyen d'office, rien n'interdit que leur conformité à la Constitution soit examinée. En effet, les dispositions législatives non contrôlées bénéficient seulement d'une présomption de constitutionnalité, que le Conseil peut faire tomber à l'occasion d'une nouvelle saisine ou d'une QPC posée par un justiciable. Au-delà du champ strict de la chose jugée, les visas ou les motifs des décisions DC ou QPC citent régulièrement ou s'inspirent implicitement d'un précédent du Conseil constitutionnel. Le Conseil choisit alors d'opposer à lui-même une autorité de ses propres interprétations⁹⁴.

422 Contrôle de dispositions déjà déclarées contraires. Lorsque le Conseil est amené à connaître les dispositions législatives qu'il a déjà déclarées contraires à la Constitution, la situation est politiquement délicate, puisque sa réalisation suppose que le législateur, n'acceptant pas la déclaration d'inconstitutionnalité, ait réintroduit dans une loi postérieure la disposition précédemment invalidée. Au stade du contrôle *a priori*, l'opposition s'empresse de soumettre la loi au Conseil, en invoquant la méconnaissance par le Parlement de l'autorité de chose jugée.

Avant 2013, le Conseil se donnait pour guide le considérant suivant : l'autorité de chose jugée « ne peut être utilement invoquée à l'encontre d'une autre loi conçue en termes différents »⁹⁵. Autrement dit, le Conseil ne sanctionnait pas et ne faisait pas jouer automatiquement l'autorité de ses décisions⁹⁶ ; en particulier, il la repoussait lorsque les dispositions invalidées étaient reprises par le législateur, mais dans une rédaction différente et dans une loi n'ayant pas le même objet que celle qui avait servi de support aux dispositions jugées non conformes ; dans ce cas, le Conseil se livrait à un contrôle normal de la constitutionnalité de la loi nouvelle, sans se référer à sa précédente décision. Rédaction différente, loi n'ayant pas le même objet, ces critères, malgré leur clarté apparente, laissaient au Conseil une marge de décision appréciable. Ainsi, le 20 juillet 1988, il considère que la réintégration de syndicalistes licenciés à la suite de fautes commises dans l'exercice de

■ 91. CC 79-109 L, 13 septembre 1979, JO 14 septembre 1979.

■ 92. CC 2010-608 DC, 24 juin 2010, JO 29 juin 2010, p. 11635.

■ 93. CC 2002-2665 AN, 25 juillet 2002, JO 4 août 2002, p. 13352.

■ 94. V. par ex. CC 2006-538 DC, 13 juillet 2006, JO 20 juillet 2006, p. 10894 ; CC 2007-559 DC, 6 décembre 2007, JO 8 décembre 2007, p. 19905. Sur l'ensemble de cette question cf. M. DISANT, *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2009 ; C. RICHAUD, *Le précédent dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse, Montpellier, 2015.

■ 95. CC 88-244 DC, 20 juillet 1988, R. p. 119.

■ 96. Pour une violation de l'autorité de la chose jugée, cf. CC 98-407 DC, 14 janvier 1999, JO 20 janvier 1999, p. 1028.

leurs fonctions ne méconnaît pas la chose jugée par lui le 22 octobre 1982, lorsqu'il a déclaré contraire à la Constitution une disposition législative interdisant toute action en réparation des dommages causés par des syndicalistes dans l'exercice du droit de grève ou du droit syndical⁹⁷. Et pourtant, la loi de 1988 remet en cause la décision de 1982 : elle annule toutes les actions que la déclaration de non-conformité avait permis d'entreprendre contre les syndicalistes et donne ainsi force à la volonté du législateur de 1982 sur le point même que le Conseil avait censuré. Il est vrai que ces deux lois n'ont pas le même objet : celle de 1982 porte sur le développement des institutions représentatives du personnel, celle de 1988 est relative à l'amnistie traditionnelle, consécutive à l'élection présidentielle.

Dans une décision isolée du 8 juillet 1989, le Conseil avait appliqué un contrôle de l'« objet analogue » qui sera pleinement effectif en 2013. Dans ce précédent unique, le Conseil avait considéré que la réintégration de syndicalistes licenciés pour fautes lourdes méconnaît l'autorité de chose jugée par lui le 20 juillet 1988, lorsqu'il a déclaré manifestement excessif et contraire au principe d'égalité la réintégration dans de telles hypothèses⁹⁸. Et pourtant, les deux lois sont conçues en termes différents : en 1988, la réintégration est définie comme un droit absolu, s'appliquant automatiquement aux licenciés pour fautes lourdes ; en 1989 elle est posée comme un droit relatif, ne s'appliquant aux cas de fautes lourdes que si elle ne fait pas « peser sur l'employeur des sacrifices excessifs d'ordre personnel ou patrimonial ». Cette rédaction différente, qui tenait d'ailleurs compte et s'inspirait directement des observations et conseils de constitutionnalité formulés dans la décision du 20 juillet 1988, aurait pu conduire le Conseil à considérer qu'il s'agissait d'une disposition nouvelle ; et, utilisant la technique de l'interprétation directive, il pouvait appeler le juge compétent à veiller au respect des droits de l'employeur et, sous cette stricte réserve, déclarer la loi conforme à la Constitution. Il est vrai cependant que ces deux lois, celle de 1988 et celle de 1989, ont un objet analogue : l'amnistie⁹⁹.

Depuis la décision du 19 décembre 2013, le Conseil constitutionnel étend l'autorité de ses décisions aux dispositions qui, « bien que rédigées sous une forme différente, ont, en substance, un objet analogue à celui des dispositions législatives déclarées contraires à la Constitution »¹⁰⁰. Par exemple, en reprenant le même mécanisme d'intégration dans l'ISF de plus-values latentes réalisées sur les contrats d'assurance vie que celui préalablement censuré, le Conseil constate dans la décision du 29 décembre 2013 que « le législateur a méconnu l'autorité qui s'attache,

■ 97. CC 88-244 DC, 20 juillet 1988, *R.* p. 119 ; CC 82-144 DC, 22 octobre 1982, *R.* p. 61.

■ 98. CC 89-258 DC, 8 juillet 1989, *R.* p. 48.

■ 99. Il est vrai aussi que la décision est étroitement liée à la conjoncture politique : chacun savait que cette disposition litigieuse visait en réalité les « dix de Renault » qui, n'étant pas prévue à l'origine du projet, avait été introduite par un amendement socialiste « pour faire plaisir », en fin de session, au groupe communiste ; et chacun savait également, Conseil constitutionnel compris, que le gouvernement ne serait pas surpris si cet amendement était invalidé pour méconnaissance de chose jugée... ! Le Conseil prenait donc peu de risques... sauf celui d'avoir à assumer, à la place d'autres, le « mauvais rôle ». Aussi convient-il que cette « tactique du billard » ne se répète point trop souvent.

■ 100. Cf. *supra*, n° 408.

en vertu de l'article 62 de la Constitution, à la décision du Conseil constitutionnel du 29 décembre 2012 »¹⁰¹.

423 Autorité d'une décision QPC sur une décision DC. Dans le cadre du contrôle *a priori*, le Conseil constitutionnel peut être saisi d'une loi dont l'adoption fait suite à une décision QPC. Si la loi nouvelle n'a pas pour effet de remettre en cause la déclaration d'inconstitutionnalité prononcée en QPC, le contrôle *a priori* se conclut par une décision de conformité¹⁰². Ce n'était en revanche pas le cas dans la décision DC du 4 août 2011¹⁰³, à propos d'une disposition relative à la présidence du tribunal correctionnel par le juge des enfants. En effet, dans une décision QPC du 8 juillet 2011¹⁰⁴, le Conseil avait censuré le cumul des fonctions d'instruction et de présidence du tribunal pour enfants pour violation de l'article 16 de la DDHC. La conclusion du contrôle *a priori* est nette : après avoir expressément cité les considérants utiles de la décision QPC, le Conseil estime « que, pour les mêmes motifs, il y a lieu de déclarer contraire à la Constitution [la disposition déferée] qui dispose que le tribunal correctionnel des mineurs est présidé par un juge des enfants ». Le Conseil va même plus loin dans l'interaction entre les contrôles *a priori* et *a posteriori* en reportant les effets de l'inconstitutionnalité et en estimant « que, pour les mêmes motifs que ceux énoncés au considérant 12 de cette même décision du 8 juillet 2011, il y a lieu de reporter la date de cette déclaration d'inconstitutionnalité au 1er janvier 2013 »¹⁰⁵.

424 Chose jugée et modification du texte de référence. La question de l'autorité de la chose jugée sur le Conseil lui-même se pose différemment lorsque le texte de référence, c'est-à-dire la Constitution, a été modifié entre deux contrôles. Le 9 avril 1992, le Conseil jugeait trois stipulations du traité de Maastricht contraires à la Constitution. Dès lors, sa ratification ne pouvait intervenir qu'après une révision constitutionnelle qui fut effectivement réalisée le 25 juin 1992. Mais, le 14 août, soixante sénateurs, sur le fondement du nouvel article 54, s'adressaient au Conseil pour lui demander de procéder à un nouvel examen de la constitutionnalité du traité de l'Union européenne. L'autorité de la chose jugée le 9 avril 1992 pouvait-elle être opposée aux requérants ? Ces derniers le contestaient, arguant que la cause n'était pas la même puisque, entre la décision du 9 avril et leur recours, le texte de référence auquel le traité devait être confronté avait été modifié dans son contenu. Le Conseil, dans sa décision du 2 septembre 1992¹⁰⁶, n'a pas suivi totalement cette argumentation. Il pose en principe que l'autorité qui s'attache à sa décision du 9 avril empêche qu'une nouvelle procédure de contrôle de conformité à la Constitution du traité de Maastricht soit mise en œuvre. Mais il adjoint immédiatement à ce principe deux exceptions : l'autorité de la décision antérieure ne peut être invoquée si la révision, préalable nécessaire à la ratification du traité, est insuffisante et

■ 101. CC 2013-685 DC, 29 décembre 2013, JO 30 décembre 2013, p. 22188.

■ 102. V. par ex. CC 2015-711 DC, 5 mars 2015, JO 10 mars 2015, p. 4361.

■ 103. CC 2011-635 DC, 4 août 2011, JO 11 août 2011, p. 13763.

■ 104. CC 2011-147 QPC, 8 juillet 2011, JO 9 juillet 2011, p. 11979.

■ 105. Pour un précédent report de l'effet d'une censure *a priori*, cf. CC 2008-564 DC, 19 juin 2008, JO 26 juin 2008, p. 10228.

■ 106. CC 92-312 DC, 2 septembre 1992, R. p. 76.

laisse encore apparaître une contrariété entre la Constitution modifiée et des stipulations du traité ; elle ne peut pas davantage jouer si la révision est trop « forte » et a pour effet d'introduire dans la Constitution une disposition nouvelle qui crée « une incompatibilité avec une ou des stipulations du traité ». Ni plein effet de l'autorité de la chose jugée, ni admission d'un plein contrôle de constitutionnalité, le Conseil circonscrit ce dernier à deux hypothèses seulement lorsqu'il est appelé à réexaminer la conformité d'un engagement international après une révision constitutionnelle. Sans doute, le Conseil aurait-il pu suivre sans dommage l'argumentation des requérants ; mais les deux exceptions aboutissent, en pratique, au même résultat qu'un plein contrôle et, en tout cas, elles permettent d'atteindre l'essentiel et de répondre à l'objet d'une nouvelle saisine : vérifier que le traité est compatible avec les dispositions nouvelles de la Constitution, vérifier que les obstacles constitutionnels « pointés » par la première décision ont bien été levés par la révision et que cette dernière n'en a pas introduit de nouveaux. La référence de principe à l'autorité de la chose jugée le 9 avril 1992 a seulement pour objet de permettre au Conseil de repousser sans examen les critiques fondées sur la Constitution dans son état d'écriture avant la révision du 25 juin 1992.

De même, dans sa décision du 30 mai 2000¹⁰⁷, le Conseil constate qu'en posant le principe de l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux la révision du 9 juillet 1999 a eu « pour objet et pour effet de lever les obstacles d'ordre constitutionnel relevés par le Conseil dans ses décisions du 18 novembre 1982 et du 14 janvier 1999 » ; leur autorité ne peut donc plus être utilement invoquée par les requérants puisqu'elle était fondée sur des bases constitutionnelles aujourd'hui caduques. Ainsi encore, dans sa décision du 30 juillet 2003¹⁰⁸, il valide la faculté donnée aux collectivités locales de prendre des mesures dérogatoires à des dispositions législatives, faculté qu'il avait censurée dans sa décision du 17 janvier 2002¹⁰⁹, en constatant que la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 a expressément autorisé ce qui était interdit auparavant : l'expérimentation législative locale.

B. L'AUTORITÉ DES DÉCISIONS SUR LE JUGE ORDINAIRE

1. L'exécution et la concrétisation de la chose jugée

425 De manière générale, les juridictions judiciaires et administratives suivent fidèlement les éléments des décisions du Conseil constitutionnel qui bénéficient de l'autorité de la chose jugée telle que préalablement définie. Les rapporteurs publics et les avocats généraux citent désormais régulièrement dans leurs avis et conclusions les décisions du Conseil constitutionnel et invitent le juge à en faire

■ 107. CC 2000-429 DC, 30 mai 2000, *R.* p. 84.

■ 108. CC 2003-478 DC, 30 juillet 2003, *R.* p. 406.

■ 109. CC 2001-454 DC, 17 janvier 2002, *R.* p. 70.

application ; le Conseil d'État et la Cour de cassation se réfèrent de plus en plus dans leurs arrêts à la jurisprudence constitutionnelle¹¹⁰.

La manifestation la plus nette de ce mouvement jurisprudentiel est sans nul doute l'autorité désormais reconnue aux réserves d'interprétation. Déjà, dans l'arrêt *Bleton/Sarazin* du 16 décembre 1988, le Conseil d'État annulait des décrets de nomination de fonctionnaires au motif que l'administration n'a pas appliqué la loi conformément à l'interprétation donnée par le Conseil constitutionnel et a, de ce fait, commis une erreur manifeste d'appréciation¹¹¹. Désormais, les réserves bénéficient d'une « autorité absolue de la chose jugée »¹¹² et leur méconnaissance doit être relevée d'office. Au-delà du texte objet de la décision du Conseil constitutionnel, le Conseil d'État intègre progressivement l'extension de l'autorité des décisions aux dispositions dont l'objet est identique à celui des dispositions déclarées contraires à la Constitution¹¹³. Moins prolixe dans les motivations qu'elle adopte, la Cour de cassation suit néanmoins les réserves d'interprétation, en visant la disposition applicable à un litige « telle qu'interprétée par la décision du Conseil constitutionnel »¹¹⁴.

Exécutants zélés de la chose jugée par le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État, la Cour de cassation, mais également les juges du fond¹¹⁵, disposent cependant d'une inévitable marge de manœuvre afin de concrétiser l'affirmation abstraite du Conseil constitutionnel, d'appliquer une réserve d'interprétation aux faits de l'espèce ou de prolonger les effets de la décision du Conseil constitutionnel. Par exemple, dans un arrêt du 18 novembre 2015¹¹⁶, la Cour de cassation interprète au visa de l'article 62 de la Constitution la notion de « contrats en cours » qui n'étaient

■ 110. Pour les illustrations les plus anciennes, voir par ex. Conclusion Mme HAGELSTEEN, sur CE 22 octobre 1979, *UDT, RDP*, 1980, p. 536. Sur l'ensemble de cette question, voir notamment G. DRAGO, *L'exécution des décisions du Conseil constitutionnel*, Economica-PUAM, Droit public positif, 1991 ; J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français*, LGDJ, 1998 ; V. BACQUET-BREHANT, *L'article 62, alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958. Contribution à l'étude de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2005 ; A. DERRIEN, *Les juges français de la constitutionnalité*, Bruylant, 2003 ; B. MERCUZOT, « L'intégration de la jurisprudence constitutionnelle à la jurisprudence administrative », in *Le droit administratif en mutation*, CURAPP, PUF, 1993, p. 177 ; B. GENEVOIS, « Le Conseil d'État et l'interprétation de la loi », *RFDA*, 2002, p. 877 ; J. MEUNIER, « Le Conseil constitutionnel et l'autorité de ses décisions », in *Mélanges M. Troper*, *Economica*, 2006, p. 693.

■ 111. CE Ass., 16 décembre 1988, *Bleton-Sarazin*, *RFDA* 1989, p. 155 ; voir également CE 1^{er} juillet 1983, *Syndicat unifié de la radio-télévision CFDT*, *R.* p. 293 ; CE 16 avril 1986, *Soc. méridionale des participants bancaires*, *AJDA* 1986, chron., p. 294.

■ 112. CE 15 mai 2013, *Cne de Gurménçon*, n° 340554.

■ 113. Cf. *supra*, n° 410.

■ 114. En ce sens, par ex. Cass. Civ., 6 juillet 2005, n° 04-50055.

■ 115. Exemples : pour une interprétation de la décision « Conseil de la concurrence » du 23 janvier 1987 : CA Aix, ord., 24 février 2003, *Juris-Data*, n° 215699 ; pour une interprétation de la décision 92-307 DC du 25 février 1992 : CAA Paris, 4 mars 2004, req. n° 01PA0125 ; pour une interprétation de la décision 80-127 DC du 20 janvier 1981 : CA Paris, 22 septembre 1999, *Juris-Data*, n° 024548 ; pour une utilisation extensive de la décision n° 96-312 DC du 12 avril 1996 : CA Paris, 14 octobre 1999, *Rousseau*, *RFDA*, 2000, p. 183 ; pour une interprétation de la décision 99-419 DC du 9 novembre 1999 : TGI Lille, 5 juin 2002, *Dalloz*, 2003, p. 515, note X. LABBÉE... Sur l'utilisation stratégique de la « réception » des décisions du Conseil constitutionnel par la Cour de cassation, cf. N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, 1997, p. 482s.

■ 116. Cass. soc. 18 novembre 2015, n° 14-23625.

pas affectés par l'inconstitutionnalité prononcée par une décision du 13 juin 2013 à l'encontre d'une loi relative aux clauses de désignation.

426 Exécution des décisions QPC. Si l'autorité de la chose jugée est la même dans le contentieux *a priori* et le contentieux *a posteriori*, elle a nécessairement une signification et une portée différentes dans ce dernier puisque la QPC crée un lien formel entre Conseil constitutionnel, Conseil d'État et Cour de cassation. Après avoir statué sur renvoi des juges administratifs ou judiciaires, le Conseil renvoie sa décision à ces juges qui doivent « caler » leur arrêt sur le jugement constitutionnel. Les juridictions suivent les exigences posées par le Conseil constitutionnel au titre de son pouvoir de modulation et de précision de l'effet de ses décisions, notamment lorsqu'une injonction de surseoir à statuer en attendant le vote de la loi nouvelle est posée¹¹⁷. Par exemple, si une déclaration d'inconstitutionnalité de la saisine d'office du tribunal est applicable à tous les jugements d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire rendus postérieurement à la décision du Conseil en date du 7 décembre 2012, la Cour de cassation peut constater que l'inconstitutionnalité est sans effet sur une procédure ouverte quelques mois auparavant¹¹⁸.

Dans l'arrêt *M'Rida*¹¹⁹, le Conseil d'État estime que le moyen tiré de l'abrogation, par une décision du Conseil constitutionnel, d'une disposition législative applicable au litige doit être soulevé d'office, même en cassation. En l'espèce, la requérante a ainsi pu bénéficier de l'abrogation des dispositions relatives à la cristallisation des pensions militaires versées aux combattants des anciens territoires sous administration française alors même qu'elle avait introduit son recours avant la décision de censure du Conseil¹²⁰. L'hypothèse la plus fréquente consiste pour le juge à citer la décision du Conseil constitutionnel abrogeant la disposition applicable au litige¹²¹ ou imposant une certaine interprétation de la loi par une réserve¹²², et à constater le défaut de base légale des décisions adoptées sur son fondement, l'annulation de la décision des juges du fond ou d'un acte de procédure¹²³. Pour prendre un exemple simple, le Conseil constitutionnel abroge dans une décision du 20 mars 2015 la présence d'un représentant du ministre au sein du conseil de l'ordre des pharmaciens statuant en

■ 117. CE 6 décembre 2012, n° 343215

■ 118. CC 2012-286 QPC, 7 décembre 2012, JO 8 décembre 2012, p. 19279 ; Cass. com., 18 novembre 2014, n° 13-17438.

■ 119. CE Ass., 13 mai 2011, *M'Rida, RFDA*, 2011, p. 794.

■ 120. CC 2010-1 QPC, 28 mai 2010, *R*, p. 91.

■ 121. CE Ass., 21 déc. 2012, n° 362347, *Sté Groupe Canal Plus*. Sur l'ensemble de cette question, v. not. M. FATIN-ROUGE STEFANINI, K. ROUDIER « Les sources des décisions rendues par les juridictions constitutionnelles dans le cadre de questions d'inconstitutionnalité » in L. GAY (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité – Approche de droit comparé*, Bruylant, 2014, p. 311.

■ 122. CE 2 mars 2011, *Union des familles en Europe*, n° 323830 ; CE 19 oct. 2012, *Bouteyre*, n° 354220 ; Cass. crim. 1^{er} déc. 2015, n° 14-80394.

■ 123. À propos de l'application de la décision du Conseil constitutionnel du 9 septembre 2011, n° 2011-160 QPC, relative à la communication du réquisitoire définitif aux parties, cf. Cass. crim. 25 juin 2013, n° 13-82765 et Cass. crim. 27 octobre 2015, n° 14-82032. Sur les effets de l'abrogation de la définition des délits et crimes incestueux par CC, 16 septembre 2011, n° 2011-163 QPC, cf. Cass. crim. 4 janvier 2012, n° 11-87111 ; Cass. crim. 15 février 2012, n° 11-83393 ; Cass. crim. 28 mars 2012, n° 12-80389.

formation disciplinaire. Tout en précisant que les décisions du conseil de l'ordre des pharmaciens ne pouvaient « être remises en cause sur le fondement de cette inconstitutionnalité que si une partie l'a invoquée à l'encontre d'une décision n'ayant pas acquis un caractère définitif au jour de la publication ». Confronté à une hypothèse de ce type, un arrêt du 16 mars 2016¹²⁴ du Conseil d'État annule la décision attaquée du Conseil de l'ordre, « sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi ». De même, un arrêt du 13 octobre 2010¹²⁵ de la Cour de cassation annule un jugement d'un tribunal maritime commercial rendu dans la composition prévue par une disposition abrogée par la décision du 2 juillet 2010¹²⁶ et applicable à toutes les infractions non jugées définitivement.

Cependant, l'exécution de la décision du Conseil constitutionnel impose parfois au juge ordinaire d'interpréter les motifs de la décision, essentiellement dans les premiers temps de la QPC où les formulations adoptées n'étaient pas toujours claires¹²⁷. Alors que le Conseil constitutionnel avait jugé, dans sa décision du 11 juin 2010¹²⁸, que l'intérêt général pouvait justifier que les nouvelles règles d'indemnisation du fait de la naissance d'un enfant handicapé soient « rendues applicables aux instances à venir relatives aux situations juridiques nées antérieurement mais non aux procédures engagées antérieurement à la date de la loi », le Conseil d'État a décidé que la décision du Conseil s'appliquait aux instances en cours¹²⁹ et la Cour de cassation qu'elle s'appliquait aux instances à venir de situations nées antérieurement¹³⁰.

2. Les applications extensives des décisions du Conseil constitutionnel

427 Au-delà de l'exécution fidèle des décisions du Conseil constitutionnel, le Conseil d'État et la Cour de cassation peuvent choisir d'aller au-delà de ce que leur impose l'article 62 de la Constitution. Par une application volontaire et extensive des décisions du Conseil constitutionnel, soit en reprenant un simple motif, soit en transposant une interprétation constitutionnelle à un autre domaine ou à un autre texte, le juge ordinaire est influencé par la jurisprudence constitutionnelle qui pèse inévitablement sur son raisonnement et son comportement. Cette influence, encore limitée, ouvre la voie à un processus de clarification, voire d'harmonisation de l'ordonnement juridique autour de l'interprétation constitutionnelle. D'autant qu'elle agit de la même façon sur le juge administratif que sur le juge judiciaire.

Le juge administratif n'hésite pas à faire découler un revirement de jurisprudence d'une décision du Conseil constitutionnel : ainsi, dans l'arrêt *SA Éts Outters* du 20 décembre 1985¹³¹, le Conseil d'État se fonde expressément sur la décision du

■ 124. CE 16 mars 2016, n° 381606.

■ 125. Cass. crim. 13 octobre 2010, n° 09-85444.

■ 126. CC 2010-10 QPC, 2 juillet 2010, JO 3 juillet 2010, p. 12120.

■ 127. CE 4 mai 2012, n° 337490 à propos de CC, 2010-108 QPC, 25 mars 2011, JO 26 mars 2011, page 5404.

■ 128. CC 2010-2 QPC, 11 juin 2010, *R.* p. 105.

■ 129. CE, Ass., 13 mai 2011, *Delanoye et Verzele*, *AJDA*, 2011, p. 1136.

■ 130. Cass. Civ. 1^{re}, 29 novembre 2011, *RFDA*, 2012, p. 364.

■ 131. CE Ass., 20 décembre 1985, *SA Éts Outters*, *D.* 1986, p. 283, note L. FAVOREU.

Conseil constitutionnel du 23 juin 1982 qui qualifie les redevances de pollution de contributions fiscales¹³², pour abandonner sa jurisprudence de 1973 qui qualifiait ces mêmes redevances d'imposition non fiscale¹³³. Sur le fondement d'une interprétation de l'article 66 de la Constitution, l'avocat général Dontenville avait invité la Cour de cassation, qui le suivit, à reconnaître au juge pénal une compétence générale pour apprécier la légalité de tous les actes, réglementaires ou non, portant atteintes à la liberté individuelle¹³⁴ ; par cet arrêt, la Cour modifiait la jurisprudence qui limitait la compétence du juge pénal à l'appréciation de la légalité des seuls actes réglementaires et des actes non réglementaires à condition qu'ils soient pénalement sanctionnés¹³⁵.

En QPC, il existe une manière habile de reconnaître l'autorité des décisions du Conseil : l'utiliser pour déclarer non sérieuse la question de constitutionnalité soulevée par le requérant. Dans sa décision du 19 mai 2010, la Cour de cassation a refusé de renvoyer la question de la constitutionnalité de l'article 698-6 du Code de procédure pénale relatif au mode de calcul de la majorité qualifiée dans les procès de terroristes au motif que, dans sa décision du 3 septembre 1986, le Conseil constitutionnel avait validé l'article 706-25 de ce même code qui énonce les mêmes règles de calcul que l'article 698-6. Dans les suites d'une décision QPC, la Cour de cassation peut conférer une autorité étendue à l'autorité d'une décision de conformité sous réserve. Alors qu'une décision du Conseil constitutionnel du 14 mai 2012¹³⁶ modifiait les règles d'information en matière de licenciement des salariés protégés en raison d'un mandat extérieur à l'entreprise, la Cour de cassation élargit la solution à tous les salariés placés dans la même situation et à tous les modes de rupture du contrat de travail¹³⁷.

3. Les applications conflictuelles des décisions du Conseil constitutionnel

428

Les rares conflits entre le Conseil constitutionnel et les juridictions judiciaires et administratives se situent dans la zone ambiguë de la chose interprétée. En présence de la chose jugée au sens strict, à savoir le dispositif, les motifs qui le soutiennent et le tout à propos du même texte objet de la décision du Conseil, l'autorité de l'article 62 est absolue et les juges se plient à l'obligation qui en découle. En dehors de ce champ strict de la chose jugée, et sous réserve des développements sur le contrôle récent de l'objet analogue¹³⁸, l'autorité simplement persuasive de la chose interprétée n'épargne pas quelques conflits. Mais, pour regrettables qu'elles

■ 132. CC 82-124 L, 23 juin 1982, R. p. 99.

■ 133. CE 21 novembre 1973, *Société des papeteries de Gascogne*, R. p. 654.

■ 134. Cass. 25 avril 1985, *Vukovic* (1^{re} affaire), *Bogdan* (2^e affaire), D. 1985, p. 329, concl. DONTENVILLE ; D. 1986, p. 169, chron. L. FAVOREU.

■ 135. TC 5 juillet 1951, *Avranches et Desmarets*, Rec. p. 638 ; TC 27 mars 1952, *Dame de la Murette*, R. p. 626 ; TC 16 novembre 1964, *Clément*, D. 1965, p. 668.

■ 136. CC 2012-242-QPC, 14 mai 2012, JO 15 mai 2012, p. 9096.

■ 137. Cass. soc. 14 septembre 2012, n^{os} 11-28.269 et 11-21.307, *Constitutions*, 2012, p. 624, obs. C. RADÉ.

■ 138. V. *supra*, n^o 408.

soient, ces divergences restent peu nombreuses et quelque peu datées pour la plupart.

Sans doute deux affaires sont-elles toujours mises en avant pour marquer le refus du juge administratif d'exécuter les décisions du Conseil : celle des contraventions sanctionnées de peines de prison qui relèvent de la compétence législative pour le Conseil constitutionnel¹³⁹ et que le Conseil d'État continue toujours à considérer comme étant du domaine réglementaire¹⁴⁰ ; celle du silence gardé par l'administration qui équivaut pour le Conseil constitutionnel à une décision de rejet¹⁴¹ et pour le Conseil d'État à une décision d'acceptation¹⁴².

De même, la Cour de cassation a refusé de prendre en considération certaines solutions dégagées par le Conseil constitutionnel. Dans l'arrêt *Dame Roy* du 19 mai 1978, la Cour ne tient pas compte du principe constitutionnel de la liberté de conscience des maîtres de l'enseignement privé affirmé quelques mois plutôt par le Conseil¹⁴³ et juge qu'un établissement catholique peut licencier une enseignante remariée après un divorce¹⁴⁴. De même, dans un arrêt du 8 novembre 1979, la Cour condamne le sieur Trignol pour avoir refusé d'ouvrir le coffre de son véhicule lors d'un contrôle de police effectué dans la semaine suivant l'enlèvement du baron Empain¹⁴⁵, privant ainsi d'effet la décision du Conseil du 12 janvier 1977 qui avait invalidé une disposition législative accordant aux officiers de police la possibilité de fouiller les véhicules même en l'absence d'infraction¹⁴⁶.

Plus récemment la compétence de la Haute Cour de justice et le statut pénal du Président de la République ont donné lieu à un conflit d'interprétation. En vertu de l'interprétation stricte de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel, aucune norme n'imposait à l'Assemblée plénière dans l'arrêt *Breisacher* du 10 octobre 2001¹⁴⁷ de suivre le simple *obiter dictum* du Conseil constitutionnel, produit dans la décision 22 janvier 1999¹⁴⁸ relative au traité créant la Cour pénale internationale. Exploitant pleinement son autonomie, au prix d'une divergence de vue avec l'interprétation du Conseil constitutionnel, la Cour de cassation élaborera de manière prétorienne et originale un régime constitutionnel de protection pénale du chef de l'État devant les juridictions de droit commun.

Autre divergence de fond relevée, la qualification juridique de la CSG. Alors que le Conseil constitutionnel avait qualifié la CSG d'imposition de toutes natures¹⁴⁹, la Cour de cassation s'en écarte ouvertement au nom d'une stricte conception de la chose jugée, et a longtemps considéré que la CSG « revêt du fait

■ 139. CC 73-80 L., 28 novembre 1973, R. p. 45 ; AJDA 1974, p. 229, note J. RIVERO ; D. 1974, chron., p. 83, L. HAMON.

■ 140. CE 3 février 1978, *CFDT et CGT*, AJDA 1978, p. 388, note DURUPTY ; CE 12 février 1960, *Société Eky*, R. p. 101.

■ 141. CC 69-55 L., 26 juin 1969, R. p. 27.

■ 142. CE 27 février 1970, *Commune de Bozas*, R. p. 139.

■ 143. CC 77-87 DC, 23 novembre 1977, R. p. 42.

■ 144. Cass. 19 mai 1978, *Dame Roy*, D. 1978, p. 541, concl. SCHMELCK, note ARDANT.

■ 145. Cass. 8 novembre 1979, *sieur Trignol*, JCP 1980, II, 19337 ; AJDA 1978, p. 218, note RIVERO.

■ 146. CC 76-75 DC, 12 janvier 1977, R. p. 33.

■ 147. Cass. Ass. plén., 10 octobre 2001, *Breisacher*, *op. cit.*

■ 148. CC 98-408 DC, 22 janvier 1999, R. p. 29.

■ 149. CC 90-285 DC, 28 décembre 1990, JO 30 décembre 1990, p. 16609.

de son affectation exclusive au financement des divers régimes de sécurité sociale, la nature d'une cotisation sociale »¹⁵⁰, avant d'adopter une approche davantage conciliante¹⁵¹.

En QPC, l'appréciation du caractère sérieux par le Conseil d'État et la Cour de cassation conduit inévitablement à exercer une forme de contrôle négatif de la constitutionnalité des lois. Le juge du filtrage pèse les arguments constitutionnels, évalue la proportionnalité de l'équilibre d'un régime législatif. Dans le cadre de cette mission, tout l'enjeu de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel consiste à savoir si le filtrage des QPC s'opère à la lumière du même régime constitutionnel que celui employé par le Conseil constitutionnel. Il en va de la cohérence du contrôle *a posteriori* et de l'effectivité des droits et libertés constitutionnels. Bien que le juge du filtrage doive seulement apprécier le sérieux de la question, le champ d'application des principes constitutionnels en présence ne doit pas différer, l'intensité du contrôle exercé doit être identique et les conditions constitutionnelles d'atteintes à un droit ou liberté doivent être mises en œuvre de manière équivalente.

429 Dans l'immense majorité des cas, le Conseil d'État et la Cour de cassation suivent le Conseil constitutionnel. Mais pas toujours. La fausse note dans le « dialogue » supposé entre les juges de la QPC peut être simplement rhétorique et de portée juridique mesurée. Par exemple, dans un arrêt du 12 février 2016¹⁵², le Conseil d'État fait curieusement découler les droits de la défense des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, alors que depuis une décision du 30 mars 2006¹⁵³ le Conseil constitutionnel a abandonné ce fondement pour rattacher de manière claire et constante les droits de la défense à l'article 16 de la DDHC. Davantage problématique, l'arrêt du 5 février 2014 du Conseil d'État¹⁵⁴ révèle une prise de distance importante avec les lignes jurisprudentielles du Conseil constitutionnel. Saisi d'une QPC visant l'obligation légale de discrétion professionnelle des fonctionnaires et par là-même l'absence de statut de lanceur d'alerte dans la fonction publique, le Conseil d'État escamote le régime constitutionnel de la liberté d'expression et de communication. Bien que le Conseil constitutionnel effectue un triple test de proportionnalité pour s'assurer du respect de cette liberté, le Conseil d'État reste en deçà et se contente seulement d'un contrôle normal à travers une simple conciliation entre la sauvegarde de l'ordre public, les exigences de service et le respect de la liberté d'expression et de communication.

C. LES RAPPORTS COMPLEXES AVEC LE CONTRÔLE DE CONVENTIONNALITÉ

430 **Absence d'autorité formelle.** Le contrôle de constitutionnalité des lois exercé par le Conseil constitutionnel, *a priori* comme *a posteriori*, est formellement

■ 150. Cass. Civ. 2^e, 18 janvier 2005, n° 03-30406 et 10 mai 2005, n° 04-30094.

■ 151. Cass. soc. 31 mai 2012, n° 11-10762.

■ 152. CE 12 février 2016, *Commune des Arcs*, n° 395041.

■ 153. CC 2006-535 DC, 30 mars 2006, JO 2 avril 2006, p. 4964.

■ 154. CE 5 février 2014, n° 371396.

distinct du contrôle de conventionnalité des lois assuré par les juridictions judiciaires et administratives depuis les arrêts *Jacques Vabre* et *Nicolo*¹⁵⁵. Fondé sur des habilitations constitutionnelles distinctes – articles 61 et 61-1 pour le premier, article 55 pour le second –, les deux contrôles ne peuvent se concevoir selon un schéma pyramidal, hiérarchisé. D’ailleurs, dans une décision du 12 mai 2010, le Conseil constitutionnel exprime clairement les conséquences de cette « spécialisation des contrôles » qui découle de la jurisprudence « IVG » : « l’autorité qui s’attache aux décisions du Conseil constitutionnel en vertu de l’article 62 de la Constitution ne limite pas la compétence des juridictions administratives et judiciaires pour faire prévaloir ces engagements sur une disposition législative incompatible avec eux, même lorsque cette dernière a été déclarée conforme à la Constitution »¹⁵⁶. En clair, la loi conforme à la Constitution peut être déclarée contraire au traité. En dépit de l’article 62 de la Constitution, la distinction formelle est nette, aucune norme juridique n’oblige le juge ordinaire à valider en conventionnalité une loi jugée conforme à la Constitution. Les rapports entre ces deux contrôles épousent davantage une forme complexe qu’un schéma unique et clairement identifiable¹⁵⁷.

431 Comparaison des normes de référence. En comparant à présent les normes de référence des contrôles de constitutionnalité *a priori* et *a posteriori* avec l’ensemble des normes internationales et européennes directement invocables devant le juge ordinaire, trois hypothèses apparaissent.

— Soit les normes de référence des deux contrôles sont équivalentes, que ce soit au niveau de la proclamation, de l’écriture ou au niveau du régime juridique concret. De nombreux principes consacrés par les conventions européennes ou pactes internationaux – liberté de pensée, d’association, droit à un procès équitable... – recourent ceux que le juge constitutionnel consacre sous l’appellation « droits constitutionnels », « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » ou « principes à valeur constitutionnelle ».

— Soit la Constitution présente des spécificités sans équivalent en droit international et européen. Seule la Constitution permet, dans le contrôle *a priori*, de contrôler la loi au regard des règles encadrant la procédure législative et le droit d’amendement¹⁵⁸, l’organisation de l’État (principe d’indivisibilité,

■ 155. Cass. Ch. Mixte, 24 mai 1975, Administration des douanes c/Société des cafés Jacques Vabre et Société Weigel, *Dalloz*, J, 1975, p. 497, concl. A. TOUFFAIT ; CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, *JCP*, G, 1989, n° 21371, concl. P. FRYDMAN.

■ 156. CC 2010-605 DC, 12 mai 2010, JO 13 mai 2010, p. 8897.

■ 157. V. sur l’ensemble de cette question A. LEVADE, « Perspectives : confrontation entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de constitutionnalité », *AJDA*, 2011, p. 1257 ; D. DE BÉCHILLON, « Cinq cour suprêmes ? Apologie (mesurée) du désordre », *Pouvoirs*, 2011, n137, p. 33 ; X. MAGNON, « Le réflexe constitutionnel au service du réflexe conventionnel ? Quelle place pour la conventionnalité face au contrôle de constitutionnalité a posteriori ? », in X. MAGNON, X. BIOY, W. MASTOR, S. MOUTON (dir.), *Le réflexe constitutionnel. Question sur la question prioritaire de constitutionnalité*, Bruylant, 2013 ; J. BONNET, « Les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité des lois : concurrents et complémentaires », in E. Cartier, L. GAY, A. VIALA (dir.), *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Institut Universitaire Varenne, Colloques et Essais, 2015, p. 197.

■ 158. Le Conseil d’Etat refuse par exemple de contester en conventionnalité la procédure d’adoption de la loi, quelle que soit la norme internationale ou européenne invoquée, CE 27 octobre 2015, n° 39302.

décentralisation, unité du peuple français), les finances publiques (principe d'annualité budgétaire, sincérité des lois de finances...) et la qualité de la loi (violation de l'article 34 de la Constitution, principe de normativité, OVC d'accessibilité et d'intelligibilité). En QPC, certains droits et libertés constitutionnels n'ont pas d'équivalent international et européen directement invocable en justice, comme la libre administration des collectivités territoriales. Surtout, les spécificités constitutionnelles se constatent en comparant les régimes juridiques des droits et libertés. Sous des bannières formelles identiques, « l'égalité », « le droit à un procès équitable », les jurisprudences constitutionnelles et conventionnelles ne déduisent pas forcément des normes identiques, que ce soit au niveau de l'applicabilité ou du contenu du droit et des libertés. Il arrive ainsi régulièrement que le Conseil constitutionnel abroge des dispositions qui n'avaient pourtant pas été jugées contraires à la CEDH, à propos par exemple du principe d'égalité devant la loi¹⁵⁹ et devant la justice¹⁶⁰, du principe d'individualisation des peines¹⁶¹, du droit de propriété¹⁶² ou de l'encadrement des lois de validation¹⁶³.

— Soit les normes internationales et européennes présentent un contenu spécifique. Il peut s'agir d'une garantie supplémentaire en matière de droits et libertés, à l'image du droit à la connaissance de ses origines au sens de la CEDH¹⁶⁴. Plus fréquemment, les normes internationales et européennes créent des droits et obligations précis, propres à une branche du droit. C'est sur le fondement de règles du droit matériel de l'Union européenne relatives aux pommes de table¹⁶⁵, à la fixation des prix de vente du tabac¹⁶⁶, aux dates d'ouverture de la chasse¹⁶⁷ ou en matière de délit de séjour irrégulier¹⁶⁸ que le Conseil d'État ou la Cour de cassation ont contrôlé la conventionnalité de dispositions législatives. Par un arrêt du 5 avril 2013¹⁶⁹, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation écarte l'application d'une

■ 159. CC 2010-1 QPC, 28 mai 2010, JO 29 mai 2010, p. 9728 ; comp. CE, sect., avis, 18 juill. 2006, *M. Ka*, n° 286122.

■ 160. CC 2010-15/23 QPC, 23 juillet 2010, JO 24 juillet 2010, p. 13727. Comp. Cass. crim. 23 nov. 1999, n° 99-80794 ; CEDH 3 décembre 2002, *Berger c/France*, n° 48221/99.

■ 161. CC 2010-6/7 QPC, 11 juin 2010, JO 12 juin 2010, p. 10849. Comp. Cass. Civ. 2^e, 18 décembre 2003, n° 03-6031 ; CE 1^{er} juillet 2005, n° 261002.

■ 162. CC 2010-33 QPC, 22 septembre 2010, JO 23 septembre 2010, p. 17292. Comp. CE 11 février 2004, *Schiocchet*, n° 211510.

■ 163. CC 2010-78 QPC, 10 décembre 2010, JO 11 décembre 2010, p. 21712. Comp. CE 19 novembre 2008, *Getcom*, n° 292948.

■ 164. CEDH 13 février 2003, *Odièvre c. France*, Req. n° 42326/98. Dans une hypothèse particulièrement originale, le Conseil constitutionnel déclare conforme à la Constitution l'article 16-11 du code civil, relatif à l'identification génétique post-mortem (CC2011-173 QPC, 30 septembre 2011) alors que la Cour de Strasbourg avait quelques semaines plus tôt condamné la France sur le fondement du droit à la connaissance de ses origines (CEDH 16 juin 2011, *Pascaud c. France*, n° 19535/08) pour avoir appliqué, il est vrai dans des circonstances particulières, cette même disposition.

■ 165. CE 24 septembre 1990, *Boisdet*, *Rec.*, p. 250, *RFDA*, 1991, p. 172, note L. DUBOIS.

■ 166. CE 28 février 1992, *SA Rothmans International*, *Rec.*, p. 81, concl. M. LAROQUE.

■ 167. CE 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire*, *Rec.*, p. 381, *RFDA*, 2000, p. 59, concl. F. LAMY ; CE 3 décembre 1999, *Association ornithologique et Rassemblement des opposants à la chasse*, *Rec.*, p. 379.

■ 168. Cass. Civ., 1^{re}, 5 juillet 2012, n° 11-30371. Comp. CJUE, 6 décembre 2011, *Achughbalian contre Préfet du Val-de-Marne*, C-329/11 ; CC 2011-217 QPC, 3 février 2012, JO 4 février 2012, p. 2076.

■ 169. Cass. Ass. plén., 5 avril 2013, n° 11-17520.

disposition législative en matière d'octroi de prestations familiales, validée par le Conseil constitutionnel dans le contrôle *a priori* en 2005¹⁷⁰, en raison d'une violation d'une norme sans équivalent constitutionnel, à savoir l'accord euro-méditerranéen du 22 avril 2002 établissant une association entre la Communauté européenne, les États membres et l'Algérie et interdisant l'octroi d'une prestation sociale à un ressortissant algérien à des conditions supplémentaires ou plus rigoureuses par rapport à celles applicables à ses propres ressortissants. De même, le Conseil d'État et la Cour de cassation se fondent fréquemment sur des normes issues de conventions bilatérales ou multilatérales¹⁷¹ qui ne trouvent pas toujours d'équivalent constitutionnel.

432 Les risques de conflit avec le contrôle *a priori*. Identifié dès le lendemain de l'arrêt *Nicolo*¹⁷², le risque d'un conflit entre les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité des lois est évident. Certes, la plupart du temps, les solutions des juges convergent, l'impératif d'unité du droit fait son œuvre et la loi déclarée conforme à la Constitution est déclarée conforme au traité¹⁷³. Mais l'intérêt du justiciable à obtenir gain de cause peut contraindre les juges de la conventionnalité à agir autrement. Ainsi, les cas de divergence entre le contrôle de constitutionnalité *a priori* du Conseil constitutionnel et le contrôle de conventionnalité sont nombreux. Ils concernent par exemple la violation de la CEDH par des lois de validation constatée par la Cour de cassation¹⁷⁴ ou le Conseil d'État¹⁷⁵, la violation des règles européennes de libre circulation des marchandises¹⁷⁶ ou de la Convention internationale relative aux droits de

■ 170. CC 2005-528 DC, 15 décembre 2005, JO 20 décembre 2005, p. 19561.

■ 171. H. TIGROUDJA, « Le juge administratif français et l'effet direct des engagements internationaux », *RFDA*, 2003, p. 162 ; J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, « De l'invocabilité des sources européennes et internationales du droit social devant le juge interne », *Dr. Soc.* 2012, p. 1014 ; M. GAUTIER, F. MELLERAY, « Applicabilité des normes internationales », *Jurisclasseur administratif*, Fascicule n° 20, 2013.

■ 172. CE 21 décembre 1990, *Confédération nationale des associations familiales catholiques et autres*, concl. Bernard STIRN, *RFDA*, 1990, p. 1065 ; voir également, CM, FD, YA, « Le Conseil d'État, le droit à la vie et le contrôle de conventionnalité », *AJDA* 1991, p. 91.

■ 173. La loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public est validée au regard de la CEDH par la Cour de cassation, après avoir été déclarée conforme à la Constitution : CC 2010-613 DC, 7 octobre 2010, JO 12 octobre 2010, p. 18345 ; Cass. 5 mars 2013, n° 12-80891.

■ 174. CC 96-284 DC, 19 décembre 1996, *R.*, p. 141 et Cass. soc. 26 avril 2001, *Polyclinique Lavalette*, n° 99-21030 ; CC 99-425 DC, 9 décembre 1999, *AJDA*, 2000, p. 43, note J.-E. SCHOETTL et Cass. com., 20 novembre 2001, *RFDA*, 2002, p. 791, note J. LAMARQUE ; CC 2001-452 DC, 6 décembre 2001, *R.* p. 156 et Cass. Ass. plén., 23 janvier 2004, *RFDA*, 2003, p. 224 ; CC 97-395 DC, 30 décembre 1997, *R.*, p. 333 et Cass. Ass. plén., 7 avril 2006, *Bull.*, p. 5.

■ 175. CC 2005-531 DC, 29 décembre 2005, *R.*, p. 186 et CE 25 avril 2007, *Ministre des transports*, *Juris-Data*, n° 2007-071794 ; CC 2006-544 DC, 14 décembre 2006, JO 22 décembre 2006, p. 19356 et CE 21 décembre 2007, n° 298463.

■ 176. CE 5 mai 1995, *SARL DER, Rec.*, p. 192.

l'enfant¹⁷⁷. Bien évidemment, le conflit peut également survenir entre une décision du Conseil constitutionnel et un arrêt de la CEDH¹⁷⁸ ou de la CJUE¹⁷⁹.

433 Les interactions avec le contrôle *a posteriori*.

— À la suite d'une décision QPC, le juge ordinaire peut tout d'abord confirmer et prolonger les effets de la décision de conformité à la Constitution. Après la validation par le Conseil constitutionnel des modalités de parrainages des candidatures à la présidentielle, le Conseil d'État rejette le recours en conventionnalité de M^{me} Le Pen qui invoquait la violation du pacte international relatif aux droits civils et politiques¹⁸⁰. En vertu de la jurisprudence *M'Rida*¹⁸¹, le Conseil d'État purge en conventionnalité les vices de la loi que le Conseil constitutionnel n'a pu sanctionner, spécialement lorsque la question de constitutionnalité concernait une partie seulement du dispositif applicable au litige¹⁸².

— Ensuite, le juge ordinaire peut utiliser une solution dégagée antérieurement dans le cadre du contrôle de conventionnalité des lois pour neutraliser le renvoi au Conseil constitutionnel d'une QPC. L'arrêt du Conseil d'État *SCI La Saulaie* du 16 juin 2010 prend ainsi appui sur l'interprétation constructive du régime d'indemnisation des servitudes publiques, élaborée dans l'arrêt *Bitouzet* de 1998 à l'occasion de l'examen de la conventionnalité de la loi, pour dénuer à la question posée son caractère sérieux et ainsi ne pas la renvoyer au Conseil constitutionnel¹⁸³.

— Le contrôle de conventionnalité des lois peut également créer une dissonance d'agenda avec le contrôle de constitutionnalité des lois en écartant immédiatement l'application d'une loi que le Conseil constitutionnel a déclarée contraire à la Constitution mais dont il a maintenu l'application en vertu d'une abrogation différée. C'est l'hypothèse du fameux arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 15 avril 2011¹⁸⁴ qui profitait de l'abrogation différée par le Conseil constitutionnel de la loi sur la garde à vue. De même, dans un arrêt du 10 avril 2015¹⁸⁵, énième épisode de l'affaire *Red Bull* relative à la taxation des boissons « dites énergisantes » comportant une certaine teneur en caféine, le Conseil d'État écarte l'application d'une disposition législative, sur le fondement des articles 14 et

■ 177. CE 7 juin 2006, *Association AIDES*, n° 285576.

■ 178. CEDH 28 octobre 1999, *Zielinski, Pradal, Gonzales et a c/France*, n° 24846/94 ; CEDH 14 février 2006, *Lecarpentier c. France*, n° 67847/01.

■ 179. CJCE 18 janvier 2007, *CGT et a.*, C-385/05 (comp. CC 2005-521 DC, 22 juillet 2005, JO 27 juillet 2005, p. 12233). Voir également à propos d'une décision QPC : CJUE, 15 janvier 2014, *Association de médiation sociale*, C-176/12 (comp. CC 2011-122 QPC, 29 avril 2011, JO 30 avril 2011, p. 7535).

■ 180. CC 2012-233 QPC, 21 février 2012, JO 22 février 2012, p. 3023 ; CE 21 mars 2012, *Marine Le Pen*, n° 355137.

■ 181. CE, Ass., 13 mai 2011, *M'Rida*, n° 316734.

■ 182. V. par ex. CE 28 novembre 2010, *Section française de l'OIP*, n° 323694. ; CE 16 janvier 2013, n° 337662 ; CE 31 mars 2014, n° 345812.

■ 183. A. ROBLOT-TROIZIER, T. RAMBAUD, « Chronique de jurisprudence – droit administratif et droit constitutionnel », *RFDA*, 2010, p. 1257

■ 184. Cass, Ass. plén., 15 avril 2011 n° 10-17.049 et autres. Cf. également, à propos d'une disposition relative au recours contre l'arrêté du président du conseil général qui admet l'enfant en qualité de pupille de l'État : Cass. 1e Civ., 9 avril 2013, n° 11-27071.

■ 185. CE 10 avril 2015, *Sté Red Bull on Premise et a.*, n° 377207. V. M. GUYOMAR, « Chronique de jurisprudence du Conseil d'État. Contentieux administratif et Convention européenne des droits de l'Homme », *Gazette du Palais*, 25 juin 2015 n° 176, p. 14.

1 du Protocole 1 à la CEDH, alors qu'une décision du Conseil constitutionnel du 19 septembre 2014¹⁸⁶ avait censuré cette même disposition tout en l'abrogeant à une date ultérieure. Certes, le pouvoir du juge de la conventionnalité des lois de court-circuiter l'abrogation différée prononcée par le Conseil constitutionnel peut apparaître comme une forme de désaveu de l'article 62 de la Constitution. Cependant, les justiciables profitent de la possibilité pour le contrôle de conventionnalité de remédier aux défauts de l'arme lourde et abrupte que constitue l'effet abrogatif du contrôle de constitutionnalité, en écartant immédiatement dans un litige donné l'application particulière d'une disposition législative. Le Conseil constitutionnel en a d'ailleurs parfaitement conscience et a développé la technique des réserves transitoires qui évite certains effets néfastes de l'abrogation différée tout en assurant l'effectivité immédiate des droits et libertés.

— Enfin, les cas de conflits de fond ne sont pas écartés. Ce fut le cas dans un arrêt du 18 juin 2012 de la Cour administrative d'appel de Paris¹⁸⁷ qui écarte sur le fondement de la CEDH une loi de validation déclarée conforme à la Constitution quelques semaines plus tôt. Les conclusions du rapporteur public ont retenu l'attention : « en toute orthodoxie juridique, le défaut d'identité de cause juridique conduit à écarter totalement la décision du Conseil constitutionnel et à vous prononcer comme si elle n'existait pas »¹⁸⁸. En réaction, le Conseil constitutionnel modifie sa jurisprudence afin de s'aligner sur les critères européens. Depuis une décision du 14 février 2014, plus aucune nuance matérielle ne sépare les conditions de constitutionnalité et de conventionnalité des lois de validation, dès lors que le Conseil constitutionnel exige la présence d'un motif « impérieux » d'intérêt général¹⁸⁹.

À l'avenir, les cas de conflits devraient se multiplier, notamment au regard du nouvel élan donné par la Cour de cassation au contrôle de conventionnalité des lois. En révolutionnant récemment son office à travers la concrétisation inédite du contrôle de proportionnalité, la Cour de cassation pourrait théoriquement écarter l'application particulière et précise d'une loi par ailleurs abstraitement déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel¹⁹⁰. La réplique du Conseil constitutionnel à ce redéploiement stratégique ne devait pas tarder ; probablement en opérant un revirement de la jurisprudence *IVG*.

■ 186. CC 2014-417 QPC, 19 septembre 2014, JO 21 septembre 2014, p. 15472.

■ 187. CAA Paris, 18 juin 2012, *Fondation d'entreprise Louis Vuitton pour la création, RFDA*, 2012, p. 650, concl. S. VIDAL.

■ 188. S. VIDAL, « Conclusions sur CAA Paris, 18 juin 2012, Fondation d'entreprise Louis Vuitton », *op. cit.*

■ 189. CC 2013-366 QPC, 14 février 2014, JO 16 février 2014, p. 2724.

■ 190. P. CHEVALLIER, « De nouveaux horizons pour le contrôle de conventionnalité à la Cour de cassation ? », *Constitutions*, 2014, n° 3 ; F. CHÉNÉDÉ, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *Dalloz*, 2016 p. 796. Cf. également X. DUPRÉ DE BOULOIS, « Regard extérieur sur une jurisprudence en procès », *JCP, G*, 2 mai 2016, doct. 552.

BIBLIOGRAPHIE

1. Sur l'autorité des décisions :

■ J. ARRIGHI DE CASANOVA, « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel vue du Conseil d'État », *NCCC*, 2011, n° 30, p. 23 ■ P. AZOUAOU, « Autorité et portée d'une déclaration d'inconstitutionnalité », *RFDA*, 2014, p. 364 ■ V. BACQUET-BREHANT, *L'article 62, alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958. Contribution à l'étude de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, LGDJ, Tome 120, 2005 ■ A. DERRIEN, *Les juges français de la constitutionnalité. Étude sur la construction d'un système contentieux. Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation : trois juges pour une norme*, Bruylant 2003, BEDC-SP ■ O. DESAULNAY, « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel vue par la Cour de cassation », *NCCC*, n° 30, 2011, p. 30 ■ Th. DI MANNO, « Les divergences de jurisprudence entre le Conseil constitutionnel et les juridictions ordinaires suprêmes », in P. ANCEL, M.-C. RIVIER (dir.), *Les divergences de jurisprudence*, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2003, p. 185 ■ « Les quotas par sexe dans les jurys de concours et l'autorité de chose jugée des décisions du Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2003, p. 820 ■ M. DISANT, *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, LDGJ, 2010 ■ « L'autorité substantielle des déclarations d'inconstitutionnalité. De l'inconstitutionnalité équivalente », *Constitutions*, 2015, p. 229 ■ « Le droit de suite des décisions d'inconstitutionnalité », *Constitutions*, 2016, p. 53 ■ « Quelle autorité pour la « chose interprétée » par le Conseil constitutionnel ? De la persuasion à la direction », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX (dir.), *L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2010, p. 74 ■ G. DRAGO, *L'exécution des décisions du Conseil constitutionnel*, Economica-PUAM, Droit public positif, 1991 ■ O. DUTHELLET DE LAMOTHE, « L'autorité de l'interprétation constitutionnelle », in F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2005, p. 193 ■ « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité », in *Mélanges D. Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 315 ■ M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, K. ROUDIER, « Les suites des décisions rendues par les juridictions constitutionnelles dans le cadre de questions d'inconstitutionnalité. Étude portant sur les conséquences des déclarations d'inconstitutionnalité », in L. GAY (dir.), *La QPC. Approche de droit comparé*, Bruylant 2014, p. 262 ■ S. FERRARI, « L'exécution par le juge administratif des décisions QPC rendues par le Conseil constitutionnel », *RDP*, 2015, p. 1495 ■ R. FRAISSE, « La chose jugée par le Conseil constitutionnel dans les motifs et le dispositif de ses décisions et la QPC », *NCCC*, 2011, n° 30, p. 77-86 ■ M. GUILLAUME, « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel : vers de nouveaux équilibres ? », *CCC*, n° 30, 2011, p. 49 ■ B. MATHIEU, « Pour une reconnaissance de l'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel », *Dalloz*, 2003, p. 1507 ■ X. MAGNON, « Sur un pont-aux-ânes ? L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel, pour une distinction entre « autorité » et « force » de chose jugée », *RFDA*, 2013, p. 859 ■ B. MATHIEU, M. VERPEAUX (dir.) *L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2010 ■ J. MEUNIER, « Le Conseil constitutionnel et l'autorité de ses décisions », in *Mélanges M. Troper*, *Economica*, 2006, p. 693 ■ N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, 1997 ■ F. MODERNE, « La déclaration de conformité sous réserve », in L. FAVOREU (dir.), *Le Conseil constitutionnel et les partis politiques*, Economica-PUAM, 1988, p. 93 ■ A. ROBLLOT-TROIZIER, « QPC, Conseil d'État et Cour de cassation », *NCCC*, 2013, n° 40, p. 49 ■ T. S. RENOUX, « Autorité de chose jugée ou autorité de la constitution ? A propos de l'effet des décisions du Conseil constitutionnel », in *Mélanges P. Pactet*, Dalloz, 2003, p. 835 ■ C. RICHAUD, *Le précédent dans la jurisprudence du Conseil*

constitutionnel, Thèse Montpellier, 2015 ■ C.-E. SÉNAC, *L'office du juge constitutionnel. Étude du contrôle de constitutionnalité par les juridictions françaises*, LGDJ, 2015 ■ A. VIALA, « De la dualité du *sein* et du *sollen* pour mieux comprendre l'autorité de la chose interprétée », *RDP*, 2001, p. 777 ■ « La question de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel », in D. Rousseau (dir.), *Le Conseil constitutionnel en questions*, L'Harmattan 2004, p. 145.

2. Sur l'autorité des censures « néo-calédonniennes » :

■ P. AZOUAOU, « Autorité et portée d'une déclaration d'inconstitutionnalité », *RFDC*, 2014, n° 2, p. 364 ■ F. BARQUE, « Plaidoyer pour l'extension du pouvoir d'abrogation du Conseil constitutionnel. A propos des effets des déclarations d'inconstitutionnalité incidentes », *RDLF*, 31 mars 2014, p. 2 ■ J. BONNET, « L'épanouissement de la jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie* », *AJDA*, 2014, p. 467 ■ A.-L. CASSARD-VALEMBOIS, « L'utilisation renouvelée de la jurisprudence « État d'urgence en Nouvelle-Calédonie » au profit de la liberté contractuelle et de la liberté d'entreprendre », *Constitutions*, 2013, p. 400 ■ M. DISANT, « Les effets en QPC d'une déclaration d'inconstitutionnalité « néo-calédonienne », le déjà jugé et le mal compris », *RFDC*, 2014, p. 121 ■ B. GENEVOIS, « Un exemple de l'influence du contrôle *a posteriori* sur le contrôle *a priori* : l'application de la jurisprudence État d'urgence en Nouvelle-Calédonie », *RFDA*, 2013, p. 1 ■ N. MOLFESSIS, « La QPC posée sur un texte déjà déclaré inconstitutionnel. Peut-on tuer un mort ? », *JCP G*, 7 octobre 2013, n° 41, p. 1826 ■ H. PORTELLI, « Autorité de la chose jugée et jurisprudence constitutionnelle : sur quelques cas emblématiques », *JCP A*, n° 37, 15 septembre 2014 ■ C.-E. SÉNAC, « Le renouveau de la jurisprudence État d'urgence en Nouvelle-Calédonie », *RDP*, 2013, p. 1453 ■ A. VIALA, « L'autorité des censures « néo-calédonniennes » : quand le contrôle *a priori* pétrifie les enjeux du contrôle *a posteriori* », *Constitutions*, 2013, n° 4, p. 574.

3. Sur l'autorité des décisions au regard du contrôle de conventionnalité des lois :

■ « Constitutionnalité et conventionnalité », *RFDA*, 2012, n° 4 p. 625 s., avec les contributions de R. TINIÈRE, M. AFROUKH, K. BLAY-GRABARCZYK, C. NIVARD, C. PICHÉRAL, S. PLATON ■ J. BONNET, « Les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité des lois : concurrents et complémentaires », in E. CARTIER, L. GAY, A. VIALA (dir.), *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Institut Universitaire Varenne, Colloque et Essai, 2015, p. 197 ■ « L'indépendance du contrôle de conventionnalité des lois », in *Mélanges J.-L. Autin*, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2012, p. 1231 ■ F. CHENÉDÉ, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *Dalloz*, 2016 p. 796 ■ P. CHEVALLIER, « De nouveaux horizons pour le contrôle de conventionnalité à la Cour de cassation ? », *Constitutions*, 2014, n° 3 ■ D. DE BÉCHILLON, « Cinq cour suprêmes ? Apologie (mesurée) du désordre », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, p. 33 ■ « De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire, malaise dans la Constitution », *RFDA*, 1998, p. 225 ■ X. DUPRÉ DE BOULOIS, « Regard extérieur sur une jurisprudence en procès », *JCP. G*, 2 mai 2016, doct. 552 ■ O. DUTHELLET DE LAMOTHE, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007 ■ B. GENEVOIS, « Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme : concurrence ou complémentarité ? », *RFDA*, 1993, p. 849 ■ A. JAUREGUIBERRY, « L'influence des droits fondamentaux européens sur le contrôle *a posteriori* », *RFDA*, 2013, p. 10 ■ A. LEVADE, « Perspectives : confrontation entre contrôle de conventionnalité et contrôle

de constitutionnalité », *AJDA*, 2011, p. 1257 ■ X. MAGNON, « Le réflexe constitutionnel au service du réflexe conventionnel ? Quelle place pour la conventionnalité face au contrôle de constitutionnalité *a posteriori* ? », in X. MAGNON, X. BIOY, W. MASTOR, S. MOUTON (dir.), *Le réflexe constitutionnel. Question sur la question prioritaire de constitutionnalité*, Bruylant, 2013 ■ J.-F. DE MONTGOLFIER, « Le contrôle de la hiérarchie des normes par le juge judiciaire : question prioritaire de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité en matière de droits fondamentaux, rapprochement et diversité », *BICC* 2014, n° 810 ■ H. TIGROUDJA, « Le juge administratif français et l'effet direct des engagements internationaux », *RFDA*, 2003, p. 162.

DEUXIÈME PARTIE

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL : LA JURISPRUDENCE

434 La Constitution est une notion en survivance écrivait Georges Burdeau en 1956¹. Aujourd'hui, elle déborde de vitalité. Elle informe, elle pénètre, elle saisit l'ensemble des branches du droit au point de donner à la théorie des bases constitutionnelles, formulée par le doyen Vedel à propos du droit administratif, une portée générale. Et la jurisprudence du Conseil, qui fait vivre et vibrer cette Constitution au quotidien, intéresse tout à la fois le contrôle de la représentation politique (titre 1) et la garantie des droits (titre 2).

■ 1. G. BURDEAU, *La Constitution, une notion en survivance, l'évolution du droit public*, Sirey 1956, p. 53.

TITRE 1

LA JURISPRUDENCE RELATIVE À LA REPRÉSENTATION POLITIQUE

- 435** Vieille querelle : la vie politique a-t-elle ses propres lois, ou est-elle régie par le droit ? Les transformations induites par le travail, depuis 1958, d'une nouvelle institution, le Conseil constitutionnel, ont incontestablement contribué à la juridicisation de la politique et à un contrôle toujours plus fort de la représentation politique (chapitre 1) et de la séparation des pouvoirs (chapitre 2).

CHAPITRE I

LE CONTRÔLE DE LA REPRÉSENTATION POLITIQUE

436 Comme juge de la constitutionnalité des lois, le Conseil a contribué à définir, progressivement, les principes modernes de la représentation politique (section 1). Comme juge des élections nationales, il essaie, sans doute insuffisamment, de maintenir la liberté de choix des électeurs et la sincérité des scrutins, sources, parmi d'autres, de la légitimité de la représentation politique (section 2).

SECTION I

LA DÉFINITION DES PRINCIPES DE LA REPRÉSENTATION POLITIQUE

437 L'utopie de Jean-Jacques Rousseau reste encore à venir : le mode d'exercice de la souveraineté est toujours la représentation, le gouvernement du peuple par des représentants. Mais ses critiques du principe représentatif – domination d'une classe politique dépossédant les citoyens de leur pouvoir, distorsion croissante des intérêts des gouvernés et de ceux des gouvernants, uniquement préoccupés à défendre leur carrière... – ont fait leur chemin et progressivement influencé le mode d'organisation et de fonctionnement du système représentatif. Aujourd'hui, pour se reproduire, il doit être ouvert au public et prendre en compte les différentes modalités de son intervention politique ; il doit aussi s'établir par une procédure de délégation qui garantisse la qualité de la représentation. Deux principes définissent ainsi la figure contemporaine du système représentatif : le principe démocratique (§1) et le principe du suffrage (§2). Tous les deux sont redevables de leur autorité constitutionnelle au Conseil qui impose leur respect au Parlement.

§ 1. LE PRINCIPE DÉMOCRATIQUE

438

Pour le Conseil, le principe démocratique conjugue une double exigence constitutionnelle : le pluralisme (A) et la préservation de la souveraineté nationale (B).

A. LE PLURALISME, UN PRINCIPE CONSTITUTIONNEL « VALORISÉ »

439

Progressivement élaboré et défini pour apprécier les lois relatives à la liberté de communication (1), le pluralisme est rapidement généralisé et déclaré, en 1990, « fondement de la démocratie » (2).

1. Le pluralisme, condition de la liberté de communication

a) La découverte jurisprudentielle du pluralisme

440

La notion de pluralisme apparaît dans la jurisprudence constitutionnelle, pour la première fois, à propos de la liberté de communication. Si, au départ, le Conseil est prudent et hésitant sur la terminologie, au fil de ses décisions, il affirme de plus en plus clairement le caractère général et fondamental du pluralisme. Il transparait d'abord, de manière incidente, dans la décision des 30-31 octobre 1981¹ : citant le législateur qui a mis comme condition des dérogations au monopole d'État sur la radio-télévision, « l'obligation (pour le bénéficiaire) d'assurer l'expression libre et pluraliste des idées et des courants d'opinion », le Conseil déclare « que cette obligation a pour objet et doit avoir pour effet de garantir le respect des principes constitutionnels de liberté et d'égalité ». Puis, dans sa décision du 27 juillet 1982², il qualifie « d'objectifs de valeur constitutionnelle, la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socio-culturels ». Dans ses décisions ultérieures, le Conseil évoque le pluralisme des entreprises de presse et des quotidiens d'information politique et générale³ et, plus généralement, le pluralisme de « l'ensemble des moyens de communication »⁴ ou « des médias »⁵. Enfin, dans le domaine de la vie politique – les « courants d'idées et d'opinions » –, le pluralisme change de statut, il gagne en force contentieuse et prend les traits d'une « exigence constitutionnelle »⁶, puis

■ 1. CC 81-129 DC, 30-31 octobre 1981, R. p. 35.

■ 2. CC 82-141 DC, 27 juillet 1982, R. p. 48.

■ 3. CC 84-181 DC, 10-11 octobre 1984, R. p. 73.

■ 4. CC 86-210 DC, 29 juillet 1986, R. p. 110 ; CC 86-217 DC, 18 septembre 1986, R. p. 141.

■ 5. CC 2009-577 DC, 3 mars 2009, cons. 3, JO 7 mars 2009, p. 4336.

■ 6. CC 89-271 DC, 11 janvier 1990, cons. 12, JO 13 janvier 1990, p. 573.

d'un « principe »⁷. Depuis la décision du 18 juillet 2014⁸, le Conseil rattache même cet aspect du pluralisme à l'article 4 de la Constitution.

Ces différences de rédaction, qui se retrouvent encore aujourd'hui dans les décisions les plus récentes, marquent cependant une évolution consistant pour le Conseil à faire couvrir tout le champ de la libre communication des pensées et des opinions de l'article 11 de la Déclaration de 1789 par la notion de pluralisme. Cette liaison, ou cette superposition, paraît logique : la liberté de communication implique, pour être effective, que le public puisse disposer d'un nombre suffisant de publications de tendances et de caractères différents, de programmes audiovisuels qui garantissent, dans le secteur public comme dans le secteur privé, l'expression de tendances et de caractères également différents, de partis politiques nombreux, variés, qui s'expriment librement et équitablement.

D'une certaine manière, l'adjonction de l'exigence du pluralisme au principe de libre communication pourrait ainsi paraître redondante ; qu'elle ne le soit pas en réalité, tient aux circonstances politiques dans lesquelles la notion de pluralisme fut introduite durant les années 1980. Cette décennie est, en effet, marquée par une succession rapide et répétée d'alternances politiques – 1981, 1986, 1988 – qui, chaque fois, conduit la nouvelle majorité, au nom du « vrai pluralisme », à détruire le travail de l'ancienne et à poser les règles d'un nouveau régime juridique de la presse et de l'audiovisuel⁹. Tout se passe comme si le Conseil, impuissant à empêcher ces changements continus de législation¹⁰, s'efforçait chaque fois de mieux limiter la marge de manœuvre du Parlement, et l'amplitude des modifications législatives, en construisant et affirmant toujours davantage sa propre conception d'une communication libre et pluraliste pour mieux l'opposer à celle du législateur, en multipliant les formulations du pluralisme pour mieux atteindre, dans tous ses aspects, les législations portant sur la liberté de communication. Ainsi, non qualifié en 1981, le pluralisme devient « un *objectif* de valeur constitutionnelle » en 1982, et une « *exigence* constitutionnelle » en 1990 ; il est même, très classiquement, qualifié de *principe* de valeur constitutionnelle dans la décision du 29 juillet 1986¹¹. Objectif, exigence, principe, la doctrine s'est longtemps interrogée sur la signification de ces rédactions différentes¹² : infériorité juridique du pluralisme, simple directive générale par rapport aux autres droits, libertés et principes,

■ 7. CC 2011-4538 SEN, 12 janvier 2012, JO 14 janvier 2012, p. 750 ; CC 2004-490 DC, 12 février 2004, cons. 84, JO 2 mars 2004, p. 4220. En QPC : CC 2012-233 QPC, 21 février 2012, cons. 10, JO 22 février 2012, p. 3023 ; CC 2013-353 QPC, 18 octobre 2013, JO 20 octobre 2013, p. 17279 ; CC 2014-407 QPC, 18 juillet 2014, JO 20 juillet 2014, p. 12116.

■ 8. CC 2014-407 QPC, 18 juillet 2014, JO 20 juillet 2014, p. 12116.

■ 9. Loi du 29 juillet 1982 relative à la communication audiovisuelle, du 23 octobre 1984 sur les entreprises de presse, du 1^{er} août 1986 portant réforme juridique de la presse, du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, du 17 janvier 1989, modifiant les dispositions de la loi du 30 septembre 1986.

■ 10. Il est loisible au législateur, reconnaît chaque fois le Conseil, « d'adopter, pour la réalisation ou la conciliation d'objectifs de nature constitutionnelle, des modalités nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et qui peuvent comporter la modification ou la suppression de dispositions qu'il estime excessives ou inutiles », CC 86-210 DC, 29 juillet 1986, R. p. 110.

■ 11. Dans cette décision, le Conseil déclare en effet que les dispositions législatives relatives aux « modalités de protection du pluralisme de la presse ont pour effet de priver de protection légale un principe de valeur constitutionnelle », CC 86-210, 29 juillet 1986, R. p. 110.

■ 12. V. par exemple, R. ÉTIEN, « Le pluralisme, objectif de valeur constitutionnelle », RA 1986, p. 458.

ou, au contraire, supériorité d'une notion imposant des concessions à toutes les autres catégories constitutionnelles ?

Dix-huit ans après sa découverte jurisprudentielle, le pluralisme entrait dans la Constitution à l'occasion de la révision du 23 juillet 2008 : « la loi, *dispose le nouvel article 4*, garantit les expressions pluralistes des opinions ». Il n'est pas sûr que cette inscription se soit traduite par une meilleure protection de ce principe. Il reste que, sur la base de cette disposition, le principe du pluralisme – du moins l'une de ses facettes – est dorénavant ancré dans un texte constitutionnel.

b) Un contrôle timide du pluralisme des médias

441 Au regard de la liberté de communication, le pluralisme des médias peut se concevoir de deux manières. Dans sa forme externe, il implique l'existence de plusieurs et différents moyens d'information, écrits et audiovisuels et une indépendance à l'égard des pouvoirs politiques ; dans sa forme interne il signifie qu'à l'intérieur de chaque entreprise de communication l'expression des différents courants d'opinion doit être assurée¹³. Le Conseil contrôle le respect de ces deux formes du pluralisme.

442 Il garantit d'abord le respect du pluralisme *externe* en vérifiant que les lois n'ouvrent pas la voie à des concentrations d'entreprises susceptibles de lui porter atteinte. Dans sa décision du 29 juillet 1986, le Conseil constate que l'interdiction faite par la loi à une personne d'acquérir un titre de presse lorsque cette acquisition aurait pour effet de lui permettre de détenir plus de 30 % de la diffusion totale, sur l'ensemble du territoire, des quotidiens d'information politique et générale, ne s'applique pas « à une personne morale ou physique juridiquement distincte de l'acquéreur, quand bien même ce dernier serait sous son autorité ou sous sa dépendance » ; considère que le seuil de 30 % peut ainsi être facilement contourné par l'intermédiaire d'acquisitions de titres faites par des sociétés filiales ou des salariés ; et censure en conséquence le dispositif anti-concentration de la presse écrite prévu par le Parlement, au motif qu'en l'état de sa rédaction, il ne permet pas d'assurer au pluralisme « un caractère effectif ». Dans sa décision du 18 septembre 1986, le Conseil n'invalide pas les règles limitant les concentrations dans le domaine audiovisuel pour inefficacité, mais « du fait des insuffisances des dispositions de la loi relative au contrôle des concentrations »¹⁴.

En d'autres termes, pour l'ensemble des moyens de communication, le Conseil assure le respect du pluralisme en imposant au législateur « de faire pleinement droit à l'exigence constitutionnelle de limitation des concentrations »¹⁵. Cette ferme doctrine, toujours rappelée, n'empêche pas un contrôle parfois trop timide du respect du pluralisme des médias. Ainsi, dans la décision du 21 janvier

■ 13. Dans le même sens, F. LUCHAIRE, *op. cit.*, p. 127.

■ 14. Le Conseil reproche par exemple à la loi de ne prévoir aucune limitation à l'octroi à une même personne d'autorisation concernant la télévision par câble, d'interdire les cumuls par une même personne de deux autorisations dans une même zone géographique sans faire obstacle à ce que cette même personne puisse éventuellement se voir accorder, dans le même temps, une ou plusieurs autres autorisations permettant la desserte de l'ensemble du territoire...

■ 15. CC 86-217 DC, 18 septembre 1986, R. p. 141.

1994¹⁶, ne sont pas jugés contraires au pluralisme l'autorisation pour les services nationaux de télévision diffusant en clair d'effectuer des « décrochages locaux » d'une durée de trois heures ; la possibilité de reconduire automatiquement, hors appel à des candidatures nouvelles, les autorisations d'émettre initialement accordées ; la possibilité de délivrer des autorisations d'émettre temporaires (six mois) ; le relèvement de 25 à 49 % de la fraction de capital ou des droits de vote qu'une société titulaire d'une autorisation relative à un service national de télévision peut détenir ; enfin le relèvement de 30 à 150 millions de personnes, du seuil d'audience qu'un même réseau de radiodiffusion peut couvrir.

443 Dix ans plus tard, la décision du 1^{er} juillet 2004¹⁷ semble même signifier l'abandon pratique de l'exigence constitutionnelle de limitation des « concentrations ». Arguant de l'évolution des données technologiques, qui modifie souvent de manière considérable la portée géographique des images télévisées, le législateur a cru devoir changer certaines règles du dispositif – faiblement – anticoncentration de la loi de 1986 sur trois points principaux : le seuil de population à partir duquel un service de télévision locale est assimilé à un service national passe de 6 à 10 millions d'habitants ; le seuil de population à partir duquel une même personne ne peut cumuler plusieurs autorisations de diffuser un service de télévision locale passe de six à douze millions d'habitants ; enfin, pour les services de télévision nationale, le nombre d'autorisations dont une même personne peut disposer passe de cinq à sept. Le Conseil, dans cette décision, reconnaît un assouplissement des règles tendant à limiter la concentration des opérateurs, mais il juge que le législateur « s'est borné à adapter ces règles aux nouvelles données techniques pour favoriser le développement des télévisions locales et numériques » et n'a en conséquence porté atteinte ni à la liberté d'expression ni au pluralisme des courants d'opinion dès lors « que les autorisations de diffusion par le CSA restent subordonnées à l'exigence du pluralisme ».

Sans doute, les évolutions technologiques ont-elles modifié les modes et le champ de diffusion de la communication audiovisuelle ; mais elles se sont aussi accompagnées, pour des raisons liées au coût des investissements requis, de la constitution de grands groupes multimédia ou multiactivités. C'est pourquoi, le risque, pour le pluralisme des médias, de cette double évolution technologique et financière aurait pu – dû ? – conduire le Conseil à se montrer plus préoccupé par l'affermissement des règles anticoncentration que par leur assouplissement. Sous peine de soumettre l'État de droit à l'État des technologies. Il est sans doute important que le droit n'entrave pas les progrès de la technologie et, notamment, le passage de l'analogique au numérique ; mais, ces progrès ne sauraient faire souffrir les principes d'égalité et de pluralisme. Or, oubliant ce souci d'équilibre, le Conseil, dans sa décision du 27 février 2007¹⁸, a jugé que n'y portait pas atteinte l'octroi à TF1, M6 et Canal+ de « chaîne bonus » pour faciliter leur migration vers le numérique. L'autorité de régulation des communications électroniques et le Conseil supérieur de l'audiovisuel avaient pourtant considéré que cet avantage était

■ 16. CC 93-333 DC, 21 janvier 1994, R. p. 32.

■ 17. CC 2004-497 DC, 1^{er} juillet 2004, R. p. 107.

■ 18. CC 2007-550 DC, 27 février 2007, JO 7 mars 2007, p. 4368.

« injustifié, avait pour effet de préempter encore un peu plus le dividende numérique au profit des éditeurs, et mettait en cause les principes constitutionnels de pluralisme et d'égalité ».

444 L'inscription dans la Constitution de l'obligation pour la loi de garantir le « pluralisme et l'indépendance des médias » en 2008 (article 34) permettait de penser que législateur et Conseil constitutionnel seraient plus vigilants aux rapports toujours compliqués et dangereux entre le politique et les médias. Or, dans sa décision du 3 mars 2009¹⁹, le Conseil accepte que le pouvoir de nomination des présidents de France Télévision et de Radio France soit retiré à la compétence d'une « autorité indépendante » – le Conseil supérieur de l'audiovisuel – pour être re-confié au pouvoir politique en la personne du Président de la République. Même si le Conseil prend en considération que le pouvoir présidentiel de nomination est encadré par un avis conforme du CSA et un droit de veto possible des commissions parlementaires, il reste que ce transfert de pouvoir signe un abaissement des garanties pour le pluralisme et l'indépendance des médias publics.

445 La décision du 7 janvier 2016²⁰ dévoile également une protection pour le moins timide du pluralisme des médias. Dans cette décision était attaquée la législation autorisant une commission indépendante à modifier, et même résilier, les contrats de distribution de la presse entre les entreprises du secteur et les distributeurs grossistes. Cette intervention d'une autorité indépendante pouvait s'expliquer – justement – par l'exigence de pluralisme : la régulation de la diffusion de la presse permet aux lecteurs-citoyens d'avoir à leur disposition, chaque matin et sur tout le territoire, les différents journaux produits par la presse nationale et internationale. Et sans cette diversité, sans cette information variée, pas de pluralisme. Le Conseil souligne à ce titre que la commission de régulation peut prononcer « la résiliation de ce contrat afin de mettre en œuvre l'objectif de pluralisme et d'indépendance des quotidiens d'information politique et générale ». Mais au lieu de rejeter le grief au nom de cet objectif de pluralisme des médias, condition de la démocratie, il décide au contraire de prononcer une censure sur le fondement de la liberté contractuelle – la deuxième depuis 2000 – : « le législateur a insuffisamment encadré les conditions dans lesquelles la décision d'un tiers au contrat conclu entre une société de messagerie de presse et un dépositaire central de presse peut conduire à la résiliation de ce contrat ; [...] il a porté une atteinte manifestement disproportionnée à la liberté contractuelle ». Entre le pluralisme et la liberté contractuelle, c'est donc cette dernière qui l'emporte... au moins pour le cas d'espèce.

Autre question, tout aussi épineuse : celle du financement des médias. Car chacun s'accorde à dire qu'une chaîne de télévision ou une radio sans argent et sans moyen d'existence ne peut évidemment produire une information fiable, vérifiée et diversifiée. Le problème est d'autant plus grand pour les acteurs « publics » de la presse dont le financement, décidé en haut lieu, est parfois soumis aux aléas de la représentation nationale. Il fallait donc, pour éviter la mainmise des politiques sur les journalistes, qu'une loi – et seule une loi – vienne fixer, chaque année, la

■ 19. CC 2009-577 DC, 3 mars 2009, JO 7 mars 2009, p. 4336.

■ 20. CC 2015-511 QPC, 7 janvier 2016, JO 10 janvier 2016, texte n° 19.

contribution financière de l'État au service public de l'information. Le Conseil le reconnaît dans la décision du 3 mars 2009²¹ : « dans le respect de l'indépendance de France Télévisions, il incombera donc à chaque loi de finances de fixer le montant de la compensation financière par l'État de la perte de recettes publicitaires de cette société afin qu'elle soit à même d'exercer les missions de service public qui lui sont confiées ». En pratique, néanmoins, le résultat est plus nuancé : la loi du 5 mars 2009 instaure un « comité de suivi » dont la mission est de « proposer », dit la loi, « une adaptation des modalités de financement de la société France Télévision » ; autrement dit, en langage clair... de déterminer la contribution de l'État. Et il est bien évident que les parlementaires, au moment du vote de la loi, auront peu d'arguments pour contredire les calculs savants du comité d'experts et vont se résoudre, dans l'immense majorité des cas, à recopier religieusement le montant proposé. Avec une question : cette intervention d'un « comité de suivi » n'est-elle pas, finalement, une dépossession déguisée de la compétence du Parlement ? Le Conseil répond par la négative dans sa décision *L* du 18 avril 2013²² : « les dispositions précitées, qui fixent les critères en fonction desquels ce comité de suivi peut proposer une adaptation des modalités de financement de la société France Télévision, ne mettent pas en cause les règles concernant la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias, qui relèvent de la loi en vertu de l'article 34 de la Constitution ».

446 Le Conseil protège ensuite le pluralisme *interne* en vérifiant que les régimes juridiques de la communication définis par le législateur garantissent l'expression de tendances et courants d'opinion différents. Ainsi, dans la décision du 18 septembre 1986, il considère, contrairement aux requérants, que la privatisation de TF1 ne porte pas atteinte au pluralisme dans la mesure où la loi prévoit que le choix du futur acquéreur privé est subordonné à son engagement « d'assurer le pluralisme des opinions » et à l'acceptation d'un cahier des charges où figurent, parmi les obligations minimales à respecter, « l'honnêteté et le pluralisme de l'information et des programmes ». Dans la même décision, il considère respecté le pluralisme dans le secteur public de l'audiovisuel par l'obligation qui lui est faite d'assurer le libre accès des groupements politiques au service public pendant les campagnes électorales, le droit de réplique aux déclarations et communications gouvernementales, un temps d'émission réservé aux groupes parlementaires et aux organisations syndicales et professionnelles... et par le contrôle de la CNCL qui veille, *par des recommandations obligatoires*, « au respect de l'expression pluraliste et notamment pour les émissions d'information politique »²³.

Dans l'exercice de son contrôle du respect du pluralisme externe et interne, le Conseil prend toujours comme point de référence le public. C'est le souci de préserver le libre choix du lecteur, de l'auditeur, du téléspectateur qui justifie et même impose, selon lui, les limitations à la liberté d'entreprendre, à la liberté contractuelle ou au droit de propriété des « patrons de presse ». Dès lors, en mettant le

■ 21. CC 2009-577 DC, 3 mars 2009, cons. 19, JO 7 mars 2009, p. 4336.

■ 22. CC 2013-238 L, 18 avril 2013, JO 21 avril 2013, p. 7036.

■ 23. Pour la presse écrite, le Conseil n'impose, pour l'instant, que le respect du pluralisme externe, mais non l'obligation pour un journal d'ouvrir ses colonnes à des courants opposés à celui qu'il représente ; V. la critique de cette solution par François LUCHAIRE, *op. cit.*, p. 131.

public au centre du pluralisme, il était logique que le Conseil étende cette notion au-delà de la liberté de communication pour en faire, plus globalement, « une des conditions de la démocratie ».

2. | Le pluralisme, fondement de la démocratie

a) *Le pluralisme, base et garantie de tous les droits et libertés*

447 « L'exigence du pluralisme des courants d'idées et d'opinions constitue le *fondement de la démocratie* », affirme le Conseil, dans sa décision du 11 janvier 1990²⁴. Dans celle du 18 septembre 1986, il déclarait que « le pluralisme est une des conditions de la démocratie ». Entre les deux formulations, certainement l'impact du mouvement des hommes et des idées dans les pays de l'Est qui, en faisant éclater l'unité des pouvoirs et du parti, propulse le pluralisme comme principe de reconstruction de la société et de l'État, et, pour les Occidentaux notamment, comme principe de jugement de la démocratisation réelle à l'Est²⁵. Entre les deux formulations, aussi, une progression qualitative, un changement de perspective et de perception du pluralisme : en 1986, il est présenté comme un des éléments, parmi d'autres, dont la présence est indispensable pour que la démocratie existe ; en 1990, le pluralisme devient le principe, au sens kantien du terme, de la démocratie, c'est-à-dire le point de départ logique d'où se déduit l'ensemble de l'organisation sociale, culturelle, politique, constitutionnelle...

Cette position à part et fondamentale attribuée au pluralisme tient à ce qu'il constitue « une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés et de la souveraineté nationale » ainsi que l'a définie le Conseil dans sa décision du 10-11 octobre 1984²⁶. La reconnaissance du pluralisme des opinions, du droit d'avoir et d'exprimer des idées différentes est considérée comme la base, ou mieux, le terreau sur lequel poussent toutes les autres libertés, liberté de réunion et d'association pour défendre ses opinions, liberté de constituer des partis politiques, multipartisme, pluralité des candidatures aux élections pour assurer la représentation des différents courants et leur participation à l'exercice de la souveraineté nationale, liberté d'adhérer au syndicat de son choix ou de n'adhérer à aucun, principe d'égalité pour ne pas créer des situations discriminatoires, liberté de l'enseignement pour permettre aux élèves et aux parents de choisir entre plusieurs formes d'établissement public ou privé et d'enseignement... Le pluralisme sous-tend encore les droits économiques, en particulier lorsque le Conseil impose au législateur de ne pas privatiser les services publics constitutionnels, promouvant ainsi une économie mixte où coexistent entreprises privées et entreprises publiques.

Les formulations que le Conseil a réservées jusque-là aux lecteurs, internautes, auditeurs et téléspectateurs sont d'ailleurs transposables, sans difficulté aucune, au

■ 24. CC 89-271 DC, 11 janvier 1990, R. p. 21.

■ 25. « Une organisation commune et permanente d'échanges, de paix et de sécurité ne sera évidemment possible, déclare le Président MITTERRAND, qu'après l'instauration dans les pays de l'Est, du pluralisme des partis, d'élections libres, d'un système représentatif et de la liberté d'information », in *Le Monde* du 2 janvier 1990.

■ 26. CC 84-181 DC, 10-11 octobre 1984, R. p. 73.

citoyen, figure abstraite et globale de la démocratie : l'objectif constitutionnel à réaliser est que les citoyens, destinataires de la Déclaration de 1789, soient à même d'exercer leur libre choix sans que ni les intérêts privés, ni les pouvoirs publics puissent y substituer leurs propres décisions ni qu'on puisse en faire les objets d'un marché. Par sa généralité – le citoyen – ce considérant fictif, « rédigé » dans la langue même du Conseil²⁷, recouvre toutes les activités humaines : libre choix du vote, d'opinion, de parti, de religion, de formation, de métier, de vie... ; il résume également la conception de la société démocratique que le Conseil contribue à construire, défend, et dans laquelle il puise la légitimité de son contrôle et des contraintes imposées en conséquence au Parlement.

b) *Le pluralisme de la vie politique*

448 L'organisation d'élections disputées, le multipartisme, le droit et la possibilité pour tous les courants d'idées de s'exprimer et de concourir à l'expression des suffrages sont certainement les traits essentiels et distinctifs des démocraties pluralistes. Le pluralisme est donc, dans ce domaine-là également, défini comme une exigence constitutionnelle et, pour cette raison, la question de sa garantie prend une importance considérable : faut-il laisser l'État en dehors de ces activités et courir le risque de condamner au silence les formations politiques sans moyens, ou au contraire l'inviter à intervenir et courir le risque de voir atteinte l'indépendance des partis et privilégier certains groupements ? Le pluralisme politique est-il mieux respecté par l'abstention ou par l'intervention de l'État ?

Ces questions ont été posées au Conseil lorsque le Parlement a adopté en 1989 une législation sur le financement des partis politiques et des campagnes électorales. Et il a clairement répondu que le *principe* d'un financement public des activités politiques et électorales n'était contraire à aucune disposition constitutionnelle. Il a cependant ajouté immédiatement que l'aide allouée aux candidats ou aux partis politiques « doit, pour être conforme au principe d'égalité, obéir à des critères objectifs ; qu'en outre, le mécanisme d'aide retenu ne doit aboutir *ni à établir un lien de dépendance d'un parti politique vis-à-vis de l'État, ni à compromettre l'expression démocratique des divers courants d'idées et d'opinions* »²⁸. Le pluralisme est ainsi étendu du domaine de la communication à celui, plus général, de la vie électorale, et davantage encore, de la vie politique.

449 Dans cette décision du 11 janvier 1990, le Conseil accentue même, par rapport à celle du 10 mars 1988²⁹, les contraintes sur le législateur puisque les critères de répartition qu'il peut retenir « *ne doivent pas conduire à méconnaître l'exigence du pluralisme des courants d'idées et d'opinion qui constitue le fondement de la*

■ 27. Dans la décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, R. p. 141, le Conseil considère qu'en définitive, l'objectif à réaliser est que « que les auditeurs et les téléspectateurs qui sont au nombre des destinataires essentiels de la liberté proclamée par l'article 11 de la Déclaration de 1789 soient à même d'exercer leur libre choix sans que ni les intérêts privés ni les pouvoirs publics puissent y substituer leurs propres décisions, ni qu'on puisse en faire les objets d'un marché ».

■ 28. CC 89-271 DC, 11 janvier 1990, R. p. 21.

■ 29. CC 88-242 DC, 10 mars 1988, R. p. 36. Cette décision porte sur la loi organique relative au financement public des campagnes électorales.

démocratie ». Et il en vérifie scrupuleusement le respect. Ainsi, il considère que la division de l'aide de l'État en deux parts égales, l'une attribuée en fonction du nombre des parlementaires inscrits à un groupe, l'autre attribuée en fonction des résultats des partis aux élections législatives, respecte les exigences constitutionnelles d'indépendance des partis et de pluralisme³⁰ ; il juge encore que le législateur peut, dans le second cas, répartir l'aide proportionnellement au nombre de suffrages obtenus au premier tour par chacun des partis et groupements. Mais il condamne et censure la disposition qui ne fait bénéficier de cette répartition que les partis ayant obtenu des résultats égaux ou supérieurs à 5 % des suffrages exprimés dans chaque circonscription au motif qu'elle « est, en raison du seuil choisi, de nature à entraver l'expression de nouveaux courants d'idées et d'opinions ».

La décision du 11 janvier 1990 est assurément une grande décision. Non seulement parce que le contrôle de constitutionnalité est, ici, clairement un contrôle de l'opportunité du seuil de répartition choisi par le Parlement. Mais aussi parce que le Conseil opère, par cette décision, un revirement de jurisprudence : le 23 mai 1979, en effet, il refuse d'apprécier le seuil de 5 % des suffrages exprimés fixé par le législateur pour que soient restitués aux partis politiques le cautionnement versé et le remboursement des frais de propagande électorale, se limitant à déclarer, de manière abstraite, que la loi peut subordonner restitution et remboursement « à l'obtention d'un nombre minimum de suffrages »³¹ ; le 11 janvier 1990, il accepte de contrôler ce « nombre minimum de suffrages » retenu par le Parlement pour faire bénéficier les partis de l'aide financière de l'État. Entre les deux décisions, la « découverte » par le Conseil du pluralisme comme condition – 1986 – puis comme fondement – 1990 – de la démocratie. Et en conséquence, la modification progressive de sa politique de contrôle qui devient plus précise, plus exigeante et plus sévère, sinon plus soupçonneuse ou critique à l'égard de la classe politique. Le pluralisme semble devenu une chose trop sérieuse pour être confié au législateur : la pertinence de ses choix doit être examinée dans le détail, là où il peut, insidieusement, être mis en cause. Les petites formations ne doivent pas être écrasées par les grands partis, et ceux-ci ne peuvent pas empêcher la naissance et le développement de nouveaux courants ; telles sont en définitive les exigences de la démocratie pluraliste que le Conseil rappelle, dans sa décision du 11 janvier 1990, aux parlementaires. Il s'est montré, cependant, moins exigeant en jugeant, dans sa décision du 11 janvier 1995³², que le législateur avait pu valablement abaisser de trois à un million de francs le montant de l'avance sur le remboursement forfaitaire des dépenses que l'État verse à chaque candidat à l'élection présidentielle. Sans doute, cette réduction a-t-elle pour objectif de dissuader l'entrée en compétition de candidats juste désireux de recevoir des fonds publics pour leur propre promotion et non pour mener une campagne présidentielle ; mais, elle peut aussi porter atteinte au pluralisme des candidatures ou gêner l'émergence et l'expression de

■ 30. *A posteriori*, la loi ordinaire du 11 mars 1988 qui fondait la répartition financière sur la seule représentation parlementaire apparaît contraire au principe d'égalité ; à l'époque le Conseil n'avait pas été saisi de la loi ordinaire, seulement de la loi organique.

■ 31. CC 79-104 DC, 23 mai 1979, *R.* p. 27.

■ 32. CC 94-353/356 DC, 11 janvier 1995, *R.* p. 166.

courants politiques nouveaux ne disposant pas, au départ, de fonds suffisants pour se lancer dans la course présidentielle.

450 Quoi qu'il en soit, à partir de cette décision du 11 janvier 1990, le pluralisme *de la vie politique*, qualifié « d'exigence », va progressivement se dissocier du pluralisme *des médias*. D'abord par les termes employés : dès la décision du 30 août 2000³³, le Conseil abandonne l'idée d'un « objectif de valeur constitutionnelle » ou d'une « exigence » à propos des partis politiques et parle désormais de « principe ». Pas simplement terminologique, ce changement de label indique (ou semble indiquer) une préférence de la part du Conseil et une volonté d'accorder à cet aspect du pluralisme une protection plus affirmée. La décision *SEN* du 12 janvier 2012³⁴ renforce encore cette tendance : le pluralisme de la vie politique – et seulement lui – est rattaché à la catégorie des « droits et libertés que la Constitution garantit » et peut donc être invoqué dans le cadre des QPC³⁵.

Une application de cette jurisprudence intervient lors de l'affaire *Le Pen* en 2012³⁶. Le Conseil accepte, en l'espèce, d'examiner un grief portant sur le pluralisme des partis politiques en soulignant, une nouvelle fois, que ce principe est un « fondement de la démocratie ». Mais, à la question de savoir si la publication des noms des « parrains » lors des élections présidentielles ne dissuade pas les élus de porter leur choix vers les petites formations politiques, le Conseil répond, sans aucune argumentation, « que cette publicité ne saurait en elle-même méconnaître le principe du pluralisme des courants d'idées et d'opinions ». Preuve qu'un changement de qualification – de l'OVC au « principe » –, qu'une révision constitutionnelle – la réécriture de l'article 4 de la Constitution –, et même qu'une consécration au titre des droits et libertés invocables en QPC, ne constituent pas l'assurance d'une meilleure protection du pluralisme dans le quotidien de la jurisprudence du Conseil ! Comme l'avoue d'ailleurs très clairement le commentaire sous cette décision *Le Pen* : « le principe du pluralisme des courants d'idées et d'opinions, consacré au troisième alinéa de l'article 4 de la Constitution, est de portée constitutionnelle, mais il laisse au législateur une forte marge de manœuvre »...

B. LA SOUVERAINETÉ NATIONALE, UN PRINCIPE PRÉSERVÉ

451 En faisant du peuple français un concept juridique à valeur constitutionnelle et en associant la qualité de représentant au principe de la souveraineté nationale, le Conseil a fait de ce dernier une condition essentielle de l'exercice de la représentation politique (1). Cette fermeté, aujourd'hui, ne vaut plus qu'à usage interne. Dans

■ 33. CC 2000-23 REF, 23 août 2000, cons. 6, JO 26 août 2000, p. 13166.

■ 34. CC 2011-4538 SEN, 12 janvier 2012, JO 14 janvier 2012, p. 750.

■ 35. Une partie de la doctrine critique d'ailleurs cette dissociation entre les « deux » pluralismes : « le juge semble en réalité distinguer un objectif de pluralisme dans le domaine audiovisuel et un principe de pluralisme dans le domaine politique. L'on a cependant du mal à comprendre dans quelle mesure une telle distinction est justifiée au regard du texte constitutionnel », P. DE MONTALIVET, « La Constitution et l'audiovisuel », *NCCC*, n° 36, 2012.

■ 36. CC 2012-233 QPC, 22 février 2012, JO 22 février 2012, p. 3023.

le domaine international, le Conseil est devenu, à la suite d'une lente évolution jurisprudentielle, plus souple puisqu'il admet en principe les transferts de compétence (2).

1. La souveraineté nationale, principe de la représentation politique

a) La question des « fonctions inséparables de l'exercice de la souveraineté nationale »

452 « Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation » proclame l'article 3 de la Déclaration de 1789. 187 ans plus tard, le Conseil, dans sa décision des 29 au 30 décembre 1976³⁷, réaffirme la valeur, et ajoute la force de son autorité, à l'un des principes fondateurs du droit constitutionnel, et plus largement des systèmes politiques et juridiques issus de la Révolution française. La question soumise au Conseil par le Président de la République, selon la procédure de l'article 54, est celle de la constitutionnalité de la décision communautaire relative à l'élection de l'Assemblée européenne au suffrage universel direct ; une partie de la majorité parlementaire en effet, emmenée notamment par Michel Debré, juge cette décision manifestement contraire au principe de la souveraineté nationale dont l'exercice est réservé, par l'article 3 de la Constitution, au peuple ou à ses représentants. Le Conseil repousse cette argumentation en considérant que la souveraineté nationale n'est pas en cause avec l'élection par le peuple des représentants français à l'Assemblée européenne : « la souveraineté qui est définie à l'article 3 de la Constitution de la République française, tant dans son fondement que dans son exercice, ne peut être que nationale et seuls peuvent être regardés comme participant à l'exercice de cette souveraineté les représentants du peuple français élus dans le cadre des institutions de la République ».

453 Ce considérant est d'une importance doctrinale majeure. Il doit sans doute sa rédaction particulière aux circonstances éminemment politiques de la saisine : au fond, le Président demandait au Conseil de trancher un conflit interne à sa majorité, entre giscardiens favorables à l'idée européenne et chiraquiens défenseurs de l'idée nationale. Mais la formulation n'en conduit pas moins à la conclusion que la qualité de représentant ne trouve pas un fondement suffisant dans le suffrage universel direct. Sur le plan constitutionnel, la qualité de représentant se fonde essentiellement dans le rapport à la nation : est représentant, celui que la nation, seul titulaire de la souveraineté, désigne et investit du pouvoir de vouloir pour la nation. Ce n'est pas dire que le suffrage universel est sans importance ; il marque le caractère plus ou moins démocratique de la représentation nationale, et le Conseil fait d'ailleurs de l'élection, le moyen privilégié de l'expression contemporaine de la souveraineté nationale. Mais celle-ci peut, ou a pu, s'incarner en dehors de tout processus électif – le roi, dans la Constitution de 1791, est représentant de la nation – et, en retour, le vote populaire n'est pas automatiquement expression de la souveraineté nationale. Pour le devenir, il lui faut, selon le Conseil, remplir une condition : s'inscrire dans

■ 37. CC 76-71 DC, 29-30 décembre 1976, R. p. 15.

le cadre des institutions de la République, c'est-à-dire pouvoir être imputé aux institutions reconnues par la nation pour exprimer sa volonté.

Dès lors, tout devient simple : l'Assemblée européenne n'est pas une institution de la République française, elle n'intéresse donc pas la souveraineté nationale et son mode d'élection ne peut, par suite logique, lui porter atteinte. Concrètement, l'élection populaire des membres de l'Assemblée européenne n'exprime pas la souveraineté nationale.

454 Reprenant cette analyse dans la décision du 9 avril 1992³⁸, le Conseil en tire une conséquence logique et prévisible³⁹ : la clause du traité de Maastricht accordant aux ressortissants communautaires le droit de vote et d'éligibilité aux élections européennes dans le pays où ils résident n'est pas contraire à l'article 3 de la Constitution car ces élections ne font pas, selon le Conseil, participer les votants à l'expression de la souveraineté nationale.

Pour les mêmes raisons, la constitutionnalité du droit de vote aux élections locales pour les étrangers, communautaires ou non, paraissait tout aussi logique. L'argument de l'article 3 de la Constitution tombait en effet à partir du moment où le Conseil lui-même dissociait souveraineté nationale et suffrage universel, posait le principe selon lequel le vote n'est pas automatiquement expression de la souveraineté nationale. Et, s'il l'est assurément pour les élections politiques intéressant les institutions nationales, il ne l'est pas pour les élections politiques intéressant les institutions locales⁴⁰. En d'autres termes, les élections locales n'étant pas des élections par lesquelles s'exprime la souveraineté nationale, où sont désignés ceux qui ont à l'exprimer, il était possible de soutenir que la participation des étrangers à ces élections ne portait pas atteinte à la souveraineté nationale. Dans la décision du 9 avril 1992, le Conseil en décide autrement par une lecture combinée et syllogistique des articles 3, 24 et 72 de la Constitution : le Sénat, en tant qu'assemblée parlementaire, participe à l'exercice de la souveraineté nationale ; or, les conseillers municipaux désignent les sénateurs ; donc, conclut le Conseil, « seuls les nationaux français ont le droit de vote et d'éligibilité aux élections effectuées pour la désignation de l'organe délibérant d'une collectivité territoriale de la République », et, en conséquence, la clause du traité de Maastricht reconnaissant aux ressortissants communautaires un tel droit pour les élections locales est contraire à la Constitution.

Pour lever cet obstacle, et rendre le traité ratifiable, le constituant réuni en congrès à Versailles le 24 juin 1992, vote un nouvel article 88.3 aux termes duquel « le droit de vote et d'éligibilité aux élections locales peut être accordé aux seuls citoyens de l'Union résidant en France ; ces citoyens ne peuvent exercer les fonctions de maire ou d'adjoint, ni participer à la désignation des électeurs sénatoriaux et à l'élection des sénateurs ». Cette nouvelle disposition, loin d'être contraire à la tradition constitutionnelle française, résume parfaitement le lien entre souveraineté nationale et représentation politique, et, sous ce rapport, la situation ambivalente

■ 38. CC 92-308 DC, 9 avril 1992, R. p. 55.

■ 39. V. la 1^{re} édition de ce manuel, 1990, p. 259.

■ 40. Dans leur commentaire de la décision du 30 décembre 1976, Louis FAVOREU et Loïc PHILIP écrivent que le suffrage universel n'exprime la souveraineté nationale que si son « utilisation » se situe « dans le cadre des institutions nationales, par opposition aux institutions locales », GD 5^e éd., 1989, p. 334.

des élections locales : en tant qu'elles servent à désigner des gestionnaires, elles n'expriment pas la souveraineté nationale et les citoyens de l'Union peuvent y participer (première partie de l'article 88.3) ; mais en tant qu'elles servent à désigner ceux qui vont élire les sénateurs, elles intéressent la souveraineté nationale et les citoyens de l'Union ne peuvent remplir cette fonction (seconde partie de l'article 88.3). L'exercice de la souveraineté nationale est toujours bien réservé, comme le veut l'article 3 de la Constitution, au peuple ou à ses représentants.

455 C'est encore sur le fondement de cet article que, dans sa décision du 5 mai 1998⁴¹, le Conseil censure la valeur constitutionnelle du principe selon lequel « ne sauraient être confiées à des personnes de nationalité étrangère, ou représentant un organisme international, des fonctions inséparables de l'exercice de la souveraineté nationale » ; et, en l'espèce, il en conclut que « les juridictions nationales, tant administratives que judiciaires, statuant au nom du peuple français », le législateur ne peut confier à des étrangers l'exercice de fonctions juridictionnelles. Le principe paraît raisonnable, et pourtant, « statuer au nom du peuple français » peut aussi se comprendre comme « statuer au nom des lois voulues par le peuple français » ; et dans cette compréhension, qui n'est pas déraisonnable, la nationalité des personnes chargées de « statuer » importe peu puisque leur jugement est contraint par des lois qui expriment la volonté du peuple français et est donc rendu au nom de cette volonté.

Au demeurant, le Conseil a atténué la rigueur du nouveau principe en autorisant le législateur à confier à des étrangers l'exercice de fonctions juridictionnelles « dans la mesure nécessaire à la mise en œuvre d'un engagement international de la France et sous réserve qu'il ne soit pas porté atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ». En l'espèce, le Conseil juge que la présence de représentants du Haut commissariat aux réfugiés des Nations unies au sein de la Commission de recours des réfugiés, juridiction administrative française compétente pour connaître des recours contre les décisions attribuant ou refusant la qualité de réfugié, ne méconnaît pas le nouveau principe de réserve nationale, à la fois parce que la Commission a pour tâche de mettre en œuvre la protection des réfugiés résultant d'engagements internationaux souscrits par la France – en particulier, la Convention de Genève – et que le caractère minoritaire des étrangers au sein de cette commission – un tiers – n'est pas de nature à porter atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale.

La rigueur « doctrinale » du nouveau principe n'a pas empêché un traitement pragmatique de la loi et, concrètement, la reconnaissance de la constitutionnalité de la présence minoritaire d'étrangers dans une juridiction nationale. Aujourd'hui, il résulte ainsi de la jurisprudence constitutionnelle que, s'agissant de fonctions séparables de l'exercice de la souveraineté nationale, le principe est celui de l'accès de tous, nationaux français ou non, aux emplois publics⁴² ; et que, s'agissant de fonctions inséparables de l'exercice de la souveraineté nationale, et en particulier des fonctions juridictionnelles, le principe de leur réserve aux nationaux français

■ 41. CC 98-399 DC, 5 mai 1998, *R.* p. 245.

■ 42. CC 91-293 DC, 23 juillet 1991, *R.* p. 77.

n'exclut pas des dérogations. La différence réelle des principes se mesurera donc à l'aune des dérogations admises par le Conseil.

b) L'indivisibilité de la souveraineté : la valeur constitutionnelle du concept juridique de peuple français

456 Dans sa décision du 9 mai 1991⁴³, le Conseil affirme clairement que « le concept juridique du peuple français a valeur constitutionnelle ». Pour fonder sa position, il s'appuie sur trois éléments : d'abord le Préambule de la Constitution de 1958 qui fait expressément référence au peuple français comme auteur collectif des droits qu'il proclame ; ensuite, la distinction opérée par la Constitution de 1958 entre le peuple français et « les peuples d'outre-mer auxquels est reconnu le droit à la libre détermination »⁴⁴ ; enfin, « la référence faite au peuple français depuis deux siècles dans de nombreux textes constitutionnels ». Même si le Conseil ne donne aucun exemple, on peut citer les Constitutions de 1793, 1795, 1848 qui disposent toutes que « le peuple souverain est l'universalité des citoyens français ».

Puis, sur le fondement de ce concept, le Conseil déclare contraire à la Constitution la mention faite par le législateur « du peuple corse composante du peuple français » car ce dernier se compose « de tous les citoyens français sans distinction d'origine, de race ou de religion ». Cette censure s'explique par la relation établie par le Conseil entre le principe de l'indivisibilité de la souveraineté et le principe d'égalité. En effet la non-discrimination ou mieux l'inter-changeabilité, selon le mot du doyen Boulouis⁴⁵, est consubstantielle au concept juridique de citoyen. Déjà, en 1982, le Conseil avait jugé que la qualité de citoyen interdit toute division par catégories des électeurs et des éligibles⁴⁶. En 1991, il pose que, collectivement, le peuple français est souverain ; or, comme la souveraineté est indivisible, il faut nécessairement que ceux qui l'incarnent ne soient pas définis par ce qui les différencie – sexe, origine, métier... – sous peine de faire éclater l'indivisibilité, mais par ce qui les rassemble, ou, comme l'écrivait Sieyès, « par où ils se ressemblent tous »⁴⁷. C'est précisément parce que, sous le rapport du droit, tous les citoyens se ressemblent qu'ils sont interchangeable, qu'aucune discrimination ne peut être faite à l'intérieur du peuple français entre les citoyens qui le composent et qu'ainsi l'indivisibilité de la souveraineté est garantie.

■ 43. CC 91-290 DC, 9 mai 1991, *R.* p. 50. Il faut observer que le Conseil a délibéré trois jours sur la loi relative au statut de la Corse, les 7, 8 et 9 mai dont deux étaient fériés.

■ 44. En réalité la Constitution se réfère aux peuples des *territoires* d'outre-mer ; en ne reprenant pas le terme « territoire », faut-il en déduire que les peuples des départements d'outre-mer bénéficient également de ce droit ?

■ 45. J. BOULOUIS, *AJDA* 1983, p. 80.

■ 46. CC 82-146 DC, 18 novembre 1982, *R.* p. 66.

■ 47. La démonstration du Conseil semble directement s'inspirer des propos de l'auteur du « Qu'est-ce que le Tiers-État », notamment lorsqu'il écrit : « Le droit à se faire représenter n'appartient aux citoyens qu'à cause des qualités qui leur sont communes et non à cause de celles qui les différencient. Les inégalités de propriété, de sexe, de couleur ne dénaturent nullement l'égalité du civisme : les droits de civisme ne peuvent point s'attacher à ces différences. Tous les citoyens sans exception sont à la même distance sur la circonférence et n'y occupent que des places égales ; c'est ce que j'appelle les droits communs des citoyens, par où ils se ressemblent tous ».

- 457** C'est donc sans surprise que le Conseil, dans sa décision du 15 juin 1999⁴⁸, déclare contraire à la Constitution la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires : les principes d'indivisibilité de la République, d'égalité devant la loi et d'unicité du peuple français sont qualifiés de « principes fondamentaux qui s'opposent à ce que soient reconnus des droits collectifs à quelque groupe que ce soit, défini par une communauté d'origine, de culture, de langue ou de croyance ».
- 458** Pour adoucir cette jurisprudence, sans toutefois la condamner, le constituant a adopté en 2008 un nouvel article 75-1 qui consacre les langues régionales comme « patrimoine de la France ». Cette formule s'inspire plus ou moins des textes onusiens et des déclarations internationales pour la protection des biens culturels – patrimoine mondial, patrimoine de l'humanité, « *world heritage* »... Elle soulève bien des questions (quel est donc ce « patrimoine » de la France ?) et semble consacrer un principe sans réelle obligation. Fruit d'un amendement de la commission des lois, la nouvelle disposition est d'ailleurs rapidement tempérée, avant même d'être adoptée, lors des débats en 2008⁴⁹. Alors que le député Noël Mamère souhaite une réforme « afin que le Conseil constitutionnel ne puisse plus opposer la Constitution à l'application de la Charte européenne des langues régionales », le rapporteur Jean-Luc Warsmann lui répond que la nouvelle disposition doit simplement « donner un ancrage à la richesse linguistique régionale de notre pays ». De même, alors que le député François Bayrou suggère de préciser, dans la nouvelle disposition, que la République « protège les langues régionales », le rapporteur refuse en jugeant cette indication « superflue ». Et comme pour mieux séparer les langues régionales de la souveraineté nationale, M. Pierre Lellouche propose aux autres parlementaires de ne pas évoquer les questions linguistiques à l'article 2 de la Constitution – comme le prévoyait le projet initial – mais, dit-il, « au titre XII, relatif aux collectivités territoriales ». D'abord rejetée, cette mesure « d'éloignement » sera finalement votée par les deux assemblées... après que l'Académie française eut fait connaître sa farouche opposition au projet⁵⁰ ! La jurisprudence de 1999 est donc toujours en vie.
- 459** De l'indivisibilité, érigée en principe constitutionnel⁵¹, le Conseil fait aussi l'instrument de mesure de la politique décentralisatrice du législateur⁵² et de la qualité de la représentation politique. Dans ce domaine, le Conseil a fait référence au principe de l'indivisibilité dans deux circonstances particulières. Il a d'abord considéré, dans les décisions du 30 août 1984⁵³, que l'incompatibilité instituée entre les fonctions de membres du gouvernement des territoires de la Nouvelle-Calédonie et de Polynésie et le mandat de député européen, était contraire à l'indivisibilité de la République, en ce qu'elle touchait « certains citoyens en fonction de leurs attaches

■ 48. CC 99-412 DC, 15 juin 1999, *R.* p. 71.

■ 49. AN, séance du 22 mai 2008.

■ 50. « Le 22 mai dernier, les députés ont voté un texte dont les conséquences portent atteinte à l'identité nationale », Déclaration votée à l'unanimité par les membres de l'Académie française dans sa séance du 12 juin 2008 (consultable sur le site de l'Académie).

■ 51. CC 82-137 DC, 25 février 1982, *R.* p. 38.

■ 52. *V. infra* n^{os} 631 et s.

■ 53. CC 84-177 DC et 84-178 DC, 30 août 1984, *R.* p. 66 et 69.

avec une partie déterminée du territoire de la France ». Au-delà de ces cas d'espèce, le Conseil a dégagé là une règle qui, de manière générale, « intéresse l'exercice des droits civiques ».

Plus problématique est, à nouveau, la décision du 30 décembre 1976 par laquelle le Conseil affirme que les modalités de l'élection des députés européens, et en particulier la procédure électorale uniforme prévue par le Conseil de la Communauté, ne doivent pas être de nature à mettre en cause, à porter atteinte à l'indivisibilité de la République. Une partie de la doctrine avait déduit de ce considérant que, pour les élections européennes, le seul mode de scrutin compatible avec l'indivisibilité de la République serait la représentation proportionnelle avec pour circonscription unique l'ensemble du territoire national ; serait donc contraire à la Constitution l'élection des députés européens dans le cadre de circonscriptions régionales⁵⁴. Ainsi, en 2003, les requérants contestaient devant le Conseil la création de huit circonscriptions pour les élections européennes au motif que « seul un ressort unique s'étendant à l'ensemble du territoire national respecterait le principe d'indivisibilité et d'unité du peuple français ». Or, dans sa décision du 3 avril 2003⁵⁵, le Conseil juge ces moyens « inopérants », et, pour valider la division du territoire en huit circonscriptions, se fonde sur le principe, découlant des traités de Maastricht et d'Amsterdam, selon lequel les députés européens ne représentent pas le peuple français mais « les citoyens de l'Union européenne résidant en France ».

460 Allant plus loin, le principe d'indivisibilité implique-t-il un mode de scrutin déterminé ? Dans l'inépuisable débat mettant en concurrence représentation proportionnelle et système majoritaire, il est régulièrement avancé que le premier « pulvérise la représentation nationale », démembré et divise la souveraineté en favorisant l'expression organisée des intérêts, quand le second permet au contraire de montrer le caractère unitaire et national de la souveraineté⁵⁶. Le Conseil pourrait-il reprendre son raisonnement de 1976 et considérer que, pour les élections des députés français, la représentation proportionnelle est « une modalité électorale de nature à mettre en cause l'indivisibilité de la République, dont le principe est réaffirmé à l'article 2 de la Constitution » ? Il ne le semble pas, le Conseil ayant jugé, dans sa décision du 10 janvier 2001 relative à la Polynésie française⁵⁷, que le scrutin proportionnel avec répartition des listes à la plus forte moyenne et un seuil d'au moins 5 % des suffrages exprimés pour participer à la distribution des sièges n'est contraire à aucune règle ni à aucun principe de valeur constitutionnelle ; qu'il ait admis, dans sa décision du 12 février 2004⁵⁸, toujours sur la Polynésie française, une « correction » de ce scrutin par l'introduction d'une prime majoritaire d'un tiers des sièges pour la liste victorieuse et l'abaissement du seuil à 3 % n'invalide certainement pas l'acceptabilité constitutionnelle du scrutin proportionnel. Et pour

■ 54. V. par exemple, M. DUVERGER, *Le Monde* du 4 janvier 1977, F. GOGUEL, *Le Monde* du 16 avril 1982, L. FAVOREU et L. PHILIP, *op. cit.*, p. 337.

■ 55. CC 2003-468 DC, 3 avril 2003, *R.* p. 325.

■ 56. V. par exemple, M. DEBRÉ, *L'Express*, 14-20 octobre 1983, p. 86 ; R. CAPITANT, JO Débats de l'Assemblée constituante, avril 1946, p. 1340.

■ 57. CC 2000-438 DC, 10 janvier 2001, *R.* p. 37.

■ 58. CC 2004-491 DC, 12 février 2004, *R.* p. 60.

confirmer cette jurisprudence, le Conseil souligne, dans sa décision du 16 mai 2013⁵⁹ « qu'aucune exigence constitutionnelle n'impose que tous les membres de l'organe délibérant d'un établissement public de coopération intercommunale soient élus selon le même mode de scrutin ». Certes limitée aux élections locales, cette décision montre que le Conseil n'accorde aucune faveur particulière à tel ou tel mode de scrutin. Il juge d'ailleurs, en 2010⁶⁰, que l'instauration d'un scrutin uninominal majoritaire à deux tours pour l'élection des conseillers territoriaux et l'abandon qui en résulte du scrutin de liste ne porte atteinte ni à l'objectif d'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux, ni même au principe d'égalité devant la loi.

2. La souveraineté nationale, un principe limité par les règles internationales

a) De la distinction transfert-limitation de souveraineté à la constitutionnalité des transferts de compétence

461 **Évolution de la jurisprudence.** Chaque fois que le Conseil a été saisi d'un engagement international, la question de sa compatibilité avec le principe de la souveraineté nationale a dominé les débats ; et toujours, il doit donner sa réponse dans un climat politique d'une intense gravité dramatique. L'élection du Parlement européen au suffrage universel direct, les accords de Schengen, le traité de Maastricht, le traité établissant une constitution pour l'Europe, le traité de Lisbonne sont considérés comme des mises en cause de l'existence même de la nation ; et, par conséquent, de la décision des juges constitutionnels dépend l'avenir de l'identité nationale. Il est compréhensible que, soumis à une telle pression, le Conseil ait desserré les contraintes politiques progressivement, en élaborant sa doctrine en trois étapes principales.

462 La première décision importante est celle du 30 décembre 1976⁶¹. Le Conseil y oppose nettement les *limitations de souveraineté* permises par la Constitution sous réserve de réciprocité, et les *transferts de souveraineté* qui ne sont pas autorisés par la Constitution⁶². Et sur le fondement de cette distinction, il examine le contenu des engagements internationaux. Ainsi, il considère que l'élection du Parlement européen au suffrage universel direct ne peut s'analyser comme un transfert de souveraineté pour trois raisons principales : elle ne modifie pas les compétences et les pouvoirs des institutions européennes ; elle ne modifie pas la nature de l'Assemblée européenne qui reste consultative et composée non de députés européens mais de représentants français, allemands... ; elle n'a pas pour effet de créer une souveraineté européenne, ni de diminuer les pouvoirs des institutions de la République

■ 59. CC 2013-667 DC, 16 mai 2013, JO 18 mai 2013, p. 8258.

■ 60. CC 2010-618 DC, 9 décembre 2010, cons. 34, JO 17 décembre 2010, p. 22181.

■ 61. CC 76-71 DC, 30 décembre 1976, R. p. 15.

■ 62. « Considérant que si le Préambule de 1946 confirmé par celui de 1958 dispose que sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix, aucune disposition de nature constitutionnelle n'autorise des transferts de tout ou partie de la souveraineté nationale à quelque organisation internationale que ce soit ».

française. Déjà, dans sa décision du 19 juin 1970, le Conseil avait considéré que l'établissement de ressources communautaires propres et l'accroissement des pouvoirs budgétaires du Parlement européen ne modifiaient pas « l'équilibre des relations entre les communautés européennes d'une part et les États membres d'autre part » et ne portaient pas atteinte, étant donné la nature et l'importance de ces décisions, « aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale »⁶³.

Un transfert de souveraineté, une modification de l'équilibre institutionnel européen ne sont cependant pas impossibles. Mais, rappelle le Conseil, ils ne peuvent « résulter que d'une nouvelle modification des traités », qui peut faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité, soit au titre de l'article 54, *soit à celui de l'article 61*. Au bout de ce rappel se trouvent un soupçon d'inconstitutionnalité à l'égard de tout transfert de souveraineté et la quasi-nécessité d'une révision préalable de la Constitution pour le réaliser.

La doctrine jurisprudentielle paraît donc, en 1976, parfaitement conçue et cohérente : pour éviter toute dérive supra-nationale, elle pose un principe clair, la distinction entre limitation et transfert de souveraineté, et, pour assurer le respect de ce principe, elle rappelle et ouvre largement aux parlementaires la possibilité de saisir le Conseil d'une modification des traités. Pourtant, cette doctrine peut ne pas emporter la conviction, en particulier l'opposition entre limitation et transfert de souveraineté. Limiter la souveraineté d'un État n'est pas autre chose que restreindre le domaine de ses compétences, de ses attributions ; or, cette restriction ne peut s'analyser que comme la conséquence d'un transfert des compétences de l'État à une autorité internationale. Ainsi, en a jugé la Cour de justice des Communautés européennes lorsqu'elle a considéré qu'en transférant des attributions à la Communauté, les États « ont limité leurs droits souverains »⁶⁴.

463

Dans un second temps, le Conseil, peut-être conscient de la fragilité de sa construction, prend ses distances avec sa jurisprudence de 1976. Il ne se réfère plus à la distinction limitation-transfert, mais, dans la décision du 22 mai 1985, au respect ou non « des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » que sont « le devoir pour l'État d'assurer le respect des institutions de la République, la continuité de la vie de la nation et la garantie des droits et libertés des citoyens » ; et, en l'espèce, il juge qu'aucune de ces trois conditions n'est mise en cause par le protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme concernant l'abolition de la peine de mort⁶⁵. Sans doute, la distinction limitation-transfert de souveraineté figure-t-elle à nouveau dans la décision Schengen du 25 juillet 1991⁶⁶, mais elle est imputée directement aux « auteurs de la saisine ». Alors que la règle suivie ordinairement par le Conseil est de rappeler en tête de sa décision le considérant de principe arrêté dans des décisions antérieures, tout se passe en 1991 comme s'il refusait de considérer la distinction tirée de sa jurisprudence, comme s'il jugeait l'argumentation « inventée » par les requérants eux-mêmes. Et la lecture de la décision tend à convaincre que la distinction limitation-transfert n'est plus,

■ 63. CC 70-39 DC, 19 juin 1970, R. p. 15.

■ 64. CJCE 15 juillet 1964, *Costa/ENEL*, aff. 6-64, R. p. 1141.

■ 65. CC 85-188 DC, 22 mai 1985, R. p. 15.

■ 66. CC 91-294 DC, 25 juillet 1991, R. p. 91.

pour le Conseil, un outil opératoire. Ni le transfert de l'exercice du contrôle des « frontières Schengen » aux États signataires en disposant, ni le pouvoir donné à des policiers étrangers de poursuivre, sans l'accord des autorités françaises, leurs observations des personnes sur le territoire national, ni la possibilité donnée aux autorités de police étrangères de procéder à des actes de police judiciaire à l'intérieur du territoire français sans autorisation préalable, ni l'absence de clause de dénonciation de la convention, ne constituent des abandons ou des transferts de souveraineté. Pour justifier ses réponses, le Conseil insiste, dans chaque considérant, sur les limites et conditions contenues dans la convention, ce rappel incessant fonctionnant comme autant de réserves neutralisantes ou directives, même si le mot n'apparaît à aucun moment. Mais, s'il fallait apprécier la décision du 25 juillet 1991 au regard de la jurisprudence de 1976, force serait de constater que la subtilité de la distinction limitation-transfert se transforme en mystère de passage : où finissent les limitations, où commencent les transferts ? C'est pourquoi, la décision Schengen doit être lue comme une décision de transition par laquelle le Conseil annonce, en douceur et indirectement, la recherche d'une nouvelle « doctrine ».

464 Cette doctrine, troisième étape, est clairement définie et exposée dans la décision du 9 avril 1992⁶⁷ : *le respect de la souveraineté nationale ne fait pas obstacle à ce que la France consente des transferts de compétence*. Pour opérer ce revirement de jurisprudence par rapport à la décision du 30 décembre 1976, le Conseil s'appuie essentiellement sur le Préambule de 1946 qui dispose, dans ses quatorzième et quinzième alinéas, que la France se conforme aux règles du droit public international, et, sous réserve de réciprocité, consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix. Ces principes légitiment, selon le Conseil, que la France « puisse conclure, sous réserve de réciprocité, des engagements internationaux en vue de participer à la création ou au développement d'une organisation internationale permanente, dotée de la personnalité juridique et investie de pouvoirs de décision », et par conséquent qu'elle accepte, comme les autres États membres, des transferts de compétence. Il faut observer qu'à la formule « limitations de souveraineté » expressément contenue dans le quinzième alinéa du Préambule de 1946, le Conseil préfère celle de « transferts de compétences » qui a le double avantage d'être politiquement plus neutre et juridiquement en congruence avec l'arrêt de la Cour de justice des communautés européennes, *Costa/ENEL*⁶⁸.

Cette nouvelle doctrine ne signifie pas pour autant que tout transfert de compétence soit conforme à la Constitution. Le Conseil distingue en effet deux hypothèses d'inconstitutionnalité : lorsque les engagements internationaux contiennent une clause contraire à la Constitution et lorsqu'ils « portent atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ». Dans ces deux cas, déclare

■ 67. CC 92-308, DC, 9 avril 1992, *R.* p. 55.

■ 68. Formule au demeurant directement reprise du texte du mémorandum du gouvernement français adressé, le 10 janvier 1953, au secrétariat général des nations unies ; V. sur ce point, B. GENEVOIS, *RFDA*, 1992, p. 383. Le traité de Rome « crée un ordre juridique propre, distinct de celui de chacun des États membres, mais qui s'y substitue partiellement selon les règles précises édictées par le traité lui-même et qui consistent dans des transferts de compétences consentis à des institutions communes ». Ainsi s'exprimait l'avocat général LAGRANGE dans ses conclusions sur l'arrêt *Costa/ENEL*, 15 juillet 1964, *R.* p. 1175.

le Conseil, l'autorisation de ratifier les engagements « appelle une révision constitutionnelle ». La décision du 30 décembre 1976 est ainsi « oubliée », pour ne plus laisser comme jurisprudence établie que la position définie le 19 juin 1970 et confirmée le 22 mai 1985⁶⁹. Et, c'est au regard de ces deux critères que le Conseil apprécie la constitutionnalité d'un engagement international.

465 Application de la jurisprudence des « transferts de compétences ». *Sous le rapport d'une contrariété directe avec la Constitution*, il juge, dans sa décision du 9 avril 1992, que la condition de réciprocité exigée par le Préambule de 1946 est satisfaite par l'article R du traité de Maastricht qui prévoit que ce dernier ne prend effet qu'après le dépôt du dernier instrument de ratification ; que la garantie des droits et libertés des citoyens est assurée par la référence faite dans le traité à la Convention européenne des droits de l'homme, aux traditions constitutionnelles communes aux États membres « en tant que principes généraux du droit communautaire » et aux rôles de la Cour de justice de Communautés européennes et des juridictions nationales. En revanche, il a jugé que le droit de vote et d'éligibilité des ressortissants européens aux élections municipales était contraire aux articles 3, 24 et 72 de la Constitution⁷⁰. Dans la décision du 22 janvier 1999⁷¹, le Conseil juge que les stipulations de l'article 27 du traité sur la Cour pénale prévoyant que la responsabilité pénale s'applique à tous de manière égale, sans aucune distinction fondée sur la qualité officielle sont contraires aux articles 26, 68 et 68-1 de la Constitution définissant au profit du chef de l'État, des ministres et des parlementaires un régime particulier de responsabilité. Et, dans sa décision du 19 novembre 2004⁷², il juge nécessaire une révision préalable de la Constitution pour permettre au Parlement français d'exercer les prérogatives nouvelles que le traité établissant une Constitution pour l'Europe lui accorde pour s'opposer à une révision simplifiée du traité ou pour saisir le Conseil européen, le Parlement européen, la Commission ou la Cour de Luxembourg d'une violation du principe de subsidiarité dès lors qu'aucune de ces prérogatives n'est actuellement prévue par la Constitution de 1958.

La décision du 9 août 2012 mérite un examen particulier⁷³. Était discutée, sur saisine du Président de la République, la conformité à la Constitution de la stipulation du traité sur stabilité monétaire imposant aux États parties d'introduire dans leur droit interne la « règle d'or » de l'équilibre des finances publiques. Mais, ce traité prévoyait deux modes possibles de réception : ou l'inscription dans la constitution ou « de quelque autre façon » dès lors qu'elle est de nature à garantir le plein respect et la stricte observance de l'équilibre budgétaire. Habilement, le Conseil observe que la première voie serait contraire à la Constitution en ce qu'elle porterait atteinte aux prérogatives du gouvernement et du Parlement dans l'élaboration et l'adoption des lois de finances et au « principe d'annualité qui découle des articles 34 et 47 de la Constitution et s'applique dans le cadre de l'année civile » ;

■ 69. CC 70-39 DC, 19 juin 1970, R. p. 15 ; CC 85-188 DC, 22 mai 1985, R. p. 15.

■ 70. V. *supra*, n° 457.

■ 71. CC 98-408 DC, 22 janvier 1999, JO 24 janvier 1999, p. 1317.

■ 72. CC 2004-505 DC, 19 novembre 2004, R. p. 173.

■ 73. CC 2012-653 DC, 9 août 2012, JO 19 août 2012, p. 13283.

dans ce cas, précise-t-il, l'autorisation de ratifier le traité devra être précédée d'une révision de la Constitution. Il existe cependant, constate le Conseil, la voie de l'inscription de la règle d'or dans une loi organique puisque cette catégorie de loi permet de « fixer le cadre des lois de programmation relatives aux orientations pluriannuelles des finances publiques » et donc d'introduire l'objectif d'équilibre budgétaire prévu dans le traité. Et, dans cette hypothèse, nul besoin de révision constitutionnelle puisque la règle d'or est inscrite dans un texte qui n'est pas hiérarchiquement supérieur à la Constitution. Évidemment, le gouvernement a choisi la seconde voie qui le soumet à une contrainte équivalente puisque le Conseil a rappelé qu'il lui appartiendra de vérifier, lors de son examen des lois de finances, le respect des règles de l'équilibre budgétaire.

466 *Sous le rapport des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale*, le Conseil juge que deux stipulations du traité de Maastricht y portent atteinte. D'abord, l'Union économique et monétaire dont la réalisation se traduira, selon le Conseil, « par la mise en œuvre d'une politique monétaire et d'une politique de change unique suivant des modalités telles qu'un État membre sera privé de compétences propres dans un domaine où seront en cause les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ». Une déception pédagogique : le Conseil ne dit pas en quoi les modalités prévues par le traité ont cet effet. Il se contente, dans de longs considérants, d'exposer, en citant directement les articles du traité, les trois phases du processus de réalisation de la monnaie unique, comme si le simple énoncé de ces modalités⁷⁴ suffisait à lui-seul à prouver évidemment leur caractère attentatoire aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale. Cette dispense d'explication ne saurait, évidemment, satisfaire ceux qui considéreraient que la mise en commun des souverainetés pour la détermination de la monnaie unique permettait aux différentes souverainetés nationales de s'exercer dans de meilleures conditions en n'étant plus obligées de se soumettre à la volonté monétaire de l'une d'elles. Il est vrai que « battre monnaie » est la représentation à travers laquelle s'est construite la souveraineté nationale. Il est vrai aussi que le Conseil, dans sa décision du 29 avril 1978⁷⁵, avait jugé que la modification du statut du Fonds monétaire international relative aux changements de parité de monnaie ne portait pas atteinte à la souveraineté des États membres car était respectée « la liberté de chacun d'eux de choisir tout système de change qu'il entend appliquer ». Mais il semble surtout qu'en se fondant sur la formule vague et générale de « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale », le Conseil ait voulu ménager la liberté de décision du constituant qu'il appelait à intervenir. En effet, il aurait pu, pour aboutir au même résultat, se référer à une disposition claire et précise de la Constitution, l'article 34 selon lequel le Parlement « fixe les règles concernant le régime d'émission de la monnaie ». Déclarer l'inconstitutionnalité du transfert de la politique monétaire aux instances communautaires sur cette base

■ 74. Prohibition des déficits publics excessifs accompagnée d'un mécanisme de sanctions, indépendance de la Banque centrale européenne et des banques centrales nationales par rapport au pouvoir politique, définition et mise en œuvre par le système européen des banques centrales de la politique monétaire de la Communauté, habilitation de la Banque centrale européenne à autoriser seule l'émission de billets de banque dans la Communauté...

■ 75. CC 78-93 DC, 29 avril 1978, R. p. 23.

prenait du même coup la forme d'une invitation faite par le Conseil au constituant de faire porter sa révision sur l'article 34. Avec en perspective de beaux discours sur le déclin du Parlement et de belles difficultés politiques. Et c'est ainsi qu'en choisissant entre deux fondements le moins contraignant, le Conseil rend une décision à la fois juridiquement correcte et politiquement habile. En d'autres termes, une décision « sage ».

Ensuite sont jugées affecter les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale les stipulations du traité de Maastricht relatives à la politique commune en matière de visas à l'égard des pays tiers. Là, le Conseil explique son jugement. C'est l'*abandon de la règle de l'unanimité* pour décider de cette politique qui « pourrait conduire » à porter atteinte aux prérogatives de l'État. Il semble donc que le départ entre transferts inconstitutionnels et transferts constitutionnels dépend moins de l'objet des compétences transférées que des règles de prise des décisions communautaires, à la majorité ou à l'unanimité. Ainsi, dans la décision du 31 décembre 1997⁷⁶, le Conseil déclare l'inconstitutionnalité de dispositions du traité d'Amsterdam relatives aux transferts de compétences en matière de visas, d'asiles, de libre circulation de personnes, d'immigration, et du franchissement des frontières intérieures et extérieures des États membres, toutes dispositions pour lesquelles le traité prévoyait, après une période transitoire de cinq ans, le passage de la règle de l'unanimité à la règle de la majorité qualifiée et à la procédure de co-décision. Tant que « les décisions sont prises à l'unanimité, insiste le Conseil, les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté ne sont pas affectées ». L'unanimité, en effet, par le jeu du droit de veto, préserve ces conditions ; la majorité qualifiée, non, puisque la France pourrait se retrouver, un jour, dans le camp de la minorité, obligée d'appliquer une décision contre laquelle elle aurait voté. D'où le considérant prévisible de la décision du 19 novembre 2004⁷⁷ déclarant les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté affectées par le passage à la règle de la majorité qualifiée pour adopter les actes communautaires soit dans des matières déjà transférées, soit dans des matières régaliennes nouvellement attribuées à l'Union – la politique étrangère et de sécurité commune, par exemple –, soit dans des matières actuellement régies par la règle de l'unanimité mais qui peuvent, en cours d'application du traité et par décision unanime du Conseil européen, passer sous le régime de la majorité qualifiée. D'où, également, la censure prononcée par le Conseil en 2007⁷⁸ à l'encontre de plusieurs dispositions du traité de Lisbonne permettant le passage de la règle de l'unanimité à un mode de décision majoritaire au sein du Conseil des ministres.

Dans le même esprit, le Conseil juge, dans sa décision du 13 octobre 2005⁷⁹, que les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale seraient affectées par le caractère *irrévocable* de l'adhésion de la France à un engagement international « touchant à un domaine inhérent à celle-ci ». Ce qui lui permet, en l'espèce, de distinguer le cas du protocole du Pacte international relatif aux droits

■ 76. CC 97-394 DC, 31 décembre 1997, R. p. 344. Cette décision s'inscrit dans une continuité parfaite avec celle du 9 avril 1992 sur le traité de Maastricht.

■ 77. CC 2004-505 DC, 19 novembre 2004, R. p. 173.

■ 78. CC 2007-560 DC, 20 décembre 2007, JO 29 décembre 2007, p. 21813.

■ 79. CC 2005-524/525 DC, 13 octobre 2005, R. p. 142.

civils et politiques de celui du protocole de la Convention européenne des droits de l'homme, relatifs pourtant l'un et l'autre à l'abolition définitive de la peine de mort : le premier, juge le Conseil, porte atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté car il interdit toute dénonciation « y compris dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation » ; le second les respecte car il autorise sa dénonciation par les États parties.

467 En revanche, il est plus surprenant que, dans sa décision du 19 novembre 2004⁸⁰, le Conseil juge que « ni par le contenu de ses articles, ni par ses effets sur les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – intégrée comme deuxième partie du traité de Rome – n'appelle de révision de la Constitution ». Il est vrai que nombre des droits inscrits dans cette charte ont déjà valeur constitutionnelle en France. Il est vrai également que ses destinataires sont « les institutions et organismes de l'Union et les États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union ». Mais, cette limitation de la pesée de la charte sur le législateur national, argument utilisé par le Conseil pour soutenir sa solution, n'est qu'apparente dans la mesure où il est de jurisprudence constante que la Cour de Luxembourg considère qu'un État met en œuvre le droit de l'Union chaque fois qu'il intervient dans un domaine couvert, de quelque manière que ce soit, par le droit communautaire ; ce qui ouvre considérablement le champ de la portée contraignante de la charte⁸¹. D'autant que cette charte européenne contient des droits et principes qui ne figurent pas dans la charte française⁸² ; d'où une situation juridique qui affecte les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale puisque le législateur national devra élaborer ses lois en respectant d'autres droits et principes que ceux énoncés par le constituant national. Là encore, pour conclure à la constitutionnalité de la charte, le Conseil fait appel à l'intention des auteurs et plus particulièrement « aux explications du *praesidium* annexées au traité »⁸³. Ainsi, il résulte de ces « explications » : que la qualification de « principe » donnée aux « droits » sociaux et économiques – le droit d'accès aux prestations de sécurité sociale et aux services

■ 80. Considérant que le traité pour une constitution pour l'Europe et le traité de Lisbonne avaient, s'agissant des droits fondamentaux, le même objet, le Conseil a repris le même raisonnement dans sa décision du 20 décembre 2007.

■ 81. La Cour de justice a d'ailleurs développé une conception bienveillante du périmètre d'application de la Charte dans son arrêt *Akerberg Fransson* du 26 février 2013 (n° C-617/10) en jugeant qu'elle visait non seulement les actes nationaux qui transposent ou mettent en œuvre le droit communautaire, mais aussi ceux qui, plus largement, « entrent dans le champ d'application de ce droit ». Ce qui fait dire à Jean-Marc SAUVÉ que « le champ d'application de la Charte, défini à son article 51, a été interprété d'une manière extensive, afin de garantir, dans le champ d'application du droit de l'Union européenne, l'unité et la primauté du système européen de protection des droits fondamentaux » (« La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : mode d'emploi », Intervention lors du Colloque organisé par l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation et par la Société de législation comparée, consultable sur le site du Conseil d'État).

■ 82. La liberté d'expression de l'enfant, le droit pour toute personne de bénéficier d'un congé parental, le principe d'un haut niveau de protection des consommateurs...

■ 83. Le *praesidium* était composé de 12 membres : le Président Giscard d'Estaing et les deux vice-présidents, Dehaene et Amato ; les représentants des trois gouvernements italien, danois et grec assumant la présidence de l'Union pendant les travaux de la Convention ; deux représentants des parlements nationaux ; deux parlementaires européens ; deux commissaires.

sociaux, par exemple – signifie qu'ils ne sont pas, à la différence des autres droits, directement invocables devant les juridictions et ne définissent pour le législateur que des objectifs généraux non contraignants ; que le droit de chacun de manifester sa conviction religieuse en public a le même sens et la même portée que celui énoncé par l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme et interprété par la Cour de Strasbourg comme devant être nécessairement concilié avec le principe de laïcité reconnu par plusieurs traditions constitutionnelles nationales ; que la publicité des audiences juridictionnelles peut être soumise aux restrictions prévues à l'article 6 de la Convention européenne... Et si, selon le Conseil, ces « explications » permettent de sauver la constitutionnalité de la charte, c'est parce qu'en deux endroits du traité il est précisé que « la charte sera interprétée par les juridictions de l'Union et des États membres en prenant dûment en considération les explications établies sous l'autorité du *praesidium* de la Convention qui a élaboré la charte »⁸⁴. En d'autres termes, les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ne sont pas affectées puisque les explications des « pères fondateurs » restreignent la portée contraignante des droits énoncés et que ces explications lient pour le futur le travail d'interprétation des juges ; bref, aucun risque d'un droit vivant qui se développerait au-delà de l'intention de ses auteurs. Raisonement très surprenant venant d'un Conseil qui a fait du droit constitutionnel un droit vivant en intégrant, contre les « explications » des rédacteurs de la Constitution, la Déclaration de 1789 et le Préambule de 1946. Il est difficile d'imaginer que le Conseil ait pu sérieusement croire qu'un juge se considère lié par des « explications » de texte ; il est, en revanche, très facile d'imaginer qu'un jour la Cour de Luxembourg s'en détache pour produire une interprétation autonome des dispositions de la charte. Au regard de tous ces éléments de droit, il aurait été plus conséquent que le Conseil invite le constituant à consentir à la soumission du législateur au respect des droits énoncés dans la charte.

b) L'insoutenable méconnaissance de la primauté du droit international et du droit européen

468 Bien que les cours suprêmes aient, par leurs arrêts *Koné*⁸⁵, *Sarran*⁸⁶ et *Fraisse*⁸⁷, troublé les esprits, il semble cependant que la tendance favorable à la primauté du droit international ne soit pas remise en cause.

Le Conseil constitutionnel a toujours nettement affirmé que lorsqu'un traité est régulièrement incorporé à l'ordre juridique interne, il n'est possible ni de mettre en cause sa constitutionnalité ni de s'opposer à son application. En 1977, les députés socialistes contestent la constitutionnalité des règlements communautaires instituant les prélèvements parafiscaux sur le lait à l'occasion de la saisine de la loi de finances rectificative qui en faisait application. Dans sa décision, le Conseil rappelle qu'en vertu du traité de Rome, les règlements communautaires « sont

■ 84. Après cette formulation dans le préambule de la charte, le paragraphe 7 de l'article II-112 du traité stipule que « les explications élaborées en vue de guider l'interprétation de la charte des droits fondamentaux sont dûment prises en considération par les juridictions de l'Union et des États membres ».

■ 85. CE Ass., 3 juillet 1996, *Koné*, R. p. 255, concl. DELARUE, *RFDA* 1996, p. 870.

■ 86. CE Ass., 30 octobre 1998, *Sarran*, *AJDA* 1998, p. 1039, concl. MAUGUÉ, *RFDA* 1998, p. 1081.

■ 87. Cass. Ass. plén. 2 juin 2000, n° 99-60274.

obligatoires dans tous leurs éléments et sont directement applicables dans les États membres » et « qu'il suit de là que la force obligatoire qui s'attache à leurs dispositions n'est pas subordonnée à une intervention des autorités des États membres, et notamment du Parlement français »⁸⁸.

En d'autres termes, la mise à l'écart des Assemblées ou la limitation de leur rôle à l'adoption des mesures d'application des règlements communautaires n'est pas contraire à la Constitution ; elle n'est que « la conséquence d'engagements internationaux souscrits par la France qui sont entrés dans le champ de l'article 55 de la Constitution », c'est-à-dire qui ont acquis une autorité supérieure à celle des lois. De même, dans la décision du 29 avril 1978, le Conseil considère que la non-soumission au Parlement français d'un amendement au statut du Fonds monétaire international, voté dans les conditions de majorité requises, n'est pas contraire à la Constitution car « il s'impose à la France en vertu des engagements qu'elle a souscrits en adhérant régulièrement à la suite de la loi du 26 décembre 1945, à l'accord relatif au fonds monétaire international »⁸⁹.

À cette immunité constitutionnelle des traités ratifiés, favorable à la primauté du droit international, s'ajoute encore la reconnaissance de la valeur constitutionnelle de la règle *Pacta sunt servanda*. Affirmée pour la première fois dans la décision du 9 avril 1992, elle implique, en effet, que le Conseil vérifie si la loi soumise à son examen ne contient pas des dispositions de nature à empêcher l'exécution de tel ou tel traité. Dans la décision du 22 janvier 1999⁹⁰, le Conseil a ainsi jugé que ne portaient pas atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale les stipulations du traité permettant à la Cour pénale internationale de se déclarer compétente dans les cas où l'État partie se soustrairait délibérément aux obligations de la convention dans la mesure où ces stipulations « découlent de la règle *Pacta sunt servanda* en application de laquelle tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi ». Plus ferme encore dans la décision du 9 août 2012⁹¹, le Conseil rappelle, qu'une fois le traité sur la stabilité monétaire ratifié, « la France sera, en application de la règle « *Pacta sunt servanda* », liée par ces stipulations qu'elle devra appliquer de bonne foi ; que la situation budgétaire des administrations publiques devra être en équilibre ou en excédent dans les conditions prévues par le traité ; que celui-ci aura, en application de l'article 55 de la Constitution, une autorité supérieure à celle des lois ; qu'il appartiendra aux divers organes de l'État de veiller dans le cadre de leurs compétences respectives à l'application de ce traité ; que le législateur sera notamment tenu d'en respecter les stipulations lors de l'adoption des lois de finances et des lois de financement de la sécurité sociale ». D'où l'importance du contrôle de la conformité du traité à la Constitution.

Dans la décision 22 janvier 1999 enfin, le Conseil a supprimé, au moins pour les conventions humanitaires, la subordination du respect du principe de la supériorité des traités sur les lois à la condition de réciprocité : lorsque les obligations nées d'un engagement international – en l'espèce le traité relatif à la Cour pénale

■ 88. CC 77-89 DC, et 77-90 DC, 30 décembre 1977, R. p. 44 et 46.

■ 89. CC 78-93 DC, 29 avril 1978, R. p. 23.

■ 90. CC 98-408 DC, 22 janvier 1999, JO 24 janvier 1999, p. 1317.

■ 91. CC 2012-653 DC, 9 août 2012, JO 11 août 2012, p. 13283.

internationale – « s'imposent à chacun des États parties indépendamment des conditions de leur exécution par les autres États parties, la réserve de réciprocité mentionnée à l'article 55 de la Constitution n'a pas lieu de s'appliquer ». En prenant cette position, le Conseil interprète l'article 55 par référence à l'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, selon lequel « la condition de réciprocité est exclue en ce qui concerne les dispositions relatives à la protection humaine contenues dans les traités humanitaires ».

469 En utilisant, dans l'arrêt *Koné*, un principe fondamental reconnu par les lois de la République pour écarter l'application d'un traité, et, plus encore, en jugeant, dans l'arrêt *Sarran*, que « la suprématie conférée par l'article 55 de la Constitution aux engagements internationaux ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle », le Conseil d'État a-t-il inversé la tendance et réaffirmé la primauté du droit interne sur le droit international⁹² ? Sauf à oublier la « petite phrase », pourtant mise en valeur par les deux virgules, « dans l'ordre interne », il est permis d'en douter. Que, dans cet ordre-là, et sous bénéfice d'une représentation hiérarchique des normes, la Constitution soit au sommet de la pyramide et déclarée par conséquent supérieure aux traités ne peut constituer, en effet, une surprise. Sur le plan logique, l'affirmation par la Constitution de la supériorité des traités sur elle-même se détruit immédiatement puisque, par cette affirmation, elle subordonne la place des traités à sa décision et se remet ainsi en position de surplomb. Sur le plan du droit positif, le mécanisme imaginé pour empêcher qu'un traité déclaré inconstitutionnel entre dans l'ordre interne sauf accord exprès du constituant, témoigne également de la supériorité de la Constitution sur les traités.

Ces deux arrêts ne reviennent pas, au demeurant, sur la jurisprudence *Jacques Vabres* et *Nicolo* qui fait prévaloir le droit international même à l'égard d'une loi postérieure contraire, et surtout ils n'ont pas pour effet de supprimer la responsabilité de l'État pour manquement à ses obligations internationales. En invitant le Conseil d'État à constater la supériorité de la Constitution sur les traités et par conséquent à refuser de contrôler la conventionnalité de dispositions constitutionnelles contenues dans le décret attaqué, le commissaire du gouvernement à l'occasion de l'affaire *Sarran* précise clairement – et peut-être prévient – « que ceci n'exclut pas bien sûr, que la responsabilité de la France soit recherchée sur le plan international du fait de l'insertion dans la Constitution d'une disposition qui serait considérée comme non conforme aux conventions internationales portant des droits fondamentaux : du point de vue du droit international public, un État ne saurait se prévaloir de sa constitution pour se soustraire à ses engagements internationaux »⁹³. Ce rappel d'une jurisprudence internationale et européenne constante et bien établie⁹⁴ replace ainsi la norme internationale dans une position de supériorité à

■ 92. V. par ex., D. ALLAND, « À propos de l'arrêt *Sarran*. Consécration d'un paradoxe : primauté du droit interne sur le droit international », *RFDA* 1998, p. 1094 ; L. DUBOIS, « Les trois logiques de la jurisprudence *Sarran* », *RFDA* 1999, p. 57.

■ 93. C. MAUGÛE, *RFDA*, 1998, p. 1081.

■ 94. V. par ex., CPJI, avis du 4 février 1932, Traitement des prisonniers de guerre polonais à Dantzig ; CJCE, 17 décembre 1970, *International Handelsgesellschaft*, R. p. 1125 ; CEDH 29 octobre 1992, *Open door c/Irlande*, n° 14234/88.

l'égard de la norme constitutionnelle. Sans doute, cette supériorité n'est-elle compréhensible qu'au regard de l'ordre juridique international ; mais elle n'est pas sans effets dans l'ordre juridique interne puisque une condamnation de la France pour avoir introduit des dispositions constitutionnelles incompatibles avec, par exemple, la Convention européenne des droits de l'homme l'obligerait à modifier sa constitution. Autrement dit, la primauté des traités sur la constitution s'accomplit par la mise en jeu de la responsabilité internationale de l'État invoquant sa constitution pour faire obstacle à l'application d'un traité. Et dans son arrêt *Gardedieu* du 2 février 2007⁹⁵, le Conseil d'État a d'ailleurs assoupli sa vieille jurisprudence *La Fleurette* en admettant la mise en cause de l'État pour contrariété de la loi à un engagement international, sans nécessité de prouver l'habituel préjudice « anormal et spécial ». La responsabilité de la puissance publique peut donc être engagée du seul fait que la loi est contraire au traité et même aux « principes généraux du droit communautaire »⁹⁶.

470 Cela dit, le Conseil constitutionnel aurait pu contribuer à clarifier la situation en appelant le constituant, à l'occasion de son examen du traité établissant une constitution pour l'Europe, à reconnaître explicitement et de façon générale le principe de la primauté du droit communautaire sur la Constitution. Or, dans sa décision du 19 novembre 2004⁹⁷, il juge que « l'article I-6 du traité de Rome – qui pose le principe de la primauté du droit communautaire – n'implique pas de révision de la Constitution ». Pour arriver à cette conclusion, il se fonde sur trois arguments discutables. Le Conseil se livre d'abord à une analyse systémique du traité en liant la compréhension de l'article I-6 à la lecture de l'article I-5 selon lequel « l'Union respecte l'identité nationale des États membres inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles » pour en déduire que le principe de primauté doit respecter les constitutions nationales et donc que le droit communautaire ne s'impose pas aux dispositions constitutionnelles. Interprétation très « volontariste » de l'article I-5 qui paraît plus simplement s'adresser aux organes de l'Union invités, lorsqu'ils prennent des décisions, à considérer les traditions constitutionnelles des États membres et signifier que la « constitution européenne » ne supprime pas les constitutions nationales ni n'oblige les États membres à modifier leur régime politique et les structures constitutionnelles – monarchie, République, régime parlementaire, régime semi présidentiel... – dans lesquels s'exprime leur histoire et leur identité nationales. Le Conseil s'appuie ensuite et surtout sur l'intention des auteurs du traité telle qu'elle résulte d'une déclaration annexée au traité et aux termes de laquelle « l'article I-6 ne confère pas au principe de primauté une portée autre que celle qui était antérieurement la sienne ». Or, sans même discuter ici du statut normatif de l'intention des auteurs d'un texte, la portée antérieure du principe de primauté est très claire en ce qu'elle renvoie, comme le précise ladite déclaration annexée, « à la jurisprudence existante de la Cour de justice ». Et celle-ci s'énonce

■ 95. CE, Ass., 8 février 2007, *Gardedieu*, n° 279522.

■ 96. CE 23 juillet 2014, *Sté d'éditions et de protection route*, n° 354365 ; V. G. ÉVEILLARD, « Précisions sur la responsabilité de l'État du fait des lois inconventionnelles », *Droit Administratif* n° 1, Janvier 2015, comm. 9.

■ 97. CC 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *R.* p. 173.

de la manière suivante : un État membre ne peut pas exciper des dispositions de son ordre juridique national, y compris constitutionnel, pour refuser d'appliquer le droit communautaire dérivé⁹⁸. Sauf à supposer que l'intention des auteurs du traité ait été de « casser » la jurisprudence de la Cour de justice – ce que, précisément, la déclaration annexée ne permet pas de faire – l'article I-6 a donc pour effet logique et nécessaire d'obliger toute autorité nationale à écarter toute règle nationale y compris une règle constitutionnelle. Vient alors, dans le raisonnement du Conseil, le troisième argument, celui qui voudrait qu'une révision préalable ne soit pas aujourd'hui utile puisque le principe de primauté du droit communautaire aurait été déjà consacré par l'article 88-1 issu de la révision constitutionnelle de 1992⁹⁹ et interprété par le Conseil dans sa décision du 10 juin 2004. Mais, outre que l'article I-6 du traité de Rome affirme plus clairement le principe de primauté que la formulation vague et incertaine de l'article 88-1 de la Constitution, la décision du 10 juin 2004 ne donne pas un plein effet au principe de primauté en réservant la possibilité de sanctionner des directives communautaires qui porteraient atteintes à des dispositions expresses et spécifiques de la Constitution française¹⁰⁰. De quelque manière de prendre l'article I-6, isolément, systématiquement, intentionnellement, le principe de primauté signifie primauté du droit communautaire sur l'ensemble du droit national, droit constitutionnel compris. Signification activée par l'action en manquement qui pourrait être diligentée devant la Cour de Luxembourg contre l'État qui exciperait de ses dispositions constitutionnelles pour ne pas introduire dans son ordre juridique une directive communautaire. Dès lors, la décision du 10 juin 2004 s'avère impuissante à purger l'inconstitutionnalité de l'article I-6 du traité de Rome ; et par conséquent, tout concourrait à demander une révision préalable de la Constitution afin que le constituant consente expressément à la primauté du droit communautaire sur le droit national. Évidemment, les débats constitutifs auraient sans doute été animés, longs et incertains dans leur dénouement. Est-ce pour éviter ces « risques » que le Conseil a préféré conclure à la constitutionnalité de l'article I-6 du traité ?

Échec retentissant pour les uns, heureux dénouement pour les autres, le « non » des Français et des Néerlandais à la « Constitution européenne » a clôturé le débat sans ménagement : finalement, le traité de Lisbonne ne reprendra pas le principe de primauté du droit de l'Union et se contentera d'une « déclaration », annexée au traité, indiquant que « selon une jurisprudence constante de la Cour de justice de

■ 98. CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, Rec. p. 1135 ; « le droit né du traité, issu d'une source autonome, ne pourrait, en raison de sa nature, se V. judiciairement opposer des règles de droit national quelles qu'elles soient, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même ; dès lors, l'invocation d'atteintes portées, soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la constitution d'un État membre, soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale, ne saurait affecter la validité d'un acte de la Communauté ou son effet sur le territoire de l'État ». V. aussi, CJCE, 11 avril 1978, *Commission c/ Italie*, Rec. p. 70 : un État membre défendeur « ne saurait exciper de difficultés internes ou de dispositions de son ordre juridique national, même constitutionnel, pour justifier le non-respect des obligations et délais résultant de directives communautaires ».

■ 99. « La République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'États qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences ».

■ 100. V. *supra*, n^{os} 141 et s.

l'Union européenne, les traités et le droit adoptés par l'Union sur la base des traités priment le droit des États membres »...

Modeste consolation : en posant, le 4 avril 2013¹⁰¹, une question préjudicielle à la Cour de Luxembourg pour lui demander si la rédaction de la décision-cadre doit être interprétée comme excluant la possibilité d'un recours contre une décision d'extension d'un mandat d'arrêt européen, le Conseil fait un pas jurisprudentiel important vers l'enchâssement des ordres juridiques constitutionnel et européen.

§ 2. LE PRINCIPE DE SUFFRAGE

471

La crédibilité et la légitimité de la représentation politique sont directement engagées aujourd'hui par les qualités de la procédure de délégation. S'il n'est pas le seul ressort du système représentatif, le vote en constitue, en effet, le facteur déterminant. C'est pourquoi, le Conseil impose un respect rigoureux du principe d'égalité du suffrage tant dans son mode d'expression (A) que dans son mode de représentation (B).

A. LE CONTRÔLE DE L'EXPRESSION ÉGALE DU SUFFRAGE

472

Pour le Conseil, l'égalité qui doit présider à l'expression du suffrage concerne et s'applique à la fois aux électeurs, titulaires du droit de suffrage (1), et aux candidats qui en sont les bénéficiaires (2).

1. Le contrôle de l'expression égale des électeurs

a) *Le contrôle des caractères du droit de suffrage*

473

Universel, égal et secret, tels sont les « caractères » du droit de suffrage dont le Conseil pourrait imposer le respect à un législateur qui, le cas échéant, voudrait introduire des discriminations dans l'attribution et l'exercice du droit de vote. Seraient ainsi jugés contraire à l'article 3 de la Constitution – le suffrage est « toujours universel, égal et secret » – le retrait du droit de suffrage aux militaires, aux femmes, aux protestants, ou la définition de distinctions fondées sur les capacités fiscales, les aptitudes intellectuelles des individus, ou l'ancienneté de la nationalité française. Il existe heureusement peu de jurisprudence en la matière, le législateur respectant aujourd'hui spontanément ces principes constitutionnels. Mais il n'est pas sans importance que le Conseil les rappelle régulièrement, car la crédibilité des démocraties pluralistes repose, pour une large part, sur les qualités du pouvoir de suffrage. Et d'ailleurs, le Conseil est amené parfois à censurer certains manquements des pouvoirs publics.

■ 101. CC 2013-314 P QPC, 4 avril 2013, JO 7 avril 2013, p. 5799. V. *supra* n° 85.

Ainsi, dans la décision du 17 janvier 1979¹⁰², il condamne le vote plural comme contraire « à la règle de l'égalité du suffrage ». En l'espèce, le Parlement avait défini un régime électoral pour la désignation des conseillers prud'hommes qui accordait aux électeurs-employeurs un nombre de voix déterminé d'après le nombre de salariés employés dans l'entreprise. Une forme de suffrage censitaire à fondement économique était donc établie, accordant aux électeurs patronaux un poids de vote inégal selon l'importance de leur entreprise. Le Conseil a, bien sûr, censuré cette disposition au motif que « s'agissant de la désignation des membres d'une juridiction, la circonstance que des électeurs emploient un nombre de salariés plus important que d'autres, ne justifie pas que leur soit attribué un droit de vote plural », dans la mesure où cette différenciation « n'est pas compatible avec la finalité d'une opération électorale qui a pour seul objet la désignation des membres d'une juridiction et est dépourvue de tout lien avec les considérations qui doivent présider à cette désignation ». L'argumentation très circonstanciée du Conseil ne doit pas amoindrir la portée de la décision : s'il est vrai qu'en général le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce que la loi traite différemment des personnes placées dans des situations différentes, en matière électorale, et quelle que soit l'élection, il ne saurait admettre que des électeurs « pèsent » plus lourd que d'autres. Ici, le principe d'égalité ne peut qu'être absolu et synonyme du principe « un électeur égale une voix ». Dégagée pour la désignation de juges, cette solution s'imposerait avec autant sinon plus de force pour les élections mettant en jeu l'exercice de la souveraineté nationale. L'idée d'un vote familial, émise par Michel Debré en 1978 pour inciter à la natalité, évoquée par Jean-Marie Le Pen dans ses différents programmes aux élections présidentielles, serait ainsi aisément repoussée par le Conseil, à supposer qu'elle ait été reprise par le Parlement.

474 Malgré tous les éléments qui poussent à l'expression publique du vote des électeurs – sondages d'opinion, enquêtes à la sortie des urnes, « chasse » aux abstentionnistes... – le Conseil veille au respect du caractère secret du suffrage. Dans sa proclamation des résultats du référendum du 6 novembre 1988, il annule l'ensemble des suffrages d'une commune au motif que l'absence d'isoloir dans le bureau de vote n'a pas permis d'assurer le respect « du principe constitutionnel du secret du vote »¹⁰³.

Le Conseil n'a pas été saisi de la loi du 30 décembre 1988 qui pose l'obligation nouvelle pour l'électeur de signer, au moment de son vote, la liste d'émargement. Pourtant, sans contester expressément la constitutionnalité de la réforme, le Sénat avait refusé un système qui, selon lui, pouvait porter atteinte à l'égalité des électeurs en dissuadant certains de venir voter : « ceux qui ne souhaitent pas que l'on sache qu'ils ne savent pas écrire, ceux qui souffrent d'un handicap physique, et ceux qui ne voudraient pas sortir du bureau de vote avec un doigt encre »¹⁰⁴ ! Ces arguments n'ont pas dû convaincre véritablement les sénateurs eux-mêmes puisqu'il ne s'en est pas trouvé soixante pour contester la loi devant le Conseil ; sans doute parce qu'ils étaient persuadés qu'il aurait déclaré conforme à la Constitution

■ 102. CC 78-101 DC, 17 janvier 1979, R. p. 23.

■ 103. Proclamation du 9 novembre 1988, R. p. 199.

■ 104. JO Doc. Parl. Sénat, 1988-1989, n° 120.

une disposition destinée à limiter la fraude électorale et assurer la sincérité du scrutin...

475 Sur la base du secret du suffrage, le Conseil a annulé plusieurs élections, notamment lorsque le maire d'une commune invite les électeurs, dans le voisinage immédiat du bureau de vote, à désigner un candidat qui ne figure pas au second tour de l'élection présidentielle¹⁰⁵, ou lorsque de nombreux électeurs sont autorisés à voter sans passer par l'isoloir¹⁰⁶. Et dans la décision du 18 juillet 2013¹⁰⁷, le Conseil insiste encore sur la nécessité de respecter impérativement le secret du vote : le législateur peut évidemment prévoir une élection « par anticipation » des conseillers à l'Assemblée des Français de l'étranger, mais à la condition, souligne le Conseil, que l'électeur « remette à l'ambassadeur ou au chef de poste consulaire un pli fermé, numéroté et signé par lui contenant l'enveloppe », et « qu'à l'occasion de cette remise en main propre, l'électeur signe la liste d'émargement et se voit remettre un récépissé sur lequel figurent son nom et le numéro du pli ».

476 À côté de ces caractères traditionnels du droit de suffrage, le Conseil a également déduit de ce dernier le principe constitutionnel de la « périodicité raisonnable » de l'exercice par les électeurs de leur droit de vote ; et si, dans cette même décision du 6 décembre 1990¹⁰⁸, il ne fait pas de la lutte contre l'abstentionnisme électoral un objectif de valeur constitutionnelle, il considère cependant que « le législateur peut *légitimement* rechercher les moyens de susciter une plus forte participation des citoyens aux consultations électorales ». Est ainsi considérée comme une périodicité raisonnable : l'allongement de six ans à sept ans de la durée du mandat des conseillers généraux à élire en 1994¹⁰⁹, la prorogation de deux mois du mandat des membres de l'Assemblée territoriale de Polynésie française¹¹⁰, l'allongement de la durée du mandat des députés de quelques mois pour permettre que l'élection présidentielle précède les élections législatives¹¹¹, la réduction de six à quatre ans du mandat des conseillers régionaux et la réduction de six à trois ans de celui des conseillers généraux pour permettre la concomitance des deux élections à compter de 2014¹¹², et la prolongation d'un an du mandat des membres de l'Assemblée des Français de l'étranger¹¹³. Dans tous les cas, le contrôle du Conseil est relativement peu contraignant : il se contente bien souvent d'enregistrer l'intérêt général à l'origine de la réforme et précise systématiquement, selon la formule habituelle, qu'il ne détient pas un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement.

■ 105. CC 2002-111 PDR, 8 mai 2002, cons. 1, JO 10 mai 2002, p. 9084.

■ 106. CC 2005-38 REF, 1^{er} juin 2005, cons. 2, JO 4 juin 2005, p. 9951.

■ 107. CC 2013-673 DC, 18 juillet 2013, cons. 16, JO 23 juillet 2013, p. 12259.

■ 108. CC 90-280 DC, 6 décembre 1990, R. p. 84.

■ 109. CC 93-331 DC, 13 janvier 1994, cons. 7 et 8, JO 18 janvier 1994, p. 924.

■ 110. CC 96-372 DC, 6 février 1996, cons. 4, JO 7 février 1996, p. 1872.

■ 111. CC 2001-444 DC, 9 mai 2001, cons. 3, JO 16 mai 2001, p. 7806.

■ 112. CC 2010-603 DC, 11 février 2010, cons. 12, JO 17 février 2010, p. 2914.

■ 113. CC 2013-671 DC, 6 juin 2013, cons. 4 et 5, JO 14 juin 2013, p. 9857.

b) La définition de la condition juridique de l'électorat

477 Le Conseil a clairement défini le régime de l'électorat dans la décision du 18 novembre 1982 : « la qualité de citoyen ouvre le droit de vote dans des conditions identiques à tous ceux qui n'en sont pas exclus pour une raison d'âge, d'incapacité ou de nationalité ou pour une raison tendant à préserver la liberté de l'électeur ; ces principes de valeur constitutionnelle s'opposent à toute division par catégories des électeurs »¹¹⁴. Par ce considérant, le Conseil retrouve la conception chère à Sieyès de la représentation politique. Au regard de celle-ci, les différences d'intérêts entre les individus ne comptent pas ; prime seulement ce qui leur est commun, ce qui les rassemble, c'est-à-dire l'appartenance au corps politique dont la propriété fondamentale, l'unité, implique la reconnaissance de l'égalité parfaite, voire de l'identité, de l'interchangeabilité de ses membres. Que la souveraineté soit indivisible implique l'unité du corps politique de la nation qui, à son tour, implique l'unité de condition du citoyen-électeur. Diviser les électeurs par catégories sociales, familiales, religieuses, sexuelles serait porter atteinte au principe même de la représentation politique qui est, par le recours au concept de citoyen, de faire « oublier » les différences sociales : chômeurs et milliardaires sont, par la grâce de la citoyenneté, identiques !

478 Ces principes n'excluent pas cependant, le Conseil le rappelle, que des conditions puissent être mises à la faculté d'exercer le droit de vote.

Condition d'âge : fixée depuis la loi du 5 juillet 1974 à dix-huit ans, la majorité électorale ne pourrait sans doute pas être abaissée ou augmentée librement par le Parlement, le Conseil pourrait vérifier, le cas échéant, si la modification ne porte pas atteinte à la qualité de citoyen. Il juge à ce titre, dans la décision du 30 mars 2000¹¹⁵, que le législateur ne peut fixer à dix-huit ans l'âge d'éligibilité à l'Assemblée nationale des ressortissants d'un État de l'Union européenne autre que la France, alors que, pour les citoyens français, l'âge d'éligibilité est de vingt-trois ans. Cette différence de traitement, dit le Conseil, « méconnaît le principe d'égalité ».

Condition de dignité : ne peuvent être électeurs que les individus « jouissant de leurs droits civils et politiques et n'étant dans aucun cas d'incapacité prévu par la loi » ; là encore, le Conseil pourrait contrôler les appréciations portées par le législateur sur les comportements sociaux de nature à justifier une incapacité électorale¹¹⁶. En sens inverse, il vérifie dans le contentieux électorale que les détenus jouissant de leurs droits civiques ont bien la possibilité concrète de voter par procuration¹¹⁷. Condition de nationalité : seuls les nationaux français ont le droit de vote. Cette exclusion des étrangers ne vaut cependant que pour les élections exprimant la souveraineté nationale ou désignant ceux qui ont à l'exprimer : n'est

■ 114. CC 82-146 DC, 18 novembre 1982, *R.* p. 66.

■ 115. CC 2000-426 DC, 30 mars 2000, cons. 19, JO 6 avril 2000, p. 5246.

■ 116. Dans la décision du 18 janvier 1985, le Conseil n'a pas apprécié la constitutionnalité d'une disposition législative privant de l'électorat les personnes condamnées à la faillite personnelle ; pourtant, cette condamnation ne concerne ni les droits civils ni les droits politiques ; CC 84-183 DC, 18 janvier 1985, *R.* p. 32.

■ 117. CC 2005-3409 AN, 13 octobre 2005, cons. 1 et 2, JO 20 octobre 2005, p. 16611.

pas contraire à la Constitution la reconnaissance du droit de vote aux étrangers pour les élections professionnelles, universitaires, d'entreprise... – ; de même, n'est pas inconstitutionnelle la participation des ressortissants des États membres de la Communauté résidant en France aux élections européennes dans la mesure où, selon le Conseil, l'Assemblée européenne ne participe pas à l'exercice de la souveraineté nationale¹¹⁸. Et, depuis la révision constitutionnelle du 25 juin 1992, l'article 88-3 reconnaît aux citoyens de l'Union résidant en France le droit de vote aux élections locales.

479 Une formalité substantielle conditionne enfin la reconnaissance de la qualité d'électeur : l'inscription sur une liste électorale. Dans ce domaine se posent plusieurs questions. Existe-t-il d'abord un principe de libre choix par l'électeur de son lieu d'inscription ? Il ne le semble pas. Dans une décision du 21 juin 1978¹¹⁹, intervenue dans le cadre du contentieux électoral, le Conseil a considéré qu'une telle liberté, accordée spécialement aux Français résidant à l'étranger par la loi du 19 juillet 1977, avait « un caractère exceptionnel » ; et il a fortement stigmatisé la possibilité ainsi donnée aux intéressés « d'user de cette liberté en fonction de leurs préférences politiques et, notamment, de l'influence que pourraient exercer leurs suffrages sur les résultats du scrutin dans la commune choisie »¹²⁰. En conséquence, obliger les électeurs à s'inscrire et à voter dans leur commune de résidence ne paraît pas pouvoir encourir la censure du Conseil, ne serait-ce que parce qu'une telle obligation permettrait de limiter les manœuvres – procuration, changement d'inscription pour voter tous les trois ans aux élections cantonales – susceptibles de porter atteinte au principe constitutionnel de la sincérité du scrutin¹²¹. Au demeurant, dans sa décision du 9 mai 1991¹²², le Conseil constate, sans invalider la loi ni prononcer aucune réserve, que « la législation électorale ne confère pas aux citoyens une totale liberté de choix de leur lieu d'inscription sur les listes électorales ».

Existe-t-il ensuite une durée minimale de résidence pour pouvoir s'inscrire sur les listes électorales ? Une partie de la doctrine estime qu'une loi qui imposerait une durée de résidence supérieure aux six mois mentionnés à l'article L. 11 du Code électoral serait contraire à la Constitution, en ce qu'elle instituerait entre les citoyens une inégalité fondée sur une distinction d'origine¹²³. Jusqu'à la décision du 15 mars 1999¹²⁴, le Conseil n'avait jamais tranché expressément cette question. Il avait seulement reconnu, *implicitement et a contrario*, que les trois années de résidence en Nouvelle-Calédonie exigées par la loi du 5 juin 1987 pour participer au référendum d'auto-détermination du territoire n'étaient pas contraires à la Constitution, reconnaissance implicite dans la mesure où il n'avait pas soulevé

■ 118. CC 92-308 DC, 9 avril 1992, *R.* p. 55.

■ 119. CC 21 juin 1978, AN Hérault, 1^{re} circonscription, *R.* p. 166.

■ 120. Cette liberté de choix a été supprimée par la loi du 19 novembre 1982 qui établit, pour les Français résidant à l'étranger, une liste limitative de communes de rattachement possibles.

■ 121. Aujourd'hui, selon l'art. L. 11 du Code électoral, l'électeur peut choisir entre trois solutions ; la commune de son domicile réel, celle de sa résidence, ou celle dans laquelle il est inscrit, depuis au moins cinq ans, au rôle des contributions directes communales.

■ 122. CC 91-290 DC, 9 mai 1991, cons. 41 et 42, JO 14 mai 1991, p. 6350.

■ 123. V. M. Duverger, *Le Monde*, 22 décembre 1984.

■ 124. CC 99-410 DC, 15 mars 1999, JO 21 mars 1999, p. 4234.

d'office la question de la constitutionnalité de cette disposition que les requérants ne contestaient pas¹²⁵... Avec la décision du 15 mars 1999, le Conseil accepte la disposition de la loi organique prévoyant que, pour être électeur en Nouvelle-Calédonie, il faut y être domicilié « depuis dix ans à la date de l'élection au congrès et aux assemblées de province ». À sa décharge, il convient de préciser que sa liberté de décision était très limitée, puisque l'accord de Nouméa du 5 mai 1998, fondement constitutionnel de son contrôle de la loi organique, posait cette condition-là de durée pour être électeur en Nouvelle-Calédonie. Dans ce cadre réduit, le Conseil a seulement utilisé son pouvoir de contrôle pour donner une interprétation « glissante » de la durée de dix ans : quelle que soit la date de son installation en Nouvelle-Calédonie, même postérieure à 1998, un Français qui, à la date de l'élection au congrès et aux assemblées de province, justifie de dix années de résidence en Nouvelle-Calédonie, est électeur, décide le Conseil en prenant soin de se référer aux travaux parlementaires. Cette réserve d'interprétation est néanmoins « surmontée » par le constituant lors de la révision constitutionnelle du 23 février 2007 : préférant un corps électoral « gelé » plutôt que « glissant », le Parlement inscrit à l'article 77 de la Constitution la règle selon laquelle sont électeurs pour désigner les membres des assemblées délibérantes de la Nouvelle-Calédonie et des provinces les résidents installés depuis le 8 novembre 1998¹²⁶.

Plus récemment, la question de la durée minimale de résidence pour pouvoir s'inscrire sur les listes électorales s'est posée à propos des « gens du voyage ». Dénoncé par la HALDE¹²⁷, par divers rapports des parlementaires français¹²⁸ et des organisations internationales, le régime de circulation des gens du voyage est examiné par le Conseil lors d'une QPC en 2012¹²⁹. Le justiciable critiquait notamment les dispositions de la loi du 3 janvier 1969 imposant aux personnes « sans domicile ou résidence fixes » de justifier de trois ans de rattachement ininterrompue dans la même commune pour leur inscription sur la liste électorale, contre seulement six mois pour le régime « normal ». Logiquement, le Conseil censure la disposition, avec abrogation immédiate, en soulignant l'atteinte à l'égalité de suffrage.

■ 125. CC 87-226 DC, 2 juin 1987, R. p. 34.

■ 126. Par renvoi à l'accord de Nouméa. V. M. CHAUCHAT, « La citoyenneté calédonienne », NCCC n° 23, février 2008.

■ 127. V. not. la délibération n° 2009-316 du 14 septembre 2009, JO du 17 octobre 2009, p. 17190 : « Le traitement réservé par la loi à cette catégorie de citoyens français, identifiés par leur appartenance à la communauté des gens du voyage, entrave directement et de manière excessive leur accès au droit de vote. Il caractérise une violation des articles 3 de la Constitution de la V^e République et 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ».

■ 128. P. HÉRISSEON, *Gens du voyage : pour un statut proche du droit commun*, Rapport remis au premier ministre, juillet 2011, not. : « Dans un souci d'égalité de traitement entre les citoyens, il n'apparaît en effet pas justifié qu'une partie de la population française soit soumise à un régime dérogatoire imposant sa présence dans une commune pendant au moins trois ans pour pouvoir s'inscrire sur la liste électorale de cette commune, du seul chef de son mode de vie itinérant » (p. 19).

■ 129. CC 2012-279 QPC, 5 octobre 2012, cons. 28 à 30, JO 6 octobre 2012, p. 15655.

2. Le contrôle de l'expression égale des candidats

a) La définition de la condition juridique du candidat : la question de la parité

480 D'un même mouvement, le Conseil, dans sa décision du 18 novembre 1982, définit de la même manière la condition juridique de l'électeur et celle du candidat : « la qualité de citoyen ouvre le droit à l'éligibilité dans des conditions identiques à tous ceux qui n'en sont pas exclus pour une raison d'âge, d'incapacité ou de nationalité ou pour une raison tendant à préserver la liberté de l'électeur ou l'indépendance de l'élu ». L'éligibilité est donc un droit civique constitutionnel, et toute limitation apportée à son exercice par le législateur « ne peut, selon le Conseil, s'interpréter que restrictivement »¹³⁰ et doit respecter les principes de valeur constitutionnelle. Ainsi, se fondant sur l'article 8 de la Déclaration de 1789, le Conseil juge, dans sa décision du 15 mars 1999¹³¹, « que le principe de nécessité des peines implique que l'incapacité d'exercer une fonction publique élective ne peut être appliquée que si le juge l'a expressément prononcée, en tenant compte des circonstances propres à l'espèce » ; et, considérant que ce principe est méconnu par la disposition de la loi du 25 janvier 1985 instituant une incapacité d'exercer une fonction publique élective d'une durée au moins égale à cinq ans, applicable de plein droit à toute personne physique à l'égard de laquelle a été prononcée la faillite personnelle, il censure, pour la première fois, une disposition déjà promulguée et, en conséquence, sa transposition dans la loi soumise à son examen en 1999. C'est pourtant sur le fondement de cette même disposition de la loi du 25 janvier 1985 que le Conseil avait prononcé, le 5 septembre 1996¹³², la déchéance de Bernard Tapie de son mandat de député. Dans une de ses premières décisions rendues sur une QPC, le Conseil a confirmé cette jurisprudence en se fondant explicitement sur le principe d'individualisation des peines et en ordonnant que toutes les personnes condamnées à cette peine automatique recouvrent la capacité de s'inscrire sur les listes électorales¹³³.

481 Le Conseil n'a pas eu à se prononcer sur la constitutionnalité de toutes les exclusions actuelles de l'éligibilité. Certaines pourtant sont très discutables : les conditions d'âge différentes exigées selon le type d'élections – 18 ans pour les municipales, 21 pour les cantonales et régionales, 23 pour les présidentielles, les législatives et l'Assemblée européenne, 35 pour les sénatoriales – ne sont-elles pas contraires au principe d'égalité ? L'exigence de subvenir aux charges communales pour pouvoir être candidat aux élections municipales n'établit-elle pas une division économique des éligibles ? L'inéligibilité aux élections parlementaires des jeunes effectuant leur service militaire, non censurée par le Conseil¹³⁴, n'est-elle pas pourtant une discrimination par rapport aux jeunes femmes ou même à ceux ayant obtenu un sursis d'incorporation ou une dispense, et ce d'autant plus que le Conseil a jugé éligible à l'élection présidentielle un candidat, Alain Krivine,

■ 130. CC 17 mai 1969, R. p. 78.

■ 131. CC 99-410 DC, 15 mars 1999, JO 21 mars 1999, p. 4234.

■ 132. CC 96-10 DC, 5 septembre 1996, R. p. 111.

■ 133. CC 2010-6/7 QPC, 11 juin 2010, JO 12 juin 2010, p. 10849.

■ 134. CC 17 mai 1978, Puy-de-Dôme, 1^{er} circ., R. p. 88.

qui accomplissait son service militaire comme soldat de seconde classe¹³⁵ ? En diverses occasions, néanmoins, le Conseil s'est prononcé sur ces questions, mais il n'a jamais censuré et s'est toujours montré pour le moins indulgent. Ainsi, dans la décision du 5 juillet 2013¹³⁶, il juge que l'inéligibilité au conseil municipal du directeur du cabinet du président du conseil régional n'est pas contraire à la Constitution. De même, il estime, dans la décision SEN du 23 janvier 2015¹³⁷, que l'interdiction faite aux parlementaires « suppléants » de faire acte de candidature contre le parlementaire « titulaire » lors de l'élection suivante n'est contraire à aucun principe constitutionnel. Pour justifier cette interdiction, qui heurte pourtant le droit d'éligibilité et donc l'article 3 de la Constitution, le Conseil se réfère à l'article 23 de la Constitution fixant l'incompatibilité de la fonction de membre du gouvernement et l'exercice de tout mandat parlementaire. Cette incompatibilité, précise le juge, réduit « l'intérêt qui s'attache à ce que les parlementaires puissent être nommés membres du gouvernement » et les dissuade donc d'accepter des fonctions exécutives. Or, poursuit le Conseil, la loi organique, en facilitant le retour des anciens parlementaires, adoucit en quelque sorte la rigueur de l'article 23 de la Constitution, et de ce fait elle a « opéré une conciliation qui n'est pas manifestement disproportionnée entre les objectifs précités ». Le raisonnement se tient, il est longuement argumenté, mais il est permis de penser que la justification proposée par le juge – ne pas dissuader les parlementaires d'intégrer le gouvernement – est tout de même bien fragile en comparaison d'une atteinte si forte au droit d'éligibilité des « suppléants ».

Concernant le lien entre nationalité et éligibilité, le Conseil distingue deux hypothèses : celle des élections professionnelles où la condition de nationalité française ne s'impose pas pour être candidat¹³⁸ et celle des élections européennes où la qualité de citoyen de l'Union européenne ouvre le droit à l'éligibilité¹³⁹. Il convient également de rappeler que l'article 88-3 permet à ces mêmes citoyens d'être candidats aux élections locales en France. De cette donnée constitutionnelle, il ressort que la nationalité française n'est plus une condition de l'éligibilité que pour les élections mettant en jeu la souveraineté nationale.

Le Conseil n'a pas eu à connaître d'exclusions fondées sur « des raisons tendant à préserver la liberté de l'électeur ou l'indépendance de l'élu », même si son silence sur les inéligibilités établies par la loi du 11 mars 1988 à l'encontre des personnes n'ayant pas déposé leur déclaration de situation patrimoniale ou leur compte de campagne électorale peut se comprendre par référence à cette argumentation : écarter de la compétition électorale des candidats qui, par débauche de moyens financiers, peuvent porter atteinte à la liberté de l'électeur, à la sincérité du scrutin et à l'égalité entre tous les candidats¹⁴⁰.

■ 135. CC 17 mai 1969, R. p. 78.

■ 136. CC 2013-326 QPC, 5 juillet 2013, cons. 3 et 4, JO 7 juillet 2013, p. 11355.

■ 137. CC 2014-4909 SEN, 23 janvier 2015, cons. 6 à 9, JO 25 janvier 2015, p. 1154.

■ 138. CC 81-130 DC, 30 octobre 1981, R. p. 31.

■ 139. CC 92-308 DC, 9 avril 1992, R. p. 55.

■ 140. CC 88-153 L, 10 mars 1988, R. p. 34.

482 Évidemment, la question politique la plus sensible fut de savoir si le principe d'égalité permettait ou interdisait au législateur de prendre des dispositions spécifiques pour éviter la monopolisation de la représentation politique par le sexe masculin. En 1982, le Parlement avait ainsi décidé que, pour les élections municipales, les listes de candidats ne pouvaient « comporter plus de 75 % de personnes du même sexe ». Saisi de cette loi, mais non de cette disposition-là instaurant des « quotas », le Conseil, dans sa décision du 18 novembre 1982¹⁴¹, soulève d'office la question de sa constitutionnalité pour déclarer qu'« une règle qui, pour l'établissement de listes soumises aux électeurs, comporte une distinction entre candidats en raison de leur sexe » n'est pas conforme à la Constitution. Le Conseil devait encore confirmer cette position dans sa décision du 14 janvier 1999¹⁴². Mais, après un long et passionné débat, le constituant ajoute, le 8 juillet 1999, à l'article 1^{er} de la Constitution la disposition suivante : « la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives ».

Dès lors, la jurisprudence de 1982 devient caduque et le Conseil reconnaît, dans sa décision du 30 mai 2000¹⁴³, que « le constituant a entendu permettre au législateur d'instaurer tout dispositif tendant à rendre effectif l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux ; qu'à cette fin, il est *désormais* loisible au législateur d'adopter des dispositions revêtant soit un caractère incitatif, soit un caractère contraignant ». Et, en l'espèce, il valide le principe d'une composition paritaire des listes pour les élections municipales.

483 Si le Conseil est ainsi obligé de prendre en charge la nouvelle rédaction constitutionnelle, il maintient sa méfiance à l'égard du principe de parité en limitant, selon une argumentation discutable, sa portée. Ainsi, dans la décision du 24 juillet 2003¹⁴⁴, il considère que la diminution du nombre de départements où l'élection a lieu à la représentation proportionnelle avec des listes composées alternativement d'un candidat de chaque sexe ne porte pas « par elle-même atteinte au principe de parité » dans la mesure où ce dernier ne peut avoir pour objet ou pour effet de priver le législateur de la faculté de fixer le régime électoral des assemblées ; il doit pouvoir rester libre de choisir le scrutin majoritaire même s'il est moins favorable à la réalisation de la parité. Le raisonnement du Conseil est loin de convaincre, car il place sur le même plan la définition d'une compétence et son mode d'exercice : que le régime électoral soit placé dans le domaine de la loi par l'article 34 ne signifie pas que cet article donne au législateur le pouvoir d'adopter n'importe quel mode de scrutin. Dans l'exercice de sa compétence en effet, il doit respecter les principes et règles de valeur constitutionnelle qui s'imposent à tous les organes de l'État ; en l'espèce, le Conseil aurait pu censurer le législateur pour avoir augmenté la part d'un mode de scrutin qui respecte moins que le scrutin proportionnel le principe de parité.

■ 141. CC 82-146 DC, 18 novembre 1982, *R.* p. 66. Pour une critique de cette décision, V. par exemple, D. LOCHAK, *Droit social*, 1983, p. 131, G. HALIMI, *Le Monde* du 24 novembre 1982.

■ 142. CC 98-407 DC, 14 janvier 1999, *R.* p. 21.

■ 143. CC 2000-429 DC, 30 mai 2000, *R.* p. 84.

■ 144. CC 2003-475 DC, 24 juillet 2003, *R.* p. 400.

De même, la limitation de la portée du principe de parité n'emporte pas la conviction. Dans la décision du 19 juin 2001¹⁴⁵, le Conseil censure, en effet, l'application des règles de parité pour l'établissement des listes de candidats aux élections au Conseil supérieur de la magistrature. Pour ce faire, le Conseil s'appuie sur les travaux préparatoires de la révision constitutionnelle du 8 juillet 1999 et considère que la parité ne s'applique « qu'aux élections à des mandats et fonctions politiques » ; les autres élections, précise-t-il, sont toujours soumises au respect de l'article 6 de la déclaration de 1789 qui interdit toute distinction entre candidats selon leur sexe. L'expression « Fonctions électives » est donc interprétée comme signifiant « fonctions politiques ». Cette interprétation restrictive de la portée de la révision de 1999 n'est pas sérieuse, au sens où elle n'est pas le résultat d'un travail conduit avec science et avec soin. D'abord, l'insertion dans l'article 3 – aujourd'hui dans l'article 1^{er} – n'a pas empêché l'application des règles de la parité aux élections locales qui ne concernent que très indirectement la souveraineté nationale ; elles pouvaient donc s'appliquer aux élections au CSM dont il n'est pas plus abusif de dire qu'elles touchent indirectement la souveraineté nationale puisqu'il s'agit d'un pouvoir public constitutionnel qui gère un corps statuant au nom du peuple français ; dans sa décision du 5 mai 1998, le Conseil a d'ailleurs jugé que « les fonctions juridictionnelles étaient des fonctions inséparables de l'exercice de la souveraineté nationale ». Ensuite et peut-être surtout, le Conseil ne pouvait ignorer, puisqu'il fait référence aux travaux préparatoires, que le projet de loi constitutionnelle devait initialement prendre place à l'article 34 de la Constitution et qu'il était ainsi rédigé, « la loi ou la loi organique peut fixer des règles favorisant l'égal accès des femmes et des hommes à des responsabilités politiques, professionnelles ou sociales » ; que cette place et cette rédaction avaient l'accord du Président de la République et du Premier ministre ; et que cette place et cette rédaction ont été abandonnées parce que le Conseil d'État avait fait valoir que l'égalité professionnelle et sociale était déjà inscrite dans le préambule de la Constitution. En d'autres termes, si la réforme s'est limitée à l'égal accès aux fonctions électives politiques, c'est parce que les Constituants avaient entendu le Conseil d'État dire que l'égal accès aux fonctions électives professionnelles et sociales était déjà garanti par la Constitution. Si le Conseil constitutionnel avait étudié avec soin les travaux préparatoires, il n'aurait certainement pas censuré l'application des règles de la parité aux élections au CSM car, s'il faut se référer à l'intention du Constituant, elle manifestait le souci d'étendre la parité à toutes les fonctions de responsabilités politiques, professionnelles ou sociales.

Et, il soulève même d'office, dans sa décision du 12 janvier 2002¹⁴⁶, la question de la constitutionnalité de la disposition prévoyant que les jurys chargés de la validation des acquis professionnels « sont composés de façon à concourir à une représentation équilibrée entre les femmes et les hommes ». Il ne peut s'agir que d'un « objectif de représentation équilibrée », précise le Conseil, qui n'a donc pas pour objet et ne saurait « avoir pour effet de faire prévaloir, lors de la constitution des jurys, la considération du genre sur celle des compétences, des aptitudes et des

■ 145. CC 2001-445 DC, 19 juin 2001, *R.* p. 63.

■ 146. CC 2001-455 DC, 12 janvier 2002, *R.* p. 49.

qualifications ». Il ne reste plus qu'à espérer que ce rappel des exigences de l'article 6 de la Déclaration de 1789 pour accéder « à toutes dignités, places et emplois publics » permette que soient désormais vérifiées les compétences, les aptitudes et les qualifications des hommes avant même leur appartenance au genre masculin !

Pour surmonter cette jurisprudence, le constituant décide, lors de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, d'étendre le champ d'application de la parité aux « responsabilités professionnelles et sociales » couvrant ainsi – en théorie – une grande partie des inégalités aujourd'hui constatées. Faisant application de cette disposition, le Conseil juge, dans sa décision du 24 avril 2015¹⁴⁷, que le principe d'une composition paritaire de la formation restreinte du conseil académique des universités « a pour objet de favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux responsabilités professionnelles », et n'est donc pas contraire à l'article 6 de la Déclaration de 1789. Mais comme les vieux démons ne sont jamais loin, il décide dans cette même décision que la parité n'est pas « un droit ou une liberté que la Constitution garantit », privant ainsi les justiciables d'une ressource infinie de QPC...

Un espoir tout de même : dans sa décision du 16 mai 2013¹⁴⁸, le Conseil constitutionnel a jugé que l'institution du binôme de candidats pour les élections départementales permet d'assurer la parité au sein des conseils départementaux et que l'abaissement de 3 500 à 1 000 habitants du seuil de population d'une commune à partir duquel les conseillers municipaux sont élus au scrutin de liste vise à favoriser l'égal accès des hommes et des femmes au mandat de conseiller municipal, et ne sont donc pas contraire à la Constitution.

b) Le contrôle de l'égalité de traitement des candidats

484 À la règle de la stricte égalité des électeurs répond celle de l'égalité nécessaire des *candidats*, les deux étant conçues sur le mode complémentaire : pour que la liberté de choix des électeurs soit préservée et pour que la sincérité du scrutin soit assurée, tous les candidats doivent être traités de façon égale, en particulier pendant tout le déroulement de la campagne électorale. L'importance considérable prise par l'argent et l'audiovisuel dans la compétition électorale a conduit le législateur à intervenir pour éviter que la disproportion des moyens existants, de fait, entre les candidats vienne fausser les consultations. L'intervention des pouvoirs publics pour assurer ou rétablir l'égalité entre les candidats peut cependant très facilement glisser vers des formes subtiles de discrimination, notamment à l'égard de nouveaux courants d'opinion et des petits partis politiques. Le Conseil a reconnu les ambiguïtés possibles de cette situation et, dans sa décision du 10 mars 1988, il pose des conditions au financement public des campagnes électorales. S'il admet, en effet, qu'aucune disposition constitutionnelle ne fait obstacle à ce que l'État accorde une aide financière aux candidats aux élections, il ajoute aussitôt que « *toutefois, l'aide allouée aux candidats doit, pour être conforme au principe d'égalité, obéir à des critères objectifs* » ; en outre, quel que soit le mécanisme d'aide retenu, il ne doit conduire *ni à établir un lien de dépendance d'un candidat ou d'un parti politique*

■ 147. CC 2015-465 QPC, 24 avril 2015, JO 26 avril 2015 p. 7355.

■ 148. CC 2013-668 DC, 16 mai 2013, JO 17 mai 2013, p. 8256.

à l'égard de quiconque contribue au financement de ses dépenses, *ni à compromettre l'expression démocratique des divers courants d'idées et d'opinions*, ni à enrichir une personne physique ou morale »¹⁴⁹. Le cadre d'une aide financière respectueuse de l'égalité entre les candidats est donc posé par le Conseil qui n'hésite pas, dans une décision ultérieure, à lui donner une sanction non expressément prévue par la loi du 11 mars 1988 : le fait pour un candidat à une élection législative de ne pas se conformer au plafonnement légal de ses dépenses de propagande – 500 000 francs à l'époque – est « susceptible d'entraîner l'annulation de son élection, dès lors qu'il apparaîtrait que cette irrégularité a affecté la liberté de choix des électeurs ou la sincérité du scrutin »¹⁵⁰. En l'espèce, les deux candidats, MM. Teissier et Tapie, ayant chacun... dépassé le plafond autorisé dans une « importance comparable » et pour « des dépenses de même nature », l'élection n'a pas été annulée ! Peut-être une autre manière de concevoir le principe d'égalité entre les candidats ! Au demeurant, le principe de l'annulation de l'élection « dégage » par le Conseil a été repris par la loi de janvier 1990 relative au financement des campagnes électorales et des partis politiques.

B. LE CONTRÔLE DE LA REPRÉSENTATION ÉGALE DU SUFFRAGE

485 La crédibilité du régime représentatif ne dépend pas seulement de l'égalité du droit de suffrage ; elle repose aussi sur un découpage des circonscriptions électorales qui soit de nature à assurer, lui-même réellement, une égalité de représentation. Pour faire taire, ou tenter de faire taire, les polémiques qui entourent toujours les découpages électoraux opérés par un gouvernement, le constituant de 2008 a décidé que ce travail serait soumis à l'expertise et à l'avis d'une « commission indépendante » (prévue à l'article 25 de la Constitution) dont les modalités d'élection et de fonctionnement ont été validées par le Conseil¹⁵¹. Ce dernier précise même, dans sa décision du 18 février 2010¹⁵², qu'il appartient à cette commission indépendante, et non au juge constitutionnel, de rechercher si les circonscriptions ont fait l'objet « de la délimitation la plus juste possible ». Le Conseil reste néanmoins, en cas de saisine, maître du respect des deux principes relatifs au découpage électoral qu'il a lui-même défini : l'équilibre démographique (1) et l'équilibre territorial (2).

■ 149. CC 88-242 DC, 10 mars 1988, R. p. 36. Ce considérant est repris et développé dans la décision du 89-271 DC, 11 janvier 1990, R. p. 21.

■ 150. CC 89-1129, 11 mai 1989, R. p. 141.

■ 151. CC 2008-573 DC, 8 janvier 2009, JO 14 janvier 2009, p. 724.

■ 152. CC 2010-602 DC, 18 février 2010, cons. 20, JO 24 février 2010, p. 3385.

1. Le contrôle des bases démographiques de la représentation

a) Le principe de l'équilibre démographique des circonscriptions

486 La règle fondamentale de la représentation politique est que les élus doivent être désignés « sur des bases essentiellement démographiques ». Ce principe posé par le Conseil pour la première fois dans sa décision du 8 août 1985¹⁵³ s'applique à toutes les élections, celles des assemblées des collectivités d'outre-mer¹⁵⁴, de l'Assemblée nationale¹⁵⁵ et des conseils municipaux, généraux ou régionaux¹⁵⁶, et même, depuis la décision du 26 janvier 1995¹⁵⁷, aux organes délibérants des organismes de coopération intercommunale.

En 1987, le critère démographique a donné lieu à une discussion relative à son contenu : fallait-il faire référence à la population, au nombre d'habitants dans une circonscription ou au nombre d'électeurs inscrits ? Le Conseil a clairement retenu la première interprétation, solution contestée par une partie de la doctrine qui considère que la représentation et le suffrage sont attachés à la qualité de citoyen, constitutive du corps électoral, et non à l'état d'habitant, constitutif de la population ; en somme la représentation est celle de la nation, non de la population, et l'égalité de représentation ne peut s'apprécier qu'entre les composants de la nation, les citoyens-électeurs¹⁵⁸. Le critère de population retenu par le Conseil est cependant parfaitement justifié : il est celui traditionnellement adopté par les lois électorales françaises depuis 1875 ; il est conforme au principe de la souveraineté nationale qui, selon l'article 3 de la Constitution, « appartient au peuple » ; il évite, comme le soulignaient en 1987 les requérants, que soient exclus de la représentation les étrangers, les citoyens non inscrits sur les listes électorales et la totalité des enfants ; il est encore le critère retenu par le Conseil d'État pour les élections cantonales¹⁵⁹ et par certaines Cours constitutionnelles étrangères¹⁶⁰.

487 Le principe des bases démographiques n'est cependant pas absolu, ainsi que l'annonce l'adverbe « essentiellement » qui introduit la possibilité pour le législateur de « tenir compte d'impératifs d'intérêt général » susceptibles d'atténuer la portée de cette règle fondamentale¹⁶¹. Parmi les critères qui, à titre secondaire, peuvent contribuer à la définition des bases de la représentation, le Conseil retient d'abord la règle selon laquelle chaque département, quelle que soit sa population, a droit à au moins deux députés ; l'atteinte au principe d'égalité de représentation qui en résulte nécessairement – le député de Lozère « représente » 76 900 habitants et son collègue des Hauts-de-Seine 1,6 millions – est justifiée, selon le Conseil, par

■ 153. CC 85-196 DC, 8 août 1985, *R.* p. 63.

■ 154. CC 85-196 DC, 8 août 1985, *R.* p. 63 ; CC 85-197 DC, 23 août 1985, *R.* p. 70.

■ 155. CC 86-208 DC, 1-2 juillet 1986, *R.* p. 78 ; CC 86-218 DC, 18 novembre 1986, *R.* p. 167.

■ 156. CC 87-227 DC, 7 juillet 1987, *R.* p. 41.

■ 157. CC 94-358 DC, 26 janvier 1995, *R.* p. 183.

■ 158. V. par exemple, J. BOULOUIS, *AJDA* 1987, p. 263.

■ 159. CE 28 janvier 1987, *Tanguy et Guillon*, *R.* p. 43.

■ 160. V. par exemple l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis, *Burns/Richarton*, *RDP*, 1967, p. 731.

■ 161. CC 85-196 DC, 8 août 1985, *R.* p. 63.

la nécessité d'« assurer un lien étroit entre l'élu d'une circonscription et les électeurs ». Argumentation maladroite, ou de circonstance, puisqu'il se réfère aux « électeurs » et non pas, selon sa propre jurisprudence, aux « habitants », et qu'il s'appuie sur la conception réaliste de la représentation – le parlementaire est l'élu d'une circonscription – alors qu'il défend ailleurs la conception idéaliste – il est l'élu de la nation tout entière.

Le Conseil admet également que les caractères spécifiques de chaque élection puissent être pris en compte par le législateur pour une mise en œuvre différente du critère démographique. Ainsi, ce dernier est-il plus contraignant pour l'élection des députés de métropole que pour celle des députés de l'outre-mer¹⁶² ; de même, il paraît moins contraignant pour l'élection des organes délibérants des collectivités territoriales dans la mesure où ils doivent, selon le Conseil, être représentatifs « du territoire et de ses habitants »¹⁶³. Ainsi, il admet, pour la Polynésie française, une dérogation limitée au principe des bases démographiques pour permettre une « représentation effective des archipels les moins peuplés et les plus éloignés »¹⁶⁴.

Le Conseil admet encore que la règle de la continuité territoriale des circonscriptions, du respect des limites cantonales ou le souci de tenir compte des réalités naturelles que constituent certains ensembles géographiques et des solidarités qui les unissent puissent justifier une atteinte à l'équilibre démographique des circonscriptions, à condition toutefois que l'écart de représentation d'une circonscription à l'autre d'un même département ne soit pas supérieur à « 20 % par rapport à la population moyenne du département »¹⁶⁵.

Au total, le législateur est invité à définir les bases de la représentation politique en conciliant une règle fondamentale, l'équilibre démographique, avec d'autres règles, moins importantes, mais également d'intérêt général. Conciliation dont la constitutionnalité est contrôlée, le cas échéant, par le Conseil.

b) Le contrôle de l'équilibre démographique des circonscriptions

488

Le Conseil définit de manière claire... mais vague la politique de conciliation : dès lors que l'équilibre démographique est qualifié de « règle fondamentale », les autres règles ne peuvent lui porter atteinte, « que dans une mesure limitée »¹⁶⁶. Et à cette politique, correspond un instrument de contrôle : l'erreur manifeste d'appréciation. Malgré le caractère politiquement très sensible de la matière électorale, le Conseil en effet ne laisse pas le législateur libre d'apprécier, comme il veut, la part respective à attribuer aux différentes règles constitutionnelles pour définir les bases de la représentation. Il vérifie que les divers impératifs d'intérêt général que le Parlement a pris en compte n'aient pas abouti, surtout quand ils sont cumulés, à ruiner la règle fondamentale du critère démographique ; que les atténuations et aménagements apportés à ce dernier n'ont pas dépassé manifestement « la mesure limitée » ; que les écarts de représentation ne sont pas disproportionnés de manière excessive ;

■ 162. CC 86-208 DC, 1^{er}-2 juillet 1986, R. p. 78.

■ 163. CC 85-196 DC, 8 août 1985, R. p. 63.

■ 164. CC 2000-438 DC, 10 janvier 2001, R. p. 37.

■ 165. CC 86-208 DC, 1^{er}-2 juillet 1986, R. p. 78.

■ 166. CC 86-208 DC, 1^{er}-2 juillet 1986, R. p. 78.

bref, que les atteintes au principe d'égalité démographique ne sont pas manifestement excessives, ou injustifiables.

La conciliation opérée par le législateur est donc effectivement contrôlée. Car la logique du contrôle de l'erreur manifeste n'est pas d'être un contrôle restreint ou minimum ; elle est d'être un examen toujours complet et attentif, mais aux résultats toujours inattendus dans la mesure où le seuil à partir duquel une appréciation devient manifestement erronée, le seuil à partir duquel la mesure limitée a été manifestement dépassée n'est jamais précisé. Peut-être parce qu'il n'existe pas objectivement ; peut-être aussi pour laisser au Conseil une marge de manœuvre dans l'exercice de son contrôle.

489 Il en résulte souvent une difficulté pour appréhender, sur le plan juridique, les décisions du Conseil. Ainsi, le 8 août 1985, il censure pour erreur manifeste la loi attribuant à la région de Nouméa 18 sièges sur 48, *soit un représentant pour 4 727 habitants*, alors que les régions Nord et Sud disposaient chacune de 9 sièges et les îles Loyauté de 7 sièges, *soit environ un représentant pour 2 400 habitants*¹⁶⁷ ; mais quinze jours plus tard, le 23 août 1985, il ne censure pas la nouvelle loi qui, sans changer la représentation des trois dernières régions, porte celle de Nouméa de 18 sur 43, à 21 sur 46, *soit un représentant pour 4 052 habitants*¹⁶⁸. Un écart démographique entre circonscriptions de 2,13 est une erreur manifeste, non un écart de 1,83. L'étudiant commentera...

Si les autres décisions se laissent mieux comprendre, elles n'en expriment pas moins la démarche essentiellement pragmatique du Conseil. Dans la décision du 18 novembre 1986, il constate que la loi électorale n'établit pas d'écarts entre la population d'une circonscription et la population moyenne d'un département qui soient disproportionnés de manière excessive, l'écart maximum permis par le Conseil – 20 % – n'étant jamais dépassé¹⁶⁹ ; dans celle du 7 juillet 1987¹⁷⁰, le Conseil considère que si la répartition entre les huit secteurs électoraux de Marseille de deux sièges sur cent un n'a pas été faite selon « une stricte application de la répartition proportionnelle, les écarts de représentation entre les secteurs selon l'importance respective de leur population ne sont ni manifestement injustifiables ni disproportionnés de manière excessive » ; dans la décision du 24 juillet 2003¹⁷¹, il juge que si l'augmentation du nombre de sénateurs et le nouveau système de répartition par tranches maintiennent certaines disparités géographiques, ces « modifications n'en réduisent pas moins sensiblement les inégalités de représentations antérieures », et, s'il n'hésite pas à qualifier de « regrettable » la dérogation qui permet à la Creuse et à Paris de conserver leur représentation sénatoriale malgré une baisse de leur population, il considère que, ne portant que sur quatre sièges, elle « ne porte pas au principe d'égalité devant le suffrage une atteinte telle qu'elle entacherait d'inconstitutionnalité la loi déferée ».

■ 167. CC 85-196 DC, 8 août 1985, *R.* p. 63.

■ 168. CC 85-197 DC, 23 août 1985, *R.* p. 70.

■ 169. 5 % notamment du total des circonscriptions ont un écart de représentation départementale compris entre 15 % et 20 %. Ce seuil de 20 % « d'écart à la moyenne » est repris, de façon générale, à partir de la décision CC 2010-618 DC, 9 décembre 2010, JO 17 décembre 2010, p. 22181.

■ 170. CC 87-227 DC, 7 juillet 1987, *R.* p. 41.

■ 171. CC 2003-475 DC, 24 juillet 2003, *R.* p. 397.

En revanche, dans la décision du 6 juillet 2000¹⁷², le juge constitutionnel invalide le mécanisme de « correction démographique » imaginé pour les élections sénatoriales. Cette correction visait à accorder aux communes les plus peuplées des « délégués supplémentaires » afin de garantir une meilleure corrélation entre la population de la commune et le nombre effectif de grands électeurs. Si l'intention était louable, le Conseil juge que le dispositif est trop largement mis en œuvre et qu'il conduit, finalement, à donner une importance « substantielle », dit le juge, à ces « délégués supplémentaires » par rapport aux élus de collectivités.

De même, dans la décision du 8 janvier 2009¹⁷³, le Conseil censure la disposition permettant de déroger à la règle de la répartition démographique des sièges de députés « en fonction de l'évolution respective de la population et des électeurs inscrits sur les listes électorales » ; cette ouverture avait été introduite pour « traiter » les cas particuliers de Mayotte et de la Guyane où, du fait d'une forte présence étrangère, l'écart est souvent grand entre le nombre d'habitants – démographie – et le nombre d'électeurs inscrits ; le Conseil, qui connaissait les motifs de cette dérogation, a cependant considéré que, par sa généralité, la formule pouvait servir surtout à déterminer de manière différente les bases démographiques des circonscriptions et qu'elle « méconnaissait le principe d'égalité devant le suffrage ».

Dans la décision du 16 mai 2013¹⁷⁴, le Conseil a également prononcé deux censures : l'une relative au redécoupage des cantons dans lesquels seront élus les binômes de conseillers départementaux au motif que les exceptions au principe des bases essentiellement démographiques ; l'autre relatif à la modification de la répartition des sièges des membres du conseil de Paris entre arrondissements qui maintenait la règle ancienne selon laquelle chaque arrondissement dispose d'au moins trois sièges quelle que soit sa population, règle qui conduisait, dans les 1^{er}, 2^e et 4^e arrondissements, à ce que le rapport du nombre des conseillers de Paris à la population de l'arrondissement s'écarte de la moyenne constatée à Paris dans une mesure qui est manifestement disproportionnée.

490

Le pragmatisme jurisprudentiel du Conseil ne l'empêche pas de se montrer soucieux du respect de l'obligation constitutionnelle de prendre en compte l'évolution démographique. Dans sa délibération du 7 juillet 2005, il a lancé un appel au remodelage des circonscriptions législatives, appel qui vaut avertissement au législateur et peut-être menace voilée d'annulations d'élections : « le Conseil constitutionnel a observé, à propos des élections législatives de 2002, que la recherche de l'égalité rendait ce remodelage nécessaire. En effet, le découpage actuel résulte de la loi n° 86-1197 du 24 novembre 1986 relative à la délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés. Il repose sur les données du recensement général de 1982. Depuis lors, deux recensements généraux, intervenus en 1990 et 1999, ont mis en lumière des disparités de représentation peu compatibles avec les dispositions combinées de l'article 6 de la Déclaration de 1789 et des articles 3 et 24 de la Constitution. Ces disparités ne peuvent que s'accroître avec le temps. Il incombe donc au législateur de modifier ce découpage. Si cela n'est pas fait avant les

■ 172. CC 2000-431 DC, 6 juillet 2000, cons. 5 à 8, JO 11 juillet 2000, p. 10486.

■ 173. CC 2008-573 DC, 8 janvier 2009, JO 14 janvier 2009, p. 724

■ 174. CC 2013-668 DC, 16 mai 2013, JO 17 mai 2013, p. 8256.

prochaines élections législatives, ce qui serait regrettable, cela devra être entrepris au lendemain de celles-ci »¹⁷⁵.

Ainsi, après avoir jugé en 1986 que la règle de deux députés minimum par département ne porte pas une atteinte excessive à l'égalité démographique dans la mesure où l'écart de représentation qu'elle entraîne ne concerne qu'« un nombre restreint de départements » (la Lozère et les Hautes-Alpes), il abandonne cette jurisprudence et juge, dans sa décision du 8 janvier 2009¹⁷⁶, que, « eu égard à l'importante modification des circonstances de droit et de fait, le maintien d'un minimum de deux députés par département n'est plus justifié par un impératif d'intérêt général ».

c) *Le problème de l'intercommunalité*

491 Depuis quelques années, le législateur français multiplie les dispositifs et les réformes visant à renforcer l'intercommunalité sur le territoire national, y compris dans les agglomérations les plus peuplées. Paris, Lyon, Marseille : aucune des grandes villes françaises n'a été épargnée. Non pas, évidemment, sans quelques réticences ! Les communes, surtout les plus petites, ont rapidement saisi les potentialités de la QPC pour attaquer les dispositions législatives qui imposent, souvent à marche forcée, un regroupement des collectivités. Et de fait, aujourd'hui, une part substantielle du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel de « l'équilibre démographique des circonscriptions » intéresse donc l'intercommunalité.

Ici comme ailleurs, le juge constitutionnel vérifie toujours que le décalage entre la population et l'attribution des sièges aux différentes collectivités n'est pas « excessif ». En créant une structure intercommunale, et en « invitant » les collectivités à rejoindre cette structure pour exercer en commun leurs compétences, le législateur ne peut avantager certaines communes en leur offrant une meilleure représentation et en créant des écarts trop importants entre le nombre d'élus d'une collectivité et la population concernée.

Par exemple, dans sa décision du 20 juin 2014¹⁷⁷, le Conseil censure une disposition qui permettait un « accord » entre les communes – esprit de négociation et de consensus selon les sénateurs... – sur la répartition des sièges au sein de la structure intercommunale. Pas convaincu par ce souffle contractuel et conscient des dérives possibles, le juge constitutionnel invalide les dispositions en notant qu'elles autorisent une dérogation « au principe général de proportionnalité par rapport à la population de chaque commune membre de l'établissement public de coopération intercommunale dans une mesure qui est manifestement disproportionnée ».

■ 175. Sur la base de ces observations, le professeur Pascal JAN a introduit un recours contre le décret organisant les élections législatives de 2007, recours rejeté par le Conseil dans sa décision du 3 mai 2007 (JO 4 mai 2007, p. 7907) au motif que, statuant en l'espèce comme juge électoral, il ne pouvait se prononcer sur la constitutionnalité de la loi relative au découpage électoral ; il stigmatise cependant « la carence du législateur ». Dans ses observations relatives aux élections législatives de juin 2007, le Conseil hausse encore le ton : « il est désormais *impératif* de procéder à ce découpage ».

■ 176. CC 2008-573 DC, 8 janvier 2009, JO 14 janvier 2009, p. 724.

■ 177. CC 2014-405 QPC, 20 juin 2014, JO 22 juin 2014, p. 10316.

Par exemple encore, dans la décision du 6 août 2015¹⁷⁸, le Conseil exerce un contrôle très fin des mécanismes de réparation des sièges pour le « Grand Paris ». Il note à ce titre que, derrière ses apparences équitables, le mécanisme de la représentation proportionnelle suivant la règle de la plus forte moyenne combinée à un « minimum » de sièges par arrondissement – en l’occurrence un siège – conduit « à ce que, dans les I^{er}, II^e, IV^e, V^e, VI^e, VII^e et IX^e arrondissements, le rapport du nombre des conseillers métropolitains à la population de l’arrondissement s’écarte de la moyenne constatée à Paris dans une mesure qui est manifestement disproportionnée ». La lecture des commentaires « officiels » permet de comprendre le raisonnement du Conseil : c’est à nouveau le seuil de 20 % « d’écart à la moyenne » qui conduit le juge à constater une sur- ou une sous-représentation de certains arrondissements parisiens.

En revanche, plus curieusement, le Conseil ne censure pas les dispositions de la loi « Maptam » du 27 janvier 2014 permettant la création d’une immense agglomération dans les Bouches-du-Rhône : 1,8 million d’habitants sur plus de 3 000 km², soit les 3/5^e du département ! Ce projet, indispensable pour les uns, funeste pour les autres, a fait l’objet d’une « opposition résolue de la très grande majorité des élus concernés »¹⁷⁹. En cause, la dilution des petites communes dans le nouvel ensemble et, pour beaucoup d’élus, le risque d’importer l’insécurité et la délinquance marseillaise à l’ensemble du département. D’abord politique, cette opposition s’est déplacée sur le terrain juridique avec une contestation en masse, par les communes concernées, des actes administratifs pris en application de la loi. À l’appui de cette contestation, plusieurs QPC étaient posées, et après un tri rigoureux du juge administratif, le Conseil constitutionnel statue finalement sur la nouvelle agglomération Aix-Marseille-Provence dans sa décision du 19 février 2016¹⁸⁰. La QPC portait principalement sur la répartition des sièges des élus dans le nouvel ensemble. En l’espèce, les petites communes dénonçaient une sur-représentation de la ville de Marseille dans les organes délibérants. Mais alors que le rapporteur public devant le Conseil d’État avait observé, sur la base de calculs savants, des écarts « considérables » qui justifient « sans ambiguïté le caractère sérieux de la question posée », le Conseil constitutionnel note que les problèmes « ne représentent qu’une faible part de l’ensemble des communes et de l’ensemble de la population de la métropole » et que, de ce fait, ils « ne méconnaissent pas le principe d’égalité devant le suffrage » !

Quoi qu’il en soit, si le regroupement des communes se poursuit à ce rythme et dans ces conditions, le contentieux de l’intercommunalité devrait logiquement tenir une place toujours plus importante dans les Tables des décisions du Conseil.

■ 178. CC 2015-717 DC, 6 août 2015, JO 8 août 2015, p. 13777.

■ 179. Sénat, rapport n° 580 de M. René VANDIERENDONCK, fait au nom de la commission des lois, déposé le 15 mai 2013.

■ 180. CC 2015-521/528 QPC, 19 février 2016, JO 21 février 2016, texte n° 24.

2. Le contrôle des bases territoriales de la représentation

a) Le contrôle de l'équilibre territorial des circonscriptions

492 La délimitation territoriale des circonscriptions électorales est toujours l'occasion de vives polémiques entre l'opposition et la majorité gouvernementale, la première accusant, souvent avec raison, la seconde d'opérer un découpage favorable à ses partisans.

Il faut reconnaître que l'assise géographique de l'élection est un élément fondamental de la loyauté et de la sincérité de tout scrutin, déterminant même, pour une large part, les résultats : inclure un ou deux « quartiers de gauche » dans un grand secteur votant massivement à droite peut mettre en péril l'élection d'un député de gauche dans la circonscription amputée sans menacer la victoire d'un député de droite dans celle où ces quartiers sont rattachés et « noyés » ; rassembler tous les secteurs votant à gauche dans un même ensemble territorial, assure l'élection d'un député de gauche mais réduit cette « menace » dans toutes les autres circonscriptions ; mettre dans un même espace de vote le centre des villes et des banlieues, ou les banlieues et les campagnes... Et réciproquement. L'aménagement des bases territoriales de l'élection est donc un enjeu politique important et, pour cette raison même, il est à la fois nécessaire et difficile d'encadrer par des règles juridiques l'opération de découpage. Le Conseil s'est cependant efforcé d'imposer aux pouvoirs publics – gouvernement et législateur – le respect de quelques principes simples.

Le premier est celui de la continuité territoriale des circonscriptions : « sauf impossibilité d'ordre géographique », pose le Conseil, les circonscriptions législatives doivent être constituées d'un seul tenant¹⁸¹, comme les secteurs électoraux, pour l'élection des conseils municipaux des grandes villes, doivent être « composés de territoires contigus »¹⁸². Règle de bon sens qui interdit un découpage départemental ou municipal en « peau de léopard » : sauf pour les territoires comportant des parties insulaires ou enclavées, une circonscription électorale ne peut être « bricolée », fabriquée de bouts de territoires séparés les uns des autres.

Le deuxième principe est celui du respect des divisions administratives préexistantes. Le territoire d'un canton ne peut être réparti entre plusieurs circonscriptions législatives ; de même celui d'un arrondissement municipal ne peut être réparti entre plusieurs secteurs électoraux. Le découpage des circonscriptions doit donc se faire en respectant les limites cantonales pour les élections législatives, les limites des arrondissements pour les élections municipales. Cela dit, précise le Conseil dans sa décision du 9 décembre 2010¹⁸³ à propos des conseillers territoriaux, la liberté de vote n'interdit pas au législateur de confier à un seul élu le soin d'exercer son mandat dans deux assemblées territoriales différentes, en l'occurrence le conseil général et le conseil régional. Pour le Conseil, cette mesure ne crée pas de

■ 181. CC 86-218 DC, 18 novembre 1986, R. p. 167.

■ 182. CC 87-227 DC, 7 juillet 1987, R. p. 41 ; CC 2009-573 DC, 8 janvier 2009, JO 14 janvier 2009, p. 724.

■ 183. CC 2010-618 DC, 9 décembre 2010, cons. 23, JO 17 décembre 2010, p. 22181.

confusion dans l'esprit des électeurs, et ne méconnaît donc pas le principe de la « sincérité du scrutin ». Qu'il soit permis d'en douter : le conseiller territorial devait¹⁸⁴ être élu dans le cadre du « canton », circonscription habituelle du conseil général, aujourd'hui remplacé par le conseil départemental, et dont les membres ont aussi les représentants... de la Région ! Comprendra qui peut.

Le troisième principe prend la forme particulière d'une directive adressée avec fermeté aux pouvoirs publics : « la délimitation des circonscriptions ne devra procéder d'aucun arbitraire »¹⁸⁵. Qui oserait défendre ou prétendre le contraire ? Il importait pourtant que ce principe fut clairement posé : moins pour son contenu – qu'est-ce qu'un découpage arbitraire ? – que pour son énoncé qui légitime l'exercice ultérieur d'un contrôle des délimitations territoriales opérées par le législateur.

493 Faire du découpage une opération rationnelle et non plus politicienne, tel est l'objectif poursuivi par le Conseil avec l'affirmation de ces quelques principes dont il vérifie la mise en œuvre « correcte » par les pouvoirs publics. La politique du Conseil en matière de contrôle des délimitations territoriales peut se résumer en deux phrases : « il ne lui appartient pas, estime-t-il, de rechercher si les circonscriptions ont fait l'objet de la délimitation la plus équitable possible »¹⁸⁶, mais il lui revient d'apprécier si les choix effectués par le législateur n'ont pas manifestement méconnu les exigences constitutionnelles. À nouveau donc, le contrôle, réel mais tout en nuances, de l'erreur manifeste d'appréciation.

Ainsi, dans sa décision du 18 novembre 1986, le Conseil considère que si le découpage de certaines circonscriptions est effectivement critiquable¹⁸⁷, *dans l'ensemble*, « compte tenu de la variété et de la complexité des situations locales pouvant donner lieu à des solutions différentes dans le respect de la même règle démographique », le Parlement n'a pas procédé à des délimitations manifestement arbitraires. Dans la même décision, il juge que, « d'une manière générale, les limites cantonales ont été respectées » dans la mesure où il n'a été porté atteinte à cette règle que « dans un nombre restreint de cas » et uniquement pour les cantons eux-mêmes discontinus ou dépassant 40 000 habitants, deux atténuations de la règle admises par le Conseil. Toujours pragmatique, le Conseil tient compte également, dans son appréciation de la constitutionnalité du découpage, de la réalité du terrain. Le fait que le partage en quatre régions de la Nouvelle-Calédonie aboutisse à instituer trois régions dominées par les canaques et une région – Nouméa – par les caldoches, ne constitue pas, selon le Conseil, une discrimination fondée sur des critères ethniques, car le principe d'égalité ne fait pas obstacle à la possibilité pour le législateur, « de délimiter des régions *dans le cadre de l'organisation particulière des TOM* en tenant compte de tous les éléments d'appréciation, *notamment de la répartition géographique des populations* »¹⁸⁸. Il n'est pas sûr que

■ 184. La réforme devait s'appliquer à partir de 2014... avant que la nouvelle majorité présidentielle ne décide de l'enterrer.

■ 185. CC 86-208 DC, 1^{er}-2 juillet 1986, R. p. 78.

■ 186. CC 2008-573 DC, 8 janvier 2009, JO 14 janvier 2009, p. 724.

■ 187. Le Conseil admet explicitement, au début de son raisonnement, « la pertinence de certaines critiques adressées par les députés auteurs de la saisine à l'encontre de la délimitation des circonscriptions opérée par la loi ».

■ 188. CC 85-196 DC, 8 août 1985, R. p. 63.

l'appréciation du Conseil serait la même si de telles délimitations étaient pratiquées sur le territoire métropolitain : dans la décision du 8 août 1985, le raisonnement du Conseil paraît, en effet, essentiellement fondé sur le caractère particulier des collectivités d'outre-mer et, plus encore, de la situation calédonienne.

494 Il serait facile de tourner en dérision le contrôle du Conseil : il interdit les délimitations arbitraires – décision des 1^{er} et 2 juillet 1986 –, constate que certains découpages le sont, et pourtant n'invalide pas la loi électorale – décision du 18 novembre 1986. Et, à la suite, il serait tentant de qualifier le contrôle de timide, prudent, restreint, voire de faux contrôle. L'examen du Conseil est cependant réel, et même effectif. Dans sa décision du 18 novembre 1986, il précise en effet que c'est « l'état actuel du dossier » qui lui permet de conclure à l'absence d'arbitraire manifeste ; ce qui signifie que le travail du Parlement a été réellement vérifié, et qu'il pourrait être sanctionné si l'état du dossier faisait apparaître des erreurs manifestes de découpage. La doctrine peut exprimer son désaccord avec le contenu de la décision, elle peut considérer que, au vu du dossier, le Conseil aurait dû censurer la loi, que les irrégularités étaient suffisamment nombreuses et graves pour constituer une erreur manifeste d'appréciation... C'est son droit et même son devoir ; mais elle ne peut nier la réalité du contrôle, car celle-ci ne se mesure pas à l'aune des invalidations. Par ailleurs, les principes préalablement posés par le Conseil, et surtout la menace d'une saisine ultérieure permettant à celui-ci de sanctionner éventuellement leur non-respect, ont pesé sur les opérations de délimitation : s'appuyant sur ces principes, la Commission des sages¹⁸⁹ (puis la « commission indépendante » de l'article 25 de la Constitution¹⁹⁰) et le Conseil d'État ont émis des observations qui ont conduit le gouvernement, par crainte d'une censure constitutionnelle, à modifier à plusieurs reprises les tracés, des circonscriptions pour mieux se conformer aux règles constitutionnelles. Cet effet dissuasif et préventif du contrôle constitue, ici comme ailleurs, une contrainte réelle pour les pouvoirs publics et ne peut donc être oublié dans l'appréciation portée sur l'effectivité de l'intervention du Conseil.

À coup sûr, l'existence d'un contrôle des bases géographiques des circonscriptions électorales représente un progrès ; il contribue à réfréner les tentations partisans de la majorité au pouvoir, à rendre visibles et plus transparents les choix des tracés, à rationaliser – certains diront à moraliser – les opérations de délimitation territoriale. Sans doute, le Conseil ne garantit pas un découpage politique égal, parfait ou idéal ; mais qu'il garantisse qu'il ne soit pas un « charcutage » est déjà une amélioration appréciable.

b) Le contrôle de la définition du collège électoral sénatorial

495 Le Sénat ! De Victor Hugo à Gambetta jusqu'à Lionel Jospin le qualifiant « d'anomalie », que de mots n'a-t-il pas suscités ! Il est vrai que, si dans un État fédéral sa légitimité n'est pas discutable, elle n'est jamais totalement assurée dans

■ 189. La loi du 11 juillet 1986 a institué une commission composée de deux conseillers d'État, deux conseillers à la Cour de cassation et deux conseillers-maîtres à la Cour des comptes, et chargée de donner un avis public sur le découpage opéré par le gouvernement.

■ 190. V. par exemple l'avis public rendu le 30 juin 2009, JO 3 juillet 2009, p. 11047.

un État unitaire. C'est pourquoi peut-être, la France, État unitaire, n'a pas hésité à faire appel à l'idée fédérale pour mieux asseoir la légitimité de la Seconde chambre en disposant, dans l'article 24 de la Constitution, qu'elle « assure la représentation des collectivités territoriales de la République ». « *Des* », c'est-à-dire, de *toutes*. En réalité, d'une seule catégorie, la commune, qui fournit 95 % des grands électeurs sénatoriaux. Tout le monde le sait depuis longtemps, tout le monde convient de la nécessité d'une réforme, mais tout le monde, ou plus exactement ici le Sénat, en diffère sans cesse le moment. Ainsi, les sénateurs, après avoir perdu la bataille parlementaire, ont porté leur contestation devant le Conseil en le saisissant de la loi instituant un nouveau collège électoral sénatorial fondé sur trois principes : un délégué de commune pour 300 habitants ou une fraction de ce nombre ; l'élection des délégués au sein du conseil municipal lorsque leur nombre est inférieur à l'effectif du conseil ; les conseillers municipaux délégués de droit lorsque leur nombre est égal ou supérieur à l'effectif du conseil, et en plus, dans ce dernier cas, l'élection par le conseil de délégués non membres du conseil municipal. Pour les sénateurs, ce nouveau collège électoral était manifestement contraire à l'article 24 de la Constitution, à la fois parce que le seuil de 300 habitants bouleversait complètement la représentation des collectivités territoriales et parce que les élus du suffrage universel devenaient minoritaires au sein du collège des grands électeurs.

Le Conseil va leur donner raison par sa décision du 6 juillet 2000¹⁹¹. Se fondant sur les articles 3 et 24 de la Constitution, il considère en effet que, « dans la mesure où il assure la représentation des collectivités territoriales, le Sénat doit être élu par un corps électoral qui est lui-même l'émanation de ces collectivités ». En conséquence, s'il valide la présence de délégués non membres d'un conseil municipal, « c'est à la condition que leur participation au collège sénatorial conserve un caractère de correction démographique, le corps électoral devant être essentiellement composé de membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales ». Le raisonnement surprend et sa critique par Pierre-Eric Spitz est pertinente¹⁹². Autant il peut être logique de faire découler de l'article 24 la règle selon laquelle le collège électoral sénatorial doit être « l'émanation des collectivités », autant il n'est plus compréhensible d'affirmer que cette règle implique qu'il soit « essentiellement composé » d'élus municipaux. « Émaner », en effet, signifie « provenir de », « avoir sa source dans », comme dans la formule de l'article 3 de la Déclaration de 1789 : « nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en (la nation) émane expressément » ; or, les délégués non membres de conseil municipal émanent des collectivités puisque leur qualité, leur « autorité », pour reprendre le mot de 1789, prend sa source dans le vote de leur assemblée délibérante. À strictement parler, ces délégués-là sont même les seuls à être l'émanation des collectivités, des délégués-conseillers municipaux étant, tout simplement, des élus locaux ; à tout le moins, ils ne sont pas un corps étranger aux collectivités et, à ce titre, leur place dans le collège électoral sénatorial respectait l'article 24 de la Constitution.

Le Conseil en a décidé autrement, jugeant que, par la règle des 300 habitants, les délégués non membres d'un conseil municipal « constitueront une part

■ 191. CC 2000-431 DC, 6 juillet 2000, JO 11 juillet 2000, p. 10486.

■ 192. P.-E. SPITZ, « Loi relative à l'élection des sénateurs, commentaire de la décision du 6 juillet 2000 », *RDP*, 2000, n° 4, p. 1239.

substantielle, voire dans certains départements, majoritaire du collège des électeurs sénatoriaux, et que l'importance ainsi donnée à ces délégués irait au-delà de la simple correction démographique ». Là encore, que, pour le Sénat qui assure la représentation des collectivités, le Conseil inverse sa jurisprudence selon laquelle, pour les assemblées démocratiques, l'élément démographique n'est jamais un correctif mais la base essentielle du corps électoral, la correction pouvant seulement être fondée « dans une mesure limitée sur d'autres impératifs »¹⁹³ peut se comprendre ; mais considérer que les délégués non conseillers municipaux « constitueront une part substantielle » du collège sénatorial alors que, selon l'étude de Pierre-Eric Spitz, ils représenteront seulement 27 % de ce collège et les délégués conseillers municipaux 69 %, n'est certainement pas faire preuve de sagesse et relève davantage d'une erreur manifeste d'appréciation. Car si tout est évidemment question d'appréciation, les chiffres sont, en l'espèce, une contrainte qui montre que les seconds conservaient une part prépondérante, substantielle, au sein des électeurs sénatoriaux.

Assurément, par sa décision du 6 juillet 2000, le Conseil a choisi une interprétation de l'article 24 de la Constitution qui protège peut-être l'autorité actuelle du Sénat mais fragilise sa position future. En insistant sur son rôle de « représentation des collectivités territoriales », en réduisant, pour lui seul, l'élément démographique de son électorat à une simple « correction » de l'élément territorial, il fait apparaître, involontairement sans doute mais nécessairement, l'Assemblée nationale comme la seule chambre représentant le peuple, laissant au Sénat la représentation du territoire. Si tel est l'horizon constitutionnel, il conviendrait alors que le législateur – ou le constituant – intervienne pour que le Sénat ne soit plus seulement le « Grand Conseil des communes de France » mais devienne réellement celui de toutes les catégories de collectivités territoriales.

496 En attendant, le Conseil a validé la « modernisation » législative du Sénat. Il a déclaré conforme à la Constitution la loi organique abaissant de neuf à six ans la durée du mandat de sénateur, fixant à trente ans au lieu de trente-cinq l'âge d'éligibilité au Sénat et portant progressivement de 304 à 326, entre 2004 et 2010, le nombre de sénateurs élus dans les départements tout en faisant observer, insidieusement, que le législateur aurait pu réduire les disparités de représentation entre départements « sans augmentation du nombre de siège de sénateurs »¹⁹⁴ ; et, dans la décision du 24 juillet 2003 portant sur la loi ordinaire modifiant plusieurs éléments du régime électoral sénatorial, il a jugé que la disposition portant de trois à quatre le nombre de sénateurs par département à partir duquel l'élection se fait au scrutin proportionnel ne constituait pas, « par elle-même, une atteinte à l'objectif d'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives énoncé à l'article 3 de la Constitution »¹⁹⁵. Alors pourtant que, mécaniquement, ce nouveau seuil réduit le nombre de situations où s'appliquera l'obligation de présenter des listes de candidats composées de femmes et d'hommes à égalité alternée.

■ 193. V. par exemple, CC 85-196 DC, 8 août 1985, *R.* p. 63.

■ 194. CC 2003-476 DC, 24 juillet 2003, *R.* p. 400.

■ 195. CC 2003-475 DC, 24 juillet 2003, *R.* p. 397.

SECTION II

LE CONTRÔLE DES ÉLECTIONS POLITIQUES NATIONALES

497

En 1958, le Conseil constitutionnel s'est vu confier le contrôle de trois grandes consultations politiques nationales : l'élection des parlementaires, l'élection du Président de la République et le référendum. Ses pouvoirs varient cependant selon le type de consultation ; pour les élections législatives et sénatoriales, son rôle est exclusivement contentieux (§1) ; pour les deux autres scrutins, son rôle est plus large, puisqu'il inclut la surveillance de la régularité des opérations et la proclamation des résultats (§2).

§ 1. LE CONTRÔLE DES ÉLECTIONS PARLEMENTAIRES

498

Avant 1958, le contrôle de la régularité de l'élection des députés et des sénateurs était confié à leur assemblée respective. Ce contrôle interne, fondé sur la tradition parlementaire de la souveraineté des assemblées, ayant donné lieu à maints abus et autres manipulations ou « arrangements » entre partis politiques¹⁹⁶, le constituant de 1958 décide, en réaction contre ces pratiques, d'établir un contrôle extérieur au Parlement, en attribuant le contentieux des élections parlementaires au Conseil constitutionnel¹⁹⁷. Ce dernier exerce, là, une fonction clairement juridictionnelle dont le régime se distingue de celui du contrôle de la constitutionnalité des lois (A) et dont l'exercice depuis plus de cinquante ans permet de proposer un bilan critique (B).

A. LA SPÉCIFICITÉ DU RÉGIME CONTENTIEUX DES ÉLECTIONS PARLEMENTAIRES

499

Cette spécificité porte à la fois sur la procédure (1) et sur la nature des pouvoirs du Conseil (2), et s'explique par le caractère clairement juridictionnel de sa mission.

■ 196. En 1956, par exemple, la Chambre des députés annule l'élection de nombreux élus poujadistes pour des motifs essentiellement politiques – préserver le jeu habituel des « partis parlementaires » – et proclame élus à leur place les candidats battus, arrivés en seconde position. Deux ans après, cet épisode est très présent dans la mémoire des constituants.

■ 197. Art. 59 C : « Le Conseil constitutionnel statue, en cas de contestation, sur la régularité de l'élection des députés et des sénateurs ». Les décisions sont dites SEN pour les élections au Sénat, AN pour les élections à l'Assemblée nationale, PDR pour les élections présidentielles et REF pour les référendums (classiques ou d'initiative partagée).

1. | Les caractéristiques de la procédure contentieuse

a) Les caractéristiques tenant à la requête

500 L'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel permet à deux catégories de personnes de contester l'élection d'un député ou d'un sénateur : celles qui sont électeurs dans la circonscription et celles qui ont fait acte de candidature¹⁹⁸. Ne peuvent donc pas saisir le Conseil, les partis ou groupements politiques, même si la personne agissant en leur nom est inscrite sur les listes électorales ou candidate dans la circonscription où a eu lieu l'élection contestée¹⁹⁹, une association²⁰⁰, ou le représentant de l'État dans le département²⁰¹. Si le requérant est un électeur, le Conseil vérifie s'il est inscrit sur la liste électorale de la circonscription dans laquelle il a été procédé à l'élection et refuse, par exemple, une requête déposée par une personne qui, disposant du droit à être inscrit sur la liste électorale, ne s'y est pas effectivement inscrite²⁰². Si le requérant est un candidat, le Conseil vérifie la réalité de la candidature et refuse, par exemple, une requête formée par une personne ayant simplement demandé à la préfecture « les formulaires légaux à remplir concernant l'élection »²⁰³ ; il admet cependant le recours d'une personne dont la candidature n'a pas été enregistrée, car ce refus peut être une cause de l'irrégularité de l'élection ; pour le reste, tout candidat enregistré, suppléant ou titulaire²⁰⁴, présent ou non au second tour²⁰⁵ peut saisir le Conseil. Peu importe que le requérant soit le maire d'une autre commune ou d'un autre arrondissement²⁰⁶. Enfin, électeur ou candidat, le requérant doit toujours « justifier » de cette qualité précise l'article 4 du Règlement applicable à la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour le contentieux de l'élection des députés et des sénateurs (modifié en 2013).

501 Ce droit de saisine est enfermé dans un délai strict fixé par l'article 33 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, « dans les dix jours qui suivent la proclamation du scrutin ». Aussi, le Conseil déclare irrecevables les requêtes dirigées contre les opérations électorales du premier tour, lorsqu'elles n'ont pas donné lieu à l'élection d'un candidat²⁰⁷, formulées après la clôture du scrutin mais avant la proclamation

■ 198. « Le droit de contester une élection appartient à toutes les personnes inscrites sur les listes électorales, ou les listes électorales consulaires de la circonscription dans laquelle il a été procédé à l'élection ainsi qu'aux personnes qui ont fait acte de candidature », art. 33.

■ 199. V. par ex., CC 88-1040/1054, 13 juillet 1988, AN Charente-Maritime, 1^{er}, R. p. 97, CC 88-1055/1105, 3 octobre 1988, AN Alpes-Maritimes 9^e, R. p. 134.

■ 200. CC 22 mars 1973, R. p. 59.

■ 201. CC 88-1043, 21 juin 1988, AN Oise, R. p. 84.

■ 202. CC 26 juillet 1968, R. p. 34 ; CC 7 novembre 1968, R. p. 114.

■ 203. CC 13 novembre 1970, R. p. 51.

■ 204. CC 12 décembre 1958, R. p. 82.

■ 205. CC 13 décembre 1970, R. p. 51 ; CC 97-2251 AN, 29 janvier 1998, cons. 1, JO 1^{er} février 1998, p. 1638.

■ 206. CC 97-2250 AN, 29 janvier 1998, cons. 1, JO 1^{er} février 1998, p. 1638.

■ 207. CC 88-1033, 13 juillet 1988, AN Bouches-du-Rhône, 12^e, R. p. 89. Dans cette hypothèse, le premier tour ne peut être contesté qu'à l'occasion d'un recours contre le second tour, aux termes duquel un candidat a été élu.

officielle des résultats de l'élection²⁰⁸, ou déposées après l'expiration du délai de dix jours francs²⁰⁹. Le Conseil a également étendu cette condition de délai au contenu des requêtes : après l'expiration du délai de dix jours, le requérant ne peut pas présenter des moyens nouveaux et distincts de ceux de son recours initial²¹⁰ ; il peut seulement préciser ou développer la portée de griefs initialement invoqués²¹¹.

Formellement, la requête peut être adressée directement au Conseil, ou aux représentants de l'État qui la transmettent ensuite à Paris ; sont donc déclarées irrecevables par le Conseil, celles envoyées au président du collège électoral sénatorial²¹², au président de l'Assemblée nationale²¹³, au tribunal administratif²¹⁴ ou au président de la commission générale de recensement des votes²¹⁵. Le recours est également irrecevable pour des raisons de forme²¹⁶, s'il n'est pas signé²¹⁷, s'il ne précise pas l'élection contestée²¹⁸, s'il ne comporte aucun grief précis²¹⁹ et ne contient pas « l'exposé des faits et moyens invoqués » contre la régularité de l'élection²²⁰, ou si le requérant « n'apporte aucun commencement de preuve de la réalité des faits qu'il allègue »²²¹. Dernière condition, la requête doit avoir pour unique objet de contester l'élection d'un député ou d'un sénateur. Le requérant doit donc rédiger avec une grande précision ses conclusions, car le Conseil refuse celles qui visent l'ensemble des élections²²², l'ensemble des élus d'un parti²²³ ou les élections dans une ville²²⁴ : il faut que la contestation porte sur une élection précise, que le nom de l'élu dont l'élection est contestée ou la circonscription soient clairement désignés par le requérant²²⁵. Il faut aussi qu'elle demande, pour être recevable, l'annulation des résultats de l'élection et non simplement une rectification du nombre des voix obtenues par certains candidats²²⁶. Le Conseil admet cependant que la requête ait pour objet la contestation du décret de convocation ou une demande de remboursement des frais de propagande, à condition qu'ils viennent

■ 208. CC 27 mars 1973, *R.* p. 55 ; CC 27 avril 1978, *R.* p. 53.

■ 209. CC 88-1121, 13 juillet 1988, AN Paris 8^e, *R.* p. 118.

■ 210. CC 88-1040/1054, 13 juillet 1988, AN Charente-Maritime 1^e, *R.* p. 97.

■ 211. CC 88-1093, 25 novembre 1988, AN Bouches-du-Rhône, 6^e, *R.* p. 246.

■ 212. CC 16 juin 1959, *R.* p. 239.

■ 213. CC 13 avril 1967, *R.* p. 55.

■ 214. CC 93-1177/1208 AN, 1^{er} juillet 1993, cons. 2 et 3, JO 3 juillet 1993, p. 9485.

■ 215. CC 27 avril 1978, *R.* p. 67.

■ 216. Art. 34 et 35 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

■ 217. CC 88-1121, 13 juillet 1988, AN Paris 8^e, *R.* p. 118.

■ 218. CC 58-61bis AN, 27 janvier 1959, cons. 2, JO 1^{er} février 1959, p. 1507.

■ 219. Par exemple lorsque le requérant se borne à contester les conditions dans lesquelles s'est déroulée la campagne électorale (CC 58-68/126 AN, 5 janvier 1959, cons. 2, JO 9 janvier 1959, p. 675) ou qu'il remet en cause, de façon générale, la gestion municipale du candidat élu (CC 97-2180 AN, 28 octobre 1997, cons. 1, JO 30 octobre 1997, p. 15785).

■ 220. CC 88-1053, 13 juillet 1988, AN Rhône, *R.* p. 103.

■ 221. CC 58-31 AN, 12 décembre 1958, cons. 1, JO 16 décembre 1958, p. 11329.

■ 222. CC 88-1038, 13 juillet 1986, *R.* p. 96.

■ 223. CC 27 avril 1978, *R.* p. 59.

■ 224. CC 24 mai 1963, *R.* p. 78.

■ 225. CC 17 mai 1978, *R.* p. 88.

■ 226. CC 8 janvier 1963, *R.* p. 41 ; CC 21 juin 1967, *R.* p. 125 ; CC 7 novembre 1968, *R.* p. 114.

à l'appui de l'objet principal, la contestation d'une élection dans une circonscription déterminée, et, pour la seconde hypothèse, que la validation des bulletins annulés à tort par la commission de recensement permette au candidat-requérant d'atteindre 5 % du nombre des suffrages exprimés²²⁷.

b) Le caractère contradictoire de la procédure

502 En matière de contentieux électoral, la procédure devant le Conseil est écrite et contradictoire : l'élu contesté, ou son avocat, produit un mémoire en réponse aux arguments du requérant ; ce dernier, ou son avocat, réplique par de nouvelles observations, la durée de ces échanges étant fixée par le secrétaire général du Conseil. Chaque partie a ainsi accès, pendant toute l'instruction, à l'ensemble du dossier, y compris, depuis 1973, aux observations produites par le ministère de l'Intérieur. La procédure comporte aussi une possibilité d'intervention directe du Conseil. En effet, à la demande d'une des parties ou de sa propre initiative, le Conseil – ou la section – peut ordonner une enquête ou procéder sur place à des mesures d'instruction. Confiées à un rapporteur, elles peuvent avoir un objet général, par exemple s'informer sur le déroulement des opérations électorales dans la circonscription en cause²²⁸, ou plus précis, par exemple rechercher les conditions d'établissement des procurations dressées dans une des communes de la circonscription²²⁹. Enquêtes et mesures d'instruction font l'objet de procès-verbaux communiqués aux parties qui disposent d'un délai de trois jours pour adresser au Conseil, et par écrit, leurs observations. Enfin, la procédure contentieuse peut être à tout moment arrêtée, si le requérant renonce à son action ; il lui est alors « donné acte » de son désistement²³⁰. Le Conseil vérifie cependant que « rien ne s'y oppose », formule qui n'induit pas la possibilité pour lui de refuser une demande de désistement, mais seulement de s'assurer de la clarté de l'intention du requérant : ainsi, la non-production d'un mémoire en réplique à celui adressé par l'élu contesté ne suffit pas pour conclure au désistement du requérant²³¹.

503 En vertu de l'article 38 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, le Conseil peut également, *sans instruction contradictoire préalable*, rejeter les requêtes « ne contenant que des griefs qui manifestement ne peuvent avoir une influence sur les résultats de l'élection ». Par exemple lorsque le requérant se contente de dénoncer l'impression de caractères de couleur sur les bulletins de vote du député élu, alors qu'aucune disposition législative ou réglementaire ne l'interdit²³², lorsqu'un recours émanant d'un candidat ayant recueilli 161 voix attribue ce faible résultat aux refus d'accès à l'antenne que lui auraient opposé la station Radio France Bleu Pays

■ 227. CC 88-1030, 21 juin 1988, AN Oise 2^e, R. p. 80. En dehors de la contestation d'une élection déterminée, la simple demande de validation des suffrages pour obtenir le remboursement des frais de propagande est déclarée irrecevable : CC 88-1044, 21 octobre 1988, AN Finistère 6^e, R. p. 159.

■ 228. CC 7 octobre 1988, AN Bouches-du-Rhône, 6^e, R. p. 248.

■ 229. CC 18 octobre 1988, AN Seine-Saint-Denis, 11^e, R. p. 232.

■ 230. CC 88-1108, 20 juillet 1988, AN Vosges, 3^e, R. p. 126.

■ 231. CC 27 janvier 1972, R. p. 41.

■ 232. CC 2002-2772 AN, 25 juillet 2002, Ardèche, 3^e.

d'Auvergne²³³, ou lorsqu'un candidat ayant recueilli 173 voix au premier tour se borne à alléguer que plusieurs de ses affiches ont été lacérées lors de la campagne²³⁴. Avec, évidemment, toute l'incertitude et la part d'aléa qui anime cette recherche de ce qui est « manifestement » infondé ou inopérant...

Une fois le débat contradictoire écrit terminé, le Président désigne, pour chaque affaire, un rapporteur parmi les membres du Conseil ou, et en pratique il en est toujours ainsi, parmi les rapporteurs-adjoints. Ces derniers, au nombre de dix, sont des maîtres des requêtes au Conseil d'État et des conseillers référendaires à la Cour des comptes nommés par le Président du Conseil, « en application de la délibération du Conseil »²³⁵. Leur rôle est d'apprécier le dossier afin de proposer une décision à la *section*. En effet pour le contentieux électoral uniquement, le Conseil est divisé en trois sections entre lesquelles le Président répartit les affaires pour qu'elles les examinent avant leur jugement en séance plénière. Chacune de ces sections comprend trois conseillers, désignés par un tirage au sort séparé entre les trois catégories de membres *nommés*. Leur rôle est, après avoir entendu le rapporteur, d'adopter un *projet de décision*, soit sur le fond de l'affaire, soit sur la nécessité de mesures complémentaires d'instruction ou d'enquêtes²³⁶. Le président peut alors réunir le Conseil²³⁷ pour que soit prise après nouvelle audition du rapporteur-adjoint la décision définitive, l'assemblée plénière disposant évidemment de la liberté de suivre ou non le projet élaboré par la section. En use-t-elle ? Des contradictions de jugement apparaissent-elles entre la section et le Conseil ? Sauf à être indiscret, il est impossible de le dire car leurs séances ne sont pas publiques. Le Conseil, dans sa décision du 8 novembre 1988, a rappelé avec force la règle de la non-publicité de l'audience en affirmant qu'elle « n'est pas contraire à l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme qui ne concerne que le contentieux pénal et le jugement des contestations sur les droits et obligations de caractère civil et qu'il n'existe aucun principe général du droit prescrivant la publicité des débats en toute matière et devant toute juridiction »²³⁸. En revanche, la menace pressante d'une condamnation de la Cour de Strasbourg a conduit le Conseil à modifier, le 28 juin 1995²³⁹, le règlement applicable au contentieux électoral ; alors que la rédaction issue de 1958 disposait que « les parties ne peuvent demander à être entendues », selon la nouvelle, « les parties peuvent demander à être entendues ». Changement radical de position.

Une fois la décision rendue, celle-ci est notifiée, suivant le cas, à l'Assemblée nationale ou au Sénat, au requérant, au député ou au sénateur intéressé et, pour

■ 233. CC 2002-2683 AN, 25 juillet 2002, Puy-de-Dôme, 3^e.

■ 234. CC 2002-2730 AN, 25 juillet 2002, Seine-Maritime, 4^e.

■ 235. V. par ex. CC 2015-134 ORGA, 12 novembre 2015, JO 27 novembre 2015, p. 22044.

■ 236. Pour les enquêtes et les mesures d'instruction, les sections ont cependant la possibilité d'en décider elles-mêmes.

■ 237. À la différence du contrôle de la constitutionnalité des lois, le contentieux électoral n'est enfermé dans aucun délai. Parfois il peut s'étaler sur une année – pour les élections législatives de 1973 par exemple – mais le plus souvent, tout est jugé en quelques mois. Dans l'hypothèse où la majorité parlementaire dépendrait de quelques sièges seulement, la rapidité du jugement des contestations serait importante... à condition qu'elle ne se fasse pas au détriment de sa qualité.

■ 238. CC 88-1113, 8 novembre 1988, AN Seine-Saint-Denis 6^e, R. p. 196.

■ 239. Décision du 28 juin 1995, R. p. 283.

information, aux ministres concernés. Conformément à l'article 62 de la Constitution, les décisions du Conseil, y compris dans le contentieux électoral, ne sont susceptibles d'aucun recours.

2. Les pouvoirs de contrôle du Conseil

a) Le Conseil, juge de l'élection

504 L'article 44 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 donne au Conseil, statuant en matière électorale, « compétence pour connaître de toute question et exception posée à l'occasion de la requête ». Jusqu'à l'introduction de la QPC, le Conseil se considérait uniquement et strictement comme juge de l'élection et rappelait régulièrement qu'il ne lui appartient pas, lorsqu'il se prononce en qualité de juge de l'élection en vertu de l'article 59 de la Constitution, d'apprécier, par voie d'exception, la constitutionnalité d'une loi²⁴⁰. Le Conseil a abandonné cette jurisprudence dans sa décision du 12 janvier 2012²⁴¹ en déclarant recevable une QPC soulevée à l'occasion d'une contestation du résultat d'une élection sénatoriale contre l'article L. 289 du Code électoral « accusé » de porter atteinte au pluralisme des courants d'idées et d'opinions. Dans ce cas, le Conseil est à la fois le juge du fond de l'affaire, le juge de la recevabilité et le juge de la question de constitutionnalité ! Curieuse entorse à l'article 61-1 de la Constitution – la QPC est toujours examinée « sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation » – mais qui s'explique par le souhait bien légitime du Conseil constitutionnel de ne pas exclure du champ d'application de la QPC le riche contentieux des élections nationales²⁴².

505 Avant cette décision du 12 janvier 2012, cette qualité de juge de l'élection n'avait pas empêché le Conseil, en revanche, d'apprécier la conformité d'une loi à un traité. En effet, dans une décision du 21 octobre 1988²⁴³, il accepte d'examiner, et déclare compatibles, les dispositions de la loi du 11 juillet 1986 rétablissant le scrutin majoritaire avec celles du protocole n° 1 de la Convention de Rome aux termes desquels « les hautes parties contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion des peuples sur le choix du corps législatif ».

Cette différence d'attitude, apparemment surprenante, se comprend par la différence de situation du Conseil lorsqu'il statue comme juge de l'élection : il n'est plus juge de la constitutionnalité de la loi, mais juge de l'application de la loi ; il se trouve donc dans la même situation que les juges ordinaires, administratif et judiciaire, et peut ainsi, comme eux, écarter l'application d'une loi contraire à une convention internationale²⁴⁴.

■ 240. CC 88-1046, 21 octobre 1988, AN Val-d'Oise, 5^e, R. p. 161.

■ 241. CC 2011-4538, Sénat, Loiret, *J.O.*, 14 janvier 2012, p. 702.

■ 242. V. *supra*, n° 190.

■ 243. CC 88-1082/1117, 21 octobre 1988, AN Val-d'Oise 5^e, R. p. 183.

■ 244. Pour le juge judiciaire, Ch. mixte, 24 mai 1975, *Société des cafés Jacques Vabre*, D. 1975, 497 concl. TOUFAIT ; pour le juge administratif, CE Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, RFDA 1989, p. 814, note GENEVOIS.

Toujours parce qu'il est seulement juge de l'élection, le Conseil s'est déclaré incompétent « pour se prononcer, même par voie d'exception, sur la conformité à la Constitution de la déclaration » faite par le Président de la République à la veille du premier tour des élections législatives de 1967 et après la clôture officielle de la campagne électorale²⁴⁵. Décision au demeurant critiquable dans la mesure où la question soulevée n'était pas celle de la constitutionnalité de l'intervention présidentielle, mais de son influence – pression, manœuvres – sur la régularité des opérations électorales.

506 Enfin, le contrôle de la régularité des textes organisant les élections entre-t-il dans la compétence du Conseil, juge de l'élection ? Les réponses jurisprudentielles ne manquent pas de subtilité. En effet, s'il se considère incompétent pour contrôler le décret prononçant la dissolution de l'Assemblée nationale²⁴⁶, il accepte, depuis 1981, d'apprécier le décret portant convocation des électeurs après dissolution de l'Assemblée et fixant le déroulement des opérations électorales²⁴⁷, que la contestation de la régularité de ce décret soit faite avant les élections et en dehors de tout recours contre l'élection d'un député²⁴⁸ ou soit soulevée à l'appui de la contestation d'une élection dans une circonscription déterminée²⁴⁹. Il est difficile de trouver une raison à cette différence de régime entre les deux types de décrets alors que la régularité de l'un et l'autre conditionne la régularité des élections que le Conseil a mission de contrôler ; peut-être la volonté ou le souci du Conseil de ne pas intervenir sur une décision éminemment politique, la dissolution mettant directement aux prises l'opposition et le chef de l'État, afin de mieux préserver sa propre autorité.

Mais, s'il est seulement juge de l'élection, le Conseil est le seul juge de l'élection. Il a rappelé fermement ce principe dans sa décision du 31 juillet 1991 en considérant que l'examen des comptes de campagne d'un candidat par la commission nationale chargée de les vérifier « ne saurait préjuger la décision du Conseil, juge de la régularité de l'élection en vertu de l'article 59 de la Constitution »²⁵⁰. Et faisant application de ce principe en l'espèce, il a redressé l'évaluation de la commission en intégrant dans les dépenses de campagne d'un candidat le coût de deux sondages d'opinion commandés par son parti.

b) Le Conseil, juge partiel des opérations préalables

507 Dans des conditions rendues complexes par les textes, le Conseil dispose également de pouvoirs particuliers à l'égard des opérations préalables aux élections parlementaires.

S'agissant d'abord de l'établissement des listes électorales pour les élections législatives, le Code électoral décide que son contrôle est de la responsabilité des

■ 245. CC 8 juin 1967, *R.* p. 105.

■ 246. CC 88-1040/1054, 13 juillet 1988, AN Charente-Maritime, 1, *R.* p. 97.

■ 247. CC 11 juin 1981, *R.* p. 97.

■ 248. CC 88-1027, 4 juin 1988, *R.* p. 77. Pour contester la date des élections les requérants se fondaient sur une différence entre le Code électoral et la Constitution, relative au délai dans lequel doivent avoir lieu les élections législatives ; le Conseil a naturellement fait prévaloir les dispositions constitutionnelles.

■ 249. CC 88-1040, 13 juillet 1988, AN Charente-Maritime, *R.* p. 97.

■ 250. CC 91-1141, 31 juillet 1991, AN Paris 13^e, *R.* p. 114.

tribunaux d'instance. Le Conseil repousse donc tout recours ou tout moyen d'une requête contestant un refus d'inscription, une radiation ou une omission²⁵¹. Mais, il accepte d'en connaître et se déclare compétent dès lors que les irrégularités commises dans l'établissement de la liste sont les résultats de pressions sur les électeurs – pour les dissuader de s'inscrire, les inciter à se faire radier...²⁵² – ou de manœuvres frauduleuses de nature à modifier les résultats du scrutin ou à porter atteinte à sa sincérité²⁵³. Il a ainsi annulé une élection au motif que certains électeurs, les Français établis hors de France, avaient été inscrits sur la liste électorale par des tiers²⁵⁴.

S'agissant ensuite de l'établissement du tableau des électeurs sénatoriaux, il est placé sous le contrôle du tribunal administratif dont les décisions peuvent être contestées devant le Conseil constitutionnel à l'appui d'un recours dirigé contre l'élection d'un sénateur ; en conséquence, le Conseil refuse d'apprécier le moyen tiré de l'irrégularité du tableau des électeurs sénatoriaux, si le requérant ne l'a pas préalablement contesté devant le tribunal administratif²⁵⁵.

S'agissant enfin de l'enregistrement des candidatures, le régime contentieux est encore plus compliqué : les candidatures sont déclarées à la préfecture du département qui dispose, en cas de doute sur l'éligibilité du candidat, d'un délai de 24 heures pour saisir le tribunal administratif ; ce dernier doit alors statuer dans les trois jours et sa décision ne peut être contestée que devant le Conseil constitutionnel saisi de l'élection (art. L. 159 du Code électoral). Ce mécanisme implique que le Conseil est juge d'appel des décisions du tribunal administratif : il vérifie par exemple si le juge administratif a été saisi par le préfet, seule autorité habilitée à demander le non-enregistrement d'une candidature, et annule en conséquence les décisions prises sur requête d'un particulier²⁵⁶ ; s'il a été saisi dans les délais²⁵⁷ et s'il a rendu sa décision dans les trois jours impartis par le Code électoral²⁵⁸ ... L'appel n'est cependant ni automatique, ni immédiat. En effet, le requérant mécontent de la décision du tribunal administratif ne peut saisir immédiatement le Conseil ; il doit attendre le déroulement du scrutin et la proclamation des résultats pour pouvoir la contester à l'appui d'une requête contre l'élection d'un député²⁵⁹.

508 Par l'effet de ce système sophistiqué de contrôle, le Conseil se trouve donc, au bout de cette chaîne, juge de l'éligibilité des candidats. Si conformément à la tradition, il interprète de manière restrictive les textes relatifs aux inéligibilités²⁶⁰, il

■ 251. CC 9 juillet 1963, *R.* p. 149 ; CC 78, 12 juillet 1978, *R.* p. 198.

■ 252. CC 22 juin 1967, *R.* p. 141.

■ 253. CC 11 juillet 1967, *R.* p. 157. CC 88-1118, 25 novembre 1988, AN Guadeloupe, 2^e, *R.* p. 258.

■ 254. CC 12 juillet 1978, AN Paris 16^e, *R.* p. 215.

■ 255. CC 5 février 1975, *R.* p. 55.

■ 256. CC 22 janvier 1963, AN Gard, 4^e, *R.* p. 74 ; CC 8 juillet 1986, *R.* p. 97.

■ 257. CC 15 juillet 1976, AN Indre-et-Loire, *R.* p. 80.

■ 258. CC 23 novembre 1973, *R.* p. 87.

■ 259. Toutefois, un candidat peut directement invoquer devant le Conseil, mais toujours à l'occasion de la contestation d'une élection déterminée, une irrégularité dans la déclaration des candidatures, lorsque le Préfet a de sa propre initiative, sans saisir le Tribunal, refusé d'enregistrer sa candidature, CC 21 juin 1973, AN Corse 3^e, *R.* p. 108.

■ 260. CC 88-1113, 8 novembre 1988, AN Seine-Saint-Denis, 6^e, *R.* p. 196 : « toute inéligibilité, qui a pour effet d'apporter une atteinte à la liberté de candidature, doit être interprétée restrictivement ».

retient notamment l'âge²⁶¹, la perte des droits électoraux²⁶² et la non-inscription sur les listes électorales²⁶³ comme causes d'inéligibilité. Surtout, le Conseil considère que l'inéligibilité du remplaçant entraîne celle du titulaire et, en conséquence, s'il est élu, l'annulation de son élection²⁶⁴ ; de même le Conseil a jugé inéligible le remplaçant d'un député... déjà remplaçant d'un sénateur et a annulé l'élection²⁶⁵.

Il faut encore préciser que, selon l'article 41 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, le Conseil détient un double pouvoir : celui d'*annuler* une élection, totalement ou partiellement, ce qu'il fait régulièrement et sans état d'âme ; et celui, plus rarement utilisé, de *reformer* cette élection, c'est-à-dire corriger les résultats²⁶⁶, voire même choisir un autre vainqueur en lieu et place du candidat déchu²⁶⁷.

Ainsi définie la spécificité du contentieux électoral, quelle est la politique de contrôle adoptée par le Conseil ?

B. LA POLITIQUE DE CONTRÔLE DU CONSEIL

509 Le premier travail du Conseil consiste à qualifier les faits et actes qui ont pu entacher la régularité de l'élection : ici, les décisions font apparaître l'importance et la diversité des irrégularités commises (1). Le second travail du Conseil consiste à décider si ces irrégularités ont pu modifier les résultats du scrutin, justifiant en conséquence l'annulation de l'élection : là, les conditions mises pour prononcer une invalidation dessinent une politique jurisprudentielle très, trop prudente (2).

1. Les faits constitutifs d'irrégularités

a) Les faits de propagande

510 La richesse des irrégularités de propagande est insoupçonnable ! Elles peuvent porter sur les *affiches* et être constituées par la combinaison des trois couleurs bleu, blanc, rouge interdite par le Code électoral²⁶⁸, par leur dimension ne respectant pas les limites réglementaires²⁶⁹, par leur apposition hors des panneaux spécialement réservés à cet effet²⁷⁰ ou après la clôture de la campagne électorale²⁷¹, par leur contenu mensonger ou diffamatoire²⁷². Les irrégularités peuvent aussi porter sur

■ 261. CC 22 janvier 1963, R. p. 82.

■ 262. CC 17 mai 1973, R. p. 72.

■ 263. CC 19 décembre 1968, R. p. 159.

■ 264. CC 88-1063/1067, 8 novembre 1988, Seine-Saint-Denis, 9^e R. p. 193.

■ 265. CC 88-1063/1067, 8 novembre 1988, Seine-Saint-Denis, 9^e R. p. 193 : « cette inéligibilité a pour objet, précise le Conseil, d'assurer la disponibilité permanente de la personne appelée à remplacer le parlementaire dont le siège devient vacant ».

■ 266. Par exemple en déduisant des suffrages irrégulièrement exprimés (CC 2012-4605 AN, 7 décembre 2012, cons. 1, JO 8 décembre 2012, p. 19284).

■ 267. Hypothèse qui ne s'est jamais rencontrée pour l'instant.

■ 268. CC 88-1048, 23 novembre 1988, AN Nouvelle-Calédonie, 1^{er} R. p. 205.

■ 269. CC 88-1123/1124, 25 novembre 1988, AN Polynésie française, 1^{er} et 2^e R. p. 260.

■ 270. CC 88-1075, 3 octobre 1988, AN Charente 3^e R. p. 145.

■ 271. CC 88-1068, 21 octobre 1988, AN Vosges, 4^e R. p. 176.

■ 272. CC 88-1109, 25 novembre 1988, AN Gironde 8^e R., p. 252.

les tracts et être constituées par leur contenu injurieux ou relatant des accusations d'ordre personnel²⁷³, par leur non-signature²⁷⁴ ou par leur mode de diffusion massive²⁷⁵, la veille ou le matin même du scrutin²⁷⁶.

Peuvent encore constituer des faits de propagande irréguliers des *circulaires* ou des *lettres* adressées aux électeurs ou à différentes catégories d'électeurs par le candidat usant d'une autre de ses qualités, maire, président d'une association...²⁷⁷ ou par des responsables d'organismes – office d'HLM...²⁷⁸. Sont également assimilées à ces pratiques irrégulières, la *publication et la distribution gratuite de journaux électoraux*²⁷⁹; en revanche, les organes de presse sont libres de rendre compte de la campagne électorale des différents candidats comme de prendre position en faveur de l'un d'eux²⁸⁰. Des reportages télévisés partisans ou polémiques²⁸¹, des propos tenus lors d'une émission de variétés²⁸² en particulier la veille du scrutin, peuvent aussi être considérés par le Conseil comme des irrégularités.

Signe des temps, les irrégularités constatées sont aujourd'hui souvent liées à l'*internet*, par exemple lorsque qu'un site « usurpe » l'identité d'un candidat²⁸³ ou lorsque des documents sont diffusés, de façon tardive, par le biais de messages électroniques aux électeurs²⁸⁴.

La campagne électorale est souvent le moment où certaines personnes, certaines autorités officielles utilisent leurs titres ou leur fonction pour faire pression sur les électeurs et chercher à influencer leur vote. Le Conseil relève ainsi régulièrement l'utilisation par un maire des moyens de l'administration communale en faveur d'un candidat²⁸⁵, l'intervention du clergé sur les fidèles²⁸⁶, les pressions administratives sur des catégories d'électeurs²⁸⁷ ou la publication par un candidat de lettres de soutien adressées par des membres du gouvernement²⁸⁸.

La campagne électorale est enfin ce moment privilégié de la vie politique où les candidats se croient tout permis, et notamment la diffusion de fausses informations sur leurs adversaires pour tromper le corps électoral et attirer sur leur nom le maximum de suffrages. Par exemple : l'annonce, fausse, de la mort du remplaçant d'un candidat²⁸⁹; l'utilisation par un candidat du sigle d'un parti dont il a été exclu²⁹⁰; l'invocation par un candidat du soutien d'un de ses concurrents du premier tour,

■ 273. CC 88-1112/1125, 23 novembre 1988, AN Martinique 1^{re}, R. p. 224.

■ 274. CC 88-1106, 23 novembre 1988, AN Guyane 2^e, R. p. 220.

■ 275. CC 7 juin 1978, R. p. 128.

■ 276. CC 88-1057, 21 octobre 1988, AN Hérault, 1^{re}, R. p. 167.

■ 277. CC 88-1090, 25 novembre 1988, AN Loir-et-Cher 2^e, R. p. 242.

■ 278. CC 88-1058, 21 octobre 1988, AN Bouches-du-Rhône 3^e, R. p. 169.

■ 279. CC 5 février 1963, R. p. 110.

■ 280. CC 88-1057, 21 octobre 1988, AN Hérault, 1^{re}, R. p. 167.

■ 281. CC 88-1052, 21 octobre 1988, AN Paris 20^e, R. p. 163.

■ 282. CC 88-1110, 25 novembre 1988, AN Saône-et-Loire, R. p. 254.

■ 283. CC 2012-4630 AN, 7 décembre 2012, Seine-Saint-Denis, 5^e.

■ 284. CC 2012-4589 AN, 7 décembre 2012, Meurthe-et-Moselle, 5^e.

■ 285. CC 88-1109, 25 novembre 1988, AN Gironde, 8^e, R. p. 252.

■ 286. CC 88-1057, 21 octobre 1988, AN Hérault, 1^{re}, R. p. 167.

■ 287. CC 29 juin 1967, R. p. 151.

■ 288. CC 12 juillet 1967, R. p. 167.

■ 289. CC 24 novembre 1963, R. p. 93.

■ 290. CC 88-1102/1107, 21 octobre 1988, AN Bouches-du-Rhône, R. p. 188.

alors que celui-ci s'est simplement retiré²⁹¹ ou a été éliminé pour n'avoir pas recueilli le nombre de suffrages nécessaires pour figurer au second tour²⁹²...

La liste de ces faits de propagande irréguliers s'allonge à chaque consultation électorale... et se complète par celle des irrégularités dans les opérations même de vote !

b) *L'organisation des opérations électorales*

511 Parmi les irrégularités portant sur *l'organisation du scrutin*, le Conseil relève, par exemple, celles relatives à la composition des bureaux de vote quand leur présidence est assurée par un électeur et non par un adjoint ou un conseiller municipal auxquels cette fonction revient de droit²⁹³ ; celles relatives à l'ouverture anticipée²⁹⁴ ou tardive des bureaux de vote²⁹⁵ ou à leur fermeture anticipée²⁹⁶ ; celles qui ont pour objet d'empêcher les assesseurs ou les délégués d'un candidat d'exercer normalement la surveillance et le contrôle du scrutin²⁹⁷.

Dans le *déroulement du scrutin*, les irrégularités peuvent être constituées par... l'absence des bulletins au nom de certains candidats²⁹⁸, par la dimension ou la couleur des bulletins²⁹⁹ ou des enveloppes³⁰⁰, par un libellé inexact – « député sortant »³⁰¹ –, par l'absence d'isoloir³⁰², par l'absence de contrôle de l'identité des électeurs³⁰³, par des listes d'émargement non signées par des membres du bureau ou mal rédigées³⁰⁴. D'une manière générale, le Conseil contrôle le respect, par les assesseurs et les agents municipaux, d'une stricte neutralité dans les bureaux de vote – cette neutralité devant normalement se traduire jusque dans leur habillement³⁰⁵ !

Pour les modalités particulières de vote, les irrégularités concernent essentiellement aujourd'hui le *vote par procuration*, soit que les attestations, justifications ou volets de procuration manquent³⁰⁶, soit que les procurations aient été établies au

■ 291. CC 5 février 1963, R. p. 108.

■ 292. CC 88-1088, 23 novembre 1988, AN Pyrénées-Orientales, R. p. 210.

■ 293. CC 88-1061, 21 octobre 1988, AN Savoie 1^{er}, R. p. 172.

■ 294. CC 11 octobre 1968, R. p. 78.

■ 295. CC 88-1058, 21 octobre 1988, AN Bouches-du-Rhône 3^e, R. p. 169.

■ 296. CC 88-1059, 25 novembre 1988, AN Aisne 5^e, R. p. 234.

■ 297. CC 88-1062, 21 octobre 1988, AB Meurthe-et-Moselle 2^e, R. p. 174.

■ 298. CC 25 septembre 1968, R. p. 60.

■ 299. CC 88-1070/1076, 3 octobre AN Alpes-Maritimes 4^e, R. p. 138.

■ 300. CC 12 avril 1973, R. p. 61.

■ 301. CC 88-1034, 13 juillet 1988, AN Haute-Savoie, 2^e, R. p. 91.

■ 302. CC 9 novembre 1988, R. p. 199.

■ 303. CC 88-1097, 25 novembre 1988, AN Hérault 3^e, R. p. 250.

■ 304. CC 88-1115, 25 novembre 1988, AN Haute-Corse, 1^{er}, R. p. 255.

■ 305. Notamment quand les agents sont habillés, ostensiblement, aux couleurs d'un parti politique (CC 2012-4642 AN, 18 octobre 2012, Polynésie française, 3^e).

■ 306. CC 88-1096, 23 novembre 1988, AN Wallis et Futuna, R. p. 214.

domicile des électeurs ou dans des établissements hospitaliers³⁰⁷, soit qu'elles soient rédigées en blanc³⁰⁸ ou non signées³⁰⁹.

Enfin, les irrégularités peuvent porter sur les *opérations de dépouillement* : elles ont eu lieu à huis clos³¹⁰, ou sans que les électeurs aient été à même de circuler librement autour des tables³¹¹, ou avant que le décompte des émargements ait été opéré³¹² ; les feuilles de dépouillement ne sont pas signées³¹³ ; des pièces annexes – procès-verbaux, bulletins nuls et enveloppes vides – manquent ou sont incomplètes³¹⁴ ; des erreurs de recensement ont été commises, certains bulletins ayant été validés ou écartés à tort³¹⁵.

Là encore, la liste n'est ni exhaustive ni close ! Par ailleurs, si tous ces faits constituent, selon le Conseil, des irrégularités, tous n'ont pas pour conséquence automatique l'annulation de l'élection. Le Conseil exige aussi certaines « qualités » aux irrégularités constatées.

2. Les irrégularités donnant lieu à l'annulation de l'élection

a) La gravité de l'irrégularité et la faiblesse de l'écart de voix

512

Le Conseil exige d'abord, pour conclure à l'annulation de l'élection, que l'irrégularité soit d'une *gravité* telle qu'elle ait porté atteinte à la liberté ou à la sincérité du scrutin en ayant eu une influence déterminante sur les résultats de l'élection. La gravité se mesure au regard de l'importance, de la diversité et de la multiplicité des irrégularités commises. Ainsi, en 1988, le Conseil a annulé une élection pour cumul d'irrégularités dans l'établissement de procuration : des centaines rédigées au commissariat de police de l'arrondissement de Marseille dont le maire est candidat, d'autres centaines au domicile des électeurs et dans les établissements de soins, d'autres encore établies sans justification ; au total, près de huit cents procurations irrégulières³¹⁶. Il a annulé également une élection pour des irrégularités commises dans l'organisation du scrutin – trois urnes dans un bureau de vote – et dans les opérations de dépouillement – électeurs et représentant d'un candidat empêchés de circuler librement autour des tables³¹⁷.

Sont encore qualifiées de graves, les irrégularités qui privent le Conseil de la possibilité de vérifier la sincérité des résultats du vote, soit parce que des documents essentiels comme la liste d'émargement manquent au dossier³¹⁸, soit par le

■ 307. CC 88-1093, 25 novembre 1988, AB Bouches-du-Rhône 6^e, R. p. 246.

■ 308. CC 12 juillet 1978, R. p. 215.

■ 309. CC 24 juin 1978, R. p. 158.

■ 310. CC 11 juillet 1973, R. p. 139.

■ 311. CC 88-1062, 21 octobre 1988, AN Meurthe-et-Moselle, 2^e R. p. 174.

■ 312. CC 88-1116, 23 novembre 1988, AN Val-de-Marne, 10^e, R. p. 227.

■ 313. CC 19 décembre 1968, R. p. 152.

■ 314. CC 88-1059, 25 novembre 1988, AN Aisne, 5^e, R. p. 234.

■ 315. CC 15 janvier 1963, R. p. 68 ; CC 19 décembre 1968, R. p. 161.

■ 316. CC 88-1093, 25 novembre 1988, AN Bouches-du-Rhône, 6^e, R. p. 246.

■ 317. CC 88-1062, 21 octobre 1988, AN Meurthe-et-Moselle, 2^e, R. p. 174.

■ 318. CC 24 juin 1968, R. p. 196.

nombre d'incorrections dans la rédaction des feuilles de dépouillement ou des procès-verbaux³¹⁹, soit tout simplement par les multiplicités des irrégularités³²⁰.

513 Mais surtout, l'élément qui détermine le Conseil à annuler ou non une élection est *l'écart des voix* entre le candidat battu et l'élu. Quel que soit l'objet des irrégularités – pressions, tracts mensongers ou diffamatoires, erreur de recensement des votes, procurations mal établies..., quelle que soit même leur importance, elles n'entraînent pas l'annulation de l'élection si un écart de voix important sépare le candidat élu de son adversaire³²¹ ou, plus généralement, si ces irrégularités sont jugées par le Conseil n'avoir pas eu d'influence déterminante sur le résultat de l'élection³²². En revanche, la combinaison d'irrégularités graves *et* d'un faible écart de voix entre le candidat élu et son concurrent entraîne l'annulation de l'élection³²³. La faiblesse de l'écart de voix ne suffit pas, en effet, à elle seule pour invalider une élection, si aucune irrégularité sérieuse n'a été commise : le Conseil rejette ainsi la contestation d'une élection acquise par 39 voix d'avance seulement au motif que les quelques irrégularités matérielles de recensement constatées – qui ramènent pourtant cette avance à 13 voix – ne sauraient avoir influé sur les résultats du scrutin³²⁴. De même, il rejette une contestation dénonçant la circulation irrégulière d'un véhicule porteur d'affiches électorales dans le ressort de la circonscription, au motif que cet évènement n'a pu, compte tenu de l'écart de voix entre les candidats, avoir d'effet sur l'issue du scrutin³²⁵.

En définitive, les divers faits de propagande et les irrégularités commises dans les différentes phases de l'opération électorale n'entraînent l'annulation de l'élection qu'en raison de leur gravité et de la faiblesse de l'écart des voix séparant les candidats. Mais il n'est jamais précisé ou simplement dit à partir de quel seuil un ensemble d'irrégularités devient grave, à partir de quel chiffre un écart est considéré faible : 100, 200, 300³²⁶ ? Autant dire que le Conseil dispose d'un large pouvoir d'appréciation dont l'exercice laisse toujours une impression, un sentiment d'insatisfaction, voire de malaise.

b) Pour un contrôle plus ferme des irrégularités électorales

514 Après chaque règlement du contentieux électoral, le Conseil est accusé de s'être comporté en juge politique. Tel parti, de la majorité ou de l'opposition, juge scandaleuse l'invalidation d'un de ses élus ; tel autre estime incompréhensible la

■ 319. CC 15 octobre 1973, R. p. 176.

■ 320. CC 88-1062, 21 octobre 1988, AN Meurthe-et-Moselle 2^e, R. p. 174.

■ 321. CC 88-1083, 21 octobre 1988, AN Charente-Maritime 4^e, R. p. 186.

■ 322. CC 88-1081, 21 octobre 1988, AN Isère, 9^e, R. p. 181.

■ 323. CC 88-1093, 25 novembre 1988, AN Bouches-du-Rhône, 6^e, R. p. 246 : *84 voix d'écart* ; CC 88-1062, 21 octobre 1988, AN Meurthe-et-Moselle 2^e, R. p. 174 : *176 voix d'écart* ; CC 88-1096, 23 novembre 1988, AN Wallis et Futuna, R. p. 214 : *281 voix d'écart*.

■ 324. CC 88-1060, 25 novembre 1988, AN Essonne, 4^e, R. p. 238 ; CC 88-1059, 25 novembre 1988, AN Aisne, 5^e, R. p. 234.

■ 325. CC 97-2255 AN, 28 octobre 1997, JO 30 octobre 1997, p. 15787.

■ 326. À partir d'une analyse des élections législatives de 2007, Bertrand MALIGNER propose le chiffre précis de 148 (« Le Conseil constitutionnel, juge des opérations et des finances électorales », *NCCC*, n° 41, 2013).

confirmation de l'élection de son adversaire ; mais tous sont d'accord pour considérer que le Conseil s'est prononcé davantage en fonction de raisons politiques qu'en fonction de considérations juridiques. Et le relatif équilibre des annulations – autant à droite qu'à gauche –, loin de diminuer les critiques, les alimente ! Pour apprécier la valeur de ces attaques, il faut sans doute faire leur part à la logique des prises de position partisans³²⁷ et, plus simplement, au « droit », pour un candidat victime de la décision, de maudire ses juges. Mais il faut aussi reconnaître que la manière dont le Conseil exerce son contrôle n'est pas entièrement satisfaisante³²⁸.

Il fait d'abord peser sur le requérant la charge de la preuve des irrégularités, alors qu'il lui est souvent difficile sinon impossible de les établir avec précision. Comment, par exemple, prouver les manœuvres ou pressions exercées sur les pensionnaires d'une maison de retraite, l'ampleur de la distribution d'un tract diffamatoire... ? Dans la plupart des cas, le requérant ne peut faire état que de présomptions de fraude ou d'éléments d'information partiels, et le Conseil rejette alors le recours pour défaut de preuve, ou manque de précision³²⁹. Cette dureté de procédure est encore renforcée par le refus du Conseil de considérer des irrégularités établies, lorsque leurs preuves, ou « commencement de preuves », ne sont apportées que par les assesseurs ou les délégués du candidat auteur de la requête³³⁰.

Le sentiment de malaise et les critiques à l'égard de la jurisprudence électorale se nourrissent surtout du nombre important de décisions par lesquelles le Conseil confirme une élection, tout en reconnaissant expressément que les irrégularités sont « regrettables »³³¹, « critiquables »³³², « condamnables »³³³, « répréhensibles »³³⁴ ou « appellent une particulière réprobation »³³⁵. Dans la décision du 23 novembre 1988 par exemple, le Conseil constate que dans huit bureaux de vote des irrégularités ont été « sciemment commises », qu'elles « révèlent un comportement frauduleux », qu'elles portent sur 2 851 voix à retrancher en conséquence au candidat élu... ; et pourtant il valide l'élection car « ces irrégularités ne peuvent affecter les résultats, eu égard à l'ampleur de l'écart des voix séparant les candidats »³³⁶. De même, dans la décision du 14 décembre 2012³³⁷, le Conseil constate l'apposition d'affiches de propagande en faveur du vainqueur en dehors des emplacements réglementaires (ce qui est prohibé par le Code électoral), mais il juge plus loin

■ 327. Il n'est pas rare d'entendre, la même année, un parti féliciter le Conseil pour avoir invalidé l'élection d'un adversaire, et l'accuser le lendemain d'être un juge politique lorsqu'il annule l'élection d'un de ses membres !

■ 328. Même, semble-t-il, pour les juges constitutionnels : « de toutes les missions confiées au Conseil, écrit Jacques ROBERT, celle qui m'a laissé, après neuf années de mandat, une curieuse impression de malaise, pour ne pas dire un sentiment désagréable d'insatisfaction, est, à n'en point douter, le contrôle de la régularité des élections législatives et présidentielles », avec une claire allusion à la décision Tiberi, in J. ROBERT, *La garde de la République*, Plon, 2000, p. 154 et s.

■ 329. CC 88-1061, 21 octobre 1988, AN Savoie, 1^{re}, R. p. 172.

■ 330. CC 27 juin 1973, R. p. 116.

■ 331. CC 88-1039, 21 octobre 1988, AN Gironde, 4^e, R. p. 156.

■ 332. CC 88-1090, 25 novembre 1988, AN Loir-et-Cher, 2^e, R. p. 242.

■ 333. CC 88-1106, 23 novembre 1988, AN Guyane, 2^e, R. p. 220.

■ 334. CC 88-1086, 23 novembre 1988, AN Jura, 2^e, R. p. 207.

■ 335. CC 88-1092, 25 novembre 1988, AN Hauts-de-Seine, 5^e, R. p. 244.

■ 336. CC 88-1116, 23 novembre 1988, AN Val-de-Marne, 10^e, R. p. 227.

■ 337. CC 2012-4637 AN, 14 décembre 2012, cons. 4, Aisne, 5^e.

que « le nombre d'affiches irrégulièrement apposées est limité », et que, en tout état de cause, « ces irrégularités, *pour regrettables qu'elles soient*, ne peuvent être regardées comme ayant eu une incidence sur les résultats du scrutin ».

515 Que l'ampleur d'une victoire « blanchisse » de telles irrégularités conduit très vite l'opinion – et les candidats – à considérer que plus la fraude est importante, plus elle est productive de voix, et plus l'élu se met à l'abri d'une annulation de son élection ! Comment ne pas être tenté de qualifier de subjectives, voire d'arbitraires ou politiques, les affirmations du Conseil selon lesquelles la diffusion de tracts ou la création de sites internet au contenu injurieux, diffamatoire ou mensonger n'a pas influencé les résultats et la sincérité du scrutin ! Le faible écart des voix peut-il vraiment tout absoudre et l'argument n'est-il pas un encouragement à frauder massivement ?

Sans doute peu d'élections seraient validées si le Conseil les annulait pour abus de propagande, affichage sauvage, matraquage publicitaire ou distribution de tracts pourtant expressément interdits par l'article L. 51 du Code électoral. Sans doute beaucoup font observer que les électeurs désavouent souvent le Conseil en réélisant le député dont il a annulé l'élection. Il n'en reste pas moins que le Conseil pourrait faire évoluer sa politique jurisprudentielle vers plus de rigueur sinon plus de sévérité. Des élections « truquées » sapent le fondement de la démocratie ; des élections contrôlées le renforcent. Et, dans sa décision du 11 janvier 1990³³⁸, le Conseil ne s'est-il pas érigé en gardien vigilant des fondements de la démocratie ?

Une première voie consisterait pour le Conseil à exercer son contrôle « dans l'intérêt des électeurs » alors qu'« il donne trop souvent l'impression, comme le remarque justement François Luchaire, de ne voir dans le contentieux électoral que des conflits entre deux personnes, l'élu et son concurrent le plus immédiat »³³⁹. Sont ainsi particulièrement choquantes les décisions par lesquelles le Conseil, constatant que des irrégularités graves ont été commises par les deux candidats, décide qu'elles s'annulent... mais ne constituent pas une cause d'annulation de l'élection³⁴⁰.

Dans sa décision du 11 mai 1989, il considère que si M. Tapie a dépassé le plafond des dépenses autorisé par la loi, son concurrent M. Teissier a également effectué « des dépenses de même nature et d'une importance comparable à celle de M. Tapie » et qu'en conséquence la méconnaissance réciproque des dispositions législatives « n'a pas eu pour effet de porter atteinte à la liberté de choix des électeurs ou à la sincérité du scrutin »³⁴¹. Parce qu'elle est partagée, la faute est-elle moins condamnable ? N'est-ce pas un encouragement à des « accords de fraude » entre les candidats ? Renvoyer dos à dos les candidats, n'est-ce pas oublier l'intérêt des électeurs à voir se dérouler les élections conformément aux prescriptions légales et réglementaires ?

Une autre voie consisterait pour le Conseil à mieux et davantage utiliser son pouvoir d'ordonner des mesures d'instruction en confiant à ses rapporteurs le soin

■ 338. CC 89-271 DC, 11 janvier 1990, R. p. 21.

■ 339. F. LUCHAIRE, *op. cit.*, p. 354.

■ 340. CC 9 juillet 1963, R. p. 15 ; CC 21 juin 1978, R. p. 161.

■ 341. CC 11 mai 1989, R. p. 35.

de mener les enquêtes locales et en exigeant des administrations qu'elles fournissent tous les documents et informations dont elles disposent, dès lors que le requérant aurait apporté un *commencement de preuve*, des éléments de faits ou des allégations. Ainsi ce dernier ne supporterait-il plus la lourde charge de la preuve.

Ces inflexions jurisprudentielles, et quelques autres encore, permettraient au Conseil d'exercer un contrôle plus ferme sans pour autant entamer son caractère nécessairement pragmatique³⁴². Il faut certainement l'y encourager, car en démocratie, la régularité des élections comporte un enjeu fondamental et même vital : le maintien de la croyance en la vertu de la légitimité démocratique.

§ 2. LE CONTRÔLE DE L'ÉLECTION PRÉSIDENTIELLE ET DU RÉFÉRENDUM

516

Pour l'élection présidentielle et le référendum, le rôle du Conseil est plus large puisqu'il possède des attributions consultatives et juridictionnelles et qu'il intervient avant, pendant et après le scrutin. De lui-même, il a pris l'habitude de rendre publiques ses « observations » sur le déroulement de la consultation, présidentielle et référendaire, et considère, à cette occasion, « qu'il entre dans sa mission de suggérer toutes mesures propres à concourir à leur meilleur déroulement »³⁴³. Malgré ces ressemblances générales, le dispositif de contrôle de l'une (A) et de l'autre (B) consultation possède des particularités qui justifient leur présentation séparée.

A. LE CONTRÔLE DE L'ÉLECTION PRÉSIDENTIELLE

517

Le contrôle du Conseil porte à la fois sur les actes préparatoires à l'élection présidentielle (1) et sur le déroulement du scrutin et les contestations des opérations électorales (2).

1. Le contrôle des actes préparatoires à l'élection présidentielle

a) Le contrôle de l'établissement de la liste des candidats

518

La liste des candidats à l'élection présidentielle est établie par le Conseil après qu'il ait vérifié que chacun des prétendants remplit effectivement les conditions définies par la loi³⁴⁴.

■ 342. V. les observations du Conseil relatives aux élections législatives de juin 2007 et notamment l'invitation faite au législateur de supprimer l'automatisme de l'inéligibilité en cas de non-respect par un candidat des règles relatives au financement de la campagne électorale.

■ 343. V. par ex., Observations du Conseil constitutionnel sur l'élection présidentielle du 21 avril et 5 mai 2002, R. p. 447 ; et pour l'élection de 2007, v. JO 12 juin 2007, p. 10247.

■ 344. Loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel, et décret d'application n° 2001-213 du 8 mars 2001.

Ainsi, le Conseil examine si les candidatures respectent les *conditions de présentation* exigées par les textes. À ce titre, il vérifie que la présentation – le fameux parrainage – est faite par une personne ayant qualité pour présenter valablement un candidat : membre du Parlement (national et européen), élus de l'Assemblée des Français de l'étranger, des divers collectivités territoriales de la République et même exécutif des structures intercommunales ou des arrondissements des grandes villes³⁴⁵, soit un total de plus de 40 000 personnes.

Appréciant la qualité du présentateur au jour où la présentation lui parvient, le Conseil écarte celle adressée le 17 mars 1988 par un maire dont la démission avait été acceptée par le préfet le 9 mars ; en revanche, il maintient la validité de la présentation d'un maire qui, ultérieurement au dépôt de la présentation, démissionne ou décède³⁴⁶. Il écarte également toute présentation qui est faite par une personne n'en ayant pas le droit³⁴⁷ ou ne peut être regardée comme ayant un caractère authentique³⁴⁸ ou n'est pas rédigée sur les formulaires officiels, ou qui parvient au Conseil avant ou après les délais légaux³⁴⁹. Le Conseil a hésité sur les conséquences à tirer d'une présentation de deux candidats différents par une même personne : en 1969, il a considéré que la première chronologiquement pouvait être prise en compte³⁵⁰ ; en 1974, il a déclaré que les deux présentations « devaient être tenues pour non valables »³⁵¹ ; aujourd'hui, il est revenu à la jurisprudence de 1969, y compris lorsque l'élu est titulaire de plusieurs mandats.

Dans une décision QPC du 21 février 2012³⁵², le Conseil a jugé que la publicité des noms des « parrains » n'était pas contraire à la Constitution car « en assurant la publicité des choix de présentation des candidats à l'élection présidentielle par les citoyens élus habilités, le législateur a entendu favoriser la transparence de la procédure de présentation des candidats à l'élection présidentielle ». Ce qui n'empêche pas le Conseil de considérer, dans ses observations sur l'élection présidentielle la même année, qu'« une réflexion sur ce sujet serait utile »³⁵³...

Le Conseil vérifie encore si chaque candidat dispose effectivement des 500 signatures exigées par la loi et « si, parmi les signataires, figurent les élus d'au moins trente départements ou territoires d'outre-mer sans que plus du dixième d'entre eux puissent être les élus d'un même département ou territoire d'outre-mer »³⁵⁴.

■ 345. La liste – longue – est donnée par l'art. 3 de la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel. V. également CC 2001-443 DC, 1^{er} février 2001, cons. 3, JO 6 février 2001, p. 2000, et CC 2007-547 DC, 15 février 2007, cons. 3 à 5, JO 22 février 2007, p. 3252 : dans les deux cas, le Conseil valide l'allongement de la liste des « parrains ».

■ 346. V. B. GENEVOIS, « Le Conseil constitutionnel et l'élection présidentielle de 1988 », *RDP*, 1989, p. 28.

■ 347. CC 17 mai 1969, *Sidos*, *R.* p. 80.

■ 348. CC 17 mai 1969, *Sidos*, *R.* p. 80.

■ 349. V. B. GENEVOIS, *op. cit.* p. 28.

■ 350. CC 17 mai 1969, *Sidos*, *R.* p. 80.

■ 351. CC 21 avril 1974, *Lafont R.* p. 47.

■ 352. CC 2012-233 QPC, 21 février 2012, JO, 22 février 2012, p. 3023.

■ 353. CC 2012-155 PDR, 21 juin 2012, Observations du Conseil constitutionnel sur l'élection présidentielle des 22 avril et 6 mai 2012, *R.* p. 301.

■ 354. Avant la loi du 18 juin 1976, le nombre minimum de présentateurs était fixé à 100, et des départements à 10.

Le Conseil s'assure enfin que la personne présentée consent bien à être candidate, qu'elle a versé la caution et qu'elle est éligible. En 1974, il a ainsi déclaré inéligible une personne privée de son droit de vote pour cause de faillite personnelle prononcée par le tribunal de commerce³⁵⁵ ; mais en 1969, il a considéré qu'accomplir ses obligations militaires n'empêchait pas Alain Krivine d'être candidat³⁵⁶. En 2012, il a également déféré à l'autorité judiciaire, en application de l'article 40 du Code de procédure pénale, la pratique d'un élu du Finistère qui avait décidé de tirer au sort, sous forme d'une loterie, le nom du candidat parrainé ! Le Conseil juge cette pratique « incompatible avec la dignité qui sied aux opérations concourant à toute élection »³⁵⁷.

519 Toutes ces vérifications doivent être faites dans un délai très bref, puisque les présentations doivent parvenir au Conseil au plus tard le samedi précédant le premier tour – éventuellement par voie électronique depuis 2016³⁵⁸ –, et qu'il doit établir la liste des candidats de telle sorte qu'elle soit publiée au *Journal officiel* au plus tard huit jours avant le premier tour du scrutin. Les risques d'erreur sont cependant faibles depuis qu'un arrêté du 27 décembre 1987 du Président du Conseil constitutionnel, pris dans le respect des dispositions de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, a autorisé le traitement automatisé des présentations de candidature.

520 La décision par laquelle le Conseil arrête, après ces vérifications, la liste des candidats, peut faire l'objet d'une réclamation, mais uniquement de la part d'une personne ayant fait l'objet d'au moins une présentation³⁵⁹ et avant l'expiration du jour suivant celui de la publication de la liste au *Journal officiel*³⁶⁰. Statuant lui-même dans un délai très bref, le Conseil accueille toutes réclamations portant sur la qualité des présentateurs, leur nombre, l'éligibilité des candidats ou l'attribution des signes distinctifs³⁶¹, à l'exception de celles lui demandant de contrôler la constitutionnalité d'une loi ou d'une réglementation³⁶². De même, le Conseil refuse d'examiner les griefs qui ne sont pas strictement liés aux conditions de présentation, par exemple lorsqu'un candidat reproche aux principaux moyens de communication audiovisuelle d'avoir insuffisamment fait état de sa candidature et d'avoir ainsi rendu plus difficile le recueil des présentations³⁶³, ou lorsqu'une

■ 355. CC 21 avril 1974, *Roustan*, R. p. 46.

■ 356. CC 17 mai 1969, *Krivine*, R. p. 78.

■ 357. Observations sur l'élection présidentielle de 2012.

■ 358. Art. 2 de la loi organique n° 2016-506 du 25 avril 2016 de modernisation des règles applicables à l'élection présidentielle.

■ 359. CC 17 mai 1969, *Centre d'Études et de Recherches Expérimentales*, R. p. 76 ; CC 11 avril 1981, *Scherme*, R. p. 74.

■ 360. CC 21 mai 1969, *Héraud*, R. p. 82.

■ 361. CC 25 avril 1974, *Mitterrand*, R. p. 49 : chaque candidat pouvant choisir un signe distinctif, François Mitterrand contestait celui de Jacques Chaban-Delmas, accepté par le Conseil, la Croix de Lorraine ; le Conseil a rejeté la réclamation, ce qui est sans aucun doute sous-estimer la valeur symbolique et la force émotionnelle de cette Croix. À moins que ce ne soit le contraire...

■ 362. CC 21 janvier 1981, *Krivine*, R. p. 65 ; CC 9 mars 1981, *Nicole*, R. p. 67 ; CC 19 mars 1981, *Ren-nemam*, R. p. 68 ; CC 11 avril 1981, *Fouquet*, R. p. 72.

■ 363. CC 2002-106 PDR, 7 avril 2002, cons. 2, JO 10 avril 2002, p. 6361.

personne estime avoir été l'objet, par voie de presse, de graves attaques destinées à dissuader les élus de souscrire une présentation en sa faveur³⁶⁴. De telles circonstances, estime le Conseil, ne peuvent « utilement » être invoquées à l'appui d'une réclamation formée contre la liste des candidats.

Sur toutes ces questions, le Conseil, dans ses observations sur l'élection présidentielle de 2002, a préconisé des réformes dont il a rappelé, avec une certaine insistance, la teneur dans sa délibération du 7 juillet 2005 sur les échéances électorales de 2007³⁶⁵. Ainsi, il propose que la réception des parrainages et l'établissement de la liste officielle des candidats interviennent plus tôt afin de « disposer d'un délai raisonnable pour préparer la campagne radiotélévisée officielle et la confection, le contrôle et l'acheminement du matériel électoral et aussi de limiter les incertitudes et difficultés d'encadrement relative à la période de « pré-campagne », en y mettant fin de façon plus précoce » ; il estime « essentiel que soit rendu publique, pour chaque personnalité présentée, la liste intégrale de ses présentateurs ». Sur ce point, il a été entendu : la loi organique du 25 avril 2016 impose la publication intégrale des noms des parrains de façon fractionnée, « au moins deux fois par semaine » et « au fur et à mesure de la réception des présentations », précise la loi. Dans sa décision du 21 avril 2016³⁶⁶, le juge souligne d'ailleurs, non sans plaisir, que cette réforme avait été « recommandée par le Conseil constitutionnel dans ses observations ».

Au demeurant, le Conseil n'a jamais vraiment caché son hostilité à l'égard du système de parrainage, s'interrogeant par exemple en 2002 sur « le bien-fondé des règles de présentation dont le renforcement de 1976 ne suffit plus à éviter la multiplication des candidatures »³⁶⁷, ou jugeant « possible », en 2012, « l'instrumentalisation de cette procédure dans le débat public, du fait de la diffusion de rumeurs tendant à suggérer tantôt que telle personne dispose de présentations en nombre suffisant, même avant l'ouverture de la période de dépôt de ces documents au Conseil constitutionnel, tantôt, à l'inverse, de faire croire qu'elle en dispose en quantité insuffisante, afin d'influer sur les éventuels présentateurs »³⁶⁸.

521

La révision constitutionnelle du 18 juin 1976, modifiant l'article 7 de la Constitution, a également prévu l'intervention du Conseil dans une hypothèse particulière, celle du décès ou de l'empêchement d'un candidat. Ses pouvoirs varient selon le moment où se produit l'une ou l'autre circonstance : si elle survient dans les sept jours précédant la date limite de dépôt des candidatures, il « peut décider de reporter l'élection » ; si elle intervient avant le premier tour et une fois la liste publiée au *Journal officiel*, le Conseil *doit* reporter l'élection ; si le décès ou l'empêchement touche entre les deux tours l'un des deux candidats, le Conseil « déclare qu'il *doit* être procédé de nouveau à l'ensemble des opérations électorales », premier tour compris. Pour intervenir, le Conseil doit avoir été saisi soit par le

■ 364. CC 2002-103 PDR, 7 avril 2002, cons. 2, JO 10 avril 2002, p. 6360.

■ 365. Délibération du 7 juillet 2005, JO 8 juillet 2005, p. 11259.

■ 366. CC 2016-729 DC, 21 avril 2016, cons. 7, JO 26 avril 2016, texte n° 4.

■ 367. Observations du Conseil constitutionnel sur l'élection présidentielle des 21 avril et 5 mai 2002, JO 15 novembre 2002, p. 18808.

■ 368. Observations du Conseil constitutionnel sur l'élection présidentielle des 22 avril et 6 mai 2012, JO 23 juin 2012, p. 10354.

Président de la République, le Premier ministre, le Président du Sénat, le Président de l'Assemblée nationale, soixante députés ou soixante sénateurs ; il peut également être saisi par les personnes habilitées à présenter un candidat dans les conditions requises pour cette présentation. Ces dispositions n'ont encore jamais eu l'occasion d'être mises en œuvre. Certaines soulèveraient certainement des questions délicates : quels faits, actes ou circonstances permettraient de conclure à un empêchement ? Une maladie grave, mais jusqu'à quel point³⁶⁹ ! L'inéligibilité ? Un enlèvement ?... Et dans l'hypothèse où le Conseil dispose du pouvoir d'apprécier l'opportunité d'un report de l'élection, comment l'exercera-t-il ? À partir de quel seuil de représentativité – apprécié comment ? – jugera-t-il que la disparition d'un candidat est susceptible de fausser l'élection ? Pour intéressantes qu'elles soient, il faut souhaiter que ces questions restent toujours théoriques...

b) La consultation sur l'organisation des opérations électorales

522 Avant le scrutin, le Conseil est consulté par le gouvernement sur l'organisation des opérations de l'élection présidentielle. Il intervient donc, comme *organe consultatif* et non juridictionnel, et sur saisine du gouvernement, pour donner son avis sur les textes organisant l'élection, par exemple, en 1988, à propos des décrets de convocation des électeurs, de nomination des membres de la commission de contrôle, et relatif à la date d'envoi des formulaires de présentation d'un candidat à l'élection du Président de la République³⁷⁰. Il peut également être « avisé sans délai de toute mesure prise » au sujet de cette élection, et par conséquent, puisqu'il en est saisi, prendre position sur leur régularité.

La notion d'« organisation des opérations » et, plus encore, de « mesure », étant difficile à définir, le champ de la consultation obligatoire ou facultative du Conseil est lui-même malaisé à circonscrire ; quant à la portée des avis, il n'est pas possible de la mesurer puisqu'ils ne sont pas rendus publics, alors pourtant qu'aucune disposition n'oblige le Conseil à garder le secret. Il faut peut-être déduire de cette particularité que le gouvernement prend généralement en considération les avis du Conseil, sinon ce dernier pourrait toujours les publier pour faire apparaître les irrégularités et contraindre les pouvoirs publics à les corriger.

523 Un domaine semble cependant être exclu de la compétence consultative du Conseil : la propagande et la surveillance de la campagne électorale. Cette exclusion résulte de la loi du 6 novembre 1962 qui, pour définir la mission de surveillance de l'élection présidentielle par le Conseil, renvoie à tous les pouvoirs dont il dispose lors d'un référendum, sauf celui de « présenter des observations concernant la liste des organisations habilitées à user des moyens officiels de propagande ». La mise à l'écart du Conseil est encore renforcée par la création, par le décret du 14 mars 1964, de la Commission nationale de contrôle de la campagne

■ 369. Au Portugal, le Premier ministre, candidat à l'élection présidentielle de 1980 et second, dans les sondages, derrière le Président sortant lui-même à nouveau candidat, fut victime d'une crise cardiaque trois jours avant le premier tour de scrutin. La Cour suprême, compétente en la matière, rejeta la demande d'ajournement régulièrement déposée par la Commission d'appui au Premier ministre. Pendant quelques jours, pour tous les autres candidats, la vie de leur concurrent devenait, d'un coup, un bien précieux !

■ 370. V. les textes de ces décrets, R. 1988, p. 360.

présidentielle (CNC)³⁷¹ qui se voit attribuer la mission de veiller à ce que « soient prises toutes mesures susceptibles d'assurer l'égalité entre les candidats ». À partir de l'élection de 1988, la tâche de surveillance de la CNC a même été doublée par le pouvoir reconnu à la Commission nationale de la communication et des libertés (CNCL) – aujourd'hui remplacée par le Conseil supérieur de l'audiovisuel – de veiller également au respect du principe d'égalité entre les candidats dans les programmes d'information des sociétés audiovisuelles nationales, autorisées ou concédées, de fixer les règles concernant les conditions de production, de programmation et de diffusion des émissions de la campagne officielle sur les chaînes nationales – attribution du temps de parole, ordre de passage à l'antenne... – et d'adresser, le cas échéant, des recommandations aux sociétés privées autorisées.

524 Ce dispositif de surveillance du respect du principe d'égalité des candidats durant la campagne électorale est de nature, par sa complexité, à redonner un pouvoir d'intervention au Conseil. En effet, l'enchevêtrement, voire la concurrence de compétences entre la CNC et le CNCL (CSA)³⁷², peut donner, et a donné lieu en 1988, à des conflits ou des contradictions de décisions. Ainsi, le 12 avril 1988, la CNCL, modifiant sa position arrêtée le 10 mars 1988, décide que les candidats peuvent utiliser, pour leur campagne, des déclarations ou des images de personnalités, librement, c'est-à-dire sans demander l'autorisation des intéressés. Saisie par le président-candidat, la CNC considère que ce changement de règle comporte, en cas d'application immédiate, le risque d'une rupture d'égalité entre les candidats, et recommande son entrée en vigueur au début d'une nouvelle série d'enregistrement des émissions de la campagne officielle, afin que chaque candidat puisse s'adapter à la nouvelle règle. La CNCL s'est rangée à l'avis de la CNC ; mais au cas contraire, qui aurait été compétent pour trancher le désaccord ? Le Conseil d'État, parce que, juge de la légalité des actes administratifs, la contestation des décisions des autorités administratives indépendantes relève de sa compétence³⁷³ ? Ou le Conseil constitutionnel, parce que, juge de l'élection, il s'est aussi reconnu compétent pour apprécier, avant même le déroulement du scrutin, la régularité des décisions relatives à l'organisation des opérations électorales³⁷⁴ ? La complexité du système de contrôle est déjà assez grande pour penser que la seconde solution l'aurait emporté³⁷⁵.

Il reste que, dans sa décision du 5 avril 2007³⁷⁶, le Conseil constitutionnel a expressément rejeté sa compétence pour connaître des recours exercés contre une

■ 371. Aujourd'hui régie par les art. 13 et s. du décret n° 2001-213 du 8 mars 2001 et le décret n° 2007-225 du 21 février 2007.

■ 372. M. CLAPIE et S. JOSEPH, « Les aspects juridiques de l'élection présidentielle de 1988 », *RSMO*, n° 22-23, p. 83.

■ 373. V. par ex., CE Ass. 10 juillet 1981, *Retail*, R. p. 303.

■ 374. CC 81-1, 11 juin 1981, *Delmas*, R. p. 97.

■ 375. Lorsque François MITTERRAND a saisi la CNC de la décision de la CNCL du 12 avril 1988, il en a avisé officiellement le Conseil constitutionnel. Ce dernier intervient aussi, à la demande des candidats ou des représentants de l'État, pour aider l'Administration à régler les problèmes pratiques liés à la préparation matérielle des opérations de vote : procuration, modèle des bulletins.

■ 376. CC 2007-137 PDR, 5 avril 2007, JO 7 avril 2007, p. 6559.

décision du CNC. Les requêtes doivent donc être adressées au Conseil d'État (qui est également compétent à l'égard du CSA³⁷⁷).

525 Non pas comme « conseiller » du gouvernement, mais comme juge de la loi, le Conseil constitutionnel s'est également prononcé sur le temps de parole des candidats à l'élection présidentielle pendant la période dite « intermédiaire » (qui va de la publication de la liste des candidats jusqu'au début de la campagne officielle). Dans ce domaine, le Parlement a souhaité instaurer en 2016 la règle de « l'équité », c'est-à-dire la possibilité d'accorder un temps de parole dans les médias calculé en fonction des scores obtenus aux précédentes élections ou même des sondages. Sans surprise³⁷⁸, le Conseil a jugé, dans sa décision du 21 avril 2016³⁷⁹, que ce principe de l'équité ne porte atteinte à aucun principe constitutionnel : ni au principe du pluralisme des courants d'idées et d'opinion, pourtant écorné par la loi en raison de la sur-représentation mécanique des grosses formations politiques ; ni au principe d'égalité lui-même, clairement méconnu par le législateur au nom du principe assez énigmatique de « clarté du débat électoral »³⁸⁰. Voulu par les grands partis politiques, de droite comme de gauche, justifiée par la complexité du mécanisme actuel, cette réforme conduira à réduire nettement la participation au débat politique des prétendants les plus modestes. Selon les calculs des journalistes du quotidien *Le Monde*, si la règle de l'équité avait été appliquée en 2012, « les plus petits candidats auraient vu leur temps de parole fondre : presque cinq fois moins de temps pour Eva Joly, dix-sept fois moins pour Philippe Poutou, Nathalie Arthaud ou Nicolas Dupont-Aignan et... 155 fois moins de temps de parole pour Jacques Cheminade »³⁸¹ ! Pas certain, dans ces conditions, que le pluralisme en sorte indemne.

2. La proclamation des résultats et le contrôle des résultats

a) La proclamation des résultats

526 Pour suivre sur place les opérations électorales, le Conseil peut, en vertu de l'article 48 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, désigner « un ou plusieurs délégués choisis, avec l'accord des ministres compétents, parmi les magistrats de l'ordre judiciaire ou administratif »³⁸². Sont généralement désignés comme délégués,

■ 377. CC 2000-21 REF, 25 juillet 2000, JO 29 juillet 2000, p. 11768.

■ 378. C'était, là encore, l'une des propositions faites par le Conseil en 2012.

■ 379. CC 2016-729 DC, 21 avril 2016, JO 26 avril 2016, texte n° 4.

■ 380. Dans l'ouvrage de Jean-Louis DEBRÉ, *Ce que je ne pouvais pas dire* (Robert Laffont, 2016), on découvre néanmoins une certaine prudence de l'ancien président du Conseil à l'égard de la règle de l'équité : « Le président Nicolas Sarkozy aurait voulu (*en 2012*) que nous acceptions le principe de l'équité qui aurait permis aux principaux candidats, donc à lui, de bénéficier d'un temps d'antenne plus important », mais « nous répondons que l'égalité doit être la règle ».

■ 381. « Temps de parole : vers une présidentielle plus inégalitaire ? » *Le Monde*, 1^{er} avril 2016, http://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2016/04/01/temps-de-parole-vers-une-presidentielle-plus-inegalitaire_4894005_4355770.html.

■ 382. Par « ministres compétents » il faut entendre uniquement ceux dont relèvent les personnes désignées comme délégués par le Conseil ; v. en ce sens F. LUCHAIRE, *op. cit.* p. 276.

les rapporteurs-adjoints du Conseil, les présidents des cours d'appel, qui, sur habilitation du Président du Conseil, peuvent à leur tour désigner des magistrats de leur ressort, des membres du Conseil d'État, de la Cour des comptes et les présidents des tribunaux administratifs des départements et territoires d'outre-mer où une surveillance particulière s'impose souvent. Pour l'élection présidentielle de 2012, le Conseil a ainsi mobilisé plus de 2000 délégués.

Pour l'élection présidentielle de 1974, la Commission nationale de contrôle ayant elle-même désigné et envoyé des délégués pour suivre sur place les opérations électorales, le Président du Conseil constitutionnel exprime, dans une lettre adressée au président de la CNC, ses plus expresses réserves à l'égard de cette initiative, en lui rappelant que le droit de désigner des délégués n'appartenait qu'au seul Conseil constitutionnel. L'« affaire » fut réglée par la décision de considérer les délégués de la CNC comme des rapporteurs suivant le déroulement du scrutin au nom du Président de la République par intérim – Alain Poher – chargé par l'article 5 de la Constitution d'assurer « par son arbitrage le fonctionnement régulier des pouvoirs publics »³⁸³. Depuis cette polémique, il semble acquis que les magistrats désignés comme rapporteurs par la CNC et le CSA soient également considérés comme délégués du Conseil constitutionnel auquel ils doivent donc rendre compte de leur mission³⁸⁴. Le Conseil n'hésite d'ailleurs pas, dans ses rapports, à suggérer des réformes sur ce point³⁸⁵.

Le rôle de ces délégués est simple : suivre sur place les opérations de vote. Ils ne peuvent donc pas se substituer aux diverses autorités compétentes – préfets, commission de recensement des votes... –, mais seulement attirer leur attention sur certaines questions de fait ou de droit délicates, en donnant, soit de leur propre initiative soit après avoir été sollicités, leur avis, par exemple, sur les documents d'identité exigibles, le nombre d'urnes dans le bureau de vote, l'obligation de l'isoloir, la validité des bulletins, le nombre insuffisant d'assesseurs, le décompte des voix... Les délégués doivent rendre compte de leur mission de surveillance dans un rapport écrit, adressé au Conseil constitutionnel qui peut, le cas échéant, demander à les entendre. Dans ses observations sur l'élection présidentielle de 2002, le Conseil suggère au législateur « la création du délit d'entrave à l'action des délégués du Conseil, compte tenu des obstacles parfois opposés à l'exercice de leur mission ».

Après l'élection, très précisément « dans un délai de 48 heures suivant la clôture du scrutin » (art. 30 du décret n° 2001-213 du 8 mars 2001), le Conseil peut être saisi de réclamations portant sur la régularité des opérations électorales, soit par un électeur ou un représentant d'un candidat mais à condition qu'ils aient préalablement fait inscrire leur protestation au procès-verbal des bureaux de vote ou des

■ 383. P. AVRIL, « Les aspects juridiques de l'élection présidentielle de 1974 », *RDJ*, 1974, p. 113.

■ 384. Sur son site internet, le Conseil nuance : « Le rôle de la commission se limite à la commune au titre de laquelle elle est constituée, alors que le délégué peut avoir un ressort d'activité plus étendu. Une même personne pourrait être ainsi appelée à intervenir simultanément à deux endroits à la fois. Ces raisons conduisent à considérer de fait comme incompatibles les fonctions de délégué du Conseil constitutionnel et de président d'une commission de contrôle » (voir « FAQ élections présidentielles »).

■ 385. V. not. les observations du Conseil constitutionnel sur l'élection présidentielle des 22 avril et 6 mai 2012.

commissions du recensement³⁸⁶, soit directement par le représentant de l'État soit par un candidat.

527 Le droit de réclamation largement ouvert a permis au Conseil, à chaque élection, de relever comme irrégularités, l'absence d'ouverture de certains bureaux de vote en raison de troubles graves, le refus de contrôler l'identité des électeurs malgré les observations répétées faites par le délégué local du Conseil, l'interdiction faite au représentant d'un candidat d'inscrire une réclamation au procès-verbal³⁸⁷, la disparition de la liste d'émargement³⁸⁸, des écarts importants entre le nombre de votants et celui des personnes inscrites sur la liste d'émargement³⁸⁹, un bureau de vote fermé pendant une partie du déroulement du scrutin, notamment à l'heure du déjeuner³⁹⁰, l'absence de transmission des listes d'émargement à la préfecture³⁹¹... Quand le Conseil considère que l'irrégularité a eu pour effet de porter atteinte à la liberté ou à la sincérité du scrutin, il annule les résultats dans le bureau de vote où l'irrégularité a été commise ; sinon, il constate la méconnaissance de telle ou telle disposition législative ou réglementaire, mais ne la sanctionne pas.

528 Une fois les réclamations examinées, le Conseil peut alors proclamer les résultats de l'élection présidentielle.

À l'issue du premier tour de scrutin, le Conseil rend public le nombre de suffrages obtenus par chacun des candidats, au plus tard le mercredi à 20 heures³⁹². Cette *déclaration* n'a pas un caractère définitif, en ce sens que les résultats du 1^{er} tour peuvent être modifiés, notamment à la suite de réclamations, lorsque sont *proclamés*, après le second tour, *les résultats de l'ensemble de l'élection*. Suite à cette déclaration, le Conseil arrête, par une décision, la liste des deux candidats habilités à se présenter au second tour.

À l'issue du second tour, le Conseil doit proclamer les résultats et le Président élu, dans le délai de 10 jours suivant la clôture du scrutin³⁹³. En 1981, le Conseil a fixé, dans la proclamation, la date d'entrée en fonction du Président nouvellement élu, point qui alimentait alors une « petite » controverse. Il a ainsi considéré que Valéry Giscard d'Estaing ayant été proclamé Président de la République le 24 mai 1974, ses fonctions cessaient « *au plus tard*, le 24 mai 1981 à zéro heure »³⁹⁴. Il ouvrait ainsi la possibilité au Président battu de se retirer avant l'expiration légale de son mandat, mais après la proclamation de l'élection de son successeur sans provoquer cependant une situation de vacance. L'accord entre les deux hommes s'étant fait sur la date du 21 mai 1981, le second mandat de François Mitterrand

■ 386. CC 14 décembre 1965, *Constant, Morel et Fort*, R. p. 45.

■ 387. CC 11 mai 1988, R. p. 62.

■ 388. CC 24 mai 1974, R. p. 54.

■ 389. CC 15 mai 1981, R. p. 80.

■ 390. CC 2012-155 PDR, 21 juin 2012, JO 23 juin 2012, p. 10354.

■ 391. CC 2012-155 PDR, 21 juin 2012, JO 23 juin 2012, p. 10354.

■ 392. Toutefois, si la majorité absolue des suffrages exprimés est atteinte par l'un des candidats, le Conseil dispose alors d'un délai de dix jours pour proclamer le résultat de l'élection (art. 29 du décret n° 2001-213 du 8 mars 2001).

■ 393. Les délais semblent se raccourcir régulièrement puisque les résultats ont été proclamés le 9^e jour en 1965, le 4^e en 1969 et en 1995, le 5^e en 1974 et 1981, et le 3^e en 1988.

■ 394. CC 15 mai 1981, R. p. 80.

commença donc le 21 mai 1988, et non le 11 mai 1988 jour de la proclamation des résultats³⁹⁵. Contrairement à la déclaration du premier tour, la proclamation des résultats de l'élection présidentielle a un caractère définitif qui s'impose donc à tous. En 1988, pour la première fois et conformément aux dispositions nouvelles de la loi organique du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique, a été annexée à la proclamation, la déclaration de la situation patrimoniale de François Mitterrand³⁹⁶.

Depuis 1974, se fondant sur une interprétation large de l'article 58 de la Constitution qui le charge de veiller à la régularité de l'élection du Président de la République, le Conseil a estimé « de sa responsabilité de rendre une déclaration » par laquelle il tirait « la leçon des constatations qu'il a pu faire au cours des trois élections » présidentielles. Ainsi, après l'élection de 1974, il suggéra une augmentation du nombre des présentateurs, une meilleure répartition territoriale des signataires, la publication de la liste des « parrains », l'adoption de dispositions relatives à l'hypothèse du décès d'un candidat et l'établissement d'un véritable statut de la pratique des sondages d'opinion en période électorale³⁹⁷. Dans ses observations relatives à l'élection présidentielle de 1988, il suggère qu'en cas d'irrégularités commises par des présidents de bureaux de vote lors du premier tour de scrutin, la présidence de ces bureaux soit assurée au second tour par une personne désignée par le tribunal de grande instance³⁹⁸.

Dans ses observations sur l'élection présidentielle de 2012, le Conseil relève les « difficultés » du système actuel de parrainage : « on constate, écrit-il, que plusieurs candidats ont obtenu une faible, voire très faible, part des suffrages exprimés lors du premier tour. De fait, l'actuel dispositif de présentation ne réserve pas l'accès au premier tour de scrutin aux seuls candidats qui bénéficient d'un minimum de représentativité dans la vie politique française. En outre, ce dispositif suscite des débats et laisse subsister une incertitude sur la possibilité de participer au premier tour du scrutin de représentants de certaines formations politiques, présentes lors de scrutins précédents, qui ont obtenu en définitive un très grand nombre de voix. Si une modification était envisagée pour retenir de nouvelles règles de présentation des candidats, elle devrait être soigneusement examinée afin de préserver les acquis du dispositif actuel et d'être applicable sans difficultés, notamment dans le cas

■ 395. CC 11 mai 1988, *R.* p. 62.

■ 396. Le Conseil a retourné aux autres candidats leur déclaration sans bien entendu les avoir ouvertes. Conformément à la nouvelle législation, le Président élu doit remettre, à la fin de son mandat, une nouvelle déclaration qui sera publiée au *Journal officiel*.

■ 397. Déclaration du Conseil constitutionnel, 24 mai 1974, *R.* p. 57. Toutes ces propositions ont reçu une réponse positive de la part des pouvoirs publics : loi organique du 18 juin 1976 sur la présentation des candidats ; loi constitutionnelle du 18 juin 1976 sur la procédure à suivre en cas de décès d'un candidat ; loi ordinaire du 17 juillet 1977 qui interdit la publication, diffusion et commentaire des sondages, la semaine précédant chaque tour de scrutin.

■ 398. Suite à ces observations, le Conseil des Ministres a adopté, le 30 août 1989, un projet de loi organique donnant au Conseil constitutionnel le pouvoir de décider que la présidence du ou des bureaux de vote où des fraudes ont été constatées, sera assurée par une personne désignée par le président du tribunal de grande instance.

d'une élection provoquée par la vacance de la présidence de la République, pour laquelle les délais d'organisation sont raccourcis »³⁹⁹.

b) Le contrôle des comptes de campagne : l'exemple de la décision du 4 juillet 2013

529

Dans ses observations relatives à l'élection présidentielle de 1988, le Conseil constitutionnel s'est déclaré incompétent pour vérifier la régularité et la sincérité des comptes de campagne que chaque candidat devait, en application de la loi du 11 mars 1988, lui adresser dans les soixante jours suivant l'élection mais il a cependant estimé, « au titre de sa mission générale de contrôle de la régularité de l'élection présidentielle », qu'« il lui appartient d'attirer l'attention tant sur l'imprécision des règles que sur leurs lacunes ». Et après les avoir analysées avec une grande précision, il déclare « indispensable qu'une réflexion approfondie soit poursuivie par les pouvoirs publics sur les conditions d'application de la législation relative à la transparence financière de la vie politique ». Ces observations et les suggestions qui les accompagnent, reformulées après les élections présidentielles de 1995 et de 2002, seront pleinement entendues par le Parlement qui modifiera la loi pour décider, comme le souhaitait le Conseil, que la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques (CNCCFP) aurait compétence pour approuver, rejeter ou réformer, après procédure contradictoire, les comptes de campagne des candidats et arrêter le montant du remboursement forfaitaire des dépenses électorales qui leur est dû par l'État, les décisions de la CNCCFP pouvant faire l'objet d'un recours devant le Conseil constitutionnel qui dispose alors d'une compétence de pleine juridiction.

Par sa décision du 4 juillet 2013⁴⁰⁰, le Conseil rejette les comptes de campagne de Nicolas Sarkozy. Une première sans doute, mais un rejet sans surprise au regard du droit pour deux raisons. D'abord, parce que ce rejet intervient à la suite d'une instruction précise, contradictoire et motivée de deux instances indépendantes, la Commission nationale de comptes de campagne, présidée par François Logerot, qui, la première, a constaté la violation des règles de financement de la campagne électorale, et le Conseil constitutionnel, présidé par Jean-Louis Debré, qui a confirmé ces violations. Devant ces deux instances, Nicolas Sarkozy et ses représentants ont refusé de répondre aux questions des rapporteurs. En particulier, le Conseil constitutionnel a demandé à la présidence de la République de lui indiquer, pour 5 des 8 manifestations en cause – Pierrelatte, Toulon, Chasseneuil, Lavaur et Fesseheim – les dépenses prises en charge par la présidence de la République. Informé de cette demande et invité par l'Élysée à prendre connaissance de ces documents, le représentant de Nicolas Sarkozy n'a pas répondu à cette invitation. Ensuite, parce que la décision du Conseil ne sanctionne pas « seulement » un fait matériel : le dépassement du plafond des dépenses autorisées par la loi de près de 1,7 million d'euros, soit 8 % de plus que le montant autorisé. Elle sanctionne aussi le manque de sincérité caractérisé par « l'oubli » de certains meetings ou la sous-

■ 399. V. les observations du Conseil constitutionnel sur l'élection présidentielle des 22 avril et 6 mai 2012.

■ 400. CC 2013-156 PDR, 6 juillet 2013, p. 11289.

estimation d'autres comme celui de Villepinte, ce qui explique l'écart de 8 % entre les dépenses déclarées et les dépenses réelles ; elle sanctionne encore l'utilisation de l'argent de l'État pour financer des réunions publiques, dont celle de Toulon, ce qui, précise le Conseil, est prohibé par « les dispositions de l'article L. 52-8 du code électoral, applicable à l'élection présidentielle en vertu du paragraphe II de l'article 3 de la loi du 6 novembre 1962 ». En d'autres termes, le Conseil n'invente pas de règles pour les « cas Sarkozy » ; il a statué en droit, en application de la loi que tous les acteurs connaissaient avant le départ de la campagne présidentielle, et selon les règles du procès équitable et avec impartialité. À la suite de cette décision et d'une enquête aux multiples ramifications, Nicolas Sarkozy est mis en examen le 16 février 2016 pour le financement illégal de sa campagne présidentielle de 2012.

B. | LE CONTRÔLE DU RÉFÉRENDUM

530 Là aussi, mais avec des pouvoirs différents, le Conseil intervient à l'égard des actes préparatoires au référendum (1) et contrôle le déroulement du scrutin puis tranche les contestations avant de proclamer les résultats (2). Les modalités d'intervention du Conseil sont, en revanche, un peu différentes pour ce qui concerne le référendum d'initiative partagée (3).

1. | Le contrôle des actes préparatoires au référendum

a) *Un pouvoir consultatif*

531 Comme pour l'élection présidentielle, le Conseil est « consulté », indique l'article 46 de la loi organique du 7 novembre 1958, par le gouvernement sur l'organisation des opérations de référendum et est avisé sans délai de toute mesure prise à ce sujet.

En pratique, il est saisi, pour avis, d'un nombre de textes préparatoires au référendum plus important que dans l'hypothèse présidentielle ; lors du référendum du 6 novembre 1988 par exemple, lui ont été soumis, le décret décidant de soumettre un projet de loi au référendum – avec en annexe le projet de loi –, les décrets portant organisation du référendum, relatifs à la campagne électorale, fixant les conditions particulières pour les territoires d'outre-mer, les collectivités territoriales de Mayotte et Saint-Pierre-et-Miquelon et pour les Français établis hors de France ; mais aussi, des arrêtés fixant la liste des organisations politiques habilitées à participer à la campagne électorale ; mais encore, des décisions de la Commission nationale de la communication et des libertés relatives aux conditions de production, de programmation et de diffusion des émissions de la campagne radiodiffusée et télévisée⁴⁰¹. Cette sollicitation plus importante du Conseil s'explique, peut-être, par le souci du gouvernement de se prémunir contre les accusations d'organiser un plébiscite : en soumettant à l'avis du Conseil l'ensemble ou la grande majorité des textes préparant le référendum, il place l'organisation de l'opération électorale

■ 401. R. 1988, p. 370 et s. Il faut également ajouter les textes ou mesures soumis au Conseil pour information, et sur lesquels il peut donner son avis.

sous le signe neutre de l'autorité du Conseil, et non plus sous celui, partisan, du seul exécutif. Au demeurant, les textes eux-mêmes définissent plus largement la mission du Conseil, puisque pour le référendum, et à la différence de l'élection présidentielle, il « peut présenter des observations concernant la liste des organisations habilitées à user des moyens officiels de propagande »⁴⁰².

Quelles que soient leur importance et leur diversité, ces attributions sont, souligne fortement le Conseil, « purement consultatives »⁴⁰³. S'il est possible d'imaginer que le prestige du Conseil donne à ses avis une autorité certaine, il est difficile d'en mesurer l'exacte portée étant donné leur confidentialité ; bien qu'aucune disposition n'interdise expressément au Conseil de publier ses avis, il semble considérer jusqu'à présent que l'initiative de la publication appartient au gouvernement qui a demandé la consultation⁴⁰⁴. L'évolution de la pratique référendaire permet cependant d'avancer une hypothèse et de rappeler une proposition. Le Conseil ayant considéré, dans sa décision du 2 juin 1987⁴⁰⁵, que la question posée aux votants ne devait pas comporter d'équivoque et qu'elle devait satisfaire à la double exigence de loyauté et de clarté de la consultation, il doit pouvoir donner son avis sur la formulation et la rédaction de la question, lorsque lui est adressé le décret décidant de soumettre un projet de loi au référendum. Enfin, il faut rappeler que le Conseil pourrait, dans le cadre de ses attributions consultatives, s'opposer à un référendum contraire à la Constitution en refusant de donner son avis, ce qui aurait pour effet de bloquer la procédure et, en tout cas, de mettre en grande difficulté un gouvernement qui ferait malgré tout procéder à la consultation sans le concours du Conseil⁴⁰⁶.

b) Le refus d'un contrôle juridictionnel préalable

532 Dès ses premières décisions, le Conseil a clairement affirmé qu'il n'était pas compétent pour connaître des réclamations dirigées contre les différents textes organisant et préparant le référendum⁴⁰⁷. Il a ainsi refusé de statuer le 23 décembre 1960, sur une demande de M. Jacques Soustelle s'élevant contre la non-inscription de son parti, le regroupement national, sur la liste des organisations politiques habilitées à user des moyens de propagande pour le référendum de 1961. Le Conseil a justifié son refus en développant deux types d'arguments. Il a d'abord nettement distingué son rôle en ce qui concerne l'organisation des opérations de référendum, et son rôle juridictionnel en ce qui concerne la contestation du déroulement des opérations de référendum ; et il a déduit de cette distinction qu'il ne pouvait être juge de la régularité des textes à l'égard desquels il avait seulement une fonction

■ 402. Art. 47 de la loi organique du 7 novembre 1958. V. également l'avis relatif à la participation des parties et groupements politiques à la campagne en vue du référendum, R. 1988, p. 384.

■ 403. CC 23 décembre 1960, *Regroupement national*, R. p. 67.

■ 404. Des indiscretions ont cependant permis de savoir que le Conseil a émis en 1962 un avis défavorable sur le décret présidentiel soumettant au référendum le changement du mode d'élection du Président de la République, au motif que l'utilisation de l'article 11 était, en l'espèce, contraire à la Constitution.

■ 405. CC 87-226 DC, 2 juin 1987, R. p. 34.

■ 406. V. en ce sens, F. LUCHAIRE, *op. cit.* p. 271.

■ 407. CC 23 décembre 1960, *Regroupement national*, R. p. 67 ; CC 3 avril 1962, *Parti communiste réunionnais*, R. p. 63.

consultative. Le Conseil a ensuite fait valoir que sa compétence juridictionnelle ne pouvait être déclenchée que par « des contestations formulées à l'issue du scrutin à l'encontre des opérations effectuées ».

Cette argumentation ne convainc pas. Pour l'élection présidentielle, le Conseil s'est déclaré compétent pour statuer, avant le scrutin, sur la réclamation d'un candidat dirigée contre l'attribution d'un signe distinctif, la croix de Lorraine, à un de ses concurrents⁴⁰⁸. Et surtout, pour les élections législatives, il a considéré qu'il pouvait apprécier, avant le scrutin, la régularité du décret portant convocation des électeurs et fixant les règles d'organisation de la consultation⁴⁰⁹. Dès lors, sa mission de surveillance de « la régularité des opérations du référendum » ne devrait-elle pas le conduire à admettre pareillement sa compétence pour connaître des réclamations contre les opérations préalables et les mesures d'organisation d'un référendum ?

Quoi qu'il en soit, cette position du Conseil a eu pour conséquence de donner compétence au Conseil d'État pour juger des recours contre les différents textes relatifs aux opérations préalables d'organisation d'un référendum⁴¹⁰. Il serait possible, à la rigueur, de se satisfaire de cette « solution », si la juridiction administrative statuait en temps utile, c'est-à-dire avant le référendum. Or, le plus souvent, elle statue après, et rend alors un non-lieu⁴¹¹ !

533 Fort heureusement, le Conseil constitutionnel met fin à cette situation dans ses décisions *Hauchemaille* de 2000⁴¹² et accepte désormais d'examiner les requêtes portant sur les actes préparatoires d'un référendum. Mais avec des limites : il est nécessaire, précise le juge, que l'irrégularité dénoncée dans la requête risque de compromettre gravement l'efficacité de son contrôle des opérations référendaires, vicie le déroulement général du vote ou porte atteinte au fonctionnement normal des pouvoirs publics. Il faut saluer cette jurisprudence : désormais le Conseil devient le seul juge du référendum, ce qui a pour effet fort appréciable de simplifier le parcours contentieux des justiciables.

2. Le contrôle du déroulement du scrutin, des réclamations et la proclamation des résultats

a) Le contrôle pendant le scrutin

534 Le contrôle du bon déroulement des opérations de vote, le jour du référendum, est assuré par le Conseil dans les mêmes conditions que celles définies pour l'élection présidentielle. Il désigne des délégués (environ 1500) choisis avec l'accord des ministres compétents parmi les magistrats de l'ordre judiciaire ou administratif

■ 408. CC 25 avril 1974, *François Mitterrand*, R. p. 49.

■ 409. CC 11 juin 1981, *Delmas*, R. p. 97 ; CC 4 juin 1988, *Gallienne et autres*, R. p. 77.

■ 410. CE 27 octobre 1961, *Regroupement national*, R. p. 594 ; CE 29 avril 1963, *Llorca*, RDP 1963, p. 816 ; CE 29 avril 1970, *Comité des Chômeurs de la Marne et Sieur Le Gac*, R. p. 279.

■ 411. Pour un examen de recours avant le référendum, voir CE 19 octobre 1962, *Brocas*, R. p. 553 ; CE Ass. 28 octobre 1988, *Centre national des indépendants et paysans*, RFDA 1988, p. 897.

■ 412. CC 2000-21 REF, 25 juillet 2000, R. p. 117 ; CC 2000-24 REF, 23 août 2000, R. p. 134 ; CC 2000-26 REF, 6 septembre 2000, R. p. 140.

pour suivre, sur place, les opérations⁴¹³. Aucune disposition particulière ne différencie ici le dispositif de contrôle ; la mission des délégués s'achève par la rédaction et l'envoi des rapports au Conseil, au vu desquels, notamment, il apprécie la régularité des opérations.

b) Le contrôle après le scrutin et la proclamation des résultats

535

Après le scrutin référendaire, le Conseil a une triple fonction. Il assure d'abord directement la surveillance du recensement général. En pratique, les résultats du dépouillement de chaque bureau de vote sont centralisés au niveau de la commune, puis à celui du département par une commission de recensement qui dresse un procès-verbal et l'envoie au Conseil afin qu'il puisse opérer le recensement général ; le Conseil reçoit également les procès-verbaux particuliers des bureaux de vote lorsqu'un ou plusieurs électeurs ont fait inscrire une réclamation.

Le Conseil examine ensuite et tranche les réclamations éventuelles. Par une décision du 5 octobre 1988⁴¹⁴, il a précisé la procédure particulière à suivre pour les réclamations relatives aux opérations de référendum, en distinguant la situation de l'électeur de celle du représentant de l'État : tout électeur a le droit de contester la régularité du scrutin, à condition qu'il ait fait porter préalablement sa réclamation au procès-verbal des opérations de vote ; le représentant de l'État dans les départements, territoires ou collectivités territoriales à statut particulier peut également, dans un délai de 48 heures après la clôture du scrutin, saisir le Conseil lorsque les formes légales et réglementaires n'ont pas été respectées.

Le Conseil, enfin, par une même décision, juge les réclamations et proclame les résultats du référendum. Ainsi, en 1988, il a annulé les résultats dans une commune où le bureau de vote avait été fermé prématurément et dans un bureau de vote où les électeurs n'avaient pas disposé d'un isoloir, comme l'exige le principe constitutionnel du secret du vote ; en revanche, il n'a pas décompté les suffrages d'un bureau où le Président s'était opposé à la désignation d'un délégué d'un parti politique, au motif que cette irrégularité n'avait pas eu pour effet de porter atteinte à la liberté ou à la sincérité du scrutin⁴¹⁵.

La proclamation a seulement pour objet de... proclamer les résultats définitifs du référendum⁴¹⁶, mais non de faire entrer dans le droit positif la loi adoptée par le peuple. Cette responsabilité revient, en cas de référendum positif, au Président de la République qui, en vertu de l'article 10 de la Constitution, dispose seul du pouvoir de promulguer les lois, y compris les lois référendaires⁴¹⁷, dans un délai de

■ 413. Décision du 5 octobre 1988, portant nomination des délégués du Conseil constitutionnel chargés de suivre sur place les opérations du référendum du 6 novembre 1988, *R.* p. 401.

■ 414. Décision du 5 octobre 1988, *R.* p. 278.

■ 415. Proclamation des résultats du référendum du 6 novembre 1988, 9 novembre 1988, *R.* p. 199 ; v. également Proclamation des résultats du référendum du 20 septembre 1992, *R.* p. 91.

■ 416. Après la proclamation, aucune contestation de la régularité des résultats n'est recevable. La proclamation intervient toujours rapidement : 9 jours après le référendum du 28 octobre 1962, 6 après celui du 8 janvier 1961, 5 après ceux du 8 avril 1962, du 27 avril 1969 et du 28 avril 1972, 3 après celui du 6 novembre 1988, 3 également après celui du 20 septembre 1992.

■ 417. L'article 51 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 précise que « mention de la proclamation est faite dans le décret portant promulgation de la loi adoptée par le peuple ».

15 jours. Ce délai peut cependant être suspendu dans l'hypothèse où, en application de l'article 61 de la Constitution, le Conseil est saisi d'un recours mettant en cause la constitutionnalité de la loi adoptée par référendum. Qu'il se soit déclaré incompétent en 1962, par respect de l'expression directe de la souveraineté nationale⁴¹⁸, ne saurait, en effet, autoriser le chef de l'État à promulguer la loi référendaire en cas de recours en inconstitutionnalité ; il doit attendre la décision du Conseil, dût-il confirmer son incompétence.

536 Au total, le contentieux électoral appelle deux observations : le contrôle du Conseil varie assez profondément selon le type de scrutin en cause, parlementaire, présidentiel ou référendaire ; et le contrôle du Conseil est toujours exercé en concurrence avec d'autres institutions, juridiction administrative, judiciaire ou autres organismes comme la CNC. L'autorité acquise par le Conseil permet de suggérer que le moment est peut-être venu de mettre fin à cette complexité des régimes de contrôle en faisant du Conseil le juge de droit commun des consultations politiques nationales, compétent pour statuer sur toutes les questions relatives à l'organisation et au déroulement des opérations électorales⁴¹⁹.

3. | Le cas particulier du référendum d'initiative partagée

537 De toutes les réformes envisagées en juillet 2008 pour rénover la démocratie française, le référendum d'initiative populaire était sans doute la plus attendue. Non pas tant par les citoyens eux-mêmes, dont les préoccupations quotidiennes sont bien éloignées des usages référendaires, mais par beaucoup de juristes et quelques parlementaires convaincus par les bienfaits d'un appel plus systématique au peuple. Pour quels résultats ? Bien maigres en réalité... Derrière les dorures de la belle formule – le « référendum d'initiative partagée » – se dissimule un mécanisme hasardeux et complexe dans lequel le citoyen est finalement relégué au second plan⁴²⁰. Et preuve que les juristes savent mieux que personne dire une chose et en faire une autre, la nouvelle rédaction de l'article 11 de la Constitution ne permet qu'accessoirement, au terme d'un parcours semé d'embûches, la tenue d'un référendum⁴²¹.

Le Conseil dans tout cela ? C'est peut-être un point de satisfaction : il est placé au centre du mécanisme par les parlementaires qui lui témoignent, ce faisant, une confiance étonnante. Contrôleur de tous les instants, dotés de pouvoirs d'instruction et d'enquête importants, il acquiert avec la loi organique 6 décembre 2013 et le décret n° 2014-1488 du 11 décembre 2014 une nouvelle compétence. Pour l'instant, il est vrai, très théorique ! Il aura fallu plus de cinq ans pour enfanter dans la douleur une loi organique qui rend le mécanisme applicable depuis le 1^{er} janvier 2015. Et, depuis cette date, la page internet du ministère de l'Intérieur consacrée

■ 418. CC 62-20 DC, 6 novembre 1962, R. p. 27 ; CC 92-313 DC, 23 septembre 1992, R. p. 94.

■ 419. V. en ce sens L. PHILIP, « Le Conseil constitutionnel, juge électoral », *Pouvoirs* 1980, n° 13, p. 61.

■ 420. V. l'analyse de M. HAULBERT, « Le référendum d'initiative « partagée » : représentants versus représentés ? », *RDP*, 2014 n° 6, p. 1639.

■ 421. L'article 11 de la Constitution précise en effet que « si la proposition de loi n'a pas été examinée par les deux assemblées dans un délai fixé par la loi organique, le Président de la République la soumet au référendum ».

au référendum d'initiative partagée reste désespérément blanche : « actuellement, est-il indiqué sobrement, aucune proposition n'est ouverte à la collecte de soutiens ». Et quel « soutien » ! Quatre millions de Français, pas moins, devront affirmer leur appui en quelques clics – la procédure est totalement dématérialisée –, et sans certitude que leur action virtuelle ne débouche sur un quelconque référendum.

538 Compte tenu des particularités de l'intervention du Conseil en la matière – mélange étonnant de contentieux constitutionnel et de contentieux électoral –, un paragraphe spécifique est réservé à cette question au titre des « actes contrôlés »⁴²². Ce qui n'interdit pas, dans ces lignes consacrées aux élections, de souligner deux aspects notables du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel.

D'abord, les discussions parlementaires ont montré une opposition assez ferme entre les députés et les sénateurs à propos de l'instauration d'une « commission » chargée de vérifier les opérations de recueil des soutiens, à l'image de la commission de contrôle de l'élection présidentielle. Les uns – les députés – souhaitant créer cette commission et lui offrir des moyens d'investigation étendus ; les autres – les sénateurs – préférant s'en remettre à la vigilance du Conseil constitutionnel. Au terme d'après débats et d'une ultime réunion de la CMP, les sénateurs obtiennent finalement gain de cause. Et le Conseil se voit donc attribuer, par la loi organique du 6 décembre 2013, la mission de contrôler à la fois la proposition de loi soumise à l'appréciation des Français, et le déroulement, paisible et régulier, des opérations de collecte des signatures. Cette solution était sans doute la plus judicieuse. La multiplication des « contrôleurs » pour une même élection complexifie inutilement le système électoral français. Il existe par exemple, pour la seule élection présidentielle, quatre « autorités » qui interviennent à des niveaux divers : la Commission des sondages, le Conseil supérieur de l'audiovisuel, la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques, et la Commission nationale de contrôle de la campagne électorale ! À cette liste, il faut ajouter, au niveau local, la commission de recensement des votes et, bien entendu, le Conseil constitutionnel lui-même. Était-il vraiment nécessaire de gonfler encore cet amoncellement de commissions avec un nouvel acteur ?

Ensuite, la loi organique prévoit curieusement que le Conseil constitutionnel interviendra à deux « moments » différents : au stade de l'initiative parlementaire, par le contrôle de la proposition de loi soumise à la procédure de collecte des signatures, et lors du décompte des soutiens, avec une vérification de la régularité des opérations de vote. Évidemment, le plus simple aurait été de rassembler ces deux étapes en offrant au Conseil la possibilité d'examiner la proposition de loi en une seule fois, juste avant qu'elle soit soumise à un référendum ou débattue dans l'arène parlementaire. Mais cette solution, si elle avait le grand mérite de simplifier le déroulement des opérations, mettait le juge constitutionnel dans la position inconfortable de devoir contrôler un texte ayant déjà reçu un appui populaire. Le choix a donc été fait de « morceler » l'intervention du Conseil : un examen complet de la proposition de loi, y compris en termes de constitutionnalité, avant la

■ 422. V. *supra*, n° 163 et s.

participation des citoyens, et un examen purement technique, formel, au moment du recensement des soutiens.

BIBLIOGRAPHIE

1. Sur le principe démocratique et sur le pluralisme :

■ Dossier : « Le pluralisme », *APD*, n° 49, 2005 ■ C. CASTOR, *Le principe démocratique dans le droit de l'Union européenne*, Bruylant, 2012 ■ R. ÉTIEN, « Le pluralisme, objectif de valeur constitutionnelle », *RA*, 1986, p. 458 ■ J. S. GUGUIELMI et E. ZOLLER (dir.), *Transparence, démocratie et gouvernance citoyenne*, Panthéon-Assas Paris II, 2014 ■ M. HAULBERT, « Le référendum d'initiative « partagée » : représentants versus représentés ? », *RDP*, 2014, n° 6, p. 1639 ■ F. LAURÉLINE (dir.), *Droit et pluralismes*, Anthémis, Droit et justice, 2008 ■ D. LEYDET et H. POURTOIS, « Pluralisme et conflit dans les théories contemporaines de la démocratie », *APD*, 2005, n° 49, p. 47 ■ M. LÉVINET (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruylant, Droit et justice, 2010 ■ A. RENAUT, *Libéralisme politique et pluralisme culturel*, Pleins Feux, 1999 ■ D. ROUSSEAU, *Radicaliser la démocratie. Propositions pour une refondation*, Seuil, Débats, 2015 ■ P. TAILLON, *Le référendum expression directe de la souveraineté du peuple ? Essai critique sur la rationalisation de l'expression référendaire en droit comparé*, Dalloz, 2012 ■ J. VANDERLINDEN, *Les pluralismes juridiques*, Bruylant, Penser le droit, 2013 ■ A. VIALA (dir.), *La démocratie : mais qu'en disent les juristes ? Forces et faiblesses de la rationalité juridique*, LGDJ, Grands colloques, 2014 ■ M. WALZER, *Sphères de justice, Une défense du pluralisme et de l'égalité*, Trad. de P. Engel, Seuil, 1997.

2. Sur la souveraineté nationale et le contrôle de constitutionnalité des traités internationaux :

■ Dossier : « Souveraineté de l'État et hiérarchie des normes dans la jurisprudence constitutionnelle », *CCC*, n° 9, 2001 ■ Dossier : J.-B. AUBY (dir.), *Constitution et Europe*, *CCC*, n° 18, 2005 ■ Dossier : « Constitution et traité de Lisbonne », *Politeia*, n° 13, 2008 ■ D. ALLAND, « À propos de l'arrêt *Sarran*. Consécration d'un paradoxe : primauté du droit interne sur le droit international », *RFDA*, 1998, p. 1094 ■ O. BEAUD, « La souveraineté de l'État, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht », *RFDA*, 1993, p. 1045 ■ B. BONNET, *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, Lextenso Editions, 2013 ■ C. BLUMANN, « L'article 54 de la Constitution et le contrôle de la constitutionnalité des traités en France », *RGDIP*, 1978, p. 537 ■ M.-F. BUFFET-TCHAKALOFF, « Juges constitutionnels et découpage électoral (Allemagne fédérale, Autriche, États-Unis, France, Japon) », *RDP*, 1989, p. 981 ■ F. CHALTIEL, « Peine de mort et souveraineté : nouvelles précisions sur le principe constitutionnel de souveraineté nationale », *LPA*, 2005, n° 244, p. 5 ■ T. DEBARD et F. ROBBE, *Le caractère équitable de la représentation politique*, L'Harmattan, 2005 ■ J. DHOMMEAUX, « Le rôle du Parlement dans l'élaboration des engagements internationaux ■ continuité et changement », *RDP*, 1987, p. 1449 ■ G. DRUESNE, « Le Conseil constitutionnel et le droit communautaire », *Rev. Marché Commun*, 1975, p. 285 ■ L. DUBOIS, « Les trois logiques de la jurisprudence *Sarran* »,

RFDA, 1999, p. 57 ■ L. FAVOREU, « Le Conseil constitutionnel et le droit international », *AFDI*, 1977, p. 95 ■ « La protection juridictionnelle des droits de l'homme aux niveaux interne et international », Rapport au 2^e congrès de l'Association internationale de droit constitutionnel, Aix-en-Provence, 1987 ■ « Le développement du droit constitutionnel international », *RGDIP*, 1993, p. 39 ■ C. FRANCK, « Le Conseil constitutionnel et les règles du droit international », *RGDIP*, 1975, p. 1070 ■ M. FROMONT, « Le Conseil constitutionnel et les engagements internationaux de la France », in *Mélanges Mosler*, Springer Éd., p. 221 ■ A. HAQUET, *Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, PUF, 2004 ■ G. ISAAC, « À propos de l'amendement Aurillac : vers une obligation pour les juges d'appliquer les lois contraires aux traités », *GP*, 21-23 déc. 1980 ■ P. JACQUÉ, « Constitution et organisation internationales : le problème de la supranationalité », in *Droit constitutionnel et droits de l'homme*, Economica, PUAM 1987 ■ A. LEVADE, « Constitution et Europe ou le juge au cœur des rapports de systèmes », *CCC*, n° 18, 2005 ■ « Le Conseil constitutionnel, régulateur des rapports de systèmes », in B. MATHIEU (dir.), *Cinquantième anniversaire de la Constitution française. 1958-2008*, AFDC, Paris, Dalloz, 2008, p. 729 ■ F. LUCHAIRE, « Le contrôle de la constitutionnalité des engagements internationaux et ses conséquences relatives à la Communauté européenne », *RTDE*, 1979, p. 391 ■ « Le Conseil constitutionnel et la souveraineté nationale », *RDP*, 1991, p. 1499 ■ « La souveraineté extérieure dans la Constitution française et la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in D. MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ (dir.), *Les évolutions de la souveraineté*, Montchrestien, 2006 ■ J. MASQUELIN, « La conformité des lois aux droits internationaux et européen » (en droit belge), in *Mélanges Dabin*, p. 365 ■ B. MATHIEU, M. VERPEAUX, F. MELIN-SOUCRAMANIEN (dir.), *Constitution et construction européenne*, Dalloz, Thèmes et commentaires, Cahiers constitutionnels de Paris I, 2006 ■ NGUYEN QUOC DINH, « La Constitution de 1958 et le droit international », *RDP*, 1959, p. 515 ■ « La jurisprudence française actuelle et le contrôle de la conformité des lois aux traités », *AFDI*, 1975, p. 859 ■ « Le Conseil constitutionnel et les règles du droit public international », *RGDIP*, 1976, p. 1001 ■ G. OLMI, « Les hautes juridictions nationales, juges du droit communautaire », in *Mélanges Pescatore*, 1987, p. 499 ■ P. PESCATORE, « L'application judiciaire des traités internationaux dans la Communauté européenne et dans ses États membres », in *Mélanges Teitgen*, Nemesis, 1998, p. 355 ■ J. RIDEAU, « Problématique générale des rapports entre droit constitutionnel et droit international », in *Droit constitutionnel et droits de l'homme*, Economica, PUAM 1987 ■ Ch. ROUSSEAU, « La Constitution de 1958 et les traités internationaux », in *Mélanges Basdevant*, A. Pédone, 1960, p. 643 ■ D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, PUF, 2001 ■ G. VEDEL, « Les racines de la querelle constitutionnelle sur l'élection du Parlement européen », *Pouvoirs*, n° 2, p. 23 ■ « Pages de doctrine », t. II, p. 503 ■ « L'attitude des juridictions françaises envers les traités européens », Université de Sarre, Institut européen, 18 févr. 1987 ■ P. VIALLE, *La Cour suprême et la représentation politique aux États-Unis*, LGDJ, 1972.

3. Sur le principe de suffrage

■ Dossier : « Voter », *Pouvoirs*, n° 120, 2007 ■ F. D'ARCY (dir.), *La représentation*, Economica, Politique comparée, 1985 ■ V. BARBE, « Le découpage électoral selon le Conseil constitutionnel », *JCP A*, 2009, n° 11, p. 52 ■ S. CAPORAL, *L'affirmation du principe d'égalité dans le droit public de la Révolution française*, Economica, 1993 ■ M. CHAUCHAT, « La citoyenneté calédonienne », *NCCC*, n° 23, 2008 ■ B. DAUGERON, *La notion d'élection en droit constitutionnel. Contribution à une théorie juridique de l'élection à partir du droit public français*, Dalloz, 2011 ■ J.-M. DENQUIN, « Pour en finir avec la crise de la représentation », *Science du droit et*

démocratie, *JP*, 2010, n° 4, <http://www.juspoliticum.com/Pour-en-finir-avec-la-crise-de-la.html> ■ T. EHRHARD, *Le découpage électoral sous la Ve République. Entre logiques partisanes et intérêts parlementaires*, Thèse Paris II, 2014 ■ L. JAUME, « La représentation : une fiction malmenée », *Pouvoirs*, 2006, n° 120, p. 5 ■ F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *Economica*, 1997 ■ R. PONCEYRI, *Le découpage électoral*, *Economica*, 1988.

4. Sur le contrôle des élections parlementaire et présidentielle

■ Dossier : « L'élection présidentielle », *NCCC*, n° 34, 2012 ■ P. AVRIL, « Aspects juridiques de l'élection présidentielle des 5 et 9 mai 1974 », *RDP*, 1974, p. 1103 ■ P. AVRIL et J. GICQUEL, « Les modifications relatives à l'élection du Président de la République française », *RDP*, 1976, p. 1263 ■ P. BRUNET et A. Le PILLOUER, « Pour en finir avec l'élection présidentielle », *La vie des idées*, 4 octobre 2011, www.laviedesidees.fr ■ J.-P. CAMBY, « Le Conseil et les cinq cents : les « parrainages » des candidats à l'élection présidentielle », *RDP*, 2002, n° 4, p. 595 ■ *Le Conseil constitutionnel, juge électoral*, 6^e éd., Dalloz, 2013 ■ « Le Conseil constitutionnel et le statut des suppléants parlementaires », *LPA*, 2012, n° 234, p. 9 ■ « La préparation et la surveillance du processus électoral », « Regards du Conseil constitutionnel sur l'élection présidentielle », *LPA*, Numéro Spécial, 5 décembre 2012, n° 143, p. 18 ■ J.-P. CHARNAY, *Le contrôle de la régularité des élections parlementaires*, LGDJ, 1964 ■ B. DOLEZ, « Comptes de campagne : le Conseil constitutionnel allume la mèche », *AJDA*, 2013, p. 581 ■ B. GENEVOIS, « Le Conseil constitutionnel et l'élection présidentielle de 1988 », *RDP*, 1989, p. 19 ■ « Le juge de l'élection et le contrôle des comptes de campagne », *RFDA*, 1991, n° 6, p. 887 ■ R. GHÉVONTIAN, « Le Conseil constitutionnel, juge électoral et la liberté d'expression », *NCCC*, n° 36, 2012, p. 45 ■ J.-E. GICQUEL, « Le Conseil constitutionnel et le mandat parlementaire », *NCCC*, n° 38, 2013, p. 69 ■ G. DE GRANDMAISON et M.-F. BOULTE, « Le contrôle des élections législatives par le Conseil constitutionnel », *Dalloz*, 1973, 4, p. 53 ■ A.-M. LECLERC, *Le contentieux des élections législatives depuis la Constitution de la V^e République*, Paris I, 1970 ■ Y. LECUYER, « L'identification des candidats aux élections présidentielles », *RFDC*, 2012, p. 896 ■ G. LIET-VEAUX, « Précisions sur le contentieux des opérations préalables au référendum », *RA*, 1961, p. 46 ■ R. LINDON, « La déplorable organisation du contrôle de la loyauté des élections », *JCP*, 1978, n° 2906 ■ E.-P. LUCE, « Le contrôle préalable au référendum », *JCP*, 1961, p. 24 ■ F. LUCHAIRE, *Le Conseil constitutionnel*, *Economica*, 2^e éd., 1997 ■ « Commentaire de l'article 60 de la Constitution », *La Constitution de la République française*, *Economica*, 2009, p. 749-750 ■ B. MALIGNER, *Droit électoral*, Ellipses, 2007 ■ « Le contentieux des élections législatives devant le Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2008, p. 464 ■ « Le Conseil constitutionnel, juge des opérations et des finances électorales », *NCCC*, n° 41, 2013 ■ J.-C. MASLET, *Droit électoral*, PUF, 1989 ■ « Le contentieux des élections législatives devant le Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2008, p. 464 ■ F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, « Le Conseil constitutionnel, juge électoral », *Pouvoirs*, n° 105, 2003, p. 117 ■ J. MOCH, « Le Conseil constitutionnel et le Code électoral », *Le Monde*, 25 mars 1967 ■ L. PHILIP, *Le contentieux des élections aux assemblées politiques françaises*, LGDJ, 1961 ■ « Les attributions et le rôle du Conseil constitutionnel en matière d'élections et de référendums », *RDP*, 1962, p. 48 ■ « Le Conseil constitutionnel juge électoral », *Pouvoirs*, n° 13, 1980, p. 61 ■ G. PRUNIER, « Les recours contentieux électoraux. L'exemple des élections législatives », *Pouvoirs*, 2005, n° 115, p. 153 ■ J. ROBERT, « Un contentieux peu satisfaisant », *Le Monde*, 19 avril 1972 ■ *La garde de la République*, Plon, 2000 ■ A. ROBLOT-TROIZIER,

J. BONNET (dir.), *Regards du Conseil constitutionnel sur l'élection présidentielle*, LPA, 2012, n° 243, p. 3 ■ J. SALOMON, « Les opérations préparant les élections devant le juge de l'excès de pouvoir », *RDP*, 1957, p. 606 ■ F. SAVONITTO, « Les conditions de protection des droits et libertés en matière électorale. Une jurisprudence constitutionnelle à explorer », *RDLF*, 14 janvier 2013 ■ O. SCHRAMECK, « Le Conseil constitutionnel et l'élection présidentielle de 1995 », *AJDA*, 1996, p. 3 ■ G. VEDEL, « Le Conseil constitutionnel et les candidatures », *Le Monde*, 14 mai 1969.

CHAPITRE II

LE CONTRÔLE DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS

539 La valeur constitutionnelle du principe de la séparation des pouvoirs a été consacrée, pour la première fois, dans la décision du 23 mai 1979¹, à propos d'une affaire mettant en cause les rapports entre le législatif et l'exécutif. En 1979, une loi est votée modifiant le mode d'élection de l'assemblée territoriale de Nouvelle-Calédonie, et mettant fin, en conséquence, aux mandats des conseillers élus quelques mois plus tôt, afin de permettre l'organisation de nouvelles élections. Pour les sénateurs, auteurs de la saisine, ces dispositions sont contraires au principe de la séparation des pouvoirs législatif et exécutif institués par la Constitution, dans la mesure où elles s'analysent en une dissolution de l'assemblée territoriale et que la dissolution ne peut être prononcée par le législateur mais par le Conseil des ministres. Le Conseil constitutionnel a refusé de suivre cette argumentation ; il a considéré que l'abréviation du mandat de l'assemblée territoriale était la simple conséquence de l'usage régulier par le législateur « du pouvoir qui lui appartient de fixer la condition de mise en vigueur des règles qu'il édicte ; que dès lors il n'a méconnu ni le principe de séparation des pouvoirs, ni les dispositions constitutionnelles qui le mettent en œuvre ». Désormais, la jurisprudence du Conseil constitutionnel intéresse tout autant la séparation horizontale (section 1) que verticale (section 2) des pouvoirs.

SECTION I

LE CONTRÔLE DE LA SÉPARATION HORIZONTALE DES POUVOIRS

540 Dans la mise en œuvre du principe de la séparation des pouvoirs, le Conseil, dans de nombreuses décisions, assure régulièrement le respect de

■ 1. CC 79-104 DC, 23 mai 1979, R. p. 27.

l'indépendance de décision et de la sphère de compétence du législateur et de l'exécutif, sans faire nécessairement et explicitement référence au principe de séparation. Ainsi, dans la décision du 27 juillet 1978², il invalide une disposition subordonnant l'application de la loi relative à l'enseignement et à la formation professionnelle agricole à la conclusion obligatoire de conventions passées entre le ministre de l'Agriculture et les organisations représentatives de l'enseignement agricole privé au motif que « le législateur a méconnu les dispositions de l'article 21 de la Constitution relatives à l'exécution des lois et à l'exercice du pouvoir réglementaire » ; il censure également, ou déclare sans portée, les dispositions par lesquelles une loi impose au gouvernement³ ou au législateur⁴ le dépôt d'un projet de loi déterminé. Dans ces hypothèses, comme dans toutes celles où le Conseil contrôle que le législatif et l'exécutif exercent leurs pouvoirs dans le respect mutuel de leur indépendance et de leur compétence, le principe de la séparation des pouvoirs sous-tend, de manière explicite ou non, le raisonnement du Conseil⁵. Ainsi, le Conseil constitutionnel produit une jurisprudence particulièrement riche à propos de la séparation des pouvoirs entre institutions politiques (§1), ainsi qu'entre ces institutions politiques et les juridictions (§2).

§ 1. LA SÉPARATION DES POUVOIRS ENTRE LES INSTITUTIONS POLITIQUES

541

En 1958, le Conseil constitutionnel est explicitement conçu comme l'instrument permettant de faire respecter, par son pouvoir de sanction, les nouvelles dispositions constitutionnelles limitant les pouvoirs du Parlement. Tout particulièrement, les constituants attendent de cette institution qu'elle contraigne le Parlement à rester dans le domaine de ses compétences législatives définies à l'article 34 (A) et à respecter les règles qui donnent désormais au gouvernement la maîtrise de la procédure législative (B). Si, sur ce dernier point, le Conseil a joué pleinement le rôle qui lui était demandé, sur le premier, il a développé une politique qui a considérablement desserré les contraintes que l'écrit constitutionnel avait imposées.

■ 2. CC 78-95 DC, 27 juillet 1978, *R.* p. 26.

■ 3. V. par exemple, CC 76-73 DC, 28 décembre 1976, *R.* p. 41 ; CC 78-102 DC, 17 janvier 1979, *R.* p. 26 ; CC 89-269 DC, 22 janvier 1990, *R.* p. 33. CC 2004-493 DC, 26 juillet 2004, *R.* p. 64.

■ 4. Voir par exemple, CC 82-142 DC, 27 juillet 1982, *R.* p. 52 ; CC 2004-504 DC, 12 août 2004, *R.* p. 153.

■ 5. Protégeant les prérogatives du Parlement à l'égard des demandes du gouvernement de légiférer par ordonnances, le Conseil contrôle si l'habilitation législative ne porte pas atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, et n'hésite pas à ajouter des conditions à celles posées par le législateur afin de mieux limiter la liberté de décision du gouvernement ; CC 86-208 DC, 1^{er}-2 juillet 1986, *R.* p. 78.

A. LE RÉTABLISSEMENT DE LA COMPÉTENCE LÉGISLATIVE DU PARLEMENT

542 De l'avis général des premiers commentateurs, les articles 34 et 37 de la Constitution de 1958 opèrent une véritable « révolution juridique » : la compétence législative du Parlement n'est plus illimitée, elle devient une compétence d'attribution définie par les matières limitativement énumérées à l'article 34 ; le gouvernement, en revanche, acquiert un pouvoir normatif autonome. Depuis 1982, ce schéma originel a vécu. Par son travail, le Conseil a, de manière continue, rouvert le domaine de la loi que la Constitution avait fermé (1) et réduit l'autonomie du pouvoir réglementaire (2).

1. L'extension continue du domaine législatif

a) La multiplication des sources de compétence législative

543 Une interprétation large de l'article 34. L'extension jurisprudentielle du domaine de la loi s'est faite de trois manières, toutes mettant également en œuvre le travail juridictionnel d'interprétation. Le Conseil constitutionnel a d'abord gommé la différence instituée par l'article 34 entre les matières pour lesquelles « la loi fixe les règles » et celles pour lesquelles elle « détermine les principes fondamentaux ». De cette différence, il était possible, *a priori*, de déduire une compétence législative large dans la première catégorie et limitée dans la seconde. En donnant une interprétation extensive de la notion de « principes fondamentaux », c'est-à-dire en faisant rentrer dans cette catégorie le maximum de règles, le Conseil permet au législateur d'aller, dans ces matières, aussi loin dans le détail de la réglementation que dans celles où il fixe les règles. De ce fait, il renforce les pouvoirs d'intervention du Parlement dans un secteur, celui des principes fondamentaux, et élargit d'autant le domaine de la loi.

Relèvent ainsi de la loi parce que qualifiés par le Conseil :

— de principes fondamentaux de la libre administration des collectivités locales :

- la définition de la composition des organes délibérants des collectivités et la fixation du statut de leurs membres⁶,
- le transfert d'une compétence d'une collectivité à l'État⁷,
- l'obligation imposée aux communes de déposer certains documents aux archives départementales⁸,
- la consultation de l'organe délibérant d'une collectivité dans une procédure administrative⁹... ;

■ 6. CC 64-29 L, 12 mai 1964, R. p. 37.

■ 7. CC 67-49 L, 12 décembre 1967, R. p. 39 ; CC 70-63 L, 9 juillet 1970, R. p. 41.

■ 8. CC 76-89 L, 2 juin 1976, R. p. 52.

■ 9. CC 75-84 L, 19 novembre 1975, R. p. 35 ; CC 80-120 L, 30 décembre 1980, R. p. 78.

— de principes fondamentaux du droit du travail :

- l'obligation de consulter les représentants des employeurs et des salariés sur l'action des pouvoirs publics en faveur des travailleurs sans emploi et sur l'extension des accords interprofessionnels relatifs aux allocations de chômage¹⁰,
- les modifications des dispositions des conventions collectives du travail plus favorables que celles des lois en vigueur¹¹,
- l'exigence de l'avis conforme d'un organisme national, indépendant de l'autorité politique, pour l'homologation d'accords de participation qui dérogent au droit commun¹²,
- l'examen contradictoire de l'état de santé des salariés ou contre-visite médicale,¹³
- la fixation de la durée légale hebdomadaire du travail effectif¹⁴;
- le renvoi à un accord collectif le soin de fixer le jour hebdomadaire de repos¹⁵ ... ;

— de principes fondamentaux de la Sécurité sociale :

- l'existence d'un régime de prestations¹⁶,
- la détermination des principes applicables à chacun de ces régimes, comme par exemple, la détermination des catégories de bénéficiaires¹⁷,
- des catégories de personnes assujetties à l'obligation de cotiser¹⁸,
- des catégories de prestations¹⁹ et la nature des conditions à remplir pour en bénéficier²⁰,
- la détermination des principes de la gestion des organismes de Sécurité sociale, comme par exemple, l'administration des caisses par des représentants des employeurs et des salariés²¹ ;
- la création d'un nouveau régime de sécurité sociale, la détermination de son organisation et de son champ d'application²² ... ;

— de principes fondamentaux de l'enseignement :

- la liberté d'accès à l'enseignement, c'est-à-dire, précise le Conseil dans sa décision du 19 décembre 1991, la limitation *a priori* du nombre d'étudiants pouvant avoir accès aux études et l'institution d'un concours de recrutement²³,

■ 10. CC 66-39 L, 8 juillet 1966, *R.* p. 28.

■ 11. CC 67-46 L, 12 juillet 1967, *R.* p. 31.

■ 12. CC 72-73 L, 29 février 1972, *R.* p. 31.

■ 13. CC 77-92 DC, 18 janvier 1978, *R.* p. 21.

■ 14. CC 98-401 DC, 10 juin 1998, *R.* p. 258.

■ 15. CC 2009-588 DC, 6 août 2009, *R.* p. 163.

■ 16. CC 60-4 L, 7 avril 1960, *R.* p. 31 : régime d'allocation logement ; CC 61-17 L, 22 décembre 1961, *R.* p. 43 : régime d'allocation prénatales.

■ 17. CC 61-11 L, 20 janvier 1961, *R.* p. 33.

■ 18. CC 60-10 L, 20 décembre 1960, *R.* p. 39.

■ 19. CC 60-5 L, 7 avril 1960, *R.* p. 32.

■ 20. CC 63-26 L, 20 juillet 1963, *R.* p. 33.

■ 21. CC 80-115 L, 15 octobre 1980, *R.* p. 67.

■ 22. CC 2001-454 DC, 27 novembre 2001, *R.* p. 145.

■ 23. CC 91-167 L, 19 décembre 1991, *R.* p. 134.

- le fait de donner compétence à l'État pour accorder l'habilitation à délivrer le titre d'ingénieur²⁴...

De cette jurisprudence, il résulte que le législateur n'est pas limité à la seule énonciation de règles générales, mais peut « descendre » assez loin dans l'organisation des secteurs d'activités considérés.

544 Le Conseil a ensuite combiné entre elles les dispositions de l'article 34 pour étendre et renforcer la compétence du législateur. Ainsi, dans la décision du 19 mars 1964, il considère que les règles relatives à l'organisation de la radiodiffusion-télévision relèvent du domaine de la loi *à la fois* parce que « la communication des idées et des informations intéresse une des libertés publiques dont les garanties fondamentales sont de la compétence du législateur » – 2^e alinéa de l'article 34 – et que la RTF ayant reçu en ce domaine le monopole des émissions, constitue « une catégorie d'établissement public sans équivalent sur le plan national » – 3^e alinéa de l'article 34²⁵ – ; dans la décision du 9 février 1965, le Conseil considère que les règles relatives à la création des chambres de l'expropriation relèvent du domaine de la loi *à la fois* parce qu'elles interviennent sur « une matière qui touche aux principes fondamentaux du droit de propriété » – 4^e alinéa de l'article 34 – et qu'elles constituent « un ordre nouveau de juridiction » – 2^e alinéa de l'article 34²⁶. Cette lecture globale et croisée de l'article 34 permet d'accroître et de fonder les chefs de compétence du législateur mieux que ne le ferait la référence à une seule disposition de cet article.

545 Le Conseil a enfin interprété largement la notion de « garanties fondamentales ». L'article 34 en effet donne compétence au législateur pour fixer les règles concernant « les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ». Le Conseil a considéré qu'entraient dans cette catégorie, et par conséquent relevaient du domaine de la loi, les dispositions relatives au droit d'agir en justice et aux voies de recours dont peuvent bénéficier les justiciables²⁷ ; il a ouvert ainsi la compétence du Parlement à certaines règles de procédure en matière de contentieux fiscal, civil ou administratif, alors que l'article 34 ne vise expressément que la procédure pénale. Le Conseil a également invalidé une disposition donnant compétence à une autorité administrative indépendante et au gouvernement pour autoriser l'exploitation du service de radio-télévision par réseau câblé, au motif que ce pouvoir intéresse une liberté publique, la liberté de communication, dont la garantie relève de la compétence du législateur²⁸. Dans le même esprit, le Conseil « gonfle » au maximum la notion de garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'État²⁹ ; allant encore plus loin, il

■ 24. CC 99-185 L, 18 mars 1999, R. p. 134.

■ 25. CC 64-27 L, 19 mars 1964, R. p. 33.

■ 26. CC 65-33 L, 9 février 1965, R. p. 73.

■ 27. CC 80-119 L, 2 décembre 1980, R. p. 74.

■ 28. CC 84-173 DC, 26 juillet 1984, R. p. 63.

■ 29. Ont, par exemple, été qualifiées de « garanties fondamentales », les dispositions ouvrant aux fonctionnaires un droit à bénéficier de mesures complémentaires d'intégration ou de détachement (CC 60-2 L, 29 janvier 1960, R. p. 29), instituant un concours public pour l'accès à un corps de fonctionnaire (CC 63-23 L, 19 février 1963, R. p. 29), autorisant les jurys d'examen, pour la promotion interne et l'avancement de

considère que l'intervention dans le processus de décision administrative des personnes intéressées, constitue pour elles une garantie fondamentale impliquant que la création et les compétences des organismes consultatifs relèvent du domaine de la loi³⁰.

Ainsi, en jouant sur le seul article 34, le Conseil a réussi à déplacer au profit du Parlement la ligne de partage des compétences entre la loi et le règlement. Mais il ne va pas s'arrêter là ; il va trouver, ailleurs que dans cet article, des sources nouvelles de compétences législatives.

546 **La « découverte » de sources nouvelles de compétence législative**

L'article 34, a écrit le président François Luchaire, a perdu le monopole de la définition de la compétence du législateur³¹. Depuis sa décision du 2 juillet 1965³², le Conseil, en effet, considère qu'une matière relève de la loi chaque fois qu'un article de la Constitution, une disposition de la Déclaration de 1789 ou un alinéa du Préambule de 1946 fait référence à l'intervention nécessaire du législateur. Ainsi, il fonde la compétence du Parlement pour organiser la libre administration des collectivités locales sur les articles 72 à 76³³, pour autoriser la ratification de certains traités sur l'article 53³⁴, pour prolonger l'état d'urgence sur les articles 35 et 36³⁵, pour garantir la protection de la liberté individuelle sur l'article 66³⁶, pour organiser le droit de grève sur l'alinéa 7 du Préambule de 1946³⁷...

La décision la plus significative, et en tout cas la plus célèbre, est certainement celle du 28 novembre 1973³⁸. Il s'agissait, dans cette affaire, de savoir qui, du gouvernement ou du Parlement, était compétent en matière de contravention. L'article 34 disposant que « la loi détermine les crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables », il était légitime de penser que la détermination des contraventions et des peines dont elles sont assorties relevait de la compétence réglementaire ; ainsi en avait d'ailleurs jugé le Conseil dans sa décision du 19 février 1963³⁹. Or, dans celle du 28 novembre 1973, il attribue compétence au législateur pour définir les contraventions et les peines qui leur sont applicables *lorsqu'elles sont privatives de liberté*, ce qui était le cas avant l'entrée en vigueur du nouveau code pénal en 1994. Ce revirement de jurisprudence et cet élargissement du domaine de la loi sont fondés expressément sur les articles 34 et 66 de la Constitution mais surtout sur « les dispositions du Préambule ». En fait, le Conseil a fondé la compétence du législateur sur l'article 8 de la Déclaration de 1789 qui pose, de manière

grade des fonctionnaires, à compléter leur appréciation par la consultation des dossiers individuels des candidats (CC 76-67 DC, 15 juillet 1976, R. p. 35).

■ 30. Voir par exemple, pour la Commission régionale d'hospitalisation (CC 76-88 L, 3 mars 1976, R. p. 50), le Conseil de l'enseignement et de la formation professionnelle agricole (CC 77-96 L, 27 avril 1977, R. p. 52), les Comités de bassin (CC 82-124 L, 23 juin 1982, R. p. 99).

■ 31. F. LUCHAIRE, « Les sources des compétences législatives et réglementaires », *AJDA*, 1979, p. 3.

■ 32. CC 65-34 L, 2 juillet 1965, R. p. 75.

■ 33. CC 69-52 L, 27 février 1969, R. p. 21 ; CC 70-64 L, 13 novembre 1970, R. p. 43.

■ 34. CC 75-59 DC, 30 décembre 1975, R. p. 26.

■ 35. CC 85-187 DC, 25 janvier 1985, R. p. 43.

■ 36. CC 73-80 L, 28 novembre 1973, R. p. 45.

■ 37. CC 79-105 DC, 25 juillet 1979, R. p. 33.

■ 38. CC 73-80 L, 28 novembre 1973, R. p. 45.

■ 39. CC 63-22 L, 19 février 1963, R. p. 27.

générale, le principe de la légalité des infractions et des peines, et sur l'article 7 selon lequel « nul homme ne peut être accusé, arrêté *ni détenu* que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites ».

En revanche, le Conseil constitutionnel n'utilise plus la théorie des principes généraux du droit pour fonder des compétences nouvelles pour le législateur. Reprenant, en effet, la démarche du Conseil d'État, le Conseil constitutionnel avait dégagé lui-même des principes généraux du droit, c'est-à-dire des règles qui ne découlent pas d'un texte précis, mais sont formulées, créées par le juge à partir d'une réflexion sur l'esprit du système juridique⁴⁰ ; et le Conseil a ensuite considéré, dans sa décision du 26 juin 1969, que le législateur est seul compétent pour modifier, mettre en cause ou déroger aux principes généraux du droit à valeur législative⁴¹, même s'ils ne portent pas sur des matières que l'article 34 ou tout autre article de la Constitution réserve à la loi. Le domaine législatif se trouvait donc à nouveau étendu, et ici de manière considérable puisque la création des principes généraux à valeur législative appartenant au Conseil, celui-ci pouvant accroître indéfiniment la liste des matières législatives. Pour autant, l'usage des principes généraux du droit ne s'est pas confirmé, le Conseil préférant fonder la compétence du législateur sur l'interprétation de fondements textuels.

b) La remise en cause de la définition matérielle de la loi ?

547 Le tournant jurisprudentiel de 1982

En 1982, et en l'espace de quelques semaines seulement, le Conseil rend trois décisions qui marquent un degré supplémentaire dans la politique jurisprudentielle d'extension continue du domaine de la loi.

Le 28 juin 1982, il considère que le fait que l'ordonnance du 2 janvier 1959 donne compétence au pouvoir réglementaire pour établir des taxes parafiscales dans un intérêt économique ou social au profit de certaines personnes morales de droit public ou privé, n'empêche pas le législateur d'être également compétent pour instituer des taxes fiscales poursuivant les mêmes objectifs⁴².

Un mois plus tard, le 27 juillet 1982, le Conseil est saisi de la loi portant réforme de la planification par des députés qui contestent la compétence du Parlement au motif que le plan ne figure pas parmi les matières que l'article 34 réserve au législateur ; la loi déferée réaliserait donc une extension du domaine législatif sans respecter la procédure de révision constitutionnelle. Le Conseil admet le bien-fondé de l'argumentation des requérants en reconnaissant que « les termes de plan ou de planification ne figurent pas à l'article 34 de la Constitution dans l'énoncé des matières réservées à la loi » ; mais, il ajoute aussitôt, « il n'en demeure pas moins que, par son objet même, le contenu d'un plan national pluriannuel touche à des matières réservées à la loi » et relève en conséquence de la compétence du

■ 40. CC 69-55 L, 26 juin 1969, R. p. 27 ; CC 69-57 L, 24 octobre 1969, R. p. 32 ; CC 72-75 L, 21 décembre 1972, R. p. 36.

■ 41. Selon les cas, le Conseil attribue aux principes généraux du droit, une valeur constitutionnelle – droits de la défense – ou une valeur législative – le silence de l'administration vaut décision implicite de rejet, non-rétroactivité des actes administratifs. La compétence reconnue au législateur ne s'étend pas, bien entendu, aux premiers qui, comme tout autre principe à valeur constitutionnelle, s'imposent à lui.

■ 42. CC 82-140 DC, 28 juin 1982, R. p. 45.

Parlement⁴³. Autrement dit, le domaine de la loi n'est plus limité à l'énumération de l'article 34 ; il est extensible à l'infini puisque toutes les matières qui s'y rattachent de manière indirecte – et laquelle ne s'y rattacherait pas ? – peuvent en faire partie.

548 Encore ces deux décisions peuvent-elles s'inscrire dans le prolongement de la jurisprudence antérieure. Celle du 30 juillet 1982⁴⁴, en revanche, marque un tournant sinon une rupture : elle n'est pas une extension supplémentaire du domaine de la loi ; elle pose la question du maintien même de la notion de domaine de la loi comme domaine limité. En l'espèce, en effet, le Conseil était saisi d'une disposition de la loi relative au blocage des prix et des revenus, instituant une amende contraventionnelle pour toute société qui se mettrait en infraction avec la nouvelle réglementation. Pour les requérants, cette disposition était contraire à la Constitution en ce qu'elle ne respectait pas le partage des compétences entre le Parlement et le gouvernement : si la détermination des crimes et délits, et des peines qui leur sont applicables, est du domaine législatif, la détermination des contraventions, dès lors qu'elles n'entraînent pas une privation de liberté, est du domaine réglementaire. Sur le plan du droit, et au regard même de la jurisprudence du Conseil, l'argumentation des requérants est parfaitement articulée. Et pourtant, le Conseil la repousse au motif que « la Constitution n'a pas entendu frapper d'inconstitutionnalité une disposition de nature réglementaire contenue dans une loi ». Jusqu'alors, le Conseil avait progressivement déplacé la ligne de partage des compétences entre la loi et le règlement au profit de la loi ; mais il n'avait pas remis en cause le principe de deux domaines propres de compétences. Avec la formulation de la décision du 30 juillet 1982, il en va tout autrement : si les requérants, comme le déclare le Conseil, ne peuvent plus « se prévaloir de ce que le législateur est intervenu dans le domaine réglementaire pour soutenir que la disposition critiquée est contraire à la Constitution », en d'autres termes, si une loi peut intervenir dans le domaine réglementaire sans être déclarée inconstitutionnelle, que reste-t-il du principe de partage des compétences institué par les articles 34 et 37 ? Que reste-t-il de l'idée d'une limitation du domaine de la loi, et même de l'idée d'un domaine de la loi, si celle-ci peut intervenir en toutes matières ?

Confirmée par les décisions des 19-20 juillet 1983⁴⁵ et du 20 janvier 1984⁴⁶, cette jurisprudence soulève ainsi logiquement la question de l'abandon de la définition matérielle de la loi.

549 Pour une relecture des articles 34 et 37

Au début des années 1960, la majorité de la doctrine analyse comme une véritable « révolution juridique » la situation nouvelle faite à la loi par la Constitution de 1958. Avant cette date, le principe, exprimé avec grande clarté par Carré de Malberg, est le suivant : « le domaine de la loi est illimité en ce sens que la Constitution n'implique point de matières qui soient exclues de la puissance législative et réservées à la compétence administrative ; il est indéfini, parce que la Constitution n'a point énuméré limitativement des matières qui fussent spécialement réservées au

■ 43. CC 82-142 DC, 27 juillet 1982, *R.* p. 52.

■ 44. CC 82-143 DC, 30 juillet 1982, *R.* p. 57.

■ 45. CC 83-162 DC, 19 au 20 juillet 1983, *R.* p. 49.

■ 46. CC 83-167 DC, 19 janvier 1984, *R.* p. 23.

législateur »⁴⁷. La loi se définit donc de manière purement *formelle*, comme l'acte voté par le Parlement selon les formes prévues par la Constitution. En 1958, les constituants rompent ou paraissent rompre avec cette tradition et cette conception de la loi : ils énumèrent, dans un article 34, les matières limitativement et spécialement réservées au législateur, et accordent au gouvernement, dans un article 37, le pouvoir d'édicter des règles générales et impersonnelles dans « les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi » ; à côté du pouvoir réglementaire d'exécution des lois prévu par l'article 21, le gouvernement dispose ainsi d'un pouvoir réglementaire autonome très large. La loi paraît donc se définir désormais, de manière *matérielle*, par l'énumération des objets sur lesquels le Parlement peut légiférer.

La révolution semble d'autant plus profonde que les constituants ont créé un instrument nouveau, le Conseil constitutionnel, dont la mission paraît toute entière tournée vers le respect de la ligne de partage de compétences entre la loi et le règlement fixée par les articles 34 et 37. Et les règles de compétence ayant, en droit français, un caractère d'ordre public, la doctrine en déduit logiquement, avec Léo Hamon par exemple, que la méconnaissance par le Parlement de son domaine d'attribution constitue « un grief d'inconstitutionnalité qui ne saurait se couvrir ; il est par nature d'ordre public et peut toujours être sanctionné »⁴⁸.

550 Dix-sept ans plus tard, au colloque d'Aix-en-Provence des 2 et 3 décembre 1977, au vu d'une jurisprudence constitutionnelle qui a sans cesse élargi le domaine de la loi, la doctrine est obligée de reconnaître que « la révolution n'a pas eu lieu ». Cette conclusion, formulée alors par Jean Rivero⁴⁹, prend toute sa portée avec la décision du 30 juillet 1982 : le non-respect par le Parlement du domaine réglementaire ne constitue pas, pour le Conseil, un moyen d'ordre public ; et une loi peut intervenir sur une matière réglementaire sans être inconstitutionnelle. Dès lors, la loi se définirait indépendamment de la matière sur laquelle elle porte, et uniquement par la forme selon laquelle elle est votée par le Parlement. En faisant éclater la ligne de séparation entre la loi et le règlement, le Conseil aurait ainsi renoué avec la tradition française de la définition formelle de la loi et de la compétence illimitée et indéfinie du législateur. Car, s'il n'y a plus de domaine propre de la loi, il n'y a plus de domaine réglementaire autonome ; il ne reste plus au gouvernement que le pouvoir réglementaire d'exécution des lois. Telle est la thèse défendue aujourd'hui par une partie de la doctrine⁵⁰ ; elle mérite d'être nuancée pour deux raisons.

D'abord, la décision du 30 juillet 1982, sur laquelle se fonde l'idée de l'abandon de la définition matérielle de la loi, s'explique avant tout par des considérations politiques. Toute loi comporte, en effet, nécessairement, soit pour des raisons de cohérence rédactionnelle, soit pour des motifs politiques, des dispositions de nature réglementaire. Si le Conseil avait considéré ces dispositions contraires au partage

■ 47. R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. I, p. 327.

■ 48. L. HAMON, note sous CC 60-8 DC, 11 août 1960, *D.* 1961, p. 470.

■ 49. *Le domaine de la loi et du règlement*, Actes du colloque d'Aix-en-Provence, PUAM 1978, p. 263.

■ 50. Voir par exemple, L. FAVOREU, *RDJ*, 1982, p. 350 ; L. FAVOREU, « Les règlements autonomes n'existent pas », *RFDA*, 1987, p. 871.

des compétences institué par la Constitution, il aurait été conduit à censurer sur ce fondement quasiment toutes les lois soumises à son examen. Et l'opposition, assurée de la censure, ne se serait pas privée de saisir systématiquement le Conseil pour faire de lui l'instrument de blocage de l'action législative de la majorité gouvernementale. En déclarant que la présence de dispositions réglementaires dans la loi n'est pas inconstitutionnelle, le Conseil se dégage de cette contrainte, dangereuse pour son autorité, et fait savoir aux requérants potentiels qu'il ne sert à rien de multiplier les recours pour violation des articles 34 et 37. Il évite ainsi une guérilla permanente, au moment précis où elle risquait de se développer : en 1982, la gauche était, pour la première fois sous la V^e République, majoritaire. La signification de la décision du 30 juillet 1982 doit donc être directement reportée à ces circonstances et enjeux politiques.

Ensuite, la position du Conseil est plus complexe qu'une lecture rapide pourrait le laisser croire. En effet, la logique de sa décision repose entièrement – et explicitement – sur l'idée que, par le jeu de l'article 37, alinéa 2, le gouvernement peut toujours se voir « *restituer l'exercice de son pouvoir réglementaire*, après la promulgation de la loi, par la voie d'un déclassement ». Par ces motifs, la décision du 30 juillet 1982 prend son véritable sens : l'intervention du législateur dans le domaine réglementaire n'est pas contraire à la Constitution *parce que* le gouvernement dispose des moyens constitutionnels de récupérer les matières momentanément abandonnées à la loi. Cette analyse se retrouve, au demeurant, sous la plume de René Capitant dès 1967⁵¹.

Il paraît donc excessif, au regard du droit positif, de conclure de la décision du 30 juillet 1982 à la disparition des domaines de la loi et du règlement autonome. Replacée dans son contexte politique et juridique, elle confirme seulement d'une part que l'innovation essentielle de 1958 est l'établissement d'un mécanisme de protection du domaine réglementaire, d'autre part que la ligne de partage des compétences s'est déplacée au profit de la loi ; mais s'il est réduit, le pouvoir réglementaire du gouvernement n'est pas éliminé.

551 La confirmation de la jurisprudence de 1982

Le Conseil constitutionnel a hésité à remettre en cause le tournant jurisprudentiel issu de la décision du 30 juillet 1982. À la lecture de la décision du 21 avril 2005⁵², le revirement semblait établi. Saisi de la loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école, le Conseil estime que plusieurs dispositions « ne mettent en cause ni « les principes fondamentaux... de l'enseignement », qui relèvent de la loi en vertu de l'article 34 de la Constitution, ni aucun autre principe ou règle que la Constitution place dans le domaine de la loi ». Pour en déduire « que ces dispositions ont, à l'évidence, le caractère réglementaire », formule reprise dans le dispositif de la décision. En procédant à un déclassement préventif des dispositions de nature réglementaire contenues dans une loi, le Conseil constitutionnel ne prononce

■ 51. « La loi votée en matière réglementaire est valable, écrit en 1967 René CAPITANT. La Constitution précise seulement à son égard qu'elle n'est législative que par sa forme ce qui... n'empêche pas le gouvernement de pouvoir la modifier par décret, après déclaration de son caractère réglementaire par le Conseil constitutionnel », in *Rapport Sénat*, n° 528, 3^e législature, p. 4 ; voir dans le même sens, Michel DEBRE, JO Ass. nat., débats, 2 juin 1972, p. 2916.

■ 52. CC 2005-512 DC, 21 avril 2005, R. p. 72.

pas une déclaration d'inconstitutionnalité mais autorisait le Gouvernement à les modifier par décret en Conseil d'État sans saisir au préalable le Conseil constitutionnel sur le fondement du second alinéa de l'article 37. Comme le commentaire officiel le relevait, il s'agissait alors de répondre à la « préoccupation légitime que suscite désormais unanimement l'intrusion de la loi dans le domaine réglementaire » qui rend « très difficile pour le Conseil constitutionnel de se borner à une simple application de sa jurisprudence de 1982 »⁵³.

552 Pourtant, ce « précédent » du 21 avril 2005 ne sera jamais reconnu comme tel, faute d'applications ultérieures dans le même sens. L'édifice jurisprudentiel de 1982 sera officiellement rétabli dans la décision du 15 mars 2012⁵⁴ en considérant qu'en dépit de répartition des matières entre les articles 24 et 37 et des procédures des articles 37 et 41 permettant au gouvernement d'assurer la protection du domaine réglementaire contre d'éventuels empiètements de la loi, « la Constitution n'a pas pour autant entendu frapper d'inconstitutionnalité une disposition de nature réglementaire contenue dans une loi ». Dès lors, les saisissants ne peuvent pas se prévaloir de l'intervention du législateur dans le domaine réglementaire pour soutenir l'inconstitutionnalité de la loi ou « pour demander que soit déclaré son caractère réglementaire », précise le Conseil afin de bien marquer le rejet du précédent de 2005 qui n'a pas résisté à la fin de la présidence de Pierre Mazeaud.

Quant au contentieux QPC, il n'a pas véritablement bousculé l'équilibre de la jurisprudence de 1982. Dès lors qu'un texte a valeur réglementaire, les juges du filtrage ou à défaut le Conseil constitutionnel déclarent la question irrecevable, tandis que la méconnaissance par le législateur du domaine du règlement n'est pas invocable en QPC⁵⁵. Lorsque le Conseil constitutionnel contrôle une « loi » qui semble contenir des dispositions relevant du domaine réglementaire, son office s'exerce sans aucune particularité, bien qu'il livre quelques indications sur le domaine de l'article 34 lorsqu'il détermine l'étendue de la compétence du législateur⁵⁶. Ce qui ne manque pas de créer une forme d'incohérence normative lorsque le Conseil constitutionnel abroge de manière différée un « paquet » législatif qu'il renvoie ainsi au Parlement alors qu'il semble relever de la matière réglementaire⁵⁷.

■ 53. Commentaire de la décision 2005-512 DC du 21 avril 2005, disponible sur www.conseil-constitutionnel.fr

■ 54. CC 2012-649 DC, 15 mars 2012, *R.* p. 142 ; *RFDA*, 2012, p. 534, chron. A. ROBLOT-TROIZIER ; *Constitutions*, n° 2012-2, p. 267, obs. J. BENETTI.

■ 55. CE, 15 juillet 2010, n° 340492.

■ 56. Par ex. : CC, 2010-54 QPC, 18 octobre 2010, JO 5 octobre 2010, page 18542 : « les dispositions de la procédure applicable devant les juridictions administratives relèvent de la compétence réglementaire dès lors qu'elles ne mettent en cause aucune des matières réservées au législateur par l'article 34 de la Constitution ou d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle » ; CC 2011-171/178 QPC, 29 septembre 2011, JO 30 septembre 2011, p. 16471 : « la détermination des règles de déontologie, de la procédure et des sanctions disciplinaires applicables à une profession ne relève ni du droit pénal ni de la procédure pénale au sens de l'article 34 de la Constitution ».

■ 57. En ce sens, cf. par ex. CC 2015-500 QPC, 27 novembre 2015, JO 29 novembre 2015, p. 22159.

2. La réduction de l'autonomie du pouvoir réglementaire

553 En étendant le domaine législatif, le Conseil réduit du même coup le champ d'exercice du pouvoir réglementaire autonome qui devient avant tout un pouvoir d'application de la loi. Il continue cependant à défendre le principe d'une répartition de compétences par matières entre gouvernement et Parlement (A), même s'il admet que le pouvoir réglementaire soit partagé avec d'autres autorités, et notamment, sous certaines conditions, avec les autorités administratives indépendantes (B).

a) Le maintien du domaine réglementaire

554 **La fonction de l'article 37, alinéa 2.** Pour faire respecter son domaine de compétence, le gouvernement dispose, en théorie, de trois moyens. L'article 41 d'abord, lui permet, au cours de la procédure législative, d'opposer l'irrecevabilité à l'encontre d'une proposition de loi ou d'un amendement paraissant ne pas relever du domaine de la loi ; si le président de l'Assemblée intéressée ne partage pas l'analyse du gouvernement, le Conseil, à la demande de l'un ou de l'autre, doit trancher le différend dans un délai de huit jours. L'article 61 ensuite, qui, en donnant au Premier ministre le pouvoir de saisir le Conseil constitutionnel, lui offre la possibilité, dans le cadre général du contrôle *a priori* de constitutionnalité, de contester tout empiètement législatif sur le domaine réglementaire. L'article 37, alinéa 2 enfin, qui permet au Premier ministre de demander au Conseil de déclarer réglementaires certaines dispositions législatives, et ce après même la promulgation et l'entrée en vigueur de la loi.

555 De ces trois instruments, seule la procédure de délégalisation de l'article 37 est, en pratique, utilisée. L'irrecevabilité législative de l'article 41 est progressivement tombée en désuétude quand le gouvernement a découvert les vertus de moyens plus « simples » pour défendre son domaine : l'appel à la discipline majoritaire, ou les multiples règles de la procédure législative – non-inscription à l'ordre du jour... Quant à la procédure commune de l'article 61, le Conseil considère, depuis sa décision du 30 juillet 1982⁵⁸, qu'elle ne peut être employée pour faire respecter la répartition des compétences entre la loi et le règlement : « la portée des dispositions des articles 34 et 37, alinéa 1 doit être appréciée en tenant compte de celles des articles 37, alinéas 2 et 41 » qui, précise le Conseil, sont les procédures spécifiques par lesquelles le gouvernement assure la protection de son domaine contre d'éventuels empiètements de la loi.

De fait, seul l'article 37, alinéa 2 est utilisé par le Premier ministre qui, régulièrement, demande au Conseil de remettre dans le domaine réglementaire des matières qui ont fait l'objet de dispositions législatives ou, plus exactement, « des textes de forme législative ». De cette formule de l'article 37, le Conseil a donné une

■ 58. CC 82-143 DC, 30 juillet 1982, R. p. 57. Avant cette décision, le Conseil estimait que le Premier ministre pouvait contester la compétence du législateur, après le vote de la loi et avant sa promulgation, par le biais de l'art. 61, même s'il n'avait pas, au cours de la procédure législative, opposé l'irrecevabilité en vertu de l'art. 41 : CC 60-8 DC, 11 août 1960, R. p. 25.

interprétation assez large qui favorise la récupération de compétence par le gouvernement. Cette notion comprend évidemment les lois adoptées par le Parlement mais seulement celles intervenues *après l'entrée en vigueur de la Constitution*. En effet, les lois antérieures à la Constitution de 1958, portant sur des matières qui ne sont plus législatives en application de la nouvelle répartition des compétences entre la loi et le règlement, sont considérées relever automatiquement du domaine réglementaire : le déclassement par le Conseil constitutionnel n'est donc pas nécessaire ; l'avis du Conseil d'État suffit pour modifier ces textes par décret⁵⁹. En revanche, le Conseil constitutionnel est compétent pour apprécier la nature juridique de dispositions votées antérieurement à l'entrée en vigueur de la Constitution mais dont le champ d'application a été étendu par de nouvelles dispositions législatives adoptées depuis 1958⁶⁰.

Sont également considérées comme « texte de forme législative », les ordonnances prises en application de l'article 92, c'est-à-dire les mesures législatives décidées par le gouvernement pour mettre en place les institutions et, jusqu'à cette mise en place, pour assurer le fonctionnement des pouvoirs publics. Bien que ces ordonnances ne soient pas prises selon la forme législative, et que l'article 92 se limite d'ailleurs à dire qu'elles ont « *force de loi* », le Conseil se reconnaît compétent pour déclarer le caractère réglementaire de certaines dispositions de ces ordonnances⁶¹. De même, les ordonnances prises en application de l'article 38, c'est-à-dire sur le fondement d'une loi d'habilitation, sont considérées par le Conseil comme des « textes de forme législative », à condition qu'elles aient été, explicitement (ou implicitement avant la révision constitutionnelle de 2008) ratifiées⁶². Si elles ne l'ont pas été, elles restent des actes administratifs et le gouvernement n'a pas besoin de l'intervention du Conseil constitutionnel pour les modifier ; si elles ont été ratifiées, elles ont acquis force de loi, et l'autorisation du Conseil est alors nécessaire. Enfin, le Conseil fait rentrer dans la catégorie « textes de forme législative » dont le Premier ministre peut demander la délégalisation, les décrets validés par une loi⁶³.

556

L'article 37 ne sert pas seulement à remettre des dispositions dans la bonne case, législative ou réglementaire ; il peut aussi être utile pour régler des conflits politiques. Devant la polémique provoquée par l'article 4 de la loi du 23 février 2005 proclamant que « les programmes scolaires reconnaissent en particulier le rôle positif de la présence française outre-mer, notamment en Afrique du Nord », le président de la République cherche une solution d'apaisement. Repoussant l'idée d'un retour devant le Parlement qui obligerait les élus à se déjuger publiquement à quelques mois d'intervalle, il demande à son Premier ministre de saisir le Conseil pour qu'il déclare le caractère réglementaire de la disposition contestée afin qu'elle

■ 59. Le Conseil constitutionnel examine avec soin la date à laquelle le texte dont le déclassement est demandé, a acquis forme législative ; voir par exemple, CC 67-44 L, 27 février 1967, R. p. 26 ; CC 66-36 L, 10 mars 1966, R. p. 23.

■ 60. CC 85-142 L, 13 novembre 1985, R. p. 116 ; CC 2006-205 L, 26 octobre 2006, R. p. 106.

■ 61. CC 59-1 L, 27 novembre 1959, R. p. 67.

■ 62. CC 72-73 L, 29 février 1972, R. p. 31 ; CC 2013-241 L, 5 novembre 2013, R. p. 1021.

■ 63. CC 85-140 L, 24 juillet 1985, R. p. 113.

puisse être supprimée par décret. Déclassement qui sera prononcé par le Conseil dans sa décision du 31 janvier 2006⁶⁴.

Si la protection du domaine réglementaire est réduite à la seule mise en œuvre de l'article 37, alinéa 2, le Conseil a élargi son champ d'application pour viser le maximum d'hypothèses possibles.

557 La défense d'un pouvoir réglementaire minimum. La politique jurisprudentielle de délimitation des compétences n'est pas uniquement favorable au législateur ; elle l'est aussi au pouvoir réglementaire du gouvernement. Le Conseil, en effet, a adopté comme critère essentiel de répartition des compétences, « l'état de la législation antérieure »⁶⁵. Appliqué de façon constante depuis 1959, ce principe d'interprétation des articles 34 et 37 étend le pouvoir d'intervention du gouvernement en ce qu'il implique une délimitation par le Conseil des domaines respectifs de la loi et du règlement qui prend en considération la situation de partage réelle, et non abstraite. Cette jurisprudence est définie par la décision de principe du 27 novembre 1959⁶⁶ : les sénateurs ayant déposé une proposition de loi tendant à l'abrogation du décret du 7 janvier 1959 relatif au prix des baux à ferme, le gouvernement oppose l'irrecevabilité au motif que la matière des prix relève du domaine réglementaire ; le président du Sénat au contraire, invoquant les atteintes portées par le décret aux principes fondamentaux du régime de la propriété, défend la compétence du législateur et saisit en conséquence, au titre de l'article 41, le Conseil constitutionnel. Ce dernier donne tort au président du Sénat en arguant que « les principes ici en cause, à savoir la libre disposition de son bien par tout propriétaire, l'autonomie de la volonté des contractants et de l'immutabilité des conventions, doivent être appréciés dans le cadre des limitations de portée générale qui y ont été introduites par la législation antérieure pour permettre certaines interventions jugées nécessaires de la puissance publique dans les relations contractuelles entre particuliers ». Autrement dit, si un principe n'a pas fait l'objet de restrictions, seul le législateur est compétent pour décider et organiser les premières ; en revanche, si, ou, dès lors que tel ou tel principe a fait l'objet de limitations législatives, le Conseil reconnaît la compétence du pouvoir réglementaire pour les aménager ou les modifier. Par ce raisonnement, la compétence du gouvernement est étendue au-delà de la lettre de l'article 37, et, après hésitation, défendue par le Conseil d'État qui s'est rangé à la doctrine de son voisin du Palais Royal en confirmant la légalité des décrets modifiant des dispositions ayant déjà fait l'objet d'une réglementation antérieure⁶⁷.

558 Le maintien d'une compétence réglementaire, voire le maintien du principe d'une répartition des compétences par matières, est même nettement réaffirmé par

■ 64. CC 2006-203 L, 31 janvier 2006, *R.* p. 37.

■ 65. M. DE VILLIERS, « La jurisprudence de "l'état de la législation antérieure" », *AJDA* 1980, p. 387.

■ 66. CC 59-1 FNR, 27 novembre 1959, *R.* p. 71. Voir également CC 60-7 L, 8 juillet 1960, *R.* p. 35 ; CC 61-3 FNR, 8 septembre 1961, *R.* p. 48 ; CC 63-5 FNR, 11 juin 1963, *R.* p. 37 ; CC 64-28 L, 17 mars 1964, *R.* p. 35 ; CC 67-44 L, 27 février 1967, *R.* p. 26.

■ 67. Voir par exemple, CE 28 octobre 1960, *de Laboulaye, R.*, p. 570.

le Conseil⁶⁸ qui, s'inspirant plus largement depuis 1986 de la jurisprudence administrative⁶⁹, a tendance à reconnaître plus facilement le caractère réglementaire des dispositions qui lui sont soumises.

À titre d'exemple⁷⁰, il a considéré, le 20 février 1987, que « l'article 34 de la Constitution n'a pas retiré au chef du gouvernement les attributions de police générale qu'il exerçait antérieurement, en vertu de ses pouvoirs propres et en dehors de toute habilitation législative »⁷¹ ; et dans la même décision, il estime que l'organisation de la consultation des communes concernées par l'établissement d'un plan de chasse ne touche pas aux principes fondamentaux de la libre administration des collectivités locales et relève en conséquence du domaine réglementaire, alors qu'il avait décidé le contraire auparavant⁷². De même, le Conseil considère que les dispositions qui ont « pour objet de désigner l'autorité administrative habilitée à exercer au nom de l'État des attributions qui, en vertu d'un texte de force législative, relèvent de la compétence du pouvoir exécutif, sont de nature réglementaire »⁷³. Ou encore, que le choix de la dénomination de la commission chargée des modalités de privatisation relève du pouvoir réglementaire dans la mesure où ne sont concernés ni les règles relatives au transfert de propriété, ni les principes fondamentaux du régime de propriété⁷⁴ ; que la composition de la Commission supérieure des sites relève du domaine réglementaire dans la mesure où ses pouvoirs, purement consultatifs, ne lient pas l'autorité de décision⁷⁵ ; que la fixation du montant de la participation forfaitaire des assurés pour certains actes et consultations pris en charge par l'assurance-maladie appartient au pouvoir réglementaire⁷⁶. Ont encore un caractère réglementaire le rattachement au Premier ministre d'organes consultatifs⁷⁷, les mots « conseil de ministres »⁷⁸, l'appellation « commissaire du gouvernement »⁷⁹, « le nombre des membres du Haut comité pour la transparence et l'information sur la sécurité nucléaire »⁸⁰, les mots « par le représentant de l'État dans le département ou, à Paris, le préfet de police, ou par le consul »⁸¹ pour désigner les autorités

■ 68. Depuis 1986, le Recueil des décisions du Conseil comporte une table analytique qui regroupe les décisions relatives aux domaines de la loi et du règlement, sous le titre « répartition des compétences par matières ».

■ 69. Faut-il voir là, l'influence du secrétaire général du Conseil constitutionnel, par ailleurs conseiller d'État ?

■ 70. Voir également, dans un sens plus favorable à la compétence réglementaire : CC 87-150 L, 17 mars 1987, R. p. 45 ; CC 87-152 L, 24 novembre 1987, R. p. 58 ; CC 88-153 L, 23 février 1988, R. p. 34 ; CC 88-157 L, 10 mai 1988, R. p. 56 ; CC 89-161 L, 24 octobre 1989, R. p. 88 ; CC 89-162 L, 5 décembre 1989, R. p. 100.

■ 71. CC 87-149 L, 20 février 1987, R. p. 22.

■ 72. Voir par exemple, CC 64-29 L, 12 mai 1964, R. p. 37 ; CC 80-120 L, 30 décembre 1980, R. p. 72.

■ 73. CC 92-172 L, 29 décembre 1992 et CC 92-173 L, 29 décembre 1992, R. p. 132 ; CC 96-179 L, 14 octobre 1996, R. p. 115 ; CC 97-180 L, 21 janvier 1997, R. p. 29 ; CC 97-181 L, 16 décembre 1997, R. p. 319.

■ 74. CC 98-182 L, 6 mars 1998, R. p. 184.

■ 75. CC 98-183 L, 5 mai 1998, R. p. 243.

■ 76. CC 2004-504 DC, 12 août 2004, R. p. 153.

■ 77. CC 2005-199 L, 24 mars 2005, R. p. 53.

■ 78. CC 2006-204 L, 15 juin 2006, R. p. 65.

■ 79. CC 2006-208 L, 30 novembre 2006, R. p. 119.

■ 80. CC 2008-211 L, 18 septembre 2008, R. p. 365.

■ 81. CC 2013-240 L, 28 juin 2013, R. p. 864.

habilitées à recevoir les déclarations de nationalité en raison du mariage, ou un dispositif contractuel applicable aux internes en psychiatrie⁸².

559 Plus généralement, le Conseil a, ces dernières années, réactivé pour sa politique de répartition des compétences, le critère « mise en cause-mise en œuvre » : quand une disposition met en cause des règles ou des principes, elle relève du domaine de la loi ; quand elle met en œuvre ces mêmes règles ou principes, elle relève du domaine du règlement⁸³. Critère en apparence simple mais dont l'application au cas par cas s'avère toujours délicate ; en fait, le Conseil dispose, dans le maniement de ce critère, d'une inévitable marge d'appréciation qui lui permet, selon les circonstances, de faire varier les domaines de compétences respectifs du législateur et du gouvernement. Ainsi, dans sa décision du 5 septembre 1996, s'il juge que la détermination de la durée du mandat des membres d'organes dirigeants d'un organisme interprofessionnel relève du domaine réglementaire parce qu'elle ne met en cause aucun des principes placés par la Constitution dans le domaine de la loi, il précise que le renouvellement périodique des mandats électifs relève du domaine de la loi car « il constitue, eu égard aux attributions en cause, une garantie essentielle touchant aux principes fondamentaux du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales »⁸⁴. Ce qui est une manière de limiter la portée de la délégalisation en invitant le Conseil d'État à sanctionner, le cas échéant, un décret qui fixerait aux mandats électifs une durée – dix ans, par exemple – incompatible avec l'obligation légale de renouvellement périodique.

Au demeurant, lorsqu'il est saisi au titre de l'article 37-2, le Conseil considère qu'il ne lui appartient pas de contrôler la constitutionnalité des dispositions qui lui sont soumises, mais « seulement d'apprécier si elles relèvent du domaine législatif ou du domaine réglementaire ». Par cette précision, le Conseil, dans sa décision du 8 juin 1995⁸⁵, peut admettre la compétence du gouvernement pour fixer la liste des emplois auxquels il est pourvu par décret en Conseil des ministres puisque la loi organique du 28 novembre 1958 a prévu un renvoi au pouvoir réglementaire, tout en laissant ouverte la question de la constitutionnalité de ce renvoi, l'article 13 de la Constitution investissant seulement le législateur organique de la responsabilité de compléter cette liste.

b) Le partage du pouvoir réglementaire

560 Le principe de la séparation des pouvoirs s'applique à l'égard du Président de la République et du gouvernement, affirme le Conseil dans la décision du

■ 82. CC 2014-249 L, 18 juillet 2014, JO 20 juillet 2014, p. 12118.

■ 83. Voir par exemple, CC 88-157 L, 10 mai 1988, R. p. 56. « Considérant que cette règle de procédure ne met en cause aucune des règles ni aucun des principes fondamentaux qui ressortissent à la compétence du législateur ; qu'elle relève, par suite, du pouvoir réglementaire ». Voir aussi, CC 94-176 L, 10 mars 1994, R., p. 67.

■ 84. CC 96-178 L, 5 septembre 1996, R. p. 113. Le Conseil limite de moins en moins son contrôle au seul objet de la saisine et le fait porter sur des dispositions non visées par la demande du Premier ministre : voir par ex., CC 99-185 L, 18 mars 1999, R. p. 67 ; CC 99-184 L, 18 mars 1999, R. p. 65 ; CC 99-187 L, 6 octobre 1999, R. p. 114 ; CC 99-186 L, 31 mai 1999, R. p. 69.

■ 85. CC 95-177 L, 8 juin 1995, R. p. 211.

10 novembre 2011⁸⁶. De même, le 12 novembre 2015⁸⁷, l'encadrement excessif du pouvoir réglementaire est censuré en ce qu'une loi organique relative à Saint-Barthélemy prévoyait l'obligation de prendre dans un délai préfixé un décret d'approbation ou de refus d'approbation d'actes dans le domaine du droit pénal. En dehors de ces hypothèses, le Conseil constitutionnel prévoit et encadre le partage du pouvoir réglementaire avec les acteurs sociaux et les AAI.

561 Un pouvoir « partagé » avec les « acteurs sociaux ». Si la discussion et le vote des lois appartiennent au Parlement, l'exécution des lois et l'exercice du pouvoir réglementaire appartiennent au Premier ministre. Et le Conseil fait respecter cet aspect du principe de la séparation des compétences législative et réglementaire, en considérant contraire à la Constitution toute intervention du Parlement dans la mise en œuvre du pouvoir réglementaire. Ainsi, dans la décision du 30 décembre 1970⁸⁸, il censure une disposition législative imposant au gouvernement de consulter la commission des Finances de chacune des deux Assemblées avant de prendre le décret fixant les conditions de gestion et de fonctionnement de l'Agence nationale pour l'amélioration de l'habitat. De même, dans la décision du 27 juillet 1978⁸⁹, il censure une disposition prévoyant que les modalités d'application des décrets nécessaires à l'application de la loi relative à l'enseignement agricole devaient être précisées par des conventions passées entre le ministre de l'Agriculture et les organisations représentatives de l'enseignement agricole privé. Pour le Conseil, la subordination de l'application de la loi à l'obligation pour le gouvernement de conclure des conventions constitue une ingérence dans la mise en œuvre du pouvoir réglementaire, incompatible avec la Constitution qui en fait une attribution propre du gouvernement.

Cette défense d'un exercice libre du pouvoir réglementaire n'est cependant pas absolue. En considérant, dans sa décision du 23 mai 1979⁹⁰, que n'est pas contraire au principe de la séparation des pouvoirs législatif et exécutif, la détermination par la loi des conditions d'entrée en vigueur des règles qu'elle édicte, le Conseil tend à réduire l'autonomie du gouvernement dans la mise en œuvre de la loi. Depuis quelques années, le Conseil invite même fermement le législateur à ne pas laisser une trop grande latitude de décision au gouvernement. Il a ainsi censuré une disposition législative qui n'assortissait d'aucune limite la faculté donnée au gouvernement de fixer la date à laquelle une abrogation fiscale prendrait effet⁹¹ ; il a encore invalidé une disposition législative permettant à « l'autorité administrative de choisir pour des élections cantonales partielles toute date à sa convenance au cours d'une période de six mois suivant l'ouverture de la vacance sans qu'en apparaisse la nécessité » ; en ne précisant ni les conditions ni les limites d'un délai d'une aussi longue durée, « le législateur, considère le Conseil, est resté en deçà de sa compétence et a méconnu la Constitution »⁹².

■ 86. CC 2011-192 QPC, 10 novembre 2011, *R.* p. 528.

■ 87. CC 2015-721 DC, 12 novembre 2015, JO 8 novembre 2015, p. 21459

■ 88. CC 70-41 DC, 30 décembre 1970, *R.* p. 29.

■ 89. CC 78-95 DC, 27 juillet 1978, *R.* p. 26.

■ 90. CC 79-104 DC, 23 mai 1979, *R.* p. 27.

■ 91. CC 86-223 DC, 29 décembre 1986, *R.* p. 27.

■ 92. CC 87-233 DC, 5 janvier 1988, *R.* p. 9 ; CC 89-260 DC, 28 juillet 1989, *R.* p. 71.

Cette jurisprudence ne définit sans doute pas un partage du pouvoir réglementaire entre le gouvernement et le législateur, ni même une participation de ce dernier à son exercice ; mais elle contribue à faire déterminer par le législateur le cadre précis et les limites dans lesquels le pouvoir réglementaire est mis en œuvre⁹³.

Plus intéressante sans doute est la jurisprudence qui reconnaît aux acteurs sociaux un pouvoir de mise en œuvre des lois, modifiant ainsi les rapports entre loi, décret et contrat. Ainsi, dans sa *décision du 9 décembre 2004*⁹⁴, le Conseil juge que, dès lors que le législateur avait défini les normes générales des conditions de travail et de rémunération des sportifs professionnels – et en particulier les parts respectives du salaire proprement dit et de la commercialisation de l'image collective de l'équipe –, il pouvait « laisser aux employeurs et aux salariés, ou à leurs organisations représentatives, le soin de préciser, notamment par la voie de la négociation collective, les modalités concrètes d'application des normes qu'il édicte en matière de droit du travail ». En pointillé dans la loi, la norme n'apparaît que dans sa construction conventionnelle. Il en est encore ainsi dans la *décision du 29 juillet 2005*⁹⁵ où le Conseil valide le renvoi à des conventions ou accords collectifs de branche ou d'entreprise de la définition des catégories de salariés non-cadres pouvant bénéficier des conventions de forfait en jours et les modalités concrètes de leur application ; le législateur en a fixé le principe et le cadre général, les acteurs sociaux peuvent définir sa mise en œuvre au nom des principes de liberté contractuelle et du droit de tout travailleur à participer, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail. Lors de l'examen le 16 août 2007⁹⁶ de la loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres, le Conseil constitutionnel précise également que le législateur peut renvoyer au décret ou confier à la convention collective le soin de préciser les modalités d'exercice du droit de grève. De même, la décision du 16 janvier 2014⁹⁷ indique que le législateur peut prévoir qu'un accord collectif puisse déterminer l'exposition à un ou plusieurs facteurs de risques professionnels au-delà des seuils mentionnés dans le Code du travail. Dans le contrôle *a posteriori*, le Conseil maintient cette jurisprudence, par exemple dans la décision du 27 septembre 2013⁹⁸ en écartant la présence d'une incompétence négative en raison de la possibilité pour le législateur de renvoyer à un accord d'entreprise la définition des modalités de mise à disposition des publications et tracts de nature syndicale.

562 Un pouvoir « partagé » avec les autorités administratives indépendantes.

Le Premier ministre dispose-t-il du monopole de l'exercice du pouvoir réglementaire, ou peut-il être amené à le partager avec d'autres autorités non étatiques ? Cette question classique et ancienne, longtemps débattue dans la doctrine, a été

■ 93. Voir la jurisprudence « incompétence négative », *supra* n°287.

■ 94. CC 2004-507 DC, 9 décembre 2004, R. p. 219.

■ 95. CC 2005-523 DC, 29 juillet 2005, R. p. 137.

■ 96. CC 2007-556 DC, 16 août 2007, R. p. 319.

■ 97. CC 2013-683 DC, 16 janvier 2014, JO 21 janvier 2014, p. 1066.

■ 98. CC 2013-345 QPC, 27 septembre 2013, JO 1er octobre 2013, p. 16307.

tranchée par le Conseil dans deux affaires relatives aux autorités administratives indépendantes⁹⁹.

Le législateur de 1986 ayant attribué à la Commission nationale de la communication et des libertés un pouvoir réglementaire, les députés saisirent le Conseil au motif notamment que cette compétence donnée à une autorité administrative indépendante méconnaissait les dispositions de l'article 21 qui réservent au seul Premier ministre le pouvoir réglementaire. Dans sa décision du 18 septembre 1986¹⁰⁰, le Conseil considère que « ces dispositions ne font pas obstacle à ce que le législateur confie à une autorité de l'État autre que le Premier ministre le soin de fixer des normes permettant de mettre en œuvre la loi ». Ce considérant est repris dans la décision du 17 janvier 1989¹⁰¹, pour déclarer conforme à la Constitution l'attribution d'un pouvoir réglementaire au successeur de la CNCL, le Conseil supérieur de l'audiovisuel. Le principe de la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire au profit des autorités administratives indépendantes est donc clairement affirmé. Et il n'est plus limité à cette seule catégorie : le Conseil a étendu la portée de sa jurisprudence en jugeant, dans sa décision du 22 janvier 1990, que le législateur pouvait également confier à des organismes professionnels le soin de préciser par une convention les modalités concrètes de mise en œuvre des normes qu'il édicte¹⁰².

563 Cependant, le Conseil subordonne la constitutionnalité de cette dévolution de compétence au respect de trois conditions.

Il faut d'abord que cette habilitation ne concerne qu'« un domaine déterminé » – décision de 1986 – ou « que des mesures de portée limitée par leur champ d'application » – décision de 1989. Il faut ensuite que cette habilitation respecte « le cadre défini par les lois et les règlements ». Condition importante, dans la mesure où le Conseil signifie que le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes est subordonné à celui du Premier ministre. C'est pourquoi, dans la décision de 1986, il censure une disposition législative qui prévoyait que les normes édictées par le gouvernement pour fixer le cahier des charges servant de base à la cession de TF1 seraient subordonnées aux règles générales établies par la CNCL. C'est pourquoi aussi, dans la décision de 1990, il admet la constitutionnalité du renvoi à une convention, « l'entrée en vigueur de cette dernière étant subordonnée à son approbation par l'autorité ministérielle qui a pour effet de conférer un caractère réglementaire aux stipulations de la convention ». Il faut enfin que l'habilitation « ne concerne que des mesures de portée limitée par leur contenu » : dans la décision du 17 janvier 1989, le Conseil considère ainsi « trop étendue », et par

■ 99. Sur les autorités administratives indépendantes, voir par exemple, C.-A. COLLARD, G. TIMSIT (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, PUF, 1988 ; J. CHEVALLIER, « Réflexions sur les autorités administratives indépendantes », *JCP*, 1986, 1, 3254 ; J.-L. AUTIN, « Les autorités administratives indépendantes et la Constitution », *Rev. Adm.* 1988, p. 333 ; C. TEITGEN-COLY, « Les instances de régulation et la Constitution », *RDV*, 1990, p. 133 ; Conseil d'Etat, Rapport public 2001, *Les autorités administratives indépendantes*, La documentation française, EDCE n° 52, 2001 ; A. HAQUET, « Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes. Réflexions sur son objet et sa légitimité », *RDV*, 2008, p. 393 ; M. DEGOFFE, « Constitution et compétences normatives économiques des « autorités de régulation » », *LPA*, 2009, n° 16, p. 18.

■ 100. CC 86-217 DC, 18 septembre 1986, *R.* p. 141.

■ 101. CC 88-248 DC, 17 janvier 1989, *R.* p. 18 ; CC 89-260 DC, 28 juillet 1989, *R.* p. 71.

■ 102. CC 89-269 DC, 22 janvier 1990, *R.* p. 33 ; CC 89-257 DC, 25 juillet 1989, *R.* p. 59.

conséquent contraire à la Constitution, l'habilitation donnée au CSA « de fixer seul par voie réglementaire non seulement les règles déontologiques concernant la publicité mais également l'ensemble des règles relatives à la communication institutionnelle » ; dans la décision du 15 janvier 1992, il préfère circonscrire, lui-même, au moyen d'une interprétation constructive de la loi, l'exercice des compétences réglementaires données au Conseil supérieur de l'audiovisuel pour juger que « sous ces réserves, les dispositions de la loi ne sont pas contraires à l'article 21 de la Constitution »¹⁰³ ; dans la décision du 1^{er} juillet 2004¹⁰⁴, il admet que le législateur pouvait transférer à l'Autorité de régulation des télécommunications les pouvoirs relatifs aux tarifs du service universel qui étaient jusqu'alors exercés par le ministre de l'Économie et des Télécommunications ; dans la décision du 12 août 2004¹⁰⁵, il juge que l'Union nationale des caisses d'assurance-maladie peut se voir confier le soin, relevant jusque-là d'un décret en Conseil d'État, de fixer la participation des assurés aux tarifs servant de base au calcul de certaines prestations « dès lors, précise cependant le Conseil, que ces décisions interviendront dans les limites fixées par le pouvoir réglementaire ».

De même, le fait pour le législateur de prévoir d'un décret en Conseil d'État ne pourra être pris qu'après avis conforme de la Commission nationale de l'informatique est contraire à l'article 21 de la Constitution, dit le Conseil dans la décision du 4 décembre 2006¹⁰⁶, en ce que l'exercice par le Premier ministre de sa compétence réglementaire ne peut être lié par l'avis conforme d'une autorité administrative indépendante.

Lors de l'examen de la loi Macron le 5 août 2015¹⁰⁷, le Conseil constitutionnel confirme sa jurisprudence en s'assurant que les avis de l'Autorité de la concurrence relatifs à l'implantation des professions réglementées et de création d'office ne s'imposent pas au pouvoir exécutif.

B. LA DÉFENSE DES PRÉROGATIVES GOUVERNEMENTALES DANS LA PROCÉDURE LÉGISLATIVE

564 Malgré la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 qui a profondément modifié les règles de la procédure législative, elles restent animées par la volonté de donner au gouvernement le pouvoir de faire adopter par le Parlement les lois qu'il estime nécessaires. Même si elle s'efforce de maintenir et défendre les droits d'information et de discussion des parlementaires, la politique jurisprudentielle du

■ 103. CC 91-304 DC, 15 janvier 1992, *R.* p. 18. Le Conseil a également jugé que le pouvoir donné à la Banque de France de fixer les règles permettant de mettre en œuvre le contrôle de l'évolution de la masse monétaire n'est pas contraire à l'article 21 de la Constitution car l'habilitation réglementaire ne concerne que « des mesures circonscrites tant par leur champ d'application que par leur contenu » : CC 93-324 DC, 3 août 1993, *R.* p. 208. Voir également, sur la compétence réglementaire de l'Autorité de régulation des télécommunications, CC 96-378 DC, 23 juillet 1996, *R.* p. 99.

■ 104. CC 2004-497 DC, 1^{er} juillet 2004, *R.* p. 107.

■ 105. CC 2004-504 DC, 12 août 2004, *R.* p. 153.

■ 106. CC 2006-544 DC, 14 décembre 2006, JO 22 décembre 2006, p. 19356.

■ 107. CC 2015-715 DC, 5 août 2015, JO 7 août 2015, p. 13616.

Conseil tend surtout à faire respecter les prérogatives du gouvernement. Aussi bien dans la conduite de la procédure législative ordinaire (1) que dans celle de la procédure en matière budgétaire et financière (2).

1. Le contrôle des règles de la procédure législative ordinaire

a) Le contrôle du déroulement de la phase préparatoire

565 Le contrôle des initiatives législatives. Selon l'article 39 de la Constitution, « l'initiative des lois appartient concurremment au Premier ministre et aux membres du Parlement ». Avec une détermination n'excluant pas la souplesse, le Conseil veille au respect du libre exercice de ce droit par chacune des deux autorités.

Protection de l'initiative du Premier ministre. Il protège d'abord le pouvoir d'initiative du Premier ministre de toute injonction du Parlement. Ainsi, le Conseil censure les dispositions législatives qui obligent le gouvernement à déposer, avant une date précise, un projet de loi sur un objet précis, au motif qu'elles constituent une injonction qui porte atteinte à la liberté dont dispose le Premier ministre dans l'exercice de son droit d'initiative¹⁰⁸. Le Conseil cependant ne condamne pas toute obligation faite au gouvernement par le Parlement : il a par exemple considéré que les dispositions fixant la procédure d'adoption des lois de planification, notamment celles imposant des dates et délais au gouvernement pour « prendre diverses mesures de préparation des lois à intervenir, déposer des projets de loi de plan ou suivre et faire connaître les conditions d'exécution du plan en cours, constituer des mesures d'organisation du travail législatif et non des injonctions empiétant sur les droits du gouvernement »¹⁰⁹. Cette distinction subtile entre injonction et mesure d'organisation du travail législatif, dont les critères paraissent être l'origine, parlementaire ou gouvernementale, et le caractère, précis ou général, des obligations imposées à Matignon, permet au Conseil de gérer avec souplesse la protection du droit d'initiative législative du Premier ministre.

Dans le même esprit, le Conseil estime que l'absence physique du Premier ministre au Conseil des ministres qui a adopté un projet de loi ne peut être considérée comme une atteinte à son droit d'initiative, dans la mesure où il « a exercé ce droit en signant lui-même le décret de présentation au Parlement du projet de loi »¹¹⁰. Ce pouvoir de signature, rappelé par le Conseil, donne au Premier ministre un moyen de pression important, en cas de désaccord entre les ministres ou/et avec le Chef de l'État sur le contenu de la loi ; à condition bien sûr qu'il ait la volonté et le rapport de force nécessaires.

En revanche, le Conseil accorde à la consultation du Conseil d'État, obligatoire pour les projets de loi en vertu de l'article 39 de la Constitution, une portée surprenante de nature à réduire la liberté politique du gouvernement. Dans la décision du

■ 108. CC 66-7 FNR, 21 décembre 1966, R. p. 37 ; CC 76-73 DC, 28 décembre 1976, R. p. 41 ; CC 78-102 DC, 17 janvier 1979, R. p. 26.

■ 109. CC 82-142 DC, 27 juillet 1982, R. p. 52.

■ 110. CC 84-179 DC, 12 septembre 1984, R. p. 73.

3 avril 2003¹¹¹, il juge que la disposition portant à 10 % du nombre des électeurs inscrits le seuil permettant à une liste de se maintenir pour le second tour des élections régionales avait été adoptée selon une procédure irrégulière car le projet initial soumis à l'avis du Conseil d'État prévoyait seulement un seuil de 10 % du total des suffrages exprimés ; en substituant, au cours des délibérations du Conseil des ministres, le seuil d'accès au second tour, le gouvernement est donc accusé d'avoir « modifié la nature de la question posée au Conseil d'État, le seuil de 10 % des inscrits n'ayant été évoqué à aucun moment lors de la consultation de la commission permanente du Conseil d'État ». Sur ce point, il faut reconnaître que les observations en défense du gouvernement étaient pourtant et restent pertinentes : l'article 39 de la Constitution définit une obligation juridique de consultation préalable du Conseil d'État sur tous les projets de loi, non l'obligation pour le gouvernement de ne pas adopter en Conseil des ministres ou de ne pas faire adopter par le Parlement des dispositions différentes de celles figurant dans le texte soumis pour avis au Conseil d'État. Même s'il avait été saisi de la proposition de fixer à 10 % des inscrits le seuil d'accès au second tour et même s'il avait émis un avis négatif, le gouvernement restait politiquement libre de maintenir ce seuil. À ses risques et périls sans doute, mais l'avis du Conseil d'État ne rentre pas dans la catégorie des avis conformes, sauf à transformer le Palais Royal tout à la fois en Palais de l'Élysée, Palais Bourbon et Palais de Montpensier ! Dans plusieurs occasions d'ailleurs, le Conseil a censuré des dispositions législatives proposées par le gouvernement conformément à l'avis du Conseil d'État (en 1981 par exemple, sur la question de l'indemnisation des actionnaires privés) ; le contenu de l'avis n'est donc pour le gouvernement ni une obligation politique ni une sécurité juridique.

Au demeurant, il est très probable que, si le gouvernement avait modifié le seuil non en Conseil des ministres mais au cours des débats parlementaires, le Conseil n'aurait pas censuré, au moins sur ce motif, la disposition critiquée, considérant alors que l'article 44 de la Constitution donnait au gouvernement le pouvoir de faire évoluer, par voie d'amendements, le projet initial. De sorte que la plume devient soupçonneuse : l'argument de procédure n'a-t-il pas été le moyen permettant aux juges constitutionnels de censurer le seuil de 10 % des inscrits sans avoir à se prononcer sur sa conformité au principe du pluralisme dont l'usage ne garantissait peut-être pas le même résultat ? L'empressement avec lequel le Conseil déclare que, du fait de la censure pour procédure irrégulière, « il n'y a pas lieu d'examiner les autres griefs dirigés contre ces dispositions et notamment celui tiré de l'atteinte au principe des courants d'idées et d'opinions » donne un poids certain à ce soupçon.

566 Protection de l'initiative des parlementaires. Le Conseil protège aussi le droit d'initiative des membres du Parlement. Il veille par exemple à ce qu'il ne soit pas porté atteinte au droit d'initiative des parlementaires, y compris par les parlementaires eux-mêmes. Ainsi, dans sa décision du 27 juillet 1982, il déclare dépourvues de tout effet juridique les dispositions législatives prévoyant le dépôt de *projets* de lois du plan par le gouvernement, interdisant pendant deux ans toute modification

■ 111. CC 2003-468 DC, 3 avril 2003, R. p. 325.

du plan, et imposant aux lois futures un certain contenu¹¹². L'argumentation du Conseil est simple : le droit d'initiative reconnu aux parlementaires implique que ces derniers ne puissent s'interdire son exercice au profit du gouvernement, que « le législateur ne peut lui-même se lier », et qu'« une loi peut toujours et sans condition, fût-ce implicitement, abroger ou modifier toute loi antérieure ou y déroger ». Dans le même sens, le Conseil considère que ce serait restreindre, « contrairement aux articles 39 et 40 de la Constitution, l'initiative des membres du Parlement » que de leur interdire le vote, en cours d'année et en dehors des lois de finances, de lois ordinaires comportant des dispositions fiscales¹¹³.

Par ailleurs, le Conseil constitutionnel protège la priorité du Sénat dans l'examen des projets de loi ayant pour principal objet l'organisation des collectivités territoriales que le constituant a instauré dans la révision constitutionnelle du 26 mars 2003. Sont ainsi concernés les projets de loi relatifs aux procédures de la prise de décision dans le domaine de compétence des collectivités territoriales¹¹⁴, à l'inverse d'un projet de loi sur l'expérimentation locale des localement des normes nouvelles¹¹⁵ ou de celui relatif aux finances des collectivités territoriales¹¹⁶. A défaut de respecter cette exigence, le Conseil constitutionnel peut censurer la totalité du projet de loi pour méconnaissance de la procédure d'adoption de la loi, à l'image de la décision du 23 juin 2011¹¹⁷ relative à la loi fixant le nombre des conseillers territoriaux de chaque département et de chaque région.

567 Résolutions. Jusqu'en 2008, le Conseil interdisait aux parlementaires tout moyen détourné – les propositions de résolution par exemple – pour étendre leur pouvoir d'initiative des lois. Après la révision de 2008 qui permet au Parlement d'adopter des résolutions sur le fondement de l'article 34-1, le Conseil reste vigilant et censure la disposition de la loi organique qui permettait à l'auteur d'une résolution de l'amender après qu'elle a été inscrite à l'ordre du jour au motif qu'il aurait pu ainsi, au dernier moment, en profiter pour mettre en cause la responsabilité du gouvernement¹¹⁸.

Que le Conseil constitutionnel puisse apparaître cependant contre les parlementaires eux-mêmes, le protecteur de leur initiative législative, s'explique par la logique du jeu politique : pour diminuer la capacité législative de la majorité parlementaire, les députés de l'opposition ont intérêt à défendre une interprétation restrictive du droit d'initiative parlementaire. En sauvegardant la plénitude de ce droit, le Conseil rend d'ailleurs service à ces mêmes députés lorsqu'ils deviennent à leur tour la majorité...

En ce qui concerne les propositions de résolutions en vue de la réunion de la Haute Cour, compétente pour destituer le Président de la République en vertu de l'article 68 de la Constitution, la décision du 19 novembre 2014¹¹⁹ censure les

■ 112. CC 82-142 DC, 27 juillet 1982, R. p. 52.

■ 113. CC 84-170 DC, 4 juin 1984, R. p. 45 ; CC 91-298 DC, 24 juillet 1991, R. p. 82.

■ 114. CC 2003-482 DC, 30 juillet 2003, JO 2 août 2003, p. 13303.

■ 115. CC 2003-478 DC du 30 juillet 2003, JO 2 août 2003, p. 13302.

■ 116. CC 2004-500 DC du 29 juillet 2004, JO 30 juillet 2004, p. 13562.

■ 117. CC 2011-632 DC du 23 juin 2011, JO 28 juin 2011, p. 10896.

■ 118. CC 2009-579 DC, 9 avril 2009, JO 16 avril 2009, p. 6530.

■ 119. CC 2014-703 DC, 19 novembre 2014, JO 25 novembre 2014, p. 19698.

dispositions organiques qui limitaient le droit de chaque membre du Parlement à la signature d'une seule proposition de résolution par mandat présidentiel.

568 Dépôt de propositions et projets de loi. Le dépôt de propositions et projets de loi peut se faire à tout moment, y compris dans l'intervalle des sessions, admet le Conseil qui, cependant, dans cette hypothèse, neutralise les effets de cette disposition par des réserves d'interprétation destinées à faire prévaloir des exigences constitutionnelles, notamment celle de l'article 40 de la Constitution décidant que le seul dépôt qui juridiquement importe est celui fait après examen par le bureau du Sénat de la recevabilité financière des propositions parlementaires¹²⁰. Déposer des propositions et projets de loi dans l'intervalle des sessions est ainsi ramené par le Conseil à une simple modalité d'information parlementaire sans conséquences de droit.

569 Le contrôle sur l'organisation du travail législatif. L'organisation du travail législatif a été profondément modifiée par la révision du 23 juillet 2008, les lois organiques de sa mise en œuvre et les règlements des deux assemblées réécrits en conséquence.

Ordre du jour. Le gouvernement avait la maîtrise de l'ordre du jour, il le partage désormais avec les chambres ; les projets de loi étaient discutés dans la rédaction arrêtée par le gouvernement, ils le sont désormais dans la rédaction arrêtée par la commission parlementaire compétente... Il sera intéressant d'observer l'influence éventuelle de cette nouvelle écriture constitutionnelle et organique du travail législatif plus favorable *a priori* au Parlement sur une jurisprudence du Conseil qui, jusqu'alors, veillait scrupuleusement au respect absolu des prérogatives gouvernementales. Sur le fondement des anciennes dispositions constitutionnelles, il a refusé que puisse être inscrite, de droit, en tête de l'ordre du jour d'une séance, la discussion d'un procès-verbal précédemment rejeté¹²¹, se souvenant sans doute que, sous les républiques parlementaires, ce moyen servait aux députés pour tourner l'ordre du jour arrêté par le gouvernement. De même, la conférence des présidents était maintenue par le Conseil dans un rôle subalterne : elle ne pouvait intervenir que pour proposer des affaires « en complément de celles inscrites par priorité à l'ordre du jour, sur décision gouvernementale »¹²² ; et surtout, l'ordre du jour établi par la conférence, à partir des priorités indiquées par le gouvernement, ne liait pas ce dernier qui pouvait, à tout moment et librement, le modifier et même soumettre à l'Assemblée un projet de loi qui n'avait pas été inscrit à l'ordre du jour par la conférence des présidents¹²³. La raison de cette rigoureuse position jurisprudentielle est simple et fermement rappelée par le Conseil : l'article 48 de la Constitution relative à la détermination de l'ordre du jour « ne prévoit pas l'intervention de la conférence des présidents ».

Cet article a changé puisque désormais « l'ordre du jour est fixé par chaque assemblée », le gouvernement ne bénéficiant plus de la priorité que « deux semaines de séance sur quatre ». Mais il semble que le Conseil soit toujours attentif au

■ 120. CC 91-301 DC, 15 janvier 1992, R. p. 9.

■ 121. CC 59-3 DC, 25 juin 1959, R. p. 61.

■ 122. CC 59-2 DC, 24 juin 1959, R. p. 58.

■ 123. CC 81-130 DC, 30 octobre 1981, R. p. 31.

maintien d'un certain privilège d'inscription au profit du gouvernement. Dans sa décision du 25 juin 2009¹²⁴, il valide la règle imposant au gouvernement de faire connaître à l'ouverture de la session « ses » semaines parce que cette information est seulement « à titre indicatif » et que le gouvernement garde toujours la possibilité de modifier son choix.

570 Étude d'impact. Dans le même sens, le Conseil ne cherche pas à donner une force contraignante à la nouvelle obligation pour le gouvernement d'accompagner ses projets de loi du dépôt d'études d'impact. Par sa décision du 9 avril 2009¹²⁵ portant sur la loi organique relative à l'application des nouveaux articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, il censure l'obligation faite au ministre de présenter la nouvelle étude d'impact de ses projets de loi « dès le début » de leur élaboration au motif que la Constitution ne permet pas d'imposer au gouvernement un calendrier en matière de procédure législative ; dans le même sens et pour le même motif, il censure l'obligation qui était faite au gouvernement d'exposer « ses orientations principales et le délai prévisionnel des textes d'application ». Cependant, en considérant, dans sa décision du 17 mai 2013¹²⁶, « qu'au regard du contenu de l'étude d'impact relative au projet de loi sur le mariage pour tous, le grief tiré de la méconnaissance » de cette obligation doit être écarté, le Conseil paraît s'engager dans un contrôle de l'exhaustivité et de la sincérité des études d'impact. Pour autant, les censures en la matière risquent d'être rarissimes. Par exemple, dans la décision du 13 mars 2014¹²⁷, le Conseil constitutionnel estime que les exigences relatives à la présentation des projets de loi ne sont pas opposables aux articles introduits par voie d'amendement du gouvernement. Dans la décision du 5 août 2015, le Conseil constitutionnel précise « que le caractère éventuellement incomplet de l'étude d'impact dans l'état antérieur à son dépôt sur le bureau de la première assemblée saisie est sans incidence sur le respect des exigences de l'article 8 de la loi organique du 15 avril 2009 »¹²⁸. De plus, pour examiner le grief tiré de la méconnaissance des exigences de l'article 8 de la loi organique du 15 avril 2009, le Conseil constitutionnel impose dans la décision du 13 août 2015¹²⁹ que la Conférence des présidents ait été au préalable saisie d'une demande tendant à constater que les règles relatives aux études d'impact étaient méconnues.

Au titre de l'article 39 dans sa version résultant de la révision de 2008, le Conseil constitutionnel peut être saisi par le Président de l'assemblée intéressée ou le Premier ministre, en cas de désaccord entre la conférence des présidents et le gouvernement à propos du respect des conditions de présentation des projets de lois posées par une loi organique. Dans la décision du 1^{er} juillet 2014¹³⁰, consacrée au projet de loi sur la délimitation des régions et aux élections locales, le Conseil

■ 124. CC 2009-581 DC, 25 juin 2009, R. 120. V. également, à propos de l'ordre du jour prioritaire du gouvernement CC 2013-677 DC, 14 novembre 2013, JO 16 novembre 2013, p. 18633.

■ 125. CC 2009-579 DC, 9 avril 2009, JO 16 avril 2009, p. 6530.

■ 126. CC 2013-669 DC, 17 mai 2013, JO 18 mai 2013, p. 8281.

■ 127. CC 2014-690 DC, 13 mars 2014, JO 18 mars 2014, p. 5450.

■ 128. CC 2015-715 DC, 5 août 2015, JO 7 août 2015, p. 13616.

■ 129. CC 2015-718 DC, 13 août 2015, JO 18 août 2015, p. 14376.

■ 130. CC 2014-12 FNR, 1^{er} juillet 2014, JO 3 juillet 2014, p. 11023. Sur l'ensemble de ces questions, cf. M. PHILIP-GAY (dir.), *Les études d'impact accompagnant les projets de loi*, LGDJ, 2012 ;

constitutionnel exerce un contrôle minimum du contenu de l'étude d'impact et considère qu'il ne saurait « être fait grief à cette étude d'impact de ne pas comporter de développements sur l'évolution du nombre des emplois publics dès lors que le gouvernement ne mentionne pas la modification de ce nombre dans les objectifs poursuivis par ce projet de loi ».

571 Rôle des commissions. Dans la phase préparatoire à la discussion parlementaire, le travail des commissions est fondamental¹³¹, puisque leur objet est de procéder à l'examen détaillé du texte de loi et de livrer à la réflexion des assemblées un rapport qui constitue, selon les règlements, le point de départ des débats en séance publique. Et ce moment de travail en commission a été encore renforcé par la révision de 2008. Mais là encore, le Conseil a préservé les prérogatives gouvernementales. Alors qu'une controverse opposait les parlementaires sur la présence et la prise de parole des ministres dans ces commissions, il juge, dans sa décision du 9 avril 2009¹³², que les ministres doivent pouvoir participer aux travaux des commissions où se fait la réécriture des projets de loi et « assister aux votes destinés à arrêter le texte sur lequel portera la discussion en séance ». Cette compréhension n'interdit pas au Conseil de veiller au respect des nouvelles règles constitutionnelles et organiques. Il a ainsi censuré dans sa totalité la loi Duflot sur le logement au motif que la discussion en séance a débuté sur le texte du gouvernement et non sur le texte modifié par la commission¹³³.

572 Information des parlementaires. Par ailleurs, le Conseil a fermement rappelé, dans sa décision du 9 mai 1991¹³⁴, que l'information doit être la même pour tous les parlementaires. La loi sur le nouveau statut de la Corse prévoyait, en effet, au bénéfice des parlementaires élus dans les départements de Corse une information particulière à la fois sur les projets de loi soumis pour avis à l'Assemblée de Corse et sur les propositions émanant de cette assemblée. Le Conseil censure cette obligation d'information au motif que l'article 27 de la Constitution déclarant nul tout mandat impératif, tous « les membres du Parlement ont la qualité de représentants du peuple, et qu'il n'appartient pas en conséquence au législateur de faire bénéficier certains parlementaires, en raison de leur élection dans une circonscription déterminée, de prérogatives particulières dans le cadre de la procédure d'élaboration de la loi ». Pour apprécier le respect de cette obligation d'information, il tient compte cependant des contraintes matérielles du fonctionnement des assemblées et, pour éviter de prononcer trop facilement des censures pour vice de forme, considère qu'un retard de quatre jours – et même de six jours – dans la distribution de documents annexes au projet de loi de finances¹³⁵ ou au projet de loi de financement de la

B.-L. COMBRADE, *L'obligation d'étude d'impact des projets de loi*, Thèse, Paris I, 2015, Dalloz, 2017, à paraître.

■ 131. Voir par exemple, P. CAHOVA, « Les commissions, lieu de travail législatif », *Pouvoirs*, n° 34, p. 39.

■ 132. CC 2009-579 DC, 9 avril 2009, *R.* p. 84.

■ 133. CC 2012-655 DC, 24 octobre 2012, JO 27 octobre 2012, p. 16704.

■ 134. CC 91-290 DC, 9 mai 1991, *R.* p. 50.

■ 135. CC 82-154 DC, 29 décembre 1982, *R.* p. 81 ; CC 97-395 DC, 30 décembre 1997, *R.* p. 333.

Sécurité sociale¹³⁶ « n'a pu avoir pour effet de priver l'Assemblée nationale de l'information à laquelle elle a droit ».

b) Le contrôle du déroulement des phases de discussion et d'adoption

573 Le contrôle des conditions de la discussion parlementaire. La possibilité de proposer des modifications au texte soumis aux Assemblées est devenue, sous la V^e République, l'élément essentiel de la phase de discussion législative. Dans une procédure qui, malgré la révision du 23 juillet 2008, reste largement entre les mains du gouvernement, le droit d'amendement est, en effet, le seul moyen pour les parlementaires de contribuer à la fabrication de lois dont l'initiative leur échappe. Il peut être aussi un instrument de guérilla législative ou, tout simplement, de dénaturation du texte gouvernemental. Aussi, le Conseil a construit une jurisprudence balancée à la fois protectrice des droits des parlementaires et des prérogatives du gouvernement. Et il n'est pas sûr, à la lecture des décisions de 2009, que le Conseil soit disposé à modifier sa jurisprudence pour tenir compte du nouvel article 45 de la Constitution rédigé pourtant avec le souci de l'assouplir.

574 Exercice réel du droit d'amendement. Le Conseil veille d'abord à ce qu'il y ait eu « dans l'élaboration de la loi exercice réel du droit d'amendement »¹³⁷ ; réalité qui se mesure à « l'ampleur des discussions devant les Assemblées, au nombre et à l'importance des modifications apportées au cours des débats au texte déposé »¹³⁸, ou au fait que « les amendements n'ont pas été indûment déclarés irrecevables, qu'ils ont pu être soutenus et que leur rejet a résulté de votes de l'Assemblée devant laquelle ils ont été déposés »¹³⁹. En exigeant une véritable discussion parlementaire, le Conseil défend ainsi les prérogatives et le rôle propre du Parlement, comme lieu de débats et non simple chambre d'enregistrement. Il a ainsi jugé, dans sa décision du 7 novembre 1990, que si le Sénat pouvait accroître le rôle législatif préparatoire des commissions pour permettre une accélération de la procédure législative, il ne pouvait cependant instituer la règle du « vote sans débat » permettant au président de séance de mettre aux voix l'ensemble du texte de loi y compris les amendements adoptés par la commission. Cette règle, en effet, portait atteinte au droit d'amendement reconnu à chaque parlementaire puisque ceux non adoptés par la commission ne pouvaient pas être repris en séance plénière.

Dans son souci d'ouvrir au maximum la discussion, le Conseil a même reconnu, dans sa décision du 17 mai 1973¹⁴⁰, « le droit de sous-amendement comme indissociable du droit d'amendement, reconnu aux membres du Parlement et au gouvernement par l'article 44-1 de la Constitution ». Il est donc possible d'animer le débat par des propositions de modification d'amendements, à condition toutefois qu'elles « ne contredisent pas le sens de l'amendement » ; s'il en était ainsi, par exemple, si un sous-amendement visait à l'annulation de l'amendement, il y aurait, précise le Conseil, détournement de procédure.

■ 136. CC 97-393 DC, 18 décembre 1997, R. p. 320.

■ 137. CC 75-57 DC, 23 juillet 1975, R. p. 24.

■ 138. CC 75-57 DC, 23 juillet 1975, R. p. 24.

■ 139. CC 81-132 DC, 16 janvier 1982, R. p. 18.

■ 140. CC 73-49 DC, 17 mai 1973, R. p. 15.

575 Encadrement du droit d'amendement. Empreinte d'un grand pragmatisme, voire d'opportunisme, la politique jurisprudentielle relative au droit d'amendement cherche toujours son point d'équilibre. Dans un premier temps, le Conseil a surpris en définissant des limites à l'exercice du droit d'amendement : « les adjonctions ou modifications apportées au texte en cours de discussion, décide-t-il dans sa décision du 29 décembre 1986¹⁴¹, ne sauraient ni être sans lien avec ce dernier, ni dépasser par leur objet et leur portée, les limites inhérentes à l'exercice du droit d'amendement ». Et, fort de ces deux critères – le lien et le volume – le Conseil va censurer, le 23 janvier 1987¹⁴², l'amendement Seguin, introduit après succès de la commission mixte, au motif « qu'à raison de leur ampleur et de leur importance ses dispositions excèdent les limites inhérentes à l'exercice du droit d'amendement » ; cet amendement reprenait l'intégralité de l'ordonnance sur l'aménagement du temps de travail que le Président de la République avait refusé de signer et qui, pour cette raison, avait été inséré en catastrophe dans une loi portant diverses mesures d'ordre social¹⁴³. Puis, sensible aux critiques venues de la classe politique¹⁴⁴ et de la doctrine¹⁴⁵, le Conseil modifie sa jurisprudence et considère, dans sa décision du 19 juin 2001¹⁴⁶, que le nombre et la portée des amendements n'étaient plus des éléments d'appréciation de leur régularité ; seul le lien avec le texte en cours de discussion reste une exigence. Ce qui, au fond, est l'essentiel dans la mesure où la question de l'ampleur des amendements est, soit sans intérêt s'ils ont tous un lien avec la loi en cause, soit sans objet si ce lien n'existe pas.

576 Enrichissement du contrôle. Parallèlement à cette évolution, le Conseil, par sa décision du 13 janvier 1994¹⁴⁷, fait de la distinction entre irrégularité substantielle et non substantielle un nouvel instrument du contrôle de l'exercice du droit d'amendement. Lors de la révision de la loi Falloux, les parlementaires de gauche avaient opposé près de trois mille amendements dont chacun avait pour objet d'exclure une collectivité locale du champ d'application de la loi, et se plaignaient auprès du Conseil de leur rejet en bloc par le Sénat. Sévère, et sans doute irrité par cette pratique et cette requête, le Conseil juge, pour la première fois, le contenu des amendements parlementaires, déclare qu'ils méconnaissent « les principes d'égalité devant la loi et d'indivisibilité de la République », et affirme « que c'est à bon droit » que le Sénat les a écartés. Et surtout, apportant son appui au Sénat, il considère que, si ce dernier a pu écarter certains amendements sans justification appropriée, « cette restriction au droit d'amendement, qui doit être appréciée au regard du contenu des amendements dont il s'agit et des conditions générales du débat, n'a pas revêtu en l'espèce un caractère substantiel ». Quelques jours plus tard, dans sa décision du 20 janvier 1994¹⁴⁸, le Conseil confirme sa nouvelle

■ 141. CC 86-221 DC, 29 décembre 1986, R. p. 179.

■ 142. CC 86-225 DC, 23 janvier 1987, R. p. 13.

■ 143. Voir également, CC 88-251 DC, 12 janvier 1989, R. p. 10.

■ 144. Voir par exemple les réactions des Présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat dans *Le Monde* du 25-26 janvier 1987.

■ 145. Voir par exemple G. CARCASSONNE, *Pouvoirs*, n° 42, p. 163.

■ 146. CC 2001-445 DC, 19 juin 2001, R. p. 63.

■ 147. CC 93-329 DC, 13 janvier 1994, R. p. 9.

■ 148. CC 93-334 DC, 20 janvier 1994, R. p. 27.

jurisprudence et exerce un double contrôle de constitutionnalité sur les quarante-six amendements parlementaires à la loi instituant une peine incompressible, globalement rejetés par le Sénat. Il constate d'abord qu'ils « n'étaient pas sans lien avec les matières dont traitait le projet de loi » ; les écarter constitue donc, admet le Conseil, « une méconnaissance du droit d'amendement ». Mais, reprenant le considérant de principe posé dans la décision du 13 janvier 1994, il juge que, « compte tenu de l'objet de ces amendements et des questions en débat, cette irrégularité – le rejet en bloc des 46 amendements – n'a pas revêtu un caractère substantiel de nature à entacher de nullité la procédure législative ».

577 Nouvelle jurisprudence de 2006. Enfin, après encore quelques singularités, le Conseil, par sa décision du 19 janvier 2006¹⁴⁹, modifie à nouveau la règle de constitutionnalité en distinguant deux moments : celui de la première lecture, où le Conseil considère que, sous réserve de leur recevabilité, de leur clarté et de leur « lien avec l'objet du texte déposé sur le bureau de première assemblée saisie », les amendements doivent pouvoir s'exprimer pleinement, et celui qui commence avec la deuxième lecture, où le Conseil juge que ne peuvent être acceptés que les amendements, parlementaires ou gouvernementaux, qui sont « en relation directe avec une disposition restant en discussion ». Cette distinction est fondée sur « l'économie de l'article 45 de la Constitution », le Conseil considérant que, puisque l'objectif de l'examen successif par les deux Chambres est « l'adoption d'un texte identique », il ne doit plus être permis de proposer des amendements sur un article adopté en termes identiques par les deux assemblées : seuls peuvent être discutés ceux qui portent sur des dispositions toujours en discussion ou ceux qui ont pour objet d'assurer le respect de la Constitution, d'opérer une coordination avec des textes en cours d'examen ou de corriger une erreur matérielle. En jargon parlementaire, cette distinction est nommée « règle de l'entonnoir » : le droit d'amendement se ferme au fur et à mesure que les deux assemblées adoptent en termes conformes les articles de la loi.

Armé de cette nouvelle règle, le Conseil va prononcer de nombreuses censures et sanctionner, par la procédure, le fond de dispositions politiques importantes pour le gouvernement. Ainsi, sans sa décision du 16 mars 2006¹⁵⁰, il censure comme dépourvu de tout lien avec un texte ayant pour objet l'égalité salariale entre les hommes et les femmes un amendement de première lecture portant sur le recrutement du personnel du Centre national de la cinématographie ; et, comme n'ayant pas de relation avec une disposition en discussion, des amendements de deuxième lecture portant par exemple sur la possibilité pour un salarié à temps plein ou partiel de cumuler un emploi d'intérim, mesure phare du plan emploi du Premier ministre. Dans l'autre décision du 16 mars 2006¹⁵¹, le Conseil admet que le gouvernement puisse introduire en première lecture une demande d'habilitation par voie d'amendement mais censure comme dépourvu de tout lien avec une loi ayant pour objet le retour à l'emploi des bénéficiaires de *minima* sociaux un amendement prolongeant le régime dérogatoire des heures supplémentaires dans les entreprises de moins de

■ 149. CC 2006-532 DC, 19 janvier 2006, R. p. 31.

■ 150. CC 2006-533 DC, 16 mars 2006, R. p. 39.

■ 151. CC 2006-534 DC, 16 mars 2006, R. p. 44.

vingt salariés. Dans sa décision du 30 mars 2006¹⁵², il admet que le CPE ait pu être introduit par voie d'amendement en première lecture car il n'est pas dépourvu de tout lien avec un texte ayant pour objet de favoriser l'accès à l'emploi des jeunes mais censure comme étant sans lien avec cet objet les amendements portant sur le décompte des effectifs d'une entreprise et sur la définition des heures de travail servant de base de calcul des cotisations sociales.

Par une application rigoureuse et répétitive de cette nouvelle règle, le Conseil cherche à maintenir la pression sur les parlementaires pour les obliger à discipliner leur travail de fabrication et de rédaction de la loi ; cette règle a aussi l'avantage extrême de lui permettre d'éliminer des dispositions fortement discutées sans avoir besoin de porter un jugement sur leur contenu. Pour dépassionner le débat sur la réforme de l'hospitalisation d'office des malades mentaux, le gouvernement avait introduit un amendement dans la loi ratifiant l'ordonnance relative à l'organisation des professions des santé qui l'autorisait à légiférer sur consentement du malade. Le Conseil, dans sa décision du 25 janvier 2007¹⁵³, juge « simplement » que cet amendement est dépourvu de tout lien avec l'objet de la loi en cause ; et il se montre très critique à l'égard du Parlement qui, pour prévenir ce grief présenté, avait modifié l'intitulé de la loi pour faire référence à l'hospitalisation d'office : « s'il est loisible à une assemblée parlementaire de procéder à une telle modification, celle-ci, gronde le Conseil, est par elle-même sans effet sur la régularité de la procédure d'adoption du projet de loi ». Et à nouveau, dans la décision du 19 février 2007¹⁵⁴, il « règle » la question controversée des conditions d'usage du titre de psychologue en déclarant qu'elles ont été définies par un amendement sans lien avec un texte ayant pour objet de transcrire une directive communautaire sur le médicament.

578 Notion de lien nécessaire. L'appréciation juridictionnelle de l'existence d'un lien nécessaire avec le texte de loi en discussion reste cependant toujours surprenante. Dans sa décision du 26 juin 2003¹⁵⁵, le Conseil juge qu'un amendement ouvrant la possibilité de modifier le périmètre des communautés d'agglomération a un lien avec la loi critiquée dont l'objet, pourtant, n'est pas l'intercommunalité mais... l'urbanisme et l'habitat. « Parmi les attributions des communautés d'agglomération, figurent des compétences en matière d'aménagement de l'espace communautaire, d'équilibre social de l'habitat et de politique de la ville », croit pouvoir justifier le Conseil. Sans doute, mais l'amendement n'avait pas pour objet les attributions des communautés, seulement leur périmètre territorial. Le Conseil paraît plus sévère dans sa décision du 30 juillet 2003¹⁵⁶, puisqu'il déclare sans lien avec la loi relative à l'organisation des activités physiques et sportives, un amendement qui avait pour objet de valider des actes réglementaires ayant pour effet de modifier le taux de remboursement de certains médicaments. Mais, au regard du raisonnement tenu dans sa décision du 26 juin 2003, il aurait pu considérer, comme l'y

■ 152. CC 2006-535 DC, 30 mars 2006, *R.* p. 50.

■ 153. CC 2007-546 DC, 25 janvier 2007, JO 1^{er} février 2007, p. 1946.

■ 154. CC 2007-549 DC, 19 février 2007, JO 27 février 2007, p. 3511.

■ 155. CC 2003-472 DC, 26 juin 2003, *R.* p. 379.

■ 156. CC 2003-481 DC, 30 juillet 2003, *R.* p. 411.

invitait le gouvernement dans ses observations en défense de la loi, que certains médicaments ayant fait l'objet des décisions diminuant leur taux de remboursement étaient susceptibles d'être utilisés comme produits dopants par les sportifs, l'amendement critiqué avait un lien avec une loi sur le sport ! De même, dans la décision du 5 août 2004¹⁵⁷, le Conseil juge que l'article supprimant la limite d'âge de soixante-cinq ans pour les fonctions de dirigeants des établissements et des sociétés du secteur public, article introduit à l'initiative du gouvernement par voie d'amendement lors du débat au Sénat, est contraire à la Constitution en ce qu'il est dépourvu « de tout lien avec le projet de loi déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale, qui comportait exclusivement des dispositions relatives au service public de l'électricité et du gaz ». Il est vrai que, selon les rumeurs, cet amendement-là avait surtout pour objet de favoriser la nomination d'un proche du Premier ministre, à l'âge problématique en l'état de la législation...

579 Révision de 2008. Le constituant a voulu assouplir cette jurisprudence en disposant que « tout amendement est recevable en première lecture dès lors qu'il présente un lien, même indirect, avec le texte déposé ou transmis ». Cette nouvelle rédaction de l'article 45 issue de la révision de 2008 ne semble pas avoir impressionné le Conseil : dans sa décision du 16 juillet 2009¹⁵⁸, il considère qu'il n'y a pas de lien, même indirect, entre une école de formation des cadres de la Sécurité sociale et une loi « relative à la santé » et censure en conséquence une disposition issue d'un amendement qui avait pour objet de changer la dénomination de l'École nationale supérieure de la sécurité sociale. Signe du maintien d'une vigilance accrue du Conseil qui n'est pas démentie depuis¹⁵⁹, la décision du 4 août 2011¹⁶⁰ censure une trentaine de cavaliers législatifs, dont la plupart étaient relevés d'office. De même, pour la première fois dans la décision du 28 juillet 2011¹⁶¹, le Conseil constitutionnel met fin à sa politique laxiste à l'égard des lois organiques en censurant plusieurs dispositions d'une loi organique – en l'espèce relative à la Polynésie – en raison de l'absence de lien entre l'amendement et l'objet de la loi.

580 Temps législatif programmé. Le Conseil semble peiner à trouver le « bon » équilibre... Afin d'améliorer le travail parlementaire, l'Assemblée nationale a institué, en 2009, le « temps législatif programmé » qui offre à la conférence des présidents la possibilité de fixer une durée maximale pour l'examen d'un texte, durée au-delà de laquelle les députés ne peuvent plus prendre la parole et les amendements sont soumis au vote sans débat. Dans sa décision du 25 juin 2009¹⁶², le Conseil valide ce dispositif mais, sans doute conscient qu'il peut porter atteinte à la qualité du débat parlementaire, il précise que « la durée ne saurait être fixée de telle manière qu'elle prive d'effets les exigences de clarté et de sincérité du débat

■ 157. CC 2004-501 DC, 5 août 2004, R. p. 134.

■ 158. CC 2009-584 DC, 16 juillet 2009, JO 22 juillet 2009, p. 12244.

■ 159. V. par ex. CC 2015-718 DC, 13 août 2015, JO 18 août 2015, p. 14376 ; CC 2015-723 DC, 17 décembre 2015, JO 22 décembre 2015, p. 23685 ; CC 2015-727 DC, 21 janvier 2016, JO 27 janvier 2016 texte n° 2 ; CC 2016-728 DC, 3 mars 2016, JO 8 mars 2016 texte n° 2.

■ 160. CC 2011-640 DC, 4 août 2011, JO 11 août 2011, p. 13787.

■ 161. CC 2011-637 DC, 28 juillet 2011, JO 3 août 2011, p. 13232.

■ 162. CC 2009-581 DC, 25 juin 2009, R. p. 120.

parlementaire ». Pourtant, dans sa décision du 9 juin 2011¹⁶³, il affaiblit la portée de cette réserve en se limitant à un contrôle de l'erreur manifeste dans l'appréciation de la durée ; en l'espèce, il juge « que la fixation à trente heures d'un temps législatif programmé initial de la loi relative à l'immigration n'est pas manifestement disproportionnée au regard des exigences de clarté et de sincérité du débat parlementaire ».

581 Le contrôle des conditions de vote. Voter la loi n'est pas seulement la dernière étape de la discussion parlementaire ; c'est également ce moment particulier et quasi sacré dans la logique représentative, où la nation, par ses représentants élus, forme et exprime la volonté générale.

582 Délégation de vote. Aussi, pour remédier aux errements passés et affirmer l'importance morale et politique de cet acte, l'article 27 de la Constitution décide que « le droit de vote des membres du Parlement est personnel », que la délégation de vote prévue par une loi organique doit rester exceptionnelle, et que « dans ce cas, nul ne peut recevoir délégation de plus d'un mandat »¹⁶⁴.

Le texte constitutionnel de référence, pour une fois, est clair, et, *a priori*, laisse peu de place à l'interprétation. Et pourtant, le Conseil constitutionnel desserre la contrainte par le raisonnement suivant : « la circonstance que, dans le cadre d'un scrutin public, le nombre de suffrages favorables à l'adoption d'un texte soit supérieur au nombre de députés effectivement présents au point de donner à penser que les délégations de vote utilisées, tant par leur nombre que par les justifications apportées, excèdent les limites prévues par l'article 27, ne saurait entacher de nullité la procédure d'adoption de la loi que s'il est établi d'une part, qu'un ou des députés ont été portés comme ayant émis un vote contraire à leur opinion et, d'autre part, que, sans la prise en compte de ce ou de ces votes, la majorité requise n'aurait pu être atteinte »¹⁶⁵. Long mais admirable considérant, qui donne la mesure de la détermination du Conseil à rester maître et libre de son appréciation. Car, s'il avait suivi le texte de l'article 27, il devait censurer la procédure de vote de la loi : certains députés avaient voté pour des absents sans délégation de vote, et d'autres avec un nombre de délégations supérieur à celui autorisé. Pour retrouver une liberté de décision, le Conseil ajoute une condition ouvrant un espace d'interprétation : s'il apparaît que ces irrégularités, dont la réalité n'est pas niée, n'ont pas altéré le résultat final du vote, « le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 27 doit être écarté » ; et en l'espèce, constate le Conseil, il n'est pas établi que les députés absents auraient émis un vote différent de celui exprimé à leur place par les députés présents de leur groupe. Pour autant, le Conseil valide une disposition organique prévoyant l'interdiction de délégation de vote dans certaines hypothèses comme lors d'un scrutin destiné à recueillir l'avis de la commission permanente compétente de chaque assemblée sur une proposition de nomination en vertu de

■ 163. CC 2011-631 DC, 9 juin 2011, *R.* p. 252. V. également CC 2013-669 DC, 17 mai 2013, JO 18 mai 2013, p. 8281 ; CC 2015-715 DC, 5 août 2015, JO 7 août 2015, p. 13616.

■ 164. J.-C. NEMERY, « Le principe du vote personnel dans la Constitution de la V^e République », *RDP*, 1987, p. 995.

■ 165. CC 86-225 DC, 23 janvier 1987, *R.* p. 13. Dans le même sens, CC 2010-624 DC, 20 janvier 2011, JO 26 janvier 2011, p. 1550.

l'article 13 de la Constitution¹⁶⁶. Conséquence financière de la délégation de vote, le Conseil constitutionnel estime que, pour le calcul des retenues sur les indemnités prévues par le règlement du Sénat, un sénateur votant par délégation ne saurait être regardé comme absent lors d'un vote¹⁶⁷.

583 **Vote bloqué.** Le Conseil a, en revanche, donné plein effet aux dispositions de l'article 44, alinéa 3 de la Constitution qui permet au gouvernement de demander aux Assemblées de se prononcer sur un texte par un vote unique. Dans sa décision du 15 janvier 1960¹⁶⁸, il précise en effet que le recours au vote bloqué peut être demandé à tout moment de la discussion et porter sur tout ou partie du texte de loi ; la seule, et non négligeable, protection des droits des parlementaires est l'affirmation par le Conseil que l'usage de cette procédure « ne peut faire obstacle à la discussion de chacune des dispositions du texte sur lequel il est demandé à l'Assemblée de se prononcer par un seul vote »¹⁶⁹. Dans la décision du 24 février 2010¹⁷⁰, la saisine parlementaire contestait l'utilisation « abusive » par le gouvernement des dispositions de l'article 44, alinéa 3, de la Constitution, en raison du non-respect d'une disposition du règlement de l'Assemblée nationale qui prévoit normalement que chaque député peut prendre la parole, à l'issue du vote du dernier article du texte en discussion, pour une explication de vote personnelle de cinq minutes. Or, indique le Conseil, la méconnaissance du règlement de l'Assemblée, dépourvu de valeur constitutionnelle, ne peut pas rendre à elle-seule la procédure législative contraire à la Constitution. Dès lors que le gouvernement a fait de l'article 44, alinéa 3, de la Constitution une application conforme à la Constitution, la loi a été adoptée selon une procédure conforme.

584 **Question préalable.** Il a également jugé dans sa décision du 19 juin 2008¹⁷¹ que l'adoption d'une question préalable n'empêchait pas le Premier ministre de convoquer une commission mixte paritaire dans la mesure où cet incident de procédure s'analysait comme un « désaccord » entre les deux assemblées ; ce terme est sans doute celui que l'article 45 de la Constitution utilise pour justifier le recours à une CMP ; mais, l'adoption par une assemblée d'une question préalable ne peut s'apprécier comme l'équivalent d'un vote négatif sur la loi ; il signifie un désaccord plus fort qui porte sur l'opportunité même du texte en discussion et non sur telle ou telle de ses dispositions. Dans la décision du 29 décembre 2012¹⁷², le Conseil s'est à nouveau prononcé sur la conformité à la Constitution d'une procédure parlementaire au cours de laquelle le vote d'une question préalable visait seulement à accélérer la procédure d'adoption de la loi de finances pour 2013. En première lecture le Sénat avait rejeté le texte et aucune majorité ne se dégagait en deuxième lecture, le

■ 166. CC 2010-609 DC, 12 juillet 2010, JO 24 juillet 2010, p. 13669.

■ 167. CC 2015-712 DC, 11 juin 2015, JO 14 juin 2015, p. 9865.

■ 168. CC 59-5 DC, 15 janvier 1960, *R.* p. 15.

■ 169. Sur le vote bloqué, voir par exemple, P. AVRIL, *RDP*, 1970, p. 469.

■ 170. CC 2010-602 DC, 18 février 2010, JO 24 février 2010, p. 3385.

■ 171. CC 2008-564 DC, 19 juin 2008, *R.* p. 313.

■ 172. CC 2012-662 DC, 29 décembre 2012, JO 30 décembre 2012, p. 20966. V. également CC 86-218 DC, 18 novembre 1986, JO 19 novembre 1986, p. 13769 ; CC 95-370 DC, 30 décembre 1995, JO 31 décembre 1995, p. 19111.

vote de la question préalable permettait ainsi au gouvernement de demander à l'Assemblée nationale de statuer définitivement. Face à cette utilisation tout en opportunité des mécanismes parlementaires, la jurisprudence du Conseil constitutionnel se veut pragmatique et exige de manière générale qu'il ne soit pas fait « un usage manifestement excessif » des droits du Parlement et du gouvernement. Sans valider abstraitement le procédé qui affecte le droit d'amendement, c'est uniquement « dans les conditions où elle est intervenue » que l'adoption de ce type de question préalable n'entache pas d'inconstitutionnalité la loi déferée.

585 Promulgation. Une fois la loi votée, la procédure législative est-elle terminée ? Oui, si la loi n'est pas contestée et que le Président de la République la promulgue ; non si le Conseil constitutionnel en est saisi, car il résulte des articles 21 à 23 de la loi organique du 7 novembre 1958 et de la décision du 23 août 1985¹⁷³ que le contrôle de constitutionnalité est un moment, un élément de la procédure législative qui ne sera clos que par la promulgation.

Au total, en la matière, la politique du Conseil consiste à faire respecter les prérogatives du gouvernement dans la conduite de la procédure législative, en veillant qu'il n'en fasse cependant pas un usage excessif, de nature à priver le Parlement de son droit de parler, de délibérer, de voter. Politique qui appelle des appréciations toutes en nuances...

2. Le contrôle des règles de procédure budgétaire et financière

586 Le domaine budgétaire et financier est certainement celui dans lequel les pouvoirs du Parlement ont été le plus limités, par sanction des démagogies dépensières, et au nom d'une raison budgétaire d'État, ou d'un bon fonctionnement budgétaire de l'État. C'est au nom de ces mêmes principes que le Conseil exerce un contrôle rigoureux sur l'élaboration des lois de finances (a), même s'il adopte une position plus souple pour le cas particulier des lois de règlement (b).

a) Le contrôle de l'exercice des pouvoirs financiers du Parlement

587 Le contrôle des initiatives parlementaires. Si les lois de finances sont le lieu privilégié des initiatives fiscales, elles n'en sont pas le lieu exclusif. Du rapprochement de l'article 2 de l'ordonnance du 2 janvier 1959 et de l'article 34 de la Constitution qui donne à la loi ordinaire le pouvoir de fixer « les règles concernant l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toute nature », le Conseil déduit, en effet, dans sa décision du 27 juillet 1995¹⁷⁴, que « les dispositions fiscales ne sont pas au nombre de celles qui sont réservées à la compétence exclusive des lois de finances et qu'elles peuvent figurer dans une loi ordinaire » ; il invite cependant le gouvernement à traduire dans la prochaine loi de finances l'incidence sur l'équilibre du budget d'une modification fiscale introduite par une loi

■ 173. CC 85-197 DC, 23 août 1985, R. p. 70.

■ 174. CC 95-365 DC, 27 juillet 1995, R. p. 214. Voir également, CC 84-170 DC, 4 juin 1984, R. p. 45 ; CC 91-298 DC, 24 juillet 1991, R. p. 82.

ordinaire. Il reste que le domaine exclusif des lois de finances se limite à l'autorisation de percevoir les impôts, l'évaluation des ressources et la détermination de l'équilibre.

588 Irrecevabilité de l'article 40. En ce domaine-là, l'initiative des parlementaires est, conséquence des événements passés, particulièrement réduite puisque l'article 40 de la Constitution déclare irrecevables leurs propositions et amendements « lorsque leur adoption aurait pour conséquence soit une diminution des ressources publiques, soit la création ou l'aggravation d'une charge publique ». Le Conseil assure un strict respect de cette irrecevabilité.

D'une part, il retient une définition large de la notion de « charge publique » qui englobe non seulement les dépenses de l'État mais aussi celles mises à la charge de l'État au profit des collectivités locales¹⁷⁵, celles des départements, des communes ainsi que celles des divers régimes d'assistance et de Sécurité sociale¹⁷⁶. Ainsi, dans la décision du 20 janvier 1961, le Conseil censure les dispositions législatives qui, sur initiative parlementaire, avaient créé de nouvelles catégories de bénéficiaires du régime de protection sociale des exploitants agricoles.

D'autre part, le Conseil interprète le mécanisme de l'article 40 dans un sens qui interdit toute initiative « dépensière » des parlementaires. Il refuse en effet toute initiative se traduisant par l'aggravation d'une charge même si les parlementaires ont prévu une compensation par la diminution d'une autre charge, ou par une augmentation des ressources publiques¹⁷⁷. En revanche, il accepte qu'une diminution de ressource, sur initiative parlementaire, soit compensée par la création d'une ressource nouvelle si toutefois la compensation est réelle, immédiate et bénéficie aux mêmes collectivités ou organismes que ceux au profit desquels est perçue la ressource qui fait l'objet d'une diminution¹⁷⁸.

Enfin, le Conseil exige des Assemblées qu'elles procèdent « à la mise en œuvre d'un contrôle de recevabilité effectif et systématique au moment du dépôt de tels amendements ». Dans la décision du 14 décembre 2006, l'absence d'une telle procédure au Sénat entraîne l'inconstitutionnalité de plusieurs dispositions législatives. Un examen « systématique de la recevabilité » financière des propositions ou amendements parlementaires doit donc être instauré, « et cela antérieurement à l'annonce de leur dépôt et donc avant qu'elles ne puissent être imprimées, distribuées et renvoyées en commission, afin que soit annoncé le dépôt des seules propositions qui, à l'issue de cet examen, n'auront pas été déclarées irrecevables »¹⁷⁹. L'article 40 impose également « que l'irrecevabilité financière puisse être soulevée à tout moment non seulement à l'encontre des amendements, mais également à l'encontre des modifications apportées par les commissions aux textes dont elles ont été saisies »¹⁸⁰. Les exigences strictes posées par le Conseil constitutionnel l'ont

■ 175. CC 63-21 DC, 12 mars 1963, R. p. 23.

■ 176. CC 60-11 DC, 20 janvier 1961, R. p. 29.

■ 177. CC 63-21 DC, 12 mars 1963, R. p. 23 ; CC 78-100 DC, 29 décembre 1978, R. p. 38 ; CC 85-203 DC, 28 décembre 1985, R. p. 87.

■ 178. CC 76-64 DC, 2 juin 1976, R. p. 21.

■ 179. CC 78-94 DC, 14 juin 1978, R. p. 15.

■ 180. CC 2009-582 DC, 25 juin 2009, JO 28 juin 2009, p. 10871. V. également CC 2015-712 DC, 11 juin 2015, cons. 13, JO 14 juin 2015, p. 9865.

conduit à censurer dans la décision du 25 juin 2009¹⁸¹ une disposition du règlement du Sénat qui souhaitait permettre à la commission saisie au fond de se réunir « pour examiner les amendements du rapporteur ainsi que les amendements déposés au plus tard l'avant-veille de cette réunion » après avoir permis leur dépôt et leur mise en distribution : en l'absence d'exigence d'examen préalable de recevabilité, la violation de l'article 40 est constatée.

589 Le contrôle de la recevabilité financière des initiatives parlementaires est ainsi à double détente : d'abord les instances compétentes de l'assemblée concernée – bureau de l'Assemblée nationale ou commission des finances pour les rapports et propositions par exemple – ensuite, le cas échéant, le Conseil constitutionnel. Mais ce dernier a décidé, le 20 juillet 1977¹⁸², qu'il ne pouvait exercer ce second contrôle « que si la question de la recevabilité de la proposition ou de l'amendement avait été soulevée devant l'assemblée parlementaire concernée ». Reprenant cette jurisprudence dans la décision du 13 janvier 1994¹⁸³, le Conseil précise cependant le sens de la formule « soulever la question de la recevabilité » en distinguant deux hypothèses : celle où la décision des instances parlementaires a été « contestée durant le débat » et celle où la décision a été seulement « discutée » ; dans le premier cas, le Conseil exerce son contrôle, dans le second, non. Ainsi, en l'espèce, il constate que les députés ont contesté durant les débats la décision de la commission des finances jugeant conforme à l'article 40 la proposition de loi ouvrant aux collectivités locales la faculté de subventionner les établissements d'enseignement privé, accepte en conséquence de la contrôler, et juge que c'est à bon droit que la commission des finances a décidé la recevabilité financière de la proposition. En revanche, le Conseil refuse de contrôler les décisions du Président du Sénat déclarant l'irrecevabilité financière de trente-quatre amendements parlementaires car, « même si elles ont été discutées, elles n'ont pas été contestées quant à leur contenu et qu'ainsi la question de la recevabilité desdits amendements n'a pas été soulevée au cours du débat ». Avec une certaine malice, le Conseil, dans sa décision du 24 juillet 2003¹⁸⁴, relève que la proposition sénatoriale d'augmenter le nombre de sénateurs « a une incidence directe et certaine sur les dépenses du Sénat, lesquelles font partie des charges de l'État », mais constate que le moyen de la méconnaissance de l'article 4 ne peut être soulevé, la recevabilité financière de la proposition n'ayant pas été évoquée devant la première assemblée saisie de la loi. De même, dans la décision du 9 août 2012¹⁸⁵, le Conseil constitutionnel constate la conformité à la Constitution de la procédure d'adoption en ce que « la question de la recevabilité de l'amendement n'ayant pas été soulevée devant le Sénat, elle ne peut être directement invoquée par les députés requérants devant le Conseil constitutionnel ».

Appliquant cette jurisprudence, pour la première fois, aux *irrecevabilités législatives*, le Conseil, dans sa *décision du 13 janvier 1994* sur la révision de la loi

■ 181. CC 2009-582 DC, 25 juin 2009, JO 28 juin 2009, p. 10871.

■ 182. CC 77-82 DC, 20 juillet 1977, R. p. 37.

■ 183. CC 93-329 DC, 13 janvier 1994, R. p. 9.

■ 184. CC 2003-476 DC, 24 juillet 2003, R. p. 397. Voir également, CC 94-345 DC, 29 juillet 1994, R. p. 106.

■ 185. CC 2012-654 DC du 9 août 2012, JO 17 août 2012, p. 13496.

Falloux, considère également qu'elles ne peuvent être invoquées directement devant lui. Et en l'espèce, constatant que la décision du Président du Sénat de déclarer, à la demande du gouvernement, irrecevables des amendements au motif que leur objet relève de la compétence réglementaire, n'a pas été contestée quant à son contenu au cours des débats, le Conseil refuse d'examiner le moyen de la méconnaissance de l'article 41 de la Constitution. Mais, la compétence reconnue aux organes des Assemblées ne l'empêche pas d'exercer un contrôle sur leur appréciation d'irrecevabilité ou de recevabilité¹⁸⁶.

590 **Objet financier.** En plus de ce contrôle rigoureux des initiatives parlementaires, le Conseil veille également au respect de l'objet financier des lois de finances, en censurant systématiquement les « cavaliers budgétaires », c'est-à-dire les amendements, d'origine parlementaire ou gouvernementale, qui n'ont aucun rapport avec le contenu d'une loi de finances, tel qu'il est défini par l'ordonnance du 2 janvier 1959¹⁸⁷. Cette détermination n'est cependant pas suffisamment précise pour empêcher le Conseil d'apporter sa propre contribution à la définition du contenu des lois de finances.

Ainsi, entrent dans la catégorie « ressources de l'État », les dispositions relatives au fonctionnement du monopole des tabacs¹⁸⁸, au renforcement des moyens de contrôle de l'administration fiscale sur les valeurs mobilières détenues par les contribuables¹⁸⁹, aux moyens garantissant un recouvrement plus facile des créances de l'État¹⁹⁰ ; entrent dans la catégorie « charges de l'État », les dispositions relatives au concours financier que l'État apporte au régime des prestations familiales agricoles¹⁹¹, au régime d'indemnisation des dommages subis par les rapatriés des Nouvelles-Hébrides¹⁹², aux dépenses que l'État supporte pour les établissements salariés privés sous contrat d'association¹⁹³, la création d'une mission ou l'accroissement global des crédits de la mission¹⁹⁴ ; entrent dans la catégorie « imposition de toute nature », les dispositions relatives à la communication des renseignements entre les administrations financières et les administrations des États membres de la CEE pour l'établissement et le recouvrement des impôts¹⁹⁵, à l'affectation de certaines sommes à des emplois d'intérêt général en contrepartie du bénéfice d'un régime fiscal particulier¹⁹⁶. D'autre part, depuis la décision du 29 décembre 1993, le Conseil considère qu'une disposition n'ayant pas un objet directement financier

■ 186. CC 75-57 DC, 23 juillet 1975, *R.* p. 24 ; CC 77-91 DC, 18 janvier 1978, *R.* p. 19.

■ 187. Selon l'art. 1 de l'ordonnance du 2 janvier 1959, les lois de finances ont pour objet la détermination de la nature, du montant et de l'affectation des ressources et des charges de l'État, l'organisation de l'information et du contrôle du Parlement sur la gestion des finances publiques ainsi que de la responsabilité pécuniaire des agents des services publics, et la détermination de l'assiette, des taux et des modalités de recouvrement des impositions de toute nature.

■ 188. CC 82-154 DC, 29 décembre 1982, *R.* p. 80.

■ 189. CC 81-133 DC, 30 décembre 1981, *R.* p. 41.

■ 190. CC 81-136 DC, 31 décembre 1981, *R.* p. 48.

■ 191. CC 82-154 DC, 29 décembre 1982, *R.* p. 80.

■ 192. CC 87-237 DC, 30 décembre 1987, *R.* p. 63.

■ 193. CC 84-184 DC, 29 décembre 1984, *R.* p. 94.

■ 194. CC 2001-448 DC, 25 juillet 2001, *R.* p. 99.

■ 195. CC 81-136 DC, 31 décembre 1981, *R.* p. 48.

■ 196. CC 82-155 DC, 30 décembre 1982, *R.* p. 88.

mais comportant une « incidence directe » sur les charges et ressources de l'État n'a pas un contenu étranger au domaine des lois de finances¹⁹⁷.

En revanche, le Conseil a considéré que n'ont pas d'objet financier, parce qu'elles ne peuvent se rattacher à l'idée de contrôle de dépenses publiques, les dispositions autorisant la passation de conventions de coopération avec les établissements privés d'enseignement supérieur¹⁹⁸, prévoyant le contrôle par le Conseil de Paris des crédits relatifs aux frais de représentation, de déplacement et de délégation¹⁹⁹; ou encore, parce qu'elles n'ont que des conséquences indirectes sur le budget de l'État, les dispositions modifiant les conditions de couverture financière du nouveau régime de sécurité sociale des artistes et le régime de l'écrêtement des hautes rémunérations²⁰⁰, modifiant les conditions de répartition entre les communes touristiques de la dotation prévue à leur profit par le Code des communes²⁰¹; ou enfin, parce qu'elles n'ont rien à voir avec une loi de finances, les dispositions modifiant la composition de la Commission de la concurrence²⁰², renforçant les pouvoirs de contrôle des agents du service de la redevance de l'audiovisuel²⁰³, la création d'un groupement d'intérêt public chargé de l'informatisation du livre foncier des départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle²⁰⁴; l'attribution à l'Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé du pouvoir de recruter des agents contractuels de droit privé²⁰⁵, la création d'un fonds de réserve destiné à garantir l'épargne déposée sur les livrets « A » de la Caisse d'Épargne²⁰⁶, la définition de compétences de l'Agence nationale pour l'amélioration de l'habitat²⁰⁷.

Au total, les pouvoirs financiers du Parlement, pourtant à l'origine de leur histoire, sont étroitement limités; ils se réduisent finalement au vote d'une loi de finances sur le contenu de laquelle les parlementaires ont peu de prise. Et sur les conditions de vote, le Conseil fait également peser un contrôle rigoureux.

591 Le contrôle des conditions d'adoption des lois de finances

L'adoption des lois de finances est soumise à des règles qui, par rapport à la procédure législative ordinaire, comportent des particularités dont le respect est assuré de manière variable par le Conseil.

Priorité d'examen. Selon l'article 39 de la Constitution, « les projets de loi de finances sont soumis en premier lieu à l'Assemblée nationale ». Après avoir interprété strictement cette règle de la priorité d'examen au profit des députés en censurant la présentation par « le gouvernement pour la première fois devant le Sénat,

■ 197. CC 93-330 DC, 29 décembre 1993, *R.* p. 52. En l'espèce, le Conseil a jugé que subroger l'établissement public Météo-France dans les droits et obligations détenus par l'État comportait des incidences directes sur le budget de l'État. Voir également CC 96-385 DC, 30 décembre 1996, *R.* p. 145.

■ 198. CC 76-73 DC, 28 décembre 1976, *R.* p. 45.

■ 199. CC 86-206 DC, 3 juillet 1986, *R.* p. 86.

■ 200. CC 76-74 DC, 28 décembre 1976, *R.* p. 45.

■ 201. CC 82-155 DC, 30 décembre 1982, *R.* p. 88.

■ 202. CC 81-136 DC, 31 décembre 1981, *R.* p. 48.

■ 203. CC 91-302 DC, 30 décembre 1991, *R.* p. 137.

■ 204. CC 93-320 DC, 21 juin 1993, *R.* p. 146.

■ 205. CC 96-386 DC, 30 décembre 1996, *R.* p. 156.

■ 206. CC 95-371 DC, 29 décembre 1995, *R.* p. 265.

■ 207. CC 97-395 DC, 30 décembre 1997, *R.* p. 333.

sous forme d'amendement, d'une mesure financière entièrement nouvelle»²⁰⁸, le Conseil assouplit sa jurisprudence par sa décision du 28 décembre 1995²⁰⁹. Non seulement il juge que cette règle de la priorité ne s'applique pas aux cas où les sénateurs examinent, en premier, des modifications à des dispositions financières existantes, mais encore il considère « qu'il ne résulte pas de l'article 39 de la Constitution que des mesures financières ne puissent être présentées par voie d'amendement par les sénateurs ». En supprimant les mots « entièrement nouvelle », le Conseil favorise ainsi la reconquête d'un pouvoir financier au bénéfice du Sénat. En revanche, dans la décision du 27 décembre 2002²¹⁰, le Conseil constitutionnel censure le fait pour le gouvernement, et non les parlementaires, d'avoir présenté une mesure financière « entièrement nouvelle » pour la première fois devant le Sénat.

592 Délais d'adoption. La Constitution prescrit également, dans son article 47, des délais stricts pour l'adoption des lois de finances : quarante jours pour les députés en première lecture, quinze jours pour les sénateurs, le Parlement devant s'être prononcé définitivement dans un délai de soixante-dix jours. Tout en assurant globalement le respect de l'équilibre institué entre les deux Assemblées par la Constitution, le Conseil a admis une certaine souplesse dans la mise en œuvre de ces délais. Il a ainsi considéré, dans sa décision du 29 décembre 1982, qu'un retard de quatre jours dans la transmission des annexes explicatives du projet de budget n'avait pas eu « pour effet de priver le Parlement de l'information à laquelle il a droit pendant toute la durée dont il dispose pour l'examen de la loi de finances »²¹¹. De même, il a jugé que le fait pour le gouvernement de laisser les députés délibérer au-delà du délai de quarante jours, ne constitue pas une irrégularité si ce dépassement n'a pas pour conséquence de réduire le délai de quinze jours dont disposent les sénateurs pour examiner la loi en première lecture²¹². Le Conseil a par ailleurs accepté qu'une loi organique porte de quinze à vingt jours le délai imparti au Sénat dès lors que sont maintenus la priorité d'examen de l'Assemblée, le délai total de soixante-dix jours, et la possibilité pour le gouvernement de demander au Sénat de se prononcer dans un délai de quinze jours si les députés ne se sont pas prononcés dans le délai de quarante jours²¹³. La souplesse du contrôle opéré intègre l'éventualité d'un retard dans la distribution obligatoire d'un document budgétaire ou des annexes obligatoirement jointes à tout projet de loi de finances. Dans la décision du 25 juillet 2001²¹⁴ sur la loi organique relative aux lois de finances, le Conseil précise que dans ces hypothèses « la conformité de la loi de finances à la Constitution serait alors appréciée au regard tant des exigences de la continuité de la vie nationale que de l'impératif de sincérité qui s'attache à l'examen de la loi de finances pendant toute la durée de celui-ci ».

■ 208. CC 76-73 DC, 28 décembre 1976, *R.* p. 41.

■ 209. CC 95-369 DC, 28 décembre 1995, *R.* p. 257.

■ 210. CC 2002-464 DC, 27 décembre 2002, JO 31 décembre 2002, p. 22103.

■ 211. CC 82-154 DC, 29 décembre 1982, *R.* p. 80.

■ 212. CC 86-209 DC, 3 juillet 1986, *R.* p. 86.

■ 213. CC 71-43 DC, 17 juin 1971, *R.* p. 23.

■ 214. CC 2001-448 DC, 25 juillet 2001, JO 2 août 2001, p. 12490.

593 Conditions de vote. Sur les conditions de vote, la décision la plus célèbre est, bien sûr, celle du 24 décembre 1979 qui, pour des raisons de procédure, a invalidé la loi de finances pour 1980²¹⁵. Toute loi de finances comporte deux parties : la première, qui autorise et évalue les recettes, fixe les plafonds des grandes catégories de dépenses et arrête les données générales de l'équilibre économique et financier ; la seconde, qui fixe le montant global des crédits et arrête les dépenses. Selon l'article 40 de l'ordonnance du 2 janvier 1959, « la seconde partie de la loi de finances de l'année ne peut être mise en discussion devant une Assemblée *avant le vote de la première* ». Or, en 1979, à la suite de désaccords entre giscardiens et chiraquiens, la première partie de la loi de finances ne fut pas adoptée par l'Assemblée nationale ; la discussion budgétaire se poursuivit cependant sur la seconde partie de la loi, et, en deuxième lecture le gouvernement fit adopter sans vote chacune des deux parties et l'ensemble du budget en posant la question de confiance conformément aux dispositions de l'article 49, alinéa 3. Saisi par l'opposition, le Conseil considéra que la loi de finances n'avait pas été adoptée selon la procédure régulière : le vote préalable de la première partie et notamment de son article dit d'équilibre est une obligation absolue, « un principe fondamental qui tend à garantir qu'il ne sera pas porté atteinte, lors de l'examen des dépenses – dans la seconde partie – aux grandes lignes d'équilibre préalablement défini, tel qu'il a été arrêté par le Parlement ». Solution reprise et confirmée par le Conseil dans sa décision du 9 juin 1992 qui étend l'application de ce principe à toutes les lois de finances²¹⁶.

Cette décision a provoqué une certaine surprise chez une partie de la doctrine, qui a reproché au Conseil un excès de formalisme. Le Conseil ayant, en effet, constaté que l'irrégularité résultait d'un vide juridique – « le règlement de l'Assemblée ne comporte pas de disposition propre à assurer le respect de la prescription de l'article 40 »²¹⁷, chacun s'attendait à ce que le Conseil relève le vice de forme, mais invoque les circonstances, la nécessité pour le législateur d'adopter la loi de finances et le fait que l'irrégularité n'avait pas eu de conséquences sur le montant des crédits, pour ne pas censurer la procédure de vote du budget. Le Conseil est familier de ce type de raisonnement qui lui permet de desserrer les contraintes du texte²¹⁸ ; il l'a d'ailleurs utilisé quelques jours plus tard, dans sa décision du 30 décembre 1979²¹⁹. Le gouvernement ayant fait voter d'urgence, après la déclaration d'inconstitutionnalité du 24 décembre, une loi l'autorisant à percevoir impôts et taxes en 1980, l'opposition saisit à nouveau le Conseil au motif qu'une telle autorisation ne pouvait être donnée que par une loi de finances, qualité que ne possédait pas la loi en cause. Juridiquement, l'argumentation des requérants était parfaitement correcte. Pour la repousser cependant, le Conseil invoque les circonstances exceptionnelles de la situation et la nécessité : « dans cette situation, et en l'absence des dispositions constitutionnelles et organiques directement applicables,

■ 215. CC 79-110 DC, 24 décembre 1979, R. p. 36.

■ 216. CC 92-309 DC, 9 juin 1992, R. p. 66.

■ 217. Quelques mois plus tard, l'Assemblée nationale et le Sénat modifiaient leur règlement pour prévoir la possibilité d'une deuxième délibération de la première partie de la loi de finances, avant de passer à l'examen de la seconde.

■ 218. Voir par exemple, la décision sur le vote personnel, *supra* n° 582.

■ 219. CC 79-111 DC, 30 décembre 1979, R. p. 39.

il appartient, de toute évidence, au Parlement et au gouvernement, dans la sphère de leurs compétences respectives, de prendre toutes les mesures d'ordre financier nécessaires pour assurer la continuité de la vie nationale ». Strict le 24 décembre, souple le 30 décembre, le Conseil montre, par ces décisions, la gestion très « politique » de son contrôle sur l'activité législative en général, et financière en particulier.

594 Conditions de fond. Sur les conditions de fond, les lois de finances sont soumises au respect du principe d'égalité devant les charges publiques²²⁰, aux règles constitutionnelles en matière de rétroactivité²²¹, ainsi qu'à des principes propres à la matière comme les principes de sincérité²²², d'unité, d'universalité, de spécialité, d'équilibre et d'annualité budgétaires²²³.

Le Conseil reste très prudent devant les contestations, désormais régulières, de la sincérité des prévisions de recettes et de dépenses sur lesquelles sont fondées des lois de financement de la Sécurité sociale et les lois de finances de l'année. Il précise, depuis toujours, que son appréciation du respect de la règle de sincérité doit nécessairement tenir compte des aléas inhérents aux prévisions et des incertitudes relatives à l'évolution économique. Ainsi en vertu du principe de sincérité, la décision du 27 décembre 2001²²⁴ estime que l'argument tiré du caractère manifestement surévalué du niveau de recettes fiscales ne peut être reçu. Tout en précisant qu'il s'agit là d'un simple contrôle de « l'erreur manifeste », tenant compte des « aléas inhérents à leur évaluation et des incertitudes particulières relatives à l'évolution de l'économie ». De plus, précise le Conseil, si « les recouvrements de recettes constatés s'écartaient sensiblement des prévisions, il appartiendrait au gouvernement de soumettre au Parlement un projet de loi de finances rectificative ». Dans sa décision du 27 décembre 2002²²⁵, il ajoute que c'est « l'intention de fausser les grandes lignes de l'équilibre » qui peut caractériser l'absence de présentation sincère d'une loi de finances. En l'espèce, le Conseil juge que les estimations de recettes pour 2003 ne sont pas entachées d'erreur manifeste dans la mesure où, en admettant même, avec les requérants, que le gouvernement ait commis une erreur dans le choix des hypothèses économiques, cette « erreur ne conduirait qu'à une surestimation des recettes fiscales de faible ampleur au regard des masses budgétaires » ; et, pour les dépenses, prévoir le report et la mise en réserve d'une « faible fraction des crédits ouverts afin de prévenir une détérioration éventuelle de l'équilibre du budget » n'est pas jugé contraire au principe de sincérité, puisqu'en informant le Parlement de ces mesures possibles le gouvernement montre son absence d'intention de fausser les grandes lignes de l'équilibre du budget. Le Conseil rappelle cependant, sous forme de réserves, que « le Parlement devra être informé en temps utile des

■ 220. V. *infra*, n° 875 et s.

■ 221. V. *infra*, n° 765 et s.

■ 222. CC 99-424 DC, 29 décembre 1999, R. p. 156.

■ 223. Sur l'ensemble de ces principes, cf. T.-S. RENOUX, M. DE VILLIERS, X. MAGNON, *Code constitutionnel*, Lexisnexus, 2015, p. 784s.

■ 224. CC 2001-456 DC, 27 décembre 2001, JO 29 décembre 2001, p. 21159. Cf. également CC 2007-555 DC, 16 août 2007, JO 22 août 2007, p. 13959.

■ 225. CC 2002-464 DC, 27 décembre 2002, R. p. 583. Voir également, CC 2004-511 DC, 29 décembre 2004, R. p. 236.

mesures de régulation budgétaire mises en œuvre et en particulier de tout acte, quelle qu'en soit la nature, ayant pour objet ou pour effet de rendre des crédits indisponibles » ; et surtout, reprenant une exigence antérieurement formulée, il s'adresse au gouvernement pour lui signifier qu'il devrait « soumettre au Parlement un projet de loi de finances rectificative si, au cours de l'exercice 2003, les grandes lignes de l'équilibre de la loi de finances s'écartaient sensiblement des prévisions. De même, en dépit d'un avis plutôt dubitatif du Haut conseil des finances publiques, notamment à propos de « plusieurs fragilités » quant à la prévision de croissance pour 2015 et des risques d'une augmentation de la dette publique, le Conseil estime dans sa décision du 29 décembre 2014²²⁶ qu'il n'en résulte pas « que les prévisions relatives à la charge de la dette de l'État pour l'année 2015 soient entachées d'une intention de fausser les grandes lignes de l'équilibre de la loi déferée ».

La fonction constitutionnelle des principes budgétaires est globalement d'ordre préventif et les censures sont rares. Par exemple, les principes de l'unité et de l'universalité interdisent que des dépenses permanentes de l'État ne soient pas prises en charge par le budget ou soient financées par des ressources que celui-ci ne détermine pas. Au nom de cette exigence, la décision du 29 décembre 1994²²⁷ censure une disposition relative au financement des majorations de pensions dues par l'État à ses agents retraités. Sur le fondement du principe d'universalité, la décision du 3 mars 2009²²⁸ censure une disposition de la loi ordinaire relative à la communication audiovisuelle en ce qu'elle modifie l'affectation de la redevance audiovisuelle et « empiète ainsi sur le domaine exclusif d'intervention des lois de finances ». De même, en édictant une règle particulière pour l'utilisation du surplus de recettes résultant de la fiscalité pétrolière, quelles que soient les caractéristiques de cette dernière, le législateur méconnaît le principe d'universalité, indique le Conseil dans la décision du 29 décembre 2005²²⁹.

b) Le contrôle des lois de règlement et des lois de financement de la Sécurité sociale

595 Un contrôle limité et souple des lois de règlement. L'ordonnance du 2 janvier 1959 définit la loi de règlement comme une loi de finances qui a pour objet de constater les résultats financiers de chaque année civile et d'approuver les différences entre les résultats financiers et les prévisions de la loi de finances de l'année, complétée, le cas échéant, par ses lois rectificatives. À l'occasion d'une contestation de la loi portant règlement définitif du budget de 1983, le Conseil a précisé l'étendue de son contrôle sur cette catégorie de loi de finances. Dans sa décision du 16 janvier 1986²³⁰, il pose nettement qu'il ne lui appartient pas d'examiner la régularité constitutionnelle des opérations d'exécution du budget au motif qu'elles sont des actes administratifs ou comptables qui relèvent de la compétence du

■ 226. CC 2014-707 DC, 29 décembre 2014, JO 30 décembre 2014, p. 22947. Cf. également CC 2015-725 DC, 29 décembre 2015, JO 30 décembre 2015, p. 24763.

■ 227. CC 94-351 DC, 29 décembre 1994, JO 30 décembre 1994, p. 18935.

■ 228. CC 2009-577 DC, 3 mars 2009, JO 7 mars 2009, p. 4336. Cf. également CC 93-328 DC, 16 décembre 1993, JO 21 décembre 1993, p. 17814.

■ 229. CC 2005-530 DC, 29 décembre 2005, JO 31 décembre 2005, p. 20705.

■ 230. CC 85-102 DC, 16 janvier 1986, R. p. 14 ; CC 91-300 DC, 20 novembre 1991, R. p. 130.

Conseil d'État ou de la Cour des comptes ; il considère également qu'il ne lui appartient pas de contester la régularité des ajustements ou transferts de crédits décidés par le Parlement, car ces opérations relèvent du pouvoir général de décision des parlementaires en matière financière. En d'autres termes, le Conseil exerce un contrôle limité : il se contente de vérifier si la loi de règlement comporte les éléments que les règles constitutionnelles imposent, à savoir le compte des résultats de l'année, recettes, dépenses et ajustements nécessaires, mais il refuse d'entrer dans une discussion sur la régularité de ces éléments, de ces opérations d'exécution du budget. Sans doute cette politique jurisprudentielle enlève-t-elle beaucoup d'intérêt au contrôle de constitutionnalité des lois de règlement. Elle est cependant la conséquence logique de la distribution constitutionnelle des rôles qui confie à d'autres institutions que le Conseil constitutionnel la responsabilité de suivre l'emploi de la contribution publique, pour reprendre la formule de l'article 14 de la Déclaration de 1789. Elle traduit aussi la spécificité de la loi de règlement comme loi de finances.

Cette spécificité des lois de règlement est encore prise en compte par le Conseil dans l'exercice de son contrôle de leur procédure d'adoption. Alors que les règles devraient être celles définies notamment par l'ordonnance du 2 janvier 1959 pour toutes les lois de finances, le Conseil a, de lui-même, décidé que les exigences relatives au respect des délais de discussion et de vote par les deux Assemblées ne s'appliquaient pas aux lois de règlement. Dans sa décision du 19 juillet 1983²³¹, il justifie sa position par le fait que les conditions de délais n'ont de sens que pour les lois de finances de l'année : le budget doit être adopté avant le 1^{er} janvier de chaque année afin d'assurer la continuité de la vie nationale. Pareille nécessité ne s'impose pas pour les lois de règlement ; elles n'ont pas à être votées avant une date précise, et d'ailleurs, elles sont souvent discutées au Parlement longtemps après que le budget dont elles établissaient le règlement a été exécuté.

Avec logique, le Conseil a, quelques années plus tard, déduit de ces considérations que la procédure d'urgence applicable, en matière de lois de finances, de plein droit, sans demande préalable du gouvernement, ne pouvait être utilisée lors de l'examen des projets de loi de règlement. Il censure ainsi, dans sa décision du 24 juillet 1985²³², une loi de règlement au motif que le gouvernement a transmis le texte, après une seule lecture devant chaque Assemblée, à la commission mixte paritaire, sans avoir préalablement déclaré l'urgence.

Au total, les lois de règlement bénéficient d'un traitement particulier, adapté à leurs propriétés : sans enjeu financier réel, elles ne font pas l'objet d'un contrôle approfondi et ne sont pas soumises aux mêmes contraintes que les autres lois de finances.

596 La définition des lois de règlement s'est enrichie depuis le vote de la LOLF et le Conseil constitutionnel a validé cette nouvelle orientation dans la décision du 25 juillet 2001²³³. En particulier, le Conseil précise que le principe de sincérité énoncé par la loi organique relative aux lois de finances n'a pas la même portée

■ 231. CC 83-161 DC, 19 juillet 1983, R. p. 47.

■ 232. CC 85-190 DC, 24 juillet 1985, R. p. 53.

■ 233. CC 2001-448 DC, 25 juillet 2001, JO 2 août 2001, p. 12490.

s'agissant des lois de règlement et des autres lois de finances. Si pour les lois de finances, la sincérité suppose l'absence d'intention de fausser les grandes lignes de l'équilibre ainsi déterminé, la sincérité de la loi de règlement suppose également l'exactitude des comptes. Dans la décision du 6 août 2009²³⁴, le Conseil constitutionnel rappelle qu'il ne « dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement », ce qui lui interdit « de procéder aux rectifications de la loi de règlement demandées par les requérants » au nom du principe de sincérité.

597 **Le contrôle des lois de financement de la Sécurité sociale**

Les règles applicables aux lois de financement de la Sécurité sociale découlent principalement de l'article 47-1 de la Constitution et des dispositions organiques issues des lois du 22 juillet 1996 et du 2 août 2005²³⁵.

Dès sa première décision sur la première loi de financement de la Sécurité sociale, le Conseil a manifesté sa volonté de transposer la jurisprudence construite pour les lois de finances. Ainsi, dans la décision du 19 décembre 1996²³⁶, il considère que toutes les dispositions de nature législative ayant une incidence directe ou indirecte sur les conditions générales de l'équilibre financier de la Sécurité sociale ou en étant le complément nécessaire peuvent figurer dans la loi de financement de la Sécurité sociale qui devient ainsi le véritable budget social de la nation. De la même manière, il juge, dans sa décision du 20 mars 1997²³⁷, que s'il existe un domaine exclusif des lois de financement, il ne saurait interdire une intervention du législateur ordinaire dans le domaine de la Sécurité sociale sous réserve de sa prise en compte ultérieure dans une loi de financement rectificative ; et, dans la décision du 10 juin 1998, il considère que la déduction de l'aide attribuée pour chacun des salariés auxquels s'applique la réduction du temps de travail au montant global des cotisations sociales à la charge de l'employeur, déduction prévue par la loi ordinaire sur les 35 heures, « n'est pas de nature à affecter les conditions générales de l'équilibre financier de la Sécurité sociale » dans la mesure où la loi de financement a prévu un montant de cotisations « tenant compte de la compensation intégrale par l'État des pertes de recettes sociales induites par les abattements des cotisations devant être consentis aux employeurs »²³⁸.

S'inspirant toujours de la jurisprudence établie pour les lois de finances, le Conseil refuse de juger si les dispositions d'un amendement sont étrangères ou non à l'objet de la loi de financement de la Sécurité sociale lorsque la question de sa recevabilité n'a pas été préalablement soulevée devant le Parlement²³⁹. Et sur le

■ 234. CC 2009-585 DC, 6 août 2009, JO 11 août 2009, p. 13315.

■ 235. J.-E. SCHOETTL, « La réforme des lois de financement de la Sécurité sociale devant le Conseil constitutionnel », *RFDA*, 2005, p. 1030. D'autres lois organiques sont venues réformer dans une moindre mesure le régime applicable, cf. loi organique n° 2010-1380 du 13 novembre 2010 relative à la gestion de la dette sociale, loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 et loi organique n° 2012-1403 du 17 décembre 2012. Cf. T.-S. RENOUX, M. DE VILLIERS, X. MAGNON, *Code constitutionnel*, Lexisnexis, 2015, p. 836s.

■ 236. CC 96-384 DC, 19 décembre 1996, R. p. 141.

■ 237. CC 97-388 DC, 20 mars 1997, R. p. 31.

■ 238. CC 98-401 DC, 10 juin 1998, R. p. 258 ; pour les relations entre lois de finances et lois de financement de la Sécurité sociale, voir CC 97-395 DC, 30 décembre 1997, R. p. 333.

■ 239. CC 96-384 DC, 19 décembre 1996, R. p. 141 ; CC 97-393 DC, 18 décembre 1997, R. p. 320.

modèle des cavaliers budgétaires, il a inventé les « cavaliers sociaux », c'est-à-dire, les dispositions d'une loi de financement étrangères au domaine de cette loi tel qu'il est défini par la loi organique du 22 juillet 1996. Il a, par exemple, jugé que ne constituait pas un cavalier social le transfert à la Caisse d'amortissement de la dette de la Sécurité sociale, de la dette de l'Agence centrale des organismes de Sécurité sociale à l'égard de la Caisse des dépôts et consignations, car « en raison de l'ampleur de la dette ainsi transférée, cette mesure permettra d'alléger les frais financiers du régime général de la Sécurité sociale et de réduire ses besoins de financement externe dans une proportion contribuant de façon significative à son équilibre financier »²⁴⁰. En privilégiant ainsi une interprétation financière, le Conseil risque de laisser se multiplier les cavaliers sociaux, même si, en ne précisant pas le seuil de l'impact « significatif », il se donne, comme d'habitude, une marge d'appréciation²⁴¹.

598 Dans l'exercice de son contrôle, le Conseil constitutionnel apprécie en effet la portée réelle de la mesure et son lien de causalité, qui doit être suffisamment direct, avec l'équilibre financier de la sécurité sociale²⁴². À ce titre, il a par exemple censuré comme « cavalier social », lors de l'examen de la loi de financement de la Sécurité sociale pour 2014, l'article 58 relatif aux démarches administratives des bénéficiaires de l'allocation de solidarité aux personnes âgées pour le renouvellement de l'aide à l'acquisition d'une complémentaire santé²⁴³. Les conditions de vente à l'étranger des médicaments non consommés en France dans la décision du 22 décembre 2009²⁴⁴, les modalités de recours contre des tiers par les organismes d'assurance maladie complémentaire dans la décision du 18 décembre 2014²⁴⁵ ou la remise d'un rapport sur l'extension de l'assurance complémentaire santé d'entreprise dans la décision du 17 décembre 2015²⁴⁶ ont également été censurées en tant que « cavalier social ».

599 Le respect du principe de sincérité est également exigé des lois de financement de la Sécurité sociale avec les mêmes difficultés de réalisation puisque, comme elles, elles sont élaborées à partir de prévisions sur l'évolution de la croissance, de la masse salariale, du comportement des acteurs économiques, etc., c'est-à-dire en fait sur des incertitudes, les travaux des experts étant rarement convergents sur tous ces éléments. D'où la facilité pour l'opposition de dénoncer l'irréalisme des chiffres retenus par le gouvernement et de couvrir cette critique politique en invoquant le principe juridique de sincérité des prévisions, condition effectivement nécessaire à l'exercice du contrôle parlementaire en matière de finances publiques et sociales. Prudent, le Conseil ne prétend pas détenir la vérité ou la certitude financière que les économistes et les politiques ne sont pas eux-mêmes capables de

■ 240. CC 97-393 DC, 18 décembre 1997, *R.* p. 320.

■ 241. CC 98-404 DC, 18 décembre 1998, *R.* p. 315 ; CC 99-422 DC, 21 décembre 1999, *R.* p. 143.

■ 242. CC 2005-528 DC, 15 décembre 2005, *JO* 20 décembre 2005, p. 19561.

■ 243. CC 2013-682 DC, 19 décembre 2013, *JO* 24 décembre 2013, p. 21069.

■ 244. CC 2009-596 DC, 22 décembre 2009, *JO* 27 décembre 2009, p. 22419.

■ 245. CC 2014-706 DC, 18 décembre 2014, *JO* 4 décembre 2014, p. 21789.

■ 246. CC 2015-723 DC, 17 décembre 2015, *JO* 22 décembre 2015, p. 23685.

garantir. Ainsi, dans sa décision du 18 décembre 2001²⁴⁷, il se contente de juger que les prévisions de recettes des régimes obligatoires de base et les objectifs de dépenses sociales ne sont pas « entachés d'erreur manifeste d'appréciation, compte tenu des aléas inhérents à leur évaluation et des incertitudes particulières relatives à l'évolution de l'économie en 2002 » ; il ajoute cependant que, si ces prévisions s'avéraient erronées, « il appartiendrait au gouvernement de soumettre au Parlement les ajustements nécessaires dans une loi de financement de la Sécurité sociale rectificative ou, à défaut, dans la loi de financement pour 2003 ». Dans la décision du 19 décembre 2013²⁴⁸, le Conseil constitutionnel reprend l'esprit de la jurisprudence en matière de contrôle des lois de finances en estimant qu'il ne ressort ni de l'avis du Haut conseil des finances publiques, qui pointe pourtant des éléments de « fragilité » du scénario macroéconomique, ni des autres éléments soumis au Conseil constitutionnel, « que les hypothèses économiques sur lesquelles est fondée la loi de financement de la Sécurité sociale soient entachées d'une intention de fausser les grandes lignes de l'équilibre de la loi déferée ».

600 L'équilibre financier de la Sécurité sociale, enfin, est une exigence constitutionnelle qui, selon le Conseil, ne doit pas s'apprécier branche par branche mais globalement. Ainsi, dans sa décision du 12 décembre 2002²⁴⁹, rappelant que l'autonomie des branches de la Sécurité sociale ne constitue pas, en elle-même, un principe de valeur constitutionnelle, il considère que le législateur peut donc opérer des transferts de ressources et de charges entre les branches. Mais, précisent les juges, ces transferts ne doivent pas compromettre la réalisation des objectifs de chacune car seraient alors mises en cause « l'existence des branches et les exigences constitutionnelles qui s'attachent à l'exercice de leurs missions ». En décidant que la branche famille prendrait en charge une partie du financement de la majoration de pension pour enfants relevant initialement de la branche vieillesse, le législateur a, selon le Conseil, respecté ce cadre constitutionnel puisque ces majorations « s'analysent comme un avantage familial différé qui vise à compenser, au moment de la retraite, les conséquences financières des charges de famille » et que le transfert de charges critiqué ne représentant qu'un faible pourcentage de l'ensemble des dépenses de la branche famille « ne remet pas en cause les exigences constitutionnelles qui s'attachent à l'exercice des missions de cette branche ». La prise en charge était pourtant portée de 30 % à 60 % et, selon les estimations mêmes du gouvernement, elle faisait passer le solde positif de la branche de 1,675 milliard d'euros à 730 milliards d'euros. À propos de dispositions permettant d'assurer à la caisse nationale d'allocations familiales, par l'affectation de ressources nouvelles, la compensation, en 2011, de l'affectation de recettes à la Caisse d'amortissement, la décision du 16 décembre 2010²⁵⁰ rejette le grief tiré de la violation de l'objectif d'équilibre financier de la Sécurité sociale.

■ 247. CC 2001-453 DC, 18 décembre 2001, *R.* p. 164, CC 2004-508 DC, 16 décembre 2004, *R.* p. 225.

■ 248. CC 2013-682 DC, 19 décembre 2013, JO 24 décembre 2013, p. 21069. Sur l'absence d'atteinte à la sincérité de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2016, v. CC 2015-723 DC, 17 décembre 2015, JO 22 décembre 2015, p. 23685.

■ 249. CC 2002-463 DC, 12 décembre 2002, *R.* p. 540.

■ 250. CC 2010-620 DC, 16 décembre 2010, JO 21 décembre 2010, p. 22439.

Le Conseil se montre parfois plus exigeant comme dans sa décision du 18 décembre 2001²⁵¹ par laquelle il censure l'annulation par la loi de financement pour 2002 de la dette de 16 milliards que le Forec devait aux organismes sociaux au titre de la loi de financement pour 2000 : « eu égard au montant de cette créance sur l'État, à la situation financière des régimes de la Sécurité sociale, ainsi qu'à l'exigence constitutionnelle qui s'attache à l'équilibre financier de la Sécurité sociale, le souci de remédier aux difficultés financières du fonds ne constitue pas, juge le Conseil, un motif d'intérêt général suffisant pour remettre en cause rétroactivement les résultats d'un exercice clos ». À supposer que l'annulation litigieuse puisse s'analyser au regard des règles constitutionnelles de la rétroactivité en matière non répressive, la censure du Conseil ne serait acceptable qu'autant seraient pertinents les arguments développés. En particulier, autant que l'annulation de la créance mettrait en difficulté « la situation financière des régimes de Sécurité sociale ». Or, ainsi que le gouvernement le faisait observer, le régime général était en excédent en 2000 sans que cette créance ait été honorée ; en revanche, pour cette même année 2000, les recettes du Forec s'étaient révélées insuffisantes pour financer les baisses de charges accordées aux entreprises passées aux 35 heures. Par conséquent, l'annulation de la créance permettait de remédier aux difficultés financières du fonds sans affecter l'équilibre financier de la Sécurité sociale.

N'était-ce pas là « un motif d'intérêt général suffisant » pour admettre la régularité de l'annulation de la créance qui, dans les circonstances de l'espèce, s'analyse au fond comme une simple opération de clarification comptable ?

§ 2. LA SÉPARATION DES POUVOIRS ENTRE LES INSTITUTIONS POLITIQUES ET JURIDICTIONNELLES

601

À rebours de la lecture traditionnellement hostile de la séparation des pouvoirs à l'égard du juge, le Conseil constitutionnel développe des garanties constitutionnelles assurant l'indépendance des juges (A) et encadre les immixtions du pouvoir politique dans l'exercice de la fonction juridictionnelle (B).

A. LA PROTECTION DE L'INDÉPENDANCE DES JUGES

602

Selon le Conseil constitutionnel, la Constitution « reconnaît deux ordres de juridictions au sommet desquels sont placés le Conseil d'État et la Cour de cassation »²⁵². Mais l'essentiel n'est pas là. En consacrant de manière générale le principe d'indépendance des juridictions et en s'assurant des garanties statutaires et organiques qui en assurent l'effectivité, le Conseil constitutionnel consolide le statut constitutionnel de l'autorité judiciaire (1) tout en construisant celui du juge

■ 251. CC 2001-453 DC, 18 décembre 2001, *R.* p. 164 ; voir également, CC 2000-441 DC, 28 décembre 2000, *R.* p. 201.

■ 252. CC 2010-71 QPC, 26 novembre 2010, JO 27 novembre 2010, p. 21119. V. également CC 2009-595 DC, 3 décembre 2009, JO 11 décembre 2009, p. 21381.

administratif (2). Chemin faisant, le Conseil constitutionnel précise la portée du principe d'indépendance des juridictions en se l'appliquant...à lui-même ! (3).

1. Les solides garanties d'indépendance de l'autorité judiciaire

a) *Le(s) fondement(s) de l'indépendance*

603 Dans la décision du 22 juillet 1980²⁵³, le Conseil constitutionnel posait la première pierre d'un édifice jurisprudentiel, en affirmant que la Constitution garantit « l'indépendance des juridictions » ainsi que le « caractère spécifique de leurs fonctions sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le gouvernement ». Ce qui en l'espèce conduit le Conseil à interdire au législateur « de censurer les décisions des juridictions, d'adresser à celles-ci des injonctions et de se substituer à elles dans le jugement des litiges relevant de leur compétence ». Dans sa décision du 17 juillet 1980, le Conseil avait déjà fait de ce principe, un attribut, un élément constitutif de la souveraineté nationale. Pour les requérants, la ratification de la convention judiciaire franco-allemande portait atteinte à l'indépendance nationale en ce qu'elle permettait à un État étranger d'intervenir sur le territoire français pour faire exécuter des commissions rogatoires. Analysant la convention, le Conseil considère au contraire qu'elle ne porte « aucune atteinte à la règle qui découle du principe de la souveraineté nationale, selon lequel les autorités judiciaires françaises, telles qu'elles sont définies par la loi française, sont seules compétentes pour accomplir en France dans les formes prescrites par la loi, les actes qui peuvent être demandés par une autorité étrangère au titre de l'entraide judiciaire en matière pénale »²⁵⁴.

604 À l'origine fondée exclusivement sur l'article 64 de la Constitution, l'indépendance de l'autorité judiciaire s'est progressivement rapprochée de cette disposition attractive de la Déclaration de 1789 : l'article 16. Ainsi, dans la décision du 20 février 2003, le Conseil pose plusieurs réserves d'interprétation sur la loi organique relative aux juges de proximité, afin de s'assurer du respect des « exigences d'indépendance et d'impartialité du juge qui découlent de l'article 16 de la Déclaration de 1789 »²⁵⁵. Les fondements du principe d'indépendance semblent à présent stabilisés autour d'une combinaison entre le principe général d'indépendance applicable notamment aux juges non-professionnels, issu de l'article 16 de la Déclaration, et une disposition spécifique à l'autorité judiciaire et aux magistrats professionnels, l'article 64 de la Constitution. En ce sens, dans la décision du 1^{er} mars 2007, le Conseil constitutionnel affirme « que l'article 16 de la Déclaration de 1789 et l'article 64 de la Constitution garantissent l'indépendance des juridictions »²⁵⁶.

■ 253. CC 80-119 DC, 22 juillet 1980, R. p. 46.

■ 254. CC 80-116 DC, 17 juillet 1980, R. p. 36.

■ 255. CC 2003-466 DC, 20 février 2003, R. p. 156. Dans le même sens, cf. CC 2006-545 DC, 28 décembre 2006, R. p. 138.

■ 256. CC 2007-551 DC du 1^{er} mars 2007, R. p. 86. Dans le même sens, cf. CC 2008-562 DC, 21 février 2008, R. p. 89.

605 Réserve de compétence. En ce qui concerne la réserve constitutionnelle de compétence de l'autorité judiciaire, l'article 66 de la Constitution prévoit que « nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ». Objet d'un intense débat, la notion de « liberté individuelle » au sens de l'article 66 de la Constitution s'est progressivement réduite à la protection de la sûreté, c'est-à-dire le droit de ne pas être arrêté ou détenu en dehors des cas prévus par la loi et sans intervention de l'autorité judiciaire²⁵⁷. Autre réserve de compétence issue d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République dans la décision du 25 juillet 1989²⁵⁸, il revient à l'autorité judiciaire de protéger la propriété immobilière, notamment afin de prononcer le transfert de propriété en matière d'expropriation ou pour évaluer l'indemnisation d'une dépossession de la propriété.

b) L'indépendance des membres des juridictions

606 Principe sans doute important, l'indépendance des juridictions se mesure cependant véritablement à l'indépendance de ses membres. Aussi le Conseil avait-il attribué valeur constitutionnelle au principe de l'indépendance du juge dès 1970 dans sa décision du 9 juillet²⁵⁹. Dans cette affaire, était en cause une disposition législative prévoyant la possibilité pour des auditeurs de justice, c'est-à-dire des élèves de l'École nationale de la magistrature, de participer à des activités juridictionnelles avec voix délibérative. Le Conseil constitutionnel a considéré que « eu égard à leur statut particulier » – les auditeurs sont soumis à l'autorité du directeur de l'École de Bordeaux, du ministre de la Justice et, pour leur notation, du président du tribunal – leur participation aux audiences avec voix délibérative « *est incompatible avec le principe d'indépendance des juges* tel qu'il résulte des dispositions de l'article 64 de la Constitution ».

Quoi qu'il en soit de son étendue, la protection du principe d'indépendance du juge n'est pas absolue et le Conseil laisse parfois le législateur y porter des atteintes regrettables au regard des exigences d'une bonne justice. Ainsi, dans sa décision des 19 et 20 janvier 1981, il considère que ne porte pas atteinte à l'indépendance du juge d'instruction, le pouvoir donné au président de la chambre d'accusation « de contrôler le cours des informations, de convoquer les juges d'instruction, de visiter leur cabinet, de prendre connaissance des dossiers » et, le cas échéant, « de saisir la chambre d'accusation » qui peut désigner un autre juge d'instruction ou décider d'instruire elle-même l'affaire²⁶⁰. Une censure de ces dispositions législatives eut sans doute été préférable et au moins tout aussi respectueuse du principe d'indépendance des juges !

De même, l'extension et la généralisation de l'ouverture du corps judiciaire à des fonctionnaires, décidées par la loi organique du 25 février 1992, ont été critiquées devant le Conseil constitutionnel. Derrière ce principe du détachement

■ 257. Cf. *infra*, n° 673 et s.

■ 258. CC 89-256 DC, 25 juillet 1989, R. p. 53.

■ 259. CC 70-40 DC, 9 juillet 1970, R. p. 25.

■ 260. CC 81-127 DC, 19-20 janvier 1981, R. p. 15.

judiciaire, était en jeu la question de la spécificité des fonctions judiciaires. « Le magistrat, ce n'est pas un fonctionnaire, déclarait le député Pierre Mazeaud lors des débats parlementaires le premier rend ses décisions au nom du peuple français, le second en fonction de sa hiérarchie ». Favoriser le système des passerelles, n'est-ce pas dès lors prendre le risque d'introduire dans le corps judiciaire une mentalité administrative respectueuse du devoir d'obéissance hiérarchique et de détruire progressivement ce qui constitue sa spécificité, l'indépendance ? Le Conseil n'a certainement pas été insensible à ces considérations de philosophie judiciaire dans la décision du 21 février 1992²⁶¹ : il pose comme « principe » que « les fonctions de magistrat de l'ordre judiciaire doivent être exercées par des personnes qui entendent consacrer leur vie professionnelle à la carrière judiciaire », et juge que si la Constitution ne fait pas obstacle « à ce que des fonctions normalement réservées à des magistrats de carrière – nouvelle insistance du Conseil – puissent être exercées par des personnes qui n'entendent pas pour autant embrasser la carrière judiciaire », c'est à une triple condition : que ce détachement soit à titre temporaire, pour une part limitée et que « des garanties appropriées permettent de satisfaire au principe d'indépendance qui est indissociable de l'exercice des fonctions judiciaires ». Et, analysant point par point le régime juridique du détachement judiciaire – limitation à 1/20^e du nombre des emplois de chacun des deux grades, limitation à une période de cinq ans non renouvelable de la durée du détachement, réintégration de plein droit dans le corps d'origine au grade correspondant à l'avancement moyen dont ont bénéficié les membres de ce corps se trouvant, à la date du détachement, dans la même situation... –, le Conseil constate que les détachés « sont soumis aux droits et obligations applicables à l'ensemble des magistrats », et qu'en conséquence il n'est pas porté atteinte à la Constitution²⁶².

607 La multiplication des lois autorisant le recrutement exceptionnel de magistrats non professionnels a, cependant, conduit le Conseil à imposer le respect d'une nouvelle exigence constitutionnelle fondée sur l'article 6 de la Déclaration de 1789. Dans sa décision du 19 février 1998²⁶³, en effet, il juge que cet article implique que ces recrutements prennent en compte « les capacités, vertus et talents qui soient en relation avec les fonctions de magistrat et garantissent l'égalité des citoyens devant la justice ». Et, en l'espèce, constatant que la loi ne permet pas de « présumer, dans tous les cas, la qualification juridique » des candidats non-professionnels, il demande que les mesures d'application prévoient des épreuves de concours de nature à permettre de vérifier les connaissances juridiques des intéressés et de leur aptitude à juger « afin de garantir la qualité des décisions rendues, l'égalité devant la justice et le bon fonctionnement du service public de la justice ». Le Conseil rappelle ainsi que, si la magistrature doit rester un corps ouvert, il serait grave pour l'idée de justice de laisser croire qu'elle n'est pas une profession exigeant « des capacités, vertus et talents » certifiés et que tout un chacun peut, avec du bon sens, rendre justice au pied de son arbre.

■ 261. CC 92-305 DC, 21 février 1992, R. p. 27 ; CC 94-355 DC, 10 janvier 1995, R. p. 151.

■ 262. CC 92-305 DC, 21 février 1992, R. p. 27 ; CC 94-355 DC, 10 janvier 1995, R. p. 151.

■ 263. CC 98-396 DC, 19 février 1998, R. p. 153. Voir également, CC 2001-445 DC, 19 juin 2001, R. p. 63.

Au regard de cette jurisprudence, la création de juridictions de proximité soulevait des problèmes constitutionnels dont le Conseil a sans doute minimisé l'importance. Dans sa décision du 29 août 2002²⁶⁴, il juge, en effet, que cette nouvelle juridiction « dont les membres ne sont pas des magistrats de carrière » n'est pas contraire à l'article 64 de la Constitution « dès lors que ces juges exercent une part limitée des compétences dévolues aux tribunaux d'instances et aux tribunaux de police » et « qu'il ne leur est pas confié le pouvoir de prononcer des mesures privatives de liberté ». Mais, différence importante avec le mécanisme du recrutement professionnel où les juges non professionnels siègent aux côtés de juges professionnels, la juridiction de proximité est une juridiction ordinaire de droit commun qui est composée uniquement et entièrement de juges non professionnels exerçant à titre temporaire et statuant en dernier ressort. De même, dans sa décision du 20 février 2003²⁶⁵, le Conseil valide le statut de juge de proximité alors que deux dispositions, au moins, fragilisaient gravement le principe d'indépendance.

Le Conseil reconnaît, en effet, lui-même que « ni les diplômes juridiques obtenus par les candidats désignés ci-dessus²⁶⁶, ni leur exercice professionnel antérieur ne suffisent à présumer dans tous les cas qu'ils détiennent ou sont aptes à acquérir les qualités indispensables au règlement des contentieux relevant des juridictions de proximité ». Le Conseil aurait donc été fondé à déclarer, au minimum, que le législateur était resté en deçà de ses compétences en ne posant pas les exigences précises de formation de nature à garantir la capacité de juges non professionnels constituant à eux seuls une juridiction à exercer des fonctions juridictionnelles. Au lieu d'une censure, qui aurait renvoyé au législateur la responsabilité de définir lui-même la nature de la formation, le Conseil, par une série d'ajouts à la loi, choisit d'ériger le Conseil supérieur de la magistrature en gardien de la qualité du recrutement des juges de proximité ; « il appartiendra à la formation du siège du CSM, avant de rendre son avis²⁶⁷, de s'assurer que les candidats dont la nomination est envisagée sont aptes à exercer les fonctions de juge de proximité et, le cas échéant, de la soumettre à une formation probatoire »²⁶⁸.

608 Le principe d'indépendance déploie son autorité aux questions de composition des juridictions, soit de manière autonome, soit en lien avec le principe d'impartialité qui découle également de l'article 16 de la déclaration de 1789²⁶⁹. Par exemple, la composition du tribunal maritime commercial est censurée, en ce qu'elle prévoit, parmi ses cinq membres, deux voire trois selon les cas qui ont la qualité soit

■ 264. CC 2002-461 DC, 29 août 2002, *R.* p. 204.

■ 265. CC 2003-466 DC, 20 février 2003, *R.* p. 156.

■ 266. Ces candidats sont ceux visés à l'article 41-17 de la loi organique : les anciens magistrats de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire, des membres des professions libérales juridiques et judiciaires, des personnes titulaires d'un diplôme sanctionnant quatre années d'études supérieures dans le domaine juridique...

■ 267. Par une autre réserve, le Conseil a précisé que les juges de proximité ne pouvaient être nommés que sur avis conforme de la formation du siège du CSM.

■ 268. Dans un considérant *a priori* surprenant, le Conseil déclare que, bien que les juges de proximité soient soumis aux droits et obligations applicables à l'ensemble des magistrats et que leurs conditions de désignation et leurs règles statutaires soient insérées dans la loi organique relative au statut de la magistrature, ces juges ne sont pas partie du corps judiciaire. Autrement dit, ces juges ne sont pas de « vrais » juges !

■ 269. CC 2006-545 DC, 28 décembre 2006, *R.* p. 138.

d'officier de la marine nationale soit de fonctionnaire ou d'agent contractuel de l'État et donc soumis à l'autorité hiérarchique du gouvernement.

Les mêmes principes sont à l'œuvre à propos du pouvoir de saisine d'office des juridictions. Qualifié, de jurisprudence constante, d'« indissociable de l'exercice de fonctions juridictionnelles », le principe d'impartialité interdit par principe à une juridiction d'introduire spontanément une instance au terme de laquelle elle prononce une décision revêtue de l'autorité de chose jugée. En vertu d'un considérant de principe inauguré dans une décision du 7 décembre 2012²⁷⁰, le Conseil constitutionnel admet une exception à ce principe, uniquement en dehors des cas dans lesquels la juridiction pourrait prononcer une sanction ayant le caractère de punition. Excepté ce champ répressif, la saisine d'office est tolérée si elle répond à un motif d'intérêt général et si le législateur a prévu des garanties propres à assurer le respect du principe d'impartialité. En l'espèce, le Conseil censure le défaut de garantie du principe d'impartialité de la saisine d'office du tribunal pour l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire. De même dans les décisions du 15 novembre 2013²⁷¹ et du 7 mars 2014²⁷², il censure plusieurs cas de saisine d'office en matière de redressement et de liquidation judiciaire.

c) *Le principe d'inamovibilité des juges*

609 Directement liée à l'indépendance, l'inamovibilité des magistrats a été reconvenue, pour la première fois, comme principe constitutionnel dans la décision du 26 janvier 1967²⁷³ : « un magistrat du siège ne peut recevoir, sans son consentement, une affectation nouvelle, même en avancement ». Ainsi défini, ce principe sert en l'espèce au Conseil de référence pour censurer une disposition législative qui donnait au gouvernement la faculté d'affecter d'office à un emploi de magistrat des conseillers référendaires dont les fonctions à la Cour de cassation arrivaient à expiration. Il a également invalidé une disposition prévoyant la possibilité de changer l'affectation du magistrat chargé d'assurer le remplacement du titulaire en congé de longue maladie, au motif que la loi ne subordonnait ce changement « ni au consentement du magistrat concerné ni à aucune condition légale »²⁷⁴.

Cette dernière précision est importante car le Conseil constitutionnel apprécie la mise en œuvre et le respect par le législateur du principe d'inamovibilité à l'existence et au contenu de garanties accordées par la loi aux magistrats. Il considère par exemple qu'affecter des magistrats dans une juridiction en fonction des demandes qu'ils ont présentées, ou, à défaut, en fonction des choix qui leur ont été proposés, constitue un ensemble de garanties de nature à satisfaire le principe d'inamovibilité²⁷⁵. De même, il a jugé qu'« en déterminant limitativement les cas dans lesquels des magistrats du siège peuvent être appelés à effectuer un remplacement, qu'en subordonnant celui-ci à une ordonnance du Premier Président précisant

■ 270. CC 2012-286 QPC, 7 décembre 2012, *R.* p. 642.

■ 271. CC 2013-352 QPC, 15 novembre 2013, *R.* p. 1036.

■ 272. CC 2013-368 QPC, 7 mars 2014, *R.* p. 5034 ; CC 2013-372 QPC, 7 mars 2014, *R.* p. 5036. Sur cette question, cf. également CC 2014-438 QPC, 16 janvier 2015, JO 18 janvier 2015, p. 84.

■ 273. CC 67-31 DC, 26 janvier 1967, *R.* p. 19. Voir aussi, CC 93-336 DC, 27 janvier 1994, *R.*, p. 47.

■ 274. CC 80-123 DC, 24 octobre 1980, *R.* p. 24.

■ 275. CC 67-33 DC, 12 juillet 1967, *R.* p. 21.

le motif et la durée du remplacement, et en en fixant le terme », la loi avait apporté aux magistrats appelés à effectuer un remplacement « les garanties de nature à satisfaire aux exigences de la Constitution dont l'article 64 déclare que les magistrats du siège sont inamovibles »²⁷⁶.

Si, comme il est souvent dit, l'indépendance des juges est affaire de conscience, il n'est cependant pas inutile que celle-ci soit « aidée » ou confortée par l'existence de principes dont le Conseil assure le respect. Car la fonction constitutionnelle de l'autorité judiciaire n'est pas mince : être gardienne de la liberté individuelle.

610 Le principe d'inamovibilité ne fait cependant pas obstacle à des dispositions incitant les magistrats à la mobilité. Ainsi, dans sa décision du 19 juin 2001²⁷⁷, le Conseil a jugé que le législateur pouvait, sans porter atteinte au principe d'inamovibilité, organiser la mobilité des magistrats du siège en limitant à sept ans la durée d'exercice des fonctions de chef d'une même juridiction du premier ou du second degré, et à dix ans celle des fonctions de juge spécialisé au sein d'un même tribunal de grande instance ou de première instance. Le raisonnement suivi par le Conseil fait implicitement écho au principe selon lequel un fonctionnaire est dans une situation statutaire légale et réglementaire et non dans une situation juridique subjective. Il observe en effet que ces obligations de mobilité sont « de portée générale et s'appliqueront après le 1^{er} janvier 2002 à tous les titulaires des fonctions en cause », autrement dit que la situation de magistrat est fixée à l'avance par voie générale et impersonnelle au moyen de la loi et de décrets. Et, surtout, le Conseil ajoute « *qu'en acceptant ces dispositions, les magistrats, pleinement informés de la limitation dans le temps de ces fonctions, auront consenti aux modalités d'affectation prévues par la loi organique* ». C'est là faire référence à la doctrine de l'acte de nomination acte-condition. Être nommé magistrat après le 1^{er} janvier 2002, c'est accepter la situation générale et impersonnelle de la magistrature définie par le nouveau statut légal et donc nécessairement consentir aux règles de mobilité ; à défaut d'accepter cette situation, le magistrat peut toujours refuser sa nomination. L'acte de nomination se présente ainsi comme un « acte unilatéral affecté d'une condition résolutoire, celle-ci étant le refus de la nomination », selon la formule d'André de Laubadère.

d) Indépendance et discipline des magistrats judiciaires

611 Le régime disciplinaire des magistrats pose, au regard du principe d'indépendance, un redoutable problème. Après l'affaire *d'Outreau*, le Parlement a voté une loi organique étendant le champ de la faute disciplinaire et ouvrant aux justiciables un droit de réclamation portant sur le comportement du magistrat chargé de leur dossier. Sans critiquer cette extension et cette ouverture, le Conseil, dans sa décision du 1^{er} mars 2007²⁷⁸, censure cependant les modalités de leur mise en œuvre et vide la loi de ses principales dispositions. Certes, le législateur organique peut « étendre la responsabilité disciplinaire des magistrats à leur activité

■ 276. CC 80-123 DC, 24 octobre 1980, R. p. 24.

■ 277. CC 2001-445 DC, 19 juin 2001, R. p. 63.

■ 278. CC 2007-551 DC, 1^{er} mars 2007, JO 6 mars 2007, p. 4230.

juridictionnelle » en prévoyant qu'une « violation grave et délibérée d'une règle de procédure constituant une garantie essentielle des droits des parties » puisse être sanctionnée sur le plan disciplinaire. Mais, s'appuyant sur la jurisprudence du Conseil supérieur de la magistrature, le Conseil juge que « les principes d'indépendance et de séparation des pouvoirs font obstacle à l'engagement des poursuites disciplinaires lorsque cette violation n'a pas été préalablement constatée par une décision de justice devenue définitive ».

De même, le Conseil veille à ce qu'une autorité administrative indépendante ne s'imisce pas dans la mise en œuvre de la responsabilité disciplinaire des magistrats judiciaires. Dans une première décision du 1^{er} mars 2007²⁷⁹ concernant le Médiateur de la République, une disposition organique est censurée en ce qu'elle prévoyait la possibilité pour le Médiateur de recevoir, d'instruire et de transmettre aux autorités de saisine du CSM les réclamations des justiciables concernant le comportement des magistrats. Dans une seconde décision du 29 mars 2011²⁸⁰, ce sont les compétences du Défenseur des droits qui sont recadrées par le Conseil constitutionnel. Saisi d'une disposition permettant au Défenseur de saisir, de manière générale, toute autorité administrative investie du pouvoir disciplinaire, le Conseil constitutionnel émet des réserves d'interprétation interdisant au Défenseur de « donner suite aux réclamations des justiciables portant sur le comportement d'un magistrat dans l'exercice de ses fonctions » et en restreignant sa compétence à la seule possibilité « d'aviser le ministre de la Justice de faits découverts à l'occasion de l'accomplissement de ses missions et susceptibles de conduire à la mise en œuvre d'une procédure disciplinaire à l'encontre d'un magistrat ».

En revanche, le régime disciplinaire des magistrats n'est pas applicable aux fonctions publiques électives dont sont titulaire les juges des tribunaux de commerce. Le législateur peut ainsi instaurer une commission de discipline des juges des tribunaux de commerce saisie par le ministre de la Justice, dès lors que ces « juges » ne sont pas soumis au statut des magistrats et ne sont pas placés dans la même situation²⁸¹.

2. Le développement des garanties d'indépendance du juge administratif

a) La constitutionnalisation de la juridiction administrative

612 Deux décisions importantes ont consacré le caractère constitutionnel de l'existence et de la compétence propre de la juridiction administrative. Importantes parce que cette constitutionnalisation met un obstacle juridique aux éventuelles tentatives de repréailles des pouvoirs publics contre un Conseil d'État non docile, comme ce fut le cas lors de l'affaire *Canal* en 1962²⁸² ; importantes aussi par les fondements invoqués par le Conseil pour cette promotion constitutionnelle de la juridiction

■ 279. CC 2007-551 DC, 1^{er} mars 2007, R. p. 86

■ 280. CC 2011-626 DC, 29 mars 2011, JO 30 mars 2011, p. 5507.

■ 281. CC 2012-241 QPC, 4 mai 2012, R. p. 236.

■ 282. Sur les problèmes soulevés par l'arrêt *Canal*, voir par exemple, R. DRAGO, « La réforme du Conseil d'État », *AJDA*, 1963, p. 524.

administrative. En effet, selon la doctrine, la séparation des autorités administratives et judiciaires, c'est-à-dire l'interdiction pour les juridictions judiciaires de connaître des litiges administratifs, se rattache directement au principe de la séparation des pouvoirs, comme d'ailleurs l'existence d'un juge propre à l'administration qui n'est que la conséquence logique de cette interdiction. Or, pour constitutionnaliser l'existence et la compétence spécifique de la juridiction administrative, le Conseil ne va pas faire appel au principe de la séparation des pouvoirs. Dans la première décision, celle du 22 juillet 1980²⁸³, il fonde l'indépendance de la juridiction administrative sur « les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République depuis la loi du 24 mai 1872 ». De manière plus nette encore, il affirme, dans sa décision du 23 janvier 1987²⁸⁴, que « les dispositions des articles 10 et 13 de la loi des 16 et 24 août 1790 et du décret du 16 fructidor, an III qui ont posé dans sa généralité le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires n'ont pas en elles-mêmes valeur constitutionnelle » ; en revanche « figure au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » celui de l'existence d'une juridiction administrative disposant d'une compétence réservée.

613 L'argumentation du Conseil est à la fois juste et surprenante. Juste dans la mesure où le principe de la séparation des pouvoirs ne pouvait être invoqué : la logique et le droit comparé montrent qu'il ne justifie nullement l'interdiction pour les tribunaux judiciaires de juger les actes de l'administration. Surprenante dans la mesure où le Conseil classe le principe constitutionnel de la répartition des compétences entre la juridiction judiciaire et la juridiction administrative parmi les PFRLR ; quelles lois de la République ? Celle du 24 mai 1872 qui substitue la justice déléguée à la justice retenue et donne compétence au Conseil d'État pour le contentieux de l'excès de pouvoir ? Citée dans la décision de 1980, elle disparaît dans celle de 1987, peut-être parce qu'elle fut votée à un moment où la République n'existait pas encore formellement. Celle du 3 mars 1849 qui établit, pour la première fois, la justice déléguée que le Second Empire supprimera en 1852 ? L'ordonnance du 31 juillet 1945 qui n'est, pour l'essentiel, qu'une codification des règles anciennes ? Le Conseil ne fait référence à aucune loi précise, car le véritable fondement de sa décision est, comme il l'énonce lui-même et de manière explicite, « la conception française de la séparation des pouvoirs »²⁸⁵. En d'autres termes, c'est à partir de l'histoire politique particulière de la France, faite, en souvenir des Parlements de l'Ancien Régime, de défiance envers le corps judiciaire, et devenue, avec le temps, la « tradition juridique ou républicaine française », et non sur la base de telle ou telle loi particulière, que le Conseil a dégagé, a construit, a créé le principe constitutionnel de l'existence et d'une compétence propre à la juridiction administrative. Principe cependant qui n'est pas absolu et doit, comme tout principe constitutionnel, être concilié avec d'autres exigences ou nécessités.

■ 283. CC 80-119 DC, 22 juillet 1980, R. p. 46.

■ 284. CC 86-224 DC, 23 janvier 1987, R. p. 8.

■ 285. « Conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs », figure parmi les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République celui selon lequel « la juridiction administrative est dotée d'une compétence réservée » ; CC 86-224 DC, 23 janvier 1987, R. p. 8.

b) L'application du principe d'indépendance à la juridiction administrative

614 – À l'aube de la V^e République, Michel Debré estimait que « la magistrature administrative n'existe pas »²⁸⁶ et la doctrine doutait de son indépendance. Peu à peu, le Conseil constitutionnel a logiquement nuancé l'affirmation au point d'appliquer le principe constitutionnel d'indépendance à toutes les juridictions, y compris donc les juridictions administratives.

Dans un premier temps, sans que le Conseil ne le dise clairement, l'application du principe d'indépendance semblait inévitable : d'abord, comme conséquence logique du principe d'indépendance de la juridiction administrative posée dans la décision du 22 juillet 1980 sur le fondement des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ; ensuite, comme conséquence de la décision du 12 septembre 1984²⁸⁷. Dans cette affaire, en effet, le Conseil a jugé que les dispositions relatives à l'abaissement différencié de l'âge de la retraite des conseillers d'État « ne méconnaissent en rien le principe d'indépendance de la juridiction administrative ».

Dans un deuxième temps, le rattachement de l'indépendance de l'autorité judiciaire à l'article 16 de la Déclaration de 1789 dans la décision du 20 février 2003²⁸⁸ laisse augurer un certain délaissement des PFRLR²⁸⁹, au profit d'une conception englobante du « pouvoir juridictionnel »²⁹⁰ incluant l'autorité judiciaire et la juridiction administrative. En effet, ce glissement vers l'article 16 pouvait surprendre dans la mesure où il a pour objet « les pouvoirs » alors que la justice est considérée comme une « autorité ». Sauf à ce que, par cette référence, le Conseil ait voulu signifier que la justice était un pouvoir !

Dans un troisième temps, le Conseil constitutionnel met en œuvre le principe d'indépendance issu de l'article 16 à l'égard de plusieurs juridictions administratives spécialisées. Ainsi, dans plusieurs décisions QPC, l'article 16 garantit « les principes d'indépendance et d'impartialité, indissociables de l'exercice de fonctions juridictionnelles » que le Conseil applique à la chambre disciplinaire des vétérinaires²⁹¹, à la commission centrale d'aide sociale²⁹² ou à la Cour de discipline budgétaire et financière²⁹³. Ce qui vaut pour les juridictions administratives spécialisées devrait valoir pour l'ensemble des juridictions administratives : sans le dire mais tout en le faisant, le Conseil a certainement abandonné le fondement des PFRLR au profit de l'article 16. Il faut bien avouer que cette disposition présente une commode plasticité qui lui permet de se prêter sans mal au pouvoir interprétatif du juge constitutionnel. Sans compter le prestige symbolique d'un texte érigé au rang de pierre angulaire du droit constitutionnel français...

■ 286. M. DEBRE, *Comité consultatif constitutionnel*, Doc. Fr. 1960, p. 70 ; voir aussi, CE 30 juin 1978, *Rec.* p. 281.

■ 287. CC 84-179 DC, 12 septembre 1984, *R.* p. 73.

■ 288. CC 2003-466 DC, 20 février 2003, *R.* p. 156.

■ 289. V. cependant CC 2001-448 DC, 25 juillet 2001, *R.* p. 99 pour une reprise du PFRLR issu de la loi de 1872 tel que formulé dans la décision du 22 juillet 1980.

■ 290. F. HOURQUEBIE, *Le pouvoir juridictionnel en France*, LGDJ, 2010.

■ 291. CC 2011-199 QPC, 25 novembre 2011, *R.* p. 555.

■ 292. CC 2012-250 QPC, 8 juin 2012, JO 9 juin 2012, *R.* p. 281.

■ 293. CC 2014-423 QPC, 24 octobre 2014, JO 26 octobre 2014, p. 17776.

Au demeurant, les pouvoirs publics paraissent l'avoir compris ainsi, puisque, depuis plusieurs années, ce n'est plus le gouvernement mais le Parlement qui, comme pour les magistrats de l'ordre judiciaire, définit le statut des membres de la juridiction administrative et les règles relatives à son organisation et son fonctionnement. Cette perte de pouvoir de l'autorité réglementaire sur ces matières ne peut s'expliquer que par la reconnaissance du principe constitutionnel d'indépendance de la juridiction administrative et de ses membres, dans la mesure où il est admis que seul le législateur est compétent pour mettre en œuvre, sous le contrôle éventuel du Conseil, les principes constitutionnels.

c) L'intérêt d'une bonne administration de la justice, limitée à la compétence propre de la juridiction administrative

615 La sphère de compétences propres de la juridiction administrative, celle qui reçoit valeur constitutionnelle, est très précisément définie par le Conseil dans la décision du 23 janvier 1987 : « l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice de prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle ». Tel est ce qui appartient en propre à la juridiction administrative et qui est constitutionnellement protégé. La formulation du considérant, soigneusement pensée et pesée, où se reconnaît l'influence du doyen Georges Vedel²⁹⁴, laisse cependant en dehors de cette protection de nombreux domaines relevant actuellement de la compétence du Conseil d'État. Sont ainsi exclus du « noyau dur » constitutionnel, les contrats, les actes administratifs pris par des personnes privées, ceux pris par des personnes publiques qui ne mettent pas en œuvre des prérogatives de puissance publique, le contentieux de la responsabilité... Pour ce vaste domaine, aucun principe constitutionnel n'est opposable au législateur qui reste en conséquence libre de le partager entre les juridictions administrative et judiciaire comme d'en attribuer des parties entières au juge judiciaire. En somme, le principe constitutionnel de compétence propre de la juridiction administrative se réduit à la protection du contentieux, sans doute important, de l'excès de pouvoir, du contentieux de l'annulation des actes de puissance publique.

Ainsi circonscrit, ce principe n'est, par ailleurs, pas absolu. Le Conseil admet, en effet, dans sa décision du 23 janvier 1987²⁹⁵, qu'il puisse être écarté : « lorsque l'application d'une législation ou d'une réglementation spécifique pourrait engendrer des contestations contentieuses diverses qui se répartiraient, selon les règles habituelles de compétence, entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire, il est loisible au législateur, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, d'unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé ».

616 Concrètement, pour éviter aux justiciables les recherches préalables, longues et hasardeuses du juge compétent, le Parlement peut, pour les matières mêmes du

■ 294. G. VEDEL, *Droit administratif*, Thémis, 1980, p. 115 et s.

■ 295. CC 86-224 DC, 23 janvier 1987, R. p. 8.

domaine de compétence administratif constitutionnellement protégé, constituer un bloc de compétence au profit d'un seul ordre de juridiction. Après avoir invité le législateur à respecter le principe constitutionnel de répartition des compétences, le Conseil l'invite cependant à simplifier ces mêmes règles de répartition des compétences au nom de la bonne administration de la justice ! Un pas en avant, un pas en arrière, et bientôt un nouveau pas en avant ! Car, conscient sans doute du risque de paralysie totale du principe constitutionnel justement reconnu – quand la bonne administration de la justice n'exigerait-elle pas l'unité de compétence juridictionnelle ? –, le Conseil pose des conditions aux dérogations, aux exceptions que peut supporter ce principe : il faut que son application soit susceptible d'engendrer réellement un éclatement complexe et hasardeux des contentieux ; que l'« aménagement » du principe décidé par le législateur soit « précis et limité » ; que l'ordre de juridiction évincé, et qui aurait été, en application du principe, compétent pour connaître certaines contestations, ne soit pas « l'ordre principalement intéressé ». Ces trois conditions ne réduisent pas en elles-mêmes le champ des dérogations possibles ou la liberté d'action du législateur ; elles sont seulement des instruments utiles pour le Conseil, en ce qu'elles lui permettent, en jouant sur leur flou, de rester maître du terrain, de gérer la politique d'aménagement législatif des règles de répartition des compétences avec prudence, c'est-à-dire sans provoquer de réaction du juge administratif.

Ainsi, en 1987, pour le droit de la concurrence, le Conseil considère que les juges pénal, civil et commercial détiennent toujours, malgré le pouvoir du Conseil de la concurrence, organisme administratif, une position dominante dans l'application de ce droit, qui légitime l'unification, au profit de l'ordre judiciaire, de l'ensemble du contentieux de la concurrence²⁹⁶.

En revanche, en 1989, pour le droit de l'immigration, le Conseil considère que le législateur a méconnu le principe constitutionnel de la compétence propre du juge administratif en attribuant au juge judiciaire le pouvoir d'apprécier le bien-fondé des décisions administratives de reconduite à la frontière des étrangers²⁹⁷. À vrai dire, la confirmation de la compétence du juge judiciaire aurait été tout aussi légitime : n'est-il pas, selon l'article 66 de la Constitution, le gardien de la liberté individuelle ? N'intervient-il pas déjà à différents moments de la procédure d'expulsion, et, pour les étrangers plus encore que pour les nationaux, n'est-il pas plus simple, n'est-il pas de bonne administration de la justice, d'unifier les règles de compétences ? Mais, par sa décision du 23 juillet 1996²⁹⁸, le Conseil infléchit sa jurisprudence dans un sens favorable au juge judiciaire. Il a, en effet, considéré que « l'unification des règles de compétences contentieuses peut être opérée tant en fonction de l'autorité dont les décisions sont contestées qu'au regard de la matière concernée ». Et, en l'espèce, il a jugé que si l'Autorité de régulation des télécommunications était une autorité administrative, ses décisions ont pour objet « des litiges relevant du droit de la concurrence ou des différends de nature commerciale ou technique » portant sur des conventions de droit privé, et, qu'en

■ 296. CC 86-224 DC, 23 janvier 1987, *R.* p. 8.

■ 297. CC 89-261 DC, 28 juillet 1989, *R.* p. 81. Voir également, CC 2001-451 DC, 27 novembre 2001, *R.* p. 145.

■ 298. CC 96-378 DC, 23 juillet 1996, *R.* p. 99.

conséquence, l'unification du contentieux au sein de l'ordre judiciaire ne méconnaît pas la Constitution. Sans doute par souci d'équilibre, le Conseil juge, dans sa décision du 27 novembre 2001²⁹⁹, que la bonne administration de la justice³⁰⁰ ne justifiait pas que soit confié au juge judiciaire le contentieux des arrêtés ministériels délivrant ou retirant à une entreprise d'assurances l'autorisation de participer à la gestion du nouveau régime de sécurité sociale. Et pourtant, ce contentieux ne relève pas principalement de l'ordre juridictionnel administratif.

Dans la décision du 26 novembre 2010³⁰¹, le Conseil constitutionnel se prononce sur la répartition des compétences en matière d'hospitalisation sans consentement. En QPC, le Conseil rappelle le PFRLR relatif à la compétence du juge administratif, ainsi que la possibilité pour le législateur « dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, d'unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé ». Il relève ensuite que si, au regard de la législation contrôlée, les juridictions de l'ordre judiciaire ne sont pas compétentes pour apprécier la régularité de la procédure et de la décision administratives qui ont conduit à une mesure d'hospitalisation sans consentement, « la dualité des ordres de juridiction ne limite pas leur compétence pour apprécier la nécessité de la privation de liberté en cause ». Toutefois, en raison de la privation de liberté individuelle prononcée dans le cadre de ce mécanisme, une réserve d'interprétation impose au juge judiciaire « de statuer sur la demande de sortie immédiate dans les plus brefs délais ».

Si des considérations de bon voisinage pèsent sur cette jurisprudence, il reste que le principe constitutionnel d'une compétence propre de la juridiction administrative couvre un domaine réduit et bénéficie seulement d'une protection atténuée. Au point de faire resurgir l'éternelle question de la légitimité de la dualité de l'ordre juridictionnel français, comme l'a ouvertement rappelé récemment le premier président de la Cour de cassation³⁰².

3. L'indépendance du Conseil constitutionnel.

617 Si le Conseil constitutionnel a reconnu, en 1980, le principe d'indépendance des juridictions judiciaire et administrative, il n'avait jamais statué sur sa propre situation. Il est vrai que l'occasion ne lui en avait pas été ouvertement donnée et que la question de sa nature – juridictionnelle ou non – faisait débat, y compris en son propre sein. Profitant du contrôle obligatoire de la loi organique relative à son fonctionnement, le Conseil, dans sa décision du 9 juillet 2008³⁰³, considère « qu'en permettant la libre consultation des archives du Conseil constitutionnel à l'expiration d'un délai de vingt-cinq ans, la loi organique ne porte pas atteinte à l'indépendance du Conseil constitutionnel ». Pour reconnaître l'indépendance de la

■ 299. CC 2001-451 DC, 27 novembre 2001, *R.* p. 145.

■ 300. Dans sa décision du 3 décembre 2009, le Conseil a fait de la bonne administration de la justice un objectif de valeur constitutionnelle, CC 2009-595 DC, 3 décembre 2009, JO 11 décembre 2009, p. 21381.

■ 301. CC 2010-71 QPC, 26 novembre 2010, *R.* p. 343.

■ 302. B. LOUVEL, Audience solennelle de rentrée, 14 janvier 2016, disponible sur www.courdecassation.fr; *Le Monde*, 23 mai 2016.

■ 303. CC 2008-566 DC, 9 juillet 2008, *R.* p. 338.

juridiction judiciaire, le Conseil s'était fondé sur l'article 64 de la Constitution et pour reconnaître celle de la juridiction administrative sur la loi du 24 mai 1872 d'où il avait tiré un principe fondamental reconnu par les lois de la République, avant de compléter ces fondements par l'article 16 de la Déclaration de 1789 qui rattache directement l'indépendance des juges à la séparation des pouvoirs et la garantie des droits. Pour fonder la reconnaissance constitutionnelle de sa propre indépendance, il se fonde sur « l'ensemble des dispositions du titre VII de la constitution ». À bien lire et relire ce titre, nulle trace pourtant du mot « indépendance » : de l'article 56 à l'article 63, il est seulement question du mode de nomination des conseillers, du régime des incompatibilités, des compétences du Conseil et de l'autorité de ses décisions. Et si l'indépendance d'une institution se mesure à l'indépendance de ses membres, le mode de désignation des conseillers n'est pas, *a priori*, une garantie d'indépendance. Dès lors, bien que l'emploi du verbe « il résulte » dans la formule « il résulte de l'ensemble du titre VII » invite à penser que le Conseil n'a fait que constater une situation juridique présente dans le titre VII, le principe d'indépendance dont se couvre le Conseil est le produit d'une opération ou d'une construction intellectuelle. Ce qui ne condamne pas l'affirmation du principe ; ce qui lève seulement le voile sur le processus de formation du principe plus redevable à la volonté du Conseil qu'à celle du constituant originaire. Ceci étant, le Conseil d'État avait déjà implicitement consacré une forme d'indépendance constitutionnelle. Dans l'arrêt *Brouant* du 25 octobre 2002³⁰⁴, le Conseil d'État refuse de considérer le règlement intérieur du Conseil constitutionnel – il était ici encore question de l'accès aux archives – comme un acte administratif relevant de la compétence du juge administratif : en effet, le régime d'accès aux archives « n'est pas dissociable des conditions dans lesquelles le Conseil constitutionnel exerce les missions qui lui sont confiées par la Constitution ».

Comme le Conseil convoque également le principe de séparation des pouvoirs pour contrôler si le régime d'accès aux archives ne permet pas à d'autres pouvoirs de s'immiscer dans les activités du Conseil, il serait tentant de déduire de la référence à ces deux principes applicables aux juridictions que le Conseil a, du même coup, tranché implicitement la question de sa nature. D'un titre VII qui ne dit rien serait ainsi déduit le principe d'indépendance et, par ricochet avec la déclaration de 1789, le principe de séparation des pouvoirs et, sur la base de cette première déduction, serait déduit la nature juridictionnelle du Conseil ! Il faut cependant observer que si, dans la décision de 1980, le Conseil énonce clairement le principe d'indépendance des juridictions judiciaire et administrative, il n'en fait pas bénéficier, en 2008, la juridiction constitutionnelle mais « le Conseil constitutionnel ». Nuance.

618 Quoi qu'il en soit, armé de ces deux principes, le Conseil juge qu'il n'est pas porté atteinte à la séparation des pouvoirs par les compétences reconnues à l'administration des archives car la détermination des documents à éliminer et l'ouverture anticipée des fonds qui lui incombent ne peuvent être décidées qu'avec l'accord du Conseil ; de même, si la conservation des documents d'archives publiques non encore sélectionnés est assurée sous le contrôle scientifique et technique de l'administration des archives, « ce contrôle, précise le Conseil, ne confère pas à cette

■ 304. CE 25 octobre 2002, *M. Brouant*, n° 235600.

administration de pouvoir de décision ». Plus compliqué sans doute fut d'apprécier si la libre consultation des archives du Conseil à l'expiration d'un délai de vingt-cinq ans portait ou non atteinte à l'indépendance du Conseil : vingt-cinq ans est-ce le « bon » délai pour garantir l'indépendance de jugement ? En 2017, les délibérations de l'année 1992 seront accessibles au public et chacun pourra prendre connaissance des rapports et propos, par exemple, de Madame Noëlle Lenoir entrée à cette date et à quarante-trois ans seulement au Conseil ; et aujourd'hui déjà, François Luchaire, membre du Conseil de 1965 à 1974, peut avoir le plaisir – ou le déplaisir – de trouver ses positions d'alors sur la place publique. Ces juges auraient-ils tenu les propos qu'ils ont tenus s'ils avaient su qu'ils seraient rendus publics de leur vivant ? Les juges actuels vont-ils changer leur comportement, être plus silencieux ou bavard ou circonspect, les « vraies » délibérations se déplaçant dans les couloirs ou les bureaux des membres, là où les procès-verbaux des discussions n'existent pas ? Ces questions n'ont de sens que dans une culture où le secret est le mode de production de la vérité ; elles n'en ont plus si la publicité est considérée comme une garantie procédurale de la vérité. Sauf à imaginer qu'un juge adopterait une position différente selon qu'il la sait rester secrète ou devenir publique...

B. L'ENCADREMENT DES DÉROGATIONS À LA SÉPARATION DES POUVOIRS

619 Déjà, dans sa décision du 22 juillet 1980³⁰⁵, le Conseil avait consacré et appliqué, de manière indirecte, le principe de la séparation des pouvoirs aux rapports entre les juridictions et les organes législatif et exécutif : « il n'appartient ni au législateur ni au gouvernement, déclare le Conseil, de censurer les décisions des juridictions, d'adresser à celles-ci des injonctions et de se substituer à elles dans le jugement des litiges relevant de leur compétence ». En QPC, le Conseil constitutionnel rappelle dans la décision du 10 novembre 2011³⁰⁶ que « l'article 16 de la Déclaration de 1789 implique le respect du caractère spécifique des fonctions juridictionnelles, sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le gouvernement ». Il ajoute dans la même décision que « que le principe de la séparation des pouvoirs s'applique à l'égard du Président de la République et du gouvernement ». De même, dans la décision du 4 décembre 2015³⁰⁷, le Conseil fait découler du principe d'indépendance le principe du secret du délibéré. Les pouvoirs législatif (A) et exécutif (B) doivent donc respecter l'indépendance des juridictions judiciaire et administrative.

a) *Le contrôle des immixtions du législateur*

620 **Lois de validation.** Sans remettre en cause le principe de l'interdiction des immixtions du législateur dans la fonction juridictionnelle, le Conseil sait cependant tenir compte des contraintes ou nécessités dans sa mise en œuvre

■ 305. CC 80-119 DC, 22 juillet 1980, R. p. 46.

■ 306. CC 2011-192 QPC, 10 novembre 2011, R. p. 528.

■ 307. CC 2015-506 QPC, 4 décembre 2015, JO 6 décembre 2015, p. 22502.

jurisprudentielle. Une de ces contraintes est la validation des actes administratifs : le législateur peut-il valider des décisions que la juridiction administrative a annulées ? Une application stricte du principe de séparation des pouvoirs, tel qu'énoncé par le Conseil, semble l'interdire, puisque ni le législateur, ni le gouvernement n'ont le pouvoir de « censurer les décisions des juridictions ». Invoquant d'ailleurs cette argumentation, des députés saisissent en 1980 le Conseil d'une loi validant des décrets et des actes réglementaires et non réglementaires pris sur la base d'un décret du 29 juin 1977 qui avait été annulé par le Conseil d'État. Or, tout en affirmant les principes de séparation des pouvoirs et d'indépendance des juridictions, le Conseil a considéré qu'ils « ne s'opposent pas à ce que, dans l'exercice de sa compétence et au besoin, sauf en matière pénale, par la voie de dispositions rétroactives, le législateur modifie les règles que le juge a mission d'appliquer »³⁰⁸.

Mais cette jurisprudence, finalement très permissive à l'égard du législateur, se heurte rapidement aux exigences de la Cour européenne des droits de l'homme qui sanctionne dans, un arrêt du 28 octobre 1999³⁰⁹, une validation législative pourtant acceptée par le Conseil constitutionnel. En l'espèce, il s'agissait d'une disposition législative validant rétroactivement, sous réserve de décisions de justice devenues définitives, le mode de calcul de « l'indemnité de difficultés particulières » accordée au personnel des organismes de sécurité sociale du Haut-Rhin et de la Moselle, validation que le Conseil, dans sa décision du 13 janvier 1994³¹⁰, avait déclarée conforme à la Constitution au motif qu'elle permettait de « régler pour des raisons d'intérêt général les situations nées des divergences de jurisprudence ». Or, ce brevet de correction constitutionnelle rappelé par le gouvernement français en défense de sa cause n'arrête pas la Cour qui estime que « la décision du Conseil ne suffit pas à établir la conformité de la validation avec les dispositions de la Convention ». Et elle inflige au Conseil une véritable leçon de droit en démontrant l'absence de pertinence des arguments invoqués : les divergences de jurisprudence ? « Par nature, la conséquence inhérente à tout système judiciaire qui, à l'instar du modèle français, repose sur un ensemble de juridictions du fond ayant autorité sur leur ressort territorial, le rôle de la Cour de cassation étant précisément de régler les contradictions de jurisprudence » ; le risque financier pour les régimes sociaux en cas de succès de recours judiciaires ? « Expressément relevé par le Conseil constitutionnel pour motiver sa décision, observe la Cour de Strasbourg, il ne saurait permettre, en soi, que le législateur se substitue tant aux parties à la convention collective, qu'aux juges pour régler le litige ».

Depuis cette décision, le Conseil se montre plus attentif³¹¹ et exige du législateur qu'il respecte un ensemble de conditions très strictes : la validation doit respecter tant les décisions de justice ayant force de chose jugée que le principe de non-rétroactivité des peines et des sanctions ; l'atteinte aux droits des personnes résultant de cette validation doit être justifiée par un motif impérieux d'intérêt général ; l'acte validé ne doit méconnaître aucune règle, ni aucun principe de valeur constitutionnelle, sauf à ce que le motif impérieux d'intérêt général soit lui-même de

■ 308. CC 80-119 DC, 22 juillet 1980, R. p. 46.

■ 309. CEDH, 28 octobre 1999, *Zielinski et Pradal c. France*.

■ 310. CC 93-332 DC, 13 janvier 1994, R. p. 21.

■ 311. Voir *infra* n° 779 et s.

valeur constitutionnelle ; enfin, la portée de la validation doit être strictement définie. En un mot, la marge de manœuvre du Parlement est pour le moins réduite !

621 Lois d'amnistie³¹². En vertu de l'article 34 de la Constitution, « la loi fixe les règles concernant l'amnistie ». Dès lors, indique le Conseil constitutionnel dans la décision du 25 février 1982³¹³, « le législateur peut effacer certaines conséquences pénales d'agissements que la loi réprime », en déterminant « de manière objective » les infractions et les personnes concernées. En QPC, le Conseil constitutionnel a eu également l'occasion, de manière incidente, de rappeler la compétence du législateur en la matière³¹⁴. La loi d'amnistie doit en toute hypothèse avoir un caractère limité et surtout objectif, ce qui explique – juridiquement au moins ! – la censure dans la décision du 11 janvier 1990³¹⁵ de l'exclusion des parlementaires nationaux d'une mesure d'amnistie visant les infractions commises en relation avec le financement direct ou indirect de campagnes électorales ou de partis et de groupements politiques. De plus, l'amnistie ne peut s'appliquer qu'à des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi, elle ne peut donc être que rétroactive³¹⁶. Le Conseil limite enfin l'impact de la loi d'amnistie sur les droits des tiers qui ne doivent pas être affectés de manière disproportionnée au regard du motif d'intérêt général poursuivi. En effet, le Conseil constitutionnel contrôle la présence d'un « motif d'intérêt général » justifiant la mesure d'amnistie, le défaut de respect de cette condition ayant conduit à censurer dans la décision du 20 juillet 1988³¹⁷ les dispositions relatives au droit à réintégration des représentants du personnel ou responsables syndicaux licenciés. Au regard de l'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les lois de validation qui impose désormais la présence d'un motif « impérieux » d'intérêt général, il est probable qu'à l'avenir le contrôle des lois d'amnistie s'aligne sur cette exigence et que le Conseil constitutionnel ne se contente plus d'un simple motif d'intérêt général.

b) Le contrôle des immixtions de l'exécutif

622 Immixtion des autorités administratives. Dans l'examen des lois confiant à une autorité administrative une compétence dont l'exercice pourrait interférer avec l'exercice de la fonction juridictionnelle, le Conseil constitutionnel veille au respect du principe de la séparation des pouvoirs. Par exemple, en subordonnant à l'avis favorable d'une commission administrative le pouvoir du tribunal de l'application des peines d'accorder la libération conditionnelle, la loi sur la rétention de sûreté viole la séparation des pouvoirs et l'indépendance de l'autorité judiciaire³¹⁸. La

■ 312. V. C. MATHIEU, « La séparation des pouvoirs dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », Thèse dact. Montpellier, 2015, p. 319 et s. Cf. également B. MATHIEU, « Fragments d'un droit constitutionnel de l'amnistie », *LPA*, 1990, n° 36, p. 2 ; J. MAKOWIAK, « L'amnistie en question », *RDP*, 2008, p. 511 ; T. RAMBAUD, « L'amnistie », in *La clémence saisie par le droit. Amnistie, prescription et grâce en droit international et comparé*, Société de législation comparée (Éd.), Paris, 2007, p. 227.

■ 313. CC 82-138 DC, 25 février 1982, *R.* p. 41

■ 314. CC 2013-319 QPC, 7 juin 2013, *R.* p. 814.

■ 315. CC 89-271 DC, 11 janvier 1990, *R.* p. 21.

■ 316. CC 86-209 DC, 3 juillet 1986, *R.* p. 86.

■ 317. CC 88-244 DC, 20 juillet 1988, *R.* p. 119.

■ 318. CC 2008-562 DC, 21 février 2008, *R.* p. 89.

violation de la séparation des pouvoirs est également constatée dans la décision du 19 janvier 2006³¹⁹ lors de l'examen de dispositions qui placent sous la seule responsabilité du pouvoir exécutif des réquisitions de données qui ne servent pas seulement à la prévention des actes de terrorisme, mais également à la répression de ceux-ci par la police judiciaire. Dans la décision du 15 février 2007³²⁰, le Conseil pose une réserve d'interprétation destinée à préserver la fonction du parquet à propos du pouvoir de certaines collectivités d'outre-mer d'homologuer des transactions pénales.

En revanche, dans la décision du 2 mars 2016³²¹, les pouvoirs du ministre de l'Économie de prononcer des mesures de police administrative en matière de gel des avoirs « n'empiètent pas sur l'exercice des fonctions juridictionnelles ».

623 Juridictionnalisation du pouvoir de sanction des AAI. Le Conseil constitutionnel étend le champ d'application du principe d'indépendance et d'impartialité aux autorités administratives indépendantes lorsqu'elles prononcent une sanction ayant le caractère de punition. Par sa décision du 12 octobre 2012³²², le Conseil juge que l'Autorité de la concurrence doit respecter « les principes d'indépendance et d'impartialité découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789 ». En 1989, il avait déjà considéré qu'un pouvoir de sanction pouvait être confié à une autorité administrative dès lors que son exercice « est assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis »³²³ ; en 1997, il ajoutait « qu'en particulier doivent être respectés le principe de la légalité des délits et des peines ainsi que les droits de la défense, principes applicables à toute sanction ayant le caractère d'une punition, même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non juridictionnelle »³²⁴. En 2012, il reprend 1989 et 1997 et rajoute que doivent également être respectés les principes d'indépendance et d'impartialité découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789. La référence à cet article 16 est importante car elle signifie que les mots « indépendance » et « impartialité » ne doivent pas s'entendre dans le sens qu'ils ont en droit administratif mais dans le sens qu'ils ont en droit processuel. En d'autres termes, ce que le Conseil exige d'une autorité administrative indépendante n'est pas la neutralité attendue de toute administration mais le respect d'une procédure contradictoire comme moyen de prise de la décision de sanction. En l'espèce, le Conseil juge que les fonctions d'instruction et de jugement attribuées à l'Autorité de la concurrence sont séparées et notamment qu'est garantie « l'indépendance du rapporteur général et de ses services à l'égard des formations compétentes pour prononcer les sanctions ». De même, il juge que « la saisine de l'Autorité de la concurrence n'opère pas de confusion entre les fonctions de poursuite et d'instruction et les pouvoirs de sanction » et donc ne porte pas atteinte au principe d'impartialité dans la mesure où ce n'est pas la formation chargée de prononcer les sanctions qui

■ 319. CC 2005-532 DC, 19 janvier 2006, R. p. 31.

■ 320. CC 2007-547 DC 15 février 2007, R. p. 60.

■ 321. CC 2015-524 QPC, 2 mars 2016, JO 4 mars 2016, texte n° 121.

■ 322. CC 2012-280 QPC, 12 octobre 2012, JO 13 octobre 2012, p. 16031.

■ 323. CC 89-260 DC, 28 juillet 1989, R. p. 71

■ 324. CC 97-389 DC, 22 avril 1997, R. p. 45

se saisit d'une affaire mais le rapporteur général qui propose à l'Autorité de s'en saisir, que l'affaire est instruite de manière contradictoire par les services du rapporteur et que le collège qui décide de la sanction éventuelle délibère hors la présence du rapporteur général. Quelques semaines plus tard, par sa décision du 7 décembre 2012³²⁵, le Conseil posera clairement le principe de la prohibition de l'auto-saisine comme conséquence nécessaire du principe d'impartialité : « qu'en principe une juridiction ne saurait disposer de la faculté d'introduire spontanément une instance au terme de laquelle elle prononce une décision revêtue de l'autorité de chose jugée ».

Dans la décision du 5 juillet 2013³²⁶ relative au pouvoir de sanction de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, le Conseil constitutionnel poursuit son œuvre de juridictionnalisation des procédures suivies devant les autorités administratives indépendantes. Le Conseil censure le mécanisme de sanction en ce que la mise en demeure préalable au prononcé de la sanction par le collège de l'autorité relevait du directeur général de l'autorité. Or, ce directeur général dirige les services, est placé sous l'autorité hiérarchique du président de l'ARCEP, et assiste aux délibérations du collège. En vertu de cette partialité objective, la disposition contestée n'assure pas « la séparation au sein de l'Autorité entre, d'une part, les fonctions de poursuite et d'instruction des éventuels manquements et, d'autre part, les fonctions de jugement des mêmes manquements ». De manière positive cette fois, l'applicabilité des principes d'indépendance et d'impartialité conduit à l'inconstitutionnalité des règles régissant la procédure de sanction d'une AAI et l'abrogation immédiate et applicable aux instances en cours prive l'ARCEP de tout pouvoir de sanction.

SECTION II

LE CONTRÔLE DE LA SÉPARATION VERTICALE DES POUVOIRS

624

Les principes d'organisation du territoire varient selon qu'ils s'appliquent à l'Hexagone (§ 1) ou à l'outre-mer (§ 2). Le titre XII de la Constitution de 1958 marquait cette différence ; le Conseil lui a donné parfois un prolongement inattendu.

§ 1.

LES PRINCIPES D'ORGANISATION DE L'HEXAGONE

625

Depuis la révision du 28 mars 2003, la France est une République indivisible dont l'organisation est décentralisée. Mais, dès avant cette date,

■ 325. CC 2012-286 QPC, 7 décembre 2012, JO 7 décembre 2012, p. 19279.

■ 326. CC 2013-331 QPC, 5 juillet 2013, JO 7 juillet 2013, p. 11356. À propos du pouvoir de saisine d'office du Collège du Conseil de la concurrence, v. CC 2015-489 QPC, 14 octobre 2015, JO 16 octobre 2015, p. 19325.

le Conseil, par sa jurisprudence, avait largement contribué à l'affirmation et au développement du principe de libre administration locale (A) et à la reconnaissance, sous les principes d'indivisibilité et d'intégrité territoriale, de la diversité du paysage institutionnel local (B).

A. LA CONSTRUCTION D'UN ÉTAT DÉCENTRALISÉ

1. La contribution originelle du Conseil

626 Dès qu'il en a eu l'occasion, le Conseil a considéré que le pouvoir attribué au Parlement, par l'article 34 de la Constitution, de déterminer les principes fondamentaux de la libre administration des collectivités territoriales, ne saurait lui permettre de tout faire, et notamment de poser des conditions ou définir un régime législatif qui restreigne l'autonomie locale au point de porter atteinte au principe de libre administration ; en d'autres termes, le législateur a compétence pour mettre en œuvre ce principe, non pour le mettre en cause. Et, au fil de ses décisions, le Conseil a précisé le sens et le contenu du principe de décentralisation.

Conseil élu. Respecter la libre administration locale signifie d'abord, selon le Conseil, que toute collectivité « doit disposer d'un Conseil élu »³²⁷, et, qu'en conséquence, « les électeurs doivent être appelés à exercer leur droit de suffrage pour la désignation des membres des conseils élus des collectivités territoriales selon une périodicité raisonnable »³²⁸. Cette dernière exigence, qui fait référence implicite à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, a été introduite pour apprécier la constitutionnalité des modifications législatives du calendrier électoral. Ainsi, le Conseil a jugé que la périodicité raisonnable de l'exercice local du droit de suffrage n'était méconnue ni par le renouvellement intégral des conseillers généraux tous les six ans³²⁹, ni par le retour au renouvellement triennal par moitié³³⁰, ni par l'allongement d'un an du mandat des conseillers généraux élus en 1994 pour que leur renouvellement coïncide avec les élections municipales de 2001, ni par le report de mars à juin 1995 des élections municipales afin d'éviter des difficultés de mise en œuvre de l'élection présidentielle³³¹. Si le Parlement peut modifier exceptionnellement le calendrier électoral, il ne peut laisser à l'autorité administrative un pouvoir discrétionnaire pour fixer la date des élections locales ; dans sa décision du 5 janvier 1988³³², le Conseil invalide en effet une loi portant de trois à six mois le délai dans lequel il peut être procédé à une élection cantonale partielle et ne subordonnant à aucun critère le choix par le préfet de la date du scrutin, au motif que ces dispositions sont de nature à « affecter les conditions d'exercice de la libre administration des collectivités territoriales ». Alors que les établissements publics de coopération intercommunale ne sont pas des collectivités territoriales, le Conseil, dans

■ 327. CC 85-196 DC, 8 août 1985, *R.* p. 63.

■ 328. CC 90-280 DC, 6 décembre 1990, *R.* p. 84.

■ 329. CC 90-280 DC, 6 décembre 1990, *R.* p. 84.

■ 330. CC 93-331 DC, 13 janvier 1994, *R.* p. 17.

■ 331. CC 94-341 DC, 6 juillet 1994, *R.* p. 88.

■ 332. CC 87-233 DC, 5 janvier 1988, *R.* p. 9.

sa décision du 26 janvier 1995³³³, leur applique cependant l'article 72 de la Constitution en jugeant que leurs organes délibérants « doivent être élus sur des bases essentiellement démographiques et, dans une mesure limitée, d'autres considérations d'intérêt général » ; en l'espèce, il considère qu'accorder aux petites communes un représentant au sein du conseil d'un établissement ne provoque pas un déséquilibre de la représentation démographique « manifestement injustifiable ».

627 Attributions effectives. Respecter la libre administration locale signifie encore, pour le Conseil, que toute collectivité soit dotée « d'attributions effectives »³³⁴. Ainsi, dans la décision du 23 juillet 1984, il censure les dispositions législatives qui donnaient aux régions d'outre-mer l'ensemble des compétences en matière d'habitat et de transport au motif que les départements se trouvent dessaisis « de la plus grande partie de leurs attributions »³³⁵ ; en revanche, il a jugé, le 9 mai 1991, que l'attribution à la nouvelle collectivité territoriale Corse de compétences en matière d'enseignement, de transport et d'habitat « n'a pas pour conséquence d'affecter de façon substantielle les attributions des deux départements de Corse »³³⁶. Nuances, nuances... Dans sa décision du 6 mars 1998³³⁷, le Conseil juge que l'obligation pour les candidats à la présidence de la région d'exposer, dans une déclaration écrite, les objectifs essentiels de leur action « ne prive pas l'organe délibérant d'attributions effectives », et que, « la procédure dérogatoire d'adoption du budget »³³⁸, en évitant le dessaisissement des organes délibérants de la région au profit du représentant de l'État, loin de porter atteinte au principe de libre administration des collectivités locales, tend au contraire à le rendre plus effectif ». Sans être totalement inexacte, cette interprétation est, peut-être, un peu osée, dans la mesure où l'adoption d'un texte sans vote ressemble plus à une procédure de consentement forcé que libre.

628 Recrutement et gestion du personnel. Respecter la libre administration locale signifie aussi, selon le Conseil, que les autorités territoriales doivent disposer d'une liberté de décision pour le recrutement de leurs agents, et plus largement pour la gestion du personnel des collectivités territoriales. Le Conseil considère, par exemple, que porte atteinte à l'autonomie locale une disposition législative qui frappe de nullité les nominations de fonctionnaires territoriaux décidées par une collectivité, sans qu'elle ait préalablement communiqué au centre de gestion les vacances d'emploi³³⁹ ; il invalide aussi comme contraire au principe de libre administration l'obligation faite par la loi aux collectivités de prendre en charge, pendant un an, la moitié au moins du traitement des candidats reçus au concours, proposés par le centre de gestion et qu'elles ont refusé de nommer. En somme, pour s'administrer

■ 333. CC 94-358 DC, 26 janvier 1995, *R.* p. 183.

■ 334. CC 82-149 DC, 28 décembre 1982, *R.* p. 76.

■ 335. CC 84-174 DC, 23 juillet 1984, *R.* p. 48.

■ 336. CC 91-290 DC, 9 mai 1991, *R.* p. 50.

■ 337. CC 98-397 DC, 6 mars 1998, *R.* p. 186.

■ 338. En cas de refus du budget initial, le président peut présenter un nouveau budget considéré comme adopté si aucune motion de renvoi n'est déposée ou si elle est repoussée par une majorité des membres de l'assemblée régionale.

■ 339. CC 83-168 DC, 20 janvier 1984, *R.* p. 38.

librement, les collectivités doivent pouvoir choisir librement leurs administrateurs, et le législateur ne peut en conséquence établir un mécanisme leur imposant une politique de nomination.

629 Liberté contractuelle. Respecter la libre administration locale signifie, depuis peu, que les collectivités territoriales bénéficient de la liberté contractuelle. Sans se prononcer directement sur la valeur de ce principe, le Conseil avait jugé, dans sa décision du 26 janvier 1995³⁴⁰, que la prorogation législative des conventions entre EDF et la Compagnie nationale du Rhône – où les collectivités locales sont actionnaires majoritaires – ne portait pas atteinte à la libre administration locale au motif « qu’une telle mesure ne doit pas être regardée comme faisant obstacle à ce que, par accord entre les contractants, des avenants aux conventions ainsi prorogées puissent être conclus ». Abandonnant cette rédaction un peu compliquée, le Conseil, dans sa décision du 30 novembre 2006³⁴¹, se réfère explicitement au principe de la liberté contractuelle pour apprécier la constitutionnalité de l’obligation faite aux collectivités territoriales de renouveler leur concession de distribution de gaz naturel à Gaz de France, obligation jugée, en l’espèce, justifiée par « la nécessité d’assurer la cohérence du réseau des concessions gérées par GDF ».

630 Respect de l’unité de l’État. S’il a ainsi favorisé le développement du principe de la libre administration, le Conseil a aussi considéré que le texte constitutionnel de 1958 lui imposait de rappeler au législateur, lorsqu’il voulait aller « trop loin » dans sa politique de décentralisation, le nécessaire respect du principe de l’unité de l’État : « si la loi peut fixer les conditions de la libre administration des collectivités territoriales, *c’est sous la réserve qu’elle respecte les prérogatives de l’État* », affirme le Conseil constitutionnel³⁴². La loi Defferre, par la modification du régime de la tutelle des actes des collectivités territoriales qu’elle comportait, posait, de manière aiguë, le problème de la préservation ou de la mise en cause du caractère unitaire de l’État. En enlevant au préfet – représentant de l’État – le pouvoir de contrôler lui-même et éventuellement d’annuler les délibérations des assemblées locales pour ne lui laisser que la possibilité de saisir la juridiction administrative, la loi portait-elle atteinte aux prérogatives de l’État qui sont, selon l’article 72 de la Constitution, de faire assurer sur tout le territoire le respect des lois et la sauvegarde des intérêts nationaux ? Le Conseil a considéré que, dans son principe, le remplacement du contrôle administratif par le contrôle juridictionnel n’allait pas au-delà de ce que la structure unitaire de l’État peut admettre. En revanche, il a jugé que, dans la mise en œuvre du nouveau contrôle de légalité, le législateur avait dépassé les limites acceptables à deux reprises : en décidant que les actes des collectivités locales seraient exécutoires de plein droit avant même leur transmission aux représentants de l’État ; en interdisant au Préfet d’introduire un recours avant l’expiration d’un préavis de vingt jours alors que, pendant ce délai, l’acte reste exécutoire. Les deux dispositions sont donc invalidées par le Conseil au motif qu’en ne permettant pas au représentant de l’État de connaître le contenu des actes des

■ 340. CC 94-358 DC, 26 janvier 1995, R. p. 183.

■ 341. CC 2006-543 DC, 30 novembre 2006, R. p. 120. V. *infra* n° 830 et s. sur la liberté contractuelle des personnes publiques.

■ 342. CC 81-137 DC, 25 février 1982, R. p. 38.

collectivités locales, elles privent l'État, même si cette privation est temporaire, du moyen d'exercer ses prérogatives constitutionnelles. Mais, travaillant son ouvrage comme les artisans du temps jadis, le Conseil interdit au législateur d'adopter des modalités de contrôle administratif qui privent de garanties suffisantes l'exercice de la libre administration des collectivités locales. Ainsi, dans sa décision du 20 janvier 1993³⁴³, il censure la disposition législative donnant au préfet le pouvoir de suspendre l'exécution d'une décision d'une collectivité locale en matière d'urbanisme, de marchés et de délégations de service public jusqu'à ce que le juge administratif ait statué définitivement sur la demande d'annulation.

Dans le même sens, le Conseil, prenant toujours en considération le texte de 1958, faisait respecter les compétences du législateur en matière de finances et de fiscalité locales. Ainsi, dans leur requête contre la loi instituant une dotation de solidarité urbaine, les parlementaires considéraient que le prélèvement opéré sur les ressources fiscales des collectivités favorisées pour être transmis aux collectivités moins riches portait atteinte au principe de libre administration locale et à l'article 14 de la Déclaration de 1789 puisque ni les citoyens des « communes ponctionnées » ni leurs représentants ne pourront suivre l'emploi de la partie du produit de leur imposition locale destinée à alimenter le budget d'autres communes. Contre cette argumentation, le Conseil rappelle le nécessaire respect « des dispositions de la Constitution qui fondent la compétence du législateur », et, notamment, celles qui lui donnent le pouvoir de déterminer les ressources des collectivités territoriales et de fixer les règles concernant l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement d'impositions ; et de cette compétence générale, le Conseil déduit le « pouvoir du législateur de décider que le produit d'une imposition perçue au profit d'une catégorie de collectivités pourra, dans des conditions respectant le principe de libre administration, être affecté pour partie à une ou plusieurs autres collectivités »³⁴⁴. Cette jurisprudence constante³⁴⁵ devait d'ailleurs conduire les parlementaires à demander que soit inscrit dans la Constitution le principe de l'autonomie fiscale des collectivités³⁴⁶.

La révision du 28 mars 2003 a changé la donne constitutionnelle. En affirmant que l'organisation de la République est décentralisée, le constituant de 2003 a libéré une politique législative que la politique jurisprudentielle du Conseil avait ouverte, parfois de manière audacieuse, et qu'elle accompagne aujourd'hui. Avec une prudence certaine.

■ 343. CC 92-316 DC, 20 janvier 1993, R. p. 14.

■ 344. CC 91-291 DC, 6 mai 1991, R. p. 40. Voir également sur les limites de l'autonomie financière des collectivités locales : CC 90-274 DC, 29 mai 1990, R., p. 61 ; CC 90-277 DC, 25 juillet 1990, R. p. 70 ; CC 91-298 DC, 24 juillet 1991, R. p. 82 ; CC 94-358 DC, 26 janvier 1995, R. p. 183 ; CC 98-402 DC, 25 juin 1998, R. p. 269.

■ 345. CC 2000-432 DC, 12 juillet 2000, JO 14 juillet 2000, p. 10821.

■ 346. Voir en ce sens la proposition de loi constitutionnelle n° 402 du 18 septembre 2002 par le président du Sénat, Christian PONCELET, qui visait à garantir l'autonomie financière des collectivités territoriales par la perception pour la moitié au moins de ressources fiscales propres.

2. La nouvelle logique décentralisatrice

a) Les conséquences de la révision constitutionnelle de 2003

- 631** Autonomie financière locale reconnue, expérimentation législative et réglementaire locale autorisée, référendums décisionnels locaux possibles, la révision du 28 mars 2003 a profondément modifié le droit des collectivités locales et il était permis d'attendre du Conseil, au regard de ses décisions antérieures, qu'il s'appuie sur ces nouvelles bases constitutionnelles pour continuer sa politique jurisprudentielle. Sans doute n'a-t-il pas freiné la nouvelle logique décentralisatrice, mais il s'est montré vigilant lorsqu'il a dû contrôler les lois organiques la mettant en œuvre. Tout semble se passer comme si, soucieux du principe de décentralisation au temps de la République unitaire, le Conseil devenait soucieux du principe unitaire au temps de la République décentralisée.
- 632** **Mesures dérogatoires.** Dans la décision du 30 juillet 2003³⁴⁷, par exemple, le Conseil intègre évidemment la nouvelle rédaction de l'article 72 de la Constitution, abandonne sa jurisprudence du 17 janvier 2002 par laquelle il avait censuré l'autorisation donnée aux collectivités locales de prendre des mesures dérogatoires à des dispositions législatives³⁴⁸ et valide la loi organique définissant les modalités d'application de l'expérimentation législative locale. Mais il ne peut s'empêcher de stigmatiser cette nouvelle règle constitutionnelle qui représente, écrit-il, « une exception au principe de la compétence du législateur énoncé à l'article 34 et au principe d'égalité devant la loi » ; et il relève, avec un intérêt certain, que la loi organique a réservé au représentant de l'État le pouvoir de faire un recours contre les actes de collectivités locales pris dans le cadre de l'expérimentation et a organisé un régime de suspension de ces actes.
- 633** **Transfert expérimental de compétences.** De même, dans sa décision du 12 août 2004³⁴⁹, le Conseil admet la constitutionnalité du transfert, à titre expérimental, de compétences étatiques aux collectivités locales, mais il exige du législateur qu'il définisse de manière suffisamment précise l'objet et les conditions des expérimentations, qu'aucun principe constitutionnel autre que le principe d'égalité ne soit méconnu et que même les atteintes à ce dernier soient circonscrites au besoin de l'expérimentation. En l'espèce, il juge compatible avec le principe d'égalité le transfert aux régions, à titre expérimental, de la distribution de crédits antérieurement attribués par l'État aux entreprises dès lors qu'il est encadré par un schéma régional de développement économique que toutes les régions peuvent décider d'élaborer et qu'une convention avec l'État fixe les modalités de mise en œuvre de ces aides. Ainsi, pour accueillir la constitutionnalité de ces expérimentations, le Conseil paraît accorder une importance particulière à l'existence d'une convention-cadre entre l'État et la collectivité bénéficiaire du transfert de telle ou telle compétence. Et il semble utiliser le même critère pour apprécier la constitutionnalité des délégations de compétences relatives au logement social : si le préfet

■ 347. CC 2003-478 DC, 30 juillet 2003, R. p. 406.

■ 348. CC 2001-454 DC, 17 janvier 2002, R. p. 80.

■ 349. CC 2004-503 DC, 12 août 2004, R. p. 144.

peut déléguer au maire tout ou partie de ses droits de réservation de logements sans que soit portée atteinte à l'objectif de valeur constitutionnelle de disposer d'un logement décent, c'est parce que cette faculté « est subordonnée à la conclusion d'une convention qui fixe les engagements du délégataire en vue de la mise en œuvre du droit au logement et de son évaluation annuelle, qui prévoit les conditions de retrait lorsque le délégataire ne respecte pas ses engagements et réserve une procédure de substitution au bénéfice du préfet dans les cas où les objectifs fixés ne seraient pas respectés » ; si la gestion des fonds de solidarité pour le logement peut être transférée au département sans provoquer de ruptures caractérisées d'égalité, c'est parce que « l'activité de ces fonds s'inscrit dans le cadre du plan départemental d'action pour le logement des personnes défavorisées dont l'élaboration et la mise en œuvre sont confiées à l'État et au département » ; et, de même, si la construction, l'extension et l'équipement des logements étudiants peuvent être confiés aux communes, c'est parce que « leur gestion reste assurée par les CROUS dans le cadre d'une convention conclue avec la commune et qu'ils conservent le pouvoir de décision en matière d'attribution des logements aux étudiants ».

634 Principe d'autonomie financière locale. Dans sa décision du 29 juillet 2004³⁵⁰, le Conseil prend acte du nouveau principe d'autonomie financière et locale et prévient le législateur qu'il sanctionnera toute loi qui aurait « pour effet de porter atteinte au caractère déterminant de la part des ressources propres d'une catégorie de collectivités territoriales ». Mais il accepte une définition de la notion de « ressources propres » peu favorable à l'idée d'autonomie financière locale. *A priori*, en effet, ce principe semblait impliquer que la notion de « ressource propre » ne pouvait regrouper que les ressources dont les collectivités étaient maîtres, c'est-à-dire, celles dont elles pouvaient fixer elles-mêmes l'assiette, le taux ou le tarif. Or, le Conseil a accepté une définition plus large qui englobe les impôts nationaux « transférés » aux collectivités et pour lesquels elles peuvent déterminer « le taux ou une part locale de l'assiette ». Ce choix d'une signification extensive est compréhensible mais certainement plus politique que strictement juridique. Si, en effet, le Conseil avait choisi la définition littérale de « ressources propres », il aurait été ensuite difficile d'arriver à trouver leur « part déterminante » dans l'ensemble des ressources des collectivités locales étant donné l'importance croissante qu'y prennent les dotations et impôts d'État en compensation des transferts de compétences ; en intégrant ceux pour lesquels la loi permet la localisation de l'assiette ou du taux, le Conseil donne une base large à la notion de « ressources propres », qui rend plus facile le calcul de leur « part déterminante ». Le Conseil est aussi très strict sur la portée du principe de compensation financière qui ne vaut, juge-t-il dans sa décision du 13 janvier 2005³⁵¹, que si les compétences transférées étaient auparavant exercées par l'État ou si « les créations et extensions de compétences présentent un caractère obligatoire ». Et, dès lors qu'en l'espèce la compétence donnée aux collectivités locales pour créer « des maisons de l'emploi n'a ni pour objet ni pour effet de le rendre obligatoire et donc d'imposer aux collectivités de contribuer

■ 350. CC 2004-500 DC, 29 juillet 2004, R. p. 116.

■ 351. CC 2005-509 DC, 18 janvier 2005, R. p. 33.

à leur création ou de participer à leur fonctionnement », la loi a pu, sans méconnaître l'article 72-2 de la Constitution, ne pas prévoir de compensations financières.

Lors de l'examen de la loi de finances pour 2010 dans la décision du 29 décembre 2009³⁵², le Conseil constitutionnel valide le mode de calcul d'une compensation dite de « relais », à la suite à la suppression de la taxe professionnelle. En réponse à la saisine parlementaire qui pointait le manque à gagner et les disparités de traitement entre collectivités locales, le Conseil constitutionnel invoque le caractère transitoire de la mesure, tout en justifiant la prise en compte du taux ancien de la taxe professionnelle afin d'éviter les effets d'aubaine pour les collectivités qui auraient pu augmenter les taux suite à l'annonce de la réforme de cette taxe. La marge de manœuvre des collectivités territoriales est affectée mais pas de manière telle qu'elle justifierait une censure de la loi : les dispositions, conclut le Conseil, « ne portent pas une atteinte inconstitutionnelle au principe de libre administration et de libre disposition de leurs ressources propres par les collectivités territoriales et n'instituent pas entre elles une inégalité de traitement qui ne serait pas fondée sur un motif d'intérêt général ».

Le contexte économique peut également peser sur les choix du législateur et... sur l'appréciation du Conseil constitutionnel qui se montre globalement compréhensif à l'égard du pouvoir central. Dans la décision du 29 décembre 2014³⁵³, le Conseil est saisi de la baisse généralisée de la dotation globale de fonctionnement, instaurée au nom de la volonté du législateur de « faire contribuer les collectivités territoriales à l'effort de réduction des déficits publics à due proportion de leur part dans les dépenses de l'ensemble des administrations publiques ». Au regard de ce contexte et du montant de la baisse, évalué à 1,9 % des recettes des collectivités territoriales, « cette réduction n'a pas pour effet de diminuer la part de leurs ressources propres et, partant, de porter atteinte à leur autonomie financière ». Le Conseil constitutionnel relève enfin que cette réduction « n'est pas d'une ampleur telle qu'elle entraverait la libre administration des collectivités territoriales ».

635 Principe de subsidiarité. La réserve du Conseil se manifeste encore clairement dans la décision du 7 juillet 2005³⁵⁴ où il donne du principe de subsidiarité énoncé à l'article 72-2 de la Constitution une définition favorable à l'État : « il résulte de la généralité des termes retenus par le constituant que le choix du législateur d'attribuer une compétence à l'État plutôt qu'à une collectivité territoriale ne pourrait être remis en cause que s'il était manifeste qu'eu égard à ses caractéristiques et aux intérêts concernés, cette compétence pouvait être mieux exercée par une collectivité territoriale ». Et, en l'espèce, il juge que l'échelon le mieux approprié pour définir les zones de développement de l'énergie éolienne est l'État. Dans la décision du 24 juillet 2008³⁵⁵, le Conseil retient une interprétation stricte de la possibilité depuis 2003 de désigner une collectivité territoriale « chef de file » de la conduite d'un projet. Si le constituant a posé le principe qu'aucune collectivité ne peut exercer une tutelle sur une autre, il a aussi prévu que « lorsque l'exercice d'une compétence

■ 352. CC 2009-599 DC du 29 décembre 2009, *R.* p. 218.

■ 353. CC 2014-707 DC 29 décembre 2014, JO 30 décembre 2014, p. 22947.

■ 354. CC 2005-516 DC, 7 juillet 2005, *R.* p. 140.

■ 355. CC 2008-567 DC, 24 juillet 2008, *R.* p. 341.

nécessite le concours de plusieurs collectivités territoriales, la loi peut autoriser l'une d'entre elles à *organiser* les modalités de leur action commune ». Sur ce fondement, le nouveau Code des collectivités territoriales disposait qu'en pareille hypothèse « une convention précise les conditions du transfert de compétences (à la collectivité chef de file) et en fixe le terme » ; le Conseil a jugé que cette phrase ne se limitait pas à « organiser » les compétences entre collectivités mais à *déterminer* la nature et les modalités de l'action commune et l'a en conséquence censurée.

636 Conciliation avec les droits et libertés. Si la nouvelle donne constitutionnelle a logiquement conduit le Conseil à modifier sa jurisprudence, elle n'est certainement pas de nature à le faire revenir sur la nécessaire conciliation entre le principe de libre administration locale et les autres droits et libertés constitutionnels. Dans un considérant de principe, le Conseil a clairement posé que « si le principe de libre administration des collectivités territoriales a valeur constitutionnelle, *il ne saurait conduire à ce que les conditions essentielles d'application d'une loi organisant l'exercice d'une liberté publique dépendent de décisions des collectivités territoriales et, ainsi, puissent ne pas être les mêmes sur l'ensemble du territoire* »³⁵⁶. En l'espèce, il a invalidé la disposition de la loi Chevènement qui donnait aux communes le pouvoir de s'opposer à la conclusion de contrat d'association entre l'État et les établissements d'enseignement privé ; en revanche, il juge conforme à la Constitution le pouvoir donné au représentant de l'État de résilier ces contrats si les conditions de leur validité ne sont plus remplies. Le sens de la décision est donc clair : l'application d'une loi relative aux libertés publiques est de la seule responsabilité de l'État ; elle ne peut être subordonnée à, ou conditionnée par l'accord des collectivités. En d'autres termes, le principe de la libre administration ne saurait permettre aux autorités locales de mener leur propre politique, de résister ou de s'opposer à l'application d'une liberté ou d'un droit fondamental. Et le législateur a le devoir, rappelé dans cette décision par le Conseil, de limiter en conséquence l'autonomie locale pour protéger l'exercice des libertés publiques. Dans la continuité de cette jurisprudence, le Conseil a jugé dans sa décision du 13 janvier 1994³⁵⁷ que si aucun principe constitutionnel ne fait obstacle à « l'octroi d'une aide des collectivités publiques aux établissements d'enseignement privé », en revanche, l'absence de définition légale des « critères objectifs » d'attribution de l'aide est contraire à la Constitution en ce qu'elle prive le principe d'égalité des « garanties nécessaires », puisque l'exercice de la liberté de l'enseignement dépendrait des décisions des collectivités territoriales et pourrait, en conséquence, ne pas être la même sur l'ensemble du territoire.

Au fond, ce qui est en jeu dans ces décisions, c'est le rapport entre deux principes constitutionnels, le principe de libre administration locale et le principe d'égalité : faire droit au premier, n'est-ce pas faire tort au second, et réciproquement ? Dans sa décision du 21 janvier 1997³⁵⁸ par exemple, le Conseil juge que l'attribution au département de la gestion de la prestation spécifique dépendance n'est pas contraire à la Constitution dès lors qu'en fixant les conditions d'âge et en encadrant

■ 356. CC 84-185 DC, 18 janvier 1985, R. p. 341.

■ 357. CC 93-329 DC, 13 janvier 1994, R. p. 9.

■ 358. CC 96-387 DC, 21 janvier 1997, R. p. 23.

sa mise en œuvre par un cahier des charges arrêté au niveau national, le législateur a « pris les mesures appropriées pour prévenir les ruptures caractérisées du principe d'égalité pouvant résulter de l'attribution au département du service de la prestation dépendance ». Ainsi, comme pour les autres droits et libertés, les droits qui, selon la formule du Conseil, répondent « à une exigence de solidarité nationale » – le logement³⁵⁹, l'allocation d'une aide sociale – sont protégés par le principe d'égalité des conséquences discriminatoires possibles du principe de libre administration locale.

b) Le contentieux QPC sur la libre administration

637 Personne ne pouvait présager de l'abondante jurisprudence intervenue depuis 2010 autour du principe de libre administration des collectivités locales. Il faut dire que la QPC a été imaginée comme un outil permettant aux particuliers, et à eux seulement, de faire valoir leurs droits constitutionnels devant un juge. Dans ce rapport vertical entre un individu détenteur des droits fondamentaux et une loi potentiellement attentatoire aux principes constitutionnels, la collectivité locale est généralement absente. Trop proche de l'État pour s'opposer à lui, trop éloignée des particuliers pour réclamer d'authentiques droits constitutionnels, les collectivités locales n'ont pas fait l'objet d'attentions particulières lors des débats parlementaires relatifs à l'introduction de la QPC. Et pourtant. Force est de constater que les communes, les départements et les régions ont pleinement intégré ce nouvel outil constitutionnel au point de conduire le Conseil à préciser, ordonner, voire développer sa jurisprudence sur de nombreux aspects.

Le Conseil a globalement poursuivi les lignes jurisprudentielles dégagées dans le contrôle *a priori*. Il a d'abord accepté de considérer que la libre administration locale³⁶⁰ et le principe d'autonomie financière³⁶¹ garanti par l'article 72-2 de la Constitution figuraient parmi les droits et libertés pouvant être invoqués à l'appui d'une QPC. Alors que l'accès à la Cour européenne des droits de l'homme leur est fermé, les collectivités locales mais également les établissements publics de coopération intercommunale, comme un syndicat mixte³⁶² ou une Communauté de communes³⁶³, peuvent soulever une QPC et ainsi espérer d'obtenir l'abrogation d'une loi. Théoriquement, un justiciable peut invoquer la violation de la libre administration des collectivités territoriales et les exigences qui en découlent : en vertu du caractère objectif du contentieux QPC, nul besoin d'invoquer la violation d'un droit ou liberté constitutionnel dont le demandeur est directement victime ou même titulaire.

■ 359. Dans sa décision du 29 mai 1990 (*R.* p. 61), le Conseil a jugé que le pouvoir donné au préfet d'imposer aux collectivités locales, en cas d'impossibilité de parvenir à un accord, un programme de logement social ne portait pas atteinte au principe de libre administration locale au motif « que promouvoir le logement des personnes défavorisées répond à une exigence d'intérêt national ».

■ 360. CC 2010-12 QPC, 2 juillet 2010, JO 3 juillet 2010, p. 12121. Sur l'impossibilité d'invoquer la violation du dernier alinéa de l'article 72 de la Constitution relatif au rôle du représentant de l'État, cf. CC 2012-282 QPC, 23 novembre 2012, *R.* p. 596.

■ 361. CC 2010-56 QPC, 18 octobre 2010, *R.* p. 295.

■ 362. CC 2010-107 QPC, 17 mars 2011, *R.* p. 151.

■ 363. CC 2013-355 QPC, 22 novembre 2013, *R.* p. 1043 ; CC 2013-323 QPC, 14 juin 2013, *R.* p. 838.

638 Nature et intensité du contrôle. Lorsqu'il apprécie le respect par la loi du principe de la libre administration, le Conseil constitutionnel opère en deux temps. D'une part, il vérifie la présence d'un motif d'intérêt général justifiant les limitations apportées à cette liberté. Selon une jurisprudence constante, il estime en effet que « si le législateur peut, sur le fondement des articles 34 et 72 de la Constitution, assujettir les collectivités territoriales ou leurs groupements à des obligations ou les soumettre à des interdictions, c'est à la condition, notamment, que les unes et les autres répondent à des fins d'intérêt général ». D'autre part, il examine aux termes d'un contrôle restreint les modalités retenues par le législateur pour concourir à la réalisation de cet objectif. Il s'assure ainsi que les dispositions législatives contrôlées ne portent pas une atteinte manifestement disproportionnée à la libre administration des collectivités territoriales. En effet, selon l'article 34 de la Constitution, il revient au législateur de déterminer les principes fondamentaux de « la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources ». Dès lors, les collectivités territoriales ne bénéficient pas d'une liberté totale d'organisation, elles s'administrent librement dans les limites posées par la loi. Ainsi, par exemple, le Conseil constitutionnel considère, s'agissant de la révocation d'un maire, que « l'institution de sanctions réprimant les manquements des maires aux obligations qui s'attachent à leurs fonctions ne méconnaît pas, en elle-même, la libre administration des collectivités territoriales »³⁶⁴.

639 Portée du contrôle de la libre administration. Dans la décision du 2 juillet 2010, le Conseil estime qu'une loi obligeant à la fusion de communes à la suite d'une consultation des électeurs ne constituait pas une atteinte « à la libre administration des collectivités territoriales »³⁶⁵. En revanche, dans la décision du 8 juillet 2011³⁶⁶, il censure, sur recours du conseil général des Landes, les dispositions interdisant la modulation des aides publiques en matière d'eau potable. Sur fond de guerre ouverte entre les communes et les départements dans le secteur très disputé de la gestion de l'eau potable, le législateur intervient en 2006 et interdit, purement et simplement, aux conseils généraux de « moduler » les aides accordées aux municipalités. Raison invoquée : l'attribution d'aides financières par les départements aux communes pour la gestion de l'eau conduit à des dérives et entretient un climat de tension permanent dans certaines agglomérations. Mais plusieurs départements jugent que cette intervention du Parlement est contraire à leur droit de s'administrer librement et posent une QPC pour tenter de faire censurer la disposition en cause. Le Conseil leur donne raison en soulignant que le législateur a « restreint la libre administration des départements au point de méconnaître les articles 72 et 72-2 de la Constitution ».

640 Libre administration et intercommunalité. Dans le cadre du mécanisme de la QPC, le Conseil constitutionnel valide les modalités particulières de retrait d'une commune d'un établissement public de coopération intercommunale (EPCI) dans la décision 26 avril 2013³⁶⁷. Il relève qu'en subordonnant le retrait d'une commune à

■ 364. CC 2011-210 QPC du 13 janvier 2012, R. p. 78.

■ 365. CC 2010-12 QPC, 2 juillet 2010, R. p. 134.

■ 366. CC 2011-146 QPC, 8 juillet 2011, JO 9 juillet 2011, p. 11978.

■ 367. CC 2013-304 QPC, 26 avril 2013, R. p. 678.

l'accord de l'organe délibérant de l'établissement public et d'une majorité qualifiée des conseils municipaux des communes intéressées, la loi évite que le retrait d'une commune ne compromette le fonctionnement et la stabilité des EPCI. Par conséquent, « le législateur a pu, dans ces buts d'intérêt général, apporter ces limitations à la libre administration des communes ». Dans le même sens, le Conseil constitutionnel valide dans une autre décision du 26 avril 2013³⁶⁸ les règles relatives à la fusion d'EPCI en EPCI à fiscalité propre, notamment en relevant que « le législateur a pu, dans les buts d'intérêt général de renforcement et de rationalisation de la carte de l'intercommunalité, apporter ces limitations à la libre administration des communes ». En ce qui concerne plus particulièrement la coopération intercommunale, la décision du 25 avril 2014³⁶⁹ énonce un considérant de principe selon lequel le principe de la libre administration ainsi que l'interdiction de la tutelle d'une collectivité sur une autre « ne font obstacle, en eux-mêmes, à ce que le législateur organise les conditions dans lesquelles les communes peuvent ou doivent exercer en commun certaines de leurs compétences dans le cadre de groupements ». En l'espèce, le Conseil constitutionnel censure le fait que les dispositions contestées ne prévoient aucune prise en compte du schéma départemental de coopération intercommunale préalablement établi pour décider du rattachement d'une commune à un établissement public de coopération intercommunale. Pas plus qu'elles ne prennent en compte la consultation des conseils municipaux des communes intéressées par ce rattachement. Dès lors, « ces dispositions portent à la libre administration des communes une atteinte manifestement disproportionnée ». Dans son raisonnement, le Conseil constitutionnel prend appui sur le régime de droit commun existant, ainsi que sur les régimes dérogatoires adoptés dans le passé pour apprécier le seuil de tolérance constitutionnelle des limites apportées à la libre administration des collectivités territoriales. L'accumulation de contraintes et obligations plus importantes que celles adoptées par le passé dans le cadre de régime dérogatoire constitue donc un indice fort de la présence d'une atteinte manifestement disproportionnée à la libre administration.

641 Portée du contrôle du principe de compensation. Le Conseil constitutionnel s'est par ailleurs révélé laxiste dans le contrôle du respect du principe de compensation financière. Ce contrôle n'est tout d'abord pas rétroactif, c'est-à-dire qu'il ne concerne que les « nouvelles » compétences transférées après la réforme constitutionnelle de 2003. Or, évidemment, beaucoup de compétences ont été transférées lors de la première vague de la décentralisation, au début des années 1980. Ensuite, si l'État transfère de nombreuses compétences, il lui arrive aussi d'étendre ou même de créer de nouvelles attributions. Dans ce cas, il n'est pas possible de « compenser », car la dépense n'existait pas avant qu'elle soit attribuée à la collectivité par la loi. Le constituant a néanmoins prévu une alternative dans ce cas : s'il n'est pas possible de compenser, le législateur doit prévoir un montant estimé des dépenses, et allouer à la collectivité ce montant prévisionnel. Avec, évidemment, le risque important de « sous-évaluer » ces dépenses.

■ 368. CC 2013-315 QPC, 26 avril 2013, *R.* p. 689.

■ 369. CC 2014-391 QPC, 25 avril 2014, *JO* 27 avril 2014, p. 7359.

Dans la décision du 18 octobre 2010³⁷⁰, le Conseil contrôle le dispositif d'accompagnement social individualisé des personnes fragiles. Ce dispositif, à la charge du département, n'est pas considéré par le Conseil comme un transfert de compétences, ni même comme une création ou une extension, puisqu'il est assimilé à la « compétence d'aide sociale de droit commun qui relève des départements depuis la loi du 22 juillet 1983 ». Et comme cette compétence est antérieure à la réforme constitutionnelle de 2003, il est impossible pour les départements de se prévaloir du principe de compensation en l'espèce. De la même manière, dans sa décision du 25 mars 2011³⁷¹, le Conseil rejette l'atteinte au principe de compensation en considérant que la disposition litigieuse, en l'occurrence le régime de la protection de l'enfance par le département, ne constituait pas un transfert ou une extension de compétence. Pour appuyer sa conclusion, le juge constitutionnel fournit un argumentaire détaillé en constatant que la disposition en cause reprend simplement le régime datant de 1983, et que depuis cette date, la loi n'a pas évolué.

Dans trois décisions du 30 juin 2011³⁷², plusieurs départements demandaient sensiblement la même chose : la compensation intégrale des dépenses liées aux transferts des compétences en matière de minima sociaux. Il est vrai que ces dernières années, le poids des minima sociaux sur les charges locales s'est considérablement accru. Or, le Conseil constitutionnel estime que seul le RMI constitue un authentique « transfert de compétence » nécessitant la pleine application du principe de compensation. Mais cela ne suffit pas à exercer sur le RMI un contrôle effectif de la compensation. Malheureusement pour les départements, le RMI a déjà fait l'objet d'une précédente décision validant ce dispositif législatif. En dépit de la décision de renvoi du Conseil d'État qui avait retenu la présence d'un changement de circonstances, le Conseil constitutionnel refuse étonnamment d'examiner à nouveau cette disposition.

B. LA RECONNAISSANCE DE LA DIVERSITÉ INSTITUTIONNELLE LOCALE

1. Le refus de l'uniformité institutionnelle

642 Par sa décision du 9 mai 1991³⁷³, le Conseil admet la conformité à l'article 72 de la Constitution de « l'organisation spécifique à caractère administratif de la collectivité territoriale de Corse », à savoir, une assemblée élue au suffrage universel direct et un conseil exécutif doté de pouvoirs propres, élu par l'assemblée en son sein et responsable devant elle. Loin de constituer un revirement, cette décision s'inscrit dans la continuité d'une jurisprudence construite depuis 1982 sur la

■ 370. CC 2010-56 QPC, 18 octobre 2010, JO 19 octobre 2010 p. 18696.

■ 371. CC 2010-109 QPC du 25 mars 2011, *R.* p. 157.

■ 372. CC 2011- 142/145 QPC, 30 juin 2011, 2011-143 QPC, 30 juin 2011, 2011-143 QPC, 30 juin 2011, JO 1^{er} juillet 2011, p. 11294. V. également à propos du fonds national de péréquation des droits de mutation à titre onéreux perçus par les départements, CC 2012-255/265 QPC, 29 juin 2012, *R.* p. 315.

■ 373. CC 91-290 DC, 9 mai 1991, *R.* p. 50. Voir encore la décision du 17 janvier 2002 (CC 2001-454 DC, 17 janvier 2002, *R.* p. 70) par laquelle le Conseil valide l'approfondissement de la spécificité des institutions corses et de leurs compétences même s'il censure la disposition leur donnant la possibilité de procéder à des « expérimentations législatives ». C'était avant la révision du 28 mars 2003...

reconnaissance des particularismes locaux ; jamais le Conseil n'a posé comme exigence l'identité institutionnelle des collectivités locales³⁷⁴.

Ainsi, en 1982, lorsqu'il vote le nouveau régime général des communes, départements et régions, le législateur adopte pour la région Corse un statut particulier, dérogeant au droit commun. Pour les parlementaires de l'opposition qui saisissent le Conseil, cette loi est contraire à la Constitution, car « la notion de statut particulier contient des risques évidents de dislocation de l'unité nationale ». Le Conseil n'a pas retenu cette conception rigide de l'indivisibilité ; il a refusé de confondre unité territoriale et politique de la France et uniformité de ses structures administratives décentralisées ; il a admis qu'au sein d'une même catégorie de collectivités, en l'espèce la région, le législateur puisse introduire des différences d'organisation et de compétences pour tenir compte des spécificités de telle ou telle partie du territoire.

Quelques mois plus tard, le Conseil refuse encore de considérer que toutes les communes de France doivent être soumises à un même et unique statut³⁷⁵. Repoussant l'argument de « l'unité communale » invoqué par les requérants, il admet que pour Paris, Lyon, Marseille, le législateur puisse instituer des divisions administratives en leur sein et créer des conseils et maires d'arrondissements élus dotés de compétences propres : « si les dispositions dérogent, pour les trois grandes villes de France, au droit commun de l'organisation communale, concède le Conseil, elles ne méconnaissent pas pour autant la Constitution ». Pas davantage ne sera déclaré contraire à la Constitution le statut particulier de Paris, à la fois commune et département. De même, le Conseil n'innove pas en 1991 lorsqu'il reconnaît au législateur le pouvoir de faire de la Corse une nouvelle catégorie de collectivités territoriales, seule de son espèce et dotée d'un statut spécifique. Dès sa décision du 25 février 1982, il avait considéré que la disposition de l'article 72 de la Constitution autorisant le législateur à créer toute autre collectivité territoriale « ne saurait voir son application réduite aux seules collectivités d'outre-mer et n'exclut nullement la création de catégories de collectivités territoriales qui ne comprendraient qu'une unité »³⁷⁶. Dans la décision du 17 janvier 2002³⁷⁷, le Conseil constitutionnel avait validé les transferts limités de compétence à la collectivité territoriale de Corse ainsi que l'instauration facultative de l'enseignement de la langue Corse. Dans la décision du 29 décembre 2004³⁷⁸, le Conseil refuse également que tous les départements soient soumis au même régime juridique en acceptant que la dotation de péréquation financière soit différente pour les départements urbains et pour les départements ruraux, cette distinction reposant « sur des critères objectifs et rationnels ». De même, la décision du 23 janvier 2014³⁷⁹ déclare conforme le statut d'une nouvelle collectivité territoriale à statut particulier au sens de l'article 72 de

■ 374. Voir en ce sens, D. ROUSSEAU, « La constitutionnalité d'un statut propre à la Corse », *RSAMO* 1990, n°s 29-30, p. 63 ; F. LUCHAIRE, *RDP*, 1991, p. 943, B. GENEVOIS, *RFDA*, 1991, p. 407. Pour la thèse contraire : L. FAVOREU, *RFDC*, 1991, p. 305.

■ 375. CC 82-149 DC, 28 décembre 1982, *R.* p. 76.

■ 376. CC 82-138 DC, 25 février 1982, *R.* p. 41.

■ 377. CC 2001-454 DC, 17 janvier 2002, *R.* p. 70.

■ 378. CC 2004-511 DC, 29 décembre 2004, *R.* p. 236.

■ 379. CC 2013-687 DC, 23 janvier 2014, *JO* 28 janvier 2014, p. 1622.

la Constitution, la Métropole de Lyon. Seule réserve émise sur le fondement du principe d'égalité, « le cumul des fonctions de président du conseil de cette métropole et de maire » est interdit.

643 Dans la rédaction issue de la révision de 2003, l'article 72-1, alinéa 3 prévoit la possibilité de consulter les électeurs inscrits dans les collectivités intéressées en cas de création ou de modification du statut d'une collectivité territoriale à statut particulier et en cas de modification des limites territoriales des collectivités. Par sa décision du 4 mai 2000³⁸⁰, le Conseil avait ouvert la voie à cette intervention des électeurs dans la définition de la configuration de leur collectivité. Saisi de la loi organisant une consultation de la population de Mayotte, il a, en effet, jugé que « les autorités de la République sont, dans le cadre de la Constitution, habilitées à consulter les populations d'outre-mer intéressées, non seulement sur leur volonté de se maintenir à l'intérieur de la République, ou d'accéder à l'indépendance, mais également sur l'évolution statutaire de leur collectivité territoriale à l'intérieur de la République ». En d'autres termes, avant la révision de 2003, les consultations avaient, pour le Conseil, deux fondements constitutionnels distincts : l'article 53 quand elles ont pour objet le maintien dans ou la sortie de la République ; l'alinéa 2 du Préambule de 1958 quand elles ont pour objet l'évolution statutaire. Sans doute, cette décision portait sur « les populations d'outre-mer » et il n'était pas sûr que, de lui-même, le Conseil étende cette jurisprudence aux électeurs des collectivités territoriales de l'hexagone. Désormais, avec le nouvel article 72, alinéa 3, la chose est constitutionnellement possible. Et si, dans sa décision du 4 mai 2000, le Conseil avait insisté sur le caractère purement consultatif du vote – « les autorités de la République ne sauraient être liées par le résultat de la consultation, le législateur conservant sa pleine compétence pour déterminer le statut qui sera en définition appliqué » – la logique politique a, comme il fallait s'y attendre, imposé une autre « loi » : les électeurs corses ayant rejeté, le 6 juillet 2003, le projet de remplacement des deux départements actuels par une collectivité territoriale unique, le gouvernement, bien que non lié juridiquement par ce résultat, a renoncé à ce projet. Autre échec, la consultation du 7 avril 2013 rejette le projet de fusion du conseil régional d'Alsace avec les conseils généraux du Haut-Rhin et du Bas-Rhin, rendue possible par la loi du 16 décembre 2010 globalement validée par le Conseil constitutionnel³⁸¹.

Le Conseil constitutionnel précise également le champ strict d'application des consultations prévues par l'article 72-1 de la Constitution. Ainsi, la décision du 23 janvier 2014³⁸² relative à la création de la métropole de Lyon rappelle que le constituant « n'a pas imposé au législateur de prévoir la consultation des électeurs inscrits dans les collectivités intéressées » dans les hypothèses de création ou de modification de l'organisation d'une collectivité territoriale à statut particulier, ou dans le cas d'une modification des limites des collectivités territoriales. Dans la même décision, le Conseil indique, à propos d'un dispositif prévoyant la transformation automatique en métropole de certains établissements publics de coopération

■ 380. CC 2000-428 DC, 4 mai 2000, *R.* p. 70.

■ 381. CC 2010-618 DC du 9 décembre 2010, *R.* p. 367.

■ 382. CC 2013-687 DC, 23 janvier 2014, *JO* 28 janvier 2014 p. 1622.

intercommunale, « qu'aucune exigence constitutionnelle n'impose une consultation des électeurs préalable à la création d'un établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre ».

Reste la question de l'organisation constitutionnelle de la sortie du territoire de la République.

2. La reconnaissance constitutionnelle d'un droit de sécession

644 Il est constitutionnellement possible qu'un territoire de la République sorte, cesse définitivement d'appartenir à la République française ; les principes d'indivisibilité et d'intégrité territoriale ne font pas obstacle à la sécession. Cette position, particulièrement ouverte et compréhensive, a été définie par le Conseil dans sa décision du 30 décembre 1975³⁸³, sur la base d'une interprétation « constructive » de l'article 53 de la Constitution. Selon cet article, « nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire n'est valable sans le consentement des populations intéressées ». De sécession, il n'est point question dans cet article, qui paraît même l'exclure radicalement en disposant que cession, échange ou adjonction de territoire découlent d'un traité : comment la sécession pourrait-elle résulter d'un traité avec un État qui n'existe pas ? Et pourtant, le Conseil a considéré que les dispositions de l'article 53 « doivent être interprétées comme étant applicables, non seulement dans l'hypothèse où la France céderait à un État étranger ou bien acquerrait de celui-ci un territoire, mais aussi dans l'hypothèse où un territoire cesserait d'appartenir à la République pour constituer un État indépendant ou y être rattaché ». Le Conseil ne donne pas davantage d'explications à cette interprétation qui s'analyse, en fait, comme une véritable création de droit, celui, pour un territoire de la République, de faire sécession³⁸⁴.

Audacieux certainement dans l'affirmation de ce droit, le Conseil reste cependant prudent dans sa mise en œuvre, soumise à quatre contraintes principales : l'initiative ne peut être prise que par « les autorités compétentes de la République »³⁸⁵, ce qui semble exclure qu'un groupe de citoyens ou même une collectivité puisse déclencher le processus d'indépendance ; le déroulement de ce processus doit s'inscrire « dans le cadre de la Constitution »³⁸⁶, ce qui exclut l'application des règles de droit international ; les « populations intéressées », c'est-à-dire les électeurs inscrits sur les listes électorales du territoire sécessionniste³⁸⁷, doivent être

■ 383. CC 75-59 DC, 30 décembre 1975, R. p. 26.

■ 384. Par cette décision du 30 décembre 1975, le Conseil reprend la thèse soutenue en 1966 par René CAPITANT devant l'Assemblée nationale : « il est certain, disait-il, que l'article 53 s'applique à l'hypothèse plus moderne où un territoire cesserait d'appartenir à la République pour constituer un État indépendant », Doc, n° 2199, Ass. nat. 30 novembre 1966.

■ 385. CC 87-226 DC, 2 juin 1987, R. p. 34.

■ 386. *Ibid.*

■ 387. Pour les consultations en côte française des Somalis, 1966, en territoire des Afars et des Issas, 1976, et en Nouvelle-Calédonie, 1988, ont été considérées comme « populations intéressées », les personnes résidant sur ces territoires depuis trois ans. Malgré les critiques d'une partie de la doctrine (*Le Monde* du 22 décembre 1984), le Conseil n'a pas soulevé d'objection quant à la constitutionnalité de cette condition de délai.

consultées par un « référendum » dont la question doit être loyale, claire et ne comporter aucune équivoque³⁸⁸ ; enfin, le Parlement doit, après cette consultation, voter une loi autorisant la sécession. Du début à la fin, la souveraineté de la République est donc respectée puisque l'État reste maître de l'accession à l'indépendance d'une de ses composantes géographiques.

645 Reste cependant une question non clairement tranchée par le Conseil constitutionnel : les principes d'indivisibilité et d'intégrité territoriale sont-ils à ce point flexibles que le droit de sécession puisse être reconnu à n'importe quelle composante géographique, à n'importe quel territoire, y compris une région ou un département de la métropole ? La Corse, la Bretagne, le Roussillon pourraient-ils, par application des règles constitutionnelles dégagées par le Conseil de l'article 53, sortir de la République française et être constitués en État indépendant ? Ou bien, l'article 53 ne peut-il jouer qu'au profit des seuls territoires d'outre-mer ? En faveur de cette dernière thèse, il est possible d'avancer que le Conseil a défini ces règles, en 1975, à propos de l'accession à l'indépendance des Comores, territoire d'outre-mer, et qu'elles n'ont été mises en œuvre, jusqu'à présent, que pour cette catégorie de territoire. Mais il est possible d'observer, en sens contraire, que la décision du 30 décembre 1975 vise, de manière générale, « l'hypothèse où un territoire cesserait d'appartenir à la République » ; et que le Conseil précise même, expressément, que le terme territoire au sens de l'article 53 n'a « *pas la même signification juridique que dans l'expression territoire d'outre-mer* ». De cette insistance mise par le Conseil à poser en termes généraux le problème du droit de sécession, il est permis de déduire qu'il s'applique non seulement aux territoires d'outre-mer, mais aussi aux départements d'outre-mer, et plus encore, à toutes les collectivités territoriales de la France métropolitaine³⁸⁹. Le Conseil n'a peut-être pas voulu cette conclusion ; la rédaction de sa décision l'autorise cependant !

Par une décision du 15 février 2007³⁹⁰, une disposition organique est censurée par le Conseil constitutionnel en raison d'une méconnaissance du dernier alinéa de l'article 53. La loi organique rappelait l'appartenance de Mayotte à la République tout en ajoutant qu'elle « ne peut cesser d'y appartenir sans le consentement de sa population et sans une révision de la Constitution ». Le Conseil censure la mention « et sans une révision de la Constitution », le législateur organique ne pouvait effet « sans empiéter sur les pouvoirs du constituant, y ajouter une condition tenant à une révision préalable de la Constitution. Cohérente sur le plan du droit, cette solution est politiquement favorable au mouvement d'autonomie de Mayotte et des territoires placés sous statut équivalent.

■ 388. CC 87-226 DC, 2 juin 1987, R. p. 34.

■ 389. Voir en ce sens, L. HAMON, D. 1976, p. 451 ; J. ROBERT, « L'intégrité du territoire », *Le Monde* du 16 janvier 1982.

■ 390. CC 2007-547 DC, 15 février 2007, R. p. 60.

§ 2. LES PRINCIPES D'ORGANISATION DE L'OUTRE-MER

646

La révision du 28 mars 2003 a réorganisé l'outre-mer en deux catégories de collectivités, les départements et régions d'outre-mer (art. 73) et les collectivités d'outre-mer (art. 74), chacune de ces deux catégories étant gouvernée par des principes différents ; cette réorganisation pourrait conduire le Conseil à modifier sa jurisprudence, notamment à l'égard des DOM/ROM (A). Même si la Polynésie française relève de la catégorie des COM et donc de l'article 74, le Conseil a validé un statut d'autonomie « avancée » qui permet, sans les confondre, de l'étudier avec celui de la Nouvelle-Calédonie défini dans un titre spécial, le titre XIV (B).

A. LES PRINCIPES D'ORGANISATION DES DOM/ROM ET DES COM

1. Vers le déclin du principe d'assimilation pour les DOM/ROM ?

647

État de la question avant la révision de 2003. Dans sa décision du 2 décembre 1982³⁹¹, le Conseil a clairement et fermement posé le principe de l'assimilation ; selon lui, il résulte des articles 72 et 73 de la Constitution « que le statut des départements d'outre-mer doit être le même que celui des départements métropolitains ». Cette position paraît conforme à la volonté des constituants de 1958, pour lesquels les DOM ne constituent pas, à côté des communes, des départements et des TOM, une autre catégorie de collectivités territoriales ; ce sont des départements qui se distinguent des métropolitains, uniquement par leur situation géographique ; ils doivent en conséquence entrer à l'intérieur du régime départemental commun³⁹².

Dans cette même décision, le Conseil admet que, conformément à l'article 73, le législateur puisse prendre, pour le régime législatif et l'organisation administrative des DOM, « des mesures d'adaptation nécessitées par leur situation particulière ». Mais il précise immédiatement que ces mesures « ne sauraient avoir pour effet de conférer aux DOM une organisation particulière ». Et le Conseil fixe tellement bas le seuil à partir duquel le législateur « dépasse », « va au-delà des mesures d'adaptation », qu'il réduit considérablement la spécificité possible d'un DOM et donne, en retour, toute sa force au principe d'assimilation.

Ainsi, dans la décision du 2 décembre 1982, était contestée une loi qui faisait de la Guadeloupe, la Guyane, la Martinique et la Réunion à la fois un département et une région, gérées chacune par un exécutif et une assemblée unique, élue au scrutin proportionnel dans le cadre d'une circonscription unique. Le Conseil a censuré ces

■ 391. CC 82-147 DC, 2 décembre 1982, *R.* p. 70.

■ 392. Pour Michel DEBRÉ, alors Premier ministre, les départements d'outre-mer « sont ceux qui se trouvent géographiquement situés... outre-mer par rapport à la métropole, c'est-à-dire d'une part la Guadeloupe, la Guyane, la Martinique, la Réunion, d'autre part les départements d'Algérie et du Sahara », *JO Débats Ass. nat.* 14 août 1959, p. 1544. Voir aussi, F. MICLO, *Le régime législatif des départements d'outre-mer et l'unité de la République*, Economica, 1982.

dispositions, considérant qu'elles allaient « au-delà des mesures d'adaptation autorisées par la Constitution », car le scrutin proportionnel « n'assure pas la représentation des composantes territoriales du département » alors que celle-ci est garantie, dans les départements métropolitains, par le scrutin uninominal appliqué dans le cadre des cantons. Autrement dit, la loi est invalidée pour avoir institué outre-mer une assemblée départementale trop différente de celles de la métropole, portant ainsi atteinte aux principes d'assimilation et d'unité du régime départemental.

En décidant ce qui est adaptation et ce qui « va au-delà », le Conseil substitue son appréciation à celle du législateur³⁹³ ; ce dernier avait fondé le nouveau régime des DOM sur une interprétation large de la notion d'adaptation ; le Conseil censure en se fondant sur une interprétation restrictive qui limite les pouvoirs du Parlement en matière d'organisation des DOM. Or, cette lecture stricte du Conseil n'est pas à l'abri des critiques. L'argument relatif au non-respect « des composantes territoriales du département » n'est pas pertinent, dans la mesure où le découpage départemental en cantons, qui relève de la compétence du gouvernement, n'a pas de valeur constitutionnelle et ne peut donc être utilisé comme principe de référence pour apprécier, et ici censurer, le mode de représentation choisi par le législateur pour tenir compte de la situation particulière des DOM où le canton ne se compose souvent que d'une seule commune. Ensuite, le Conseil, de manière paradoxale, refuse pour l'outre-mer ce qu'il accepte pour la métropole : il n'a pas invalidé le statut de Paris, à la fois commune et département, géré par une assemblée unique élue à la proportionnelle et, en conséquence, d'une nature différente de celles des autres Conseils généraux³⁹⁴ ; et il n'a pas davantage censuré les adaptations particulières décidées par le législateur pour Paris, Lyon, Marseille³⁹⁵ et pour la Corse³⁹⁶.

Ces critiques³⁹⁷ mettent en valeur la volonté du Conseil de faire prévaloir le principe d'assimilation, volonté confirmée par le contrôle strict des aménagements de compétences que le législateur peut décider pour les DOM.

Pour les attributions que les DOM peuvent recevoir, le Conseil tient un raisonnement semblable à celui dégagé pour l'organisation administrative. Le principe est celui de l'application des mêmes règles qu'en métropole, mais, par exception, le législateur peut « prévoir des mesures d'adaptation susceptibles de se traduire par *un aménagement limité des compétences* des régions et des départements d'outre-mer par rapport aux autres régions et départements »³⁹⁸. Et le Conseil contrôle si les modifications législatives apportées outre-mer à la répartition, en métropole, des compétences entre départements et régions ne sont pas excessives, ne dépassent pas les limites qui transformeraient l'adaptation, permise, en organisation particulière, interdite. Travail délicat, qui met directement en concurrence le jugement du législateur et celui du Conseil sur ce qui est adaptation et ne l'est pas ; concurrence

■ 393. P. MARCILHALY, « Plus de gouvernement des juges ! », *Le Monde* du 16 décembre 1982.

■ 394. CC 82-138 DC, 25 février 1982, R. p. 41 ; CC 82-149 DC, 28 décembre 1982, R. p. 76.

■ 395. CC 82-149 DC, 28 décembre 1982, R. p. 76.

■ 396. CC 82-138 DC, 25 février 1982, R. p. 41.

■ 397. Voir par exemple, F. LUCHAIRE, *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*, Economica, 1987, p. 172.

■ 398. CC 84-174 DC, 25 juillet 1984, R. p. 48.

inégal puisque le Conseil est, par la Constitution, en position d'imposer son interprétation.

Analysant chacune des dérogations au droit commun des compétences entre régions et départements, le Conseil distingue ainsi, dans sa décision du 25 juillet 1984, celles qui ne sont pas contraires à la Constitution parce que « de portée limitée », et celles qui lui sont contraires parce qu'elles « dépassent », elles bouleversent le régime général. Il censure par exemple les dispositions qui donnent aux régions d'outre-mer l'ensemble des compétences en matière d'habitat et de transport, au motif qu'en métropole ces attributions sont réparties entre le département et la région ; il invalide également la disposition qui rend facultative la consultation des communes d'outre-mer de moins de 10 000 habitants pour l'élaboration du plan de la région, au motif que cette exclusion n'existe pas en métropole, et que « les raisons (de cette exclusion) n'apparaissent pas ». En revanche, il admet que les régions d'outre-mer reçoivent des attributions qu'elles n'ont pas en métropole – aménagement foncier, santé, culture – dès lors qu'il n'est pas porté atteinte aux compétences exercées en ces matières par les départements.

648 **Jurisprudence postérieure à 2003.** Cette jurisprudence assimilatrice a certainement vécu. La nouvelle rédaction de l'article 73 fournit, en effet, les bases constitutionnelles d'une politique de différenciation puisqu'il prévoit que la loi peut désormais habiliter les DOM/ROM à adopter, dans les matières où s'exercent leurs compétences, les lois et règlements et même à fixer elles-mêmes les règles applicables sur leur territoire dans des matières pouvant relever du domaine de la loi. Ces habilitations sont strictement encadrées et le Conseil sera sans doute toujours vigilant ; mais la logique d'adaptation semble désormais devoir l'emporter sur la logique d'assimilation. Il est vrai aussi que l'article 72 a reconnu aux collectivités de l'hexagone un pouvoir d'expérimentation législative.

649 À ce titre, l'apport de la jurisprudence du Conseil constitutionnel se situe à deux niveaux. En premier lieu, le Conseil s'est assuré de la conformité à la Constitution des modalités de mise en œuvre de la révision constitutionnelle de 2003 par le législateur organique. Par exemple, dans la décision du 15 février 2007³⁹⁹, il valide trois précisions apportées par la loi organique portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer. Tout d'abord, la transmission des délibérations des assemblées délibérantes au représentant de l'État dans le département ou la région d'outre-mer permet d'assurer la mission constitutionnelle qui lui est dévolue par l'article 72 de la Constitution : « dans les collectivités territoriales de la République, le représentant de l'État, représentant de chacun des membres du gouvernement, a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois ». Ensuite, le Conseil valide au nom d'une « meilleure sécurité juridique », l'obligation de mentionner « expressément » les modifications apportées par la loi ou un règlement aux dispositions prises par les assemblées délibérantes des DOM/ROM. Enfin, dans cette même décision, le Conseil constitutionnel exclut que les ordonnances prises sur le fondement de l'article 38 de la Constitution

■ 399. CC 2007-547 DC, 15 février 2007, R. p. 60.

puissent habiliter les assemblées délibérantes des DOM/ROM à exercer certaines compétences. Seule la loi peut agir en ce sens.

En second lieu, le Conseil constitutionnel a fréquemment l'occasion de préciser la notion de « caractéristiques et contraintes particulières » employée par l'article 73 de la Constitution et permettant aux lois et règlements de « faire l'objet d'adaptations ». À défaut de la présence de telles circonstances et contraintes particulières, la loi est censurée pour violation du principe d'égalité. C'est le cas dans la décision du 12 août 2004⁴⁰⁰, à propos de l'écart entre les besoins de personnels et les effectifs réels dans les collèges et lycée, ces écarts étant « plus importants dans certaines académies de métropole qu'ils ne le sont dans certaines académies d'outre-mer ». Mais de manière générale, le Conseil constitutionnel semble compréhensif à l'égard de la situation des DOM/ROM, tout spécialement dans le contentieux QPC. Le 25 janvier 2013⁴⁰¹, il retient à ce titre la faiblesse des ressources, notamment fiscales, ainsi que les écarts de prix du tabac avec l'Hexagone pour justifier le pouvoir accordé par la loi, aux conseils généraux de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de la Réunion en matière du droit de consommation sur les tabacs. Le 5 avril 2013⁴⁰², c'est la situation de l'emploi et celle des travailleurs indépendants dans les départements d'outre-mer qui permet à la loi de prévoir des adaptations et exonérations en matière de cotisations et contributions sociales. Dans la décision du 22 mai 2013⁴⁰³, la situation géographique des départements d'outre-mer justifie la composition spéciale du conseil de surveillance des grands ports maritimes de Guadeloupe, de Guyane, de Martinique et de La Réunion. La vie politique est également concernée par cette jurisprudence, la décision du 20 juillet 2014⁴⁰⁴ valide en effet la différence de traitement entre les partis et groupements politiques bénéficiant d'une aide financière publique selon, d'une part, qu'ils ont présenté des candidats en métropole ou, d'autre part, qu'ils n'en ont présenté que dans une ou plusieurs circonscriptions d'outre-mer. En vertu des articles 73 et 74 de la Constitution, « les particularités de la vie politique dans les collectivités d'outre-mer et, en particulier, l'existence de partis et groupements politiques dont l'audience est limitée à ces collectivités » justifient les dérogations au principe d'égalité selon le Conseil.

En définitive, la jurisprudence permissive du Conseil constitutionnel accompagne la logique d'adaptation et d'autonomie en évitant tout excès de juralisme. Au point d'y voir l'ébauche d'un fonctionnement de type fédéral ?

2. | Les COM, une esquisse d'États fédérés ?

650 Pour les anciens TOM, la doctrine du Conseil était inverse de celle forgée pour les DOM ; les principes de spécificité et de particularisme l'emportent ici nettement sur le principe d'assimilation. Pas au point cependant de donner aux territoires d'outre-mer un pouvoir d'auto-organisation ; le Parlement reste toujours seul

■ 400. CC 2004-503 DC, 12 août 2004, *R.* p. 144.

■ 401. CC 2012-290/291 QPC, 25 janvier 2013, *R.* p. 118.

■ 402. CC 2013-301 QPC, 5 avril 2013, *R.* p. 531.

■ 403. CC 2013-313 QPC, 22 mai 2013, *R.* p. 746.

■ 404. CC 2014-407 QPC, 18 juillet 2014, JO 20 juillet 2014 p. 12116.

compétent pour définir et modifier le statut des TOM. Ce monopole a été souvent rappelé par le Conseil. Dans sa décision du 19 juillet 1983⁴⁰⁵, il considère qu'une convention conclue entre le gouvernement de la République et celui du territoire de Nouvelle-Calédonie pour harmoniser l'action des administrations, notamment en matière fiscale, n'est pas contraire à la Constitution, d'une part parce qu'elle est « de pur droit interne », d'autre part parce qu'elle ne saurait « avoir ni pour objet ni pour effet d'affecter l'exercice de la compétence du législateur telle qu'elle résulte de l'article 34 de la Constitution ». Ainsi, pour repousser l'argumentation des requérants qui analysaient la convention comme une atteinte aux prérogatives du Parlement, le Conseil en neutralise la portée ; elle ne peut lier le législateur qui possède toujours le pouvoir de modifier, sous le contrôle du Conseil, le droit en vigueur.

Le Conseil reconnaît même au législateur le pouvoir de reprendre une compétence qu'il avait attribuée à l'assemblée d'un TOM. Alors que la loi du 23 décembre 1976 donnait compétence à l'assemblée de Nouvelle-Calédonie en matière d'impôts, le législateur, par la loi de finances rectificative pour 1982, institue un impôt annuel sur le revenu en Nouvelle-Calédonie. Cette intervention du Parlement dans la sphère de compétence de l'assemblée territoriale n'est pas contraire à la Constitution, décide le Conseil, car « le législateur peut toujours déroger à une loi et *statuer directement* sur tout ou partie des matières faisant l'objet de la délibération territoriale »⁴⁰⁶.

La reconnaissance de la compétence exclusive du législateur est cependant atténuée par le nécessaire respect d'une importante modalité ; pour tout ce qui concerne l'organisation particulière d'un TOM, l'assemblée territoriale doit être consultée avant que le Parlement décide. Autrement dit, si les TOM n'ont pas le pouvoir de s'auto-organiser, ils ont celui de participer à la détermination de leur statut. Et le Conseil se fait le gardien attentif de cette prérogative des TOM en vérifiant toujours scrupuleusement que la consultation a été effectivement réalisée et que les avis ont été portés à la connaissance des parlementaires. Ainsi, il censure la disposition étendant l'application de la loi sur l'enseignement supérieur au TOM au motif que « la consultation n'a pas eu lieu »⁴⁰⁷ ; la disposition étendant l'application de la réforme de Code de nationalité aux îles Wallis et Futuna mais non celle intéressant Mayotte car l'absence de consultation du Conseil général de cette île n'est pas contraire à la Constitution puisqu'elle « ne constitue pas un territoire d'outre-mer »⁴⁰⁸ ; la disposition étendant aux TOM la loi relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises, au motif que « les avis des assemblées territoriales n'ont pas été communiqués aux députés, lors de l'examen en première lecture du projet de loi » et que « le gouvernement a informé oralement le Sénat des conclusions des avis »⁴⁰⁹. Il ne suffit donc pas que la consultation ait eu lieu ; il faut encore que le législateur ait eu connaissance, par écrit, et avant

■ 405. CC 83-160 DC, 19 juillet 1983, R. p. 43.

■ 406. CC 82-155 DC, 30 décembre 1982, R. p. 88.

■ 407. CC 83-165 DC, 20 janvier 1984, R. p. 30.

■ 408. CC 93-321 DC, 20 juillet 1993, R. p. 196.

■ 409. CC 84-169 DC, 28 février 1984, R. p. 43 ; CC 89-269 DC, 22 janvier 1990, R. p. 33.

l'adoption de la loi en première lecture, de l'avis émis par l'assemblée territoriale⁴¹⁰. Le Conseil a même étendu l'exigence de la consultation préalable aux amendements, en distinguant deux situations ; quand les amendements portent sur une loi ayant donné lieu à un avis des assemblées territoriales, ils n'ont pas, eux-mêmes, à être soumis à une nouvelle consultation, car l'obligation de consultation « ne saurait être interprétée comme permettant de porter atteinte aux prérogatives du Parlement »⁴¹¹ ; en revanche, quand les amendements ont pour objet d'étendre aux TOM un texte non soumis au départ aux assemblées territoriales, le Conseil soulève d'office le moyen de l'absence de consultation préalable et censure les amendements⁴¹².

651 La vigilance du Conseil permet donc de garantir la participation effective des TOM à la définition, par le législateur, de leur statut⁴¹³. Sans doute, l'obligation de consultation est-elle limitée aux hypothèses où est en jeu leur « organisation particulière » ; mais le Conseil a interprété de manière tellement large cette notion que peu de textes échappent, en fait, à la connaissance des assemblées territoriales.

D'abord, la notion d'« organisation particulière » comprend toutes les matières faisant l'objet de lois qui, pour s'appliquer aux TOM, ont besoin d'une disposition spéciale d'applicabilité outre-mer. Selon le vieux principe de spécialité législative, hérité de l'Ancien Régime, les lois de la métropole ne sont pas en effet applicables de plein droit aux TOM ; pour qu'elles le soient, il faut que le législateur ait prévu, dans un article spécial, l'extension de la loi aux TOM. Comme le Conseil considère que chaque fois que l'extension est décidée, la loi touche à l'organisation particulière des TOM, et comme quasiment toutes les lois ont besoin d'être expressément étendues pour être applicables aux TOM, le domaine de l'organisation particulière est particulièrement vaste. Et, par conséquent, le domaine de la consultation préalable des assemblées territoriales, puisque celle-ci est obligatoire dès lors qu'est en cause l'organisation particulière.

Ensuite, le Conseil a jugé que faisaient partie de l'organisation particulière des TOM, l'organisation des juridictions pénales⁴¹⁴, les dérogations au monopole d'État de la radiodiffusion⁴¹⁵, la procédure pénale⁴¹⁶, la communication audiovisuelle⁴¹⁷, les élections des conseils municipaux dans les TOM⁴¹⁸, l'organisation de

■ 410. Le Conseil n'exige cependant pas que les avis soient fournis avant le dépôt du projet de loi, ils peuvent l'être en cours de discussion mais avant l'adoption de la loi en première lecture : CC 86-217 DC, 18 septembre 1986, R. p. 141. Dans sa décision du 17 janvier 1989, le Conseil a cependant considéré que l'absence d'avis de l'assemblée territoriale, *alors qu'elle a été régulièrement consultée et a bénéficié d'un délai raisonnable pour se prononcer*, ne saurait empêcher le législateur d'étendre l'application de la loi à ce territoire, JO 18 janvier 1989, p. 754.

■ 411. CC 79-104 DC, 23 mai 1979, R. p. 27.

■ 412. CC 81-129 DC, 31 octobre 1981, R. p. 35.

■ 413. Vigilance accrue par la révision constitutionnelle du 25 juin 1992 puisque, selon la nouvelle rédaction de l'article 74, la définition du statut des TOM relève désormais de la loi organique, laquelle est soumise au contrôle obligatoire du Conseil.

■ 414. CC 80-122 DC, 22 juillet 1980, R. p. 49.

■ 415. CC 81-129 DC, 30-31 octobre 1981, R. p. 35.

■ 416. CC 81-131 DC, 16 décembre 1981, R. p. 39.

■ 417. CC 82-141 DC, 27 juillet 1982, R. p. 48 ; CC 86-217 DC, 18 septembre 1986, R. p. 141.

■ 418. CC 82-151 DC, 12 janvier 1983, R. p. 29.

l'enseignement supérieur⁴¹⁹, la prévention et le règlement amiable des difficultés des entreprises⁴²⁰, le mode de scrutin et la délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés⁴²¹, les dispositions du Code de la santé publique relatives à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales⁴²², le régime juridique de la nationalité⁴²³, les dispositions relatives à la répartition des compétences entre l'État et les institutions du territoire, et entre le territoire, les provinces et les communes⁴²⁴, aux recours du représentant de l'État devant la juridiction administrative⁴²⁵. Rassemblant sa jurisprudence dans le considérant de principe de sa décision du 9 avril 1996⁴²⁶, le Conseil considère que sont concernées par l'article 74 – tel qu'issu de la révision du 25 juin 1992 – « les règles essentielles d'organisation et de fonctionnement des institutions du territoire, y compris les modalités selon lesquelles s'exercent sur elles les pouvoirs de contrôle de l'État, ainsi que les dispositions qui n'en sont pas dissociables ».

En revanche, selon le Conseil, « ne touchent en rien à l'organisation particulière des TOM » et n'ont pas en conséquence à être précédés de leur consultation, la réforme de la planification⁴²⁷, la nationalisation des sociétés dont le siège social est situé en métropole⁴²⁸, la ratification des conventions internationales⁴²⁹ et l'exercice par l'État de ses pouvoirs de contrôle en mer. Dans cette affaire, le Parlement avait délibéré et décidé de rendre la loi applicable aux TOM sans connaître l'avis de l'assemblée territoriale de la Polynésie française : celle-ci, consultée le 27 mai 1994, a remis son avis – négatif – le 9 juin 1994, mais l'Assemblée nationale avait déjà adopté le projet de loi, en première lecture, le 3 mai 1994 ; le Conseil juge que la loi contestée « porte sur des matières relevant de la compétence de l'État – protection du domaine public terrestre, maritime et aérien – et pouvait, dès lors, être rendue applicable à la Polynésie française sans consultation de l'assemblée territoriale »⁴³⁰.

Cette large participation des assemblées territoriales à la définition législative de leur organisation, protégée par le Conseil lui-même, conduit dès lors à s'interroger sur la nature des TOM moins collectivités territoriales qu'esquisse d'États fédérés. La question, jusque-là sous-jacente, prend tout son sens avec les décisions des 8 et 23 août 1985 par lesquelles le Conseil affirme que « l'organe délibérant d'un

■ 419. CC 83-165 DC, 20 janvier 1984, *R.* p. 30.

■ 420. CC 84-169 DC, 28 février 1984, *R.* p. 43.

■ 421. CC 86-208 DC, 1^{er}-2 juillet 1986, *R.* p. 78.

■ 422. CC 89-269 DC, 22 janvier 1990, *R.* p. 33.

■ 423. CC 93-321 DC, 20 juillet 1993, *R.* p. 196.

■ 424. CC 95-364 DC, 8 février 1995, *R.* p. 202 ; CC 96-374 DC, 9 avril 1996, *R.* p. 58.

■ 425. CC 99-409 DC, 15 mars 1999, *R.* p. 63.

■ 426. CC 96-373 DC, 9 avril 1996, *R.* p. 43.

■ 427. CC 82-142 DC, 27 juillet 1982, *R.* p. 52.

■ 428. CC 81-132 DC, 16 janvier 1982, *R.* p. 18.

■ 429. CC 88-247 DC, 17 janvier 1989, *R.* p. 15. Dans cette dernière hypothèse cependant, le Conseil ne paraît pas exclure du domaine de l'organisation particulière les conventions internationales qui, par leur contenu, impliquent une modification du statut particulier des TOM défini par la loi ; le Conseil considère, en effet, qu'il « ressort en tout état de cause de l'examen de son contenu que la Convention relative à la réadaptation professionnelle et l'emploi des handicapés n'emporte aucune modification de l'organisation particulière des TOM définie par la loi ».

■ 430. CC 94-340 DC, 14 juin 1994, *R.* p. 86.

territoire d'outre-mer ne se limite pas à la simple administration de ce territoire »⁴³¹. Et il est vrai que les assemblées territoriales ne sont pas enfermées dans la seule gestion administrative qui incombe aux conseils municipaux, généraux, et régionaux. Elles ont également un rôle politique ; elles sont associées au processus de la fabrication des lois par la procédure de la consultation préalable et obligatoire ; *elles exercent aussi des pouvoirs que la Constitution attribue, en métropole, aux organes de l'État*. Par sa décision du 2 juillet 1965⁴³², le Conseil admet, en effet, que le domaine de la loi peut être différent dans les TOM et sur le continent, que « l'organisation des TOM peut déroger au régime législatif résultant de l'article 34 de la Constitution ». Concrètement, les assemblées territoriales peuvent recevoir une compétence de décision sur des matières législatives, sur des matières qui, en métropole, relèvent de la compétence du Parlement.

652 À l'évidence, ces décisions ouvrent la voie à un rapport de type fédéral entre les TOM et la métropole. Même si, dans le même temps, le Conseil pose des limites à cette évolution en garantissant l'existence de liens entre les territoires et Paris : les pouvoirs du représentant de l'État sont les mêmes dans les TOM qu'en métropole et peuvent d'ailleurs être accrus en matière de défense de l'ordre public⁴³³ ; les décisions des assemblées territoriales, y compris celles portant sur le domaine législatif, sont toujours considérées comme des actes administratifs soumis, en conséquence, au contrôle éventuel du juge administratif⁴³⁴ ; enfin, sauf désormais pour la Nouvelle-Calédonie, le législateur peut toujours reprendre aux TOM une compétence qu'il leur avait précédemment accordée⁴³⁵.

653 Généralisant ces limites dans un considérant de principe inspiré de celui énoncé le 18 janvier 1985⁴³⁶, le Conseil, dans sa décision du 9 avril 1996, juge que « ni le principe de libre administration des collectivités territoriales, ni la prise en compte de l'organisation particulière du territoire d'outre-mer ne sauraient conduire à ce que les conditions essentielles de mise en œuvre des libertés publiques et par suite des garanties que celles-ci comportent dépendent des décisions des collectivités territoriales et, ainsi, puissent ne pas être les mêmes sur l'ensemble du territoire de la République »⁴³⁷. En l'espèce, il a censuré les dispositions du nouveau statut de la Polynésie française qui donnaient au territoire le pouvoir de déterminer les garanties des libertés publiques, de fixer les règles afférentes à la recherche des preuves des infractions aux réglementations territoriales et des auteurs desdites infractions, de désigner les services chargés de recueillir les déclarations d'association et de soumettre les transferts de propriété immobilière à un régime discrétionnaire d'autorisation préalable. Et il n'a admis que le président du gouvernement de Polynésie puisse négocier et signer des accords avec des États ou des organisations internationales que sous réserve d'avoir expressément reçu des autorités de la République

■ 431. CC 85-196 DC, 8 août 1985, R. p. 63 ; CC 85-197 DC, 23 août 1985, R. p. 70.

■ 432. CC 65-34 L, 2 juillet 1965, R. p. 75.

■ 433. CC 85-187 DC, 25 janvier 1985, R. p. 43.

■ 434. CC 65-34 L, 2 juillet 1965, R. p. 75.

■ 435. CC 82-155 DC, 30 décembre 1982, R. p. 88.

■ 436. CC 84-185 DC, 18 janvier 1985, R. p. 36.

■ 437. CC 96-373 DC, 9 avril 1996, R. p. 43.

les pouvoirs appropriés pour ce faire et « que ces accords demeurent soumis aux procédures prévues par les articles 52 et 53 de la Constitution ».

Sur le fondement de la nouvelle rédaction de l'article 74 de la Constitution issu de la révision constitutionnelle de 2003, le Conseil constitutionnel précise par exemple que les dispositions organiques qui mettent en œuvre le principe de spécialité législative n'ont pas d'effet rétroactif. Ainsi, la décision du 15 février 2007⁴³⁸ émet une réserve d'interprétation sur les dispositions organiques prévoyant que les lois et règlements relatifs à l'entrée et au séjour des étrangers ainsi qu'au droit d'asile ne sont applicables à Saint-Barthélemy et à Saint-Martin que sur mention expresse : ces dispositions « ne sauraient remettre en cause le droit existant à la date de promulgation de la loi organique ». De même, le Conseil s'assure que les propositions de loi organiques relatives à Saint-Barthélemy font l'objet d'une délibération du conseil territorial de cette collectivité avant que n'en délibère le Sénat⁴³⁹. Plus largement, lors du contrôle dans la décision du 17 décembre 2015⁴⁴⁰ de la loi organique portant dématérialisation du *Journal officiel*, le Conseil constitutionnel vérifie que les dispositions concernant les assemblées délibérantes des COM visées par l'article 74 ont été consultées avant la première lecture devant le Sénat.

654 Avec la QPC, le rapport juridique et institutionnel entre le pouvoir central et les COM change de nature. Les justiciables et les COM visées par l'article 74 de la Constitution peuvent contester la conformité d'une disposition législative au regard des droits et libertés constitutionnels, au sens de l'article 61-1 de la Constitution. Or, en vertu d'une approche autonome et constructive de cette notion, la décision du 28 mars 2014⁴⁴¹, relative à une QPC formée par la collectivité de Saint-Barthélemy à propos de la dotation globale de compensation, fournit des précisions décisives. D'une part, le Conseil constitutionnel accepte l'invocabilité et l'examen au fond de griefs fondés sur les « principes de la libre administration et de l'autonomie des collectivités régies par l'article 74 de la Constitution » en vertu duquel « les collectivités d'outre-mer régies par le présent article ont un statut qui tient compte des intérêts propres de chacune d'elles au sein de la République ». Plus original encore, dans la même décision, une disposition de la loi de finances rectificatives est contrôlée au regard du principe de l'atteinte à une situation légalement acquise qui découle de l'article 16 de la déclaration de 1789. En particulier, le Conseil examine si la loi contestée « ne remet pas en cause les effets qui peuvent légitimement être attendus d'une telle situation ». Au-delà de l'espèce, qui se conclut par une déclaration de conformité, cette nouvelle voie de contestation des lois du pouvoir central présente un potentiel important au profit des COM visées par l'article 74 de la Constitution et modifie substantiellement les modalités de la séparation verticale des pouvoirs. Toutefois, dans la même décision du 28 mars 2014, le Conseil constitutionnel refuse de recevoir en QPC les griefs fondés sur la violation du domaine de compétence du législateur organique pour fixer les règles en matière de répartition

■ 438. CC 2015-724 DC, 17 décembre 2015, JO 23 décembre 2015, p. 23807.

■ 439. CC 2009-597 DC, 21 janvier 2010, R. p. 47. CC 2009-598 DC, 21 janvier 2010, R. p. 50

■ 440. CC 2015-724 DC, 17 décembre 2015, JO 23 décembre 2015, p. 23807.

■ 441. CC 2014-386 QPC, 28 mars 2014, JO 30 mars 2014, p. 6203.

des compétences et des ressources entre l'État et une collectivité territoriale régie par l'article 74 de la Constitution. Rejetant une éventuelle transposition de sa jurisprudence en matière d'incompétence négative, il estime que « la méconnaissance, par le législateur, du domaine que la Constitution a réservé à la loi organique, ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution ».

B. LES RÉGIMES PARTICULIERS DE LA NOUVELLE-CALÉDONIE ET DE LA POLYNÉSIE FRANÇAISE

1. Vers un droit constitutionnel propre à la Nouvelle-Calédonie ?

655 Statut constitutionnel. À la lecture de la *décision du 15 mars 1999*⁴⁴², la question d'une constitution particulière pour la Nouvelle-Calédonie, c'est-à-dire différente de celle applicable aux autres parties du territoire de la République, peut légitimement être posée. En effet, dans le considérant relatif aux normes de référence applicables à la loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie, le Conseil déclare « qu'il résulte des dispositions du premier alinéa de l'article 77 de la Constitution que le contrôle du Conseil constitutionnel sur ladite loi organique doit s'exercer non seulement au regard de la Constitution, mais également au regard des orientations définies par l'accord de Nouméa ». Il est donc clair que cet accord politique, négocié et signé par le FLNKS, le RPCR et le gouvernement français, publié au *Journal officiel* du 27 mai 1998 et qui, reconnaît le Conseil, « déroge à un certain nombre de règles ou principes de valeur constitutionnelle », fait partie du droit constitutionnel propre à la Nouvelle-Calédonie. Sans doute le Conseil précise-t-il que « de telles dérogations ne sauraient intervenir que dans la mesure strictement nécessaire à la mise en œuvre de l'accord ». Mais, confronté à la disposition organique établissant la préférence calédonienne pour l'accès à l'emploi local, il est obligé de constater qu'elle « trouve son fondement constitutionnel dans l'accord de Nouméa » et qu'elle est, en conséquence, valide alors qu'il l'aurait censurée s'il avait apprécié sa conformité au regard du bloc constitutionnel « français ».

À la décharge du Conseil, il convient de reconnaître que sa liberté de jugement était limitée puisque le constituant avait décidé, par la loi constitutionnelle du 20 juillet 1998, que le juge n'avait pas, pour la Nouvelle-Calédonie, à faire respecter la totalité des principes propres à l'identité française, et en particulier ceux de 1789 et de 1946, mais les principes propres à l'identité Kanak – la terre, la coutume, les langues... – que l'accord de Nouméa énonçait et qui devaient, ici, servir de normes de référence. Sauf à modifier sa jurisprudence en décidant d'examiner la « constitutionnalité » des lois constitutionnelles, le Conseil ne pouvait qu'adapter son contrôle au choix politique du souverain en cherchant à en limiter la portée.

Ainsi, le Conseil juge que la disposition « la Nouvelle-Calédonie est représentée au Parlement » n'est pas contraire à la Constitution sous réserve qu'elle soit

■ 442. CC 99-410 DC, 15 mars 1999, R. p. 51.

entendue « comme se bornant à rappeler que des élections législatives et sénatoriales se tiennent en Nouvelle-Calédonie, députés et sénateurs représentant au Parlement la nation toute entière et non la population de la circonscription d'élection ». De même, obligé de reconnaître que la préférence calédonienne à l'embauche « trouve son fondement constitutionnel dans l'accord de Nouméa », il avertit cependant, par une réserve doublement explicite, que la constitutionnalité des lois de pays qui la mettront en œuvre – et dont, rappelle-t-il, il pourra assurer le contrôle – est soumise à la condition de ne pas « imposer de restrictions autres que celles strictement nécessaires à la mise en œuvre de l'accord de Nouméa ». Ou encore, sur la question capitale du corps électoral calédonien, il juge, en se référant aux travaux parlementaires, que la disposition prévoyant une obligation de domicile de dix ans en Nouvelle-Calédonie à la date de l'élection doit se comprendre comme accordant la qualité d'électeur à tout citoyen qui, à la date de l'élection au congrès et aux assemblées de province, justifie de dix années de domicile en Nouvelle-Calédonie, « quelle que soit la date de son établissement en Nouvelle-Calédonie », même postérieure au 8 novembre 1998, date du référendum approuvant l'accord de Nouméa. Ces réserves ne sont pas anodines, en particulier la dernière qui a été reçue par les indépendantistes comme une véritable censure et remise en cause de l'accord de Nouméa, les conduisant à exiger du gouvernement le vote par le Congrès, lors de la prochaine révision constitutionnelle relative à la Polynésie française, d'une disposition levant la réserve et bloquant le corps électoral calédonien à l'année 1998.

656 Lois du pays. Autre innovation majeure, le régime contentieux des « lois du pays ». Pour ces lois, il est prévu qu'elles puissent être déférées au Conseil par le haut-commissaire, le gouvernement, le président du congrès, le président d'une assemblée de province ou dix-huit membres du congrès « dans les dix jours suivant la nouvelle délibération ». La recevabilité du recours est, en effet, subordonnée, rappelle le Conseil, « à la condition que les dispositions contestées d'une loi de pays aient fait l'objet d'une nouvelle délibération », par les mêmes autorités que celles titulaires du droit de saisine⁴⁴³.

La soumission de certaines délibérations du territoire au contrôle du Conseil constitutionnel réalise une rupture avec la pratique habituelle d'en donner la connaissance au Conseil d'État. Symboliquement, elle signifie que la France n'est plus composée de collectivités seulement « administratives » mais aussi d'une collectivité « politique », la Nouvelle-Calédonie, qui exprime sa volonté politique par des actes politiques, les lois du pays, et non par des actes administratifs ; par ricochet, le Conseil constitutionnel devient un marqueur inattendu du caractère politique ou non d'une collectivité et d'un acte.

Clairement d'inspiration fédérale, ce mécanisme est atténué par certaines dispositions « rassurantes ». Ainsi, la loi organique maintient, et le Conseil le rappelle, la compétence de la juridiction administrative pour connaître des recours contre l'intervention des lois du pays en dehors des matières mentionnées à l'article 99 de ladite loi ; le même acte relève donc, selon l'objet du recours, de deux

■ 443. Une exception cependant : le chiffre de dix-huit membres du Congrès exigé pour saisir le Conseil est ramené à onze pour demander une nouvelle délibération.

juridictions différentes. Au risque de difficultés contentieuses. De même, la loi organique exige, outre la condition d'une nouvelle délibération préalable à la saisine, que celle-ci contienne « un exposé des moyens de fait et de droit qui la fondent ». Il n'est pas sûr, cependant, que ces exigences et conditions dissuadent véritablement les autorités compétentes de s'adresser au Conseil constitutionnel. Et la tendance fédérale que cette compétence recèle est accentuée par l'accord de Nouméa qui, avec la Constitution, pourra servir de texte de référence pour le contrôle de constitutionnalité des lois du pays.

657 Dans le contrôle *a priori*, l'office du Conseil porte sur la conformité à la Constitution des lois du pays⁴⁴⁴, mais aussi au regard des orientations définies par l'accord de Nouméa du 5 mai 1998 et des dispositions organiques prises pour leur application. Au regard du caractère dérogatoire de ces normes de références, la décision du 21 novembre 2014⁴⁴⁵ se fonde sur le principe de « la préférence locale pour l'accès à l'emploi » imposé par l'accord de Nouméa pour censurer une loi du pays qui ne reconnaissait aucune préférence locale. Cohérente en droit, la solution étonne dans son principe : la censure d'une dérogation à une règle dérogatoire justifie une discrimination ! Par ailleurs, le contexte économique local est omniprésent dans la décision du 1^{er} octobre 2013⁴⁴⁶. La loi du pays relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie est validée « eu égard aux particularités économiques de la Nouvelle-Calédonie », en dépit de dérogations importantes à la liberté d'entreprendre et au principe d'égalité.

658 En QPC, le Conseil constitutionnel peut être saisi de lois du pays, à l'image de la censure dans la décision du 9 décembre 2011⁴⁴⁷ à propos du défaut de mise en œuvre du droit à participation et de la liberté syndicale de certains agents publics. Signe que la Nouvelle-Calédonie est objet ou occasion de nombreuses innovations contentieuses, la décision du 10 mai 2016⁴⁴⁸ inaugure le nouveau mode de rédaction des décisions du Conseil constitutionnel tout en censurant une disposition d'une loi du pays. En raison d'une violation du principe d'égalité, le Conseil abroge une disposition du Code des impôts de la Nouvelle-Calédonie qui soumettait l'imposition commune des époux à la condition qu'ils soient fiscalement domiciliés en Nouvelle-Calédonie.

659 **Régime de l'applicabilité des normes.** Depuis la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, le législateur organique est compétent pour fixer le régime de « l'applicabilité » des normes dans les collectivités d'outre-mer mentionnées à l'article 74 de la Constitution. La Nouvelle-Calédonie étant régie par l'article 77 de la Constitution, se posait la question de savoir si la loi organique du 3 août 2009 relative à la Nouvelle-Calédonie pouvait tout de même prévoir les modalités d'application des normes dans le territoire de cette collectivité. Une alternative s'offrait alors au

■ 444. Cf. *supra* n° 160 et s.

■ 445. CC 2014-4 LP, 19 novembre 2014, JO 23 novembre 2014, p. 19674, *Droit ouvrier*, septembre 2015, n° 806, p. 549, chron. P.-Y. GAHDOUN.

■ 446. CC 2013-3 LP, 1^{er} octobre 2013, JO 4 octobre 2013 p. 16505.

■ 447. CC 2011-205 QPC, 9 décembre 2011, JO 10 décembre 2011, p. 20991.

■ 448. CC 2016-539 QPC, 10 mai 2016, JO 12 mai 2016 texte n° 38.

Conseil. Soit interpréter extensivement les dispositions de l'article 74 de la Constitution et inclure la Nouvelle-Calédonie dans la « liste » des collectivités visées. Soit trouver un autre fondement constitutionnel susceptible de légitimer l'intervention du législateur organique, au risque de faire œuvre créatrice en lieu et place du constituant. Dans sa décision du 30 juillet 2009⁴⁴⁹, le Conseil préfère la seconde solution en décidant que « l'article 77 a nécessairement renvoyé à la loi organique le soin de fixer les conditions dans lesquelles les lois et règlements » sont applicables à la Nouvelle-Calédonie. Autrement dit, malgré le silence de la Constitution, le Conseil admet une compétence qui, dit-il, découle « nécessairement ». Application tout en finesse du « *qui ne dit mot consent* » !

2. Le statut d'autonomie « avancée » de la Polynésie française

660 Relevant de l'article 74, la Polynésie française bénéficie cependant, au sein de la catégorie des COM, d'un statut d'autonomie qui, sur la base des dispositions constitutionnelles issues de la révision de 2003, a été redéfini dans une loi organique que le Conseil a contrôlée dans sa décision de principe du 12 février 2004⁴⁵⁰. La jurisprudence du Conseil constitutionnel se nourrit également des décisions QPC intéressant la Polynésie française, ainsi que des décisions dites *LOM* adoptées sur le fondement de l'article 74 de la Constitution selon lequel la loi organique détermine les conditions dans lesquelles l'assemblée délibérante peut modifier une loi promulguée postérieurement à l'entrée en vigueur du statut de la collectivité, « lorsque le Conseil constitutionnel, saisi notamment par les autorités de la collectivité, a constaté que la loi était intervenue dans le domaine de compétence de cette collectivité ».

Pour tenter de simplifier le paysage de l'autonomie polynésienne, trois domaines principaux peuvent être retenus.

a) *Le domaine des compétences « intérieures »*

661 **Procédure d'adoption des actes.** Dans la fameuse décision du 12 février 2004, le Conseil précise que l'énumération par le législateur organique des lois et règlements applicables de plein droit en Polynésie n'est pas limitative et « ne saurait exclure les autres textes qui, en raison de leur objet, sont nécessairement destinés à régir l'ensemble du territoire de la République ». Il insiste également sur la nécessité de recueillir les avis de l'assemblée polynésienne « de façon implicite ou expresse avant l'avis du Conseil d'État » au moins pour les projets de loi qui, dès l'origine, comportent des dispositions relatives à l'organisation particulière de la Polynésie⁴⁵¹, et rappelle le noyau dur des compétences de l'État qui, sous réserve de celles déjà exercées par la Polynésie, ne peuvent être transférées à cette

■ 449. CC 2009-587 DC du 30 juillet 2009, *R.* p. 152.

■ 450. CC 2004-490 DC, 12 février 2004, *R.* p. 60.

■ 451. Dans la décision du 29 juillet 2004 (CC 2004-500, DC, 29 juillet 2004, JO 30 juillet 2004, p. 13562), le Conseil censure l'application « aux provinces de la Nouvelle Calédonie » de la loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales au motif que « l'avis préalable de l'assemblée délibérante de la Nouvelle-Calédonie n'a pas été recueilli comme l'exige l'article 77 de la Constitution ».

collectivité. Toujours au titre des modalités procédurales de production de la norme, le Conseil constitutionnel précise dans la décision du 6 décembre 2007⁴⁵² que l'assemblée de la Polynésie française doit être consultée sur les projets de loi comportant dès l'origine des dispositions relatives à l'organisation particulière de cette collectivité avant que le Conseil d'État ne rende son avis. Le 28 juillet 2011⁴⁵³, il déclare conforme à la Constitution une disposition organique prévoyant que les projets de lois ou d'ordonnances concernant la Polynésie française soient accompagnés d'une étude d'impact.

662 Répartition matérielle. Dans la décision fondatrice du 12 février 2004, le Conseil constitutionnel s'attarde plus longuement sur deux séries de dispositions. Les premières portent sur les mesures particulières que la Polynésie est autorisée à prendre pour favoriser l'accès à l'emploi de sa population et la protection du patrimoine immobilier local. Contraint d'admettre ces « dérogations » constitutionnelles au principe d'égalité, le Conseil, reprenant la jurisprudence construite lors de l'examen de dispositions similaires pour la Nouvelle-Calédonie, tente d'en limiter la portée en précisant, par des réserves, que ces mesures de faveur doivent être « justifiées par des critères objectifs en relation directe avec les nécessités du soutien ou de la promotion de l'emploi local » et que la population en faveur de laquelle ces mesures sont prises « ne peut être définie que comme regroupant les personnes justifiant d'une durée suffisante de résidence dans la collectivité d'outre-mer concernée ». En d'autres termes, ne seraient pas conformes même à l'autorisation constitutionnelle de déroger au principe d'égalité des mesures de faveur fondées sur l'origine des personnes bénéficiaires. C'est pourquoi, si le Conseil valide l'exclusion de la procédure de déclaration pour les transferts de propriété au profit de personnes justifiant d'une durée de résidence suffisante ou d'une vie conjugale en Polynésie il censure son extension « aux personnes de nationalité française, nées en Polynésie française ou dont l'un des parents est né en Polynésie française ». D'où il résulte qu'un non Français, dès lors qu'il réside en Polynésie depuis une durée de temps suffisante, fait partie de la population polynésienne.

Les secondes dispositions longuement examinées portent sur la participation de la Polynésie à l'exercice des compétences de l'État. Sur la base des dispositions constitutionnelles issues de la révision de 2003, la loi organique, habilitait la Polynésie à prendre des « lois du pays » dans les matières législatives relevant de la compétence de l'État selon une procédure que le Conseil a jugé contraire à la Constitution. Il était en effet prévu que ces lois du pays devaient être soumises à l'approbation d'un décret simple qui devenait caduc s'il n'était pas ratifié par une loi dans les dix-huit mois de sa signature. Or, selon le Conseil, cette procédure aboutissait à permettre à la collectivité d'outre-mer d'édicter des normes relevant du domaine de compétence de l'État et touchant, pour la plupart, à sa souveraineté ou à l'exercice de libertés publiques, sans l'autorisation préalable du Parlement. Dès lors, il redéfinit le rôle des décrets en censurant les mots « dans les dix-huit mois de leur signature » et en précisant que la nouvelle rédaction, celle issue de

■ 452. CC 2007-559 DC, 6 décembre 2007, *R.* p. 439. V. également CC 2011-637 DC, 28 juillet 2011, *R.* p. 385.

■ 453. CC 2011-637 DC, 28 juillet 2011, *R.* p. 385.

sa propre censure, « les décrets deviennent caducs s'ils n'ont pas été ratifiés par la loi » « doit s'entendre comme interdisant l'entrée en vigueur des lois du pays intervenant dans le domaine législatif de l'État tant que le décret d'approbation totale ou partielle n'a pas été ratifié par le Parlement ». Alors que la loi organique prévoyait leur entrée en vigueur immédiatement après leur approbation par un décret simple valable dix-huit mois, le Conseil rétablit l'autorité de l'État et du législateur en décidant que ce dernier est seul compétent pour approuver et autoriser, par le vote d'une loi, une loi du pays à entrer dans son domaine de compétence. Difficile de ne pas voir ici une réécriture juridictionnelle de la loi organique, qui continue quand le Conseil apprécie le choix par le législateur de soumettre au contrôle juridictionnel du Conseil d'État « les actes de l'assemblée délibérante intervenant au titre des compétences qu'elle exerce dans le domaine de la loi ». *A priori* en effet, cette formulation ne visait pas expressément les lois du pays. Pourtant, le Conseil a considéré que ces lois procédant, comme les autres actes, des délibérations de l'assemblée délibérante avaient en conséquence « le caractère d'actes administratifs ». Qualification surprenante puisque la loi organique prévoyait que les lois du pays pouvaient affecter les contrats en cours, ce que, précisément, un acte administratif ne peut pas faire selon les principes généraux du droit. Apparemment peu affecté par ce « problème » juridique, le Conseil affirme que « le législateur a pu, compte tenu de la compétence étendue attribuée à la Polynésie, reconnaître à son assemblée délibérante la possibilité d'appliquer les normes qu'elle édicte à des situations en cours » ; il ajoute cependant que « le Conseil d'État devra vérifier l'existence et le caractère suffisant du motif d'intérêt général » justifiant l'application d'une loi du pays aux contrats en cours.

Le Conseil censure enfin⁴⁵⁴ la compétence donnée au Conseil des ministres de la Polynésie de fixer les règles applicables aux conditions matérielles d'exploitation et de mise à disposition de la population des registres d'état civil dans la mesure où l'état et la capacité des personnes font partie des compétences de l'État qui, de par la Constitution, ne peuvent être transférées aux collectivités d'outre-mer sauf, ce qui n'était pas le cas en l'espèce, si un contrôle de l'État était prévu.

663 Contentieux QPC. Sous l'effet du contentieux QPC, le Conseil constitutionnel redéfinit dans la décision du 17 mars 2011⁴⁵⁵ l'équilibre du mécanisme de contrôle des actes adoptés par les autorités communales de la Polynésie française qui restait soumis au régime de tutelle antérieur aux lois de décentralisation de 1982. La situation est évidemment paradoxale, car la Polynésie elle-même bénéficie d'une autonomie renforcée alors que ses collectivités voient leurs actes systématiquement contrôlés par le haut-commissaire de la République. Ce contexte se comprend, en réalité, par la volonté du législateur français de laisser le choix à la Polynésie française d'intégrer, ou non, les lois Defferre de 1982-1983. Or, jusqu'à présent, la Polynésie a fait le choix de conserver le régime de tutelle.

■ 454. Le Conseil censure également la compétence accordée à la Polynésie en matière de sécurité des eaux « territoriales » au motif que cette attribution précise ne lui ayant pas été transférée par la loi organique de 1996, la nouvelle loi ne pouvait pas la lui laisser dès lors que l'ordre et la sécurité relèvent des compétences réservées à l'État.

■ 455. CC 2010-107 QPC, 17 mars 2011, R. p. 151.

Sur la base de ce dispositif, le haut-commissaire de la République avait annulé plusieurs actes du président du syndicat intercommunal de Papeete. Ce dernier avait contesté cette annulation en invoquant l'inconstitutionnalité du dispositif législatif dans son ensemble. Dans cette affaire, le Conseil devait donc résoudre une équation pour le moins délicate : la Polynésie, qui bénéficie d'une autonomie renforcée par rapport aux autres collectivités françaises, peut-elle se contenter d'un régime de tutelle pour ses propres collectivités ? À ce problème épineux, le Conseil a fait le choix d'une réponse nuancée.

Il autorise d'abord le régime juridique de la tutelle pour les délibérations des collectivités de Polynésie en soulignant le choix laissé à ces collectivités d'intégrer le régime normal de légalité. En d'autres termes, cette atteinte à la libre administration est entièrement choisie, et ce choix légitime le contrôle exercé par le haut-commissaire. En revanche, sur le fondement de la libre administration locale, le Conseil censure les dispositions intéressant le maire, et non le conseil municipal, en soulignant l'étendue des pouvoirs du représentant de l'État dans ce cas. En creux, il faut comprendre cette solution par le fait que le maire prend, la plupart du temps, des décisions individuelles, contrairement au conseil municipal qui adopte généralement des décisions réglementaires. Or, si le contrôle préalable se justifie sur des actes réglementaires, il ne se justifie pas pour des actes individuels, moins importants et moins sujets à l'illégalité. Cependant, l'argument avancé par le Conseil pour les délibérations se ternit sensiblement puisque les actes du maire sont, eux aussi, concernés par le choix des collectivités d'intégrer ou non le régime plus favorable du contrôle *a posteriori*. Comme pour les délibérations du Conseil, le contrôle renforcé des actes du maire est choisi, il n'est pas subi par les collectivités. Au final, si cette décision témoigne d'une protection effective de la libre administration locale, elle souffre sans doute d'une argumentation un peu succincte.

En QPC également, le Conseil constitutionnel contrôle si les différences de traitement des situations relevant du territoire de la Polynésie française sont justifiées. Ainsi, dans la décision du 16 mai 2013⁴⁵⁶, il estime qu'en prévoyant des règles de composition spécifiques pour l'organe disciplinaire des avocats inscrits au barreau de Papeete, « le législateur a entendu tenir compte du particulier éloignement de la Polynésie française des autres parties du territoire national et du fait que la cour d'appel de Papeete ne comprend qu'un seul barreau ». Ainsi, la différence de traitement « tient compte de la situation particulière de la Polynésie française ». Cependant, les droits de la défense et le principe d'impartialité ne doivent pas souffrir trop substantiellement de cette situation particulière. Dès lors, le Conseil émet une réserve d'interprétation selon laquelle les dispositions relatives au conseil de discipline ne sauraient permettre au bâtonnier ayant engagé la poursuite disciplinaire, de siéger dans la formation disciplinaire du conseil de l'ordre du barreau de Papeete.

664 Décisions LOM. Au titre du contentieux *LOM*, seule la Polynésie française est pour l'instant concernée, faute de jurisprudence sur Saint-Barthélemy et Saint-Martin. Ainsi, le Conseil constitutionnel peut être saisi par le président de la Polynésie française après délibération du Conseil des ministres, par le président de

■ 456. CC 2013-310 QPC, 16 mai 2013, R. p. 717.

l'assemblée de la Polynésie française en exécution d'une délibération de cette assemblée, par le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale ou le président du Sénat. Une fois saisi, le Conseil informe les autres autorités de saisine qui peuvent présenter des observations, avant de statuer dans un délai de trois mois. L'objet de la saisine consiste à demander au Conseil constitutionnel le déclassement de dispositions adoptées par le législateur national intervenues dans le domaine relevant de la compétence de la collectivité d'outre-mer. En revanche, le Conseil constitutionnel ne contrôle pas le respect, par le législateur, du domaine que la Constitution a réservé à la loi organique⁴⁵⁷. Dans les deux premières décisions LOM le Conseil retient la compétence de l'État, dans les sept suivantes il conclut à la compétence totale ou partielle de la collectivité. Point de hasard des espèces ! Le Conseil constitutionnel mène une politique jurisprudentielle clairement favorable à l'autonomie de la Polynésie et assumée comme telle⁴⁵⁸. Ainsi, la compétence de l'État est retenue dans les décisions du 3 mai 2007⁴⁵⁹ et 26 juin 2014⁴⁶⁰, respectivement à propos d'une taxe d'aéroport et des syndicats mixtes ouverts en Polynésie française. En revanche, lorsque le Parlement rend applicable à la Polynésie française des dispositions législatives intervenues dans une matière relevant à la compétence de la Polynésie française en vertu de la loi organique, le Conseil constitutionnel procède à un déclassement. Il en a ainsi décidé à propos, par exemple, des règles relatives à la prescription des créances sur les personnes publiques⁴⁶¹, de la motivation des actes des administrations de la Polynésie française et de ses établissements publics⁴⁶², de plusieurs dispositions de droit civil⁴⁶³, des droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations⁴⁶⁴.

Dans la décision du 21 octobre 2015⁴⁶⁵, le Conseil constitutionnel tranche la question de la qualification juridique du « pacte civil de solidarité » : en maintenant la nature contractuelle du PACS, conformément à la décision de 1999 et en dépit des évolutions législatives ultérieures, le Conseil rejette l'intégration du PACS dans le domaine de « l'état des personnes ». Et ce faisant, il estime que le PACS – simple contrat – est de la compétence exclusive de la Polynésie, contrairement au mariage qui est du ressort de l'État.

b) Le champ des compétences « internationales »

665 Accorder aux lointaines collectivités d'outre-mer des compétences « internationales », le plus souvent pour gérer leurs relations avec des États voisins ou des organisations régionales, est devenu une pratique législative qui n'est pas, *a priori*, jugée contraire au principe de la souveraineté nationale dès lors, cependant, que

■ 457. CC 2014-2 LOM, 26 juin 2014, JO 1er juillet 2014, p. 10863.

■ 458. En ce sens V. Document « À la une » sur « Les décisions LOM », décembre 2014, disponible sur <http://www.conseil-constitutionnel.fr/>

■ 459. CC 2007-1 LOM, 3 mai 2007, R. p. 129.

■ 460. CC 2014-2 LOM, 26 juin 2014, JO 1er juillet 2014, p. 10863.

■ 461. CC 2014-3 LOM, 11 septembre 2014, JO 24 septembre 2014, p. 15558.

■ 462. CC 2014-4 LOM, 19 septembre 2014, JO 21 septembre 2014, p. 15469.

■ 463. CC 2014-7 LOM, 19 novembre 2014, JO 21 novembre 2014, p. 19522.

■ 464. CC 2014-8 LOM, 8 janvier 2015, JO 11 janvier 2015, p. 494.

■ 465. CC 2015-9 LOM, 21 octobre 2015, JO 23 octobre 2015, p. 19738.

certaines conditions sont posées par le législateur ou, à défaut, comme en l'espèce, par le Conseil. Il précise, par exemple, que la faculté donnée à la Polynésie de disposer de représentations auprès de tout État reconnu par la République française « ne saurait, sans empiéter sur une matière de la compétence exclusive de l'État, conférer à ces représentations un caractère diplomatique » ; ou que le président de la Polynésie française peut être autorisé à négocier et signer des accords internationaux⁴⁶⁶ dès lors « qu'il doit avoir reçu des autorités de la République les pouvoirs appropriés ou avoir informé ces autorités, qui peuvent s'y opposer, de son intention de négocier un accord relevant des compétences de la Polynésie, que la signature d'un accord, quel que soit son objet, doit avoir été expressément autorisée par les autorités de la République et que, de plus, ces accords demeurent soumis aux procédures prévues par les articles 52 et 53 de la Constitution ».

c) Le champ du fonctionnement institutionnel

666 Rechercher le « bon » fonctionnement des institutions par le choix d'un mode de scrutin favorisant la constitution de majorités stables et cohérentes est un objectif que le législateur peut se donner ; mais la poursuite de cet objectif, non qualifié expressément de constitutionnel, ne doit pas aller jusqu'à porter atteinte au principe du pluralisme des courants d'idées et d'opinions qui, lui, est un principe constitutionnel et dont le Conseil rappelle qu'il est « un fondement de la démocratie ». Depuis 2003, date de la révision constitutionnelle, la Polynésie a été « soumise » à trois régimes électoraux différents : le scrutin de liste proportionnel à un tour avec prime majoritaire au niveau de chaque circonscription en 2004, le même scrutin mais sans prime majoritaire en février 2007, et le scrutin de liste proportionnel à deux tours avec répartition des sièges entre les listes obtenant au moins 5 % des suffrages exprimés, le second tour étant ouvert aux seules listes ayant obtenu au moins 12,5 % des suffrages exprimés au premier tour en décembre 2007. Ces trois scrutins ont été successivement jugés respectueux du principe du pluralisme par le Conseil⁴⁶⁷, mais les derniers événements politiques en Polynésie montrent que le mécanisme électoral doit encore faire les preuves de sa capacité à assurer un fonctionnement stable et cohérent des institutions.

Pour mettre en œuvre les nouvelles dispositions constitutionnelles relatives au référendum local, le législateur avait prévu d'attribuer l'exclusivité de l'initiative référendaire au gouvernement polynésien quelle que soit la nature de l'acte soumis à la consultation populaire. Considérant que la Constitution et le droit commun issu de la loi organique du 1^{er} août 2003 partagent le pouvoir d'initiative référendaire entre l'exécutif local pour les projets relevant de sa compétence et l'assemblée délibérante pour les actes et propositions entrant dans son domaine de compétences, le Conseil juge qu'il n'existe « en Polynésie aucune particularité locale justifiant que soit conférée à l'exécutif l'exclusivité de l'initiative référendaire » et censure en conséquence cette disposition.

■ 466. S'agissant des conventions de coopération décentralisées, le Conseil précise que le Président de la Polynésie n'est compétent pour les négocier et les signer que si elles ne portent pas sur des matières ressortissant de l'Assemblée délibérante de la Polynésie.

■ 467. CC 2007-559 DC, 6 décembre 2007, JO 8 décembre 2007, p. 19905.

Enfin, dans les rapports entre la collectivité d'outre-mer de la Polynésie et les communes, le Conseil veille au respect du principe, énoncé à l'article 72 de la Constitution, selon lequel « aucune collectivité territoriale ne peut exercer une tutelle sur une autre ». Ainsi, il précise, par une réserve, que l'avis conforme que l'assemblée de la Polynésie doit émettre pour la détermination du domaine initial des communes ne peut porter, pour que soit respecté ce principe, « que sur le domaine retiré à la collectivité de Polynésie pour être attribué aux communes et non sur celui appartenant déjà aux communes ».

BIBLIOGRAPHIE

1. Sur la séparation des pouvoirs :

■ Dossier : « La séparation des pouvoirs », *Pouvoirs*, n° 143, 2012 ■ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. I, p. 327 ■ R. DRAGO, « La réforme du Conseil d'État », *AJDA*, 1963, p. 524 ■ C. EISENMANN, « L'« Esprit des lois » et la séparation des pouvoirs », in *Mélanges R. Carré de Malberg*, Sirey, 1933, p. 165 ■ L. FAVOREU, « Les règlements autonomes n'existent pas », *RFDA*, 1987, p. 871 ■ B. LOUVEL, « Audience solennelle de rentrée », 14 janvier 2016, disponible sur www.courdecassation.fr ■ F. LUCHAIRE, « Les sources des compétences législatives et réglementaires », *AJDA*, 1979, p. 3 ■ J. MAKOWIAK, « L'amnistie en question », *RDP*, 2008, p. 511 ■ B. MATHIEU, « Fragments d'un droit constitutionnel de l'amnistie », *LPA*, 1990, n° 36, p. 2 ■ J.-C. NEMERY, « Le principe du vote personnel dans la Constitution de la V^e République », *RDP*, 1987, p. 995. ■ T. RAMBAUD, « L'amnistie », in *La clémence saisie par le droit. Amnistie, prescription et grâce en droit international et comparé*, Société de législation comparée (Ed.), Paris, 2007, p. 227 ■ M. DE VILLIERS, « La jurisprudence de « l'état de la législation antérieure » », *AJDA*, 1980, p. 387

2. Sur les relations entre le pouvoir politique et le pouvoir judiciaire :

■ J.-L. DEBRÉ, « Justice et séparation des pouvoirs en droit constitutionnel français », 2^e Conférence régionale du monde arabe à Doha au Qatar, 27 et 28 avril 2008, disponible sur www.conseil-constitutionnel.fr ■ L. FAVOREU, « Le juge administratif et le principe constitutionnel de séparation des pouvoirs », in *Mélanges P. Amserek*, Bruylant, 2005, p. 297 ■ J.-P. FELDMAN, « La séparation des pouvoirs et le constitutionnalisme. Mythes et réalités d'une doctrine et de ses critiques », *RFDC*, n° 83, 2010, n° 3, p. 483 ■ F. HOURQUEBIE, *Le pouvoir juridictionnel en France*, LGDJ, 2010 ■ M. LESAGE, *Les principes de droit public régissant les rapports entre le législateur et le juge. Contribution à l'étude de la séparation des pouvoirs*, LGDJ, 1960 ■ C. MATHIEU, « La séparation des pouvoirs dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », thèse Montpellier, 2015 ■ J. THOMAS, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, Fondation Varenne, Paris, 2010.

3. Sur le contrôle de la répartition des domaines législatif et réglementaire :

■ J.-M. AUBY (dir.), «Loi et règlement», *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 19, 2005 ■ B. BRACHET, *La délimitation des domaines respectifs de la loi et du règlement dans la Constitution du 4 octobre 1958*, thèse, Bordeaux, 1965 ■ O. DORD, « Vers un rééquilibrage des pouvoirs publics en faveur du Parlement », *RFDC*, 2008, p. 99 ■ G. DRAGO, « Loi/règlement, un nouvel équilibre à construire », *LPA*, 2008, n° 254, p. 65 ■ L. FAVOREU, « Le Conseil constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », *RDP*, 1967, p. 5 ■ « La délégalisation des textes de forme législative par le Conseil constitutionnel », in *Mélanges Waline*, t. II, LGDJ, 1974, p. 429 ■ « La procédure de l'article 37, alinéa 2 », *RDP*, 1976, p. 225 ■ « Les règlements autonomes existent-ils ? », in *Mélanges Burdeau*, LGDJ, 1977, p. 405 ■ « Les règlements autonomes n'existent pas », *RFDA* 1987, p. 871 ■ L. FAVOREU (dir.), *Le domaine de la loi et du règlement*, Actes du Colloque d'Aix-en-Provence, Décembre 1977, 2^e éd., Economica, 1982 ■ J. GROUX, « Les domaines respectifs de la loi et du règlement d'après la Constitution de 1958 », *La Doc. Fr. NED*, n^{os} 2908 et 2959, 1962-1963 ■ L. HAMON, « Le domaine de la loi et du règlement à la recherche d'une frontière », *D. 1960*, p. 253 ■ A. HAQUET, *La loi et le règlement*, LGDJ, Systèmes, 2007 ■ F. LUCHAIRE, « Les sources des compétences législatives et réglementaires », *AJDA* 1979, n° 6, p. 3 ■ « Le règlement et l'acte réglementaire en droit constitutionnel français », in *Mélanges Hamon*, p. 445 ■ B. MATHIEU, « La part de la loi, la part du règlement », *Pouvoirs*, n° 114, 2005, p. 73 ■ A. H. MESNARD, « Dix années de jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de répartition des compétences législatives et réglementaires », *AJDA*, 1970, p. 259 ■ J.-L. PEZANT, « Contribution à l'étude du pouvoir législatif selon la Constitution de 1958 », in *Mélanges Burdeau*, LGDJ, 1977, p. 455 ■ « Loi-Règlement, la construction d'un nouvel équilibre », *RFSP*, 1984, p. 922 ■ G. SACCONE, « La répartition des compétences entre pouvoir législatif et pouvoir réglementaire », *AJJC*, 1985, p. 169 ■ B. STIRN, « Lois et règlements : le paradoxe du désordre », *RDP*, 2006, p. 129 ■ F. VINCENT, « De l'inutilité de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 », *AJDA*, 1965, p. 564 ■ M. WALINE, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel sur la répartition des matières entre la loi et le règlement », *RDP*, 1960, p. 1011

4. Sur le contrôle de la procédure parlementaire :

■ Dossier : « Le Conseil constitutionnel et le Parlement », *NCCC*, n° 38, Janvier 2013 ■ P. AVRIL, « Droit parlementaire et droit constitutionnel sous la V^e République », *RDP*, 1984, p. 573 ■ « Premier bilan de la réforme de la procédure législative », *NCCC*, n° 32, 2011, p. 189 ■ J. BENETTI, « La procédure parlementaire en question dans les saisines parlementaires », *NCCC*, n° 49, 2015, p. 87 ■ P. CAHOUA, « Les commissions, lieu de travail législatif », *Pouvoirs*, n° 34, p. 39 ■ J.-P. CAMBY, « Cinquante ans de droit d'amendement », *LPA*, 2008, n° 138, p. 88 ■ D. CHAMUSSY, « La procédure parlementaire et le Conseil constitutionnel », *NCCC*, n° 38, 2013 ■ B.-L. COMBRADE, *L'obligation d'étude d'impact des projets de loi*, Thèse, Paris I, 2015, *Dalloz*, 2017, à paraître ■ J.-M. COTTERET, *Le pouvoir législatif en France*, thèse, Paris, 1962 ■ D. CHAMUSSY, « Procédure parlementaire et qualité de la législation : la contribution du Conseil constitutionnel à la sécurité juridique », *EDCE*, 2006, n° 57, p. 349 ■ « Le Conseil constitutionnel, le droit d'amendement et la qualité de la législation », *RDP*, 2007, p. 1073 ■ « La procédure parlementaire et le Conseil constitutionnel », *NCCC*, n° 38, 2013, p. 37 ■ J. CHARBONNEL, « Rapport d'information sur la recevabilité financière des

amendements », n° 2064, Ass. nat. 19 nov. 1971 ■ R. ÉTIEN, « L'application des décisions d'annulation du Conseil constitutionnel sur saisine parlementaire », *Rev. Ad.* 1984, p. 472 ■ C. GUETTIER, *Le Conseil constitutionnel et le droit parlementaire sous la V^e République*, thèse, Paris I, 1986 ■ J.-E. GICQUEL, « Le respect de la procédure législative. Variations autour d'un soit disant cafouillage parlementaire », *JCP*, G, 2012, n° 50, p. 2255 ■ B. MATHIEU, « Le droit d'amendement : en user sans en abuser », *AJDA*, 2006, p. 306 ■ B. MATHIEU, M. VERPEAUX (dir.), *Les lois organiques et la mise en œuvre de la révision constitutionnelle*, Dalloz, 2009 ■ M. MORIN, « La présence du gouvernement dans les Assemblées parlementaires sous la V^e République », *RDP*, 1986, p. 1355 ■ J.-C. NEMERY, « Le principe du vote personnel dans la Constitution de la V^e République », *RDP*, 1987, p. 995 ■ V. OGIER-BERNAUD, « L'évolution décisive de la jurisprudence constitutionnelle relative à l'exercice du droit d'amendement en cours de navette parlementaire », *RFDC*, 2006, p. 585 ■ M. PHILIP-GAY (dir.), *Les études d'impact accompagnant les projets de loi*, LGDJ, 2012 ■ H. PORTELLI, « Le règlement du Sénat, l'article 40 de la Constitution et le Conseil constitutionnel », in *Mélanges Gicquel*, Montchrestien, 2008, p. 431 ■ V. SOMMACCO, *Le droit d'amendement et le juge constitutionnel en France et en Italie*, LGDJ, 2002 ■ P. TERNEYRE, « La procédure législative ordinaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RDP*, 1985, p. 621 ■ « La procédure législative ordinaire », *AIJC*, 1985, p. 198 ■ M. TOUZEIL-DIVINA, « Et la revalorisation parlementaire : c'est maintenant ? », *LPA*, 2013, n° 69, p. 4 ■ G. VEDEL, « Vérité de la V^e République », *Rev. Act. Pop.*, sept.-oct. 1959 ■ C.-L. VIER, « Le contrôle du Conseil constitutionnel sur les règlements des Assemblées », *RDP*, 1972, p. 165.

5. Sur le contrôle des lois financières :

■ Dossier : « Constitution et équilibre des finances publiques », *RFFP*, 2012, n° 117, p. 3 ■ P. AMSELEK, *Le budget de l'État sous la V^e République*, LGDJ, 1967 ■ C. BAZY-MALAUURIE, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel », Intervention du 18 octobre 2010, disponible sur www.conseil-constitutionnel.fr ■ M. BOUVIER, « Du centre à la périphérie : les nouvelles figures de la constitutionnalisation du droit public financier », in *1958-2008, Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, 2008, p. 475 ■ J.-P. CAMBY, « Les finances publiques et la démocratie : quel apport du Conseil constitutionnel ? », in M. BOUVIER (dir.), *Réformes des finances publiques, démocratie et bonne gouvernance : Actes de la 1^{re} Université de printemps de Finances Publiques du GERFIP*, LGDJ, 2004, p. 108 ■ « Cavaliers, Constitution et finances publiques », in *Mélanges L. Philip*, Economica, 2005, p. 319 ■ J.-F. JOYE, « Les vicissitudes du principe de sincérité », *JCP* G, n° 12, 18 mars 2009, I 126 ■ P. LALUMIÈRE, « Un domaine nouveau de l'intervention du Conseil constitutionnel : les dispositions constitutionnelles à caractère financier et budgétaire », *Pouvoirs* n° 13, 1980, p. 49 ■ D. LANDBECK, « La notion de sincérité en finances publiques », *RFDA*, 2002 p. 798 ■ E. OLIVA, *L'exception d'irrecevabilité de l'article 41 de la Constitution de 1988*, Economica, 1996 ■ « Les interactions entre saisine parlementaire et contrôle des finances publiques », *NCCC*, n° 49, 2015, p. 93 ■ R. PELLET, *Les finances sociales : économie, droit et politique*, LGDJ « Systèmes », 2001 ■ G. PEISER, « La priorité de l'Assemblée nationale sur le Sénat en matière de lois de finances », in *Mélanges P.-M. Gaudemet*, Economica, 1984, p. 207 ■ L. PHILIP, « La constitutionnalisation du droit budgétaire français », in *Mélanges P.-M. Gaudemet*, Economica, 1984, p. 49 ■ « Le droit constitutionnel des finances publiques », *RFFP*, n° 7, p. 127 ■ « Le droit budgétaire », *AIJC*, 1985, p. 162 ■ *La loi organique de 2001*

relative aux lois de finances, La documentation française, 2007 ■ M. DE VILLIERS, « Le Conseil constitutionnel, juridiction financière », *RA*, 1983, p. 139.

6. Sur la séparation des pouvoirs et la décentralisation :

■ G. AGNIEL, « Le Parlement et la Nouvelle-Calédonie : du « Droit à la bouderie »... à la délégation de souveraineté ? », *RFDC*, 2012, n° 90, p. 227 ■ H. ALCARAZ, « Le principe de libre administration des collectivités territoriales dans la jurisprudence constitutionnelle après la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 », *RFDA*, 2009, p. 497 ■ J.-F. AUBY, *Droit des collectivités locales*, PUF, 2009 ■ C. AUTEXIER, « L'ancrage constitutionnel des collectivités de la République », *RDP*, 1981, p. 581 ■ C. BABUSIAUX, « L'organisation territoriale de l'État est-elle en ligne avec les principes constitutionnels et le droit budgétaire ? », *Dr. adm.*, 2015, p. 2 ■ C. BACCOYANNIS, *Le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales*, Economica, 1993 ■ M. BOUVIER, « Le Conseil constitutionnel et l'autonomie fiscale des collectivités territoriales : du quiproquo à la clarification », *NCCC*, 2011, p. 55 ■ F. CHALTIEL, « Actualité de la notion de décentralisation », *LPA*, 2012, n° 113, p. 6 ■ R.-J. CHARPENTIER, « Autodétermination et décolonisation », in *Mélanges Chaumont*, A. Pédone, 1984, p. 117 ■ R. DEBBASCH, *Le principe révolutionnaire d'unité et d'indivisibilité de la République*, Economica, 1988 ■ G. DRAGO, « Question prioritaire de constitutionnalité et droit des collectivités territoriales : premier bilan », *JCP Adm.*, 2011, n° 24, p. 2221 ■ M.-H. FABRE, « L'unité et l'indivisibilité de la République. Réalité ? Fiction ? », *RDP*, 1982, p. 603 ■ B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, Dalloz, 2009 ■ « L'épisode constitutionnel de la réforme des collectivités territoriales (2014-2015) », *RDP*, 2015, p. 1173 ■ L. FAVOREU, « Les bases constitutionnelles du droit des collectivités locales », in F. MODERNE (dir.), *La Nouvelle décentralisation*, Sirey, 1983 ■ T. GRUNDLER, « La République française, une et indivisible ? », *RDP*, 2007, p. 445 ■ A.-M. LE POURHIET (dir.), *Droit constitutionnel local*, Economica, 1999 ■ F. LUCHAIRE, « Les fondements constitutionnels de la décentralisation », *RDP*, 2000, p. 1543 ■ F. LUCHAIRE, « L'émergence d'un droit constitutionnel de la décentralisation », *AJDA*, n° spécial, 1992, p. 25 ■ F. LUCHAIRE, Y. LUCHAIRE, *Décentralisation et Constitution : Commentaire de la loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*, Economica, 2003 ■ J.-C. MAESTRE, « L'indivisibilité de la République française et l'exercice du droit d'autodétermination », *RDP*, 1976, p. 431 ■ G. MARCOU, « Le Conseil constitutionnel et la réforme des collectivités territoriales », *AJDA*, 2011, p. 129 ■ « L'État et les collectivités territoriales : où va la décentralisation ? », *AJDA*, 2013, p. 1556 ■ « Décentralisation, acte III, scène 1 », n° spécial, *JCP Adm.*, 2014, p. 2045 ■ T. MICHALON, « La République française, une Fédération qui s'ignore », *RDP*, 1982, p. 623 ■ F. MICLO, *Le régime législatif des départements d'outre-mer et l'unité de la République*, Economica, 1982 ■ J.-M. PONTIER, « La redéfinition des compétences : à la recherche de la cohérence », *RDP*, 2015, p. 1241 ■ A. ROUX, *Droit constitutionnel local*, Economica, 1995 ■ « Constitution, décentralisation et libre administration des collectivités territoriales », in *Mélanges Delpérée*, Bruylant-LGDJ, 2007, p. 1379 ■ F. RUBIO LORENTE, « Les relations entre le pouvoir central et les pouvoirs territoriaux dans la jurisprudence constitutionnelle », *RFDA*, 1986, p. 1 ■ A. TREPPOZ BRUANT, « Libre administration des collectivités territoriales et QPC : entre espoir et amertume », *Dr. adm.*, 2012, n° 12, p. 1. ■ M. VERPEAUX, « Le droit constitutionnel des collectivités territoriales », *CCC*, n° 12, 2002, p. 86 ■ « Contrôle des actes des collectivités territoriales et violation du principe de libre administration », *AJDA*, 2011, p. 1735.

7. Sur les autorités administratives indépendantes :

■ J.-L. AUTIN, « Les autorités administratives indépendantes et la Constitution », *Rev. Adm.* 1988, p. 333 ■ J. CHEVALLIER, « Réflexions sur les autorités administratives indépendantes », *JCP*, 1986, I, 3254 ■ C.-A. COLLARD, G. TIMSIT (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, PUF, 1988 ■ M. COLLET, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, LGDJ, 2003 ■ CONSEIL D'ÉTAT, Rapport public 2001, *Les autorités administratives indépendantes*, La documentation française, *EDCE*, n° 52, 2001 ■ N. DECOOPMAN (dir.) *Le désordre des autorités administratives indépendantes, L'exemple du secteur économique et financier*, PUF, 2002 ■ M. DEGOFFE, « Constitution et compétences normatives économiques des « autorités de régulation », *LPA*, 2009, n° 16, p. 18 ■ M.-A. FRISON-ROCHE, *Comment fonder juridiquement le pouvoir des autorités de régulation ? in Sécurité et régulations financières*, *Revue d'économie financière*, 2001, p. 610 ■ M. GUYOMAR, *Les sanctions administratives*, LGDJ, Systèmes, 2014 ■ A. HAQUET, « Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes Réflexions sur son objet et sa légitimité », *RDP*, 2008, p. 393 ■ T. PERROUD, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, Dalloz, 2013 ■ C. TEITGEN-COLY, « Les instances de régulation et la Constitution », *RDP*, 1990, p. 133.

TITRE 2

LA JURISPRUDENCE RELATIVE À LA GARANTIE DES DROITS

667 Chaque année, ou presque, le Conseil attribue valeur constitutionnelle à un nouveau droit ou à une nouvelle liberté. Le mouvement de constitutionnalisation s'étend donc de manière continue, et touche aussi bien les droits et libertés dits « classiques » (chapitre 1), les exigences constitutionnelles liées à la temporalité (chapitre 2), les droits économiques, sociaux et environnementaux (chapitre 3) et le principe d'égalité (chapitre 4).

CHAPITRE I

LES DROITS ET LIBERTÉS CLASSIQUES

668 Par commodité de présentation, seront distinguées, suivant l'exemple du doyen Colliard¹, les libertés de la personne (section 1) et les libertés de la pensée (section 2), avant de réserver une place particulière aux exigences du droit au juge (section 3).

SECTION I | LES LIBERTÉS DE LA PERSONNE

669 Le Conseil constitutionnel protège la dignité de la personne humaine (§1), sa liberté individuelle et personnelle (§2) et encadre les textes qui interviennent en matière pénale et punitive (§3).

§ 1. | LA DIGNITÉ DE LA PERSONNE HUMAINE

670 **Découverte et formulation.** Le respect de la dignité de la personne humaine a été expressément consacré comme principe constitutionnel dans la décision du 27 juillet 1994² à partir d'un raisonnement sur les mots contenus dans le préambule du Préambule de 1946. Les constituants d'alors, rappelle le Conseil, ont justifié la réaffirmation des droits inaliénables et sacrés que possède tout être humain par la nécessité de condamner et de marquer nettement la rupture avec « les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine ». « Il en ressort, décide le Conseil, que la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle ». Le choix des mots n'a certainement pas été laissé au

■ 1. C. A. COLLIARD, *Libertés publiques*, Dalloz, 1982.

■ 2. CC 94-343/344 DC, 27 juillet 1994, R. p. 100.

hasard : « il ressort », veut signifier que le principe de dignité se dégage naturellement, sort tout seul des mots qui le contiennent comme l'enfant du ventre de sa mère ; signification renforcée par les mots « asservissement » et « dégradation » qui marquent la filiation directe avec les verbes « asservir » et « dégrader » utilisés par les constituants de 1946. En bref, le Conseil veut faire savoir, par ce jeu de mots, qu'il n'a pas inventé le principe de dignité ; il était déjà là, en suspension dans les mots du constituant de 1946 ; il s'est limité à « réarranger » ses mots pour les mettre dans la forme d'écriture d'un principe. Pour renforcer peut-être ce principe ou pour mieux le faire entrer dans la catégorie des « droits et libertés que la Constitution garantit » dans le cadre de la QPC, le Conseil, dans sa décision du 19 novembre 2009³, range la dignité humaine parmi les droits inaliénables et sacrés de l'être humain et affirme sa qualité de principe de valeur constitutionnelle. En toute logique, les premières décisions QPC confirment que « la sauvegarde de la dignité de la personne contre toute forme d'asservissement et de dégradation »⁴ est invocable par les justiciables.

671 Enrichissement. Le champ d'application du principe de dignité s'est étendu à plusieurs domaines. Évidemment, dès qu'une réforme dans le domaine de la bioéthique est votée et que le Conseil constitutionnel est saisi, l'argument de la dignité est présent. C'est par exemple le cas dans la décision du 1^{er} août 2013⁵ à propos de la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires ou dans la décision du 21 janvier 2016⁶ à propos du développement des recherches cliniques en matière de procréation médicalement assistée.

Dès la décision du 19 janvier 1995⁷, le Conseil constitutionnel combine ce principe avec les alinéas 10 et 11 du Préambule de 1946 pour qualifier « la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent d'objectif de valeur constitutionnelle ». Alors qu'en 1990 il se limitait à dire que « promouvoir le logement des personnes défavorisées répond à une exigence d'intérêt national »⁸, la découverte du principe de dignité humaine lui permet, en 1995, de transformer cette exigence en objectif de valeur constitutionnelle et de lui donner un contenu qualitatif : le logement, précise le Conseil, doit être « décent ». L'OVC relatif à la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent permet ensuite au Conseil constitutionnel d'apprécier les atteintes portées au droit de propriété⁹. Surtout, dans la décision du 29 mai 2015¹⁰ relative à l'interdiction aux distributeurs d'eau d'interrompre la distribution d'eau dans toute résidence principale tout au long de l'année pour non-paiement des factures, le Conseil reconnaît l'accès à l'eau en tant que composante de ce même OVC qui lui-même découle du principe constitutionnel de dignité et des alinéas 10 et 11 du Préambule de 1946. Le respect de la dignité

■ 3. CC 2009-593 DC, 19 novembre 2009, JO 25 novembre 2009, p. 20222.

■ 4. CC 2010-25 QPC, 16 septembre 2010, R. p. 220. V. également CC 2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010, R. p. 179.

■ 5. CC 2013-674 DC, 1^{er} août 2013, R. p. 912.

■ 6. CC 2015-727 DC, 21 janvier 2016, JO 27 janvier 2016, texte n° 2.

■ 7. CC 94-359 DC, 19 janvier 1995, R. p. 176.

■ 8. CC 90-274 DC, 29 mai 1990, R. p. 61.

■ 9. CC 2011-169 QPC, 30 septembre 2011, R. p. 478.

■ 10. CC 2015-470 QPC, 29 mai 2015, JO 31 mai 2015, p. 9051.

est également applicable, en toute logique, aux personnes privées de liberté comme les personnes gardées à vue¹¹ ou hospitalisées sans leur consentement¹². Pour les personnes détenues, il revient au législateur « de déterminer les conditions et les modalités d'exécution des peines privatives de liberté dans le respect de la dignité de la personne », dit le Conseil dans la décision du 14 juin 2013¹³ sur l'absence de contrat de travail en prison. Le principe de dignité est également au cœur de de la conciliation opérée par le Conseil constitutionnel dans les décisions concernant l'interruption volontaire de grossesse¹⁴. Le Conseil a également introduit le principe de dignité humaine parmi les normes de références applicables pour l'examen de la constitutionnalité du traité portant statut de la Cour pénale internationale¹⁵ et de la loi instituant le PACS¹⁶ : la faculté de rompre unilatéralement le pacte ne porte pas atteinte au principe de la dignité de la personne humaine dans la mesure où le partenaire auquel la rupture est imposée peut agir en responsabilité au titre de l'article 1382 du Code civil.

Les zones d'influence du principe constitutionnel de dignité ne sont cependant pas sans limite. Si l'humain est bel est bien le bénéficiaire du principe, les êtres humains visés de manière catégorielle ne le sont pas dans la jurisprudence du Conseil. Les tentatives des requérants de faire valoir une « dignité de l'enfant »¹⁷ ou encore une « dignité des jeunes »¹⁸ se sont soldées par le silence du Conseil. Ou encore, dans la décision du 10 août 2010¹⁹, le Conseil constitutionnel refuse de déduire du respect de la dignité la compétence des juridictions françaises à l'égard de crimes commis à l'étranger sur une victime étrangère et dont l'auteur, de nationalité étrangère, se trouve en France.

672 Portée. En dépit d'une formulation solennelle, d'une invocabilité facilitée et d'un champ d'application élargi, le principe constitutionnel de dignité n'est pas véritablement à l'origine de déclaration de non-conformité ou de réserves d'interprétation²⁰. Le défaut de censure n'affecte ni la valeur ni la justiciabilité du principe de dignité, mais ce constat suscite tout de même des interrogations. Plusieurs raisons expliquent et parfois justifient que le principe de dignité exerce, pour l'instant et sans injurier l'avenir, une fonction de conciliation et de vigie constitutionnelle à vertu préventive et symbolique.

Tout d'abord, le Conseil constitutionnel a délibérément opté pour une conception stricte de la dignité en la cantonnant au respect de la personne humaine et de son intégrité. Il est en effet question d'interruption de grossesse, de conditions

■ 11. CC 2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010, R. p. 179.

■ 12. CC 2010-71 QPC, 26 novembre 2010, R. p. 343.

■ 13. CC 2013-320/321 QPC, 14 juin 2013, R. p. 829.

■ 14. CC 2001-446 DC, 27 juin 2001, R. p. 74 ; CC 2014-700 DC, 31 juillet 2014 JO 5 août 2014, p. 12966 ; CC 2015-727 DC, 21 janvier 2016, JO 27 janvier 2016, texte n° 2.

■ 15. CC 98-408 DC, 22 janvier 1999, R. p. 29.

■ 16. CC 99-419 DC, 9 novembre 1999, R. p. 116.

■ 17. CC 2002-461 DC, 29 août 2002, R. p. 204.

■ 18. CC 2006-535 DC, 30 mars 2006, R. p. 50.

■ 19. CC 2010-612 DC, 5 août 2010, R. p. 198.

■ 20. Dans la décision CC 2015-517 QPC, 22 janvier 2016, JO 24 janvier 2016, texte n° 66, le Conseil constitutionnel intègre cependant la dignité de la personne humaine pour éviter de sanctionner sur le fondement du principe de responsabilité.

humaines de privation de liberté, de logement décent, de recherche sur l'embryon, d'identification génétique... Sur ce dernier point, la décision du 16 septembre 2010²¹ rendue à propos du prélèvement des empreintes génétiques et de leur collecte dans des fichiers est évocatrice. Le grief tiré de la violation du principe de dignité manque en fait, dit le Conseil, car le prélèvement « n'implique aucune intervention corporelle interne », « ne comporte aucun procédé douloureux, intrusif » et « n'autorise pas l'examen des caractéristiques génétiques des personnes ».

Ensuite, les violations du principe de dignité sont rarement contenues dans l'énoncé de la loi mais dans les pratiques concrètes et/ou illégales qui en découlent. De plus, le contrôle abstrait de la loi explique que le Conseil constitutionnel soit moins fréquemment confronté à des cas potentiels de violation de la dignité que la Cour de Strasbourg ou les juges judiciaire et administratifs dans le cadre de litiges concrets. À cet égard, le principe de dignité illustre les limites d'un contrôle de constitutionnalité purement abstrait. Ainsi, en QPC, le principe est souvent mis en œuvre par le Conseil constitutionnel, sans pour autant entraîner une censure. Si ce dernier rappelle systématiquement qu'en matière de privation de liberté, que celle-ci résulte d'une mise à disposition de la justice²² ou d'une hospitalisation d'office²³, le principe de dignité doit être respecté « en toutes circonstances »²⁴, c'est toujours pour ajouter que la « méconnaissance éventuelle de cette exigence dans l'application » des dispositions législatives soumises à son contrôle « n'a pas, en elle-même, pour effet d'entacher ces dispositions d'inconstitutionnalité ». Par ailleurs, le principe de dignité est fréquemment discuté devant le Conseil constitutionnel dans des matières sensibles sur lesquelles il exerce un contrôle restreint. En bioéthique, génétique, droit de la famille, le Conseil avance à pas mesurés, se prononce « en l'état des connaissances et des techniques »²⁵ ou présente son *totem anti-gouvernement des juges* avec la formule selon laquelle il ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation identique à celui du Parlement. En revanche, estimant que l'exercice des droits doit s'opérer dans le respect de la dignité de la personne humaine, il n'hésite pas à vérifier que le législateur a bien exercé sa compétence en la matière²⁶.

Enfin, le Conseil contourne parfois la difficulté et évite de se prononcer précisément sur la portée du principe de dignité. Mal à l'aise avec un principe ambivalent dont le sens et la portée sont théoriquement sans limite, le Conseil constitutionnel louvoie et temporise. Les parties peuvent ne pas avoir soulevé ce grief, le Conseil ne le soulève pas d'office pour autant : dans la décision du 30 septembre 2011²⁷ relative à l'identification génétique post-mortem, la dignité est curieusement absente du débat constitutionnel, alors qu'il est question « du respect dû au corps humain ». Afin de neutraliser le dispositif législatif des tests ADN en matière de regroupement familial, le Conseil privilégie dans la décision du 15 novembre

■ 21. CC 2010-25 QPC, 16 septembre 2010, R. p. 220. V. également CC 2003-467 DC, 13 mars 2003, R. p. 211.

■ 22. CC 2010-80 QPC, 17 décembre 2010, R. p. 408.

■ 23. CC 2010-71 QPC, 26 novembre 2010, R. p. 343.

■ 24. CC 2010-80 QPC, 17 décembre 2010, R. p. 408 ; CC 2010-71 QPC, 26 novembre 2010, R. p. 343.

■ 25. CC 2001-446 DC, 27 juin 2001, R. p. 74

■ 26. CC 2015-485 QPC, 25 septembre 2015, JO 27 septembre 2015, p. 17328.

■ 27. CC 2011-173 QPC, 30 septembre 2011, R. p. 481.

2007²⁸ le droit de mener une vie familiale normale pour fonder une réserve d'interprétation, plutôt que d'utiliser le principe de dignité. Les lacunes législatives de l'organisation du travail en prison ne sont pas constitutives d'une atteinte à la dignité, estime sans aucune motivation le Conseil dans la décision du 25 septembre 2015²⁹ après avoir examiné tous les autres griefs invoqués par le justiciable. De même, le Conseil n'est-il peut-être pas mécontent de devoir, en application de la jurisprudence *Économie numérique* inaugurée le 10 juin 2004, se déclarer incompétent quand la disposition législative critiquée est une transposition d'une directive communautaire qui, à la suite d'un recours, a été déclarée conforme au principe de dignité par la Cour de justice ; pour ce motif, il a, dans la décision du 29 juillet 2004³⁰, refusé de dire si la possibilité de breveter un élément isolé du corps humain ou autrement produit par un procédé technique portait atteinte au principe de dignité de la personne humaine.

§ 2. LA LIBERTÉ PERSONNELLE ET INDIVIDUELLE

673

Du contenu de la liberté individuelle découle la répartition des compétences entre l'autorité judiciaire et la juridiction administrative. C'est dire si les fluctuations des régimes juridiques de la liberté individuelle et de la liberté personnelle (A) ne peuvent être dissociées des enjeux sur la compétence de l'ordre juridictionnel (B) chargé de s'assurer du respect de ces libertés constitutionnelles.

A. LA FLUCTUATION DES RÉGIMES JURIDIQUES

674

La jurisprudence constitutionnelle a consacré, jusqu'à la fin des années 1990, une conception large de la liberté individuelle dont découlait plusieurs composantes. Désormais recentrée, la liberté individuelle issue de l'article 66 de la Constitution voit son champ restreint (1), au contraire de la liberté personnelle à l'origine de plusieurs libertés que le Conseil constitutionnel tire des articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789 (2).

1. Le recentrage de la liberté individuelle

675

L'extension initiale. Selon l'article 66 de la Constitution, « nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ». Jusqu'en 1977, il était permis, malgré cette inscription dans le texte constitutionnel, de s'interroger sur la valeur réelle de cette disposition. La doctrine, en effet, avait tendance à considérer la seconde partie de l'article 66 comme la simple reproduction obligée d'une règle passée, comme une « clause de style » ou même un mythe ; en particulier, la doctrine de droit public, qui, arrêts à l'appui, démontrait que la

■ 28. CC 2007-557 DC, 15 novembre 2007, R. p. 360.

■ 29. CC 2015-485 QPC, 25 septembre 2015, JO 27 septembre 2015 page 17328.

■ 30. CC 2004-498 DC, 29 juillet 2004, R. p. 122.

juridiction administrative assurait aussi bien que l'autorité judiciaire la protection des droits et libertés³¹. La jurisprudence elle-même semblait accorder peu de valeur, peu d'effet au principe de la protection de la liberté individuelle par l'autorité judiciaire : le Conseil d'État s'estimait compétent pour juger les conséquences d'une détention arbitraire³², et le Tribunal des conflits n'hésitait pas à dessaisir l'autorité judiciaire de la connaissance des atteintes portées à la liberté individuelle, un internement arbitraire en l'espèce, lorsqu'elles avaient pour auteur l'administration³³. Et le Tribunal des conflits maintenait cette position, même après que le législateur ait affirmé, en 1957, que dans tous les cas d'atteinte à la liberté individuelle, le conflit ne peut jamais être élevé, et les tribunaux de l'ordre judiciaire toujours exclusivement compétents que l'action soit dirigée contre un individu, l'administration ou un de ses agents ; il maintenait encore sa jurisprudence après la réaffirmation par les constituants de 1958 du principe de l'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle³⁴.

676 L'hésitation n'est plus aujourd'hui permise. Dans un premier temps, la valeur constitutionnelle du principe fut acquise avec la décision du 12 janvier 1977³⁵ selon laquelle la liberté individuelle est un principe fondamental garanti par les lois de la République et réaffirmé par l'article 66 de la Constitution qui en confie la garde à l'autorité judiciaire. Dans cette affaire, le Conseil a censuré une loi permettant aux officiers de police judiciaire ou aux agents agissant sous leurs ordres, de procéder à la fouille des véhicules, au motif que l'étendue des pouvoirs conférés à ces personnes, l'absence de définition de leur nature – police judiciaire ou police administrative – le caractère très général des cas dans lesquels ces pouvoirs peuvent s'exercer et l'imprécision de la portée des contrôles auxquels ils sont susceptibles de donner lieu, portent atteinte « aux principes essentiels sur lesquels repose la protection de la liberté individuelle » ; et parmi ces « principes essentiels », celui de l'intervention nécessaire de l'autorité judiciaire³⁶.

677 Dans la lignée de cette première décision, le Conseil constitutionnel opte alors pour une conception large de la liberté individuelle qui dépasse la notion classique de sûreté personnelle, c'est-à-dire le droit de n'être ni arrêté ni détenu illégalement³⁷. Dans cet état de la jurisprudence, la liberté individuelle englobait la liberté d'aller et venir, principe à valeur constitutionnelle depuis la décision du 12 juillet 1979³⁸, qui ne fait obstacle ni à la construction de ponts à péage sur le réseau routier, ni à des mesures de vérification d'identité à condition toutefois que

■ 31. V. par exemple, P. BRETTON, *L'autorité judiciaire gardienne des libertés essentielles et de la propriété privée*, LGDJ, 1964 ; P. AMSELEK, « Les vicissitudes de la compétence juridictionnelle en matière d'atteintes administratives à la liberté individuelle », *RDP* 1965, p. 801 ; P. HUET, « La juridiction administrative, gardienne de la liberté individuelle », *AJDA* 1973, p. 507.

■ 32. CE 7 novembre 1947, *Alexis et Wolff*, *R.* p. 416.

■ 33. TC 27 mars 1952, *Dame de la Murette*, *R.* p. 626.

■ 34. TC 16 novembre 1964, *Clément*, *R.* p. 796 ; CE 9 juillet 1965, *Voskresensky*, *R.* p. 419.

■ 35. CC 76-75 DC, 12 janvier 1977, *R.* p. 33.

■ 36. D. TURPIN, « L'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle », *AJDA*, 1983, p. 653 ; T. RENOUX, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire*, Economica, 1984.

■ 37. CC 79-109 DC, 9 janvier 1980, *R.* p. 29 ; CC 86-216 DC, 3 septembre 1986, *R.* p. 135.

■ 38. CC 79-107 DC, 12 juillet 1979, *R.* p. 31.

la « gêne » ne soit pas excessive et que les individus disposent de garanties effectives³⁹. Était encore une dimension de la liberté individuelle, le droit de disposer librement de son corps et de sa personne, que le Conseil a reconnu dans sa décision du 15 janvier 1975, en considérant que « la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse respecte la liberté des personnes appelées à recourir ou à participer à une interruption de grossesse » et ne porte pas « atteinte au principe du respect de tout être humain dès le commencement de la vie »⁴⁰. Distincte mais cependant proche de cette catégorie, « la liberté personnelle du salarié » qui, selon le Conseil, doit pouvoir conserver, dans l'hypothèse d'une action en justice, « la liberté de conduire personnellement la défense de ses intérêts » et, si une organisation syndicale agit en son nom, avoir « eu personnellement connaissance » de la nature et de l'objet de l'action exercée et de son droit permanent de mettre un terme, à tout moment, à cette action⁴¹.

678 L'inviolabilité du domicile était aussi un des aspects de la liberté individuelle. Sur ce fondement, le Conseil a censuré des dispositions législatives qui, pour lutter contre la fraude fiscale, autorisaient l'administration fiscale à perquisitionner au domicile des contribuables⁴²; et, dans la même décision, il a défini les conditions auxquelles devaient répondre les perquisitions pour respecter la liberté individuelle : être autorisées, quelle que soit la nature du local, privé ou professionnel, par le juge, qui doit par ailleurs pouvoir vérifier le bien-fondé de la demande de perquisition ; être soumises dans leur déroulement au contrôle du juge ; être réservées clairement à la recherche de catégories précises d'infractions fiscales⁴³. Dans sa décision du 16 juillet 1996⁴⁴, le Conseil a étendu les effets protecteurs du principe d'inviolabilité du domicile en considérant qu'il valait de jour comme de nuit : hors le cas où un acte de terrorisme est en train ou vient de se commettre, il censure, en effet, la possibilité au motif que cette disposition est « de nature à entraîner des atteintes excessives à la liberté individuelle ».

679 Creusant toujours davantage cette ressource constitutionnelle, le Conseil, dans sa décision du 13 août 1993⁴⁵, faisait également de la liberté matrimoniale une « composante de la liberté individuelle » ; et il juge, en l'espèce, qu'en donnant au procureur de la République saisi par l'officier de l'état civil le pouvoir de surseoir à la célébration d'un mariage, soupçonné de complaisance, pour une durée de trois mois et sans possibilité de recours des intéressés, le législateur a subordonné l'union matrimoniale à des conditions contraires au principe de la liberté du mariage.

Ainsi, de manière continue, le Conseil tirait du principe de la liberté individuelle des droits et libertés à valeur constitutionnelle qui lui permettaient progressivement

■ 39. CC 80-127 DC, 19-20 janvier 1981, *R.* p. 15.

■ 40. CC 74-54 DC, 15 janvier 1975, *R.* p. 19.

■ 41. CC 89-257 DC, 25 juillet 1989, *R.* p. 59.

■ 42. CC 83-164 DC, 29 décembre 1983, *R.* p. 67.

■ 43. CC 84-184 DC, 29 décembre 1984, *R.* p. 94.

■ 44. CC 96-377 DC, 16 juillet 1996, *R.* p. 87.

■ 45. CC 93-325 DC, 13 août 1993, *R.* p. 224.

de couvrir toutes les hypothèses législatives où pouvaient être mis en cause « le droit de l'individu de mener la vie qu'il estime lui convenir »⁴⁶.

680 Le resserrement de la notion. À la fin des années 1990, le Conseil met fin à cette jurisprudence. Il recentre la liberté individuelle sur l'article 66 et l'idée de sûreté personnelle. Il en détache les droits et libertés qualifiés de « composantes de la liberté individuelle » au profit de la liberté personnelle qui découle d'autres fondements constitutionnels : l'article 2 de la Déclaration de 1789 pour le droit au respect de la vie privée, les articles 2 et 4 de la Déclaration pour la liberté d'aller et venir, la liberté de mariage, le secret des correspondances et l'inviolabilité du domicile.

La notion de liberté individuelle, au sens de l'article 66 de la Constitution, est depuis lors applicable aux hypothèses de privations de liberté, comme, par exemple, en matière de garde à vue⁴⁷, de détention⁴⁸, de rétention⁴⁹ ou d'hospitalisation sans consentement⁵⁰.

Toutefois, le Conseil constitutionnel est conduit à opérer des distinctions subtiles, souvent justifiées mais parfois aléatoires, afin de déterminer le champ exact de la liberté individuelle. L'article 66 de la Constitution est mis de côté dès lors que le législateur instaure des mesures de surveillance et de recueil de renseignement. Dans la décision du 19 janvier 2006⁵¹, le Conseil affirme que l'article 66 « ne saurait être méconnu par une disposition qui se borne à instaurer une procédure de réquisition de données techniques » au bénéfice des services de police et de gendarmerie spécialement chargés de prévenir le terrorisme. Dans la décision du 23 juillet 2015⁵² sur la loi relative au renseignement, la liberté individuelle est écartée du débat constitutionnel alors que sont en cause des techniques de recueil de renseignement, l'accès aux données de connexion, l'interception de communications... Autre conséquence du redéploiement des notions de liberté individuelle et de liberté personnelle, le grief tiré de l'atteinte à la liberté individuelle est inopérant à propos de la procédure du droit de communication de l'administration des douanes dans la décision du 27 janvier 2012⁵³ ou du délit d'obstacle au droit de visite en matière d'urbanisme dans la décision du 9 avril 2015⁵⁴. De même, lors de l'examen en QPC le 19 février 2016⁵⁵ d'une disposition de la loi sur l'état d'urgence, le Conseil constitutionnel considère que les perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence « n'affectent pas la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution » et sont contrôlées seulement au regard de la vie privée, de l'inviolabilité du domicile et du droit au recours.

■ 46. F. LUCHAIRE, *op. cit.*, p. 87.

■ 47. CC 2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010, R. p. 79.

■ 48. CC 2002-461 DC, 29 août 2002, R. p. 204.

■ 49. CC 93-325 DC, 13 août 1993, R. p. 224.

■ 50. CC 2010-71 QPC, 6 novembre 2010, R. p. 343.

■ 51. CC 2005-532 DC, 19 janvier 2006, R. p. 31.

■ 52. CC 2015-713 DC, 23 juillet 2015, JO 26 juillet 2015, p. 12751.

■ 53. CC 2011-214 QPC, 27 janvier 2012, R. p. 94.

■ 54. CC 2015-464 QPC, 9 avril 2015, JO 11 avril 2015, p. 6538.

■ 55. CC 2016-536 QPC, 19 février 2016, JO 21 février 2016, texte n° 27.

La décision du 22 décembre 2015⁵⁶ à propos des assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence est parfaitement révélatrice des choix du Conseil constitutionnel en faveur d'une restriction du champ de la liberté individuelle. Ainsi, l'assignation à résidence accompagnée d'une astreinte à demeure n'est pas qualifiée de privation de la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution, en raison de la limite de douze heures par vingt-quatre heures instaurée par la loi. S'adressant au futur législateur tenté de durcir le régime applicable, le Conseil constitutionnel précise que la plage horaire maximale de douze heures par jour « ne saurait être allongée sans que l'assignation à résidence soit alors regardée comme une mesure privative de liberté, dès lors soumise aux exigences de l'article 66 de la Constitution ». La qualification de la liberté concernée dépend de la durée de sa limitation et donc de l'intensité de l'atteinte portée par la loi. En deçà de 12 heures, il s'agit d'une restriction à la liberté d'aller et venir relevant des articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789 ; au-delà de 12 heures, il s'agit d'une privation de liberté individuelle relevant de l'article 66 de la Constitution. Ainsi, la liberté change de fondement, de qualification et de régime juridique, non pas en fonction de ce qu'elle est, c'est-à-dire l'objet qu'elle protège, mais en fonction des atteintes dont elle fait l'objet⁵⁷.

681 Régime. En contrepartie du recentrage de la notion de liberté individuelle sur la notion de sûreté, le régime constitutionnel est renforcé. D'une part, en présence d'une mesure privative de liberté, les atteintes portées par le législateur à la liberté individuelle, comme celles portées à la liberté d'aller et venir et au respect de la vie privée, doivent être « adaptées, nécessaires et proportionnées aux objectifs poursuivis »⁵⁸, ce triple test de proportionnalité attestant du niveau le plus intense du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel⁵⁹. D'autre part, dès lors que la liberté individuelle est en cause, il revient à l'autorité judiciaire d'intervenir, bien que le législateur puisse « fixer des modalités d'intervention de l'autorité judiciaire différentes selon la nature et la portée des mesures affectant la liberté individuelle qu'il entend édicter »⁶⁰.

2. | L'expansion de la liberté personnelle

682 Détachement de la liberté individuelle. Dans les années 1990, le Conseil constitutionnel a redessiné les frontières de la liberté individuelle en la délestant de plusieurs composantes qui ont été rattachées à la liberté personnelle, soit sous l'égide de l'article 2 de la Déclaration de 1789 pour le droit au respect de la vie privée, soit sur le fondement des articles 2 et 4 pour la liberté d'aller et venir, la liberté du mariage, l'inviolabilité du domicile et le secret des correspondances.

■ 56. CC 2015-527 QPC, 22 décembre 2015, JO 26 décembre 2015, p. 24084.

■ 57. J. BONNET, A. ROBLOT-TROIZIER, « Chronique de droits fondamentaux et libertés publiques », *NCCC*, n° 51, 2016, p. 92.

■ 58. CC 2008-562 DC, 21 février 2008, *R.* p. 89 ; CC 2010-71 QPC, 26 novembre 2010, *R.* p. 343. Sur l'utilisation de cette formule à propos seulement de la liberté individuelle, cf. CC 2016-536 QPC, 19 février 2016, JO 21 février 2016, n° 27.

■ 59. *V. supra* n° 331.

■ 60. CC 2010-71 QPC, 26 novembre 2010, *R.* p. 343.

Signe annonciateur, dans la décision du 22 avril 1997⁶¹, le Conseil n'inclut plus le droit au mariage dans la liberté individuelle mais le range « parmi les libertés et droits fondamentaux reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République ». Dans la décision du 29 décembre 1998⁶², il rejette une éventuelle « méconnaissance des exigences constitutionnelles relatives à la protection de la vie privée *et* de la liberté individuelle », avant de rattacher formellement le droit au respect de la vie privée à l'article 2 de la Déclaration dans la décision du 23 juillet 1999⁶³. Dans la décision du 16 juin 1999⁶⁴, il autonomise la liberté d'aller et venir par rapport à la liberté individuelle en déclarant que le législateur doit assurer la conciliation entre des objectifs de valeur constitutionnelle et « l'exercice des libertés publiques constitutionnellement garanties au nombre desquelles figurent notamment la liberté individuelle *et* la liberté d'aller et venir ». La décision du 13 mars 2003⁶⁵ parachève l'évolution des fondements constitutionnels avec le rattachement de la liberté d'aller et venir et du droit au respect de la vie privée aux articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, celle du 20 novembre 2003⁶⁶ agit dans le même sens à propos de la liberté de mariage. Un an plus tard, l'attractivité de ces deux ancrages constitutionnels se vérifie à propos de l'inviolabilité du domicile et du secret des correspondances eux aussi placés sous l'égide des articles 2 et 4 dans la décision du 2 mars 2004⁶⁷.

683 **Protection du droit au respect de la vie privée.** Refondé, le droit au respect de la vie privée continue d'être protégé par le Conseil même s'il est permis de penser qu'il ne se montre pas suffisamment exigeant. Par exemple, dans la décision du 23 juillet 1999⁶⁸, il juge qu'en subordonnant la communication des données de santé susceptibles de permettre l'identification des personnes à autorisation de la CNIL, « le législateur a institué une procédure propre à sauvegarder le respect de la vie privée des personnes » ; de même, dans la décision du 9 novembre 1999⁶⁹, il considère que le dispositif d'enregistrement des « pacsés » ne porte pas atteinte à leur vie privée dans la mesure où « les conditions dans lesquelles seront traitées, conservées et rendues accessibles aux tiers les informations relatives aux PACS seront fixées par un décret en Conseil d'État pris après avis de la CNIL » ; et dans la décision du 21 décembre 1999⁷⁰, il ne juge pas constituée l'atteinte au droit au respect de la vie privée pour deux motifs : les informations d'ordre médical sont destinées au seul service médical de la caisse et les médecins-conseil le composant sont soumis au secret médical « y compris envers l'organisme qui fait appel à leur service » ; l'équilibre financier de la Sécurité sociale, qui est une « exigence de

■ 61. CC 97-389 DC, 22 avril 1997, *R.* p. 45.

■ 62. CC 98-405 DC, 29 décembre 1998, *R.* p. 326.

■ 63. CC 99-416 DC, 23 juillet 1999, *R.* p. 100.

■ 64. CC 99-411 DC, 16 juin 1999, *R.* p. 75.

■ 65. CC 2003-467 DC, 13 mars 2003, *R.* p. 211.

■ 66. CC 2003-484 DC, 20 novembre 2003, *R.* p. 438.

■ 67. CC 2004-492 DC, 2 mars 2004, *R.* p. 66.

■ 68. CC 99-416 DC, 23 juillet 1999, *R.* p. 100 : « la liberté proclamée par l'article 2 de la Déclaration de 1789 implique le respect de la vie privée ».

■ 69. CC 99-149 DC, 9 novembre 1999, *R.* p. 116.

■ 70. CC 99-422 DC, 21 décembre 1999, *R.* p. 143.

valeur constitutionnelle », autorise ce dispositif dont la « finalité est de remédier à l'augmentation excessive des dépenses en cause et à leur caractère éventuellement injustifié ». Cette timidité jurisprudentielle est encore plus manifeste quand le Conseil est saisi de lois relatives à la lutte contre le terrorisme, la criminalité organisée et à l'immigration. Dans sa décision du 19 janvier 2006⁷¹, il valide l'extension de la procédure de réquisition aux fournisseurs d'accès et d'hébergement de réseaux internet et l'autorisation donnée aux services de police de prendre et d'enregistrer les photographies des personnes à l'occasion de contrôle radar, d'événements particuliers ou de grands rassemblements ; dans la décision du 20 juillet 2006⁷², il ne considère contraire ni au droit de mener une vie familiale normale, ni à la liberté personnelle et au respect de la vie privée le délai de dix-huit mois requis pour déposer une demande de regroupement familial, la possibilité de retirer l'autorisation de séjour délivrée au conjoint en cas de rupture de la vie commune dans les trois ans suivant sa délivrance, la suppression de l'octroi de plein droit de la carte de séjour temporaire portant la mention « vie privée et familiale » pour un étranger vivant habituellement en France depuis dix années ; dans la décision du 9 novembre 2006⁷³, il juge que la liberté du mariage n'est pas méconnue par le pouvoir donné au procureur de la République de s'opposer à la célébration d'un mariage entre un Français et un étranger si des « indices sérieux » lui laissent penser à une union frauduleuse ; et dans la décision du 3 mars 2007⁷⁴, il juge que délier du secret professionnel les personnels de l'action sociale pour leur permettre de transmettre au maire et au Président du Conseil général les informations concernant les familles et enfants en difficulté ne méconnaît pas le droit au respect de la vie privée. De cette jurisprudence, Benjamin Constant dirait sans doute qu'elle est moins sensible à la liberté des modernes qu'à la liberté des anciens.

684 L'introduction de la QPC pourrait marquer cependant un renforcement de la protection du droit au respect de la vie privée. Dans sa décision du 22 mars 2012⁷⁵, le Conseil conforte son considérant habituel en matière de contrôle des fichiers en développant les exigences du droit au respect de la vie privée, à savoir « que la collecte, l'enregistrement, la conservation, la consultation et la communication de données à caractère personnel doivent être justifiés par un motif d'intérêt général et mis en œuvre de manière adéquate et proportionnée » à l'objectif d'intérêt général poursuivi. Et, en l'espèce, il constate que la collecte des données à caractère personnel porte sur « la quasi-totalité de la population française », que l'enregistrement des données biométriques et notamment les empreintes digitales « sont particulièrement sensibles » et que la consultation et l'interrogation de ce fichier sont ouvertes à d'autres fins que la délivrance ou le renouvellement des titres d'identité ; et il juge « qu'eu égard à la nature des données enregistrées, à l'ampleur de ce traitement, à ses caractéristiques techniques et aux conditions de sa consultation », il est porté « au droit au respect de la vie privée une atteinte qui

■ 71. CC 2006-532 DC, 19 janvier 2006, *R.* p. 31.

■ 72. CC 2006-539 DC, 20 juillet 2006, *R.* p. 79.

■ 73. CC 2006-542 DC, 9 novembre 2006, *R.* p. 112.

■ 74. CC 2007-553 DC, 3 mars 2007, JO 7 mars 2007, p. 4356.

■ 75. CC 2012-652 DC, 22 mars 2012, JO 28 mars 2012, p. 5607.

ne peut être regardée comme proportionnée au but poursuivi » et il censure la création de ce fichier.

685 Il reste que le Conseil continue d'accorder aux exigences de l'ordre public une attention bienveillante préjudiciable au respect de la vie privée. Dans la décision du 16 septembre 2010⁷⁶, il juge que l'inscription au fichier national automatisé des empreintes génétiques des personnes non condamnées mais à l'égard desquelles il existe des indices graves et concordants de leur participation aux infractions concernées assure une conciliation équilibrée entre la sauvegarde de l'ordre public et le respect de la vie privée. Comme souvent en cette matière, il fonde son jugement sur l'existence de nombreuses garanties procédurales, par exemple l'effacement des empreintes lorsque leur conservation n'apparaît plus nécessaire ou le droit d'accès direct de la personne fichée auprès du responsable du fichier. La décision du 23 juillet 2015 à propos de la loi sur le renseignement révèle une évolution préoccupante de la jurisprudence constitutionnelle. Considérant que les services de renseignement échappaient largement au contrôle du Parlement et que leurs activités étaient principalement déterminées et conduites sous l'autorité et les décisions de l'Exécutif, le législateur vote, le 24 juin 2015, une loi définissant le cadre et le régime juridiques des techniques et actions de renseignement. Si l'intention est, évidemment, louable, la loi ne fait que donner une base légale aux pratiques existantes et l'étendre aux techniques nouvelles de renseignement, préciser leur régime d'autorisation en soumettant la décision du Premier ministre à l'avis d'une nouvelle autorité administrative « indépendante » et attribuer compétence au Conseil d'État pour juger des requêtes contestant la mise en œuvre des techniques de renseignement. Par définition, une telle loi, fondée sur l'objectif de préserver et garantir l'ordre public, touche nécessairement des principes constitutionnels, notamment le respect de la vie privée et ses composantes. Or, s'il reconnaît la matérialité des atteintes à ces principes, le Conseil ne les juge jamais excessives au regard de l'objectif poursuivi. Par exemple, il considère que « les interceptions administratives de correspondances électroniques de personnes appartenant à l'entourage d'une personne concernée par une autorisation d'interception » ne portent pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et au secret des correspondances ; même jugement pour « l'utilisation d'un appareil ou d'un dispositif permettant d'intercepter, sans le consentement de leur auteur, des paroles ou des correspondances émises, transmises ou reçues par voie électronique ou d'accéder à des données informatiques » ; pour « la transmission en temps réel de données techniques permettant la géolocalisation », « la sonorisation de certains lieux et véhicules et la captation d'images et de données informatiques », « la durée de conservation de six mois pour les données informatiques et images interceptées, de quatre ans pour les données de connexion et de six ans pour les données chiffrées ».

686 **Vie privée et vie familiale.** Sans définir constitutionnellement la famille, le Conseil constitutionnel protège le droit de mener une vie familiale qui, formellement, se distingue du droit au respect de la vie privée. Fondé sur l'alinéa 10 du Préambule de 1946 selon lequel « la nation assure à l'individu et à la famille les

■ 76. CC 2010-25 QPC, 16 septembre 2010, R. p. 220.

conditions nécessaires à leur développement », le droit de mener une vie familiale normale implique notamment, précise le Conseil dans la décision du 18 mai 2013⁷⁷, le respect de l'exigence de conformité de l'adoption à l'intérêt de l'enfant. Ce droit est à l'origine d'une jurisprudence spécifique du Conseil constitutionnel, bien que le contrôle exercé soit restreint à l'examen des garanties légales suffisantes ou à l'absence d'erreur manifeste d'appréciation. En matière de droit au regroupement familial des étrangers, le Conseil censure par exemple dans la décision du 13 août 1993⁷⁸ le délai de deux années imposé à tout étranger pour faire venir son nouveau conjoint après dissolution ou annulation d'un précédent mariage dans le cadre du regroupement familial. À propos des tests ADN en matière de regroupement familial, la décision du 15 novembre 2007⁷⁹ émet une réserve d'interprétation fondée sur l'alinéa 10 du Préambule de 1946, qui en pratique neutralise le dispositif législatif.

En droit de la famille, c'est uniquement sur le fondement du droit de mener une vie familiale normale que la décision du 22 avril 1997⁸⁰ encadre par une réserve les mesures nécessaires pour assurer l'entretien de l'enfant, compte tenu des ressources du père ou de la mère. Prudent, le Conseil constitutionnel se refuse à consacrer des « droits à » en matière de droit de la famille, que ce soit à propos de l'adoption par les couples du même sexe⁸¹ ou les droits de se marier pour ces mêmes couples⁸². La prudence joue en faveur de ces couples lorsque le Conseil refuse de constater une violation du droit au respect de la vie familiale à propos de la réforme de l'adoption par des parents de même sexe⁸³.

687

En revanche, selon l'objet de la loi et le grief invoqué à son encontre, le Conseil constitutionnel examine de manière combinée le respect de la vie privée et familiale. Est ainsi censurée sur ce double fondement dans la décision du 22 avril 1997⁸⁴ une disposition qui subordonne le renouvellement de plein droit de la carte de résident à la condition que la présence de l'étranger sur le territoire ne constitue pas une menace pour l'ordre public. Le droit au respect de la vie privée et le droit de mener une vie familiale normale n'ont pas permis, ensemble, de convaincre le Conseil constitutionnel de consacrer le droit à la connaissance de ses origines en tant que principe constitutionnel dans la décision du 30 septembre 2011⁸⁵ rendue à propos de l'identification génétique post-mortem encadré par l'article 16-11 du Code civil. La solution n'est pas évidente au regard d'une condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme prononcée quelques semaines plus tôt en raison d'une application particulière de ce même texte⁸⁶. Dans la décision du

■ 77. CC 2013-669 DC, 17 mai 2013, *R.* p. 721.

■ 78. CC 93-325 DC, 13 août 1993, *R.* p. 224.

■ 79. CC 2007-557 DC, 15 novembre 2007, *R.* p. 360.

■ 80. CC 97-389 DC, 22 avril 1997, *R.* p. 45.

■ 81. CC 2010-39 QPC, 6 octobre 2010, *R.* p. 264.

■ 82. CC 2010-92 QPC, 28 janvier 2011, *R.* p. 87.

■ 83. CC 2013-669 DC, 17 mai 2013, *R.* p. 721.

■ 84. CC 97-389 DC, 22 avril 1997, *R.* p. 45.

■ 85. CC 2011-173 QPC, 30 septembre 2011, *R.* p. 481.

■ 86. CEDH 16 juin 2011, *Pascaud c. France*, n° 19535/08. Sur le droit à la connaissance de ses origines, cf. CEDH, 13 février 2003, *Odièvre c/France*, no 42326/98. V. également Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 2014,

16 mai 2012⁸⁷, le Conseil évite plus qu'il ne tranche le débat de l'accouchement sous X, en mettant en balance la protection de la santé comme objectif constitutionnel justifiant l'anonymat, alors qu'il aurait pu tout aussi bien se référer au droit au respect de la vie privée de la mère dans la mesure où ce mode d'accouchement a pour objet de permettre à une femme de garder secrètes les conditions et circonstances dans lesquelles elle a porté un enfant, ce qui relève certainement de ce qu'il y a de plus « privé » pour une femme. Au demeurant, le Conseil utilise un vocabulaire qui paraît placer son raisonnement plus sur le terrain des arrangements pratiques que sur celui du droit. Il ne cherche pas la conciliation entre les droits de la mère et les droits de l'enfant mais « l'équilibre entre les *intérêts* de la mère de naissance et ceux de l'enfant ». Tout se passe comme si le Conseil se méfiait du droit, comme si faire appel aux grands principes risquait de rigidifier les positions sur une question « de société » sensible et évolutive ; que la mère puisse accoucher sous X et son enfant avoir, sous certaines conditions, connaissance de ses origines personnelles est, semble juger le Conseil, un accommodement raisonnable qui ne heurte pas la Constitution et qu'il serait dangereux de perturber en faisant de l'intérêt de l'enfant à avoir accès à ses origines un droit.

688 Inviolabilité du domicile. Lorsque l'inviolabilité du domicile découlait de la « liberté individuelle » au sens de l'article 66 de la Constitution, l'intervention de l'autorité judiciaire constituait une garantie essentielle. La protection de la liberté individuelle, indique la décision du 27 décembre 1990⁸⁸, « rend nécessaire l'intervention de l'autorité judiciaire lorsque peut être mise en cause l'inviolabilité du domicile de toute personne habitant le territoire de la République ». Désormais rattachées à la liberté personnelle et aux articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, les atteintes au principe d'inviolabilité du domicile ne nécessitent pas forcément l'intervention de l'autorité judiciaire dès lors que la mesure en cause ne relève de la police judiciaire⁸⁹. Le Conseil constitutionnel s'assure du respect des exigences constitutionnelles qui doivent encadrer la pénétration dans un domicile. Il tolère les atteintes légères à l'inviolabilité du domicile : dans la décision du 9 avril 2015⁹⁰, « eu égard au caractère spécifique et limité du droit de visite », le délit d'obstacle au droit de visite en matière d'urbanisme « n'est pas de nature à porter atteinte à l'inviolabilité du domicile ». Il tolère également l'absence de toute intervention juridictionnelle. Ainsi, dans la décision du 29 novembre 2013⁹¹, le Conseil estime que l'absence d'autorisation juridictionnelle préalable de la visite des navires par les agents des douanes n'est pas en elle-même contraire à la Constitution, en raison des nécessités de lutte contre la fraude en matière douanière. Pour autant, les pouvoirs de l'administration des douanes ne doivent pas s'exercer de manière arbitraire, ce qui explique en l'espèce la censure de la loi en raison de l'absence de

n° 13-21018 à propos de la consécration indirecte d'une action inédite qui concerne l'accès à des éléments identitaires, v. H. FULCHIRON, « Les actions du préteur : la Cour de cassation, l'article 8 de la Convention EDH et le droit à la reconnaissance de son ascendance génétique », *Dalloz*, 2015, p. 1070.

■ 87. CC 2012-248 QPC, 16 mai 2012, JO 17 mai 2012, p 9154.

■ 88. CC 90-281 DC, 27 décembre 1990, R. p. 91.

■ 89. CC 2003-467 DC, 13 mars 2003, R. p. 211.

■ 90. CC 2015-464 QPC, 9 avril 2015, JO 11 avril 2015, p. 6538.

■ 91. CC 2013-357 QPC, 29 novembre 2013, R. p. 1053.

garanties légales qui découle des pouvoirs importants accordés et des contrôles insuffisants. Il tolère enfin que le juge compétent pour apprécier les atteintes à l'inviolabilité du domicile soit le juge administratif, comme il l'affirme nettement dans la décision du 18 février 2016⁹² à propos des mesures de perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence.

B. L'ENJEU DE LA COMPÉTENCE JURIDICTIONNELLE

1. L'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle

689 **Liberté individuelle et unité du corps judiciaire.** De manière constante, qu'il se fonde sur l'article 64 ou l'article 66 de la Constitution, le Conseil affirme que « l'autorité judiciaire, qui assure le respect de la liberté individuelle, comprend à la fois les magistrats du siège et ceux du parquet⁹³. Cependant, le Conseil, dans sa décision du 2 février 1995⁹⁴, fait « de la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement une exigence constitutionnelle qui concourt à la sauvegarde de la liberté individuelle ». Et logiquement, par la décision du 22 avril 1997⁹⁵, il considère « qu'il résulte de l'article 66 de la Constitution que lorsqu'un magistrat du siège a, dans la plénitude des pouvoirs que lui confère cet article en tant que gardien de la liberté individuelle, décidé par une décision juridictionnelle qu'une personne doit être mise en liberté, il ne peut être fait obstacle à cette décision, fût-ce dans l'attente, le cas échéant, de celle du juge d'appel ». Il était donc permis d'attendre que, sur la base de ce considérant, le Conseil censure, en l'espèce, la disposition de la loi Debré ouvrant au procureur de la République le pouvoir, lorsqu'il fait appel de l'ordonnance mettant fin à une privation de liberté d'un étranger, de demander que son recours ait un effet suspensif. Quelles que soient, en effet, les conditions du régime de l'appel suspensif, s'il est accordé, il a pour effet de maintenir en détention une personne à qui un magistrat avait rendu la liberté parce qu'il jugeait cette détention arbitraire ; sa poursuite sera donc, par définition, arbitraire. Or, au motif que le respect de la liberté individuelle est assuré par une autorité judiciaire qui « comprend à la fois les magistrats du siège et ceux du parquet », le Conseil valide ce dispositif⁹⁶.

690 L'ambiguïté constitutive du principe de corps unique est clairement apparue lorsque, par sa décision du 2 mars 2004⁹⁷, le Conseil a validé le régime du plaider coupable qui donne au parquet le pouvoir, pour environ la moitié des infractions définies par le Code pénal, de poursuivre, d'enquêter et de proposer la peine. Sans doute, et le Conseil le relève, « si la peine est proposée par le parquet et acceptée

■ 92. CC 2016-536 QPC, 19 février 2016, JO 21 février 2016, texte n° 27.

■ 93. V. par ex., CC 93-326 DC, 11 août 1993, R. p. 217 ; CC 92-305 DC, 21 février 1992, R. p. 27 ; CC 93-336 DC, 27 janvier 1994, R. p. 51 ; CC 2002-461 DC, 29 août 2002, R. p. 204 ; CC 2003-484 DC, 20 novembre 2003, R. p. 438 ; CC 2004-492 DC, 2 mars 2004, R. p. 66.

■ 94. CC 95-360 DC, 2 février 1995, R. p. 195.

■ 95. CC 97-389 DC, 22 avril 1997, R. p. 45.

■ 96. V. également CC 2002-461 DC, 29 août 2002, R. p. 204.

■ 97. CC 2004-492 DC, 2 mars 2004, R. p. 66.9

par l'intéressé, seul le président du tribunal de grande instance – c'est-à-dire, l'autorité de jugement – peut homologuer cette proposition ». Mais, c'est précisément la nature et la portée de l'intervention du siège que le Conseil juge insatisfaisantes au regard du principe de la séparation des autorités de poursuites et des autorités de jugement. Et pourtant, il ne censure pas le régime du plaider coupable ; il préfère le valider en énonçant deux réserves, l'une qui rétablit le caractère public de l'audience d'homologation, l'autre qui invite le président du tribunal de grande instance à conduire, à cette occasion, un véritable procès. Par ces réserves, le Conseil reconnaît, implicitement, qu'au sein du corps judiciaire unique, les magistrats du siège sont « quand même » davantage que les magistrats du parquet les gardiens de la liberté individuelle.

Dans la décision du 5 août 1993⁹⁸, le Conseil avait admis que la protection de la liberté individuelle soit garantie par l'intervention non d'un magistrat du siège mais d'un magistrat du parquet, position discutable dans la mesure où ces derniers ne sont peut-être pas les mieux placés pour assurer le respect de la liberté individuelle puisqu'ils sont dans une dépendance hiérarchique à l'égard du ministre de la Justice et que leur fonction les conduit surtout à privilégier la sauvegarde de l'ordre public. En revanche, en matière de garde à vue, l'intervention d'un magistrat du siège est requise pour la prolongation de la garde à vue au-delà de quarante-huit heures, précise le Conseil dans la décision du 30 juillet 2010⁹⁹. De même, le Conseil pose une réserve dans la décision du 17 décembre 2010¹⁰⁰ afin de s'assurer de l'intervention du magistrat du siège dans le cadre de la procédure du « petit dépôt » qui autorise la rétention pendant vingt heures, dans les locaux du TGI, d'une personne dont la garde à vue a été levée en vue de son déferrement devant un magistrat de ce tribunal. Chemin faisant, le Conseil constitutionnel répond par ces décisions à la controverse inaugurée par la Cour européenne des droits de l'homme à propos du défaut d'indépendance du parquet qui l'exclurait de la notion d'autorité judiciaire indépendante¹⁰¹. Au sens constitutionnel, le parquet fait partie de l'autorité judiciaire, bien que sa compétence en matière de privation de liberté doive être restreinte au profit du siège. Ainsi, dans la décision du 6 mai 2011¹⁰², le Conseil confirme « que l'autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et du parquet » et valide la présentation devant le procureur de la République de la personne déférée, le jour même, à l'issue de la garde à vue.

691 Modalités d'intervention de l'autorité judiciaire. Le Conseil constitutionnel se veut pragmatique en matière d'intervention de l'autorité judiciaire. Il est aussi parfois excessivement compréhensif à l'égard de l'administration et de son juge. De manière générale, le législateur « peut fixer des modalités d'intervention de l'autorité judiciaire différentes selon la nature et la portée des mesures affectant la liberté individuelle qu'il entend édicter », précise le Conseil dans la décision du

■ 98. CC 93-323 DC, 5 août 1993, *R.* p. 213 ; CC 93-326 DC, 11 août 1993, *R.* p. 217.

■ 99. CC 2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010, *R.* p. 179.

■ 100. CC 2010-80 QPC, 17 décembre 2010, *R.* p. 408.

■ 101. CEDH 23 novembre 2010, *Moulin c. France*, n° 37104/06 ; CEDH 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c. France*, n° 3394/03 ; CEDH 27 juin 2013, *Vassiss et autres c. France*, n° 62736/09. V. également Cass. crim. 15 décembre 2010, n° 10-83674.

■ 102. CC 2011-125 QPC, 6 mai 2011, *R.* p. 218.

26 novembre 2010¹⁰³. En l'espèce, le Conseil a jugé que le maintien non consenti en hospitalisation psychiatrique au-delà de quinze jours imposait l'intervention d'un juge dans la mesure où cette forme de maintien est une atteinte à la liberté individuelle et que le juge judiciaire en est le gardien. Il ressort de la jurisprudence constitutionnelle que les atteintes à la liberté individuelle sont validées par le Conseil dès lors et à condition que le législateur ait prévu l'intervention, à un moment donné et si possible dans un délai rapide, d'un juge. Ainsi, dans la décision du 9 janvier 1980¹⁰⁴, le Conseil considère que ne porte pas atteinte au principe de la compétence de l'autorité judiciaire, le pouvoir donné à l'autorité administrative de placer en détention un étranger en instance de refoulement, dans la mesure où, au-delà d'un délai de 48 heures, son maintien en détention est subordonné à une décision du juge judiciaire ; en revanche, lorsque, pour les étrangers en instance d'expulsion, l'intervention du juge pour maintenir ou non la détention administrative n'est prévue qu'au-delà d'un délai de sept jours, le Conseil censure la loi, car « la liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible »¹⁰⁵.

Dans la décision des 19-20 janvier 1981¹⁰⁶, il considère que la rétention d'une personne dans un local de police pour contrôle d'identité, sans l'intervention préalable du juge judiciaire, ne porte pas atteinte au principe de compétence de l'autorité judiciaire en matière d'atteintes à la liberté individuelle, dans la mesure où la loi a soumis cette opération au respect de conditions rigoureuses – possibilité de prévenir ses proches, droit de saisir le procureur de la République, interdiction de procéder à des prises d'empreintes, limitation de la détention à six heures... C'est, en revanche, l'absence de conditions et garanties strictement définies par la loi qui conduit le Conseil à censurer les dispositions autorisant l'administration fiscale, pour lutter contre la fraude, à procéder à des perquisitions et saisies au domicile privé des contribuables¹⁰⁷ et à déclarer ces mêmes dispositions conformes à la Constitution, lorsque, un an plus tard, le législateur a organisé précisément les modalités d'intervention et de contrôle du juge judiciaire¹⁰⁸.

Certes, toute privation de liberté doit être placée sous le contrôle de l'autorité judiciaire. Cependant, « placer sous le contrôle » ne signifie pas que l'autorité judiciaire soit omniprésente, avant, pendant et à l'issue de la privation de la liberté individuelle. Ainsi, l'article 66 de la Constitution n'impose pas que l'autorité judiciaire « soit saisie préalablement à toute mesure de privation de liberté »¹⁰⁹. Le Conseil constitutionnel vérifie tout de même que l'intervention de l'autorité judiciaire s'exerce « dans le plus bref délai possible », dans la décision du 11 août 1993 en matière de garde à vue. Mais ce délai est repoussé à sept jours dans la décision du 9 juin 2011¹¹⁰ en matière de rétention des étrangers, à quinze jours dans la

■ 103. CC 2010-71 QPC, 26 novembre 2010, R. p. 343.

■ 104. CC 79-109 DC, 9 janvier 1980, R. p. 29.

■ 105. V. également CC 86-216 DC, 3 septembre 1986, R. p. 135.

■ 106. CC 81-127 DC, 19-20 janvier 1981, R. p. 15 ; CC 93-325 DC, 13 août 1993, R. p. 224.

■ 107. CC 83-164 DC, 29 décembre 1983, R. p. 67.

■ 108. CC 84-184 DC, 29 décembre 1984, R. p. 94.

■ 109. *Ibid.*

■ 110. CC 2011-631 DC, 9 juin 2011, R. p. 252.

décision du 26 novembre 2010¹¹¹ à propos de la privation de liberté des personnes atteintes de troubles mentaux hospitalisées sans leur consentement. De même, en cas d'ivresse publique et de placement en cellule de dégrisement, l'absence d'intervention de l'autorité judiciaire est tolérée dans la décision du 8 juin 2012¹¹² en raison de « la brièveté de cette privation de liberté organisée à des fins de police administrative ». Toutefois, le temps passé pendant cette privation de liberté est décompté de la durée de la garde à vue si la personne est ensuite placée sous ce régime. Par ailleurs, le pouvoir de prononcer des mesures privatives de liberté ne peut être détenu par une juridiction composée exclusivement de juges non professionnels, mais le Conseil tolère la présence minoritaire de tels juges dans ce cadre, par exemple à propos des formations correctionnelles de droit commun dans la décision du 1^{er} avril 2016¹¹³.

692 En dehors des cas de privation de liberté, le Conseil constitutionnel préserve la compétence de l'autorité judiciaire dès lors qu'il est en présence de mesures de police judiciaire : « il résulte de l'article 66 de la Constitution que la police judiciaire doit être placée sous la direction et le contrôle de l'autorité judiciaire », affirme le Conseil dans la décision du 10 mars 2011¹¹⁴. La formule est reprise et entraîne un examen attentif de la loi sur la géolocalisation dans la décision du 25 mars 2014¹¹⁵. Dès lors que le législateur prévoit des mesures de procédure pénale, des perquisitions, visites domiciliaires et saisies de nuit dans le cas de crimes et délits relevant de la criminalité et de la délinquance organisée qui viennent d'être commis, l'intervention de l'autorité judiciaire est requise¹¹⁶. De même, le Conseil constitutionnel censure une disposition prévoyant de confier aux agents de police municipale le pouvoir de procéder à des contrôles et des vérifications d'identité, dès lors que ces agents relèvent des autorités communales et pas du contrôle de l'autorité judiciaire¹¹⁷. Se pose alors la question de la frontière entre ce qui relève de la compétence du juge judiciaire et du juge administratif en matière de liberté personnelle et individuelle.

2. La répartition délicate et sensible des compétences entre les juges

693 **Police administrative et police judiciaire.** Bien que difficile à définir, la distinction entre police administrative et police judiciaire commande les interventions respectives du juge administratif et du juge judiciaire en cas d'atteinte aux libertés. L'ambivalence de la dualité de régime provient notamment du fait que les missions de police administrative comme celles relevant de la police judiciaire peuvent être

■ 111. CC 2010-71 QPC, 26 novembre 2010, *R.* p. 343.

■ 112. CC 2012-253 QPC, 8 juin 2012, *R.* p. 289.

■ 113. CC 2016-532 QPC, 1^{er} avril 2016, JO 6 avril 2016, texte n° 55.

■ 114. CC 2011-625 DC, 10 mars 2011, *R.* p. 122.

■ 115. CC 2014-693 DC, 25 mars 2014, JO 29 mars 2014 p. 6125.

■ 116. CC 2004-492 DC, 2 mars 2004, *R.* p. 66.

■ 117. CC 2011-625 DC, 10 mars 2011, *R.* p. 122.

réalisées par les mêmes agents¹¹⁸. L'approche organique, qui aurait permis de distinguer les mesures de police administrative des mesures de police judiciaire, est donc difficile à manier en raison de ce dédoublement fonctionnel. Le Conseil constitutionnel utilise dès lors un critère finaliste¹¹⁹, fondé sur l'utilisation de deux objectifs de valeur constitutionnelle, duquel découle une répartition entre les deux ordres juridictionnels : les mesures de police administrative poursuivent l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public indépendamment de la commission de toute infraction et relèvent du juge administratif ; les mesures de police judiciaire poursuivent l'objectif de valeur constitutionnelle de recherche des auteurs d'infractions, elles concernent des faits en relation avec une infraction déterminée et relèvent de l'autorité judiciaire.

Ainsi, les mesures de police administrative, susceptibles d'affecter les droits et libertés, « doivent être justifiées par la nécessité de sauvegarder l'ordre public et proportionnées à cet objectif »¹²⁰ de sauvegarde de l'ordre public. Il revient à l'autorité administrative, sous le contrôle du juge administratif, de définir objectivement et précisément les personnes ou catégories de personnes faisant l'objet des mesures de restriction de déplacement¹²¹.

694 Sur le lien entre police judiciaire et recherche de auteurs d'infractions, dès la décision du 18 janvier 1995¹²², le Conseil relève que les opérations de fouille de véhicules visant à découvrir et saisir des armes, « dans la mesure où elles comportent le constat d'infractions et entraînent la poursuite de leurs auteurs, relèvent de la police judiciaire ». De même, dans la décision du 2 mars 2004¹²³, le Conseil constitutionnel constate que le législateur a fait du juge des libertés et de la détention l'autorité compétente pour autoriser les perquisitions de nuit ainsi que les visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction ; de plus, les opérations concernées « ne peuvent, à peine de nullité, laquelle revêt un caractère d'ordre public, avoir un autre objet que la recherche et la constatation des infractions visées ».

695 Or, si les mesures de police judiciaire relèvent obligatoirement du contrôle de l'autorité judiciaire, l'absence de ce contrôle en matière de police administrative est tolérée par le Conseil constitutionnel. Conséquence prévisible et mécanique, la plupart des législations sécuritaires de ces dernières années évitent le contrôle de l'autorité judiciaire en créant un mécanisme de police administrative qui, *in fine*, reviendra à l'appréciation du juge administratif. Globalement laxiste en la matière, le Conseil constitutionnel avalise ces évolutions, à l'image du raisonnement tenu dans la décision du 19 janvier 2006¹²⁴ : sans que l'on sache réellement l'ordre réel de priorité des arguments, le Conseil constate tout d'abord que « les réquisitions de données permises par les nouvelles dispositions constituent des mesures de police

■ 118. M.-A. GRANGER, *Constitution et sécurité intérieure. Essai de modélisation juridique*, LGDJ, 2011, p. 80.

■ 119. *Ibidem*.

■ 120. CC 2010-13 QPC, 9 juillet 2010, R. p. 139.

■ 121. CC 2011-625 DC, 10 mars 2011, R. p. 122.

■ 122. CC 94-352 DC, 18 janvier 1995, R. p. 170.

■ 123. CC 2004-492 DC, 2 mars 2004, R. p. 66.

■ 124. CC 2005-532 DC, 19 janvier 2006, R. p. 31.

purement administrative », ensuite « qu'elles ne sont pas placées sous la direction ou la surveillance de l'autorité judiciaire, mais relèvent de la seule responsabilité du pouvoir exécutif » et en conclusion – qui aurait pu tout aussi bien être la prémisse – « qu'elles ne peuvent donc avoir d'autre finalité que de préserver l'ordre public et de prévenir les infractions ».

De même, dans la décision du 23 juillet 2015¹²⁵ relative à la loi sur le renseignement, le Conseil constitutionnel considère, pour chacune des techniques de renseignement, qu'en amont l'avis de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement préalable à la délivrance par le Premier ministre de l'autorisation de recourir à telle ou telle technique de renseignement, et en aval la possibilité de contester la mise en œuvre de ces techniques devant le Conseil d'État, offrent les garanties propres à assurer que les autorisations données ne porteront aux principes constitutionnels que des atteintes proportionnées à l'objectif poursuivi par la loi. Simple, logique et attendu. Et pourtant, dans cette justification se lit la protection des prérogatives de l'État par le Conseil constitutionnel. Il est nul besoin d'avoir l'œil d'un persan pour observer que juger qu'une *autorisation administrative* ne risque pas de porter atteinte aux libertés individuelles parce qu'elle est délivrée après avis consultatif d'une *autorité administrative* présidée par un conseiller d'État et peut être contrôlée par un *juge administratif* est adhérer à une éthique de jugement plus favorable à la liberté de l'État qu'à celle des individus. La validation par le Conseil de l'exclusion de principe du juge judiciaire du nouveau cadre légal du renseignement marque son souci de protéger l'entre soi étatique. Car l'autorité gardienne de la liberté individuelle est, selon l'article 66 de la Constitution, le juge judiciaire ; et que les mesures de renseignement relèvent de la police administrative n'altère en rien cette donnée constitutionnelle ; elles la renforcent au contraire dans la mesure où plus la liberté individuelle est menacée – et elle l'est évidemment par les activités de renseignement – plus le juge judiciaire doit être compétent. D'autant qu'en matière de renseignement la distinction entre police administrative chargée de la prévention des infractions et police judiciaire chargée de la recherche et de la répression de leurs auteurs est, de l'avis même des professionnels, particulièrement illusoire. En validant le « tout administratif » le Conseil a marqué sa préférence. Et en connaissance de cause puisque nombreux ont été ceux qui lui ont fait savoir leur préoccupation devant une loi qui octroie, selon les mots prononcés par le Comité des droits de l'homme des Nations unies quelques jours avant la décision du Conseil, « des pouvoirs excessivement larges de surveillance très intrusive aux services de renseignement sur la base d'objectifs vastes et peu définis, sans autorisation préalable d'un juge et sans mécanisme de contrôle adéquat et indépendant »¹²⁶.

696 Guerre des juges. L'auditoire d'une jurisprudence est parfois plus large qu'attendu. Or, à propos de la liberté individuelle, la jurisprudence du Conseil constitutionnel a provoqué une onde de choc institutionnelle qui s'est propagée peu à peu. Le recentrage de la liberté individuelle et l'appauvrissement de la sphère de compétence judiciaire se sont lentement mais inexorablement ancrés dans le système

■ 125. CC 2015-713 DC, 23 juillet 2015, JO 26 juillet 2015, p. 12751.

■ 126. Comité des droits de l'homme, Cinquième rapport périodique, CCPR/C/FRA/5.

juridique français. Le Tribunal des conflits s'est permis de restreindre la théorie de la voie de fait¹²⁷, et d'abandonner celle de l'emprise irrégulière en restreignant la compétence judiciaire à partir d'une lecture du droit de propriété empruntée au Conseil constitutionnel¹²⁸, rejoignant ainsi les signes de défiance à l'égard de l'autorité judiciaire. Défiance assumée au grand jour dans la loi relative au renseignement du 24 juillet 2015 et lors de la réforme de l'état d'urgence dans la loi du 20 novembre 2015. Parlement, Conseil constitutionnel, Tribunal des conflits semblent donc se rejoindre pour contester la fonction de l'autorité judiciaire dans la garantie des libertés. Or, la fonction de gardien des libertés nourrit la légitimité et l'attractivité de tout juge. Face à ce contexte alarmant pour l'autorité judiciaire, son premier Président Bertrand Louvel a choisi l'offensive. D'abord par une communication inédite par son intensité et la lourdeur de la charge. Entretien dans une revue juridique¹²⁹, communiqués divers repris dans la presse¹³⁰, discours de rentrée solennelle¹³¹, déclaration commune avec les premiers présidents des cours d'appel¹³², entretien dans la presse nationale¹³³, organisation d'un colloque au Parlement¹³⁴ : le tout en défense des mêmes thèses sur la nécessaire introspection de l'autorité judiciaire, la remise en cause des choix opérés jusqu'alors en matière de liberté individuelle, la critique du défaut d'indépendance de la juridiction administrative et même la prospective – provocatrice – d'une fusion des ordres juridictionnels ! La juridiction administrative a répondu, anonymement¹³⁵, institutionnellement¹³⁶, puis par l'intermédiaire de son vice-président Jean-Marc Sauvé¹³⁷. Au-delà d'une communication menée au rythme intenable de l'ère numérique, la concrétisation du contrôle de proportionnalité devant la Cour de cassation, tout spécialement dans le cadre du contrôle de conventionnalité des lois, constitue à

■ 127. TC 17 juin 2013, *Bergoend c/ERDF Annecy Léman*, P. DELVOLVÉ, « Voie de fait : limitation et fondements », *RFDA*, 2013, p. 1041 ; X. DOMINO et A. BRETONNEAU, « La voie de fait mise au régime sec », *AJDA* 2013, p. 1568.

■ 128. TC 9 déc. 2013, *M. et Mme Panizzon c/Commune de Saint-Palais-sur-Mer*, P. DELVOLVÉ, « De la voie de fait à l'emprise : nouvelle réduction de la compétence judiciaire », *RFDA*, 2014, p. 61.

■ 129. B. LOUVEL, « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 43, 19 octobre 2015, 1122.

■ 130. « Le premier Président de la Cour de cassation s'inquiète du pouvoir croissant du Conseil d'État », *Le Monde*, 21 décembre 2015.

■ 131. Allocution du Premier président de la Cour de cassation, lors de l'Audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, 14 janvier 2016 (www.courdecassation.fr). V. également « Lois antiterroristes : le cri d'alarme des juges », *Le Monde*, 15 janvier 2016.

■ 132. Réunion des premiers présidents des cours d'appel – délibération commune du Premier président de la Cour de cassation et des premiers présidents des cours d'appel, 1^{er} février 2016, disponible sur www.courdecassation.fr

■ 133. B. LOUVEL, *Le Monde*, 23 mai 2016 : « Le constituant de 1958 avait bien posé les choses, en affirmant qu'il fallait un juge indépendant pour garantir les libertés. Le juge judiciaire a un statut constitutionnel, pas le juge administratif. »

■ 134. « La place de l'autorité judiciaire dans les institutions », Assemblée nationale et Sénat, 25 et 26 mai 2016.

■ 135. Juvénal, « Le Conseil d'État, défenseur du juge judiciaire ? », *AJDA*, 2016, p. 65.

■ 136. Mesures prises au titre de l'État d'urgence, 19 janvier 2016 ; Communiqué du Conseil d'Etat sur les assignations à résidence, 22 janvier 2016, disponibles sur www.conseil-etat.fr

■ 137. « Etat d'urgence : face aux critiques des juges, le Conseil d'État défend son rôle », *Le Monde*, 19 janvier 2016.

n'en pas douter un redéploiement stratégique qui intéresse et interroge l'office du Conseil constitutionnel. La tension n'est pour l'instant pas retombée, de beaux et âpres débats s'annoncent sur la légitimité respective du juge judiciaire et du juge administratif. Par sa jurisprudence relative à la liberté individuelle, le Conseil constitutionnel est l'initiateur de ce débat, tôt ou tard il en sera l'arbitre et le choix d'un rééquilibrage au profit de l'autorité judiciaire semble souhaitable.

§ 3. L'ENCADREMENT DE LA MATIÈRE PÉNALE ET PUNITIVE

697

En vertu de l'article 8 de la Déclaration de 1789 « la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ». Sur le fondement de cette pierre angulaire du droit pénal, le Conseil constitutionnel a construit une jurisprudence ambitieuse dans ses intentions. En choisissant d'étendre l'applicabilité de l'article 8 à toute sanction ayant le caractère de punition, et pas seulement au droit pénal au sens strict, le Conseil constitutionnel adopte une approche transversale qui transcende les différentes branches du droit (A). Cependant, dans la mise en œuvre des principes substantiels qui découlent de l'article 8, le Conseil module son contrôle tout en enrichissant de manière continue le sens des principes de 1789 (B).

A. LA PORTÉE TRANSVERSALE DES PRINCIPES CLASSIQUES DU DROIT PÉNAL

698

La notion de « peine et sanction ayant le caractère de punition » peut être qualifiée d'« autonome », c'est-à-dire au sens de la jurisprudence du Conseil constitutionnel (1), ce qui ne dissipe pas toutes les incertitudes (2).

1. La notion autonome de peine et de sanction ayant le caractère de punition

699

L'article 8 de la Déclaration de 1789 est bien évidemment applicable en droit pénal, au sens strict, en présence de normes relatives aux peines, aux sanctions ayant le caractère de punition prononcées par le juge pénal, ce qui exclut les mesures de police et de sûreté. En outre, les normes relatives à l'exécution des peines relèvent de l'article 8, sous réserve du respect que la mesure soit prononcée par une juridiction de jugement et soit liée à l'appréciation de la culpabilité. C'est le cas pour la période de sûreté dans la décision du 3 septembre 1986¹³⁸, à l'inverse des mesures de surveillance judiciaire comme le placement sous surveillance électronique dans la décision du 8 décembre 2005¹³⁹. De même, les incapacités attachées aux peines relèvent de l'article 8, à l'image de la peine automatique d'inéligibilité

■ 138. CC 86-215 DC, 3 septembre 1986, *R.* p. 130.

■ 139. CC 2005-527 DC, 8 décembre 2005, *R.* p. 153.

prévue par l'ancien article L. 7 du Code électoral dans la décision du 11 juin 2010¹⁴⁰.

700 Le caractère autonome de la notion de sanction punitive a permis au Conseil constitutionnel d'étendre le champ des principes classiques du droit pénal. Défiant le dogme du formalisme et des frontières académiques, le Conseil constitutionnel ne connaît ni code ni matières, pas plus qu'il ne se fie à la nature de l'organe habilité à prononcer une sanction. Quel que soit l'objet de la loi, le Conseil constitutionnel se fonde seulement sur la présence d'une peine ou d'une sanction ayant le caractère de punition pour décider de l'applicabilité de l'article 8 de la Déclaration de 1789. Si la notion de « peine » renvoie au droit pénal au sens strict, celle de « sanction ayant le caractère de punition » inclut le droit pénal mais également toutes les branches du droit. Parmi une jurisprudence abondante, ont été reconnues comme relevant du champ de l'article 8 les amendes ou pénalités fiscales, comme une majoration de droits de 80 % en cas de découverte d'activité occulte¹⁴¹ ou l'amende pour contribution à l'obtention, par un tiers, d'un avantage fiscal indu¹⁴² ; les sanctions administratives quel que soit le domaine, même en matière de retrait d'indemnité versée en cas d'abattage d'animaux malades dans la décision du 20 juillet 2012¹⁴³ ; en droit des étrangers, la déchéance de nationalité d'une personne condamnée pour des actes de terrorisme est également une sanction punitive, précise le Conseil constitutionnel le 23 janvier 2015¹⁴⁴. Dans la décision du 28 mars 2014¹⁴⁵, le Conseil constitutionnel affirme solennellement que les principes de l'article 8 ne concernent pas seulement les peines prononcées par les juridictions pénales mais s'étendent à toute sanction ayant le caractère d'une punition et « que tel est le cas des peines disciplinaires ».

En outre, pour parvenir à la qualification de peine ou sanction punitive, le Conseil constitutionnel ne dogmatise pas la nature juridique de l'auteur de la sanction. Sauf en matière de peine et d'exécution de peine qui relève d'une juridiction de jugement, des sanctions punitives peuvent par exemple être prononcées par des autorités administratives indépendantes¹⁴⁶, par le Président du Conseil général à propos de la suspension de certaines prestations familiales en cas de carence parentale¹⁴⁷ ou par une juridiction civile ou commerciale¹⁴⁸.

701 En revanche, ne relèvent pas de la notion autonome de peines ou sanctions punitives, par exemple, des majorations de droit et intérêts de retard en matière fiscale dont la vocation est de réparer le préjudice de l'État¹⁴⁹, les mesures

■ 140. CC 2010-6/7 QPC, 11 juin 2010, R. p. 111.

■ 141. CC 2010-104 QPC, 17 mars 2011, JO 18 mars 2011, p. 4935.

■ 142. CC 2014-418 QPC, 8 octobre 2014, JO 10 octobre 2014, p. 16484.

■ 143. CC 2012-266 QPC, 20 juillet 2012, R. p. 390.

■ 144. CC 2014-439 QPC, 23 janvier 2015, JO 25 janvier 2015, p. 1150.

■ 145. CC 2014-385 QPC, 28 mars 2014, JO 30 mars 2014, p. 6202. V. également CC 2011-199 QPC, 25 novembre 2011, R. p. 555 à propos des sanctions disciplinaires applicables aux vétérinaires.

■ 146. CC 88-248 DC, 17 janvier 1989, R. p. 18.

■ 147. CC 2006-535 DC, 30 mars 2006, R. p. 50.

■ 148. CC 2010-85 QPC, 13 janvier 2011, R. p. 63. ; CC 2014-692 DC, 27 mars 2014, JO 1^{er} avril 2014, p. 6232.

■ 149. CC 82-155 DC, 30 décembre 1982, R. p. 88 ; CC 2012-239 QPC, 4 mai 2012, R. p. 230.

conservatoires régies par le code des douanes¹⁵⁰, les mesures de police ou de sûreté comme les décisions d'expulsion¹⁵¹, les mesures de prévention pénale à l'image de la décision du 2 mars 2004¹⁵² à propos de l'inscription de l'identité d'une personne dans le fichier judiciaire national automatisé des auteurs des infractions sexuelles. De même, le versement d'une indemnité forfaitaire égale à six mois de salaire en cas de licenciement d'un salarié dont le travail a été dissimulé n'est pas une sanction punitive¹⁵³, pas plus que ne l'est l'obligation de s'acquitter du prix de l'abonnement en cas de suspension de l'accès à internet à la suite d'une violation de la loi Hadopi 2¹⁵⁴.

702 Régime applicable en dehors de l'article 8. Lorsqu'une mesure se situe en dehors du champ d'application de l'article 8 de la Déclaration de 1789, le législateur n'est pas pour autant dans une zone arbitraire. Le Conseil constitutionnel exerce sur ce type de mesure un contrôle de constitutionnalité fondé principalement sur l'article 9 de la Déclaration de 1789 qui garantit la présomption d'innocence et interdit lors d'une arrestation « toute rigueur qui ne serait pas nécessaire ». Ainsi, le contrôle de la « rigueur nécessaire » s'exerce sur une série de mesures qui ne constituent pas une peine ou une sanction punitive, comme la garde à vue, la détention provisoire, la rétention administrative ou judiciaire, les actes d'enquête et d'instruction¹⁵⁵, le placement sous surveillance électronique¹⁵⁶, l'inscription de l'identité d'une personne dans le fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles¹⁵⁷. Enfin, lorsqu'une mesure ne relevant pas de l'article 8 conduit une personne à être privée de liberté, le Conseil constitutionnel rehausse l'intensité de son contrôle et exerce un triple test de proportionnalité en vertu duquel les atteintes portées à la liberté individuelle doivent être « adaptées, nécessaires et proportionnées aux objectifs poursuivis »¹⁵⁸.

2. La notion incertaine de peine et sanction ayant le caractère de punition

703 Le bénéfice de l'article 8 de la Déclaration de 1789 étant soumis à l'identification d'une peine ou d'une sanction punitive, le Conseil constitutionnel doit déterminer pour chaque mesure concernée le caractère punitif. Vaste controverse tant la frontière entre la prévention et la punition est parfois mince. Au sein d'une même disposition, il arrive au Conseil constitutionnel de distinguer les simples mesures de compensation d'un préjudice subi et les mesures à caractère punitif¹⁵⁹. Signe de la

■ 150. CC 90-286 DC, 28 décembre 1990, R. p. 107.

■ 151. CC 93-325 DC, 13 août 1993, R. p. 224.

■ 152. CC 2004-492 DC, 2 mars 2004, R. p. 66.

■ 153. CC 2011-111 QPC, 25 mars 2011, R. p. 163.

■ 154. CC 2009-590 DC, 22 octobre 2009, R. p. 179.

■ 155. CC 2003-467 DC, 13 mars 2003, R. p. 211.

■ 156. CC 2002-461 DC, 29 août 2002, R. p. 204 ; CC 2005-527 DC, 8 décembre 2005, R. p. 153.

■ 157. CC 2004-492 DC, 2 mars 2004, R. p. 66.

■ 158. CC 2008-562 DC, 21 février 2008, R. p. 89 ; V *supra*, n° 331.

■ 159. CC 2012-225 QPC, 30 mars 2012, R. p. 172 à propos du paiement de la redevance pour création de locaux à usage de bureaux dans la région Île-de-France.

subtile dichotomie entre caractère punitif et non punitif, le Conseil retient l'application de l'article 8 à propos de la notion d'inceste en tant que « qualification pénale particulière pour désigner les agissements sexuels incestueux »¹⁶⁰, alors qu'elle est dénuée de toute conséquence pénale sur le quantum de la peine. Le Conseil avoue la difficulté de l'exercice de qualification juridique dans la décision du 8 avril 2011¹⁶¹ dans laquelle il refuse de trancher la nature de la sanction applicable en matière de violation des règles de financement des campagnes électorales. De même, le rejet, dans la décision du 11 juillet 2014¹⁶², de la qualification de sanction punitive à propos du retrait de crédit de réduction de peine en cas de mauvaise conduite du condamné en détention n'était pas évident.

704 Inévitable, la critique n'a pu être esquivée, notamment lorsque le Conseil exclut du champ de l'article 8 les mesures de contrainte découlant d'une inscription au fichier judiciaire des auteurs d'infraction sexuelles ou décidées dans le cadre d'une surveillance judiciaire. L'enjeu est de taille puisqu'en sortant ces mesures de l'article 8, elles sont seulement soumises au contrôle de la rigueur nécessaire tout en pouvant, par exemple, rétroagir et ne pas être individualisées. La jurisprudence relative aux interdictions d'accès à certaines professions conduit à de subtiles distinctions qui interrogent la distinction entre la fonction punitive et la fonction préventive. L'incapacité et l'interdiction d'exploiter un débit de boissons applicables de plein droit suite à une condamnation pour crime ou pour certains délits dans la décision du 20 mai 2011¹⁶³, la déchéance de plein droit des juges consulaires dans la décision du 1^{er} avril 2011¹⁶⁴ ou le licenciement des assistantes maternelles pour défaut d'agrément dans la décision du 1^{er} avril 2011¹⁶⁵ sont ainsi exclus du champ de l'article 8.

Aucune décision n'a été autant controversée que celle relative à la rétention de sûreté du 21 février 2008¹⁶⁶ en ce qu'elle ouvre la voie à une autre philosophie pénale que celle issue de l'humanisme des Lumières. Le Conseil valide, en effet, la possibilité de retenir enfermée une personne ayant terminé l'exécution de sa peine de prison mais qu'une juridiction *ad hoc* aura « jugée », après avis des experts, toujours dangereuse pour la société avec une « probabilité très élevée de récidive ». La rétention de sûreté découle de la particulière dangerosité, et non de la culpabilité de la personne, elle est mise en œuvre après l'accomplissement de la peine par le condamné et a pour but d'empêcher et de prévenir la récidive, insiste le Conseil. Par conséquent, « la rétention de sûreté n'est ni une peine, ni une sanction ayant le caractère d'une punition ». Ou comment, par la magie de la qualification juridique, une mesure d'enfermement potentiellement renouvelable plusieurs années n'est pas une « punition » au sens de l'article 8. Une telle euphémisation juridique est inquiétante, c'est peu dire, en termes de valeurs. C'est certainement la raison pour laquelle le Conseil censure tout de même la rétroactivité du

■ 160. CC 2011-163 QPC, 16 septembre 2011, *R.* p. 446.

■ 161. CC 2011-117 QPC, 8 avril 2011, *R.* p. 186.

■ 162. CC 2014-408 QPC, 11 juillet 2014, JO 13 juillet 2014, p. 11815.

■ 163. CC 2011-132 QPC, 20 mai 2011, *R.* p. 246.

■ 164. CC 2011-114 QPC, 1^{er} avril 2011, *R.* p. 178.

■ 165. CC 2011-119 QPC, 1^{er} avril 2011, *R.* p. 180.

■ 166. CC 2008-562 DC, 21 février 2008, JO 26 février 2008, p. 3272.

mécanisme. Sur le plan juridique, la solution n'est pas non plus cohérente, comme d'ailleurs la Cour européenne des droits de l'homme l'a implicitement reconnu en qualifiant la rétention de sûreté prévue en droit allemand de peine et en condamnant l'Allemagne pour violation de l'article 5§1 de la Convention¹⁶⁷.

B. | LA PORTÉE MODULÉE DES PRINCIPES SUBSTANTIELS

705 De l'article 8 de la Déclaration de 1789 découle plusieurs exigences constitutionnelles connexes qui peuvent être rangées parmi la légalité des délits et de peines d'une part (A) et les principes de nécessité et de proportionnalité d'autre part (B).

1. | La légalité des délits et des peines

a) *Le principe de clarté et de précision*

706 Depuis la décision du 20 janvier 1981¹⁶⁸, le Conseil constitutionnel fait découler de l'article 8 de la Déclaration de 1789 le principe de clarté et de précision qui implique « la nécessité pour le législateur de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire ». Rattaché également à l'article 34 de la Constitution, ce principe oblige le législateur à « fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis », non seulement pour exclure l'arbitraire dans le prononcé des peines, « mais encore pour éviter une rigueur non nécessaire lors de la recherche des auteurs d'infractions »¹⁶⁹. Le principe de clarté et de précision, évidemment invocable en QPC, s'applique aux peines ainsi qu'à toute sanction ayant le caractère de punition.

707 **Prise en compte du contexte textuel.** Derrière l'affirmation péremptoire du contenu du principe et de son champ d'application, le Conseil constitutionnel fait en pratique preuve de réalisme juridique, ou d'une souplesse excessive pour certains, en prenant en compte l'environnement juridique de la disposition contrôlée pour en éclairer son sens et ainsi contrôler le respect de l'article 8. Dès la décision du 10 novembre 1982, à propos de la violation des obligations d'une convention collective, le Conseil affirme que la Constitution « n'interdit [pas] au législateur d'ériger en infractions le manquement à des obligations qui ne résultent pas directement de la loi elle-même », pourvu que la loi n'aboutisse pas à « altérer l'unité de la définition légale des infractions »¹⁷⁰.

Le Conseil constitutionnel peut également détourner le regard vers le droit international et européen pour éclairer le sens d'une notion employée dans la loi soumise à son contrôle. Face aux imprécisions de la notion de « bande organisée », le Conseil puise dans la convention des Nations unies contre la criminalité

■ 167. CEDH 17 décembre 2009, *M. c. Allemagne*, n° 19359/04 ; CEDH 24 novembre 2011, *O.H. c. Allemagne*, n° 4646/08.

■ 168. CC 80-127 DC, 20 janvier 1981, *R.* p. 15.

■ 169. CC 2010-604 DC, 25 février 2010, *R.* p. 70.

■ 170. CC 82-145 DC, 10 novembre 1982, *R.* p. 64.

transnationale organisée une définition expressément reprise dans la décision du 2 mars 2004¹⁷¹. Le renvoi aux précisions des directives et traités européens est voué à s'intensifier dans le contentieux QPC, comme l'illustre la décision du 13 janvier 2011¹⁷² à propos du « déséquilibre significatif » en droit commercial dont le sens est éclairé par une référence à une directive de 1993.

708 **Intégration de la norme prétorienne.** Rompant avec la conception classique du principe de légalité selon laquelle seule la volonté légitime du législateur doit déterminer les contours de la peine ou de la sanction punitive, le Conseil constitutionnel redéfinit le concept même de « loi » pénale ou punitive en intégrant la jurisprudence en tant qu'élément supplétif du respect du principe de légalité.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel peut ponctuellement pallier une lacune textuelle grâce à la technique des réserves d'interprétation. Ainsi, dans le cadre du contrôle *a priori*, plusieurs réserves d'interprétation ont été émises à propos du délit de harcèlement moral dans la décision du 12 janvier 2002¹⁷³, d'outrage aux emblèmes nationaux dans la décision du 13 mars 2003¹⁷⁴, ou de l'exonération de responsabilité pénale aux fins « de recherche » en droit de la propriété intellectuelle dans la décision du 27 juillet 2006¹⁷⁵. L'exigence d'un élément moral de l'infraction est également applicable de plein droit et reprise dans le dispositif en tant que réserve d'interprétation¹⁷⁶, bien que cette pratique ne soit pas constante¹⁷⁷. En QPC, le Conseil constitutionnel n'a pour l'instant pas prononcé de réserves sur le fondement du principe de clarté et de précision. Certainement en raison des conséquences qui en résulteraient sur la rétroactivité ou non-rétroactivité de l'application de la norme pénale ou punitive ainsi produite. Certes, le Conseil peut moduler dans le temps les effets d'une réserve mais, outre la rareté de cet usage¹⁷⁸, l'écriture ou la réécriture d'un texte d'incrimination pénale est maniée avec précaution au regard du risque d'accusation de gouvernement des juges.

Plus fréquemment, la jurisprudence des juges judiciaire et administratif est intégrée à l'appréciation du respect de l'article 8, favorisant l'émergence d'un principe de clarté et de précision de la « norme » punitive et non plus de la « loi » pénale ou punitive. Devant le Conseil constitutionnel, la « jurisprudence constante du Conseil d'État » est expressément citée dans la décision du 13 janvier 2012¹⁷⁹ pour valider les modalités de la révocation des fonctions de maires. Dans la décision du 27 septembre 2012¹⁸⁰, la conformité à la Constitution de la loi permettant l'organisation de corrida en présence d'une « tradition locale ininterrompue » est retenue en

■ 171. CC 2004-492 DC, 2 mars 2004, R. p. 66.

■ 172. CC 2010-85 QPC, 13 janvier 2011, R. p. 63.

■ 173. CC 2001-455 DC, 12 janvier 2002, R. p. 49.

■ 174. CC 2003-467 DC, 13 mars 2003, R. p. 211.

■ 175. CC 2006-540 DC, 27 juillet 2006, R. p. 88.

■ 176. CC 99-411 DC, 16 juin 1999, R. p. 75 ; CC 2003-467 DC, 13 mars 2003, *op. cit.*

■ 177. CC 2003-484 DC, 20 novembre 2003, R. p. 438 ; pour un ex. récent, v. CC 2012-242 QPC, 14 mai 2012, R. p. 259.

■ 178. CC 2010-62 QPC, 17 décembre 2010, R. p. 400.

■ 179. CC 2011-210 QPC, 13 janvier 2012, R. p. 78. A. ROBLOT-TROIZIER, G. TUSSEAU, « Chronique de Jurisprudence – Droit administratif et droit constitutionnel », *RFDA*, 2012 p. 528.

■ 180. CC 2012-271 QPC, 27 septembre 2012, R. p. 483.

raison, selon le Conseil, des précisions apportées par la jurisprudence en dépit de certaines contradictions. Outre les critiques qui lui sont adressées par la doctrine pénaliste¹⁸¹, le dommage collatéral pour le Conseil constitutionnel est de justifier par avance le non-renvoi de QPC par le juge du filtrage au nom de la préservation de son office d'interprète de la loi pénale ou punitive¹⁸².

709 Méconnaissance du principe. Lorsque l'éclairage du contexte législatif, international, européen et jurisprudentiel sur le sens de loi pénale ou punitive n'est pas suffisant, le Conseil constitutionnel constate la violation du principe de clarté et de précision de la loi pénale ou punitive qui découle des articles 8 de la Déclaration de 1789 et de l'article 34 de la Constitution.

Dans le contrôle *a priori*, la décision du 18 janvier 1985¹⁸³ censure une disposition qui instituait, en matière de faillite, un délit de malversation du syndic, au motif que la loi n'avait pas déterminé les éléments constitutifs du délit et, par conséquent, n'avait pas défini l'infraction. Le Conseil censure également l'imprécision de la « vocation humanitaire » qui permettait de bénéficier d'une immunité pénale en matière de droit des étrangers dans la décision du 5 mai 1998¹⁸⁴. Dans la décision du 27 juillet 2006¹⁸⁵, plusieurs notions floues conditionnant le champ d'application de la loi pénale, comme « l'interopérabilité » et « le travail collaboratif », sont jugées contraires au principe de légalité. Examinant le nouveau régime d'autorisation de l'activité privée d'intelligence économique, dont la méconnaissance pouvait être punie de peines d'amende et d'emprisonnement, le Conseil constitutionnel estime le 15 mars 2011¹⁸⁶ que « l'imprécision tant de la définition des activités susceptibles de ressortir à l'intelligence économique que de l'objectif justifiant l'atteinte à la liberté d'entreprendre méconnaît le principe de légalité des délits et des peines ». Lors de l'examen de la loi relative à la transparence de la vie publique, dont l'une des dispositions imposait de renseigner dans la déclaration d'intérêts et d'activités les « autres liens susceptibles de faire naître un conflit d'intérêts », sous peine de sanction, le Conseil constitutionnel constate le 9 octobre 2013¹⁸⁷ que le législateur a agi « sans donner d'indication sur la nature de ces liens et les relations entretenues par le déclarant avec d'autres personnes qu'il conviendrait d'y mentionner ». Faute d'avoir suffisamment défini les éléments constitutifs de l'infraction, la violation du principe de légalité des délits et des peines est prononcée.

■ 181. B. DE LAMY, « Le principe de la légalité criminelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 26, 2009 ; E. DREYER, « Le Conseil constitutionnel et la « matière » pénale. La QPC et les attentes déçues... », *JCP*, G, n° 37, 12 septembre 2011, 976 ;

■ 182. V. C. CLAVERIE-ROUSSET, « La légalité criminelle », *Droit pénal*, 2011, n° 9, étude 16 ; W. JEANDIDIER, *Principe de légalité criminelle*, *JurisClasseur Pénal*, Fasc. 10, 2011 ; B. DE LAMY, « La conception constitutionnelle de la légalité pénale et les aléas de la jurisprudence de la chambre criminelle », *RSC*, 2012, p. 21 ; *Chroniques de droit pénal et de procédure pénale aux Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel* par V. PELTIER et E. BONIS-GARÇON.

■ 183. CC 84-183 DC, 18 janvier 1985, R. p. 32.

■ 184. CC 98-399 DC, 5 mai 1998, R. p. 245.

■ 185. CC 2006-540 DC, 27 juillet 2006, R. p. 88.

■ 186. CC 2011-625 DC, 10 mars 2011, JO 15 mars 2011, p. 4630.

■ 187. CC 2013-676 DC, 9 octobre 2013, R. p. 972.

En QPC, lorsque le Conseil constitutionnel est saisi, ce qui n'est pas toujours le cas de la part de la chambre criminelle de la Cour de cassation, il n'hésite pas à abroger une disposition punitive pour défaut de clarté et de précision. La seule existence d'une interprétation de la disposition contestée ne permet pas de sauver la loi, en revanche la motivation des cas d'abrogation par le Conseil constitutionnel fait preuve de diplomatie en s'abstenant d'évoquer la jurisprudence judiciaire ou administrative émise sur le texte abrogé. Dans la décision du 16 septembre 2011¹⁸⁸, la qualification pénale particulière du caractère « incestueux » de certains crimes ou délits est déclarée inconstitutionnelle. L'abrogation immédiate du délit de harcèlement sexuel le 4 mai 2012¹⁸⁹ a évidemment suscité de nombreuses réactions. Sur le fond, le Conseil estime qu'en définissant le harcèlement comme le fait de harceler, le législateur commet une tautologie et n'a pas suffisamment défini les éléments constitutifs de l'infraction. Quant au choix d'abroger immédiatement, il résulte de l'effet possible des décisions du Conseil constitutionnel et constitue semble-t-il la moins mauvaise des solutions : l'abrogation différée aurait laissé perdurer une incrimination pénale jugée arbitraire dans sa définition, une réserve d'interprétation aurait conduit le Conseil à définir l'intégralité ou presque des éléments constitutifs d'une incrimination pénale sans compter les difficultés nées de l'application rétroactive ou non-rétroactive de la norme qui aurait découlé d'une réserve d'interprétation.

710 **Contrôle modulé en dehors du droit pénal.** Bien que le principe de légalité soit applicable à toute sanction ayant le caractère de punition, le Conseil constitutionnel est globalement compréhensif à l'égard des textes intervenant en dehors du droit pénal. Le principe de clarté et de précision de la loi punitive est ainsi redéfini en matière disciplinaire et administrative, le Conseil estimant que « l'exigence d'une définition des manquements sanctionnés » se trouve satisfaite « dès lors que les textes applicables font référence aux obligations auxquelles les intéressés sont soumis en raison de l'activité qu'ils exercent, de la profession à laquelle ils appartiennent ou de l'institution dont ils relèvent »¹⁹⁰. Par ailleurs, toujours en dehors du droit pénal au sens strict, le Conseil constitutionnel module l'intensité de son contrôle de la clarté et la précision d'une sanction punitive en présence de la nature exclusivement pécuniaire de la sanction qui permet de compenser les imprécisions normatives de faible ampleur. De même, le Conseil est plutôt laxiste lorsque l'objectif de la loi est de prévenir et de réprimer des pratiques complexes, à l'instar de la décision du 13 janvier 2011¹⁹¹ à propos de la notion de déséquilibre significatif dans les relations commerciales.

Sur le fondement du principe de légalité, le Conseil garantit le principe de personnalité des peines selon lequel nul n'est punissable que de son propre fait¹⁹². Cependant, dans la décision du 18 mai 2016¹⁹³, ce principe classique est redéfini

■ 188. CC 2011-163 QPC, 16 septembre 2011, *R.* p. 446.

■ 189. CC 2012-240 QPC, 4 mai 2012, *R.* p. 233. Sur les suites législatives de la décision, cf. loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel.

■ 190. CC 2011-199 QPC, 25 novembre 2011, *R.* p. 555 ; CC 2012-266 QPC, 20 juillet 2012, *R.* p. 390.

■ 191. CC 2010-85 QPC, 13 janvier 2011, *R.* p. 63.

■ 192. CC 99-411 DC, 16 juin 1999, *R.* p. 75.

■ 193. CC 2016-542 QPC, 18 mai 2016, JO 20 mai 2016 texte n° 92.

par le Conseil constitutionnel : « appliqué en dehors du droit pénal, le principe selon lequel nul n'est punissable que de son propre fait peut faire l'objet d'adaptations, dès lors que celles-ci sont justifiées par la nature de la sanction et par l'objet qu'elle poursuit et qu'elles sont proportionnées à cet objet ». Le Conseil valide ainsi la loi, en prenant notamment en compte « la mutabilité des formes juridiques sous lesquelles s'exercent les activités économiques concernées » par ces sanctions.

b) Le principe de non-rétroactivité

711 Sans anticiper sur la problématique générale de la temporalité devant le Conseil constitutionnel¹⁹⁴, la question de la non-rétroactivité en matière pénale ou punitive donne lieu à une jurisprudence spécifique du Conseil constitutionnel.

En cette matière, le débat constitutionnel se situe la plupart du temps en amont, lors de la qualification juridique de la mesure : si c'est une peine ou une sanction punitive, la mesure ne peut rétroagir ; à défaut elle n'est pas soumise au respect du principe de légalité et peut donc rétroagir. Ainsi, l'effet rétroactif du placement sous surveillance électronique¹⁹⁵ ou de l'inscription au fichier judiciaire des auteurs d'infractions sexuelles¹⁹⁶ est validé par le Conseil constitutionnel dès lors que ces mesures ne sont pas considérées comme punitives. En revanche, la rétroactivité d'une disposition plus sévère est censurée dans la décision du 16 juillet 1996¹⁹⁷ en matière de lutte contre le terrorisme.

Le Conseil constitutionnel peut aussi neutraliser la rétroactivité d'une mesure par une réserve d'interprétation. Le législateur de 1986 ayant décidé que les mesures relatives à la période de sûreté n'étaient applicables qu'aux condamnations prononcées postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi, n'était-il pas possible d'en déduire qu'elles pouvaient s'appliquer à l'occasion de condamnations prononcées après la publication de la loi, mais pour des faits commis antérieurement à cette publication ? Le Conseil a coupé court à cette possible lecture de la loi en considérant que « la référence faite par le législateur aux condamnations doit s'entendre des condamnations prononcées pour des faits postérieurs à l'entrée en vigueur de la loi » ; et il ajoute, « toute autre interprétation serait contraire à la Constitution »¹⁹⁸. Autre illustration de conformité sous réserve avec la décision du 14 février 2014¹⁹⁹ à propos des sanctions applicables aux contribuables qui ne se sont pas acquittés d'une imposition. Bien qu'appliqué en l'espèce en dehors du droit pénal, le principe de non-rétroactivité garanti par l'article 8 de la Déclaration de 1789 « fait obstacle à l'application rétroactive de dispositions permettant d'infliger des sanctions ayant le caractère d'une punition à des contribuables à raison d'agissements antérieurs à l'entrée en vigueur des dispositions nouvelles ».

■ 194. Cf. *infra*, chapitre 2.

■ 195. CC 2002-461 DC, 29 août 2002, R. p. 201 ; CC 2005-527 DC, 8 décembre 2005, R. p. 153.

■ 196. CC 2004-492 DC, 2 mars 2004, R. p. 66.

■ 197. CC 96-377 DC, 16 juillet 1996, R. p. 87.

■ 198. CC 86-213 DC, 3 septembre 1986, R. p. 122 ; CC 82-143 DC, 30 juillet 1982, R. p. 57.

■ 199. CC 2013-366 QPC, 14 février 2014, JO 16 février 2014, p. 2724. Cf. également CC 96-387 DC, 21 janvier 1997, R. p. 23 ; CC 2013-327 QPC, 21 juin 2013, R. p. 851.

Reste le cas unique, aussi incohérent que contestable, de la décision du 21 février 2008²⁰⁰ sur la rétention de sûreté. Alors que le Conseil constitutionnel estime que la rétention de sûreté n'est ni une peine ni une sanction ayant le caractère de punition, et que donc l'article 8 de la Déclaration de 1789 n'est pas applicable, il censure la rétroactivité du mécanisme législatif. Le Conseil tente de justifier ce raisonnement inédit par les caractéristiques de la rétention de sûreté, à savoir « sa nature privative de liberté », le « caractère renouvelable sans limite » de cette privation et le fait « qu'elle est prononcée après une condamnation par une juridiction ». En conclusion, sans se fonder formellement sur le principe de non-rétroactivité issu de l'article 8 mais tout en le mettant en œuvre implicitement, la rétention de sûreté « ne saurait être appliquée à des personnes condamnées avant la publication de la loi ou faisant l'objet d'une condamnation postérieure à cette date pour des faits commis antérieurement ». Défiant les règles de la cohérence juridique, le Conseil constitutionnel scelle un habile compromis politique en censurant la rétroactivité, afin de retarder les effets de la loi, tout en validant le principe de la rétention de sûreté. Soumis à la pression politique qui agit nécessairement dans le cadre des saisines *a priori* sur des textes sensibles, le Conseil n'a pas pour autant convaincu son auditoire. S'il faut donner du sens à la décision, une distinction devrait désormais être opérée entre les mesures de sûreté situées en dehors du champ de l'article 8 de la Déclaration de 1789 : les mesures restrictives de liberté, comme le bracelet électronique ou la surveillance judiciaire, peuvent rétroagir ; les mesures privatives de liberté, avec le seul cas de la rétention de sûreté, ne peuvent rétroagir.

2. La nécessité et la proportionnalité des peines

712 En matière de nécessité et de proportionnalité, le Conseil exerce un contrôle d'une intensité relative (a), tout en enrichissant de manière continue la charte jurisprudentielle de droits et libertés utiles à la matière pénale ou punitive (b).

a) *L'intensité atténuée du contrôle exercé*

713 La politique jurisprudentielle du Conseil constitutionnel en matière de nécessité et de proportionnalité est fondée en amont sur une forme de retenue, bien que depuis 2013 les censures en la matière se multiplient. Considérant que la Constitution ne lui « confère pas (...) un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déferées à son examen », le Conseil constitutionnel estime de jurisprudence constante que « la nécessité des peines attachées aux infractions relève du pouvoir d'appréciation du législateur ». Ainsi, en raison de son caractère politique et social, le contrôle des incriminations est laissé à l'appréciation du pouvoir politique, bien que théoriquement l'article 5 Déclaration de 1789²⁰¹ pourrait justifier l'office du juge en la matière. Le contrôle opéré porte donc seulement sur « l'absence de disproportion manifeste entre

■ 200. CC 2008-562 DC, 21 février 2008, JO 26 février 2008, p. 3272.

■ 201. « La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société ».

l'infraction et la peine encourue ». En présence d'une sanction punitive, le Conseil réitère ce considérant de principe en l'adaptant à la matière concernée. Par exemple, dans la décision du 25 novembre 2011 à propos de la discipline des vétérinaires, il affirme qu'il lui revient de « s'assurer, en matière disciplinaire, de l'absence d'inadéquation manifeste entre les peines disciplinaires encourues et les obligations dont elles tendent à réprimer la méconnaissance ».

Dans le cadre de ce contrôle minimum, le Conseil s'assure tout d'abord que la peine prévue par la loi est en adéquation avec l'objectif poursuivi par le législateur. Ainsi, la décision du 10 mars 2011²⁰² constate que « le législateur s'est fondé sur des critères manifestement inappropriés à l'objet poursuivi » en réprimant toute revente en ligne de billets d'entrée pour l'ensemble des manifestations culturelles, sportives ou commerciales. En punissant sévèrement un manquement à une obligation documentaire, le législateur a « retenu un critère de calcul du maximum de la peine encourue sans lien avec les infractions réprimées et qui revêt un caractère manifestement hors de proportion avec leur gravité », estime le Conseil dans la décision du 29 décembre 2013²⁰³.

Ensuite, dans l'appréciation de la proportionnalité de la sanction encourue, le Conseil opère une conciliation avec l'ordre public et les exigences constitutionnelles en présence, comme l'illustre la décision du 13 mars 2003²⁰⁴ relative au délit de racolage public.

Les conditions procédurales qui entourent le prononcé de la peine ou son exécution²⁰⁵ sont également mises en balance. Dans la décision du 20 janvier 1994²⁰⁶, le Conseil a, en effet, jugé qu'une peine de sûreté de trente ans pour les assassinats de mineurs de quinze ans précédés ou accompagnés d'un viol, de tortures ou d'actes de barbarie n'était pas manifestement contraire au principe de la nécessité des peines, notamment parce qu'au terme de la période incompressible de trente ans, le juge d'application des peines peut, soit lui-même, soit à la demande du ministère public ou du condamné – précisions introduites par le Conseil – déclencher une procédure pouvant conduire à mettre fin à ce régime particulier, au regard du comportement du condamné et de l'évolution de sa personnalité ; cette procédure de réexamen pouvant, le cas échéant, préciser à nouveau le Conseil, être renouvelée. De même, la peine sanctionnant le refus de prélèvement externe d'empreintes génétiques est validée en raison de l'absence de voies d'exécution d'office du prélèvement et de la gravité des faits susceptibles d'avoir été commis²⁰⁷.

L'essentiel de l'appréciation du Conseil porte sur la proportionnalité de la peine encourue avec les faits incriminés. Dans la décision du 30 décembre 1987, il invalide une disposition prévoyant que l'amende fiscale encourue en cas de divulgation du montant du revenu d'une personne serait en toute hypothèse égale au montant

■ 202. CC 2011-625 DC, 10 mars 2011, *R.* p. 122.

■ 203. CC 2013-685 DC, 29 décembre 2013, *R.* p. 1127.

■ 204. CC 2003-467 DC, 13 mars 2003, *R.* p. 211.

■ 205. « Il est notamment tenu compte du régime juridique d'exécution de cette peine » précise la décision CC 2015-501 QPC, 27 novembre 2015, JO 29 novembre 2015, p. 22160.

■ 206. CC 93-334 DC, 20 janvier 1994, *R.* p. 27.

■ 207. CC 2003-467 DC, 13 mars 2003, *R.* p. 211 ; CC 2010-25 QPC, 16 septembre 2010, *R.* p. 220.

des revenus divulgués, au motif que le législateur a édicté « une sanction qui pourrait, dans nombre de cas, revêtir un caractère manifestement disproportionné »²⁰⁸ ; et, dans la décision du 16 juillet 1996²⁰⁹, il juge que le législateur a entaché son appréciation d'une erreur manifeste en soumettant l'aide directe ou indirecte à des personnes en situation irrégulière aux peines prévues pour réprimer les actes de terrorisme.

714 Pendant plusieurs années, les censures en la matière étaient rarissimes mais une inflexion nette se dégage des décisions rendues depuis 2013²¹⁰. Par exemple, la violation du principe de nécessité et de proportionnalité est relevée d'office dans la décision du 7 juin 2013²¹¹, à propos d'une peine complémentaire d'interdiction de cinq ans « d'entrer et de séjourner dans l'enceinte d'une ou plusieurs infrastructures aéroportuaires ou portuaires, d'une gare ferroviaire ou routière, ou de leurs dépendances, sans y avoir été préalablement autorisé par les autorités de police territorialement compétentes » en cas de méconnaissance des règles applicable aux moto-taxis. Pour cette première censure QPC sur le fondement du principe de nécessité, le Conseil ne reprend pas sa formule favorite de révérence à l'égard du législateur selon laquelle il ne dispose pas d'un même pouvoir général d'appréciation et de décision, avant de rappeler qu'il lui incombe de s'assurer de l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue.

b) Une portée enrichie par de nouvelles exigences

715 Sous l'égide des principes de nécessité et de proportionnalité, le Conseil constitutionnel a dégagé plusieurs principes constitutionnels.

Non bis in idem. Bien que le principe *non bis in idem* n'ait pas en soi valeur constitutionnelle et que la Constitution permette au législateur de prévoir que certains faits puissent donner lieu à différentes qualifications pénales²¹², le Conseil constitutionnel encadre la question du cumul des sanctions pénales et/ou punitives sur le fondement de l'article 8 de la Déclaration de 1789²¹³.

Lorsque deux sanctions prononcées pour un même fait sont susceptibles de se cumuler, le Conseil estime que le principe de proportionnalité implique que le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues²¹⁴. Ainsi, dans la décision du 12 janvier 2002²¹⁵, une réserve d'interprétation est émise sur le fondement de cette exigence à propos de deux incriminations réprimant les agissements de harcèlement moral au travail. À propos de la majoration de la contribution supplémentaire à

■ 208. CC 87-237 DC, 30 décembre 1987, R. p. 63.

■ 209. CC 96-377 DC, 16 juillet 1996, R. p. 87.

■ 210. CC 2013-679 DC, 4 décembre 2013, R. p. 1060 ; CC 2013-685 DC, 29 décembre 2013, R. p. 1127 ; CC 2014-692 DC, 27 mars 2014, JO 1^{er} avril 2014, p. 6232.

■ 211. CC 2013-318 QPC, 7 juin 2013, JO 9 juin 2013 p. 9630.

■ 212. CC 2010-604 DC, 25 février 2010, R. p. 70 ; CC 2010-25 QPC, 16 septembre 2010, R. p. 220.

■ 213. CC 89-260 DC, 28 juillet 1989, R. p. 71.

■ 214. CC 2012-266 QPC, 20 juillet 2012, R. p. 390. Pour une illustration en droit administratif des biens, cf. CC 2013-341 QPC, 27 septembre 2013, R. p. 938.

■ 215. CC 2001-455 DC, 12 janvier 2002, R. p. 49.

l'apprentissage, il revient aux autorités administratives de veiller au respect d'une réserve rappelant ce considérant, précise la décision du 7 mars 2014²¹⁶.

Sous la pression conjuguée de la Cour européenne des droits de l'homme²¹⁷ et de la Cour de cassation, qui avait retenu en l'espèce un changement de circonstances résultant d'un arrêt de la Cour de Strasbourg²¹⁸, le Conseil constitutionnel inaugure un nouveau considérant de principe à propos du cumul des poursuites dans la décision du 18 mars 2015²¹⁹. Il considère désormais que le principe de nécessité des délits et des peines « ne fait pas obstacle à ce que les mêmes faits commis par une même personne puissent faire l'objet de poursuites différentes aux fins de sanctions de nature administrative ou pénale en application de corps de règles distincts devant leur propre ordre de juridiction ». La formulation n'est pas parfaitement claire et ne se comprend réellement, une fois encore, qu'à la lecture du « commentaire officiel » de la décision par le service juridique du Conseil²²⁰. En toute hypothèse, le risque de conflit avec la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas écarté et ce n'est qu'au fil des applications ultérieures que les contours de ce nouveau considérant de principe apparaîtront avec précision.

716 Individualisation. Après avoir refusé de faire de l'individualisation des peines un principe constitutionnel au motif que, « si la législation française a fait une place importante à l'individualisation de peines, elle ne lui a jamais conféré le caractère d'un principe unique et absolu prévalant de façon nécessaire et dans tous les cas sur les autres fondements de la répression pénale »²²¹, le Conseil, dans sa décision du 22 juillet 2005²²², change de position et reconnaît, en la déduisant de l'article 8 de la Déclaration de 1789, la valeur constitutionnelle du principe d'individualisation des peines. Dans la décision du 9 août 2007²²³, il juge que l'instauration de peines planchers en cas de récidive ne porte atteinte ni au principe de nécessité des peines ni au principe d'individualisation, dans la mesure où la loi réserve au juge la possibilité de prononcer des peines inférieures aux peines minimales « en considération des circonstances de l'infraction, de la personnalité de son auteur ou des garanties d'insertion ou de réinsertion présentées par celui-ci ». Cette réserve est une très faible garantie. D'abord, parce que toutes les études montrent l'absence de corrélation entre le montant de la peine et le taux de probabilité de la récidive, et par conséquent de la non nécessité du durcissement des peines pour lutter contre la récidive. Ensuite parce qu'en obligeant le juge à motiver le prononcé d'une peine inférieure à la peine plancher, la loi inverse la logique judiciaire en faisant de la peine

■ 216. CC 2013-371 QPC, 7 mars 2014, JO 9 mars 2014, p. 5035.

■ 217. CEDH 4 mars 2014, *Grande Stevens et a. c/Italie*, n° 18640/10 ; CEDH 27 novembre 2014, *Lucky Dev c/Suède*, n° 7356/10.

■ 218. Cass. crim. 17 décembre 2014, n° 14-90043.

■ 219. CC 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC, 18 mars 2015, JO 20 mars 2015, p. 5183.

■ 220. Disponible sur www.conseil-constitutionnel.fr. En vertu du nouveau style de motivation adoptée par le Conseil le 10 mai 2016, il est envisageable et souhaitable que le considérant de principe en la matière soit précisé.

■ 221. CC 80-127 DC, 19 et 20 janvier 1981, *R.* p. 15.

■ 222. CC 2005-520 DC, 22 juillet 2005, JO 27 juillet 2005, p. 12241.

■ 223. CC 2007-554 DC, 9 août 2007, JO 11 août 2007 p. 13478. V. également CC 2011-625 DC, 10 mars 2011, *R.* p. 122.

plancher le principe et de la peine inférieure l'exception ; la norme applicable en cas de récidive, la sanction automatique, c'est la peine plancher.

Le principe d'individualisation tolère les peines et sanctions automatiques, à condition que le juge la prononce expressément et qu'il dispose de la possibilité d'adapter un minimum la sanction en tenant compte des circonstances propres à l'espèce. Le Conseil censure par exemple dans la décision du 11 juin 2010²²⁴ l'interdiction automatique d'inscription sur les listes électorales visant à réprimer plus sévèrement certains faits lorsqu'ils sont commis par des personnes dépositaires de l'autorité publique, la peine obligatoire de publication et d'affichage du jugement de condamnation pour des faits de fraude fiscale dans la décision du 10 décembre 2010²²⁵, la peine automatique de perte de grade pour les militaires dans la décision du 3 février 2012²²⁶ ou une majoration identique de 10 % en matière d'amende douanière dans la décision du 7 août 2014²²⁷.

En revanche, la possibilité laissée au juge de dispenser de peine, ainsi que de moduler l'importance et la durée de la publication du jugement de condamnation pour publicité mensongère, permet de garantir le respect du principe d'individualisation²²⁸. Le Conseil constitutionnel module l'intensité de son contrôle en fonction de la gravité de la sanction encourue. Dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, la décision du 16 septembre 2011²²⁹, tolère pour les contraventions des quatre premières classes que l'amende prononcée par le juge en cas de condamnation ne puisse être inférieure à un montant forfaitaire.

717 **Rétroactivité *in mitius***²³⁰. Issu du principe de nécessité des peines garanti par la première phrase de l'article 8, le principe de rétroactivité de la loi pénale plus douce, dit *in mitius*, est consacré depuis la décision du 20 janvier 1981²³¹. Est-il toujours effectif ? Rien n'est moins sûr à la lumière de l'immense exception créée par la décision du 3 décembre 2010²³². Par principe, rappelle le Conseil, « le principe de nécessité des peines implique que la loi pénale plus douce soit rendue immédiatement applicable aux infractions commises avant son entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à des condamnations passées en force de chose jugée ». Mais ce principe s'applique « sauf à ce que la répression antérieure plus sévère soit inhérente aux règles auxquelles la loi nouvelle s'est substituée ». À bien lire les mots de la décision, le champ de l'exception est particulièrement vaste. Dès lors qu'une répression est étroitement liée à une réglementation antérieure, le législateur pourrait décider de ne pas appliquer rétroactivement une disposition

■ 224. CC 2010-6/7 QPC, 11 juin 2010, R. p. 111.

■ 225. CC 2010-72/75/82 QPC, 10 décembre 2010, R. p. 382.

■ 226. CC 2011-218 QPC, 3 février 2012, R. p. 107.

■ 227. CC 2014-696 DC, 7 août 2014, JO 17 août 2014, p. 13659.

■ 228. CC 2010-41 QPC, 29 septembre 2010, R. p. 257. Dans le même sens, à propos de la publication d'une sanction en cas d'infraction aux réglementations du Code des transports, cf. CC 2013-329 QPC, 28 juin 2013, R. p. 857.

■ 229. CC 2011-162 QPC, 16 septembre 2011, JO 17 septembre 2011, p. 15599.

■ 230. Sur la problématique globale de la temporalité v. chapitre 2.

■ 231. CC 80-127 DC, 20 janvier 1981, R. p. 15.

■ 232. CC 2010-74 QPC, 3 décembre 2010, R. p. 361.

pénale plus douce. Il faut espérer que ce précédent reste isolé²³³, voire abandonné, et à tout le moins cantonné à la législation économique, comme en l'espèce puisqu'il s'agissait de la législation sur la revente à perte.

718 Atténuation pénale au profit des mineurs. La responsabilité pénale des mineurs fait l'objet d'adaptations législatives et de spécificités constitutionnelles. La mise en œuvre des principes de nécessité et de proportionnalité doit prendre en compte la situation de mineurs et, afin de disposer d'une norme de référence précise en la matière, la décision du 29 août 2002²³⁴ initie une nouvelle logique jurisprudentielle. Retrouvant la catégorie des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, abandonnée depuis 1989, le Conseil, y fait entrer quatre principes relatifs à la justice pénale des mineurs : l'atténuation de la responsabilité pénale des mineurs en fonction de l'âge, la nécessité de rechercher le relèvement éducatif et moral des enfants délinquants par des mesures adaptées à leur âge et à leur personnalité, l'institution de juridictions spécialisées pour les mineurs et l'existence de procédures de jugement appropriées. Déposés dans les lois de la République – loi du 12 avril 1906 sur la majorité pénale des mineurs, loi du 22 juillet 1912 sur les tribunaux pour enfants – et confirmés par l'ordonnance du 2 février 1945 sur l'enfance délinquante, ces principes sont désormais, par l'action du Conseil, constitutionnalisés. Il faut cependant regretter que cette « promotion » n'ait pas empêché le Conseil de valider une politique de rapprochement de la justice pénale des mineurs de celle des majeurs. Comme dans la décision du 29 août 2002, mais surtout dans la décision du 9 août 2007²³⁵ où il accepte que, pour les mineurs récidivistes de 16 à 18 ans ayant commis des crimes portant atteinte aux personnes, des délits ou violences ou des agressions sexuelles, l'excuse de minorité, qui entraîne une atténuation de responsabilité, soit écartée. Ces mineurs-là seront donc soumis au même régime pénal que les adultes, y compris pour l'application des peines planchers. Le Conseil censure cependant dans la décision du 10 mars 2011²³⁶ une disposition de la loi LOPPSI qui instaurait le principe de peines minimales applicables à des mineurs qui n'ont jamais été condamnés pour crime ou délit, ainsi que la possibilité pour le procureur de la République de faire convoquer directement un mineur devant le tribunal pour enfants sans instruction préparatoire par le juge des enfants.

SECTION II | LES LIBERTÉS DE LA PENSÉE

719 De manière continue, le Conseil constitutionnel développe les libertés de la pensée en protégeant la liberté de conscience, d'opinion et le principe

■ 233. Dans le même sens, V. Cass. crim., 10 novembre 1970, n° 70-90044.

■ 234. CC 2002-461 DC, 29 août 2002, R. p. 204.

■ 235. CC 2007-554 DC, 9 août 2007, JO 11 août 2007, p. 13478.

■ 236. CC 2011-625 DC, 10 mars 2011, JO 15 mars 2011, p. 4630. V. également CC 2011-635 DC, 4 août 2011, R. p. 407.

de laïcité (§1), mais aussi la liberté d'expression et de communication (§2), les libertés de l'action collective (§3), et la liberté de l'enseignement et l'indépendance des enseignants-chercheurs (§4).

§ 1. LA LIBERTÉ DE CONSCIENCE, D'OPINION ET LE PRINCIPE DE LAÏCITÉ

A. LA PRÉSENCE DISCRÈTE DE LA LIBERTÉ DE CONSCIENCE ET D'OPINION

720 Pour constitutionnaliser la liberté d'opinion et de conscience, le Conseil avait le choix entre la référence à l'article 10 de la Déclaration de 1789, à l'alinéa 5 du Préambule de 1946, ou plus simplement à l'article 2 de la Constitution de 1958 affirmant que la République « respecte toutes les croyances ».

Dans un premier temps, il a préféré faire de cette liberté, un principe fondamental reconnu par les lois de la République, peut-être pour la dégager d'une conception souvent trop centrée sur la liberté religieuse et lui donner une portée générale, englobant toutes les opinions, religieuses, philosophiques, politiques, sociales... Quel que soit au demeurant le lieu de rattachement, la valeur constitutionnelle reconnue à la liberté d'opinion et de conscience a permis au Conseil de juger qu'aucune mention faisant état des opinions politiques, philosophiques ou religieuses ne devait figurer aux dossiers des fonctionnaires susceptibles d'être consultés par les jurys de concours²³⁷, ou qu'un médecin n'est jamais tenu de pratiquer une interruption de grossesse s'il estime cet acte contraire à ses convictions morales ou religieuses²³⁸ mais que, en retour, l'interdiction faite à un chef de service hostile à l'IVG, de s'opposer à sa réalisation dans son service préserve la liberté de conscience « des autres médecins et membres du personnel hospitalier qui y travaillent et concourent par ailleurs au respect du principe constitutionnel d'égalité des usagers devant la loi et devant le service public »²³⁹. Surtout, dans sa décision du 23 novembre 1977, il a affirmé nettement que les établissements d'enseignement privé devaient respecter et laisser s'accomplir les opinions des maîtres, et que, si le « caractère propre » de ces établissements leur imposait un devoir de réserve, il « ne saurait être interprété comme permettant une atteinte à la liberté de conscience » des enseignants²⁴⁰.

721 Dans un second temps, la décision du 18 octobre 2013²⁴¹ rattache la liberté de conscience à l'article 10 de la Déclaration de 1789 et l'alinéa 5 du Préambule de la Constitution de 1946. L'affaire sensible jugée dans cette décision QPC concernait l'une des dispositions de la loi du 17 mai 2013 instaurant le mariage entre personnes du même sexe. Plusieurs maires contestaient l'absence de « clause de conscience » dans la loi qui aurait permis aux officiers de l'état civil de s'abstenir de

■ 237. CC 76-67 DC, 15 juillet 1976, R. p. 35.

■ 238. CC 74-54 DC, 15 janvier 1975, R. p. 19.

■ 239. CC 2001-446 DC, 27 juin 2001, R. p. 74.

■ 240. CC 77-87 DC, 23 novembre 1977, R. p. 42.

■ 241. CC 2013-353 QPC, 18 octobre 2013, R. p. 1002

célébrer un mariage entre personnes de même sexe. Le Conseil ne s'étant pas exprimé à ce sujet lors de l'examen *a priori* de la loi, la QPC était recevable. Après avoir cité le texte des articles 10 de la Déclaration de 1789 et l'alinéa 5 du Préambule de 1946, le Conseil affirme que « la liberté de conscience, qui résulte de ces dispositions, est au nombre des droits et libertés que la Constitution garantit ». Bien que la référence aux PFRLR disparaisse, la substitution de fondement n'affecte pas le sens de la liberté de conscience mais rend meilleure sa visibilité contentieuse auprès des justiciables. En réponse aux requérants, le Conseil évite d'en dire trop et se contente de rappeler les textes législatifs applicables, les exigences du « bon fonctionnement et la neutralité du service public de l'état civil » et les « fonctions de l'officier de l'état civil dans la célébration du mariage » pour conclure que la liberté de conscience n'est pas violée.

En définitive, la liberté de conscience et la liberté d'opinion sont en l'état peu utilisées par les saisines, les justiciables et le Conseil constitutionnel. L'objet des textes soumis à l'appréciation du Conseil en est certainement la cause. L'ancrage de la liberté de conscience dans une disposition constitutionnelle écrite pourrait convaincre les justiciables de l'invoquer davantage en QPC. Quant à la liberté d'opinion, il semble qu'elle soit absorbée par la conception englobante de la liberté d'expression et de communication que le Conseil privilégie, à l'image de la motivation de la déclaration de conformité de la loi Gayssot dans la décision du 8 janvier 2016²⁴².

B. | L'ÉMERGENCE TARDIVE DU PRINCIPE DE LAÏCITÉ

722 Avant l'entrée en vigueur de la QPC, certaines questions comme la laïcité échappaient, ou presque, au Conseil constitutionnel du fait de l'absence de loi nouvelle votée et déferée à son contrôle. Lors de l'examen du traité constitutionnel européen le 19 novembre 2004²⁴³, le Conseil n'avait pas déclaré contraire une disposition de la Charte des droits fondamentaux au regard des « dispositions de l'article 1^{er} de la Constitution aux termes desquelles "la France est une République laïque", qui interdisent à quiconque de se prévaloir de ses croyances religieuses pour s'affranchir des règles communes régissant les relations entre collectivités publiques et particuliers ». Pour la première fois, la question de la laïcité apparaissait nettement dans une décision du Conseil constitutionnel. De plus, son rattachement à l'article 1^{er} de la Constitution répondait à un arrêt du Conseil d'État du 6 avril 2001²⁴⁴ qui avait consacré le principe de laïcité en tant que principe fondamental reconnu par les lois de la République.

Le principe de laïcité intervient également, sans surprise, en interaction avec la liberté d'enseignement à propos d'une loi de financement des établissements d'enseignement. Dans la décision du 22 octobre 2009²⁴⁵, le Conseil saisit l'occasion pour préciser la portée constitutionnelle du principe de laïcité qui n'interdit pas au

■ 242. CC 2015-512 QPC, 8 janvier 2016, JO 10 janvier 2016, texte n° 20.

■ 243. CC 2004-505 DC, 19 novembre 2004, R. p. 173.

■ 244. CE 6 avril 2001, *SNES*, n° 219379.

■ 245. CC 2009-591 DC, 22 octobre 2009, R. p. 187.

« législateur de prévoir, sous réserve de fonder son appréciation sur des critères objectifs et rationnels, la participation des collectivités publiques au financement du fonctionnement des établissements d'enseignement privés sous contrat d'association selon la nature et l'importance de leur contribution à l'accomplissement de missions d'enseignement ».

723 Mais la décision de principe est sans conteste celle du 21 février 2013²⁴⁶, lors de l'examen d'une disposition de la loi du 18 germinal an X relative à l'organisation des cultes dont le contenu et la rédaction résonnent d'un autre temps : dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, « il sera pourvu au traitement des pasteurs des églises consistoriales ; bien entendu qu'on imputera sur ce traitement les biens que ces églises possèdent, et le produit des oblations établies par l'usage ou par des règlements ». Après avoir indiqué que le principe de laïcité figurait parmi les droits et libertés invocables en QPC et évoqué l'article 10 de la Déclaration de 1789, le Conseil livre un véritable *vade-mecum* : « qu'il en résulte la neutralité de l'État ; qu'il en résulte également que la République ne reconnaît aucun culte ; que le principe de laïcité impose notamment le respect de toutes les croyances, l'égalité de tous les citoyens devant la loi sans distinction de religion et que la République garantisse le libre exercice des cultes ; qu'il implique que celle-ci ne salarie aucun culte ». Librement inspiré des termes de la loi de 1905 dont la constitutionnalisation avait été envisagée lors de la présidentielle de 2012, ce considérant n'établit pas une liste limitative des implications du principe de laïcité au regard l'emploi de l'adverbe « notamment ». En l'espèce, cette ferme affirmation constitutionnelle ne conduit cependant pas le Conseil à censurer les dispositions législatives critiquées. Reprenant son argumentation de 2011 à propos du droit d'Alsace-Moselle mais sans citer le PFRLR dégagé à cette occasion²⁴⁷, il considère qu'il ressort des travaux préparatoires des Constitutions de 1946 et de 1958 que le constituant n'a pas « entendu remettre en cause la législation relative à l'organisation des cultes et à la rémunération des ministres du culte applicable dans plusieurs parties du territoire de la République ». La possibilité pour les départements d'Alsace-Moselle de rémunérer les ministres du culte protestant constitue donc une dérogation au principe de laïcité.

§ 2. LA LIBERTÉ D'EXPRESSION ET DE COMMUNICATION

724 La liberté d'expression et de communication bénéficie d'une protection renforcée (A) et sa portée s'est enrichie sous l'effet de la jurisprudence du Conseil constitutionnel (B).

■ 246. CC 2012-297 QPC, 21 février 2013, R. p. 293.

■ 247. CC 2011-157 QPC, 5 août 2011, JO 6 août 2011, p. 13476.

A. | UNE PROTECTION RENFORCÉE

725 L'article 11 de la Déclaration de 1789 consacre dans le même mouvement la liberté de communication, « un des droits les plus précieux de l'Homme » et la liberté d'expression en vertu de laquelle « tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ». Dès la lecture du texte, le lien entre les deux libertés apparaît : l'absence de point entre les deux affirmations et le « donc » qui les relie dans leur logique augure le sens de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

À première vue²⁴⁸, la liberté de communication relève davantage de « la liberté de diffuser et de la liberté de recevoir des idées », ce qui renvoie aux moyens de diffusion et à la réception des idées. Tandis que la liberté d'expression est une « liberté d'émettre » de telles idées, elle s'intéresse au contenu du discours. Pour autant, les situations juridiques appréciées par le Conseil sont souvent à la confluence de ces deux libertés et, de manière générale, le Conseil évoque « la liberté d'expression et de communication » dans la plupart des cas, quitte ensuite à répondre plus précisément sur l'une ou l'autre de ces libertés.

726 **Communication audiovisuelle.** Dès les premières décisions rendues en la matière, le Conseil constitutionnel affiche la prééminence des libertés garanties par l'article 11. La libre communication des pensées et des opinions est qualifiée par le Conseil, dans sa décision des 10-11 octobre 1984, de « liberté fondamentale d'autant plus précieuse que son exercice est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et de la souveraineté nationale »²⁴⁹, liberté fondamentale dont les bénéficiaires privilégiés sont, dans le domaine des médias, les lecteurs, auditeurs et téléspectateurs, « destinataires essentiels de la liberté proclamée par l'article 11 de la Déclaration de 1789 ». En lien avec l'exigence de pluralisme, le Conseil développe ainsi une jurisprudence dynamique en matière de communication audiovisuelle, indépendance des médias et concentration des entreprises de presse²⁵⁰. Ainsi, dans la même décision des 10 et 11 octobre 1984, le Conseil approuve le législateur d'exiger « que soient connus du public les dirigeants réels des entreprises de presse, les conditions de financement des journaux, les transactions financières dont ceux-ci peuvent être l'objet, les intérêts de tous ordres qui peuvent s'y trouver engagés », car cette transparence financière « met le lecteur à même d'exercer son choix de façon vraiment libre et l'opinion à même de porter un jugement éclairé sur les moyens d'information qui lui sont offerts par la presse écrite ». Il approuve également le législateur d'apporter des limitations à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété des patrons de presse en leur imposant l'obligation de préserver, dans le secteur public comme dans le secteur privé, l'expression pluraliste des courants d'opinions, et en limitant leur politique de concentrations multimédias, car le public a le droit « de disposer d'un nombre suffisant de publications de tendances et de caractères différents ». Et c'est précisément

■ 248. Ces éléments de définition sont issus de T.-S. RENOUX, M. DE VILLIERS, X. MAGNON (dir.), *Code constitutionnel*, Lexisnexis, 2015, p. 243. Sur l'ensemble de cette question, cf. également le dossier des Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, n° 36, 2012.

■ 249. CC 84-181 DC, 10-11 octobre 1984, *R.* p. 73.

■ 250. Sur l'ensemble de ces aspects, cf. *supra*, n° 438 et s.

« l'insuffisance des règles énoncées par le Parlement pour limiter les concentrations » qui a conduit le Conseil à les déclarer contraires à l'exigence du pluralisme, dans sa décision du 18 septembre 1986²⁵¹. Le Conseil sanctionne le législateur pour avoir donné à une autorité administrative des pouvoirs à l'encontre des entreprises de presse qui comportent « des effets équivalant à ceux d'un régime d'autorisation préalable » inconciliable avec la qualité de liberté fondamentale accordée à la libre communication des opinions²⁵². Et, si un tel régime est admis pour la liberté de communication audiovisuelle, c'est, selon le Conseil, parce qu'après la fin du monopole et « en raison des contraintes techniques inhérentes à cette forme de communication », il est la seule modalité juridique capable d'assurer le respect du pluralisme²⁵³. Logiquement, le Conseil contrôle donc, au regard de cet objectif, les règles conditionnant l'octroi des autorisations : il reconnaît ainsi que la délivrance des autorisations par une autorité administrative indépendante, et non par le gouvernement, « constitue une garantie fondamentale pour l'exercice d'une liberté publique », mais il sanctionne le législateur pour lui avoir donné des pouvoirs trop étendus et insuffisamment précis pour être assuré que les objectifs constitutionnels de pluralisme seront respectés²⁵⁴.

727 Triple test de proportionnalité. Le caractère renforcé de la liberté d'expression et de communication est définitivement acquis depuis la décision *Hadopi* du 10 juin 2009²⁵⁵. Après avoir rappelé que « la liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés », le Conseil applique pour la première fois un triple test de proportionnalité selon lequel « les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi ». Signe de l'intensité maximale du contrôle exercé, ce triple test de proportionnalité est depuis lors systématiquement mis en œuvre. Dans la décision du 20 mai 2011²⁵⁶, le Conseil censure une disposition de la loi de 1881 sur la liberté de la presse en vertu de laquelle la personne poursuivie pour diffamation peut toujours prouver la vérité des faits diffamatoires, sauf « lorsque l'imputation se réfère à des faits qui remontent à plus de dix ans ». Certes, reconnaît le Conseil, la restriction à la liberté d'expression – envisagée isolément dans ce cas – « poursuit un objectif d'intérêt général de recherche de la paix sociale », à savoir éviter de rappeler des faits anciens portant atteinte à l'honneur et à la considération des personnes qu'elles visent. Cependant, « par son caractère général et absolu, cette interdiction porte à la liberté d'expression une atteinte qui n'est pas proportionnée au but poursuivi ». De même, la décision du 28 février 2012²⁵⁷ n'hésite pas à censurer la loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides

■ 251. CC 86-217 DC, 18 septembre 1986, *R.* p. 141 ; CC 2000-433 DC, 27 juillet 2000, *R.* p. 121.

■ 252. CC 84-181 DC, 10-11 octobre 1984, *R.* p. 73.

■ 253. CC 81-129 DC, 30-31 octobre 1981, *R.* p. 35 ; CC 82-141 DC, 27 juillet 1982, *R.* p. 45.

■ 254. CC 88-248 DC, 17 janvier 1989, *R.* p. 18.

■ 255. CC 2009-580 DC, 10 juin 2009, JO 13 juin 2009, p. 9675.

■ 256. CC 2011-1301 QPC, 20 mai 2011, JO 20 mai 2011, p. 8890. Comp. CEDH 7 novembre 2006, *Mamère c/ France*, n° 12697/03.

■ 257. CC 2012-647 DC, 28 février 2012, *R.* p. 139.

reconnus par la loi en ce qu'elle porte « une atteinte inconstitutionnelle à l'exercice de la liberté d'expression et de communication ».

La liberté d'expression et de communication n'est pas pour autant absolue, comme l'ensemble des droits et libertés d'ailleurs. Enfin saisi de la loi Gayssot par la Cour de cassation, le Conseil constitutionnel déclare conforme à la Constitution le délit de contestation de l'existence de certains crimes contre l'humanité. La décision du 8 janvier 2016²⁵⁸ estime d'une part que les dispositions de cette loi « ont pour objet de réprimer un abus de l'exercice de la liberté d'expression et de communication qui porte atteinte à l'ordre public et aux droits des tiers », et d'autre part que l'atteinte à l'exercice de la liberté d'expression passe l'épreuve du triple test de proportionnalité en ce qu'elle vise à lutter contre l'antisémitisme et la haine raciale sans pour autant interdire les débats historiques.

B. | UNE PORTÉE ENRICHIE

728 Le Conseil constitutionnel a développé le champ d'application de la liberté d'expression et de communication tout en déduisant de nouvelles libertés sur ce fondement.

Extension des supports et des titulaires. Repoussant sans cesse les zones d'influence de l'article 11 de la Déclaration de 1789, la décision du 23 novembre 2012²⁵⁹ pose une réserve d'interprétation à l'encontre des dispositions du Code de l'environnement qui prévoient un régime d'autorisation administrative préalable pour l'installation de certains dispositifs de publicité extérieure. Sur le fondement de la liberté d'expression seulement, le Conseil soumet la conformité de la loi à l'assurance que ces dispositions législatives ne permettront pas à l'autorité administrative « d'exercer un contrôle préalable sur le contenu des messages publicitaires qu'il est envisagé d'afficher ».

La liberté d'expression des associations est également protégée dans la décision du 28 mai 2010²⁶⁰ à propos des conséquences de la reconnaissance par les pouvoirs publics de la représentativité de l'union nationale et des unions départementales des associations familiales.

Sur le fondement de l'article 11 de la Déclaration de 1789, le Conseil garantit spécifiquement la libre communication des pensées et des opinions et la libre expression des enseignants-chercheurs : « par leur nature même, les fonctions d'enseignement et de recherche non seulement permettent mais demandent, dans l'intérêt même du service, que la libre expression et l'indépendance des personnels soient garanties » par la loi, estime le Conseil dans la décision des 10 et 11 octobre 1984²⁶¹.

■ 258. CC 2015-512 QPC, 8 janvier 2016, JO 10 janvier 2016, texte n° 20. V. T. HOCHMANN, « Négationnisme : le Conseil constitutionnel entre ange et démon », RDLF 2016, chron. n° 3, www.revuedlf.com

■ 259. CC 2012-282 QPC, 23 novembre 2012, R. p. 596.

■ 260. CC 2010-3 QPC, 28 mai 2010, R. p. 97.

■ 261. CC 83-165 DC, 20 janvier 1984, R. p. 30. Dans le même sens, CC 93-322 DC, 28 juillet 1993, R. p. 204.

En opérant une interprétation évolutive de la liberté d'expression et de communication, la décision *Hadopi* du 10 juin 2009²⁶² consacre sur le fondement de l'article 11 la liberté d'accéder à internet, en raison de « l'état actuel des moyens de communication », le « développement généralisé » d'internet et son « importance (...) pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions ».

729 Usage de la langue de son choix. La liberté d'expression et de communication est encore au centre de l'argumentation qui a conduit le Conseil, dans sa décision du 29 juillet 1994²⁶³, à censurer partiellement la loi relative à l'emploi de la langue française. Choix au demeurant contesté par ceux qui considéraient que la base constitutionnelle pertinente en cette matière était l'article 2 de la Constitution disposant, depuis la révision du 25 juin 1992, que « la langue de la République est le français ». Le Conseil n'écarte évidemment pas l'article 2, mais, comme souvent, il le met en concurrence avec un autre principe constitutionnel, ici l'article 11 de la Déclaration de 1789, et vérifie si et comment le législateur a opéré la conciliation nécessaire entre eux. Ainsi armé, le Conseil distingue deux hypothèses. L'obligation faite aux personnes morales de droit public et aux personnes privées dans l'exercice d'une mission de service public d'utiliser le français dans la terminologie officielle définie par l'État n'est pas contraire à la Constitution sauf lorsqu'elle concerne les médias : pareille obligation, déclare en effet le Conseil, ne pouvait être imposée aux organismes et services de radiodiffusion sonore et télévisuelle, eu égard à « la liberté fondamentale de pensée et d'expression ». En revanche, deuxième hypothèse, la même obligation imposée aux personnes privées méconnaît l'article 11 de la Déclaration de 1789, qui « implique le droit pour chacun de choisir les termes jugés par lui le mieux appropriés à l'expression de sa pensée ». Autrement dit, pour tous les actes de la vie sociale des personnes privées, l'État n'a pas le pouvoir ni le droit d'imposer une terminologie officielle et de codifier la langue française ; il peut rendre obligatoire l'usage du français – dans la publicité, le commerce²⁶⁴, la communication audiovisuelle... –, non son contenu : cette responsabilité revient à chacun, c'est-à-dire, à l'usage, au peuple, « souverain seigneur de la langue », selon Malherbe. N'est-ce pas le sens véritable de la décision du Conseil, qui considère, dans une sorte d'*obiter dictum*, que « la langue française évolue, comme toute langue vivante, en intégrant dans le vocabulaire usuel des termes de diverses sources, qu'il s'agisse d'expressions issues de langues régionales, de vocables dits populaires ou de mots étrangers ».

Si, à propos des établissements « Diwan » où le breton est utilisé comme langue d'enseignement de toutes les disciplines et langue de communication au sein de l'école, le Conseil juge, dans sa décision du 27 décembre 2001²⁶⁵, « que, en vertu

■ 262. CC 2009-580 DC, 10 juin 2009, JO 13 juin 2009, p. 9675.

■ 263. CC 94-345 DC, 29 juillet 1994, R. p. 106. Voir également, CC 96-373DC, 9 avril 1996, R. p. 43.

■ 264. CC 2001-452 DC, 6 décembre 2001, R. p. 156 : il admet que le législateur, « pour tenir compte des pratiques ayant cours au sein des marchés internationaux », ait prévu la possibilité de rédiger les documents d'information destinés aux investisseurs potentiels « dans la langue usuelle en matière financière », mais il rappelle que dans leurs relations avec la Commission des opérations de bourse et, en cas de litige, avec les juridictions nationales, le français devra être utilisé.

■ 265. CC 2001-456 DC, 27 décembre 2001, R. p. 180.

de l'article 2 de la Constitution, l'usage d'une langue autre que le français ne peut être imposé aux élèves des établissements publics ni dans la vie de l'établissement, ni dans l'enseignement des disciplines autres que celle de la langue considérée », il admet, dans sa décision du 17 janvier 2002²⁶⁶, la constitutionnalité de l'enseignement de la langue corse dans les écoles maternelles et élémentaires « dès lors qu'il ne revêt pas un caractère obligatoire et qu'il n'a pas pour effet de soustraire les élèves aux droits et obligations applicables à l'ensemble des usagers ».

- 730** **Secret des sources.** De manière contestable, le Conseil constitutionnel refuse de déduire de la liberté d'expression et de communication une protection constitutionnelle du secret des sources des journalistes. La décision du 24 juillet 2015²⁶⁷ affirme ainsi « qu'aucune disposition constitutionnelle ne consacre spécifiquement (...) un droit au secret des sources des journalistes ». Certes, le secret des sources est protégé par ricochet sur le fondement, notamment du droit au respect de la vie privée, des droits de la défense ou de la liberté d'expression et de communication. Mais l'absence de protection constitutionnelle spécifique et précise n'est pas neutre sur le plan de l'intensité des atteintes que le Conseil pourra tolérer de la part du législateur. D'ailleurs, le secret des sources semble découler de la liberté de la presse dont il est une composante nécessaire puisqu'il en est une des conditions de son exercice ou, comme le dit la Cour de Strasbourg dans son arrêt *Goodwin*²⁶⁸, « l'une des pierres angulaires ». Ce que la rapporteure d'un projet de loi sur ce sujet avait résumé par la formule suivante : « sans protection du secret des sources des journalistes, pas de sources ; sans sources, pas d'information libre ; sans information libre, pas de démocratie »²⁶⁹.

§ 3. LES LIBERTÉS DE L'ACTION COLLECTIVE

- 731** La liberté d'association (A) et le droit d'expression collective des idées et des opinions (B) permettent à l'action collective d'agir librement²⁷⁰.

A. LA LIBERTÉ D'ASSOCIATION

- 732** Mettre en commun ses opinions, s'associer est aussi un principe fondamental reconnu par les lois de la République que le Conseil a consacré dans sa célèbre décision du 16 juillet 1971, en se fondant sur les dispositions générales de la loi républicaine du 1^{er} juillet 1901²⁷¹. Liberté constitutionnelle, *la liberté d'association* implique que le législateur ne peut soumettre à aucun contrôle préalable, administratif ou judiciaire, la constitution d'associations, et que celles-ci sont valides et bénéficient de la capacité juridique sous réserve du dépôt d'une déclaration

■ 266. CC 2001-454 DC, 17 janvier 2002, R. p. 70.

■ 267. CC 2015-478 QPC, 24 juillet 2015, JO, 26 juillet 2015, p. 12798

■ 268. CEDH 27 mars 1996, *Goodwin c. RU*, n° 17488/90.

■ 269. M.-A. CHAPDELAINE, Rapport AN du 11 décembre 2013, n° 1599.

■ 270. Sur la libre formation et le libre exercice des partis et groupements politiques, cf. *supra*, n° 448 et s.

■ 271. CC 71-44 DC, 16 juillet 1971, R. p. 29.

préalable. Ainsi, la décision du 9 avril 1996²⁷² censure une disposition du statut d'autonomie de la Polynésie française transférant à une autorité administrative la compétence pour désigner les services chargés de recueillir les déclarations d'association. En effet, la déclaration préalable d'une association lui permet d'agir en justice, de recevoir des dons, de percevoir des cotisations et de manière générale de gérer son fonctionnement. Dès lors, précise le Conseil, cette déclaration « qui constitue une condition essentielle de mise en œuvre d'une loi relative à l'exercice d'une liberté publique ne peut être réglementée par une autorité du territoire ». Le Conseil a cependant admis que des mesures spécifiques pouvaient être définies « à l'égard des catégories particulières d'associations ». Parmi celles-ci, le Conseil range, dans sa décision du 20 juillet 2000²⁷³, les fédérations de chasseurs : elles accomplissent des missions de service public (protection de la faune, répression du braconnage) perçoivent des ressources importantes (cotisations des chasseurs, taxes diverses, subventions des collectivités...) et doivent honorer des dépenses obligatoires (indemnisation des dégâts causés par le gibier...). Dès lors, ces caractéristiques justifient que le législateur ait fixé les règles d'organisation interne de ces fédérations et les ait obligées à conformer leurs statuts aux modèles élaborés par le ministre, à soumettre leur budget à l'approbation du préfet et à se plier au contrôle de la Cour des comptes et des chambres régionales des comptes. Il a également considéré que le législateur pouvait, sans porter atteinte à la liberté d'association, réglementer leurs modalités de financement et décider, par exemple, qu'elles peuvent « se procurer les ressources nécessaires à la réalisation de leur but par l'exercice d'activités lucratives », à condition toutefois que les bénéficiaires ne soient pas destinés à être partagés entre les membres de l'association²⁷⁴. De même, il a jugé que l'obligation faite aux associations appelant à la générosité publique d'en faire une déclaration à la préfecture respectait la liberté d'association, car cette disposition « a pour seul objet de porter à la connaissance de l'autorité administrative les objectifs poursuivis par l'appel et ne saurait être comprise comme conférant au préfet un pouvoir d'autorisation »²⁷⁵.

733 En QPC, le Conseil constitutionnel reconnaît évidemment l'invocabilité de la liberté d'association en tant que droit et liberté garantis par la Constitution. Il s'assure de son respect lors du contrôle des dispositions du Code de l'action sociale et des familles qui habilite l'Union nationale des associations familiales et les unions départementales des associations familiales à représenter les familles auprès des pouvoirs publics²⁷⁶. Lors de l'examen du nouveau régime de l'état d'urgence, le Conseil constitutionnel dissipe un doute sur l'impact du régime de la police de réunion qui permet durant la période d'état d'urgence d'ordonner la fermeture provisoire des salles de spectacle, débits de boissons et lieux de réunion de toute nature,

■ 272. CC 96-373 DC, 9 avril 1996, *R.* p. 43.

■ 273. CC 2000-434 DC, 20 juillet 2000, *R.* p. 107.

■ 274. CC 84-176 DC, 25 juillet 1984, *R.* p. 55.

■ 275. CC 91-299 DC, 2 août 1991, *R.* p. 124. Le Conseil a jugé également que l'obligation pour ces associations de tenir un compte d'emploi annuel de ces ressources ne portait pas atteinte à leur liberté car elle « n'a d'autre objet que de permettre aux adhérents et donateurs de s'assurer de la conformité des dépenses engagées aux objectifs poursuivis par l'appel à la générosité publique ».

■ 276. CC 2010-3 QPC, 28 mai 2010, *R.* p. 97.

ainsi que d'interdire les réunions de nature à provoquer ou à entretenir le désordre. En affirmant que ces dispositions « n'ont ni pour objet ni pour effet d'encadrer les conditions dans lesquelles les associations se constituent et exercent leur activité », le Conseil écarte la violation de la liberté d'association dans la décision du 19 février 2016²⁷⁷.

B. DROIT D'EXPRESSION COLLECTIVE DES IDÉES ET DES OPINIONS

734 Sans le fonder sur un texte précis, mais en le rattachant implicitement aux articles 10 et 11 de la Déclaration de 1789, le Conseil consacre, dans sa décision du 18 janvier 1995²⁷⁸, « le droit d'expression collective des idées et des opinions ». Cette consécration ne l'empêche pas de juger, en l'espèce, que le droit de manifester n'est pas mis en cause par la création d'une peine complémentaire d'interdiction de manifester à l'encontre de personnes s'étant rendues coupables d'infractions lors du déroulement d'une manifestation dès lors, précise-t-il, que cette peine n'est pas automatique mais décidée par le juge pénal, qu'elle n'est pas générale mais limitée aux lieux fixés par la décision de condamnation et, qu'en tout état de cause, elle ne peut être prononcée que pour une durée maximum de trois ans. De même, dans la décision du 25 février 2010²⁷⁹, les éléments constitutifs du nouveau délit de participation à un groupement en vue de commettre des violences ne sont pas jugés contraires au droit d'expression collective des idées et des opinions.

735 La véritable portée du « droit d'expression collective des idées et des opinions » est donnée dans la décision du 19 février 2016²⁸⁰, à propos de la police de réunion et des lieux publics dans le cadre de l'état d'urgence. Après avoir éludé la question de la violation de la liberté de manifestation et de réunion dans la première décision sur l'état d'urgence rendue le 22 décembre 2015²⁸¹, le Conseil constitutionnel apporte enfin des précisions sur le sort constitutionnel de ces libertés essentielles. Dans sa décision de renvoi, le Conseil d'État²⁸² avait d'ailleurs retenu le caractère nouveau de la question de constitutionnalité. Le Conseil constitutionnel établit tout d'abord un lien formel explicite entre l'article 11 de la Déclaration de 1789 et le droit d'expression collective des idées et des opinions. Ensuite, le Conseil affirme explicitement que la liberté de réunion découle de ce droit et confirme, moins clairement mais la jurisprudence antérieure dissipe les doutes, que la liberté de manifestation sur la voie publique est également protégée à ce titre bien qu'en l'espèce elle n'est pas mise en cause par les dispositions examinées. Sur le fond, la loi est déclarée conforme au regard du contexte de l'état d'urgence et de l'exigence de proportionnalité des mesures dont le contrôle est assuré par le juge administratif. Ainsi, au terme d'un contrôle minimum, les dispositions contestées « opèrent une

■ 277. CC 2016-535 QPC, 19 février 2016, JO 21 février 2016, texte n° 26.

■ 278. CC 94-352 DC, 18 janvier 1995, R. p. 170.

■ 279. CC 2010-604 DC, 25 février 2010, R. p. 70.

■ 280. CC 2016-535 QPC, 19 février 2016, JO 21 février 2016, texte n° 26.

■ 281. CC 2015-527 QPC, 22 décembre 2015, JO 256 décembre 2015, p. 24084.

■ 282. CE, 15 janvier 2016, *Ligue des droits de l'homme*, n° 395091.

conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée entre le droit d'expression collective des idées et des opinions et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public ».

§ 4. LIBERTÉ DE L'ENSEIGNEMENT ET LIBERTÉ UNIVERSITAIRE

A. LA LIBERTÉ D'ENSEIGNEMENT

736 Le Conseil constitutionnel aurait pu fonder la qualité constitutionnelle de la liberté d'enseignement sur la libre communication des pensées et des opinions. Cependant, même si cette liaison n'est pas tout à fait absente²⁸³, il a préféré faire de cette liberté un principe fondamental reconnu par les lois de la République, et notamment celle du 31 mars 1931²⁸⁴. Et il en a déduit que si l'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir constitutionnel de l'État, elle « ne saurait exclure l'existence de l'enseignement privé ». Toutefois, cette liberté n'interdit pas toutes interventions de l'État : il peut octroyer des subventions publiques aux établissements privés, sans avoir besoin de l'accord de la commune d'implantation qui doit donc participer aux dépenses de fonctionnement de ces écoles, sous réserve que leur allocation obéisse à des critères objectifs et respecte les principes d'égalité et de liberté²⁸⁵ ; il peut subordonner son aide financière « à la condition que les maîtres soient nommés en accord entre l'État et la direction de l'établissement », et la conclusion de contrats d'association à l'existence d'un besoin scolaire reconnu ; il peut encore résilier ces contrats « lorsque ne sont plus remplies les conditions auxquelles était subordonnée leur validité »²⁸⁶ ; enfin, le législateur doit garantir que le respect du caractère propre des établissements privés par les enseignants ne conduise pas à porter atteinte – par le licenciement, le refus de recrutement²⁸⁷... – à leur liberté de conscience. Sur le fondement de la liberté de l'enseignement et du principe de laïcité, la décision du 22 octobre 2009²⁸⁸ affirme solennellement que « sous réserve de fonder son appréciation sur des critères objectifs et rationnels », la loi peut prévoir « la participation des collectivités publiques au financement du fonctionnement des établissements d'enseignement privés sous contrat d'association selon la nature et l'importance de leur contribution à l'accomplissement de missions d'enseignement ». La liberté d'enseignement n'est pas non plus violée par les différences établies entre les établissements à propos de la possibilité de recevoir de la part des employeurs assujettis à la taxe d'apprentissage les versements libératoires au titre de la fraction dite du « hors quota » de cette taxe. La décision du 21 octobre 2015²⁸⁹ s'assure ainsi que

■ 283. « Dans l'intérêt même du service » d'enseignement, précise le Conseil, la libre expression et l'indépendance des professeurs doivent être garanties, CC 83-165 DC 20 janvier 1984, R. p. 30.

■ 284. CC 77-87 DC, 23 novembre 1977, R. p. 42.

■ 285. CC 93-329 DC, 13 janvier 1994, R. p. 9.

■ 286. CC 84-185 DC, 18 janvier 1985, R. p. 36.

■ 287. CC 77-87 DC, 23 novembre 1977, R. p. 42.

■ 288. CC 2009-591 DC, 22 octobre 2009, R. p. 187.

■ 289. CC 2015-496 QPC, 21 octobre 2015, JO 23 octobre 2015, p. 19737.

ces dispositions ne « portent pas atteinte au caractère propre de l'enseignement privé » et « n'ont pas pour effet, en elles-mêmes, d'empêcher de créer, de gérer ou de financer un établissement privé d'enseignement ». « Au total, écrit avec raison François Luchaire, l'enseignement privé subventionné présente bien des caractères du service public »²⁹⁰ !

B. | L'INDÉPENDANCE DES ENSEIGNANTS-CHERCHEURS

737 Outre la garantie de leur liberté de communication des pensées et des opinions, les enseignants-chercheurs universitaires bénéficient d'une garantie constitutionnelle d'indépendance. Initialement, la décision du 20 janvier 1984²⁹¹ garantit cette indépendance au profit des professeurs d'université sous la forme d'un PFRLR : « en ce qui concerne les professeurs », auxquels la loi déferée confie des responsabilités particulières, « la garantie de l'indépendance résulte en outre d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République et notamment par les dispositions relatives à la réglementation des incompatibilités entre le mandat parlementaire et les fonctions publiques ». Par cette formule, le Conseil renvoie implicitement à quatre lois républicaines²⁹² qui ont, chacune, établi et confirmé une exception à la règle du non-cumul du mandat parlementaire et des fonctions publiques, pour les professeurs d'université, au motif que leur indépendance et leur liberté les mettaient à l'abri des pressions gouvernementales²⁹³. De cette construction jurisprudentielle, le Conseil a conclu que l'indépendance des professeurs suppose une représentation propre et authentique dans les conseils de la communauté universitaire, et a censuré, en conséquence, les dispositions prévoyant l'élection des organes universitaires par un collège électoral unique, comprenant professeurs et « enseignants-chercheurs ayant une autre qualité »²⁹⁴. Dans sa décision du 6 août 2010²⁹⁵, il l'étend au moment de l'entrée en fonction par la garantie donnée aux enseignants-chercheurs d'être associés au recrutement de leurs pairs et en précisant, par une réserve d'interprétation, que le président de l'université ne pourra s'opposer à leurs choix que par un avis motivé excluant toute appréciation sur la qualification scientifique des candidats. Cette même décision applique fort logiquement la garantie d'indépendance aux maîtres de conférences. D'ailleurs, dans le cadre de

■ 290. F. LUCHAIRE, *op. cit.*, p. 118.

■ 291. CC 83-165 DC, 20 janvier 1984, *R.* p. 30.

■ 292. Loi organique du 15 mars 1849 (art. 86) ; loi organique du 30 novembre 1875 (art. 9) ; loi de finances du 30 décembre 1928 ; loi organique du 6 janvier 1950 (art. II).

■ 293. En 1971, la proposition de suppression de cette exception fut repoussée, après notamment que Gaston DEFFERRE ait déclaré que le Parlement tournerait « le dos à une tradition française républicaine de liberté », *JO Débats*, AN 25 novembre 1971, p. 6114.

■ 294. « Considérant, déclare le Conseil, que le libre exercice des responsabilités particulières attribuées aux professeurs en ce qui concerne la préparation des programmes, l'orientation des étudiants, la coordination des équipes pédagogiques et leur participation obligatoire aux décisions individuelles concernant la carrière des autres enseignants-chercheurs, serait altéré par l'existence d'un collège électoral unique ».

■ 295. CC 2010-20/21 QPC, 6 août 2010, *R.* p. 203. V. également la réserve posée sur le fondement de ce même PFRLR à propos du régime de réorientation des fonctionnaires, CC 2011-134 QPC, 17 juin 2011, *R.* p. 278. Sur la composition de la formation restreinte du conseil académique, cf. CC 2015-465 QPC, 24 avril 2015, *JO* 26 avril 2015, p. 7355.

l'examen d'une éventuelle incompatibilité d'un député, le Conseil affirme dans une décision du 19 décembre 2013²⁹⁶ que « les maîtres de conférences sont des enseignants-chercheurs titulaires comme les professeurs d'université et bénéficient des mêmes garanties d'indépendance que ces derniers ».

SECTION III | **LE DROIT AU JUGE**

738 En établissant des garanties constitutionnelles en matière de recours juridictionnel (§1) et de procédure juste et équitable (§2), le Conseil constitutionnel assure l'effectivité du droit au juge.

§ 1. | LES GARANTIES DU RECOURS JURIDICTIONNEL

739 Le Conseil constitutionnel s'assure que le législateur protège suffisamment l'accès au juge (A), cet accès constituant une condition prépondérante de l'appréciation de la conformité de la loi à la Constitution (B).

A. | LA PROTECTION DE L'ACCÈS AU JUGE

740 Après avoir usé de périphrases sur la nécessité pour le justiciable de pouvoir agir devant un juge, la décision du 9 avril 1996²⁹⁷ consacre solennellement, sur le fondement de l'article 16 de la Déclaration de 1789, le « droit des personnes d'exercer un recours effectif devant une juridiction ». L'examen des cas d'absence de recours (1) et de restrictions au droit à un recours (2) alimente une jurisprudence globalement attentive du Conseil constitutionnel.

1. | Le contrôle strict de l'absence de recours

741 En matière pénale, l'absence de tout recours donne généralement lieu à une censure. À propos des modalités de mise en œuvre des règles du mandat d'arrêt européen, le Conseil constitutionnel estime le 14 juin 2013²⁹⁸, à la suite de la question préjudicielle posée à la Cour de justice de l'Union européenne²⁹⁹, « qu'en privant les parties de la possibilité de former un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la chambre de l'instruction statuant sur une telle demande », le droit à un recours

■ 296. CC 2013-30 I, 19 décembre 2013, *R.* p. 1114.

■ 297. CC 96-373 DC, 9 avril 1996, *R.* p. 43. V. cependant, de manière implicite, CC 93-335 DC, 21 janvier 1994, *R.* p. 40 : « que dès lors il n'est pas porté d'atteinte substantielle au droit des intéressés d'exercer des recours ; qu'ainsi le moyen tiré d'une méconnaissance de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen manque en fait ».

■ 298. CC 2013-314 QPC, 14 juin 2013, *R.* p. 824.

■ 299. Cf. *supra*, n° 92 et s.

est violé. Par ailleurs, dès lors que la loi confère un droit à une partie, la méconnaissance éventuelle de ce droit doit pouvoir être contestée devant un juge. Ainsi, à propos du droit à l'enregistrement sonore des débats de la cour d'assises, la décision du 20 novembre 2015³⁰⁰ censure l'interdiction de tout recours en annulation en cas de méconnaissance de cette formalité.

742 Le Conseil constitutionnel veille également à ce que l'ensemble des justiciables concernés par un dispositif législatif puisse bénéficier d'un accès au juge, y compris les justiciables de nationalité étrangère. Dans la décision du 4 novembre 2010³⁰¹, il censure la loi de ratification d'un accord entre la France et la Roumanie au motif que, lorsque la décision d'expulsion d'un mineur roumain est prise par le parquet, l'accord ne prévoit pas, au bénéfice du mineur ou de toute personne intéressée, un recours contre cette mesure d'expulsion ; cette absence, conclut le Conseil, méconnaît le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif. De même, une réserve d'interprétation émise dans la décision du 7 novembre 2014³⁰² ouvre la possibilité d'agir devant les juridictions françaises au profit des associations ayant leur siège à l'étranger et qui ne disposent d'aucun établissement en France.

743 Évidemment, l'appréciation du respect du droit au recours suppose une approche globale de la procédure concernée. À propos du refus du juge d'instruction de délivrer un permis de visite à un membre de la famille de la personne détenue, la loi n'impose pas de statuer dans un délai déterminé. Ainsi, « l'absence de tout délai déterminé imparti au juge d'instruction pour statuer n'ouvre aucune voie de recours en l'absence de réponse du juge » et entraîne une violation de l'article 16 indique le Conseil dans la décision du 29 mai 2016³⁰³.

744 **Contextualisation du contrôle de l'absence de recours.** Le Conseil constitutionnel n'exerce pas un examen isolé de la lettre de la loi et de l'absence de recours prévu par les textes.

D'une part, il contextualise son contrôle en prenant en compte l'interprétation constante de la loi. Ainsi, l'effectivité du droit à un recours repose non pas seulement sur des dispositions législatives, mais également sur la jurisprudence. La décision *Amende forfaitaire* du 29 septembre 2010³⁰⁴ reconnaît que la Cour de cassation est intervenue pour répondre aux lacunes de la loi qui ne prévoyait pas d'accès au juge dans le contentieux des amendes forfaitaires du Code de la route, bien qu'une réserve d'interprétation complète les voies d'accès ouvertes aux justiciables. Dans la décision du 14 mai 2012³⁰⁵, à propos d'un certain type de décision prise par la commission arbitrale des journalistes, le Conseil rejette le grief de l'absence de recours car la « décision peut en effet, ainsi qu'il résulte de la jurisprudence

■ 300. CC 2015-499 QPC, 20 novembre 2015, JO 22 novembre 2015, p. 21748.

■ 301. CC 2010-614 QPC, 4 novembre 2010, JO 6 novembre 2010, p. 19825.

■ 302. CC 2014-424 QPC, 7 novembre 2014, JO 9 novembre 2014, p. 18975.

■ 303. CC 2016-543 QPC, 24 mai 2016, JO 29 mai 2016, texte n° 42.

■ 304. CC 2010-38 QPC, 29 septembre 2010, R. p. 252.

■ 305. CC 2012-243/244/245/246 QPC, 14 mai 2012, R. p. 263. V. également CC 2013-354 QPC, 22 novembre 2013, R. p. 1040.

constante de la Cour de cassation, faire l'objet, devant la cour d'appel, d'un recours en annulation ».

D'autre part, le Conseil constitutionnel apprécie la constitutionnalité de l'absence de recours en fonction des conséquences concrètes pour le justiciable sur l'exercice de ses droits et libertés. En matière de saisie pénale ou douanière, plusieurs décisions de non-conformité sont fondées sur une violation combinée du droit au recours et des droits et libertés affectés par cette absence de recours. Par exemple, dans la décision du 13 janvier 2012³⁰⁶ à propos de la procédure de confiscation des marchandises saisies en douane, le Conseil constitutionnel souligne la qualité de « propriétaire » et « l'atteinte à ses droits » pour estimer que l'absence de recours viole l'article 16. Cette politique jurisprudentielle est encore plus nette dans la décision du 16 octobre 2015³⁰⁷, à propos d'une demande de restitution d'un bien placé sous main de justice, où le Conseil affirme que l'absence de recours méconnaît « les exigences découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789 et prive de garanties légales la protection constitutionnelle du droit de propriété ». La violation de l'article 16 et la privation des garanties légales de la liberté d'entreprendre et du droit de propriété est également constatée dans la décision du 21 mars 2014³⁰⁸ « au regard des conséquences qui résultent de l'exécution de la mesure de saisie ». Le contrôle « interactif » de l'absence de recours avec les droits et libertés peut également concerner l'égalité devant la justice³⁰⁹ ou le droit au respect de la vie privée et le droit de mener une vie familiale normale dans la décision du 29 mai 2016³¹⁰, à propos de l'absence de voie de recours à l'encontre des décisions refusant l'accès au téléphone à une personne placée en détention provisoire.

2. Le contrôle relatif des restrictions au droit à un recours

745 Au-delà des hypothèses d'absence de tout recours, le juge constitutionnel exerce un contrôle sur le caractère excessif ou manifestement disproportionné des limitations apportées au droit à un recours. Le caractère substantiel de l'atteinte devient ainsi le critère de la conformité ou de la non-conformité, cette appréciation étant bien entendu relative, dépendante de l'objet de la loi, de l'enjeu pour le justiciable et de la conciliation opérée avec d'autres exigences³¹¹.

746 **Absence de garanties globales.** En dehors des privations de liberté individuelle qui imposent l'intervention d'un juge, le Conseil constitutionnel évite de formuler des exigences globales qui vaudraient pour l'ensemble des procédures. La jurisprudence constitutionnelle, ici encore, est donc affaire de pesée concrète et de conciliation. Ainsi, le Conseil refuse de considérer que le double degré de juridiction a

■ 306. CC 2011-208 QPC, 13 janvier 2012, *R.* p. 75.

■ 307. CC 2015-494 QPC, 16 octobre 2015, JO 18 octobre 2015, p. 19447.

■ 308. CC 2014-375 QPC, 21 mars 2014, JO 23 mars 2014, p. 5737.

■ 309. CC 2015-479 QPC, 31 juillet 2015, JO 2 août 2015, p. 13259.

■ 310. CC 2016-543 QPC, 24 mai 2016, JO 29 mai 2016, texte n° 42.

■ 311. Pour des illustrations de violation du droit à un recours, cf. par ex. CC 96-373 DC, 9 avril 1996, *R.* p. 43 ; CC 2011-203 QPC, 2 décembre 2011, *R.* p. 572.

en lui-même valeur constitutionnelle dans la décision du 12 février 2004³¹². Le législateur peut également exiger un recours administratif préalable, à peine d'irrecevabilité d'un recours contentieux, sans méconnaître le droit à un recours effectif³¹³.

747 Conciliation. En matière de perquisitions fiscales, la protection du droit à un recours est nettement amoindrie. Dans la décision du 30 juillet 2010³¹⁴, le Conseil constitutionnel juge ainsi suffisante la seule possibilité d'obtenir ultérieurement l'annulation des opérations de visite. En elle-même, la perquisition fiscale n'est pas susceptible de recours au regard de l'objectif de valeur constitutionnelle de la lutte contre la fraude fiscale qui suppose que ces visites soient efficaces. L'appréciation de l'équilibre de la procédure et du caractère substantiel des limitations apportées au droit à un recours s'opère en tenant compte également, par exemple, de la liberté d'expression dans la décision du 17 mai 2013³¹⁵, ou du risque d'insécurité juridique des opérations d'urbanisme qui justifie dans la décision du 17 juin 2011³¹⁶ qu'une association ne soit recevable à agir contre une décision relative à l'occupation ou l'utilisation des sols que si le dépôt des statuts de l'association en préfecture est intervenu antérieurement à l'affichage en mairie de la demande du pétitionnaire. Le droit à un recours juridictionnel effectif doit également se concilier avec le principe de la séparation des pouvoirs qui garantit l'autonomie des assemblées parlementaires. Illustrant le caractère réversible de l'article 16, la décision du 13 mai 2011³¹⁷ estime qu'en prévoyant possibilité pour un syndicat d'intervenir à l'appui du recours d'un agent du parlement, et non d'agir directement, « le législateur a assuré une conciliation qui n'est pas disproportionnée entre le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif et le principe de séparation des pouvoirs garantis par l'article 16 de la Déclaration de 1789 ». Ou comment, au nom de la séparation des pouvoirs garanti par l'article 16, le Parlement peut restreindre le droit au recours, également garanti par l'article 16, contre les décisions adoptées par ses propres services. Bien que le régime contentieux des actes parlementaires ait été clarifié³¹⁸, il faut bien admettre le côté byzantin de l'affaire.

748 Restrictions particulières. Le respect du droit à un recours juridictionnel effectif ne s'évalue pas de manière désincarnée en prenant comme seul repère la figure abstraite du justiciable. Autant que possible dans un contrôle qui reste éloigné des faits d'une espèce donnée, le Conseil constitutionnel s'assure que les personnes directement concernées par l'objet de la loi sont en mesure d'exercer de manière effective leur droit à un recours. Ainsi, l'absence d'information des personnes qui

■ 312. CC 2004-491 DC, 12 février 2004, *R.* p. 60. V. également CC 2012-243/244/245/246 QPC, 14 mai 2012, *R.* p. 263 ; CC 2013-338/339 QPC, 13 septembre 2013, *R.* p. 927.

■ 313. CC 2003-484 DC, 20 novembre 2003, *R.* p. 438.

■ 314. CC 2010-19/27 QPC, 30 juillet 2010, *R.* p. 190.

■ 315. CC 2013-311 QPC, 17 mai 2013, *R.* p. 740.

■ 316. CC 2011-138 QPC, 17 juin 2011, *R.* p. 291.

■ 317. CC 2011-129 QPC, 13 mai 2011, *R.* p. 239.

■ 318. CE Ass., 5 mars 1999, *Président de l'Assemblée nationale*, n° 163328 ; Loi n° 2003-710 du 1^{er} août 2003, JO 2 août 2003.

présentent un lien étroit avec un enfant les empêchent de pouvoir agir de manière effective pour contester l'arrêté du Président du conseil général qui admet cet enfant en qualité de pupille de l'État³¹⁹. Les restrictions affectant les personnes morales de droit public sont également contrôlées. Ainsi, en vertu d'une disposition de la loi du 29 juillet 1881, les autorités publiques dotées de la personnalité morale autres que l'État victimes de diffamation ne peuvent ni engager l'action publique devant les juridictions pénales aux fins de se constituer partie civile ni agir devant les juridictions civiles pour demander la réparation de leur préjudice : la violation de l'article 16 est constatée par une décision du 25 octobre 2013³²⁰. De même, le Conseil constitutionnel prend en compte les précisions fournies par la jurisprudence judiciaire ou administrative. Ainsi, en matière de responsabilité solidaire des dirigeants pour le paiement d'une amende fiscale, le Conseil juge le 21 janvier 2011³²¹ que la loi est conforme à l'article 16, car « il ressort des dispositions applicables du livre des procédures fiscales, telles qu'elles sont appliquées par les juridictions compétentes, que [des] voies de recours leur sont offertes ».

749 Faibles restrictions. Dans plusieurs hypothèses, des restrictions financières, juridiques ou pratiques posées par la loi sont admises, en raison de leur faible impact, du moins selon l'appréciation du Conseil constitutionnel. Par exemple, la contribution pour l'aide juridique et le droit de 150 euros dus par les parties en instance d'appel ne portent pas une atteinte disproportionnée à l'article 16, « eu égard à leur montant et aux conditions dans lesquelles ils sont dus », juge le Conseil dans la décision du 13 avril 2012³²². L'exclusion des droits de plaidoirie du champ de l'aide juridictionnelle ne méconnaît pas « eu égard à leur faible montant, le droit au recours effectif devant une juridiction », estime-t-il également dans la décision du 25 novembre 2011³²³.

B. LA FONCTION ÉMINENTE DU RECOURS AU JUGE

1. Le droit à un recours, caution constitutionnelle

750 Le contrôle de constitutionnalité tend toujours davantage à se dédoubler. Il ne porte pas seulement sur l'objet de la loi, il porte aussi sur le régime juridique auquel cet objet est soumis. Et il semble glisser de plus en plus du premier vers le second. Le contrôle de la loi est « médiatisé » ; il est moins une confrontation de l'objet de la loi à la constitution qu'une confrontation du régime juridique de l'objet légiféré aux exigences constitutionnelles. Or, parmi les éléments du régime juridique que le Conseil constitutionnel prend en compte, la possibilité d'un recours juridictionnel s'avère déterminante.

C'est grâce à la possibilité d'agir ultérieurement devant un juge que la loi peut conférer des pouvoirs à une commission administrative afin de gérer toute difficulté

■ 319. CC 2012-268 QPC, 27 juillet 2012, R. p. 441.

■ 320. CC 2013-350 QPC, 25 octobre 2013, R. p. 1010.

■ 321. CC 2010-90 QPC, 21 janvier 2011, R. p. 81.

■ 322. CC 2012-231/234 QPC, 13 avril 2012, R. p. 193.

■ 323. CC 2011-198 QPC, 25 novembre 2011, R. p. 553.

tenant au fonctionnement d'un système de vidéosurveillance, précise la décision du 18 janvier 1995³²⁴. Le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes est constitutionnellement toléré pour ce même motif et lorsque l'atteinte à une liberté est jugée trop substantielle, le Conseil exige seulement que le législateur confie à un juge cette responsabilité. Dans la décision du 10 juin 2009 sur la loi Hadopi, la sanction de la coupure de l'accès à internet prononcée par la commission de protection des droits, « qui n'est pas une juridiction », précise le Conseil, est jugé contraire à la Constitution. Le législateur pouvait limiter cette composante de la liberté d'expression et de communication, mais à condition qu'un juge intervienne : « eu égard à la nature de la liberté garantie par l'article 11 de la Déclaration de 1789, le législateur ne pouvait, quelles que soient les garanties encadrant le prononcé des sanctions, confier de tels pouvoirs à une autorité administrative dans le but de protéger les droits des titulaires du droit d'auteur et de droits voisins ».

De même, dans la décision du 11 avril 2014³²⁵, le Conseil juge que l'objet de la disposition législative querellée, qui est de permettre au procureur de la République de faire détruire les objets saisis dont la conservation n'est plus nécessaire à la manifestation de la vérité, n'est pas contraire à la constitution et répond même à des exigences constitutionnelles puisque cette destruction, en limitant la durée de stockage des biens saisis, favorise « une bonne administration de la justice et un bon usage des deniers publics » ; en revanche, il juge que le régime juridique de cette destruction n'est pas conforme à la Constitution car le législateur n'a pas permis aux personnes intéressées par cette destruction ni d'être préalablement avisées de cette destruction, ni de la contester devant une juridiction ; dès lors, conclut le Conseil, le droit à un recours effectif a été méconnu. Dans la décision du 13 juin 2014³²⁶, le Conseil considère que l'objet de la disposition critiquée qui est d'imposer la comparution personnelle de l'accusé devant la cour d'assise n'est pas contraire à la Constitution, car cette obligation, en permettant que « le procès puisse être utilement conduit à son terme et qu'il soit définitivement statué sur l'accusation », poursuit un « objectif d'intérêt général » ; mais, observant que le non-respect de l'obligation de comparaître conduit à rendre immédiatement exécutoire la condamnation contestée et à priver l'accusé du droit de faire réexaminer son affaire par une juridiction d'appel, le Conseil juge que ce régime juridique est contraire à la Constitution en ce qu'il « porte au droit à recours juridictionnel une atteinte disproportionnée au regard de l'objectif d'intérêt général poursuivi ».

751 Le recours juridictionnel contre une décision devient le critère dominant d'appréciation de la constitutionnalité d'une disposition législative : ou ce droit existe et elle sera déclarée constitutionnelle ou il est absent et elle sera sanctionnée. Cette focalisation constitutionnelle sur l'existence ou non d'un droit au recours a pour avantage – d'autres diront, pour inconvenient ! – de reconnaître et consacrer le rôle aujourd'hui déterminant de la justice dans la qualité démocratique d'une

■ 324. CC 94-352 DC, 18 janvier 1995, *R.* p. 170.

■ 325. CC 2014-390 QPC, 11 avril 2014, JO 13 avril 2014, p. 6693. V. également la décision du 21 mars 2014 sanctionnant pour les mêmes motifs le régime juridique de saisie des navires utilisés pour commettre des infractions en matière de pêche maritime, CC 2014-375 QPC, 21 mars 2014, JO, 23 mars 2014, p. 5737.

■ 326. CC 2014-403 QPC, 13 juin 2014, JO 15 juin 2014, p. 9972

législation. Mais cette réduction du contrôle au respect des exigences que le Conseil déduit de l'article 16 de la Déclaration comporte le risque d'abandonner toute appréciation de la constitutionnalité de l'objet légiféré. Même si le Conseil peut trouver intérêt à cette réduction qui le tient à une relative distance du contenu législatif, l'existence d'un recours ne saurait suffire à valider une disposition législative dont l'objet serait contraire à la Constitution. Pour le dire concrètement, une loi qui porte une atteinte grave à une liberté ou un droit – liberté d'aller et venir, droit au respect de la vie privée... – doit pouvoir être sanctionnée pour la raison de cette atteinte même si le législateur a prévu un recours juridictionnel. D'autant que le recours au juge peut parfois susciter des espoirs déçus au regard du type de recours ouvert et de l'étendue de l'office du juge saisi. Le Conseil se contente par exemple d'une voie de recours postérieure à l'intervention d'une perquisition dans le cadre de l'état d'urgence. Bien que la décision du 19 février 2016³²⁷ affirme que « les personnes intéressées ne sont pas privées de voies de recours », ces voies de recours permettront seulement d'engager la responsabilité de l'État.

Au demeurant, si le Conseil continue à faire du droit au recours l'élément déterminant de son appréciation de constitutionnalité, il conviendra pour lui d'être plus attentif qu'il ne l'est actuellement aux règles qui encadrent, c'est-à-dire qui restreignent ce droit³²⁸, et pour le législateur et le constituant d'assurer à la justice les moyens institutionnels de son indépendance.

2. | L'effectivité de la décision du juge

752 Effet suspensif. En lui-même, le caractère non suspensif d'une voie de recours ne méconnaît pas le droit à un recours juridictionnel effectif garanti par l'article 16 de la Déclaration de 1789.

Cependant, la question de l'effet suspensif du recours est intégrée à l'appréciation globale de l'équilibre de la procédure. Dans la décision du 30 juillet 2010³²⁹, le défaut de caractère suspensif n'est pas jugé contraire à l'article 16 de la Déclaration de 1789. Saisi de la réforme du cadre légal des visites et saisies effectuées par les agents de l'administration fiscale, le Conseil énumère les garanties nouvelles et estime que « si les dispositions contestées prévoient que l'ordonnance autorisant la visite est exécutoire "au seul vu de la minute" et que l'appel n'est pas suspensif », c'est pour assurer l'efficacité de la procédure de visite et ainsi lutter contre la fraude fiscale.

En revanche, l'impact de l'absence d'effet suspensif est plus important dans la décision du 2 décembre 2011³³⁰ relative à la vente des biens saisis par l'administration douanière. Tout en confirmant que « le caractère non suspensif d'une voie de recours ne méconnaît pas, en lui-même, le droit à un recours juridictionnel effectif », le Conseil dresse le bilan de la procédure au regard de l'article 16. Or, le défaut de caractère suspensif du recours s'ajoute au caractère définitif de l'aliénation, au fait que le propriétaire n'est pas entendu ou appelé lors de l'examen par le

■ 327. CC 2016-536 QPC, 19 février 2016, JO 21 février 2016, texte n°27.

■ 328. V. par exemple, CC 2010-19/27, QPC, 30 juillet 2010, R. p. 190.

■ 329. CC 2010-19/27 QPC, 30 juillet 2010, R. p. 190.

■ 330. CC 2011-203 QPC, 2 décembre 2011, R. p. 572.

juge de la demande d'aliénation. Le cumul de ces éléments défavorables au justiciable justifie l'abrogation de la loi.

753 Droit à l'exécution des décisions. « Toute décision de justice a force exécutoire », rappelle le Conseil dans sa décision du 29 juillet 1998³³¹ ; dès lors, la règle selon laquelle la force publique doit, si elle y est requise, prêter main-forte à cette exécution « est le corollaire du principe de la séparation des pouvoirs énoncé à l'article 16 de la Déclaration de 1789 ». Et, en l'espèce, le Conseil considère, sans doute abusivement³³², que soumettre l'octroi du concours de la force publique pour l'exécution d'un jugement d'expulsion à la réalisation préalable d'une démarche du préfet en faveur du relogement des personnes expulsées est contraire à la Constitution.

Le régime des astreintes prononcées à l'encontre des personnes morales de droit public a également été l'objet d'une décision du Conseil du 6 mars 2015³³³. Après avoir longtemps été exclue, la possibilité de prononcer une astreinte à l'encontre de l'administration pour inexécution d'une décision rendue par une juridiction administrative est reconnue par la loi du 16 juillet 1980 ; mais, à la différence des procédures civiles où le créancier de l'astreinte en est aussi le bénéficiaire, le législateur a prévu que, lorsque l'État est le débiteur de l'astreinte, le juge administratif peut décider de ne pas attribuer l'intégralité de la somme au demandeur. Saisi dans le cadre d'une QPC de la constitutionnalité de cette « complaisance », le Conseil reconnaît que « le droit des personnes à exercer un recours juridictionnel effectif comprend celui d'obtenir l'exécution des décisions juridictionnelles », mais il valide le privilège accordé au bénéfice de l'administration au motif que ce droit à l'exécution des décisions de justice « est garanti par le pouvoir d'appréciation reconnu au juge »... administratif dans la détermination de la part qui ne sera pas attribuée au demandeur ! Que le juge de l'administration soit la garantie pour le justiciable que l'administration devra lui verser une part d'astreinte « raisonnable » en cas d'inexécution d'une décision de justice la condamnant est une « solution risible », aurait peut-être dit le doyen Vedel³³⁴.

§ 2. LES GARANTIES D'UNE PROCÉDURE JUSTE ET ÉQUITABLE

754 Après quelques hésitations terminologiques, le Conseil a reconnu sur le fondement de l'article 16 de la Déclaration de 1789 « le droit à un procès équitable, ainsi que les droits de la défense lorsqu'est en cause une sanction ayant le caractère d'une punition »³³⁵. À défaut de se référer à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, le Conseil européenise l'écriture de ce droit et le rend autonome d'autres droits proches comme le droit à un recours

■ 331. CC 98-403 DC, 29 juillet 1998, R. p. 276.

■ 332. V. D. ROUSSEAU, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », *RDP*, 1999, p. 79 et s.

■ 333. CC 2014-455 QPC, 6 mars 2015, JO 8 mars 2015, p. 4313.

■ 334. G. VEDEL, « La République mande et ordonne », *Le Monde*, 6 mai 1977.

■ 335. CC 2006-540 DC, 27 juillet 2006, R. p. 88.

juridictionnel effectif. Ainsi, la jurisprudence constitutionnelle protège les droits de la défense, ainsi que le principe du contradictoire qui en découle (A), et s'assure de l'équilibre des droits des parties (B).

A. DROITS DE LA DÉFENSE ET PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE

755 En matière de garanties procédurales contre tout risque d'arbitraire, le principe le plus important est celui du respect des droits de la défense, dont le Conseil a fait un principe fondamental reconnu par les lois de la République³³⁶, requalifié, dans la décision du 13 août 1993³³⁷, de « droit fondamental à caractère constitutionnel », avant d'être rattaché à l'article 16 de la Déclaration de 1789 dans la décision du 30 mars 2006³³⁸. L'appréciation du respect des droits de la défense se fait la plupart du temps de manière globale, comme l'illustrent la censure de la loi sur la garde à vue le 30 juillet 2010³³⁹. De même, dans la décision du 21 mars 2014³⁴⁰ relative au régime de saisie des navires de pêche, la censure sur le fondement de l'article 16 de la Déclaration de 1789 est prononcée « au regard des conséquences qui résultent de l'exécution de la mesure de saisie » et de la « combinaison » – le mot est parfaitement illustratif du raisonnement suivi – « du caractère non contradictoire de la procédure et de l'absence de voie de droit permettant la remise en cause de la décision du juge ».

756 **Rôle de l'avocat.** Avec la décision du 11 août 1993, le Conseil franchit un pas en affirmant la valeur constitutionnelle du « droit de la personne à s'entretenir avec un avocat au cours de la garde à vue »³⁴¹. Mais, c'est par la QPC que le Conseil a donné sa pleine portée aux droits de la défense. Dans sa décision du 30 juillet 2010³⁴², il abroge le régime de droit commun de la garde à vue au motif qu'il « ne permet pas à la personne interrogée, alors qu'elle est retenue contre sa volonté, de bénéficier de l'assistance effective d'un avocat ». Et, dans sa décision du 17 février 2012³⁴³, il censure la disposition restreignant la liberté de choix de son avocat par la personne gardée à vue. La décision *Retenue douanière* du 22 septembre 2010³⁴⁴ s'inscrit dans la même logique. En réalité, la « retenue douanière » porte mal son nom : comme souvent à propos des mécanismes du droit fiscal et/ou douanier, les termes employés par le législateur sont un reflet très infidèle de la réalité. En l'occurrence, la retenue douanière est simplement une garde à vue adaptée aux particularités de la matière. Mais le faux semblant terminologique ne trompe pas le Conseil : la « retenue douanière » conduit aux mêmes effets que la garde à vue de

■ 336. CC 80-127 DC, 19-20 janvier 1981, R. p. 15.

■ 337. CC 93-325 DC, 13 août 1993, R. p. 224.

■ 338. CC 2006-535 DC, 30 mars 2006, R. p. 50.

■ 339. CC 2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010, R. p. 224

■ 340. CC 2014-375 et autres QPC, 21 mars 2014, JO 23 mars 2014, p. 5737.

■ 341. CC 93-226 DC, 11 août 1993, R. p. 217.

■ 342. CC 2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010, R. p. 224

■ 343. CC 2012-223 QPC, 17 février 2012, JO 18 février 2012, p. 2846

■ 344. CC 2010-32 QPC, 22 septembre 2010, R. p. 241.

droit commun, notamment en ne prévoyant pas l'intervention d'un avocat et en ne garantissant pas le droit de garder le silence pour la personne retenue. Ces atteintes, précise le Conseil, sont acceptables lorsqu'il s'agit de « retenir » un bien, mais elles ne le sont plus lorsqu'il s'agit de retenir un individu. Dès lors, « la conciliation entre la prévention de l'ordre public (...) et l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ne peut être regardée comme équilibrée ». Dans la décision du 6 mai 2011³⁴⁵, le Conseil confirme en creux le rôle essentiel de l'avocat en estimant que lors du déferrement devant le procureur de la République, où la personne ne bénéficie pas de l'assistance d'un avocat, l'article 393 du Code de procédure ne saurait permettre que soient recueillies et consignées les déclarations de la personne sur les faits qui font l'objet de la poursuite. En revanche, à titre exceptionnel, indique la décision du 17 février 2012³⁴⁶, la liberté de choisir son avocat peut être différée pendant la durée de sa garde à vue afin de ne pas compromettre la recherche des auteurs de crimes et délits en matière de terrorisme ou de garantir la sécurité des personnes. Le Conseil censure cependant la loi pour incompétence négative en lien avec les droits de la défense, en ce qu'elle n'oblige pas à motiver la décision de différer et ne définit pas les circonstances et les raisons permettant d'imposer une telle restriction aux droits de la défense.

757 **Champ d'application élargi.** Parmi une jurisprudence abondante, les droits de la défense et le principe du contradictoire sont applicables, bien évidemment, aux procédures pénales à l'image de la réserve d'interprétation émise le 13 juillet 2011³⁴⁷ selon laquelle les dispositions contestées ne sauraient, « sans apporter une restriction injustifiée aux droits de la défense », s'interpréter comme excluant « le droit de la personne mise en examen de former appel d'une ordonnance du juge d'instruction ou du juge des libertés et de la détention faisant grief à ses droits ». Au nom du respect des droits de la défense, la décision du 2 mars 2016³⁴⁸ s'assure que le juge administratif appréciera « au regard des éléments débattus contradictoirement devant lui, l'existence des motifs justifiant la mesure de gel temporaire des avoirs ». Les autorités administratives, indépendantes³⁴⁹ ou non³⁵⁰, sont également soumises au respect des droits de la défense dès lors qu'elles exercent le pouvoir de prononcer une sanction ayant le caractère de punition. D'ailleurs, la notion autonome de sanction ayant le caractère de punition³⁵¹ oriente l'applicabilité des droits de la défense, conformément à l'affirmation solennelle selon laquelle l'article 16 de la Déclaration de 1789 implique notamment « qu'aucune sanction ayant le caractère d'une punition ne puisse être infligée à une personne sans que celle-ci ait été

■ 345. CC 2011-125 QPC, 6 mai 2011, R. p. 218. Sur la censure de la communication du réquisitoire aux seuls avocats des parties et non à la personne qui a choisi de se défendre seule, cf. CC 2011-160 QPC, 9 septembre 2011, R. p. 438 ; cf. T.-S. RENOUX, M. DE VILLIERS, X. MAGNON (dir.), *Code constitutionnel*, Lexisnexis, 2015, p. 335s.

■ 346. CC 2011-223 QPC, 17 février 2012, R. p. 126. V. également CC 2014-428 QPC, 21 novembre 2014, JO 23 novembre 2014 p. 19675.

■ 347. CC 2011-153 QPC, 13 juillet 2011, R. p. 362.

■ 348. CC 2015-524 QPC, 2 mars 2016, JO 4 mars 2016, texte n° 121.

■ 349. CC 88-248 DC, 17 janvier 1989, R. p. 18.

■ 350. CC 2006-535 DC, 30 mars 2006, R. p. 50.

■ 351. Cf. *supra*, n° 326 et s.

mise à même de présenter ses observations sur les faits qui lui sont reprochés » et « que le principe des droits de la défense s'impose aux autorités disposant d'un pouvoir de sanction sans qu'il soit besoin pour le législateur d'en rappeler l'existence »³⁵². Dès lors, en matière de transaction pénale, qui n'est pas une sanction punitive, les griefs tirés de la violation des droits de la défense sont inopérants³⁵³.

758 **Enquête administrative.** Lors de la phase d'enquête administrative, les droits de la défense sont en retrait. Ainsi, le droit reconnu aux agents de l'administration d'accéder aux documents relatifs aux opérations en cours « ne saurait, en lui-même, méconnaître les droits de la défense », affirme la décision du 27 janvier 2012³⁵⁴. Dès lors que ces agents ne disposent pas d'un pouvoir d'exécution forcée, un pouvoir d'audition ou de perquisition et que seuls les documents volontairement communiqués peuvent être saisis, les droits de la défense ne trouvent pas à s'appliquer. Un raisonnement similaire est tenu dans la décision du 24 octobre 2014³⁵⁵ à propos de la procédure d'enquête administrative préalable à un éventuel renvoi devant la Cour de discipline budgétaire et financière.

B. | L'ÉQUILIBRE DES DROITS DES PARTIES

759 Le Conseil constitutionnel déduit de l'article 16 de la Déclaration de 1789 le caractère équilibré de la procédure juridictionnelle et des droits des parties. Après avoir formulé cette exigence en matière de procédure pénale³⁵⁶, le Conseil considère de manière générale « que, si le législateur peut prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, c'est à la condition que ces différences ne procèdent pas de distinctions injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales, notamment quant au respect du principe des droits de la défense, qui implique en particulier l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties »³⁵⁷. Par cette formule « de l'équilibre des droits des parties » qui est inspirée par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, le Conseil introduit dans la pratique française, la règle anglo-saxonne du *due process of law* : tout homme, étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été jugé coupable, ne peut se voir imposer des mesures répressives sans avoir été mis en mesure de connaître les faits qui lui sont reprochés et de présenter ses moyens de défense.

Le Conseil est par exemple attentif à l'équilibre des droits entre la partie civile et le parquet. L'article 575 du Code de procédure pénale limitait fortement la possibilité reconnue aux parties civiles de se pourvoir en cassation contre les décisions

■ 352. CC 2014-423 QPC 24 octobre 2014, JO 26 octobre 2014, p. 17776.

■ 353. CC 2006-535 DC, 30 mars 2006, R. p. 50 ; CC 2014-416 QPC, 26 septembre 2014, JO 28 septembre 2014, p. 15791.

■ 354. CC 2011-214 QPC, 27 janvier 2012, R. p. 94.

■ 355. CC 2014-423 QPC 24 octobre 2014, JO 26 octobre 2014, p. 17776.

■ 356. CC 89-260 DC, 28 juillet 1989, R. p. 71.

■ 357. CC 2011-213 QPC, 27 janvier 2012, R. p. 90.

de la chambre de l'instruction, afin de ne pas transformer les parties civiles en procureur alternatif. Mais pour le Conseil, aucun élément ne justifie cette « inégalité » dans le respect des droits de la défense : tout comme la personne mise en examen, la partie civile doit pouvoir exprimer l'ensemble de ses prétentions, y compris devant le juge de cassation. En conséquence, dans sa décision *Région Languedoc-Roussillon* du 23 juillet 2010³⁵⁸, le Conseil juge que « cette disposition [l'article 575 du Code de procédure pénale] porte une restriction injustifiée aux droits de la défense ». Lors de l'examen des réformes relatives à l'action de groupe, le Conseil revient longuement sur les étapes de la procédure afin de s'assurer que les dispositions contestées n'ont pas « pour effet d'attirer des consommateurs à une procédure sans qu'ils aient été en mesure d'y consentir en pleine connaissance de cause » et ne privent pas de « moyens de défense relatifs à l'indemnisation individuelle des consommateurs intéressés »³⁵⁹.

760 Inopérant en matière de garde à vue. L'équilibre des droits entre les parties est une notion relative car elle ne s'applique pas avec la même intensité à tous les stades d'une procédure. En matière de garde à vue, le Conseil constitutionnel devait se prononcer sur l'impossibilité pour l'avocat d'accéder aux pièces du dossier, excepté les procès-verbaux de placement en garde à vue et d'audition de la personne, ainsi que le certificat médical établi au début de la garde à vue. La décision du 18 novembre 2011³⁶⁰ établit une limite aux règles du procès équitable durant la garde à vue. Le Conseil estime que durant cette phase de la procédure pénale, il ne s'agit pas de discuter le bien-fondé de la mesure de placement en garde à vue, la décision de la légalité des actes d'enquête ou le bien-fondé des éléments de preuve, dès lors qu'une décision de poursuite n'a pas été prise à ce stade. Ce n'est que devant les juridictions d'instruction ou de jugement qu'une telle discussion aura lieu. Dès lors, conclut le Conseil, « les griefs tirés de ce que les dispositions contestées relatives à la garde à vue n'assureraient pas l'équilibre des droits des parties et le caractère contradictoire de cette phase de la procédure pénale sont inopérants ».

761 Mode de preuve. Bien que le Conseil rappelle régulièrement que le principe du procès équitable ne signifie pas que les parties, notamment le parquet, soient placés dans la même situation et doivent bénéficier des mêmes droits, l'équilibre de la procédure commande que les modes de preuve ne soient pas nettement défavorables à l'une des parties. En matière de garde à vue, par exemple, « il appartient en tout état de cause à l'autorité judiciaire de veiller au respect du principe de loyauté dans l'administration de la preuve », affirme le Conseil dans sa décision du 18 novembre 2011³⁶¹. Mais l'équilibre des droits des parties s'apprécie plus en amont, à l'image de la réserve d'interprétation dans la décision du 30 mars 2012³⁶² qui réduit la portée de l'avantage accordé sans limite de temps au ministère

■ 358. CC 2010-15/23 QPC, 23 juillet 2010, R. p. 161 ; comp. CEDH 3 décembre 2002, *Berger c. France*, n° 48221/99.

■ 359. CC 2014-690 DC, 13 mars 2014, JO 18 mars 2014, p. 5450. V. également CC 2015-727 DC, 21 janvier 2016, JO 27 janvier 2016, texte n° 2.

■ 360. CC 2011-191/194/195/196/197 QPC, 18 novembre 2011, R. p. 544.

■ 361. CC 2011-191/194/195/196/197 QPC, 18 novembre 2011, R. p. 544.

■ 362. CC 2012-227 QPC, 30 mars 2012, R. p. 175.

public dans l'administration de la preuve. Alors qu'une personne ayant la nationalité française en raison de son mariage devait prouver durant toute sa vie que la communauté de vie n'a pas cessé, le Conseil constitutionnel limite la portée de ce déséquilibre en l'appliquant seulement aux instances engagées dans les deux années de la date de l'enregistrement de la déclaration ; dans les instances engagées postérieurement, il appartient au ministère public de rapporter la preuve du mensonge ou de la fraude invoqué et « sous cette réserve, l'article 26-4 du code civil ne méconnaît pas le respect des droits de la défense ».

En matière de procédure administrative, la décision du 4 décembre 2013³⁶³ apporte une précision décisive, d'ailleurs à l'origine d'une évolution de jurisprudence du Conseil d'État³⁶⁴, à propos de la loyauté de la preuve. En vertu de la loi déferée, les documents, pièces ou informations que l'administration fiscale utilise et qui sont portés à sa connaissance ne peuvent être écartés « au seul motif de leur origine ». Or, au nom des droits de la défense, mais également le droit au respect de la vie privée, ces dispositions ne sauraient, selon la réserve d'interprétation émise par le Conseil constitutionnel, « permettre aux services fiscaux et douaniers de se prévaloir de pièces ou documents obtenus par une autorité administrative ou judiciaire dans des conditions déclarées ultérieurement illégales par le juge ».

C. LA PUBLICITÉ DES AUDIENCES

762 Principe de procédure également important pour les droits de la défense, la transparence et l'impartialité des juridictions, la publicité des débats judiciaires a été, pour le jugement des affaires pénales pouvant conduire à une privation de liberté, érigé en principe constitutionnel par la décision du 2 mars 2004³⁶⁵. En l'espèce, déduisant la constitutionnalité de ce principe des articles 6, 8, 9 et 16 de la Déclaration de 1789, le Conseil censure la disposition prévoyant que l'audience durant laquelle le président du tribunal de grande instance déciderait d'homologuer ou non la peine proposée par le parquet dans le cadre de la nouvelle procédure du plaider coupable se tiendrait « en chambre de Conseil », c'est-à-dire en séance non publique ; il a ainsi ouvert au regard du public les audiences d'homologation du plaider coupable et, par ricochet, la possibilité de dire publiquement, devant le magistrat du siège, comment la peine a été fixée en échange de la reconnaissance de culpabilité.

763 Les réformes successives de cette même procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ont donné lieu à deux autres décisions du Conseil constitutionnel. Dans la première, rendue le 22 juillet 2005³⁶⁶, l'éventuelle absence du parquet à l'audience publique ne viole pas les droits de la défense et sa présence, selon le commentaire de la décision par le service juridique, ne constitue pas un principe fondamental reconnu par les lois de la République. Dans la seconde, en

■ 363. CC 2013-679 DC, 4 décembre 2013, R. p. 1060.

■ 364. CE 16 juillet 2014, *M. Freddy G.*, n° 355201, *RFDA*, 2014, p. 924, concl. V. DAUMAS.

■ 365. CC 2004-492 DC, 2 mars 2004, R. p. 66.

■ 366. CC 2005-520 DC, 22 juillet 2005, R. p. 118.

date du 8 décembre 2011³⁶⁷, le Conseil insiste sur le rôle du président du tribunal de grande instance à qui il appartient de veiller à l'effectivité du caractère public de l'audience prévue par la loi.

Le caractère public de l'audience n'interdit pas qu'elle puisse se tenir dans certaines hypothèses au moyen d'une communication audiovisuelle. Examinant cette possibilité offerte par la loi au profit de la Cour nationale du droit d'asile, la décision du 9 juin 2011³⁶⁸ accepte le principe de ces audiences en vidéoconférence au regard des garanties de confidentialité qui l'entourent, de la présence de l'avocat aux côtés du requérant, de l'établissement d'un procès-verbal de l'audience, etc. De plus, si le requérant refuse d'être entendu par un moyen de communication audiovisuelle, il est convoqué, à sa demande, dans les locaux de la Cour. À une nuance importante près : ce droit de refus de l'audience audiovisuelle est réservé aux requérants résidant sur le territoire métropolitain, ce qui est incohérent au regard du champ de compétence de la Cour nationale du droit d'asile.

BIBLIOGRAPHIE

1. Sur la garantie des droits :

■ *Le Conseil constitutionnel, gardien des libertés publiques ?* Dalloz, coll. Jus Politicum, Revue de droit politique, n°4, 2012 ■ *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, PUAM, 1995 ■ *Le Préambule de 1946*, CURAPP, 1996 ■ P. BLACHÈRE, J.-E. GICQUEL, P. JAN, *Droits et libertés constitutionnels*, Hachette supérieur, coll. Les fondamentaux, 2012 ■ L. DOMINGO, « L'état d'urgence devant le Conseil constitutionnel », *Constitutions*, 2016, p. 100 ■ M. FROMONT, « La découverte des droits fondamentaux, une œuvre inachevée », in *1958-2008, Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, 2008, p. 545 ■ E. GEFFRAY, « Droits fondamentaux et innovation : quelle régulation à l'ère numérique ? », *NCCC*, 2016 n° 52, p. 57 ■ L. HAMON, « Contrôle de constitutionnalité et protection des droits individuels », *DS*, 1974, p. 82 ■ P. LE MIRE, *La protection constitutionnelle des libertés en droit public français*, Paris II, 1975 ■ D. LOCHAK, « Le Conseil Constitutionnel, protecteur des libertés ? », *Pouvoirs*, n° 13, 1980, p. 35 ■ F. LUCHAIRE, « Le Conseil Constitutionnel et la protection des droits et libertés des citoyens », in *Mélanges Waline*, 1974, t. II, p. 563 ■ *La protection constitutionnelle des droits et libertés*, Economica, 1988 ■ J. RIVERO, « Les garanties constitutionnelles des droits de l'homme en droit français », *RIDC*, 1977, p. 9 ■ K. ROUDIER, *Le contrôle de constitutionnalité de la législation anti-terroriste. Étude comparée des expériences espagnole, française et italienne*, LGDJ, 2012 ■ P. WEIL, « Les techniques de protection des libertés publiques en droit français », in *Mélanges M. Bridel*, 1968.

■ 367. CC 2011-641 DC, 8 décembre 2011, R. p. 576.

■ 368. CC 2011-631 DC, 9 juin 2011, R. p. 252.

2. Sur les libertés de la personne :

■ H. ALCARAZ, « Vie privée, visites et saisies domiciliaires, protection des données personnelles », *NCCC*, 2012, n° 37, p. 181 ■ X. BIOY, « L'identité de la personne devant le Conseil constitutionnel », *RFDC*, 2006, p. 73 ■ G. CARCASSONNE, « Les interdits et la liberté d'expression », *NCCC*, 2012, n° 36, p. 222 ■ E. DERIEUX, « Vie privée et données personnelles – Droit à la protection et « droit à l'oubli » face à la liberté d'expression », *NCCC*, 2015, n° 48, p. 21 ■ P. KAYSER, « Le Conseil Constitutionnel, protecteur du secret de la vie privée à l'égard des lois », in *Mélanges P. Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 330 ■ L. FAVOREU, « La reconnaissance par les lois de la République de la liberté de l'enseignement comme principe fondamental », *RFDA*, 1985, n° 5 ■ F. HALPÉRIN, « Protection de la vie privée et *privacy* : deux traditions juridiques différentes ? », *NCCC*, 2015, n° 48, p. 59 ■ F. HAMON, « Le Conseil constitutionnel et les lois mémorielles », *RFDA*, 2012, p. 7 ■ B. MATHIEU, « Le principe de dignité et les interventions sur le génome humain », *RDP*, 1999, p. 93 ■ V. MAZEAUD, « La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée », *NCCC*, 2015, n° 48, p. 7 ■ J. MOREAU, « La liberté individuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Mélanges Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 1661 ■ D. RIBES, « Atteintes publiques et atteintes privées au droit au respect de la vie privée dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *NCCC*, 2015, n° 48, p. 35.

3. Sur la liberté individuelle :

■ P. AMSELEK, « Les vicissitudes de la compétence juridictionnelle en matière d'atteintes administratives à la liberté individuelle », *RDP*, 1965, p. 801 ■ P. BRETTON, *L'autorité judiciaire gardienne des libertés essentielles et de la propriété privée*, LGDJ, 1964 ■ C. CLAVERIE-ROUSSET, « La légalité criminelle », *Droit pénal*, 2011, n° 9, étude 16 ■ C. A. COLLIARD, *Libertés publiques*, Dalloz, 1982 ■ B. DE LAMY, « Le principe de la légalité criminelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *CCC*, n° 26, 2009 ■ « La conception constitutionnelle de la légalité pénale et les aléas de la jurisprudence de la chambre criminelle », *RSC*, 2012, p. 21 ■ P. DELVOLVÉ, « Voie de fait : limitation et fondements », *RFDA*, 2013, p. 1041 ■ X. DOMINO et A. BRETONNEAU, « La voie de fait mise au régime sec », *AJDA*, 2013, p. 1568 ■ E. DREYER, « Le Conseil constitutionnel et la « matière » pénale. La QPC et les attentes déçues... », *JCP G*, n° 37, 12 septembre 2011, p. 976 ■ H. FULCHIRON, « Les actions du préteur : la Cour de cassation, l'article 8 de la Convention EDH et le droit à la reconnaissance de son ascendance génétique », *Dalloz*, 2015, p. 1070 ■ M.-A. GRANGER, *Constitution et sécurité intérieure. Essai de modélisation juridique*, LGDJ, 2011 ■ P. HUET, « La juridiction administrative, gardienne de la liberté individuelle », *AJDA*, 1973, p. 507 ■ T. HOCHMANN, « Négationnisme : le Conseil constitutionnel entre ange et démon », *RDLF*, 2016, chron. n° 3 ■ W. JEANDIDIER, *Principe de légalité criminelle*, JurisClasseur Pénal, Fasc. 10, 2011 ■ JUVÉNAL, « Le Conseil d'État, défenseur du juge judiciaire ? », *AJDA*, 2016, p. 65 ■ D. MAUS, « Habeas corpus, liberté individuelle et contrôle du juge : quel juge ? », *D.*, 2016, p. 671 ■ T. RENOUX, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire*, Economica, 1984 ■ K. ROUDIER, « Le Conseil constitutionnel face à l'avènement d'une politique sécuritaire », *NCCC*, 2016, n° 51, p. 37 ■ C. TUKOV, « L'autorité judiciaire, gardienne exclusive de la liberté individuelle ? », *AJDA*, 2016, p. 936 ■ D. TURPIN, « L'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle », *AJDA*, 1983, p. 653 ■ J.-M. SAUVÉ, « Quel juge pour les libertés ? », *D.*, 2016, p. 1320 ■ P. WACHSMANN, « De la marginalisation du juge judiciaire en matière de libertés et des moyens d'y remédier », *D.*, 2016, p. 473.

4. Sur les libertés de la pensée :

■ Dossier : *La liberté d'expression et de communication*, NCCC, n° 36, 2012 ■ Dossier : *Question prioritaire de constitutionnalité et droit des médias*, Légicom, 2012, n° 48, p. 5 ■ O. BEAUD, *Les libertés universitaires à l'abandon ?*, Dalloz, Les sens du droit, 2010 ■ S. BREYER, « Le principe de laïcité devant la Cour suprême des États-Unis », in M. DELMAS-MARTY, S. BREYER (dir.), J. CANTEGREIL (coord.), *Regards croisés sur l'internationalisation du droit : France-États-Unis*, Société de législation comparée, 2009, p. 41 ■ G. CARCASSONNE, « Les interdits et la liberté d'expression », NCCC, n° 36, 2012, p. 55 ■ CONSEIL D'ÉTAT, *Un siècle de laïcité*, Rapport public 2004 ■ L. FAVOREU, « La reconnaissance par les lois de la République de la liberté de l'enseignement comme principe fondamental », *RFDA*, 1985, n° 5, p. 597 ■ C. FORTIER, « Laïcité, liberté chérie », *AJFP*, 2016, p. 1 ■ F. LUCHAIRE, « La liberté d'expression », *Politéia*, n° 9, 2006, p. 219 ■ J. MORANGE, *La liberté d'expression*, Bruylant, Bruxelles, 2009 ■ P. RAIMBAULT, « Liberté de l'enseignement et droit de l'éducation », NCCC, 2012, n° 37, p. 189 ■ A. ROBLOT-TROIZIER, « L'interprétation du principe constitutionnel de laïcité à la lumière des travaux préparatoires de la Constitution », NCCC, n° 40, 2013 ■ G. VEDEL, « Les libertés universitaires », *Revue de l'enseignement supérieur*, 1960, p. 134 ■ M. VERPEAUX, « La liberté d'expression dans les jurisprudences constitutionnelles », NCCC, 2012, n° 36.

CHAPITRE II

LES EXIGENCES CONSTITUTIONNELLES LIÉES À LA TEMPORALITÉ

764 Longtemps, les questions relatives à la temporalité des lois ont occupé une place bien maigre dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : quelques décisions éparses dans le domaine pénal, un contentieux des lois de validation fort modeste et finalement une jurisprudence peu inventive, et à juste titre peu étudiée.

Tel était le constat. Aujourd'hui, le « droit transitoire » nourrit abondamment les requêtes des justiciables et irrigue les considérants du Conseil dans toutes sortes de domaines : droit fiscal, droit civil, droit du travail, droit commercial, etc. Ce changement de perspective s'explique avant tout par une prise de conscience, lente et progressive, du juge constitutionnel. Au gré des espèces et des lois, au gré des demandes des requérants, le Conseil a consacré divers principes – la pérennité contractuelle, les situations légalement acquises, la confiance légitime – qui forment désormais un ensemble d'obligations ceinturant l'application temporelle des normes législatives.

Pour exposer et étudier ces différentes obligations, le choix a été fait par les auteurs de cet ouvrage de proposer aux lecteurs un chapitre spécifique¹. Deux raisons expliquent ce choix : la volonté de montrer toute la richesse et l'originalité de la jurisprudence constitutionnelle relative au droit transitoire ; et tenter d'ordonner autour d'une même colonne vertébrale – le temps – des décisions en apparence très différentes.

Cela posé, la jurisprudence du Conseil constitutionnel consacrée au droit transitoire concerne à la fois la rétroactivité au sens strict (section 1) et la question, bien différente, de la survie de la loi ancienne (section 2).

■ 1. Ce chapitre reprend et complète le texte « L'émergence d'un droit transitoire constitutionnel » (P.-Y. GAHDOUN, *RDP*, 2016, p. 149).

SECTION I

**LA JURISPRUDENCE
DE LA RÉTROACTIVITÉ DES LOIS**

765 Quelles sont les sources du principe de non-rétroactivité en droit constitutionnel (§1), et comment le Conseil applique-t-il ce principe (§2) ?

§ 1. LES SOURCES CONSTITUTIONNELLES
DE LA NON-RÉTROACTIVITÉ DES LOIS

A. LES DONNÉES HISTORIQUES

766 Normalement, une loi ne doit pas être rétroactive. C'est là un jugement de bon sens : les situations déjà constituées appartiennent au passé et la législation ne doit saisir que des actions à venir, sauf à rendre les hommes « plus malheureux », disait Portalis². Cette règle logique, fondamentale dans une société, est pourtant absente de la Constitution de 1958 – si ce n'est le cas très particulier du droit pénal qui sera envisagé plus loin. L'histoire constitutionnelle de la France est néanmoins marquée par de nombreuses tentatives de consécration du principe de non-rétroactivité.

767 La première tentative s'est jouée pendant la Révolution. À l'époque, raconte Roubier³, la Déclaration de 1793 consacrait déjà une non-rétroactivité, mais uniquement en matière pénale. En 1794, le législateur révolutionnaire, porté par son élan rénovateur, décide de réformer le droit des successions en fixant le principe d'une parfaite égalité entre les enfants. Pour ce faire, il vote le décret des 17 et 20 nivôse an II – « l'une des lois les plus curieuses du droit transitoire »⁴ – qui s'appliquait non pas au jour du vote de la loi, mais aux successions ouvertes... « depuis le 14 juillet 1789 » ! Les difficultés qui ont suivi ont été nombreuses, parfois dramatiques, lorsqu'il fallait « relire » les faits passés à la lumière du décret de nivôse et faire table rase des libéralités ou des donations entre vifs déjà consenties. Après le décès de Robespierre, le législateur se montra plus réceptif aux doléances et aux critiques, toujours plus vives, qui arrivaient aux portes de l'Assemblée. L'écriture de la nouvelle Constitution au printemps 1795 était ainsi l'occasion de graver dans le marbre constitutionnel l'opposition des thermidoriens à ces pratiques « rétroactives » jugées désastreuses pour la société française. Ce qui explique le champ d'application très large – et unique dans notre histoire – de l'article 14 de la Déclaration de l'an III : « aucune loi, ni criminelle, ni civile, ne peut avoir d'effet rétroactif »⁵.

■ 2. J.-E.-M. PORTALIS, « Discours préliminaire du premier projet de Code civil », 1801, http://classiques.uqac.ca/collection_documents/portalis/discours_1er_code_civil/discours_1er_code_civil.pdf

■ 3. P. ROUBIER, *Le droit transitoire. Conflits de lois dans le temps*, 2^e éd., 1960, Dalloz, 2008, p. 69 et s.

■ 4. *Idem*, p. 76.

■ 5. Évoquant cette disposition, LÉON DUGUIT estimait, dans son *Traité de droit constitutionnel*, que le principe de non-rétroactivité avait bien valeur constitutionnelle, contrairement à l'opinion dominante de l'époque (*Traité de droit constitutionnel*, T. 2, 3^e éd, Fontemoing & Cie, 1928, p. 229).

768 La suite de l'histoire constitutionnelle est moins glorieuse pour la non-rétroactivité. À plusieurs reprises, en 1848 et en 1946⁶, des propositions ont été faites pour inscrire, à nouveau, le principe de non-rétroactivité dans un texte constitutionnel. Sans jamais aboutir. De la même manière, le comité Balladur avait suggéré, en 2008, de noter à l'article 34 de la Constitution la règle selon laquelle « sauf motif d'intérêt général, la loi ne dispose que pour l'avenir ». Là aussi, sans succès. Plus récemment encore, la proposition de loi constitutionnelle n° 2321 déposée sur le bureau de l'Assemblée nationale le 23 octobre 2014 par les députés centristes vise à interdire définitivement toute rétroactivité de la loi fiscale. Mais il est peu probable que le texte dépasse le stade de la proposition compte tenu des forces politiques en présence et de l'agenda pour le moins encombré du Parlement.

769 Comment expliquer ces échecs répétés ? L'article 2 du Code civil pourrait bien être le responsable, au moins en partie. Le parfum constitutionnel de cette disposition, sa présence dans un texte présenté comme la « véritable constitution des Français »⁷, le fameux discours de Portalis en 1801⁸ : de part et d'autre, l'article 2 est traversé par un esprit constitutionnel qui rend moins urgente, moins nécessaire, la consécration pleine et entière de la non-rétroactivité dans nos déclarations de droits. Revers de la médaille : même s'il est matériellement constitutionnel, cet article reste une norme législative dont le Conseil ne peut s'emparer directement.

B. LA SÉCURITÉ JURIDIQUE ET LE PRINCIPE D'ÉGALITÉ

770 Une partie de la doctrine estime néanmoins que le silence de la Constitution en matière de non-rétroactivité est compensé par la présence, dans le contentieux constitutionnel, du principe de *sécurité juridique*. La doctrine voit souvent dans ce principe un pilier de la temporalité : lorsqu'une loi rétroagit sans raison impérieuse, elle crée une insécurité, elle engendre des conflits temporels, elle déjoue les prévisions et brise la confiance des citoyens. La jurisprudence elle-même, surtout européenne, a bâti sur cette idée un édifice considérable qui s'étend des arrêts

■ 6. P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 72.

■ 7. « À travers deux empires, deux monarchies et quatre républiques, il (le Code civil) est demeuré la véritable Constitution civile de la France », R. BADINTER, <http://www.archivesdefrance.culture.gouv.fr/action-culturelle/celebrations-nationales/recueil-2000/vie-politique-et-institution/debut-des-travaux-preparatoires-du-code-civil>. V. également les mots célèbres du doyen CARBONNIER : « En moins de deux siècles, le pays a vu avec flegme déferler plus de dix constitutions politiques. Sa véritable constitution, c'est le Code civil – véritable non pas au sens formel, mais au sens matériel pour emprunter aux publicistes une distinction usuelle », J. CARBONNIER, « Le Code civil », in P. NORA (dir.), *Les lieux de mémoires, II. La Nation*, V. 2, Paris, Gallimard, 1986, p. 296.

■ 8. « En général, les lois n'ont point d'effet rétroactif. Le principe est incontestable. (...) La loi qui sert de titre à l'accusation, doit être antérieure à l'action pour laquelle on accuse. Le législateur ne doit point frapper sans avertir : s'il en était autrement, la loi, contre son objet essentiel, ne se proposerait donc pas de rendre les hommes meilleurs, mais seulement de les rendre plus malheureux ; ce qui serait contraire à l'essence même des choses », J.-E.-M. PORTALIS, *loc. cit.*

*Azienda Colori Nazionali*⁹, *Zielinski*¹⁰ ou *Marckx*¹¹ jusqu'à la décision *Société KPMG*¹². Cela dit, si personne ne conteste aujourd'hui la valeur pratique et symbolique de la sécurité juridique, il reste que ce principe n'est sans doute pas le plus approprié pour « expliquer » la non-rétroactivité.

771 Car d'abord, contrairement à son voisin au Palais-Royal, le Conseil constitutionnel n'a jamais accepté de consacrer la sécurité juridique en dépit des nombreuses demandes faites en ce sens. Aujourd'hui encore, il se détache soigneusement de l'expression en mobilisant des guillemets évocateurs : « selon l'association intervenante, la déchéance de nationalité méconnaît le “principe de sécurité juridique” »¹³, ou encore : « les députés et les sénateurs requérants soutiennent que les dispositions de l'article 33 méconnaissent aussi la “sécurité juridique” »¹⁴.

772 Ensuite, il existe un principe qui paraît bien plus pertinent pour justifier la nécessité de consacrer la non-rétroactivité : le *principe d'égalité devant la loi*. L'explication exige d'abord un détour par les écrits de Jacques Héron¹⁵ consacrés aux conflits de lois dans le temps. Dans son *Principes du droit transitoire*, l'auteur souligne que la rétroactivité n'est pas simplement un phénomène « temporel », c'est-à-dire l'application d'une loi à des actes passés, c'est aussi un phénomène « substantiel » qui transforme la nature de la règle de droit. En effet, une loi est normalement abstraite et impersonnelle, elle s'applique à tous les individus sans connaître précisément et à l'avance les destinataires supposés. Concrètement, lorsque le législateur adopte une norme, il fixe un présupposé – par exemple un crime est commis – et il attribue une signification juridique à ce présupposé – une peine doit être prononcée. Néanmoins, à aucun moment, la disposition législative ne vise un citoyen particulier ou un acte précis, elle reste toujours indéterminée et générale. Imaginons cependant qu'une loi rétroactive soit votée. La conséquence principale de cette rétroactivité est que la loi cesse – justement – d'être impersonnelle et générale¹⁶. Elle n'est plus « impersonnelle » en ce qui concerne les faits commis avant son entrée en vigueur, car il est possible de déterminer préalablement les personnes frappées par la nouvelle législation. En pratique, le décompte serait complexe et hasardeux. Mais, en théorie, la loi rétroactive identifie parfaitement les personnes qu'elle vise et qui sont concernées par son emprise. Par exemple, la loi n° 71-523 du 3 juillet 1971 modifiant certaines dispositions du Code civil relatives aux rapports à succession s'appliquait « aux successions non encore liquidées, lorsqu'aucune demande en partage n'aura été introduite avant le 15 avril 1971 ». Au

■ 9. CJCE, 14 juillet 1972, *Azienda Colori Nazionali c/Commission des Communautés européennes*, aff. 57-69, § 5.

■ 10. CEDH, 28 octobre 1999, *Zielinski, Pradal, Gonzalez et autres c/France*, n° 4846/94, 34165/96 à 34173/96.

■ 11. CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c/Belgique*, n° 6833/74, § 58.

■ 12. CE, Ass., 24 mars 2006, *Sté KPMG et autres*, n° 288460.

■ 13. CC 2014-439 QPC, 23 janvier 2015, cons. 3, JO 25 janvier 2015 p. 1150.

■ 14. CC 2014-707 DC, 29 décembre 2014, cons. 30, JO 30 décembre 2014, p. 22947.

■ 15. J. HÉRON, *Principes du droit transitoire*, Dalloz, 1996, p. 54 et s.

■ 16. « Toute règle de droit dont il est fait application rétroactive cesse, dans la mesure de la rétroactivité dont elle est dotée, d'être une disposition générale et impersonnelle », L. BACH, « Conflits de lois dans le temps », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2006, n° 167.

moment du vote de la loi, il était donc possible de recenser ces « successions non liquidées », c'est-à-dire tous les individus concernés par les nouvelles dispositions, au prix d'un travail certes colossal, mais parfaitement envisageable. La loi rétroactive perd également son caractère général, « hypothétique », précisément parce que le présupposé de la loi n'en est plus un. Les faits ont bien eu lieu : le contrat a été conclu, le divorce est prononcé, l'enfant est né, la vente est parfaite, l'infraction est réalisée, etc. Le législateur vise ainsi des actes déterminés, concrets, et non des hypothèses. En cela, la norme rétroactive devient, en réalité, « catégorique ».

D'un point de vue constitutionnel, ce changement de nature de la norme législative entraîne une conséquence importante. Puisque la loi rétroactive n'est plus générale et impersonnelle, puisqu'elle n'est plus « la même pour tous », s'appliquant à certains individus seulement, elle constitue toujours, et par principe, une source d'inégalités entre les citoyens. Évidemment, cette rupture d'égalité pourrait se justifier par des considérations diverses, par un motif d'intérêt général, mais ces exceptions – éventuellement autorisées par le juge constitutionnel – n'ôtent pas à la loi rétroactive sa nature inégalitaire. Pour toutes ces raisons, il semble donc plus opportun, plus pertinent et plus pratique d'associer le principe de non-rétroactivité au principe d'égalité, et non au principe de sécurité juridique.

§ 2. LA MISE EN ŒUVRE DE LA NON-RÉTROACTIVITÉ

A. L'APPLICATION GÉNÉRALE DE LA NON-RÉTROACTIVITÉ

773 Au début des années 1980, le Conseil constitutionnel avait estimé que la non-rétroactivité des lois n'avait pas de valeur constitutionnelle en dehors du champ répressif. À ce titre, il a jugé que « sauf en matière pénale, la loi peut comporter des dispositions rétroactives »¹⁷ ; que « la prohibition de toute rétroactivité de la loi en matière contractuelle ne saurait être regardée comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République »¹⁸ ; ou « qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne s'oppose à ce qu'une disposition fiscale ait un caractère rétroactif »¹⁹.

Le ton évolue sensiblement à la fin des années 1990 : le Conseil adopte un nouveau considérant dans lequel il précise que le législateur peut adopter des dispositions fiscales rétroactives à la condition « qu'il ne prive pas de garantie légale des exigences constitutionnelles »²⁰ et « en considération d'un motif d'intérêt général suffisant »²¹. Contrairement à la jurisprudence des années 1980, le rappel de la « faculté » offerte au législateur d'adopter des lois rétroactives s'accompagne désormais d'une mise en garde : la nouvelle norme ne doit jamais supprimer les « garanties légales » des exigences constitutionnelles, elle ne peut effacer les

■ 17. CC 80-119 DC, 22 juillet 1980, cons. 3, R. p. 46.

■ 18. CC 89-254 DC, 4 juillet 1989, cons. 13, R. p. 41.

■ 19. CC 84-184 DC, 29 décembre 1984, cons. 33, R. p. 94.

■ 20. CC 97-391 DC, 7 novembre 1997, JO 11 novembre 1997, p. 16390.

■ 21. CC 98-404 DC, 18 décembre 1998, JO 27 décembre 1998, p. 19663.

dispositions législatives qui assurent la garde, la surveillance des règles constitutionnelles. Modeste protection... mais protection tout de même. Sur cette base, le juge constitutionnel a censuré plusieurs dispositions fiscales rétroactives en jugeant que l'intérêt général invoqué par le législateur n'était pas « suffisant »²².

774 Mais la principale évolution a lieu en 2005 : à l'occasion de l'examen de la loi de finances pour 2006, le Conseil étoffe son considérant de principe et évoque pour la première fois la notion de « situations légalement acquises »²³ : « il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions ; que, ce faisant, il ne saurait priver de garanties légales des exigences constitutionnelles ; qu'en particulier, il méconnaîtrait la garantie des droits proclamée par l'article 16 de la Déclaration de 1789 s'il portait aux situations légalement acquises une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant »²⁴. Cette jurisprudence a été réitérée à de nombreuses reprises, parfois sans reproduire le considérant dans son ensemble, parfois même en combinaison avec le grief tiré de l'atteinte aux « contrats en cours »²⁵. Il reste que les censures sont rares : seulement deux pour une vingtaine de décisions !

La première censure est prononcée en 2012²⁶. Dans le projet de loi de finances pour l'année 2013, le législateur avait adopté une disposition supprimant le caractère libératoire de certains prélèvements forfaitaires « à compter du 1^{er} janvier 2012 », c'est à dire de façon rétroactive. Le motif invoqué lors des débats était celui – classique mais rarement accepté par le juge – de la nécessité d'augmenter

■ 22. CC 98-404 DC, 18 décembre 1998, JO 27 décembre 1998, p. 19663 ; CC 2001-453 DC, 18 décembre 2001, JO 26 décembre 2001, p. 20582 (à partir de cette décision, le Conseil ne parle plus de « dispositions fiscales rétroactives », mais plus largement de « dispositions rétroactives »).

■ 23. Sur cette notion, v. *infra* n° 800 et s.

■ 24. CC 2005-530 DC, 29 décembre 2005, cons. 45, R. p. 168.

■ 25. CC 2005-530 DC, 29 décembre 2005, cons. 45, R. p. 168 ; CC 2007-550 DC, 27 février 2007, cons. 4, R. p. 81 ; CC 2009-599 DC, 29 décembre 2009, JO 31 décembre 2009, p. 22995 ; CC 2010-4/17 QPC, 22 juillet 2010, cons. 15, R. p. 156 ; CC 2010-19/27 QPC, 30 juillet 2010, JO 31 juillet 2010, p. 14202 ; CC 2010-622 DC, 28 décembre 2010, JO 30 décembre 2010, p. 23190 ; CC 2011-141 QPC, 24 juin 2011, JO 25 juin 2011, p. 10842 ; CC 2011-175 QPC, 7 octobre 2011, JO 8 octobre 2011, p. 17018 ; CC 2011-180 QPC, 13 octobre 2011, JO 15 octobre 2011, p. 17463 ; CC 2012-654 DC, 9 août 2012, cons. 17, R. p. 461 ; CC 2012-661 DC, 29 décembre 2012, JO 30 décembre 2012, p. 21007 ; CC 2012-662 DC, 29 décembre 2012, cons. 42, R. p. 724 ; CC 2013-322 QPC, 14 juin 2013, JO 16 juin 2013, p. 10026 ; CC 2013-336 QPC, 1^{er} août 2013, JO 4 août 2013, p. 13317 ; CC 2013-346 QPC, 11 octobre 2013, JO 13 octobre 2013, p. 16905 ; CC 2013-354 QPC, 22 novembre 2013, JO 24 novembre 2013, p. 19107 ; CC 2013-682 DC, 19 décembre 2013, cons. 14, Rec. p. 1094 ; CC 2013-685 DC, 29 décembre 2013, JO 30 décembre 2013, p. 22188 ; CC 2014-386 QPC, 28 mars 2014, cons. 15, JO 30 mars 2014, p. 6203 ; CC 2014-430 QPC, 21 novembre 2014, JO 23 novembre 2014, p. 19678 ; JO 2014-435 QPC, 5 décembre 2014, JO 7 décembre 2014, p. 20465 ; CC 2014-706 DC, 18 décembre 2014, JO 24 décembre 2014, p. 21789 ; CC 2014-439 QPC, 23 janvier 2015, JO 25 janvier 2015, p. 1150 ; CC 2015-474 QPC, 26 juin 2015, cons. 12, JO 28 juin 2015, p. 10958 ; CC 2015-475 QPC, 17 juillet 2015, cons. 5, JO 19 juillet 2015, p. 12289 ; CC 2015-718 DC, 13 août 2015, cons. 57, JO 18 août 2015, p. 14376 ; CC 2015-723 DC, 17 décembre 2015, JO 22 décembre 2015, p. 23685 ; CC 2015-515 QPC, 14 janvier 2016, JO 16 janvier 2016, texte n° 55 ; CC 2015-727 DC, 21 janvier 2016, JO 27 janvier 2016, texte n° 2 ; CC 2016-538 QPC, 22 avril 2016, JO 24 avril 2016, texte n° 30.

■ 26. CC 2012-662 DC, 29 décembre 2012, cons. 42, R. p. 724.

les recettes de l'État. Le Conseil estime que ce mobile financier est « insuffisant » et invalide le dispositif.

La seconde affaire est plus complexe. Dans la décision du 13 août 2015²⁷, le Conseil censure la disposition de la loi « pour la croissance verte » consacrée aux « éco-organismes ». En théorie, le principe du pollueur-payeur impose aux producteurs et aux industriels de financer la collecte des déchets induits par la vente de leurs produits. Concrètement, le Code de l'environnement prévoit une taxe spécifique en la matière. Mais il offre aussi la possibilité aux entreprises concernées d'agir plus directement en participant financièrement à la bonne marche des « éco-organismes » en charge du recyclage et de la réutilisation des déchets. L'esprit général de ce dispositif est par conséquent de fédérer les industriels autour d'une institution qui pilote et gère les aspects environnementaux des produits écoulés par la filière. Avec cette idée, en creux, que les entreprises concernées doivent être elles-mêmes (ou par leurs représentants) aux commandes de l'éco-organisme. Ce qui, en réalité, n'est pas toujours le cas. En effet, l'éco-organisme compétent dans la filière des « déchets d'équipements électriques et électroniques » est aujourd'hui contrôlé par un opérateur allemand, et donc par un « tiers » au système, au surplus étranger... Jugeant cette situation préoccupante, le ministère de l'Écologie s'était farouchement opposé au renouvellement de l'agrément de cette société, ce qui avait occasionné un contentieux important devant le juge administratif de Paris. Heureuse coïncidence, un amendement est déposé lors de la discussion de la loi « pour la croissance verte » par un député socialiste proche de Ségolène Royal afin d'imposer, avec effet immédiat, que tous les éco-organismes soient détenus majoritairement par « des producteurs, importateurs et distributeurs représentatifs des adhérents », autrement dit, en langage clair, par des entreprises françaises. Mais le Conseil censure, à raison, en relevant « d'office » le grief tiré de l'atteinte aux situations légalement acquises et en précisant que la loi « ne pouvait imposer une telle obligation nouvelle aux sociétés et à leurs associés et actionnaires sans que soient prévues des garanties de nature à assurer la protection du droit de propriété et de la garantie des droits ».

775 Une autre nouveauté apparaît en 2013. Dans sa décision du 29 décembre 2013²⁸, le juge constitutionnel décide de détourner son considérant sur les lois de validation en le simplifiant et en isolant le cas de la rétroactivité : « si le législateur peut modifier rétroactivement une règle de droit, dit-il, c'est à la condition de poursuivre un but d'intérêt général suffisant ». Cette formulation, volontairement large, s'applique à tous les cas de rétroactivité, c'est-à-dire toutes les fois où il est question d'une loi dont les dispositions viennent frapper un acte ou un fait déjà réalisé. Sur un plan purement rédactionnel, le considérant gagne en lisibilité et en clarté par rapport au considérant des « situations légalement acquises ». En revanche, sur le fond, la formule choisie est pour le moins ambiguë. Soit la non-rétroactivité n'est pas une exigence constitutionnelle, et le législateur peut librement adopter des lois rétroactives (ce que paraît consacrer la première partie de la phrase « le législateur peut modifier rétroactivement une règle de droit... ») ; soit elle est bien une

■ 27. CC 2015-718 DC, 13 août 2015, cons. 57, JO 18 août 2015, p. 14376.

■ 28. CC 2013-685 DC, 29 décembre 2013, cons. 25, JO 30 décembre 2013, p. 22188.

exigence constitutionnelle, et dans ce cas la loi ne peut être rétroactive sauf à justifier d'un intérêt général (« (...) c'est à la condition de poursuivre un but d'intérêt général suffisant »). Le Conseil applique cette nouvelle « formulation » dans sa décision 12 février 2015²⁹ et rappelle au législateur qu'il est « tenu au respect de cette exigence » de non-rétroactivité lorsqu'il ratifie une ordonnance.

En définitive, il existe aujourd'hui deux jurisprudences susceptibles de gouverner les cas de rétroactivité des lois : la jurisprudence des « situations légalement acquises », qui exige simplement le respect des garanties légales et qui s'oriente progressivement vers un droit de la confiance légitime (comme on va le voir) ; et la jurisprudence de la non-rétroactivité « en tant que telle », inspirée de la terminologie des validations législatives, et dont il est bien malaisé de percevoir la réelle portée. Dans cette relative confusion, demeure une certitude : le principe de non-rétroactivité des lois n'est pas, en l'état actuel de la jurisprudence, un principe de rang constitutionnel.

B. | LES CAS PARTICULIERS

776 En dehors du principe général de non-rétroactivité, il existe aujourd'hui deux régimes spécifiques, avec des particularités en matière de temporalité : la matière pénale et les lois de validation.

1. | La matière pénale³⁰

777 Ici, les données sont assez simples puisque l'article 8 de la Déclaration de 1789 indique sans détour que « nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit ». En dépit de cette solide base textuelle, le principe de non-rétroactivité des lois pénales n'est guère utilisé. Et c'est heureux ! Très rarement, la législation pénale concerne des faits déjà commis, car elle serait ouvertement, et pour tout dire trop visiblement, attentatoire aux droits fondamentaux³¹.

En réalité, la majorité du contentieux constitutionnel en la matière concerne justement une « exception » : la *rétroactivité* de la loi pénale plus douce, souvent qualifiée de rétroactivité *in mitius*. Par exemple, une loi pénale moins sévère est votée, abaissant le niveau d'une amende, et il peut paraître opportun de la faire rétroagir pour l'appliquer aux situations déjà constituées. La matière pénale offre ainsi un exemple rare où une rétroactivité de la loi est demandée, exigée, et non pas combattue. Sur quel fondement ? C'est un paradoxe : sur l'article 8 de la Déclaration... non pas dans sa partie qui intéresse la temporalité, mais dans celle qui organise la « nécessité des peines ». Le doyen Vedel l'expliquait très bien dans son rapport rendu à l'occasion de la décision des 19 et 20 janvier 1981³² : « quand une loi

■ 29. CC 2015-710 DC, 12 février 2015, JO 7 février 2015, p. 2969.

■ 30. Sur la jurisprudence spécifique au droit pénal et punitif, v. n° 800 et s.

■ 31. Le Conseil a néanmoins censuré, dans sa décision du 21 février 2008, l'application rétroactive de la « rétention de sûreté » (CC 2008-562 DC, 21 février 2008, cons. 10, JO 26 février 2008, p. 3272).

■ 32. CC 80-127 DC, 20 janvier 1981 cons. 75, JO 22 janvier 1981, p. 308.

nouvelle atténue les rigueurs de la loi ancienne, c'est que le législateur reconnaît que les peines prévues par celles-ci sont devenues excessives et ne sont plus "évidemment et strictement nécessaires" »³³.

Trente ans après, il faut bien constater – ici aussi – que les censures sont finalement assez exceptionnelles, le législateur étant soucieux d'appliquer au plus tôt les dispositions moins sévères qu'il adopte au fil de ses réformes pénales.

778 Au-delà de cet aspect « comptable », se pose néanmoins la question de savoir si le principe de rétroactivité *in mitius* concerne bien... une rétroactivité³⁴. Le débat est sérieux : il a été défendu que l'application d'une loi pénale plus douce à des actes non encore jugés était en réalité une *application immédiate* de la loi nouvelle. Il est vrai que lorsque la nouvelle législation est imposée à un individu qui n'est pas encore définitivement condamné, la mise en œuvre de la nouvelle disposition peut sembler constituer une application au temps présent, pour le futur, et non une « rétroactivité ». Mais c'est là une simplification abusive. L'exemple des infractions dites « d'habitude »³⁵, c'est-à-dire les infractions qui nécessitent l'accomplissement de plusieurs faits, permet de l'expliquer. Par exemple, le délit d'exercice illégal de la médecine exige la présence d'au moins deux actes médicaux frauduleux. Évidemment, si la loi nouvelle est votée « entre les deux actes », se posera la question de savoir si elle doit s'appliquer tout de suite, ou seulement aux situations achevées. En dehors de ce cas finalement rare, la question est heureusement plus simple. Dès lors que les conditions de l'infraction sont réalisées, peu importe que le jugement n'ait pas encore eu lieu ; la loi nouvelle qui modifie ces conditions ou la peine associée est toujours, et par nature, une loi rétroactive. Pour ce qui concerne le contentieux constitutionnel, il est donc justifié de ranger la « rétroactivité *in mitius* » dans les cas avérés de rétroactivité.

2. | Les validations législatives

779 Le deuxième régime spécifique est celui des validations législatives. Dans ce domaine, la jurisprudence du Conseil est ancienne ; la première décision est intervenue en 1980³⁶ et la première censure en 1995³⁷. Mais le considérant de principe a été forgé en 1999 suite à la fameuse affaire *Zielinski* : « si le législateur peut, dans un but d'intérêt général suffisant, valider un acte dont le juge administratif est saisi, afin de prévenir les difficultés qui pourraient naître de son annulation, c'est à la

■ 33. B. MATHIEU, et al. (dir.), *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel, 1958 – 1983*, 2009, Dalloz, p. 377.

■ 34. « Il a pu être contesté que ce principe corresponde à une application réellement rétroactive de la règle nouvelle, tant le Conseil constitutionnel que le Conseil d'État évoquant parfois une simple application immédiate de la loi nouvelle plus douce à des faits n'ayant pas encore donné lieu au prononcé d'une sanction », G. EVEILLARD, « Rétroactivité : permis de conduire à points et rétroactivité de la loi pénale plus douce », *NCCC*, n° 32, 2011 ; V. également S. GAUDEMET, « Application de la loi dans le temps. Le juge et l'article 2 », *Jurisclasseur Civil Code*, Fasc. 20, 2011, n° 26 et s.

■ 35. V. par exemple P. FLEURY-LE GROS, *Contribution à l'analyse normative des conflits de lois dans le temps en droit privé interne*, Dalloz, 2005, p. 127.

■ 36. CC 80-119 DC, 22 juillet 1980, JO 24 juillet 1980, p. 1868.

■ 37. CC 95-369 DC, 28 décembre 1995, cons. 35, JO 31 décembre 1995, p. 19099.

condition de définir strictement la portée de cette validation, eu égard à ses effets sur le contrôle de la juridiction saisie »³⁸.

a) *Le cadre général*

780 En matière de droit transitoire, il est classiquement prétendu que les validations seraient des cas évidents de rétroactivité, l'archétype, en quelque sorte, d'une loi rétroactive³⁹. L'affirmation est vraie, pour partie, mais il faut la nuancer. Car, d'abord, ce n'est pas la loi de validation qui est elle-même rétroactive, mais ses effets juridiques. Lors du vote d'une loi de « validation », il s'agit pour le législateur de réécrire *ex post facto* un évènement du passé en lui attribuant une signification juridique qui n'était pas la sienne au moment où il s'est produit. Par exemple, l'article 9 de la loi n° 2002-306 du 4 mars 2002 prévoit que « les documents d'urbanisme approuvés antérieurement à la publication de la présente loi, établis par les communautés urbaines dans le cadre de l'article L. 5215-20-1 du Code général des collectivités territoriales, ainsi que tous les actes administratifs pris sur le fondement de ces documents d'urbanisme, sont validés ». En réalité, considérée isolément, cette disposition n'est pas rétroactive, elle s'applique bien « tout de suite » ; en revanche, elle modifie la base légale des documents d'urbanisme, et donc les conditions de formation d'un acte administratif. En cela, elle se colore des attributs de la rétroactivité.

Ensuite, il existe de nombreux cas où, curieusement, la validation porte sur des actes « à venir », des actes futurs. Par exemple, l'article 53 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 dispose que « les actes sont validés, en tant qu'ils seront signés sur le fondement des délibérations (du conseil d'administration d'Électricité de France) jusqu'à la publication de nouvelles délégations ». Dans ce cas, l'acte – par exemple le marché public – n'existe pas encore, il sera adopté plus tard (en N+1), mais le législateur fait le choix de valider son fondement juridique – la délibération du Conseil d'administration – qui n'était pas légal initialement (en N-1). Ces situations surprenantes de dispersion des faits dans le temps sont assez mal qualifiées par le terme de « rétroactivité », car les dispositions législatives ne s'appliquent pas vraiment « dans le passé ». Une partie de la doctrine du droit transitoire parle plutôt, dans ce cas, de « rétrospectivité »⁴⁰, à l'image d'ailleurs de la jurisprudence allemande⁴¹ ou européenne⁴² : « il n'y pas d'application rétroactive de la loi nouvelle, *proprio sensu* ; mais le résultat suscite un paradoxe temporel, qui évoque une rétroactivité qui se limiterait aux seuls effets »⁴³.

■ 38. CC 99-422 DC, 21 décembre 1999, cons. 64, JO 30 décembre 1999, p. 19730.

■ 39. V. par exemple le rapport des Services des études du Sénat, 10 février 2006, consultable sur le site du Sénat : « l'objectif même d'une mesure de validation est d'avoir un effet rétroactif ».

■ 40. Sur ce concept, v. J. HÉRON, *op. cit.*, p. 96 et s. Pour une critique, v. P. FLEURY-LE GROS, *op. cit.*, p. 247 et s.

■ 41. G. GRASMANN, « Constitutionnalité des règles de droit rétroactives et rétrospectives dans la jurisprudence allemande », *RIDC*, 1989, p. 1017.

■ 42. V. E. DREYER, « Le temps de la récidive et le juge de la loi », *RTDH*, 2007, p. 733, *spéc.* p. 746.

■ 43. R. LIBCHABER, « Conflits de lois dans l'espace et dans le temps en matière de prescription extinctive » (à propos des prescriptions), p. 805, ici p. 833, in P. JOURDAIN et P. WÉRY (*dir.*), *La prescription extinctive : études de droit comparé*, Bruylant, 2010.

b) *Évolution de la jurisprudence.*

781 Au début des années 1980, la jurisprudence constitutionnelle était clairement favorable aux lois de validation. Le Conseil jugeait que, sauf en matière pénale, « le fait que la loi intervient dans une matière ayant donné lieu à des recours actuellement pendants n'est pas de nature à faire regarder cette loi comme non conforme à la Constitution ». Ce qui autorisait le législateur à agir très largement dans le déroulement des instances en cours, et donc dans l'administration de la justice.

Une première entorse à cet espace de liberté apparaît dans le domaine fiscal. Dans sa décision du 29 décembre 1986⁴⁴, le Conseil « ressert » son considérant de principe en posant, selon ses mots, une « double limite » : d'une part, la loi de validation ne peut sanctionner des agissements en matière pénale antérieurs à sa publication, car dans ce cas elle méconnaîtrait l'article 8 de la Déclaration de 1789 ; et, d'autre part, elle ne peut remettre en cause des droits reconnus par une décision de justice passée en force de chose jugée. Pendant une dizaine d'années, plusieurs décisions sont rendues sur cette base.

En 1995⁴⁵, pour la première fois, le Conseil constitutionnel juge contraire à la Constitution une loi de validation. Dans cette affaire, le législateur avait validé un ensemble d'actes administratifs qui avaient été jugés illégaux par le Conseil d'État. Pour justifier cette validation, le législateur allègue un « intérêt financier », et plus particulièrement un risque de déséquilibre du budget de l'aviation civile. Mais le Conseil balaye cette explication et juge que la raison invoquée en l'espèce ne constitue pas un motif d'intérêt général permettant « de faire obstacle aux effets d'une décision de justice déjà intervenue ». À partir de cette décision, l'intérêt général devient l'élément central du contrôle exercé par le Conseil.

Arrive ensuite la fameuse affaire *Zielinski*⁴⁶ en 1999 : alors que le Conseil avait accepté la validation opérée par le législateur en 1997 à propos de la fiscalité applicable en Polynésie française⁴⁷, la Cour européenne des droits de l'homme juge cette validation contraire à l'article 6§1 de la Convention et sanctionne – indirectement – le laxisme du juge constitutionnel français. Ébranlé par les critiques, le Conseil réagit rapidement⁴⁸ et modifie son considérant de principe en posant deux nouvelles conditions : il exige désormais de « définir strictement » la portée de la validation et impose que l'acte validé ne méconnaisse « aucune règle, ni aucun principe de valeur constitutionnelle, sauf à ce que le but d'intérêt général visé par la validation soit lui-même de valeur constitutionnelle »⁴⁹. Le Conseil précise également que le fondement constitutionnel applicable est « l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ». Et il censure d'ailleurs, dans cette décision du 21 décembre 1999, la disposition critiquée, car le Parlement n'avait pas indiqué précisément l'illégalité dont il entendait purger l'acte contesté.

■ 44. CC 86-223 DC, 29 décembre 1986, JO 30 décembre 1986, p. 15802.

■ 45. CC 95-369 DC, 28 décembre 1995, cons. 35, JO 31 décembre 1995, p. 19099.

■ 46. CEDH, 28 octobre 1999, *Zielinski, Pradal, Gonzalès et autres*, n° 24846/94 et 34165/96 à 34173/96.

■ 47. CC 97-390 DC, 19 novembre 1997, *R.* p. 254

■ 48. CC 99-422 DC, 21 décembre 1999, cons. 64, JO 30 décembre 1999, p. 19730.

■ 49. On comprend assez mal cette dernière affirmation : pourquoi un intérêt général « de rang constitutionnel » – et d'ailleurs qu'est-ce qu'un intérêt général « de rang constitutionnel » ? – devrait permettre, plus qu'un autre intérêt général, aux actes validés de porter atteinte aux droits et libertés constitutionnels ?

Une modification du considérant de principe intervient à nouveau en 2006 : sans raison apparente, le Conseil élargit le champ d'application de sa jurisprudence à toutes les lois qui « modifient rétroactivement une règle de droit »⁵⁰, et non plus seulement aux lois « de validation » *stricto sensu*.

782 Mais c'est surtout à l'occasion de la décision du 14 février 2014⁵¹ que le changement le plus notable apparaît. Dans cette décision, en effet, l'intérêt général « *suffisant* » – formule classique dans le contentieux constitutionnel – laisse place à l'intérêt général « *impérieux* » couramment utilisé par la Cour de Strasbourg. Il était question, en l'espèce, d'une disposition de la loi de finances rectificative pour 2012 validant les délibérations de certains syndicats de collectivités locales créant une « taxe transport ». De nombreux contentieux étaient nés quant à la question de la compétence des structures intercommunales pour créer cette taxe. Le législateur était intervenu à plusieurs reprises, mais des dispositions mal rédigées s'étaient ajoutées aux difficultés d'interprétations déjà présentes. La loi de validation avait donc pour finalité de juguler ces contentieux. Sur la base de ce motif d'intérêt général évident, le Conseil accepte la validation et écarte les griefs soulevés par le requérant. Sur le fond, aucun bouleversement. En revanche, sur la forme, le considérant de principe évolue : le Conseil parle désormais d'un motif *impérieux* d'intérêt général et non plus, comme il le faisait avant, d'un motif d'intérêt général *suffisant*. Le juge constitutionnel s'inspire ici de la formule retenue depuis longtemps par la Cour européenne des droits de l'homme lorsqu'elle juge et parfois sanctionne une validation législative. Cette « harmonisation terminologique »⁵² serait ainsi, à première vue du moins, une harmonisation des jurisprudences et constituerait un exemple du fameux dialogue des juges en Europe. Mais une autre explication est possible...

En 2012⁵³, la Cour administrative d'appel de Paris rend une décision ingénieuse à propos d'une loi de validation : elle reconnaît, dans cette affaire, la présence d'un intérêt général⁵⁴ justifiant en apparence l'intervention du législateur, mais décide, quelques lignes plus loin, que cet intérêt général n'est pas... « *impérieux* » au sens qu'en donne la jurisprudence européenne. En jouant donc sur la différence de formulation entre le Conseil constitutionnel et la Cour de Strasbourg, le juge administratif peut tout à la fois accepter – ou donner l'illusion d'accepter – l'autorité du Conseil, et contourner sa jurisprudence en exerçant un contrôle de la loi de validation sur la base du motif « *impérieux* » d'intérêt général. Habile !

■ 50. CC 2006-544 DC, 14 décembre 2014, JO 22 décembre 2006, p. 19356.

■ 51. CC 2013-366 QPC, 14 février 2014, JO 16 février 2014, p. 2724.

■ 52. P. DEUMIER, « Les lois de validation et le dialogue des juges », *RTD Civ.*, 2014, p. 604.

■ 53. CAA Paris, 18 juin 2012, *Fondation d'entreprise Louis Vuitton pour la création et Ville de Paris*, n° 11PA00758 et n° 11PA00812, *AJDA*, 2012, p. 1496, note P. SRINELLI ; *RFDA* 2012, p. 650, note S. VIDAL : « Si cette validation législative repose sur des motifs d'intérêt général, tenant en particulier au fait que la création du musée présente un intérêt culturel, urbanistique, architectural et économique de nature à renforcer l'attractivité touristique de la ville de Paris et à mettre en valeur le Jardin d'acclimatation, lesdits motifs ne revêtent cependant pas, en l'espèce, un caractère impérieux, qui serait seul susceptible de justifier l'atteinte ainsi portée au droit à un procès équitable ».

■ 54. Dans sa décision n° 2011-224 QPC du 24 février 2012, le Conseil a jugé que loi de validation du 26 mai 2011 « répond à un but d'intérêt général suffisant ».

Deux ans plus tard, la décision du 14 février 2014 est une réponse – indirecte – à cette fronde du juge ordinaire : le Conseil fait le choix d'épouser les mots de la Cour européenne des droits de l'homme en retenant lui aussi l'expression « d'intérêt général impérieux », et ce faisant il comble la faille jurisprudentielle dans laquelle s'étaient engouffrés les magistrats rebelles⁵⁵.

783 En définitive, aujourd'hui, les contraintes constitutionnelles pesant sur le législateur en matière de validations législatives sont pour le moins nombreuses. Le juge censure, en effet, les validations qui se caractérisent par « une portée très large »⁵⁶, par des « motifs financiers » insuffisants⁵⁷, par un manque de précision dans le « motif de l'illégalité »⁵⁸, par une méconnaissance de « l'équilibre des droits des parties »⁵⁹, ou qui s'appliquent « aux instances non jugées de manière irrévocable »⁶⁰.

SECTION II | LA JURISPRUDENCE DE LA SURVIE DE LA LOI ANCIENNE

784 La question de la rétroactivité ou de la non-rétroactivité n'épuise pas le débat constitutionnel sur la temporalité des lois. Une disposition peut être « non-rétroactive » et, néanmoins, heurter les principes du droit transitoire. Le cas se produit classiquement dès lors qu'une situation, un acte ou un fait qui se prolonge dans le temps est fauché par le nouveau texte. La jurisprudence du Conseil constitutionnel consacrée à ces cas de « survie de la loi ancienne » est aujourd'hui bien fournie. Elle concerne deux aspects : les contrats (§1) et les « situations légalement acquises » (§2).

§ 1. | LES CONTRATS

785 Depuis la décision du 10 juin 1998⁶¹, le Conseil constitutionnel a consacré un principe constitutionnel de survie de la loi ancienne applicable aux contrats en ces termes : « le législateur ne saurait porter à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle

■ 55. V. not. P. DEUMIER, « Les lois de validation et le dialogue des juges », *loc. cit.*

■ 56. CC 2013-685 DC, 29 décembre 2013, JO 30 décembre 2013, p. 22188.

■ 57. CC 2012-287 QPC, 15 janvier 2013, JO 17 janvier 2013 p. 1109 ; CC 2003-486 DC, 11 décembre 2003, JO 19 décembre 2003, p. 21679 ; CC 2002-458 DC, 7 février 2002, JO 12 février 2002, p. 2783 ; CC 97-391 DC, 7 novembre 1997, JO 11 novembre 1997, p. 16390.

■ 58. CC 2010-100 QPC, 11 février 2011, JO 12 février 2011, p. 2758 ; CC 2006-545 DC, 28 décembre 2006, JO 31 décembre 2006, p. 20320 ; CC 99-422 DC, 21 décembre 1999, JO 30 décembre 1999, p. 19730.

■ 59. CC 2010-78 QPC, 10 décembre 2010, JO 11 décembre 2010, p. 21712.

■ 60. CC 2010-2 QPC, 11 juin 2010, JO 12 juin 2010, p. 10847.

■ 61. CC 98-401 DC, 10 juin 1998, Rec. p. 258.

méconnaître manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ». L'évolution n'est pas mince. Le principe de survie de la loi ancienne en matière de contrats a toujours été discuté⁶², parce qu'il laisse supposer – à tort – une supériorité des conventions sur les lois générales et abstraites. Il faut saluer le Conseil de n'avoir pas prêté à ces idées une oreille trop attentive : il est bien loin le temps où le contrat était l'instrument de domination de quelques privilégiés sur les personnes les plus démunies. Le contrat n'est pas simplement « libéral » et de multiples situations peuvent justifier qu'il se prolonge dans le temps en dépit des lois nouvelles.

A. LA LENTE CONSÉCRATION DE LA « PÉRENNITÉ CONTRACTUELLE »⁶³

1. Le refus

786 Chronologiquement, la question de l'application immédiate des lois aux contrats en cours est d'abord apparue dans le domaine du partage des compétences, et plus précisément en matière « d'autolimitation législative », c'est-à-dire la capacité qu'aurait le législateur de se limiter lui-même pour l'avenir (notamment lorsqu'il légifère en matière contractuelle).

La première décision est celle du 27 juillet 1982⁶⁴ relative à la loi portant « réforme » de la planification. Encouragé par le souffle populaire des élections du printemps 1981, le premier gouvernement socialiste de la V^e République souhaite marquer les esprits en encadrant plus fermement l'économie nationale et en freinant les excès du libéralisme. À l'époque, le « contrat de plan » est considéré comme le meilleur moyen de parvenir aux fins souhaitées en raison de la souplesse du mécanisme : à la fois décentralisé (par l'intervention des Régions) et contractuel, donc négocié. Mais l'idée se heurte aux critiques de l'opposition qui voit dans ce « contrat de plan » un moyen bien commode pour le législateur d'effacer ses promesses passées et de remettre en cause les multiples conventions conclues sous l'empire des lois anciennes. Le Conseil est finalement saisi, et dans un considérant très général il juge que « la fixation par le législateur lui-même, à l'initiative d'ailleurs du gouvernement, d'un programme systématique de travail législatif assorti de dates et de délais précis ne contrevient en elle-même à aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ». Autrement dit, ni obligation, ni contrainte pour le Parlement de respecter sa législation passée, y compris à l'égard des conventions déjà signées.

La deuxième décision marquante est celle du 19 juillet 1983⁶⁵. Il s'agissait en l'espèce, pour le Conseil constitutionnel, d'examiner une loi portant approbation

■ 62. V. par ex. la thèse de Françoise DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine*, LGDJ, 1977, spéc. p. 39 et s.

■ 63. Sur cette notion, qu'il soit permis de renvoyer le lecteur à P.-Y. GAHDOUN, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2008.

■ 64. CC 82-142 DC, 27 juillet 1982, Rec. p. 52.

■ 65. CC 83-160 DC, 19 juillet 1983, R. p. 43.

d'une convention fiscale passée entre l'État et la Nouvelle-Calédonie⁶⁶. Par cette « convention », le législateur s'astreignait, pour l'avenir, à une certaine action en matière fiscale, et les requérants voyaient là une atteinte à la souveraineté du Parlement. Le Conseil leur répond que « le législateur, qui n'est soumis qu'à l'autorité de la Constitution, ne peut s'interdire lui-même, que ce soit unilatéralement ou conventionnellement », et il ajoute que « ces stipulations qui ont force obligatoire dans le cadre contractuel ne sauraient, pour les raisons exposées plus haut, avoir ni pour objet ni pour effet d'affecter l'exercice de la compétence du législateur telle qu'elle résulte de l'article 34 de la Constitution ». Le raisonnement du juge paraît logique : un « contrat » noué entre le Parlement et la Nouvelle-Calédonie ne peut, en toute hypothèse, l'emporter sur la loi, expression de la volonté générale. Et pour cause : si l'État est toujours libre de contracter diverses obligations avec une autre personne publique, il demeure tout autant libre, par le biais de son bras normatif – en l'espèce le législateur –, de déroger aux prescriptions qu'il aurait lui-même consenti. Il reste que, ici, c'est bien le Parlement qui accepte des obligations contractuelles et que, sauf à lui interdire de nouer des contrats, il peut parfaitement « s'interdire lui-même », contrairement à ce que prétend le Conseil⁶⁷. En tout état de cause, cette décision a été lue et interprétée comme une réponse défavorable à la liberté contractuelle en général, et en particulier au respect des contrats en cours.

La question de la pérennité contractuelle ressurgit en 1984⁶⁸ à propos de la réglementation relative au fermage. La nouvelle loi modifiait le Code rural et offrait à l'administration locale la possibilité de redéfinir le régime applicable à certaines parcelles de terrains agricoles. Ce qui, évidemment, entraînait de nombreuses conséquences sur les contrats de fermage en cours. Conscient des répercussions concrètes qu'aurait la loi nouvelle sur les conventions déjà conclues, le Parlement avait tout de même prévu une disposition transitoire afin d'aider le passage de l'ancien régime au nouveau⁶⁹. Mais en dépit de cette précaution, les requérants estimaient que ce pouvoir consenti à l'administration de modifier les contrats était « choquant sur le plan des principes » et au surplus contraire à la jurisprudence du

■ 66. La finalité de telles conventions était officiellement d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion fiscale.

■ 67. Ce questionnement sur les « conventions fiscales » n'est pas tout à fait similaire à celui – bien connu – qui concerne les « contrats fiscaux ». Ces derniers sont, eux aussi, critiqués pour leur caractère fausement contractuel, mais à la différence des « conventions fiscales » qui sont dans l'immense majorité des cas des contrats entre deux États (en 1983 il s'agit donc d'une exception), le « contrat fiscal » est quant à lui conclu entre l'administration et un contribuable (qui bénéficie alors de certains avantages en contrepartie de diverses obligations) (v. par ex. L. RICHER, *Droits des contrats administratifs*, LGDJ, 2004, p. 55 et 56). Notons aussi que si la « convention fiscale » passée entre l'État français et un autre État apparaît tout à fait contractuelle (au sens international du terme), celle passée, comme en l'espèce, entre l'État français et la Nouvelle-Calédonie est plus incertaine dans la mesure où les deux parties ne sont pas « égales », l'une d'entre-elle (l'État) pouvant toujours contrevenir plus ou moins directement à ses engagements par le biais régulier des autres outils normatifs mis à sa disposition (la loi, l'acte administratif). Cela dit, l'égalité des parties n'est en rien la garantie du caractère véritablement contractuel de l'acte en question. D'autant plus que l'idée même de contrat est amplement malléable et permet d'épouser bien des procédés.

■ 68. CC 84-172 DC, 26 juillet 1984, R. p. 58.

■ 69. « À titre transitoire, et à l'issue d'un an à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi, les arrêtés mentionnés à l'article L. 411-3 du Code rural s'imposent de plein droit aux parties aux contrats en cours ».

Conseil d'État⁷⁰. Le Conseil répond que le législateur reste parfaitement libre de remettre en cause les conventions en cours et, précise le juge, « n'a fait qu'user des pouvoirs qui lui appartiennent de fixer les conditions de mise en vigueur des règles qu'il édicte ». Ici aussi, les considérations liées à la protection des contrats en cours se trouvent reléguées au second plan par rapport à des impératifs liés au rôle de la loi et à la compétence naturelle qu'aurait le Parlement pour légiférer en matière contractuelle.

Le point d'orgue de cette jurisprudence est atteint avec la décision du 4 juillet 1989⁷¹ rendue à propos d'une loi relative aux entreprises publiques. Dans cette affaire, les requérants dénoncent l'application immédiate de nombreuses dispositions aux contrats en cours et mobilisent le « principe de non-rétroactivité des lois en matière contractuelle ». Et faisant preuve d'une relative originalité, la saisine invoque l'article 2 de la Déclaration de 1789 relatif à la sûreté, et l'existence supposée d'un PRFRL en la matière. Mais le Conseil rejette la demande en jugeant que ni l'article 2 de la Déclaration, ni la catégorie des PFRLR ne consacrent un quelconque principe de non-rétroactivité en matière contractuelle.

787 La suite est plus connue. Dans la décision du 3 août 1994⁷², le Conseil juge fermement « qu'aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle ». Position qui est confirmée, en matière de pérennité contractuelle, à deux reprises. D'abord dans la décision du 26 janvier 1995⁷³ : pour mettre un terme au litige opposant EDF et la Compagnie nationale du Rhône (CNR) – et surtout accélérer la construction du canal Rhin-Rhône –, le législateur avait « validé » un protocole passé entre les deux entités empêchant le tribunal de commerce de Paris, qui avait été saisi par la CNR, de statuer sur la légalité de cette convention. Naturellement, les requérants avaient jugé cette pratique inconstitutionnelle en pointant « une immixtion du législateur dans le domaine réservé à l'autonomie de la volonté, qu'il peut certes limiter par l'édiction de règles générales mais à laquelle il ne saurait substituer directement sa propre appréciation de l'intérêt subjectif de telle partie ». Sans surprise, le Conseil écarte l'argumentation et estime que si la validation « entraîne des conséquences sur des conventions en cours conclues en application de dispositions législatives antérieures », cette circonstance n'est pas « *en elle-même* de nature à entraîner une inconstitutionnalité ». Pour la première fois, le Conseil introduit donc une nuance : il suggère, à mots couverts, que la liberté du législateur n'est pas totale et que le principe de non-rétroactivité de la loi en matière de contrats, associé à un autre principe (le « *en elle-même* »), pourrait bien être la source d'une future censure.

■ 70. « Le texte adopté par l'Assemblée nationale se prononce pour (...) l'application du statut du fermage aux conventions antérieures, ce qui paraît extrêmement choquant au plan des principes, car, comme l'avait justement noté le Conseil d'État, ce n'est pas à un simple arrêté préfectoral qu'il appartient de bouleverser l'équilibre de conventions faisant la loi des parties ». Il faut tout de même noter que la nouvelle législation visait justement à offrir à l'administration des outils pour agir et éviter de se heurter à la jurisprudence du Conseil d'État (notamment CE 29 janvier 1971, *Emery*, n° 73932).

■ 71. CC 89-254 DC, 4 juillet 1989, *R.* p. 41.

■ 72. CC 94-348 DC, 3 août 1994, *R.* p. 117.

■ 73. CC 94-358 DC, 26 janvier 1995, *R.* p. 183.

La décision du 9 avril 1996⁷⁴ s'inscrit dans la même tendance. Au milieu des années 1990, des difficultés étaient apparues quant à l'interprétation de certaines dispositions de la loi Scrivener relative au contrat de crédit immobilier. La loi imposait, en effet, au prêteur de fournir au client un « échéancier », sans toutefois préciser la teneur de cet échéancier. Et sur cette base, de nombreux clients avaient initié un contentieux en espérant obtenir de leur banque un éventuel dédommagement. La Cour de cassation avait alors opté pour une solution radicale en exigeant la délivrance d'un échéancier extrêmement détaillé, ce qui mettait en péril des milliers de contrats de crédit en cours et pouvait être à la base d'un véritable désastre économique pour le milieu bancaire. Répondant aux demandes pressantes des établissements de crédit, le législateur intervient et vote une disposition qui impose « pour l'avenir » – et pour l'avenir seulement... – la délivrance d'un échéancier détaillé. Fallait-il voir là une intrusion excessive de la loi dans les contrats en cours ? Non, répond le Conseil, mais en nuancant à nouveau : « le fait que de telles modifications entraînent des conséquences sur des conventions en cours n'est pas en lui-même de nature à entraîner une inconstitutionnalité ».

2. | Le revirement

788 Un revirement intervient avec la décision du 10 juin 1998⁷⁵ rendue à l'occasion de l'examen de la loi Aubry sur les 35 heures. Au départ du problème, la réduction du temps de travail et ses conséquences sur les contrats de travail en cours. En réduisant la durée hebdomadaire du travail, le législateur avait modifié un élément fondamental de la relation contractuelle entre un employeur et un salarié, touchant ainsi des millions de Français et des dizaines de conventions collectives. Conscient des enjeux, le juge consacre pour la première fois un principe constitutionnel de survie de la loi ancienne en matière de contrats, une « pérennité contractuelle » : désormais, le législateur doit respecter les contrats en cours et il ne peut, précise le Conseil, « porter à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 »⁷⁶. Évidemment, le contrôle du Conseil demeure « restreint » : la loi ne doit pas méconnaître « manifestement » la liberté issue de l'article 4 de la Déclaration. Évidemment aussi, le Conseil ne parle pas de « liberté contractuelle » en l'espèce. Mais il reste que cette décision est bien la première pierre d'un vaste édifice qui sera minutieusement bâti, depuis cette date, pour encadrer toujours plus fermement l'intervention du Parlement dans l'écoulement paisible des conventions.

789 À partir de 2003⁷⁷, le Conseil renforce d'ailleurs la protection initiée en 1998 sous deux aspects. Dorénavant, l'intérêt général dont se prévaut le législateur doit

■ 74. CC 96-375 DC, 9 avril 1996, R. p. 60.

■ 75. CC 98-401 DC, 10 juin 1998, R. p. 258.

■ 76. La notion d'intérêt général n'apparaît pas dans cette décision, mais elle est pleinement intégrée à partir de la décision du 23 juillet 1999 (CC 99-416 DC, 23 juillet 1999, R. p. 100) : « s'il est loisible au législateur d'apporter, pour des motifs d'intérêt général, des modifications à des contrats en cours d'exécution, il ne saurait porter à l'économie des contrats... ».

■ 77. CC 2002-465 DC, 13 janvier 2003, R. p. 43.

être « suffisant », et non plus « normal » ; en outre, le Conseil abandonne l'idée d'une atteinte « manifeste » à l'économie des contrats et exige désormais que le législateur ne porte pas – tout simplement – « atteinte aux contrats ». Parallèlement à ce resserrement des contraintes, le juge élargit le fondement constitutionnel applicable et mobilise l'article 16 de la Déclaration : « le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration ».

3. | Les incertitudes

790 La lecture de ce considérant soulève une difficulté d'ordre terminologique. À aucun moment, il n'est ici question de « liberté contractuelle », le Conseil préférant s'abriter derrière la formule neutre, désincarnée, de « l'atteinte aux contrats en cours ». Or, en disant que la loi porte atteinte « aux contrats en cours », et non pas « au principe constitutionnel de liberté contractuelle », le Conseil donne l'illusion que le rapport normatif se joue entre une loi et un contrat. Mais il n'en est rien. Il ne s'agit pas de savoir si la loi « porte atteinte à un contrat », car cela revient à dire que la loi doit respecter les conventions, ce qui est une aberration juridique ; en réalité, la loi doit respecter un principe constitutionnel – peu importe son nom – et de ce respect naît la conformité de la loi au texte de la Constitution. En retournant la pyramide des normes et en suggérant une supériorité du contrat sur la loi, le Conseil constitutionnel crée une ambiguïté.

À cela s'ajoute une sorte de jeu de dupe qui consiste à parler de « liberté contractuelle » dans tous les supports officiels – les commentaires « officiels »⁷⁸, les dossiers documentaires, les « unes » du site internet, et même les titres des considérants⁷⁹ – sans jamais prononcer le mot dans le considérant de principe⁸⁰.

791 À décharge néanmoins pour le Conseil, cette absence du terme « liberté contractuelle » dans le contentieux des contrats en cours pourrait s'expliquer par un élément. Le sens civiliste de cette liberté, tel qu'il apparaît notamment dans la nouvelle rédaction du Code civil⁸¹, vise avant tout le moment de la *formation* des conventions ; c'est la liberté de « faire naître » un contrat, de lui donner un contenu, de le conclure avec la personne de son choix, ou pas du tout. En matière de temporalité, la question n'est pas celle-là, il s'agit de préserver le contrat des assauts de la loi au nom d'une idée simple : lorsque les individus se sont engagés, ils ont pris acte d'un état du droit et se sont projetés dans l'avenir sur la base de cette

■ 78. « Sur cette seconde composante de la liberté contractuelle le Conseil constitutionnel a progressivement fixé sa jurisprudence selon laquelle le législateur doit justifier d'un motif d'intérêt général suffisant pour porter atteinte au droit au maintien des conventions légalement conclues », commentaire aux *Cahiers* sous CC 2015-460 DC, 26 mars 2015, JO 29 mars 2015, p. 5775.

■ 79. CC 99-423 DC, 13 janvier 2000, *R.* p. 33 ; CC 2001-451 DC, 27 novembre 2001, *R.* p. 145 ; CC 2002-465 DC, 13 janvier 2003, *R.* p. 43.

■ 80. Deux exceptions : CC 2012-649 DC, 15 mars 2012, cons. 14, JO 23 mars 2012, p. 5253, et CC 2015-460 DC, 26 mars 2015, cons. 19, JO 29 mars 2015, p. 5775.

■ 81. « Art. 1102. – Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi ».

législation. Appliquer une loi au temps présent, pour les contrats en cours, revient finalement à détruire la promesse initiale lorsque l'accord est déjà en marche. Il s'agit donc, ici, d'*exécution* d'un contrat, et non de formation.

La question qui se pose alors est celle de savoir si la « liberté contractuelle » peut englober ces cas d'exécution des contrats. À vrai dire, et contrairement à ce que semble penser le juge constitutionnel, rien ne l'interdit. Car d'abord, le sens de la liberté contractuelle n'est pas unique, il est pluriel, divers. Les questions posées en droit des obligations ne sont pas les mêmes que celles posées dans le contentieux constitutionnel. Ce n'est pas parce que la doctrine civiliste « parle » de la liberté contractuelle dans un certain sens, que le Conseil doit parfaitement épouser cette signification. Au demeurant, il faut bien se résoudre à constater que le contentieux constitutionnel de la temporalité est assez complexe, il chemine en boitant, incertain, et les formules varient selon les situations, selon les époques. Aujourd'hui, il est bien difficile pour le juriste et pour le justiciable de trouver un fil conducteur dans cette profusion des jurisprudences et des considérants. Il serait ainsi plus lisible de regrouper les contentieux de la formation et de l'exécution des contrats autour d'un même principe, connu de tous, facile à énoncer.

B. | LES CENSURES

792 Une première censure est intervenue dans la décision du 7 décembre 2000⁸². Il était question, en l'espèce, de contrôler la loi « solidarité et renouvellement urbains » dont l'une des dispositions prévoyait que les logements conventionnés appartenant aux filiales immobilières de la Caisse des dépôts et consignations (des personnes privées) continueraient à faire l'objet du régime applicable en matière de logement à loyers modérés (plafonnement des loyers, conditions de ressources, etc.) au terme des « conventions HLM »⁸³ conclues entre l'État et les sociétés privées. Concrètement, même sans contrat passé avec l'État, les logements en question restaient des logements « HLM », par conséquent moins chers et plus accessibles aux personnes sans ressources⁸⁴. La véritable difficulté concernait, en réalité, l'application temporelle de la loi. Celle-ci s'appliquait non pas aux conventions futures, mais à tous les biens conventionnés « *au 30 juin* », c'est-à-dire près de six mois avant l'entrée en vigueur du nouveau régime. Attentif aux arguments des requérants, le Conseil invalide la loi et précise que « la disposition critiquée n'apporte pas, en l'espèce, à la réalisation de cet objectif (le droit au logement) une contribution justifiant que soit portée une atteinte aussi grave à l'économie de contrats légalement conclus ».

■ 82. CC 2000-436 DC, 7 décembre 2000, R. p. 176.

■ 83. Ces conventions sont conclues entre l'État et les sociétés en question et permettent aux bailleurs d'obtenir des subventions et des réductions d'impôts en contrepartie d'une location réglementée et d'améliorations portées aux logements (prime dite « PALULOS »). Évidemment, la convention était limitée dans le temps de sorte que la gestion du bien immobilier devenait totalement libre à l'issue de la convention.

■ 84. Les requérants y voyaient une « atteinte à la liberté des conventions entre bailleur et locataire et donc plus généralement à la liberté contractuelle et à la sécurité juridique des conventions ; en effet, la possible remise en cause des conditions admises par le bail, en particulier la possible réduction de loyer, touche le cœur de la relation contractuelle entre propriétaire et locataire ».

793 La deuxième censure intervient dans la décision du 7 août 2008⁸⁵ à propos d'un dispositif consacré aux heures supplémentaires. Le paradoxe de cette censure est que le législateur avait pris soin – du moins le pensait-il – de ne pas heurter les conventions collectives en cours en choisissant de reporter « au 31 décembre 2009 » l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions. *A priori* donc, cette mesure transitoire permettait d'adoucir l'atteinte portée aux contrats formés sous l'empire de l'ancienne législation et s'autorisait de la jurisprudence du Conseil en la matière⁸⁶. En apparence seulement ! Lors des débats parlementaires, des voix s'élevaient pour dénoncer le fait que le délai du 31 décembre 2009 était « tout simplement intenable dans les petites entreprises »⁸⁷ et qu'il fallait bien plus de temps pour discuter, pour négocier, pour convaincre aussi les salariés de réformer le cadre applicable aux heures supplémentaires. Sur la base de ces critiques, le Conseil soulève « d'office » le moyen tiré de l'atteinte aux contrats en cours et juge que, malgré la présence d'une disposition transitoire, malgré ce régime d'ajustement qui permet de faire « survivre » les conventions collectives pendant un temps déterminé, le mécanisme demeure trop largement attentatoire aux contrats déjà noués. Et la disposition transitoire – qui est d'ordinaire un signe du respect de la temporalité – est donc invalidée par le juge constitutionnel.

C. | L'APPRÉCIATION DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL

794 Ici comme ailleurs, le législateur est autorisé par le Conseil à méconnaître les droits et libertés constitutionnels dès lors qu'il justifie d'un intérêt général (aujourd'hui « suffisant »). Il reste que, en matière de pérennité contractuelle, il n'est guère aisé de dessiner avec précision les contours de cet intérêt général tant les décisions du juge sont évolutives et parfois étonnantes.

Par exemple, dans la décision du 7 décembre 2000, le Conseil censure une disposition de la loi SRU au motif qu'elle porte atteinte aux contrats en cours, alors même que le législateur avait invoqué un motif d'intérêt général très fort, un intérêt général de rang « constitutionnel » (en l'occurrence la possibilité pour toutes personnes de disposer d'un logement décent). Mais dans sa décision du 18 mars 2009⁸⁸, il estime que ce même intérêt général justifie et explique l'atteinte portée aux conventions signées sous l'empire de l'ancienne législation. En l'espèce, la loi de mobilisation pour la lutte contre l'exclusion prévoyait une modification du régime applicable aux logements sociaux, au nom, avait-on dit, d'un « droit au logement » mieux réparti et mieux garanti. Cette mesure frappant plusieurs milliers de contrats déjà conclus, les requérants y voyaient une atteinte très forte à la liberté contractuelle des locataires. Mais de façon surprenante (au regard du « précédent » de 2000), le Conseil écarte l'argument de la saisine et juge que l'intérêt général invoqué par le législateur est « suffisant ».

■ 85. CC 2008-568 DC, 7 août 2008, JO 21 août 2008, p. 13079.

■ 86. Et c'est d'ailleurs cette attention particulière portée aux contrats en cours qui a permis d'éviter une censure lors de la décision du 27 novembre 2001 (CC 2001-451 DC, 27 novembre 2001, R. p. 145).

■ 87. Intervention de M^{me} Martine BILLARD, AN, séance du jeudi 3 juillet 2008.

■ 88. CC 2009-578 DC, 18 mars 2009, JO 27 mars 2009, p. 5445.

Par exemple aussi, dans la décision du 19 novembre 2009⁸⁹, le Conseil admet une atteinte aux contrats en cours sur la base d'un intérêt général... européen ! La loi relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie impliquait le transfert des salariés de l'ancienne AFPA vers une nouvelle entité – « le Pôle emploi » – entraînant un bouleversement important des contrats de travail, mais également des conventions collectives applicables dans ce secteur. Selon les requérants, la loi encourait la censure en raison de l'atteinte excessive portée à la liberté contractuelle. Le Conseil rejette toutefois l'argument et constate la présence d'un intérêt général légitimant l'existence d'une telle atteinte. Mais avec une originalité : traditionnellement, le législateur invoque en effet un motif d'intérêt général qui trouve son fondement dans des considérations tirées du droit interne, par exemple la nécessité d'unifier un régime, d'améliorer la situation des cocontractants ou de garantir le droit au logement pour tous. Or en l'espèce, la raison qui justifie la méconnaissance des conventions puise ses racines non pas en droit interne, mais dans un motif tiré du droit européen, et plus précisément dans l'obligation de coordonner le droit français et les exigences du droit communautaire en matière de formation professionnelle. En l'espèce, le législateur était intervenu pour enrayer le processus de contestation mené par la Fédération de la formation professionnelle à l'encontre de l'AFPA. Par deux fois, le Conseil de la concurrence avait été saisi pour constater l'incompatibilité entre les exigences européennes et la présence d'une « association » sous la tutelle de l'État intervenant dans un secteur fortement concurrentiel. Le transfert vers le « Pôle emploi » – un établissement public administratif – avait donc pour finalité de clarifier le rôle de l'État dans ce secteur et d'empêcher les recours ultérieurs. Fallait-il, pour autant, appliquer « immédiatement » les nouvelles dispositions et heurter frontalement tous les contrats déjà signés ? Le Conseil l'admet curieusement et porte un regard finalement très (trop ?) bienveillant sur ce motif d'intérêt général « européen » mis en avant par le Parlement.

D. | LA NOTION DE « CADRE LÉGAL »

795 Dernièrement est apparue une nouvelle difficulté à propos des contrats en cours : la notion de « cadre légal ». Jusque récemment, le Conseil constitutionnel n'avait jamais exclu du contentieux des contrats en cours certaines catégories de lois jugées plus importantes, plus fondamentales, ou tout simplement différentes. Affichant un pragmatisme bienvenu, il avançait au cas par cas, validant ou censurant les dispositions selon la force de l'intérêt général mis en avant par le législateur. L'attitude était d'autant plus louable qu'il aurait pu céder aux sirènes qui l'appelaient à réserver un sort particulier aux lois « d'ordre public ». Il n'en a rien fait, fort heureusement. Mais le danger était ailleurs.

■ 89. CC 2009-592 DC, 19 novembre 2009, JO 25 novembre 2009, p. 20223.

796 Pour la première fois⁹⁰, dans sa décision du 23 janvier 2015⁹¹, le juge constitutionnel ne vérifie pas l'intérêt général présent dans la loi comme il le fait habituellement ; il estime simplement que la disposition en cause n'influence pas les contrats, car, nous dit-il, elle modifie un « *cadre légal* » et non pas véritablement les conventions. Concrètement, dans cette décision, il s'agit pour le Conseil constitutionnel d'examiner l'article L. 442-3 du Code de la construction et de l'habitation qui modifie les règles relatives aux charges dites « récupérables » dans les immeubles appartenant aux organismes d'habitations à loyer modéré. Dans un considérant assez lapidaire, le Conseil juge « qu'en modifiant y compris pour les baux en cours, le cadre légal applicable à la détermination des charges récupérables pour les habitations à loyer modéré, le législateur n'a pas porté atteinte aux conventions légalement conclues ; que, par suite, le grief tiré d'une atteinte au droit au maintien des conventions légalement conclues, garanti par les articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789, doit être écarté ». Autrement dit, puisque la loi ne modifie par directement les contrats de location, et puisqu'elle transforme simplement un élément « légal », hors d'atteinte des stipulations contractuelles, le droit au maintien des conventions est inopérant et la loi peut s'appliquer immédiatement.

797 Cette référence au « cadre légal » s'autorise d'une paternité prestigieuse puisqu'elle est directement inspirée des écrits de Roubier lui-même. Dans son *Droit transitoire*, le doyen de Lyon cherche à comprendre une pratique législative qu'il observe fréquemment : de nombreuses lois promulguées par le législateur français s'appliquent, en effet, aux conventions déjà signées. Comment trouver une justification à ce phénomène qui contredit directement et frontalement « sa » théorie de la survie de la loi ancienne pour les contrats en cours ? Roubier trouve la réponse du côté de Toulouse. Il voit dans la théorie de l'institution de Maurice Hauriou les instruments pour déjouer cette difficulté. Dès lors, en effet, qu'une loi concerne une institution – l'auteur parle alors de « statut légal » –, elle pourra s'appliquer immédiatement en toutes circonstances, y compris pour les contrats déjà signés : « pour qu'une loi nouvelle puisse s'appliquer à un contrat en cours, il faut qu'elle établisse ou modifie un statut légal »⁹². L'auteur propose ensuite une définition très « sociologique » de ce statut légal : la loi relative au statut légal, nous dit-il, « vise des situations juridiques ayant une base en quelque sorte matérielle et concrète dans les personnes ou les choses qui nous entourent et qu'elles créent directement sur cette base un réseau de pouvoirs et de devoirs, qui sont susceptibles d'intéresser tout le monde. Par exemple, le mariage, l'adoption, la propriété, etc. »⁹³. Avec ce critère du « statut légal », Roubier peut alors expliquer, scientifiquement, la réalité de ce qu'il constate au quotidien : même si ces lois étouffent les prévisions des cocontractants, elles ont – de par leur statut légal et parce qu'elles « intéressent tout le monde » – un effet immédiat sur les situations déjà formées. Presque cent

■ 90. Le terme « cadre légal » en matière de contrat est apparu dans la décision du 18 mars 2009 (CC 2009-578 DC, 18 mars 2009, R. p. 73, cons. 14), mais il n'était pas, à l'époque, au « cœur » du raisonnement du Conseil.

■ 91. CC 2014-441/442/443 QPC, 23 janvier 2015, JO 25 janvier 2015, p. 1151.

■ 92. P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 423.

■ 93. *Ibid.* V. également la notion – très proche – de « situation objective » dans l'œuvre de DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, T. 2, *op. cit.*, p. 239.

ans plus tard⁹⁴, et presque mot à mot, c'est très exactement l'idée présente dans la décision du 23 janvier 2015 : les règles relatives aux charges récupérables sont générales, elles forment un cadre légal, et elles peuvent donc concerner immédiatement les contrats en cours.

798 Il reste que, derrière ses contours séduisants, la notion de « cadre légal » pose davantage de questions pour le droit transitoire constitutionnel qu'elle n'apporte de réponses. Car, à la vérité, il est bien délicat de savoir ce qu'est concrètement un cadre légal. La définition donnée par Roubier est bien trop générale, bien trop abstraite, et le Conseil aurait toutes les difficultés du monde s'il souhaitait s'y référer. Par exemple, la loi de 1989 sur les rapports locatifs est-elle un « statut légal » ? Évidemment, si le législateur modifie les dispositions relatives aux charges locatives, l'atteinte sur les contrats en cours peut sembler bien lointaine. Et encore, pourquoi exclure l'idée que les cocontractants avaient à l'esprit ces charges locatives au moment de l'échange des consentements ? En revanche, il est bien certain qu'une modification de la durée des baux – trois, six ou neuf ans – frapperait directement les conventions en cours. Statut légal dans un cas, loi contractuelle dans l'autre ? En réalité, il n'existe pas de différence de nature entre ces deux sortes de lois, il existe simplement une différence de degré. Dire que certaines lois sont « contractuelles » parce qu'elles influencent directement les contrats et que d'autres sont des « cadres légaux » parce qu'elles sont trop générales revient à distinguer les lois selon des critères de généralité, d'objet, de portée, de contexte, qui sont profondément sociologiques. Ces critères ne sont ni faux, ni même insignifiants, ils sont simplement non mesurables juridiquement.

799 En dépit de cela, le Conseil a mobilisé une nouvelle fois cette notion de « cadre légal » dans sa décision du 29 mai 2015⁹⁵. Il faut néanmoins espérer que la pratique ne se généralise pas dans les prochaines affaires. Le « cadre légal » implique une part de subjectivité, d'incertitude, et offre aux détracteurs du Conseil un argument inespéré. Au demeurant, le juge constitutionnel possède déjà les outils pour appréhender les lois qui, bien que frappant les conventions en cours, peuvent sembler trop éloignées, trop distantes. Il peut, en effet, comme il le fait depuis longtemps, estimer que la demande « manque en fait » ou, plus simplement encore, que l'intérêt général qui s'attache à l'application immédiate de la loi nouvelle justifie et pardonne, en quelque sorte, l'atteinte même indirecte aux conventions. Avec un avantage fort : ce faisant, le Conseil n'est plus contraint de trancher l'épineuse question du « cadre légal ».

■ 94. La première édition du *Droit transitoire* date de 1929.

■ 95. CC 2015-470 QPC, 29 mai 2015, cons. 9, JO 31 mai 2015, p. 9051

§ 2. LES SITUATIONS LÉGALEMENT ACQUISES

A. LE CHAMP D'APPLICATION DES SITUATIONS LÉGALEMENT ACQUISES

800 L'expression assez énigmatique de « situations légalement acquises » désigne une jurisprudence du Conseil constitutionnel qui est apparue en 2005 et qui interdit au législateur de « porter aux situations légalement acquises une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant »⁹⁶. Même si rien n'en paraît dans les termes mobilisés par le juge, cette jurisprudence a pour principale caractéristique de concerner non seulement des lois rétroactives, mais aussi des lois « d'application immédiate ». Le contrôle du Conseil peut donc se porter sur une norme tournée vers le futur dont les dispositions viennent frapper des « situations légalement acquises ». Par exemple, dans la décision du 27 février 2007⁹⁷, le Conseil constate une atteinte aux « situations légalement acquises » à propos d'une loi qui mettait « fin, de façon anticipée et progressive, à compter du 30 mars 2008, à la diffusion des services nationaux de télévision par voie hertzienne terrestre en mode analogique ». Par exemple encore, dans la décision du 19 décembre 2013⁹⁸, le Conseil interdit, au nom de l'atteinte aux « situations légalement acquises », que les nouveaux taux d'imposition s'appliquent immédiatement aux contrats d'assurance-vie conclus antérieurement. Dans les deux cas, l'application est bien immédiate, elle met un terme à un « effet juridique durable », selon la terminologie de Jacques Héron⁹⁹, au moyen d'un processus qui pourrait s'exprimer par la formule : « maintenant, c'est terminé ».

801 Il reste que cette expression « situations légalement acquises » n'est pas des plus heureuses. La formule rappelle plus ou moins directement deux idées bien connues du droit transitoire : les « droits acquis » et les « situations juridiques ». La terminologie mobilisée par le Conseil est ainsi une sorte de composé original entre ces notions, avec un inconvénient majeur : justement, ces deux notions sont totalement antinomiques puisque la seconde – les situations juridiques – a été développée par Roubier pour contrer et contredire la première – les droits acquis. Pire, en disant que le Parlement ne peut porter atteinte aux « situations légalement acquises », le Conseil fait une fausse promesse aux justiciables, il leur laisse croire qu'un avantage offert par la loi peut devenir irréversible, qu'il peut être « acquis », immuable et définitif. Or à vrai dire, à tout moment la loi peut modifier la législation pour l'adapter aux nécessités du moment, y compris en supprimant des avantages, en modifiant des droits, en effaçant des prérogatives. Nul droit « acquis » en réalité. En outre, le terme « légalement » est parfaitement inutile, il alourdit la formule. Une situation illégalement acquise n'est tout simplement... pas acquise. Par exemple, dans sa décision du 18 décembre 2014¹⁰⁰, le Conseil constate que la pratique des caisses de congés payés, visant à réaliser des placements financiers entre

■ 96. CC 2005-530 DC, 29 décembre 2005, cons. 46, JO 31 décembre 2005, p. 20705.

■ 97. CC 2007-550 DC, 27 février 2007, cons. 10, JO 7 mars 2007, p. 4368.

■ 98. CC 2013-682 DC, 19 décembre 2013, cons. 18, JO 24 décembre 2013, p. 21069.

■ 99. J. HÉRON, *op. cit.*, p. 96.

■ 100. CC 2014-706 DC, 18 décembre 2014, cons. 9, JO 24 décembre 2014, p. 21789.

la perception des cotisations sociales auprès des employeurs et leur reversement ultérieur à la Sécurité sociale, n'est pas « légalement » acquise, car elle n'est pas régie par le droit. À vrai dire, la situation – qui concerne une simple pratique en marge de la loi – n'existe pas en tant que situation juridique, elle est *praeter legem*, et le législateur peut librement y mettre fin. Aucun besoin, ici comme ailleurs, d'évoquer l'idée de « légalité ».

802 Une évolution du considérant des « situations légalement acquises » apparaît en 2013. Depuis la décision du 19 décembre 2013¹⁰¹, le Conseil interdit en effet au législateur de remettre cause non seulement les situations légalement acquises, mais aussi « les effets qui peuvent légitimement être attendus » de ces situations. La doctrine a cru déceler, dans cette nouvelle formule, la consécration implicite du principe de confiance légitime. Les requérants, eux, ont rapidement intégré cette nouvelle jurisprudence dans leurs demandes, et le Conseil a rendu plusieurs décisions sur la question, en moins de deux ans, dans toutes sortes d'affaires : économiques, commerciales, civiles, fiscales. Cette réussite concrète, comptable en quelque sorte, contraste néanmoins avec les incertitudes et les zones d'ombres qui obscurcissent cette nouvelle formulation.

803 Une question, surtout, agite les esprits depuis 2013 : est-il possible de déceler dans l'idée des « effets légitimement attendus » la volonté du juge constitutionnel de consacrer, sans le dire tout à fait, le principe de confiance légitime¹⁰², d'attente légitime¹⁰³ ou même « d'espérance légitime » selon la terminologie de la Cour de Strasbourg¹⁰⁴ ? La jurisprudence la plus récente semble aller dans ce sens et la décision du 13 août 2015¹⁰⁵ en est un exemple. Dans cette affaire complexe, le législateur souhaitait diminuer la part du nucléaire dans la production d'électricité en fixant un nouveau plafond de production des réacteurs nucléaires valable pour l'avenir. Le choix s'est porté sur un taux de 63,2 gigawatts. En lui-même, ce taux était peu contraignant puisque, justement, il correspondait à la capacité actuelle totale du parc nucléaire français déjà en service. Avec néanmoins un problème important pour EDF, car ces « 63,2 gigawatts » ne prenaient pas en compte l'ouverture prochaine de l'EPR de Flamanville et obligeait l'entreprise à faire un choix pour le moins cornélien : fermer des réacteurs existants – mais lesquels ? – ou annuler la mise en service de l'EPR. Dans leur saisine, les requérants invoquaient une atteinte à la « durabilité des politiques publiques » en soulignant les investissements colossaux déjà réalisés et les nombreuses autorisations reçues dans le cadre de la préparation du projet. Le Conseil leur donne en partie raison en constatant « une atteinte aux effets qui peuvent légitimement être attendus de situations légalement acquises ». Mais il rejette finalement la demande en relevant des motifs d'intérêt

■ 101. CC 2013-682 DC, 19 décembre 2013, cons. 14, JO 24 décembre 2013, p. 21069.

■ 102. Par ex. M. DISANT, « La confiance légitime fait son entrée dans le contentieux constitutionnel français », in F. DEKEUWER-DÉFOSSÉZ (*dir.*), « Droit et risque n° 6 (2^e partie) », *LPA*, 1^{er} avril 2015, n° 65, p. 5.

■ 103. L'expression est prononcée par le Conseil dans la décision CC 2015-515 QPC, 14 janvier 2016, JO 16 janvier 2016, texte n° 55.

■ 104. Sur la différence en « confiance légitime » et « espérance légitime », v. C. BLANC-FILLY, « La notion conventionnelle d'espérance légitime : convergences et divergences entre appréhensions prétorienne nationale et européenne », *RFDA*, 2015, p. 527.

■ 105. CC 2015-718 DC, 13 août 2015, cons. 57, JO 18 août 2015, p. 14376.

général présents dans la loi. Dans cette affaire, était-ce vraiment une question de « confiance légitime » ? Le juge constitutionnel se garde de prononcer le mot, mais toutes les « caractéristiques classiques »¹⁰⁶ du principe sont bien présentes : une dimension objective, c'est-à-dire un encadrement normatif assez conséquent, depuis plusieurs années, avec de nombreux actes juridiques, des autorisations, des contrats, des engagements de toutes sortes ; et une dimension subjective, c'est-à-dire une attente légitime, compréhensible, de la part d'EDF. En sens inverse, il est indiqué dans les commentaires aux Cahiers que « le Conseil ne reconnaît pas l'existence d'un principe de confiance légitime »¹⁰⁷. Difficile d'être plus clair...

804 Davantage qu'une consécration du principe de confiance légitime, il faut peut-être voir dans l'extension aux « effets qui peuvent être légitimement attendus » le souhait du Conseil d'ajuster sa jurisprudence à la réalité des affaires portées à sa connaissance. Depuis 2005, en effet, les requérants invoquent bien souvent des situations qui ne sont pas vraiment « acquises ». Dans de nombreux cas, il s'agit de situations qui se prolongent dans le temps, des situations « en cours ». Déjà en 1960, Roubier insistait : il est impossible de résumer le droit transitoire à la dichotomie droit acquis/droits non acquis, car, tôt ou tard, se posera la question des droits « en cours d'acquisition ». Pour adapter sa jurisprudence à la réalité des demandes, le Conseil a donc ajouté cette idée des « effets qui peuvent légitimement être attendus de situations légalement acquises ». Concrètement, cela revient tout simplement à reconnaître l'application du contentieux aux situations extra-contractuelles en cours¹⁰⁸ (les situations contractuelles faisant l'objet d'un contentieux spécifique).

805 Il arrive néanmoins, encore aujourd'hui, que le Conseil entretienne une certaine ambiguïté et mobilise sans trop de justesse le terme de « rétroactivité ». Par exemple, dans la décision du 21 janvier 2016¹⁰⁹, le juge rappelle très classiquement que le législateur ne peut « porter atteinte aux situations légalement acquises, ni remettre en cause les effets qui peuvent légitimement être attendus de telles situations ». Mais il ajoute plus loin, au moment d'appliquer le principe au cas d'espèce, que les dispositions contestées n'ont pas de « caractère rétroactif » et « qu'ainsi, *souligne-t-il*, elles ne méconnaissent pas les exigences de l'article 16 de la Déclaration de 1789 ». Faut-il lire et comprendre cette décision comme limitant l'application des « situations légalement acquises » aux seuls cas de rétroactivité ? Ce serait, à notre sens, totalement infondé : il est évident, depuis 2013, que des lois « non-rétroactives » sont également concernées lorsque ces lois heurtent des actes et des faits créés sous l'empire de l'ancienne législation¹¹⁰. Il serait donc plus exact de dire que la

■ 106. Sur ces « caractéristiques » et la jurisprudence de la CJUE, v. D. SIMON, « Le principe de confiance légitime est-il soluble dans la sécurité juridique ? », *Europe*, n° 5, mai 2006, comm. 142.

■ 107. CC 2015-475 QPC, 17 juillet 2015, cons. 5, JO 19 juillet 2015, p. 12289.

■ 108. Ce qui correspond d'ailleurs à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande sur la « confiance légitime » (v. G. GRASMANN, *op. cit.*, p. 1020).

■ 109. CC 2015-727 DC, 21 janvier 2016, JO 27 janvier 2016, texte n° 2.

■ 110. Au demeurant, à deux reprises au moins avant 2013, le Conseil avait accepté de contrôler, sur la base des « situations légalement acquises », une loi qui n'était pas, à proprement parler, rétroactive : dans la décision du 27 février 2007 (CC 2007-550 DC, 27 février 2007, cons. 10, JO 7 mars 2007, p. 4368), le juge censure une disposition d'application immédiate portant sur la diffusion des services nationaux de télévision par voie hertzienne ; dans sa décision du 14 juin 2013 (CC 2013-322 QPC, 14 juin 2013, cons. 7, JO

jurisprudence des situations légalement acquises concerne non seulement des dispositions « rétroactives », mais aussi des dispositions d'application immédiate pour ce qui concerne les situations en cours.

B. | LE CONTENTIEUX FISCAL

Un aspect de la jurisprudence des situations légalement acquises exige des développements spécifiques : *le contentieux fiscal*. En la matière, la jurisprudence est abondante. Elle met classiquement en œuvre le considérant des « situations légalement acquises ». Ici, le Conseil rencontre bien souvent des cas de rétroactivité assumés. Au fil des ans, de nombreux rapports ont dénoncé cette pratique jugée désastreuse pour l'économie française, par exemple le rapport Fouquet en 2008¹¹¹ ou celui du *Club des juristes* plus récemment¹¹².

En termes de droit transitoire, il faut bien distinguer deux sortes de rétroactivité fiscale. La rétroactivité classique, dite « grande rétroactivité »¹¹³ ou « rétroactivité juridique », est une application pour le passé d'une loi votée au temps présent. Ici, le droit fiscal ne fait pas exception : la situation est assez rare... Le cas le plus courant, propre au droit fiscal, est celui d'une loi qui s'applique au jour de son annonce pour éviter les effets d'aubaines¹¹⁴. Apparait, dans ce cas, une sorte de « rétro-mise en vigueur »¹¹⁵ puisque la norme est appliquée un peu avant sa date de publication. Par exemple, dans la décision du 29 décembre 2012¹¹⁶, la loi contrôlée s'appliquait au « 14 novembre 2012 », soit quelques jours avant le vote effectif du texte. Le but de cette rétroactivité était simplement d'empêcher les opérations effectuées entre le dépôt du texte sur le Bureau de l'Assemblée nationale et la mise en application du nouveau dispositif. L'intérêt général était finalement bien visible, bien net ; le Conseil a d'ailleurs validé.

En d'autres circonstances, la doctrine évoque l'idée de « petite rétroactivité ». La situation se présente lorsqu'une imposition frappe un événement qui se déroule dans le temps, par exemple une année de revenus d'un salarié. Dans ce cas, le fait générateur est fixé au dernier jour de cette « durée », c'est-à-dire au dernier jour de l'année civile pour les particuliers (ou au jour de la clôture de l'exercice social pour les entreprises). L'impôt exigible pour l'année N concerne donc une situation juridique accomplie en N-1, d'où l'idée de « petite rétroactivité ». Or, à vrai dire, le

16 juin 2013, p. 10026), il contrôle également l'article 1^{er} de la loi du 5 janvier 2005 modifiant le statut des maîtres de l'enseignement privé qui s'appliquait « immédiatement ».

■ 111. O. FOUQUET, et al., *Améliorer la sécurité juridique des relations entre l'administration fiscale et les contribuables : une nouvelle approche*. Rapport au ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique, juin 2008.

■ 112. H. DE CASTRIES et N. MOLFESSIS (dir.), *Sécurité juridique et initiative économique*, Mare et Martin, 2015, spéc. p. 225 et s.

■ 113. La notion a été introduite dans le rapport GIBERT, *Améliorer la sécurité du droit fiscal pour renforcer l'attractivité du territoire*, La documentation française, 2004.

■ 114. Une partie de la doctrine range ce cas dans la catégorie des « petites rétroactivités » (v. *infra*), par exemple E. JOANNARD-LARDANT, « Les principes de sécurité juridique et de confiance légitime en droit fiscal », *Droit fiscal*, n° 10, 6 mars 2014, 191, § 17.

■ 115. Sur cette idée, v. les explications de M. FLEURY-LE GROS dans sa thèse, *op. cit.*, p. 54 et s.

■ 116. CC 2012-661 DC, 29 décembre 2012, cons. 15, JO 30 décembre 2012, p. 21007.

phénomène est bien mal nommé, car il ne s'agit pas vraiment de rétroactivité, mais bien d'une application immédiate de la loi nouvelle¹¹⁷. Reprenons : le législateur décide que, pour l'année écoulée, il faut attribuer une certaine signification juridique – en termes d'imposition – à une situation donnée. Il ne change pas une signification déjà existante, terminée, en ce sens qu'il ne réécrit pas une règle applicable au moment où la loi est votée. Par exemple, il ne modifie pas le taux des impôts déjà liquidés. Il se contente en effet de fixer une norme « tout de suite » pour une situation qui s'achève au 31 décembre. Pour le dire autrement, le présumé « vous avez obtenu des revenus en cette année 2015 » acquiert la signification juridique « vous devez alors vous acquitter d'un impôt en 2016 ». Sans aucune rétroactivité.

806 D'une manière générale, cette jurisprudence des « situations légalement acquises », avec toutes les incertitudes qu'elle contient, ses lacunes rédactionnelles, ses limites, constitue néanmoins un formidable instrument. En effet, lorsqu'il n'est pas question de contrats, la doctrine classique du droit transitoire, à l'image de Roubier, considère que le législateur est normalement libre d'agir à sa guise. L'unité de la législation française le commande : selon le doyen de Lyon, le législateur ne peut réglementer toutes les situations individuelles qui se prolongent dans le temps, sauf à produire un droit éminemment variable. En définitive, il ne peut exister de survie de la loi ancienne en matière extra-contractuelle. Sur ce point, le Conseil est donc « en avance » ; il a su mettre en place une jurisprudence originale qui contrôle l'application temporelle des lois en dehors de toute rétroactivité – réelle – et en dehors des situations conventionnelles.

BIBLIOGRAPHIE

- L. BACH, « Contribution à l'étude du problème de l'application des lois dans le temps », *RTD Civ.*, 1969, p. 405 ■ « Conflits de lois dans le temps », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2006 ■ C. BLANC-FILY, « La notion conventionnelle d'espérance légitime : convergences et divergences entre appréhensions prétoriennes nationale et européenne », *RFDA*, 2015, p. 527 ■ H. DE CASTRIES et N. MOLFESSIS (dir.), *Sécurité juridique et initiative économique*, Mare et Martin, 2015 ■ M. DISANT, « La confiance légitime fait son entrée dans le contentieux constitutionnel français », in F. DEKEUWER-DÉFOSSÉZ (dir.), « Droit et risque n° 6 (2^e partie) », *LPA*, 1^{er} avril 2015, n° 65, p. 5 ■ P. DEUMIER, « Les lois de validation et le dialogue des juges », *RTD Civ.*, 2014, p. 604 ■ F. DEKEUWER-DÉFOSSÉZ, *Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine*, LGDJ, 1977 ■ G. EVEILLARD, *Les dispositions transitoires en droit public français*, Dalloz, 2007 ■ P. FLEURY-LE GROS, *Contribution à l'analyse normative des conflits de lois dans le temps en droit privé interne*, Dalloz, 2005 ■ P.-Y. GAHDOUN, « L'émergence d'un droit transitoire constitutionnel », *RDP*, 2016, p. 149 ■ S. GAUDEMET,

■ 117. Le rapport GIBERT, *op. cit.*, parle d'ailleurs de « rétrospectivité » (p. 73), mais le terme peut porter à confusion et il est d'ailleurs critiqué par une partie de la doctrine (v. P. FLEURY-LE GROS, *op. cit.*, p. 247 et s.).

« Application de la loi dans le temps. Le juge et l'article 2 », *Jurisclasseur Civil Code*, Fasc. 20, 2011 ■ Y. GAUDEMET et B. PLESSIX, « Promulgation et publication des lois », *JurisClasseur Civil Code*, Fasc. 10, 2011 ■ Jacques HÉRON, *Principes du droit transitoire*, Dalloz, 1996 ■ J. PETIT, *Contribution à l'étude des conflits de lois dans le temps en droit public interne*, LGDJ, 2002 ■ P. ROUBIER, *Le droit transitoire. Conflits de lois dans le temps*, 2^e éd., 1960, Dalloz, 2008 ■ D. SIMON, « Le principe de confiance légitime est-il soluble dans la sécurité juridique ? », *Europe*, n° 5, mai 2006, comm. 142.

CHAPITRE III

LES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX, ET ENVIRONNEMENTAUX

807 La jurisprudence du Conseil constitutionnel relative aux droits économiques (section 1), sociaux (section 2) et environnementaux (section 3) est aujourd'hui extrêmement riche. Elle irrigue de nombreuses branches du droit – civil, commercial, fiscal... – et dévoile un juge constitutionnel intervenant dans des domaines où, jusque récemment, il ne s'aventurait guère.

SECTION I | LES DROITS ÉCONOMIQUES

808 Trois principes constitutionnels peuvent être rattachés aux « droits économiques » en ce qu'ils mettent en jeu – principalement mais pas exclusivement – des relations de commerce : le droit de propriété (§1), la liberté d'entreprendre (§2) et la liberté contractuelle (§3).

§ 1. | LE DROIT DE PROPRIÉTÉ

A. | LA CONCEPTION CONSTITUTIONNELLE DU DROIT DE PROPRIÉTÉ

809 La décision du 16 janvier 1982¹ est certainement celle qui a provoqué les controverses et polémiques les plus fortes dans l'histoire du Conseil, puisque le vif débat doctrinal sur la pertinence de son contenu tourna très vite à une contestation du Conseil lui-même, voire de la légitimité d'une justice constitutionnelle. Motif de cette effervescence politico-juridique : la qualification du droit de propriété par le Conseil, de droit fondamental ayant « *pleine* valeur constitutionnelle »

■ 1. CC 81-132 DC, 16 janvier 1982, R. p. 18.

et « dont la *conservation* constitue l'un des buts de la société politique »... et cela, quelques mois seulement après la double victoire électorale de la gauche qui avait mis à son programme le changement du régime de la propriété économique.

Au demeurant, ce qui a choqué est moins la reconnaissance de la valeur constitutionnelle du droit de propriété que la force, presque provocante, avec laquelle elle est déclarée. Car, dans les passions du moment, personne ne cherche à lier le contenu de la décision à celui du débat contradictoire tenu devant le Conseil, pour comprendre que la formule « pleine valeur constitutionnelle » ne prenait sens que par rapport à la thèse, soutenue devant lui, niant toute valeur constitutionnelle au droit de propriété². Rédaction donc de circonstance, en 1982 ; la position de principe du Conseil s'exprime lorsque, dégagé de tout contexte passionnel, il affirme simplement, supprimant l'adjectif « pleine », la valeur constitutionnelle du droit de propriété. Ainsi en est-il, par exemple, dans la décision du 25 juillet 1989³ où le Conseil affirme clairement que la valeur constitutionnelle du droit de propriété doit se comprendre *non pas*, comme le croit une partie de la doctrine, *malgré, mais en fonction de* l'évolution subie par ce droit, et caractérisée à la fois « par une extension de son champ d'application à des domaines nouveaux et par des limitations exigées au nom de l'intérêt général ». Le régime constitutionnel du droit de propriété est donc, depuis la clarification jurisprudentielle de 1989, défini autour de trois idées : le champ d'application du droit de propriété peut s'étendre, par rapport à 1789, à des domaines nouveaux ; l'exercice du droit de propriété peut cependant connaître des limitations exigées au nom de l'intérêt général ; ses limitations ne peuvent pas aller jusqu'à dénaturer la portée du droit de propriété et de ses attributs essentiels.

Ainsi, au titre des « domaines nouveaux », dans la décision du 15 janvier 1992⁴, le Conseil considère que le droit pour le propriétaire d'une marque de fabrique, de commerce ou de service – la propriété industrielle et commerciale – d'utiliser celle-ci et de la protéger dans le cadre défini par la loi et les engagements internationaux de la France entre dans le champ d'application des articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789⁵. Ainsi encore, dans la décision du 8 janvier 1991⁶, le Conseil a jugé que le principe constitutionnel de la protection de la santé publique et même la nécessité de maîtriser les dépenses de santé pouvaient justifier des limitations à l'exercice de la propriété des marques par les fabricants de tabac (restriction de la publicité)⁷. Le 20 janvier 1993⁸, le Conseil considère que les « documents » des entreprises sont couverts par le droit de propriété et juge en conséquence que le pouvoir donné au service central de prévention de la corruption de retenir des originaux pendant un temps dont le terme n'est pas fixé par la loi porte une atteinte excessive au droit de propriété. Le Conseil, dans sa décision du 20 juillet 2000⁹, accorde également à la

■ 2. Thèse soutenue dans le mémoire en défense produit par les députés socialistes.

■ 3. CC 89-256 DC, 25 juillet 1989, *R.* p. 53.

■ 4. CC 91-303 DC, 15 janvier 1992, *R.* p. 15.

■ 5. V. dans le même sens, CC 90-283DC, 8 janvier 1991, *R.* p. 11.

■ 6. CC 90-283 DC, 8 janvier 1991, *R.* p. 11 ; CC 90-287 DC, 16 janvier 1991, *R.* p. 24.

■ 7. Dans le prolongement de cette décision v. CC 2015-727 DC, 21 janvier 2016, JO 27 janvier 2016, texte n° 2.

■ 8. CC 92-316 DC, 20 janvier 1993, *R.* p. 14 ; CC 97-387 DC, 21 janvier 1997, *R.* p. 23.

■ 9. CC 2000-434 DC, 20 juillet 2000, *R.* p. 107.

« chasse » la qualité de droit découlant directement du droit de propriété, et en particulier d'un de ses attributs, l'*usus* ; mais il juge que l'interdiction de chasser le mercredi ne constitue pas une atteinte grave au droit de propriété parce qu'elle est justifiée par un motif d'intérêt général, celui « de la nécessité d'assurer la sécurité des enfants d'âge scolaire et de leurs accompagnateurs ». Poursuivant encore cette interprétation au temps présent des articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789, il reconnaît, dans sa décision du 27 juillet 2006¹⁰, que figurent parmi les domaines nouveaux du droit de propriété « les droits de propriété intellectuelle et notamment le droit d'auteur et les droits voisins » ; et il décide en conséquence que l'obligation faite aux titulaires de droits d'auteur de communiquer leurs informations afin de permettre l'interopérabilité « devra entraîner leur indemnisation ».

Quoi qu'il en soit, ce qui reçoit valeur constitutionnelle, c'est le droit de propriété d'aujourd'hui et non d'hier, c'est-à-dire un droit qui, ayant intégré de multiples atteintes et amputations depuis 1789, inclut nécessairement le droit constitutionnel de limitations législatives pour des raisons d'intérêt général¹¹. Par exemple, dans la décision du 7 décembre 2000¹² où il juge que les restrictions apportées aux conditions d'exercice du droit de propriété par les nouveaux plans locaux d'urbanisme « sont justifiées par l'intérêt général qui s'attache à la maîtrise, par les collectivités publiques, de l'occupation des sols et du développement urbain » ; ou encore, que l'interdiction de construire à l'intérieur du périmètre d'un projet global d'aménagement, dans l'attente de l'approbation de ce projet par la commune, « est justifiée par la nécessité de ne pas compromettre ou de ne pas rendre plus onéreuse la réalisation dudit projet ». En revanche, le Conseil a jugé que si la sauvegarde de la diversité commerciale des quartiers à Paris, Lyon et Marseille était bien un objectif d'intérêt général, le législateur avait « porté au droit de propriété une atteinte disproportionnée à cet objectif en soumettant à une autorisation administrative – celle du maire – tout changement de destination d'un local commercial ou artisanal entraînant une modification de la nature de l'activité ». S'il est vrai que le gouvernement défendait très timidement cette disposition, le Conseil risque, par sa censure, d'avoir privé d'effectivité un objectif qu'il reconnaît pourtant d'intérêt général

810

La QPC a contribué à renouveler les fondements constitutionnels et l'étendue du droit de propriété. Avec et à partir de la décision du 10 juin 2010¹³, le Conseil « découvre » un *nouveau* fondement constitutionnel au droit de propriété : l'article 2 de la Déclaration de 1789 où il figure parmi les droits inaliénables et sacrés de l'homme. En l'espèce, cette découverte lui permet de faire bénéficier les créanciers de la protection du droit de propriété : « le droit de propriété des créanciers, juge en effet le Conseil, est garanti par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789 ». Apparemment anodine, cette formulation conduit à un bouleversement du contentieux constitutionnel en la matière. D'ordinaire, le droit de propriété et le

■ 10. CC 2006-540 DC, 27 juillet 2006, R. p. 88.

■ 11. Cette nouvelle rédaction est, peut-être, due à l'influence du Président Jacques ROBERT, membre du Conseil depuis février 1989, qui avait soutenu, en 1981, cette idée, dans une consultation rédigée avec François LUCHAIRE pour éclairer le gouvernement sur la constitutionnalité des nationalisations, voir *Le Monde* du 3 novembre 1981.

■ 12. CC 2000-436 DC, 7 décembre 2000, R. p. 176.

■ 13. CC 2010-607 DC, 10 juin 2010, R. p. 134.

droit des créanciers sont des droits très différents : le droit de propriété est un droit réel, il s'exerce sur une chose avec effet *erga omnes* ; à l'inverse, le droit de créance est un droit personnel, il s'exerce à l'égard d'un individu avec effet *inter partes*. En intégrant les créances dans le droit de propriété, par exemple pour protéger les créanciers d'un prêt des atteintes du législateur, le Conseil tranche très fermement en faveur d'une « autonomisation » du droit constitutionnel de propriété à l'égard des règles classiques du droit civil. Il faut saluer cette extension du champ d'application du droit de propriété. Car à l'image de tous les autres droits et libertés constitutionnels, le droit de propriété n'est pas figé dans sa lecture civiliste ; il vit, rayonne et se déploie bien au-delà du droit des obligations et des constructions jurisprudentielles de la Cour de cassation. Faisant glisser cette « découverte » dans le contentieux de la QPC, le Conseil, dans sa décision du 12 novembre 2010¹⁴, exprime dans un considérant de principe le nouveau régime constitutionnel du droit de propriété : « considérant que la propriété figure au nombre des droits de l'homme consacrés par les articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789 » ; qu'aux termes de son article 17 : « la propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité » ; qu'en l'absence de privation du droit de propriété, il résulte néanmoins de l'article 2 de la Déclaration de 1789 que les limites apportées à son exercice doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi ». *L'article 17 s'applique ainsi en cas de privation du droit de propriété, l'article 2 en cas de limitation du droit de propriété.* Sous l'empire de l'article 17, la protection constitutionnelle est forte, sous l'empire de l'article 2 la protection est moindre mais réelle.

Le juge constitutionnel *a priori* « dialogue » avec le juge constitutionnel *a posteriori* et, en l'espèce, le droit de propriété en profite.

B. LES GARANTIES CONSTITUTIONNELLES DU DROIT DE PROPRIÉTÉ

1. Privation et limitation du droit de propriété

811 La QPC a profondément modifié le statut constitutionnel du droit de propriété. Il fut un temps où l'article 17 de la Déclaration de 1789 en était le fondement nécessaire ; puis, le Conseil a distingué entre cet article 17, réservé aux hypothèses de privations du droit de propriété et l'article 2 de la Déclaration de 1789 pour les hypothèses de limitations du droit de propriété.

Avec la décision du 13 janvier 2012¹⁵, il déplace encore le curseur en faisant glisser certaines privations sous la protection du seul article 2 : « en l'absence de privation du droit de propriété *au sens de cet article*, il résulte néanmoins de l'article 2 de la Déclaration de 1789 que les limites apportées à son exercice doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi ».

■ 14. CC 2010-60 QPC, 12 novembre 2010, JO 13 novembre 2010, p. 20237.

■ 15. CC 2012-208 QPC, 13 janvier 2012, JO 14 janvier 2012, p. 752.

Toutes les limitations relèvent de l'article 2 mais toutes les privations ne relèvent pas de l'article 17 ; certaines relèvent simplement de l'article 2. En l'espèce, le Conseil juge que l'article 376 du Code des douanes interdisant à un propriétaire de réclamer les objets saisis ou confisqués constitue une privation du droit de propriété ; mais il lui applique le régime de l'article 2 et considère que cette privation est justifiée dans la mesure où elle « tend à lutter contre la délinquance douanière en responsabilisant les propriétaires de marchandises dans leur choix des transporteurs et à garantir le recouvrement des créances du Trésor public ». Toutefois, il juge que, par ses caractères général et absolu – « en toute hypothèse » – cette privation porte une « atteinte disproportionnée au but poursuivi » et il censure l'article 376 du Code des douanes. Quelques jours plus tard, le 17 janvier 2012¹⁶, le Conseil a jugé que l'obligation faite au détenteur d'une arme de s'en dessaisir n'appelle pas indemnisation dans la mesure où ce dessaisissement ne constitue pas une privation du droit de propriété « au sens de l'article 17 » ; il est une simple limitation de son exercice justifiée pour des raisons d'ordre public ou de sécurité des personnes et encadrée par des garanties de procédure. Dans le même sens, le Conseil a jugé, le 20 janvier 2012¹⁷, que la réunion à l'actif du débiteur des biens de son conjoint était une privation du droit de propriété justifiée par le souci de faciliter l'apurement du passif et de permettre la continuation de l'entreprise ou le désintéressement des créanciers mais qu'en l'absence d'un encadrement des conditions dans lesquelles la réunion à l'actif est possible, l'article L. 624-6 du Code de commerce portait une atteinte disproportionnée au droit de propriété du conjoint du débiteur.

812 En revanche, tombe sous la protection de l'article 17 de la Déclaration de 1789 la prise de possession à la suite d'une expropriation pour cause d'utilité publique, et le Conseil juge, dans sa décision du 6 avril 2012¹⁸, que les articles L. 15-1 et L. 15-2 du Code de l'expropriation, en permettant à l'expropriant, en cas d'appel de l'ordonnance du juge fixant l'indemnité d'expropriation, de prendre possession des biens expropriés moyennant le versement d'une indemnité égale aux propositions qu'il avait faites et inférieure à celle fixée par le juge de première instance, « méconnaissent l'exigence selon laquelle nul ne peut être privé de sa propriété que sous la condition d'une juste et préalable indemnité ».

De même, sans prononcer de censure, le Conseil, dans sa décision du 20 avril 2012¹⁹, a jugé que l'exigence d'une indemnité juste et préalable était respectée par l'article L. 13-17 du Code de l'expropriation disposant que le montant de l'indemnité principale était fixé par le juge de l'expropriation sur la base de l'estimation faite par l'administration sous réserve que l'exproprié puisse apporter la preuve que cette estimation ne prend pas correctement en compte l'évolution du marché de l'immobilier.

■ 16. CC 2012-209, QPC, 17 janvier 2012, JO, 18 janvier 2012, p. 1014.

■ 17. CC 2012-212 QPC, 20 janvier 2012, JO, 21 janvier 2012, p. 1214.

■ 18. CC 2012-226, QPC, 6 avril 2012, JO, 7 avril 2012, p. 6413.

■ 19. CC 2012-236, QPC, 20 avril 2012, JO, 21 avril 2012, p. 7197.

Pareillement, le Conseil juge, dans sa décision du 28 septembre 2012²⁰, que l'article L. 13-8 du Code de l'expropriation, qui oblige le juge à fixer le montant de l'indemnité même en cas de contestations de l'opération par l'exproprié, ne méconnaît pas l'article 17 de la Déclaration de 1789 dans la mesure où l'article contesté oblige le juge de l'expropriation à tenir compte de ces contestations en prévoyant plusieurs indemnités selon les hypothèses envisagées.

Depuis cette jurisprudence initiée en 2012, le Conseil précise systématiquement que la privation du droit de propriété s'entend « au sens de l'article 17 de la Déclaration de 1789 »²¹, c'est-à-dire de façon autonome, et il n'hésite pas à trier les dispositions législatives qui, selon lui, entrent ou non dans cette catégorie. Il n'en reste pas moins vrai que la frontière entre « limiter » et « priver » le droit de propriété est parfois bien délicate à tracer. Par exemple, la mesure du « paquet neutre » introduite en 2016, qui interdit aux fabricants de tabac d'apposer librement leur marque et leur logo sur les emballages de cigarettes, est-elle une limitation ou une privation du droit de propriété ? Le Conseil décide, dans sa décision du 21 janvier 2016²², que cette mesure est une simple limitation car la nouvelle réglementation « n'interdit pas que chacun de ces supports comporte l'inscription de la marque, de telle sorte que le produit puisse être identifié avec certitude par son acheteur ». Même si, reconnaît le juge, « cette possibilité est strictement encadrée ». Dans le même sens, le Conseil refuse régulièrement de considérer les « servitudes » comme des privations du droit de propriété, par exemple en matière civile²³ ou environnementale²⁴.

2. Les exigences particulières de l'article 17 de la Déclaration de 1789

813 Les garanties constitutionnelles définies par l'article 17 de la Déclaration de 1789 – donc en cas de « privation » du droit de propriété – sont visées par le Conseil dès sa décision du 16 janvier 1982. En premier lieu, les privations de propriété ne peuvent être décidées que par le Parlement et au profit d'une « autorité de l'État » : le Conseil a ainsi censuré une disposition législative prévoyant l'institution d'une servitude administrative sur des immeubles privés par un établissement public²⁵ ; il admet cependant que l'administration ou même les conseils municipaux puissent recevoir pouvoir de décision, à condition que le législateur ait précisément déterminé les conditions de mise en œuvre et les garanties, notamment, de recours judiciaires des propriétaires²⁶. Il a ainsi censuré, dans sa décision du 9 avril 1996²⁷,

■ 20. CC 2012-275, QPC, 28 septembre 2012, JO, 29 septembre 2012, p. 15375.

■ 21. V. not. pour des censures sur le fondement de l'article 17 de la Déclaration : CC 2014-426 QPC, 14 novembre 2014, cons. 4 et 5, JO 16 novembre 2014, p. 19330 ; CC 2014-449 QPC, 6 février 2015, cons. 6 et 7, JO 8 février 2015, p. 232.

■ 22. CC 2015-727 DC, 21 janvier 2016, JO 27 janvier 2016, texte n° 2.

■ 23. CC 2014-394 QPC, 7 mai 2014, cons. 12, JO 10 mai 2014, p. 7873.

■ 24. CC 2015-518 QPC, 2 février 2016, cons. 14, JO 5 février 2016, texte n° 75.

■ 25. CC 85-198 DC, 13 décembre 1985, R. p. 78.

■ 26. CC 81-132 DC, 16 janvier 1982, R. p. 18 ; CC 84-172 DC, 26 juillet 1984, R. p. 58 ; CC 85-189 DC, 17 juillet 1985, R. p. 49 ; CC 86-207 DC, 25-26 juin 1986, R. p. 61.

■ 27. CC 96-373 DC, 9 avril 1996, R. p. 43.

le pouvoir donné au gouvernement de la Polynésie française de soumettre les transferts de propriété immobilière à un régime discrétionnaire d'autorisation préalable, car ce dernier entraîne « des limitations directes au droit de disposer qui revêtent un caractère de gravité telle » que le sens et la portée du droit de propriété s'en trouvent dénaturés.

En deuxième lieu, le Parlement ne peut porter atteinte à la propriété privée que « lorsque la nécessité publique l'exige évidemment ». Il n'est pas utile de revenir longuement ici²⁸ sur le contrôle réel exercé par le Conseil, grâce à l'erreur manifeste, à l'égard de l'appréciation portée par le législateur sur cette nécessité ; il suffit de noter que, par exemple, le droit consenti à l'État de « retenir » des œuvres d'art candidates à l'exportation lorsque ces œuvres présentant un intérêt national a été jugé contraire à la Constitution dans la décision du 14 novembre 2014²⁹, car, selon le Conseil, cette privation de la propriété ne fixe pas « les critères établissant une nécessité publique ». Preuve que le juge, s'il n'exerce pas toujours un contrôle très rigoureux de cette « nécessité publique », reste néanmoins attentif.

En troisième lieu, le législateur doit prévoir le versement d'une indemnité juste et préalable aux personnes expropriées, disposition qui appelle quatre observations. L'indemnisation n'est due qu'en cas de privation de la propriété – expropriation, nationalisation – et non dans les hypothèses où la loi intervient sur les conditions d'exercice du droit de propriété : « l'article 17 de la Déclaration de 1789 n'implique nullement, déclare le Conseil, que les lois ne puissent restreindre l'exercice du droit de propriété sans indemnisation corrélative »³⁰. Il a ainsi jugé que l'indemnisation prévue à l'article 17 n'avait pas à s'appliquer lorsque la loi limitait l'exercice du droit de propriété en donnant à l'administration le pouvoir de s'opposer à une division volontaire de propriété foncière³¹, en imposant aux actionnaires des restrictions à leur droit de désigner les dirigeants de leur société au bénéfice des représentants élus des salariés³², en donnant à un juge la possibilité d'imposer à un propriétaire le fermier qui exploitera son bien³³, ou encore que les modalités du régime de répartition et de cession d'actions de sociétés anonymes à participation ouvrière n'entraient pas dans le champ d'application de l'article 17 de la Déclaration de 1789³⁴. Dans tous ces cas, le Conseil considère qu'il n'y a aucune atteinte grave, ou aucune dénaturation du sens et de la portée du droit de propriété, ou encore aucune privation de propriété « qui tomberait sous le coup de l'article 17 de la Déclaration ».

L'indemnisation doit être juste, caractère étroitement contrôlé par le Conseil qui n'hésite pas à entrer dans le détail du calcul de la valeur d'échange des actions et, comme en 1982, à censurer « les sous-estimations substantielles ». Contrôle nécessairement subjectif – qu'est-ce qu'une « juste indemnité » ? – qui est d'autant plus apparu comme tel, en l'espèce, que le législateur avait suivi, en fait, la solution

■ 28. V. *supra* nos 328 et s.

■ 29. CC 2014-426 QPC, 14 novembre 2014, cons. 4 et 5, JO 16 novembre 2014, p. 19330.

■ 30. CC 83-162 DC, 20 juillet 1983, R. p. 49.

■ 31. CC 85-189 DC, 17 juillet 1985, R. p. 49.

■ 32. CC 83-162 DC, 20 juillet 1983, R. p. 49.

■ 33. CC 84-172 DC, 26 juillet 1984, R. p. 58.

■ 34. CC 94-347 DC, 3 août 1994, R. p. 113.

d'indemnisation proposée par le Conseil d'État, laquelle représentait un montant supérieur à la valeur boursière des actions !

L'indemnisation doit être préalable, caractère apprécié cette fois avec souplesse par le Conseil, puisqu'il l'estime satisfaite dès lors qu'est versée, au moment de l'échange, une indemnisation « suffisamment équivalente à un paiement en numéraire » – la remise d'obligations aux actionnaires nationalisés en 1982 – ou même une simple provision « si un tel mécanisme répond à des motifs impérieux d'intérêt général et est assorti de la garantie des droits des propriétaires intéressés »³⁵.

Enfin, ces règles constitutionnelles sont applicables également aux hypothèses de privatisations : l'État, comme le propriétaire privé, a droit à une juste et préalable indemnité, et sur le fondement même de l'article 17 de la Déclaration de 1789 car, considère le Conseil, la protection de la propriété qu'il établit « ne concerne pas seulement la propriété privée des particuliers, mais aussi, à titre égal, la propriété de l'État et des autres personnes publiques »³⁶. Le bénéfice de cet article s'étend après les opérations de privatisation, à la constitution de droits réels durables sur le domaine public ; l'article 17 ne l'interdit pas, mais le Conseil demande au législateur d'apporter une « contrepartie appropriée eu égard à la valeur réelle de ce patrimoine comme aux missions de service public auxquelles il est affecté ». Quand il s'agit de privatisations, « la contrepartie » est essentiellement financière, le Conseil vérifiant que les entreprises publiques n'ont pas été vendues au secteur privé à « des prix inférieurs à leur valeur réelle » ; quand il s'agit d'occupation du domaine public, la contrepartie peut être aussi administrative. En l'espèce, le Conseil a jugé que l'occupant devait accepter la règle du retour des ouvrages à l'État, de plein droit et gratuitement, à l'issue du titre d'occupation ; il a, en effet, censuré la disposition permettant un renouvellement de ce titre « après une période de 70 ans et selon une procédure qui peut être réitérée sans qu'un terme définitif soit imposé par le législateur à l'exercice de ces droits réels sur le domaine public », au motif qu'une telle faculté faisait obstacle à cette règle du retour et était, en conséquence, « *de nature à porter atteinte à la protection due à la propriété publique* »³⁷.

814 En plus de ces trois garanties tirées de l'article 17, le Conseil a ajouté la compétence de l'autorité judiciaire en matière de protection de la propriété privée immobilière. Présente implicitement dès les décisions du 17 juillet 1985³⁸ et du 13 décembre 1985³⁹, cette règle a été qualifiée expressément de principe fondamental reconnu par les lois de la République, dans la décision du 25 juillet 1989⁴⁰. La

■ 35. CC 89-256 DC, 25 juillet 1989, R. p. 53.

■ 36. CC 86-207 DC, 25-26 juin 1986, R. p. 61.

■ 37. CC 94-346 DC, 21 juillet 1994, R. p. 96.

■ 38. Dans cette décision le Conseil avait affirmé « l'importance du rôle des tribunaux judiciaires en matière de protection de la propriété », R. p. 49.

■ 39. « Aucun principe de valeur constitutionnelle, déclare le Conseil, n'impose que, *en l'absence de dépossession*, l'indemnisation des préjudices causés par les travaux relève de la compétence du juge judiciaire » ; *a contrario*, c'est-à-dire en cas de dépossession, la décision du 13 décembre 1985 impliquait donc l'existence d'un principe constitutionnel de compétence de l'autorité judiciaire.

■ 40. CC 89-256 DC, 25 juillet 1989, R. p. 53. Parmi les lois républicaines attribuant compétence à l'autorité judiciaire pour fixer le montant de l'indemnité, il est possible de citer celles du 3 mai 1877 et du 11 juillet 1938 sur les réquisitions, celle du 15 février 1902 sur les expropriations, ou celles du 15 juin

rédaction retenue⁴¹ ne permet pas cependant de déduire, pour l'instant, que l'autorité judiciaire-gardienne de la propriété privée a valeur constitutionnelle. En effet, le Conseil limite le champ d'application du principe au cas de dépossession de la propriété immobilière, excluant ainsi, semble-t-il, l'hypothèse des nationalisations, qui portent sur des biens meubles, les actions ; il limite aussi la portée du principe aux seules attributions importantes du juge judiciaire en la matière, c'est-à-dire, essentiellement, la fixation de l'indemnité due par l'administration à un propriétaire privé en cas de dépossession d'un bien immobilier. Mais rien n'interdit de penser que le Conseil élargira progressivement l'étendue de ce principe, car la qualité et l'importance des garanties accordées au profit des propriétaires sont souvent la contrepartie exigée par lui pour accepter la constitutionnalité des limitations ou atteintes apportées au droit de propriété.

3. | Propriété et incompétence négative

815 Il arrive que le droit de propriété soit associé à l'incompétence négative du législateur. Ainsi, dans sa décision du 27 septembre 2013⁴², le Conseil décide que le législateur ne peut renvoyer, pour fixer un taux d'imposition, au « taux pratiqué par la caisse régionale de crédit agricole pour les prêts à moyen terme ». Ce renvoi, trop flou, trop général, porte atteinte au droit de propriété, car il a, selon le Conseil, des répercussions sur le taux d'intérêt applicable à une créance. Pour schématiser la trame argumentative du juge dans cette affaire : un taux d'intérêt influence une créance ; une créance influence le droit de propriété ; le droit de propriété influence les « obligations civiles et commerciales » ; ce qui constitue finalement une incompétence négative contraire à la Constitution !

§ 2. | LA LIBERTÉ D'ENTREPRENDRE

816 La liberté d'entreprendre bénéficie d'un cadre constitutionnel bien établi (A). Ce principe a connu un essor considérable ces dernières années, notamment dans le contentieux de la QPC (B).

1906, du 16 octobre 1919 et du 2 mai 1930 sur différentes servitudes administratives. Dans l'arrêt du 19 janvier 1960, le Conseil d'État a fait de cette compétence, un principe général du droit (CE 19 janvier 1960, *Fédération algérienne des syndicats de défense des immigrants*, R. p. 129).

■ 41. « Qu'ainsi, en tout état de cause, n'est pas méconnue l'importance des attributions conférées à l'autorité judiciaire en matière de protection de la *propriété immobilière* par les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ».

■ 42. CC 2013-343 QPC, 27 septembre 2013, JO 1^{er} octobre 2013, p. 16305.

A. LE CADRE GÉNÉRAL

1. La normalisation

817 La liberté d'entreprendre a été consacrée par le Conseil dans la décision 16 janvier 1982⁴³. À la différence du droit de propriété qui est expressément inscrit dans la Déclaration de 1789, la qualité constitutionnelle de la liberté d'entreprendre a été construite à partir des mots « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui » contenus dans l'article 4 de la Déclaration⁴⁴ ; mais, comme le droit de propriété, la liberté d'entreprendre peut être limitée si des exigences constitutionnelles ou des raisons d'intérêt général le justifient et à condition que ces limitations soient proportionnées.

Si la liberté d'entreprendre est entrée de plain-pied « dans le droit commun des principes constitutionnels »⁴⁵, elle a connu, il est vrai, des débuts pour le moins difficiles. Au départ, le Conseil associait systématiquement la liberté d'entreprendre au fameux « ni-ni » – « ni générale ni absolue »⁴⁶ – ce qui donnait l'impression d'un principe affaibli par rapport aux autres principes constitutionnels. Heureusement, le « ni-ni » prend fin en 1998⁴⁷, et il faut attendre 2000 pour que le Conseil prononce une première censure à l'occasion de l'examen de la loi SRU⁴⁸.

Aujourd'hui, le compromis semble avoir été trouvé autour de l'idée que le législateur peut toujours modeler la liberté d'entreprendre à condition toutefois qu'un intérêt général le justifie, et que l'atteinte ne « dénature » pas – selon le terme consacré – la portée du principe⁴⁹.

■ 43. CC 81-132 DC, 16 janvier 1982, *R.* p. 18

■ 44. Le Conseil fait « découler » la liberté d'entreprendre de l'article 4 de la Déclaration de 1789 depuis la décision du 10 juin 1998.

■ 45. B. MATHIEU, M. VERPAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002, p. 500.

■ 46. CC 82-141 DC, 27 juillet 1982, *R.* p. 48 ; CC 85-200 DC, 16 janvier 1986, *R.* p. 9 ; CC 89-254 DC, 4 juillet 1989, *R.* p. 41 ; CC 90-283 DC, 8 janvier 1991, *R.* p. 11 ; CC 90-287 DC, 16 janvier 1991, *R.* p. 24 ; CC 92-316 DC, 20 janvier 1993, *R.* p. 14 ; CC 97-388 DC, 20 mars 1997, *R.* p. 31. Il faut noter que l'emploi de cette expression n'était pas systématique. N'y font pas référence, malgré une mise en œuvre de la liberté d'entreprendre, les décisions : CC 81-132 DC, 16 janvier 1982, *R.* p. 18 ; CC 82-150 DC, 30 décembre 1982, *R.* p. 86 ; CC 83-162 DC, 20 juillet 1983, *R.* p. 49 ; CC 83-167 DC, 19 janvier 1984, *R.* p. 23 ; CC 84-181 DC, 11 octobre 1984, *R.* p. 78 ; CC 88-244 DC, 20 juillet 1988, *R.* p. 119 ; CC 89-268 DC, 29 décembre 1989, *R.* p. 110 ; CC 94-345 DC, 29 juillet 1994, *R.* p. 106 ; CC 94-348 DC, 3 août 1994, *R.* p. 117 (et toutes les autres après 1998).

■ 47. Le « ni-ni » prend fin lors de la décision CC 98-401 DC, 10 juin 1998, *R.* p. 258.

■ 48. CC 2000-436 DC, 7 décembre 2000, *R.* p. 176 : « le législateur a apporté, en l'espèce, tant au droit de propriété qu'à la liberté d'entreprendre qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, une atteinte disproportionnée à l'objectif poursuivi ». Le même jour, mais à l'occasion d'une décision différente, le Conseil constitutionnel censure une disposition sur le fondement de la liberté d'entreprendre en jugeant que « les limitations ainsi apportées par l'article 14 à la liberté d'entreprendre ne sont pas énoncées de façon claire et précise ; qu'il y a lieu par suite de déclarer cet article contraire à l'article 34 de la Constitution », CC 2000-435 DC, 7 décembre 2000, *R.* p. 164.

■ 49. « Il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789, les limitations justifiées par l'intérêt général ou liées à des exigences constitutionnelles, à la condition que lesdites limitations n'aient pas pour conséquence d'en dénaturer la portée », formulation issue de la décision mettant fin au « ni, ni », c'est-à-dire la décision du 10 juin 1998.

Par exemple, dans la décision du 16 janvier 2001, le Conseil juge que la création d'un établissement public administratif chargé des fouilles archéologiques ne porte pas une atteinte excessive à la liberté d'entreprendre, non seulement parce qu'elle répond à un objectif d'intérêt général, celui de la préservation du patrimoine archéologique menacé par des travaux d'aménagement, mais aussi parce que la loi a prévu que l'EPA pourrait faire appel, pour l'exécution de sa mission, à des entreprises privées d'archéologie qui, au demeurant, sont fort peu nombreuses⁵⁰. De même, dans sa décision du 27 novembre 2001⁵¹, le Conseil juge que les alinéas dix et onze du Préambule de 1946 qui garantissent à tous les conditions nécessaires à leur développement et la protection de la santé justifient l'atteinte à la liberté d'entreprendre des assureurs privés constituée par la création d'une nouvelle branche de la Sécurité sociale au profit des agriculteurs non salariés dont elle améliore la protection sociale.

2. | La définition de la liberté d'entreprendre.

818 La décision du 30 novembre 2012⁵² est particulièrement importante car elle livre, pour la première fois, une définition de la liberté d'entreprendre. Selon le Conseil, la liberté d'entreprendre « comprend non seulement la liberté d'accéder à une profession ou à une activité économique, mais également la liberté dans l'exercice de cette profession ou de cette activité ». Autrement dit, la liberté d'entreprendre concerne à la fois l'accès à « l'entreprise », et l'exercice effectif de cette « entreprise ». Dans cette affaire, une QPC était posée à l'encontre de plusieurs dispositions du Code des professions applicable dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle. L'une de ces dispositions oblige, dans certains cas, les artisans à s'affilier à une corporation, avec toutes les conséquences sur la gestion de leurs entreprises : paiement de cotisations, sanctions disciplinaires, contrôles divers, etc. Sans doute, cette affiliation obligatoire n'est-elle pas attentatoire à la liberté d'entreprendre interprétée comme une liberté de créer une entreprise. Mais elle est, en revanche, contraire à la liberté d'entreprendre entendue comme une liberté d'exercer et de gérer une entreprise. Et logiquement, avec une certaine audace qui fait les grandes décisions, le Conseil sanctionne les dispositions contestées, sans même examiner les autres fondements invoqués.

B. | L'ESSOR DE LA LIBERTÉ D'ENTREPRENDRE DANS LE CONTENTIEUX DE LA QPC

819 La QPC a incontestablement « révélé » la liberté d'entreprendre. D'une liberté presque confidentielle, politiquement connotée et rarement censurée⁵³, elle est devenue l'une des plus courtisées par les plaideurs. Cette évolution est d'autant

■ 50. CC 2000-439 DC, 16 janvier 2001, *R.* p. 42.

■ 51. CC 2001-451 DC, 27 novembre 2001, *R.* p. 145.

■ 52. CC 2012-285 QPC, 30 novembre 2012, JO 1^{er} décembre 2012, p. 18908.

■ 53. La liberté d'entreprendre a été consacrée par la décision du 16 janvier 1982, mais la première censure n'est intervenue qu'en 2000 (le même jour : 7 décembre 2000, n° 2000-435 DC, cons. 53, et n° 2000-436 DC, cons. 20).

plus étonnante qu'elle s'est réalisée sans bouleversement du considérant de principe. Officiellement, le contrôle de la liberté d'entreprendre reste un contrôle restreint, c'est-à-dire un contrôle limité aux seules atteintes « manifestes » ou « disproportionnées ». En réalité, il est devenu aujourd'hui presque courant, pour le Conseil, de censurer des dispositions législatives sur le fondement de la liberté d'entreprendre.

La première décision importante, à ce titre, est celle du 6 octobre 2010⁵⁴. Dans sa décision *Hadopi* du 10 juin 2009⁵⁵, le Conseil avait consacré un droit constitutionnel d'accéder aux services de communication en ligne ; dans sa décision *Nom de domaines Internet* du 6 octobre 2010, il franchit une étape supplémentaire et invalide le régime législatif des noms de domaines « .fr » en constatant une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre. L'attribution des noms de domaine a, en effet, la particularité d'être soumise à la délivrance d'une autorisation préalable, en ce sens qu'un utilisateur d'internet ne peut revendiquer l'utilisation d'un « .fr » sans en avoir fait la demande auprès d'une autorité spéciale. Évidemment, les noms de domaine sont le vecteur de multiples libertés, et notamment la liberté d'entreprendre puisqu'ils permettent aux entreprises d'obtenir une visibilité commerciale à l'égard de leurs clients utilisant le réseau internet. En l'espèce, le Conseil ne censure pas le régime d'autorisation préalable dans son principe, de façon générale, il censure simplement le manque d'encadrement législatif du secteur : « aucune disposition législative, précise le Conseil, n'institue les garanties permettant qu'il ne soit pas porté atteinte à la liberté d'entreprendre ». À partir de cette décision, les censures deviennent de plus en plus courantes.

Dans la décision du 24 mai 2013⁵⁶, par exemple, il était question de l'article L. 224-1 du Code de l'environnement qui prévoit, au titre du développement durable, que les constructions futures devront intégrer davantage... de bois. Sans surprise, les fabricants de béton s'indignent et posent une QPC au Conseil constitutionnel. Avec une stratégie argumentative pour le moins astucieuse : soit l'obligation imposée aux entreprises d'utiliser une quantité plus importante de bois est directement justifiée par des considérations environnementales, et dans ce cas le législateur devait faire « participer » le public à l'élaboration de la loi comme l'exige l'article 7 de la charte de 2004 (ce qu'il n'a pas fait) ; soit l'obligation en cause n'est pas directement justifiée par des considérations environnementales, et dans ce cas il faut bien constater l'absence d'intérêt général autorisant une atteinte si forte à la liberté d'entreprendre. L'une et l'autre de ces alternatives amenaient donc... une censure. Le Conseil a préféré la seconde option : il estime que le motif environnemental est trop éloigné, trop indirect, pour justifier l'atteinte à la liberté d'entreprendre et il invalide l'article L. 224-1 du Code de l'environnement.

De même, dans la décision du 17 juillet 2015⁵⁷, le Conseil examine une disposition issue de la loi du 31 juillet 2014 qui instaure une obligation d'information des salariés lorsque leur entreprise fait l'objet d'une cession de participation majoritaire. Le but de cette obligation d'information est de favoriser la reprise de

■ 54. CC 2010-45 QPC, 6 octobre 2010, JO 7 octobre 2010, p. 18156.

■ 55. CC 2009-580 DC, 10 juin 2009, JO 13 juin 2009, p. 9675.

■ 56. CC 2013-317 QPC, 24 mai 2013, JO 29 mai 2013, p. 8854.

■ 57. CC 2015-476 QPC, 17 juillet 2015, JO 19 juillet 2015, p. 12291.

l'entreprise par les salariés en cas de revente de la société afin de déjouer les comportements « prédateurs » de certains investisseurs. Pour l'entrepreneur qui ne respecte pas cette obligation, la sanction est celle de l'annulation de la cession irrégulière, avec toutes les conséquences imaginables pour lui. Mais, selon le Conseil, cette « action en nullité prévue par les dispositions contestées porte une atteinte manifestement disproportionnée à la liberté d'entreprendre », ainsi « les dispositions contestées de la loi du 31 juillet 2014 doivent être déclarées contraires à la Constitution ».

Par exemple encore, dans la décision du 5 août 2015⁵⁸, le Conseil censure le dispositif qui confiait à l'Autorité de la concurrence la possibilité d'obliger les entreprises en situation de position dominante à céder des actifs ou à modifier certains contrats pour diminuer leur influence sur un marché donné. Dans l'esprit du législateur, il s'agissait de garantir aux consommateurs une concurrence loyale et des prix contenus. Mais là encore, le Conseil juge que l'atteinte à la liberté d'entreprendre est excessive, car – dit-il – la sanction de l'Autorité de la concurrence peut intervenir « alors même que la position dominante de l'entreprise ou du groupe d'entreprises a pu être acquise par les mérites et qu'aucun abus n'a été constaté ». L'article 39 de la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances est sanctionné sur cette base.

De même, enfin, dans la décision du 17 septembre 2015⁵⁹, le Conseil a jugé que la législation française relative au « bisphénol A » présent dans les conditionnements destinés à entrer en contact avec les denrées alimentaires pour les nourrissons était contraire à la liberté d'entreprendre. Non pas, estime le Conseil, en ce qui concerne l'interdiction sur le territoire national, car il n'appartient pas au juge d'apprécier le risque médical « au regard de l'état des connaissances ». En revanche, la loi ne peut interdire l'exportation de ces produits puisqu'ils sont, souligne encore le Conseil, « autorisés dans de nombreux pays ». Le raisonnement paraît logique, mais on se demande alors comment le législateur pouvait concrètement et légitimement interdire un produit jugé néfaste à la santé des enfants, tout en limitant cette interdiction aux seuls bébés français ! Évidemment, certaines législations étrangères n'interdisent pas le « bisphénol A », mais dès lors que la loi nationale fait le choix de la prohibition au nom d'impératifs médicaux, il semble inévitable d'étendre largement cette prohibition, et donc d'empêcher les exportations.

§ 3. LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE

A. LA CONSÉCRATION

820 La liberté contractuelle connaît depuis quelques années un franc succès auprès des requérants. Plus qu'une mode, la consécration de ce principe sur le plan constitutionnel témoigne d'un changement de perspective important et durable : il est maintenant admis qu'un contrat fasse « barrière » à la loi, non pas sur le fondement de la suprématie des volontés individuelles comme l'avait pensé un temps le

■ 58. CC 2015-715 DC, 5 août 2015, JO 7 août 2015, p. 13616.

■ 59. CC 2015-480 QPC, 17 septembre 2015, JO 19 septembre 2015, p. 16584.

Conseil, mais parce que les cocontractants sont en droit d'obtenir une certaine protection de leur lien contractuel face aux dispositions législatives. Et aujourd'hui, les justiciables n'hésitent plus à solliciter le Conseil sur toutes sortes de questions intéressant le rapport entre le contrat et la loi : en matière de conventions collectives, de contrats de travail, de contrats commerciaux, de contrats publics...

Bien sûr, le Conseil s'est d'abord montré assez prudent. Dans les années 1990⁶⁰, il a rejeté toute idée d'une constitutionnalisation de la liberté contractuelle en accordant sans doute trop d'intérêt aux doctrines qui avaient fleuri le long du xx^e siècle et qui voyaient dans cette liberté la manifestation la plus entière d'un libéralisme trop débridé. Avec patience et argumentation, la doctrine a persuadé le juge qu'une telle jurisprudence n'était pas tenable⁶¹ : la liberté contractuelle reste aujourd'hui encore une liberté essentielle, tout simplement parce qu'elle permet aux individus de nouer des relations juridiques dans tous les aspects du quotidien : travailler, consommer, se loger, se déplacer et tant d'autres choses.

821 Et finalement, le Conseil reconnaît la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle dans la décision du 19 décembre 2000⁶². Il s'agissait en l'espèce de contrôler la loi de financement de la Sécurité sociale pour 2001 dont l'une des dispositions visait à imposer plus fermement les bénéfices des entreprises pharmaceutiques. Comme souvent en matière fiscale, le législateur avait fait preuve d'une grande imagination en obligeant les entreprises du secteur à faire un choix pour le moins cornélien : soit elles se soumettaient à une imposition sur leurs bénéfices particulièrement vigoureuse (jusqu'à 70 % !), soit elles acceptaient « volontairement » de s'engager par contrat au respect de diverses obligations (régulation des tarifs, redistribution de fonds dans la recherche, etc.). Bien logiquement, les requérants avaient contesté ce dispositif en ce qu'il portait, selon eux, « atteinte à la liberté contractuelle de l'ensemble des entreprises exploitant une ou plusieurs spécialités pharmaceutiques »⁶³. Mais le Conseil juge que « s'il est vrai que le dispositif institué par le législateur a notamment pour finalité d'inciter les entreprises pharmaceutiques à conclure (...) des conventions relatives à un ou plusieurs médicaments, visant à la modération de l'évolution du prix de ces médicaments et à la maîtrise du coût de leur promotion, une telle incitation, inspirée par des motifs d'intérêt général, n'apporte pas à la liberté contractuelle qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen une atteinte contraire à la Constitution ». En quelques mots (passés d'ailleurs inaperçus à l'époque), le juge

■ 60. « Aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle » : CC 94-348 DC, 3 août 1994, R. p. 117. V. également CC 94-358 DC, 26 janvier 1995, R. p. 183 ; CC 96-375 DC, 9 avril 1996, R. p. 60 ; CC 96-385, 30 décembre 1996, R. p. 145 ; CC 97-388 DC, 20 mars 1997, R. p. 31.

■ 61. Not. P. TERNEYRE, « Le législateur peut-il abroger les articles 6 et 1123 du Code civil ? Sur la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gustave PEISER*, Presses Universitaires de Grenoble, 1995, p. 473 ; « La liberté contractuelle est-elle un droit fondamental ? Le point de vue constitutionnel », *AJDA*, 1998, p. 667 ; B. MATHIEU, « La liberté contractuelle et sécurité juridique : les oracles ambigus des sages de la rue Montpensier », *LPA*, 1997, n° 29, p. 5

■ 62. CC 2000-437 DC, 19 décembre 2000, R. p. 190.

■ 63. Les députés contestaient essentiellement le montant de l'imposition.

consacre, avec cette décision, la liberté contractuelle au rang des principes constitutionnels sur le fondement de l'article 4 de la Déclaration de 1789.

822 Il n'en reste pas moins vrai qu'un autre aspect de la liberté contractuelle avait déjà été reconnu deux ans plus tôt, dans la décision du 10 juin 1998⁶⁴, la « pérennité contractuelle », c'est-à-dire la protection des contrats en cours, leur exécution⁶⁵. Avec la décision du 19 décembre 2000, le juge s'intéresse à une question un peu différente, celle de « l'impulsion contractuelle », c'est-à-dire les contrats « à venir », le moment où ils prennent vie par la magie de l'échange des consentements. Pérennité et impulsion, 1998 et 2000 : ces jurisprudences, même si elles concernent des moments distincts de la vie des contrats, sont en réalité les deux faces d'une même médaille – la liberté contractuelle⁶⁶.

B. LA MISE EN ŒUVRE

1. La définition constitutionnelle du contrat

823 À trois reprises au moins, le Conseil constitutionnel a tenté de définir ce qu'était un « contrat ». Au détour d'un considérant de la décision PACS du 9 novembre 1999⁶⁷, il juge que le contrat est « *la loi commune des parties* », s'inspirant en cela des termes de l'article 1134 du Code civil⁶⁸ et de la définition classique des conventions⁶⁹. Cette formule concise résume, en quelques mots bien choisis, les deux caractéristiques essentielles du contrat : sa normativité (« *la loi...* ») et sa multilatéralité (« *... des parties* »).

En 2015⁷⁰, le Conseil est à nouveau saisi d'un problème intéressant le PACS, mais cette fois-ci en matière de partage des compétences entre l'État et la Polynésie française. La loi organique du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie prévoit en effet que les autorités de l'État – et elles seules – sont compétentes en matière de « droits civils, état et capacités des personnes », sans toutefois préciser l'autorité habilitée à réglementer le PACS. Naturellement, se posait la question de l'organe compétent en la matière. Deux interprétations étaient

■ 64. CC 98-401 DC, 10 juin 1998, R. p. 258.

■ 65. Sur cette jurisprudence et ses particularités, v. *supra* n° 786 et s.

■ 66. Il arrive d'ailleurs, assez souvent aujourd'hui, que le Conseil associe dans un même considérant la pérennité et l'impulsion contractuelle, par exemple dans la décision du 5 août 2015 : « considérant qu'il est loisible au législateur d'apporter à la liberté contractuelle, qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi ; que le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant de l'article 4 de la Déclaration de 1789 » (CC 2015-715 DC, 5 août 2015, JO 7 août 2015, p. 13616).

■ 67. CC 99-419 DC, 9 novembre 1999, R. p. 116

■ 68. « Les conventions légalement formées tiennent lieu de *loi* à ceux qui les ont faites ».

■ 69. « Les engagements volontaires (...) se forment mutuellement entre deux ou plusieurs personnes, qui se lient et s'engagent réciproquement l'une à l'autre par leur volonté », J. DOMAT, *Traité des lois*, 1689, in *Œuvres de J. Domat*, Firmin Didot, 1828, p. 13. V. not., parmi l'immense littérature sur cette question, L. AYNÈS, « Le contrat, loi des parties », *NCCC*, mars 2005.

■ 70. CC 2015-9 LOM, 21 octobre 2015, JO 23 octobre 2015, p. 19738.

possibles. La première, discutable, séparant nettement le PACS, simple contrat, des « droits civils, état et capacité des personnes » et réservant à la Nouvelle-Calédonie le soin de réglementer la matière. La seconde, plus pertinente, estimant que la nature contractuelle du PACS n'interdit en rien de ranger cet instrument dans le domaine des « droits civils, état et capacité des personnes », et donc dans le champ de compétences de l'État. Malheureusement, le Conseil choisit la première interprétation, et semble adopter une vision quelque peu réduite de ce qu'est un PACS, et un contrat en général.

Le contentieux constitutionnel relatif au travail des prisonniers est également riche d'enseignements en matière de définition du contrat. En 2013⁷¹, le Conseil avait estimé que les personnes incarcérées n'étaient pas soumises à un contrat de travail lorsqu'elles exercent une activité professionnelle en prison, s'attirant les foudres de la doctrine et des associations de défense des détenus (voir *infra* n° 2). Dans sa décision du 25 septembre 2015⁷², il récidive et va même plus loin en jugeant que les prisonniers « ne sont pas placés dans une relation contractuelle avec l'administration pénitentiaire » et que « par suite, le grief tiré de la méconnaissance de la liberté contractuelle est inopérant ». Autrement dit : ni contrat de travail (2013) ni contrat en général (2015). L'affirmation est assez étonnante puisque, selon les termes mêmes de la loi rappelés par le Conseil, la participation des personnes détenues aux activités professionnelles donne lieu à l'établissement d'un « acte d'engagement (...) signé par le chef d'établissement et la personne détenue ». Si cet échange « signé » des consentements ne constitue pas un contrat, de quoi pourrait-il s'agir ? Le Conseil n'en dit rien, mais adopte à nouveau une vision un peu réductrice de ce qu'est, ou non, un contrat.

2. La liberté d'accéder aux contrats

824 C'est l'aspect le plus visible de la liberté contractuelle : en principe, les personnes sont libres de contracter ou de ne pas contracter, et de décider du contenu de leur contrat en respectant évidemment les lois et l'ordre public. Sur cette question de la « liberté d'accéder au contrat », la décision du 13 juin 2013⁷³ relative aux clauses de désignation est assurément une grande décision. Au départ de cette affaire, l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale qui permet aux conventions collectives d'une branche professionnelle de « désigner » – à travers les « clauses de désignation » – un organisme d'assurance santé s'imposant à toutes les entreprises du secteur, et donc à tous les salariés. Avec un objectif parfaitement louable : améliorer le pouvoir d'achat des Français en leur proposant une complémentaire santé à moindre coût. Mais cette disposition n'a pas convaincu le Conseil constitutionnel qui prononce une censure sur le fondement de la liberté contractuelle (c'est la première) et juge que l'intérêt général présent en l'espèce – améliorer le pouvoir d'achat des citoyens – ne peut justifier que soit imposé « un cocontractant déjà désigné par un contrat négocié au niveau de la branche et au contenu totalement prédéfini ». Cette décision a été considérée par la doctrine, à juste titre, comme un

■ 71. CC 2013-320/321 QPC, 14 juin 2013, JO 16 juin 2013, p. 10025.

■ 72. CC 2015-485 QPC, 25 septembre 2015, JO 27 septembre 2015, p. 17328.

■ 73. CC 2013-672 DC, 13 juin 2013, JO 16 juin 2013, p. 9976.

moment important pour la liberté contractuelle : le fossé est immense, en effet, entre la jurisprudence du milieu des années 1990 qui refusait toute valeur constitutionnelle à ce principe et cette décision du 13 juin 2013 qui invalide un dispositif obligeant les entreprises à contracter avec un organisme d'assurance santé.

Mais l'histoire ne s'arrête pas là. Quelques semaines après, le gouvernement revoit sa copie et insère dans la loi de financement de la Sécurité sociale pour 2014 un nouvel amendement : les clauses de désignation deviennent des clauses de... « recommandation ». Suivant l'avis du Conseil d'État, Madame le ministre Marisol Touraine propose un nouveau mécanisme jugé plus respectueux de la liberté contractuelle. Désormais, la convention collective de branche recommande – simplement – un organisme d'assurance pour le secteur et ménage, en théorie, une totale liberté de contracter. En réalité, les entreprises qui font le choix de ne pas contracter avec l'organisme proposé par la convention collective doivent verser une taxe correspondant à un forfait social majoré... de 150 % ! Les parlementaires de l'opposition s'offusquent lors des débats, et logiquement le Conseil censure à nouveau, cette fois-ci pour non-respect du principe d'égalité⁷⁴.

825 En marge de cette liberté de contracter, existe-t-il un *droit* d'obtenir certains contrats, et notamment un contrat de travail ? La question s'est posée à propos des détenus. Le Code de procédure pénale prévoit en effet que les détenus, lorsqu'ils exercent un travail en prison, « ne font pas l'objet d'un contrat de travail ». Avec toutes les conséquences particulièrement attentatoires aux droits fondamentaux que cette exclusion implique : pas de droit à un salaire minimum, pas de droit à des congés payés, pas de garanties en cas de rupture, pas de période d'essai, etc. De nombreuses fois dénoncée à tous les niveaux⁷⁵, en France et ailleurs⁷⁶, cette situation a fait l'objet d'un contentieux nourri ces dernières années devant le juge administratif. Plusieurs QPC sont posées et l'une d'elles est renvoyée au Conseil constitutionnel. Ce dernier juge, dans sa décision du 14 juin 2013⁷⁷, que l'absence de contrat de travail pour les détenus – et donc l'inapplication des dispositions du Code du travail – n'est pas contraire à la Constitution, et notamment à la liberté contractuelle.

Juridiquement, cette décision est légitime : le fait, pour le législateur, d'exclure certaines personnes du Code du travail n'est pas – en soi – un motif d'inconstitutionnalité. Ou alors il faut admettre que toute la législation relative aux fonctionnaires est contraire à la Constitution, puisque les fonctionnaires ne sont pas concernés par le Code du travail ! La seule question juridiquement épineuse est de savoir si la législation qui organise les relations de travail des détenus permet de garantir, ou non, les droits fondamentaux des prisonniers. Mais, précisément, ce n'était pas la

■ 74. CC 2013-682 DC, 19 décembre 2013, R. p. 1094.

■ 75. V. les observations du Défenseur des droits devant la Cour de cassation au soutien d'une demande de transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité (n° Q12-40.104) au Conseil constitutionnel, Décision du Défenseur des droits n° MLD/2013-26, 1^{er} mars 2013. Le Défenseur des droits estime que « : l'article 717-3 du Code de procédure pénale n'est pas conforme à la Constitution en tant qu'il porte atteinte au droit syndical, au droit de grève et à la négociation collective ».

■ 76. V. le rapport de l'OIP sur « Les conditions de détention en France 2011 », Éditions la Découverte, 2011 (extraits consultables sur www.oip.org).

■ 77. CC 2013-320/321 QPC, 14 juin 2013, JO 16 juin 2013, p. 10025.

question posée au Conseil dans cette affaire. À bon droit donc, il a écarté l'argument selon lequel l'exclusion des contrats de travail des détenus serait contraire à la Constitution.

En pratique toutefois, il est bien certain que la situation des détenus-travailleurs en France n'est guère satisfaisante. Avec un brin de malice et quelques efforts argumentatifs, le Conseil pouvait certainement adopter une position plus ferme, plus progressiste, par exemple en adoptant une réserve d'interprétation afin de fixer un minimum de garanties procédurales. Il a fait un autre choix, discutable, qui a suscité de nombreux commentaires critiques⁷⁸ et qui a naturellement conduit les associations de défense des droits des détenus à poser de nouvelles QPC. Il reste que, en l'état actuel de sa jurisprudence, le Conseil n'a pas consacré un authentique *droit* à obtenir un contrat de travail.

3. La liberté de sortir du contrat et le droit à l'information

826 Si la liberté contractuelle protège naturellement le « libre accès » au contrat, se posait néanmoins la question de la « libre sortie » du lien contractuel. Existe-t-il une liberté de sortir des contrats ? Le Conseil répond par l'affirmative dans la décision du 13 mai 2011⁷⁹. Était notamment critiqué, dans cette décision, l'article L. 442-6 du Code de commerce qui oblige les professionnels à réparer les dommages causés par une pratique anticoncurrentielle. Normalement, il incombe aux victimes de dénoncer les abus en matière de concurrence, par exemple lorsqu'un distributeur favorise un producteur ou impose unilatéralement des baisses de prix. Mais ces pratiques sont rarement révélées lorsqu'il s'agit des grands distributeurs considérés comme des clients précieux pour de nombreux producteurs. Pour éviter l'impunité et préserver les petites entreprises, la loi donne ainsi la possibilité aux services du ministre de l'Économie d'engager directement une procédure d'action en nullité des contrats concernés, sans attendre les plaintes des victimes de la pratique anticoncurrentielle. Dans ce cas, la relation contractuelle est stoppée, et l'État peut contraindre à la restitution des sommes engagées dans le cadre des contrats annulés. Plusieurs centrales d'achat, dont la centrale Système U, ont cru déceler dans cette législation une immixtion inconstitutionnelle de l'État – un tiers – au sein de relations purement contractuelles, en invoquant le droit de propriété et la liberté d'entreprendre. Dans sa décision du 13 mai 2011⁸⁰, le Conseil rejette en bloc les griefs invoqués, mais il formule une réserve d'interprétation en mobilisant « d'office » la liberté contractuelle. Le juge estime en effet que si les services de l'État peuvent intervenir dans le rapport contractuel entre un producteur et un distributeur, c'est à la condition – condition qui n'apparaissait pas dans la loi – qu'ils *informent* systématiquement les cocontractants en cas de rupture des engagements. Le Conseil consacre ainsi, avec cette réserve, un « droit à l'information en matière de contrats »

■ 78. V. not. L. ISIDRO et S. SLAMA, « Droit du travail en prison : la dérobade du Conseil constitutionnel face à l'ersatz du statut social du travailleur détenu », in Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF, 25 juin 2013.

■ 79. CC 2011-126 QPC, 13 mai 2011, JO 13 mai 2011, p. 8400.

■ 80. CC 2011-126 QPC, 13 mai 2011, JO 13 mai 2011, p. 8400.

qui permet de rétablir une (modeste) égalité⁸¹ entre la partie à la source de la rupture du lien contractuel, logiquement en position de force, et la partie délaissée qui perd le bénéfice de la convention. Ce droit à l'information, largement consacré par le droit des contrats⁸², existait déjà dans la jurisprudence puisque le Conseil avait reconnu, dans sa décision PACS⁸³, un « droit de ne plus contracter » assorti d'une obligation d'information. Mais, en 1999, le juge n'avait pas précisé le fondement constitutionnel de ce droit et la doctrine hésitait entre l'hypothèse d'un droit autonome et celle d'un rattachement à la liberté contractuelle⁸⁴. La décision *Système U* clarifie cette situation en optant pour la solution du rattachement. Ce faisant, le Conseil enrichit la liberté contractuelle d'une dimension inédite : si la liberté contractuelle comprend la « liberté de contracter », elle inclut également à la fois un libre choix « de ne plus contracter » – libre choix qui n'appartient qu'aux cocontractants – et une information obligatoire en cas de rupture du lien contractuel. Il restera évidemment au Conseil à préciser les contours de ce droit à l'information, notamment l'étendue de l'information – informer ne signifie pas motiver ! –, et son application, ou non, en cas de faute du cocontractant.

827 Le droit à l'information en matière de rupture du contrat apparaît à nouveau dans le contentieux relatif aux représentants du personnel. Le Code du travail prévoit que les représentants des salariés dans une entreprise bénéficient d'une protection contre le licenciement. Cette protection se caractérise par le régime de « l'autorisation préalable », c'est-à-dire une autorisation obligatoirement délivrée par l'inspection du travail avant tout licenciement. Sans cette autorisation, l'employeur ne peut mettre un terme au contrat de la personne protégée. Normalement, les salariés concernés sont facilement identifiables par l'employeur puisque ces salariés – délégué du personnel, membre du comité d'entreprise, représentant ou délégué syndical – sont titulaires d'un mandat « décidé » dans le cadre de l'entreprise. Il existe néanmoins, étonnamment, une hypothèse dans laquelle un salarié bénéficie d'une protection en matière de licenciement, sans que son employeur ait nécessairement connaissance de cette protection, et donc de la nécessité d'obtenir une autorisation préalable de licenciement. Le cas se présente pour « les membres du conseil d'une caisse de sécurité sociale » : ici, les mandats sont attribués selon une procédure

■ 81. Sur les rapports – nombreux ! – entre le principe d'égalité et la liberté contractuelle dans la jurisprudence constitutionnelle, qu'il soit permis de renvoyer le lecteur à P.-Y. GAHDOUN, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2008, n° 376 et s. (et les références doctrinales citées). V. également les thèses relatives au « solidarisme contractuel » ; pour une présentation stimulante : C. JAMIN, « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », in *Repenser le contrat* (dir. M. XIFARAS et G. LEWKOWICZ), Dalloz, 2009, p. 175.

■ 82. Contrats de consommation, contrats de prêt, vente à distance, etc. V. not. B. PETIT et S. ROUXEL, *Obligation d'information*, JCl. Civ., Fasc. 50, 2015.

■ 83. CC 99-419 DC, 9 novembre 1999, R. p. 116.

■ 84. Hésitation d'autant plus grande que le Conseil avait semblé revenir sur sa décision PACS à l'occasion de l'examen du « contrat première embauche » en jugeant « qu'il ne résulte ni du principe de la liberté contractuelle qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789 ni d'ailleurs d'aucun autre principe ou règle de valeur constitutionnelle que la faculté pour l'employeur de mettre fin au "contrat première embauche" devrait être subordonnée à l'obligation d'en énoncer préalablement les motifs » (CC 2006-535 DC, 30 mars 2006, JO 2 avril 2006, p. 4964). Mais la formule était limitée au cas particulier du CPE et il s'agit bien, dans cette affaire, d'une obligation de motivation – « énoncer préalablement les motifs » – et non d'une obligation d'information au sens large.

totale­ment exté­rieure à l'entre­prise et il arrive par consé­quent que l'employeur ignore, en toute bonne foi, la présence de ce mandat⁸⁵.

Dans sa décision du 14 mai 2012⁸⁶, le Conseil s'est prononcé sur ces mandats « exté­rieurs » en admettant leur existence, mais en posant une réserve importante. Dans un premier temps, le juge valide *d'une manière générale* la protection des salariés représentants du personnel en estimant que cette protection n'est pas contraire à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle. Mais, précise aus­sitôt le Conseil, « ces dispositions ne sauraient, sans porter une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle, permettre au salarié protégé de se prévaloir d'une telle protection dès lors qu'il est établi qu'il n'en a pas informé son employeur au plus tard lors de l'entretien préalable au licenciement ». Autrement dit, pour le juge constitutionnel, la protection – légitime – d'un salarié s'accompagne d'une sorte de contrepartie qui consiste en une obligation d'information à l'égard de son employeur. Et sans cette information, le salarié redevient un salarié normal, c'est-à-dire un salarié soumis au droit commun du licenciement.

828 L'idée d'une « libre sortie » du contrat est également au cœur de la décision du 7 janvier 2016⁸⁷. Dans cette décision était attaquée la législation autorisant une commission indépendante en matière de presse à modifier, et même résilier, les contrats de distribution entre les entreprises du secteur et les distributeurs grossistes. Ce pouvoir était justifié, selon la loi, par la nécessité d'assurer une bonne régulation de l'approvisionnement des journaux d'information. Néanmoins les requérants estimaient que l'intrusion d'un tiers dans le contrat, avec la faculté de mettre un terme au lien entre les parties, constituait une atteinte évidente à la liberté contractuelle. Le Conseil répond en deux temps : il donne d'abord l'impression de rejeter le grief en rappelant l'intérêt général important – « l'objectif de pluralisme et d'indépendance des quotidiens d'information politique et générale » – qui anime la législation ; mais il décide finalement de prononcer une censure sur le fondement de la liberté contractuelle en soulignant que « le législateur a insuffisamment encadré les conditions dans lesquelles la décision d'un tiers au contrat conclu entre une société de messagerie de presse et un dépositaire central de presse peut conduire à la résiliation de ce contrat ». Autrement dit, la liberté contractuelle implique un libre choix pour les contractants de sortir du contrat, et ce choix ne peut, sauf raisons impérieuses – la défense du pluralisme n'est pas de celles-là... –, être « imposé » par une personne étrangère à la convention.

Evidemment, précise le Conseil dans sa décision du 29 mai 2015⁸⁸, des motifs d'intérêt général – par exemple la nécessité de maintenir un accès à l'eau pour les occupants d'un logement – peuvent justifier une limitation, voire une remise en cause, du principe de libre sortie des conventions.

■ 85. En théorie du moins. Car en pratique les heures de représentation sont payées par l'entreprise et elles apparaissent immanquablement sur les relevés comptables de la société...

■ 86. CC 2012-242 QPC, 14 mai 2012, JO 15 mai 2012, p. 9096.

■ 87. CC 2015-511 QPC, 7 janvier 2016, JO 10 janvier 2016, texte n° 19.

■ 88. CC 2015-470 QPC, 29 mai 2015, JO 31 mai 2015, p. 9051.

4. | Les conventions collectives

829 Les conventions collectives ont une particularité en matière de liberté contractuelle puisqu'elles bénéficient d'un double fondement – systématiquement rappelé par le Conseil : l'article 4 de la Déclaration de 1789, et donc le principe de liberté contractuelle en général, et le 8^e alinéa du Préambule de 1946 qui organise la « détermination collective des conditions de travail »⁸⁹.

Il arrive parfois, étonnamment, que les conventions collectives s'opposent, en matière de liberté contractuelle, aux contrats individuels. C'est le cas dans la décision du 15 mars 2012⁹⁰. En l'espèce, le législateur avait « cassé » un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 28 septembre 2010⁹¹ faisant de toute modification du volume horaire de travail, une « modification » du contrat de travail nécessitant l'accord du salarié. La nouvelle loi prévoyait ainsi que l'employeur pouvait modifier ponctuellement le volume horaire, sans modifier le contrat et sans obtenir l'accord de l'intéressé. Ce qui, selon les requérants, portait atteinte à la liberté contractuelle des salariés. Mais le Conseil écarte le grief en utilisant un argument original : se référant aux travaux parlementaires, le Conseil juge que l'atteinte à la liberté contractuelle est possible dans la mesure où cette faculté de répartition des horaires de travail sans obtenir l'accord préalable de chaque salarié est subordonnée à l'existence d'un accord dans l'entreprise. Autrement dit, la présence d'un contrat collectif, signé par les représentants des salariés, autorise et valide la méconnaissance des contrats individuels conclus par chaque salarié. La liberté contractuelle « collective » des conventions collectives l'emporte donc, dans ce cas, sur la liberté contractuelle « individuelle » des contrats de travail.

5. | Les personnes publiques

830 L'une des questions importantes qu'a posée – et pose encore – la liberté contractuelle est celle des personnes publiques : ces personnes peuvent-elles bénéficier d'une authentique liberté contractuelle ? Certains en doutent⁹² : parce que les personnes publiques ne détiennent pas vraiment de « libertés », mais davantage des « compétences » ; parce que les contrats administratifs⁹³ – adoptés dans un but d'intérêt général – peuvent s'accommoder d'une législation plus stricte, moins permissive ; parce que finalement, il ne serait pas raisonnable de comparer des contrats privés noués par des individus et des contrats publics conclus par des entités totalement abstraites⁹⁴ ; pour toutes ces raisons, les personnes publiques ne pourraient s'autoriser d'une authentique liberté contractuelle de rang constitutionnel.

■ 89. Sur ce principe, v. *infra* n° 844 et s.

■ 90. CC 2012-649 DC, 15 mars 2012, JO 23 mars 2012, p. 5253.

■ 91. Cass. soc. 28 sept. 2010, n° 08-43-161.

■ 92. V. not. M. MAHOUCHE, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, PUAM, 2002 ; E. PICARD, « La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ? », *AJDA*, 1998, p. 651 ; T. FLEURY, « La liberté contractuelle des personnes publiques », *RFDA*, 2012, p. 231.

■ 93. Le terme mériterait évidemment des explications et des nuances. V. not. sur cette question, M. UBAUD-BERGERON, *Droit des contrats administratifs*, LexisNexis, 2015, p. 75 et s.

■ 94. Pourtant le droit ignore assez largement l'humain : certaines « créations humaines » (M. F. C. DE SAVIGNY, *Traité de droit romain*, 1855, p. 3) pourront ne pas être des « personnes » au sens du droit (les

831 Le Conseil a pourtant choisi, au moins dans un premier temps, une solution radicalement différente. Après quelques hésitations⁹⁵, il a en effet offert aux personnes publiques le bénéfice de la liberté contractuelle dans sa décision du 30 novembre 2006⁹⁶. Il était question, en l'espèce, de la « loi relative au secteur de l'énergie » dont l'une des dispositions autorisait la privatisation de Gaz de France en abaissant nettement la participation de l'État dans l'entreprise. Or, depuis la loi du 8 avril 1946, GDF détient un monopole en ce qui concerne les concessions de distribution publique de gaz, et les collectivités territoriales sont donc tenues de contracter avec l'opérateur historique pour organiser la distribution du gaz à l'intérieur de leur localité. Selon les requérants, si cette atteinte à la liberté contractuelle des collectivités locales était acceptable lorsque GDF était une entreprise publique, elle ne l'est plus, en revanche, dès lors qu'est envisagé un transfert de l'entité au secteur privé. À ce grief, le Conseil constitutionnel répond que « cette limitation de la libre administration des collectivités territoriales *et de la liberté contractuelle* trouve sa justification dans la nécessité d'assurer la cohérence du réseau des concessions actuellement géré par Gaz de France et de maintenir la péréquation des tarifs d'utilisation des réseaux publics de distribution ». Par ces mots, et même s'il ne censure pas la loi, le juge « applique » le principe de liberté contractuelle aux personnes publiques ; et ce faisant il confirme que les contrats administratifs sont pleinement concernés – et protégés – par ce principe constitutionnel.

832 Trois ans plus tard, le Conseil nuance et introduit un nouveau critère : il faut, dit-il, que les personnes publiques soient « autonomes » pour bénéficier de la liberté contractuelle. Cette condition apparaît d'abord dans la décision du 16 juillet 2009⁹⁷. Était contestée, dans cette affaire, la loi modifiant la gouvernance des établissements publics de santé. Les auteurs de la saisine estimaient que les pouvoirs importants donnés aux agences régionales de santé par la loi limitaient considérablement la liberté contractuelle des hôpitaux, en particulier la faculté de négocier et de conclure le « contrat pluriannuel d'objectifs » (qui est une sorte de feuille de route pour les établissements publics de santé). Mais le Conseil écarte le moyen en soulignant « qu'aucune exigence constitutionnelle ne garantit l'autonomie de gestion des établissements publics de santé ». Autrement dit, il n'est pas possible d'invoquer une atteinte à la liberté contractuelle en l'espèce tout simplement parce que les hôpitaux ne bénéficient pas d'une « autonomie » leur permettant d'exercer une véritable liberté en matière de contrats⁹⁸.

833 Cette jurisprudence est confirmée par la décision du 23 janvier 2014⁹⁹. À la question de savoir si une loi peut remettre en cause une convention passée entre

esclaves dans la Rome antique) ; et inversement, certaines entités pourtant qualifiées de « personnes physiques » par le droit pourront ne pas être de vrais individus au sens de la religion, de la philosophie, ou de la science (par exemple l'enfant « à naître »).

■ 95. V. P.-Y. GAHDOUN, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2008, n° 236 et s. ; L. RICHER, « Constitution, contrats et commande publique », *NCCC*, n° 37, 2012.

■ 96. CC 2006-543 DC, 30 novembre 2006, JO 8 décembre 2006, p. 18544.

■ 97. CC 2009-584 DC, 16 juillet 2009, JO 22 juillet 2009, p. 12244.

■ 98. À l'inverse, les établissements *privés* de santé bénéficient pleinement de la liberté contractuelle (CC 2015-727 DC, 21 janvier 2016, JO 27 janvier 2016, texte n° 2).

■ 99. CC 2013-687 DC, 23 janvier 2013, 28 janvier 2014, p. 1622.

deux personnes publiques, et finalement anéantir leur liberté contractuelle, le juge répond sèchement que « les établissements publics ne jouissent de la liberté contractuelle que dans les conditions définies par la loi » et que « par suite est inopérant le grief tiré de ce que la remise en cause d'une convention entre deux établissements publics méconnaîtrait la protection constitutionnelle de la liberté contractuelle ». Le grief est « inopérant » précise le Conseil : en langage clair, la liberté contractuelle n'est pas applicable aux « établissements publics », en l'occurrence des EPCI, et à nouveau, mais ici en creux¹⁰⁰, le critère de l'autonomie permet au juge d'exclure certaines personnes publiques du bénéfice de la liberté contractuelle, et donc d'une protection constitutionnelle de leurs contrats.

Cette restriction est pourtant très discutable. Car d'abord, nombre de personnes publiques qui ne sont pas juridiquement « autonomes » – les établissements publics justement – mobilisent, pour exercer leur mission, une somme considérable de conventions, au même titre et dans une même mesure que les personnes publiques parfaitement « décentralisées ». Faut-il traiter différemment ces conventions, au nom de l'absence présumée d'autonomie des parties à l'accord ? Et d'ailleurs, le Conseil peut-il vraiment, pour chacun des « établissements publics », rechercher le degré d'autonomie et dire si, oui ou non, la liberté contractuelle est applicable ? Qu'en est-il alors des universités, des chambres de commerce, des organismes culturels... ? Mais surtout, en disant que les établissements publics ne jouissent de la liberté contractuelle « que dans les conditions définies par la loi », le Conseil croit, ou laisse croire, que les autres personnes juridiques (privées ou publiques) peuvent, à l'inverse, jouir de la liberté contractuelle *en dehors* des conditions fixées par la loi. Ce qui est évidemment faux : la liberté contractuelle, comme toute autre liberté, s'exerce dans un cadre législatif déterminé ; elle n'est pas en lévitation au-dessus des lois et des règlements, et ce n'est pas la desservir ou la réduire que de prétendre cela. Sans doute, le Conseil gagnerait-il à utiliser le seul critère de la « personnalité juridique » pour juger de l'applicabilité de la liberté contractuelle à telle ou telle entité, et ne pas s'aventurer dans une sélection périlleuse des personnes publiques en fonction de leur autonomie supposée.

SECTION II | LES DROITS SOCIAUX

§ 1. LES DROITS DES TRAVAILLEURS

A. LE DROIT D'OBTENIR UN EMPLOI

834 Le premier droit de tout travailleur est celui *d'obtenir un emploi*. En réalité, le 5^e alinéa du Préambule de 1946 consacre non seulement « le droit d'obtenir un

■ 100. Mais le commentaire « officiel » évoque clairement l'absence de « liberté d'action » des établissements publics.

emploi », mais aussi « le devoir de travailler »¹⁰¹. À ceux qui le peuvent, la Constitution impose de travailler pour participer à l'élan de la société, à ses services, à l'effort fiscal, à l'économie en général ; à ceux qui ne le peuvent pas, du moins dans l'immédiat, l'État doit offrir un cadre, des moyens, des perspectives pour obtenir un emploi. Les deux, évidemment, ne vont pas l'un sans l'autre, ils forment les « deux faces d'un même principe »¹⁰².

Le Conseil, en tout état de cause, a reconnu valeur constitutionnelle au 5^e alinéa dans sa décision du 28 mai 1983 : « il appartient au législateur de poser les règles propres à *assurer au mieux* le droit pour chacun d'obtenir un emploi en vue de permettre l'exercice de ce droit au *plus grand nombre possible d'intéressés* »¹⁰³. La prudence de la formulation implique que ce droit n'est pas un droit au plein emploi permanent ; le Préambule de 1946 reconnaît d'ailleurs, dans son alinéa 11, que tout être humain peut se trouver dans l'incapacité de travailler en raison notamment de la situation économique, et bénéficier, dans cette hypothèse, du droit « d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence ». Mais le Conseil admet que le Parlement, pour permettre « au plus grand nombre » d'avoir un emploi, impose des limites d'âge, interdise le cumul entre une pension de retraite et le revenu d'une activité professionnelle¹⁰⁴, prenne des mesures particulières pour améliorer l'emploi de certaines catégories de travailleurs – les jeunes par exemple¹⁰⁵ – ou dans certaines zones géographiques particulièrement touchées¹⁰⁶, supprime l'incitation à recourir aux heures supplémentaires¹⁰⁷... Évidemment seuls les « emplois » sont concernés : un mandat électif n'est pas, aux yeux du juge, un emploi au sens du 5^e alinéa¹⁰⁸.

Dans la décision du 10 juin 1998¹⁰⁹, le Conseil admet que « dans le contexte actuel du marché du travail », la réduction de la durée du travail décidée par le législateur n'est pas manifestement inappropriée à l'objectif de sauvegarde du droit à l'emploi, d'autant, précise-t-il, que le sacrifice ainsi imposé à la liberté d'entreprendre est compensé par l'attribution aux entreprises de nombreuses aides financières. Solution confirmée par la décision du 13 janvier 2000¹¹⁰ où le Conseil juge qu'« en portant à trente-cinq heures la durée légale du travail effectif, le législateur a entendu s'inscrire dans le cadre des cinquième et onzième alinéas du Préambule de 1946 », c'est-à-dire, le droit de chacun à obtenir un emploi et le droit au repos et aux loisirs. Et en conséquence, il considère que le législateur était fondé à limiter la liberté d'entreprendre, en particulier, le pouvoir de direction et d'organisation de l'employeur, en subordonnant l'octroi de l'allègement de

■ 101. « Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi. Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances ».

■ 102. J. RIVERO et G. VEDEL, « Les principes économiques et sociaux de la Constitution : le préambule », *Droit social*, 1947, fascicule n° 31, p. 13.

■ 103. CC 83-156 DC, 28 mai 1983, R. p. 41 ; CC 2010-98 QPC, 4 février 2011, R. p. 108.

■ 104. CC 81-134 DC, 5 janvier 1982, R. p. 15 ; CC 83-156 DC, 28 mai 1983, R. p. 41.

■ 105. CC 2006-535 DC, 30 mars 2006, cons. 20 et 21, R. 50.

■ 106. CC 86-207 DC, 25-26 juin 1986, R. p. 61 ; CC 98-401 DC, 10 juin 1998, R. p. 258.

■ 107. CC 2012-654 DC, 9 août 2012, cons. 20 et 21, R. p. 461.

■ 108. CC 2013-326 QPC, 5 juillet 2013, cons. 7, R. p. 873.

■ 109. CC 98-401 DC, 10 juin 1998, R. p. 258.

■ 110. CC 99-423 DC, 13 janvier 2000, R. p. 33.

cotisations sociales à la signature d'un accord collectif sur la réduction du temps de travail ; la conciliation entre les droits sociaux en cause et la liberté d'entreprendre n'est pas, précise le juge, « entachée d'erreur manifeste ». Mais, dans la décision du 16 août 2007¹¹¹, il considère que le droit de chacun à obtenir un emploi peut tout aussi bien être satisfait par l'augmentation du nombre d'heures travaillées par les actifs et valide, en l'espèce, la défiscalisation des heures supplémentaires.

835 Cette neutralité apparente à l'égard des choix politiques du législateur – limiter ou augmenter la durée du temps de travail – n'empêche pas le Conseil de préférer toujours un dispositif libéral plutôt que social. Dans sa décision du 12 janvier 2002¹¹², il ne censure pas pour atteintes excessives à la liberté de l'employeur les limitations apportées à son pouvoir de licencier, mais, dans la décision du 30 mars 2006¹¹³, il ne censure pas pour atteintes excessives au droit à l'emploi la liberté donnée à l'employeur de licencier, à tout moment pendant deux ans et sans motif, un jeune de moins de 25 ans recruté par contrat première embauche. Et si, dans la décision du 13 janvier 2005¹¹⁴, le Conseil a fait découler du droit à l'emploi le droit au reclassement des salariés licenciés, il laisse à l'employeur la possibilité de compléter la liste des hypothèses où cette réintégration est impossible.

Par exemple aussi, le Conseil valide dans la décision du 4 février 2011¹¹⁵ la liberté de l'employeur de mettre à la retraite « d'office » un salarié ayant atteint l'âge ouvrant droit au bénéfice d'une pension à taux plein. Avec en creux l'idée que le départ d'un salarié « sénior » permettra l'embauche d'un collaborateur fraîchement diplômé. Droit à l'emploi des vieux *versus* droit à l'emploi des jeunes !

De même, et très significativement, le Conseil admet une législation qui limite le droit à réintégration des salariés licenciés de façon irrégulière en préférant la liberté d'entreprendre au droit à l'emploi¹¹⁶ dans la décision du 13 avril 2012¹¹⁷. L'article 1235-14 du Code du travail prévoit en effet que les salariés de moins de deux ans d'ancienneté sont exclus du dispositif de réintégration ou d'indemnisation en cas de nullité d'un licenciement économique, et les requérants voyaient dans cette disposition une atteinte forte au droit à l'emploi. Pourquoi deux ans, et pas trois, quatre ou cinq ans ? Quelle est la limite « constitutionnelle » ? Le Conseil ne répond pas et valide le dispositif sans réelle explication.

■ 111. CC 2007-555 DC, 16 août 2007, JO 22 août 2007, p. 13959.

■ 112. CC 2002-455 DC, 12 janvier 2002, R. p. 49.

■ 113. CC 2006-535 DC, 30 mars 2006, R. p. 50.

■ 114. CC 2004-509 DC, 13 janvier 2005, JO 19 janvier 2005, p. 896.

■ 115. CC 2010-98 QPC, 4 février 2011, R. p. 108.

■ 116. La doctrine a pu évoquer un « rapport déséquilibré entre le droit à l'emploi et la liberté d'entreprendre », D. BAUGARD, « Le droit à l'emploi », *Droit social*, 2014, p. 332.

■ 117. CC 2012-232 QPC, 13 avril 2012, R. p. 199.

B. LA LIBERTÉ SYNDICALE

836 *La liberté syndicale* a également valeur constitutionnelle¹¹⁸. Elle est consacrée par le 6^e alinéa du Préambule de 1946¹¹⁹ et interdit que le législateur impose, « en droit ou en fait, directement ou indirectement », l'obligation d'adhérer à un syndicat¹²⁰, car elle signifie, au niveau des travailleurs¹²¹, la liberté d'adhérer au syndicat de son choix, ou de n'adhérer à aucun¹²². En revanche, elle permet que soit reconnue aux organisations syndicales, au niveau collectif¹²³, la possibilité de défendre en justice les intérêts de leurs adhérents mais aussi « des membres du groupe social dont un syndicat estime devoir assurer la défense », à condition que « la liberté personnelle du salarié soit respectée »¹²⁴.

837 Au-delà même de la liberté syndicale, le Conseil s'est montré favorable à l'exercice de fonctions apportant une protection à l'ensemble des travailleurs quelle que soit la taille de l'entreprise en déclarant que les limitations et contraintes portées aux droits des employeurs par l'institution d'un conseiller du salarié dans les entreprises dépourvues d'institutions représentatives du personnel « ne dépassent pas par leur ampleur les charges qui peuvent leur être imposées dans l'intérêt général »¹²⁵. Pour autant, le Conseil ne considère pas que le 8^e alinéa du Préambule de 1946 donne aux organisations syndicales « un *monopole* de la représentation des salariés en matière de négociation collective » ; il leur confère seulement, précise-t-il dans sa décision du 6 novembre 1996, « une vocation naturelle à assurer la défense des droits et intérêts des travailleurs »¹²⁶. Cette distinction lui permet de juger, en l'espèce, que des salariés désignés par la voie de l'élection ou titulaires d'un mandat assurant leur représentativité peuvent également participer à la détermination collective des conditions du travail sous réserve cependant que « leur intervention n'ait pas eu pour objet ni pour effet de faire obstacle à celle des organisations syndicales représentatives ». Pas de monopole donc, mais une prévalence diffuse des

■ 118. CC 82-144 DC, 22 octobre 1982, *R.* p. 61. Dans cette décision, le Conseil utilise l'expression « droit syndical » ; il adaptera la formule « liberté syndicale » dans la décision du 25 juillet 1989.

■ 119. « Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix ».

■ 120. CC 83-162 DC, 19 au 20 juillet 1983, *R.* p. 49.

■ 121. Tout « homme » dit le 6^e alinéa, les constituants ayant expressément souhaité « élargir » la liberté syndicale à la défense des intérêts les plus divers (v. sur ce point les explications de J. RIVERO et G. VEDEL, *op. cit.* ici p. 24). Dans sa décision du 17 juin 2011 (n^o 134 QPC), le Conseil précise que la liberté syndicale est bien applicable aux fonctionnaires, et dans sa décision du 3 février 2016 (n^o 519 QPC) il étend le 6^e alinéa aux organisations professionnelles d'employeurs.

■ 122. Par ex., « l'article L. 4031-2 du Code de la santé publique ne fait pas obstacle au droit des professionnels de santé de constituer librement une organisation syndicale ou d'adhérer librement à celle de leur choix », CC 2010-68 QPC, 19 novembre 2010, *R.* p. 330.

■ 123. « S'agissant de la liberté syndicale, son exercice aboutit à faire coexister deux acteurs : le travailleur, syndiqué ou non, puis le syndicat lui-même, qui va être doté de prérogatives propres » note Laurence GAY (« Droit de grève et liberté syndicale dans la jurisprudence constitutionnelle : des libertés « particulières » ? *NCCC*, n^o 45, 2014).

■ 124. CC 89-257 DC, 25 juillet 1989, *R.* p. 59.

■ 125. CC 90-284 DC, 16 janvier 1991, *R.* p. 20.

■ 126. CC 96-383 DC, 6 novembre 1996, *R.* p. 128.

organisations syndicales¹²⁷, d'ailleurs conforme à l'esprit général du droit du travail en France depuis longtemps¹²⁸.

838 En 2013¹²⁹, le Conseil consacre une nouvelle composante de la liberté syndicale : « la liberté de communication des syndicats ». Était en cause l'article 2142-6 du Code du travail qui permet à l'employeur de contrôler la communication des syndicats effectuée par le biais de la messagerie électronique de l'entreprise, disposition jugée attentatoire au 6^e alinéa du Préambule de 1946 par le syndicat national groupe Air France CFTC. Le Conseil écarte le grief, mais plutôt que d'exercer un contrôle de l'inconstitutionnalité « manifeste », comme il le fait habituellement en la matière, il rappelle aux requérants toutes les possibilités offertes aux organisations syndicales pour qu'elles s'expriment librement dans l'entreprise et il en déduit que, *dans ces conditions*, « la liberté de communication des syndicats n'est pas méconnue ».

839 D'une manière générale, l'une des questions essentielles que pose la liberté syndicale est celle de la *représentativité* des syndicats, c'est-à-dire la faculté qui est reconnue aux différentes organisations de « parler » au nom des travailleurs dans le cadre de la négociation collective¹³⁰. Sans cette représentativité, les syndicats peuvent sans doute exister comme structure, mais ils ne peuvent pleinement s'exprimer dans le débat social. Comment apprécier cette représentativité ? Les effectifs, l'indépendance, les cotisations, l'expérience, l'ancienneté du syndicat et... l'attitude patriotique pendant l'Occupation, répond le Code du travail jusqu'en 2008 ! Pour rénover ces critères un peu datés, le législateur intervient avec la loi « portant rénovation de la démocratie sociale » et décide, après concertation avec les partenaires sociaux, de remplacer « l'attitude patriotique pendant l'Occupation » par le « respect des valeurs républicaines », et surtout d'inclure un critère « d'audience » qui était absent jusqu'à lors. Aujourd'hui, pour être représentatives, les organisations doivent ainsi obtenir un certain score aux élections dites « professionnelles »¹³¹ (élections au comité d'entreprise ou, à défaut, élection des délégués du personnel). Curieusement, cette réforme des critères de

■ 127. « Si le Conseil s'est refusé à ériger en principe constitutionnel le monopole des organisations syndicales pour la représentation des salariés dans la négociation collective, l'interprétation retenue des termes du Préambule n'en traduit pas moins une conception éminemment favorable aux organisations syndicales », X. PRÉTOT, « Les bases constitutionnelles de la négociation collective », *Travail et protection sociale*, janvier 1997, p. 4, ici p. 5. Le Conseil admet d'ailleurs, dans sa décision du 16 août 2007 (n° 556 DC), que le législateur « confie à des organisations syndicales représentatives des prérogatives particulières relatives au déclenchement de la grève ».

■ 128. En 1947, RIVERO et VEDEL notaient déjà : « des débats, s'est seulement dégagé l'idée – évidente au demeurant – que la convention (...) est essentiellement l'œuvre des associations syndicales », J. RIVERO et G. VEDEL, *op. cit.*, ici p. 25.

■ 129. CC 2013-345 QPC, 27 septembre 2013, R. p. 948.

■ 130. Ou, dit autrement, « la qualité des syndicats pour s'exprimer au nom de l'intérêt collectif », M.-L. MORIN, « Principe majoritaire et négociation collective, un regard de droit comparé », *Droit social*, 2000, p. 1080, ici p. 1082.

■ 131. Ce qui, dans les faits, n'a rien changé puisque seules les cinq « grandes » organisations historiques ont dépassé le seuil indispensable de 8 % pour être représentatives au niveau national... (V. l'arrêté du 30 mai 2013 fixant la liste des organisations syndicales reconnues représentatives au niveau national et interprofessionnel).

représentativité, pour importante qu'elle soit dans la démocratie sociale, n'a pas été examinée par le Conseil en 2008¹³², et c'est seulement deux ans plus tard, à l'occasion d'un contentieux QPC, que le juge constitutionnel est saisi de cette question. Dans la décision du 7 octobre 2010¹³³, il repousse tous les griefs des requérants et décide que ces nouveaux critères ne sont pas manifestement inappropriés. Mais surtout, il affirme clairement, pour la première fois, la possibilité pour le législateur « de définir les critères de représentativité des organisations syndicales » et souligne que « la liberté d'adhérer au syndicat de son choix, prévue par le sixième alinéa du Préambule de 1946, n'impose pas que tous les syndicats soient reconnus comme étant représentatifs indépendamment de leur audience »¹³⁴.

La loi « portant rénovation de la démocratie sociale » du 20 août 2008 est à nouveau examinée par le Conseil dans la décision du 3 février 2012¹³⁵. Il est question, cette fois-ci, de la représentativité des syndicats au niveau de l'entreprise, et non pas au niveau national. L'ancienne réglementation prévoyait à ce titre que « chaque organisation syndicale de travailleurs représentative dans l'entreprise peut désigner un représentant au comité », ce qui offrait un accès facile et automatique des syndicats au comité d'entreprise. La loi de 2008 durcit le régime et exige désormais des organisations syndicales qu'elles aient impérativement des élus au comité d'entreprise pour y nommer un représentant. Avec effet immédiat : seuls les syndicats qui ont effectivement des élus dans les comités d'entreprise au jour de la publication de la loi peuvent désigner un représentant ; les autres doivent attendre les prochaines élections... Peu discutée lors des débats (la disposition est adoptée en commission mixte paritaire), cette mesure arrive au Conseil par le jeu d'un contentieux QPC. Le juge constitutionnel choisit de valider le dispositif dans son ensemble et juge, dans le prolongement de sa décision du 7 octobre 2010, « qu'en subordonnant la désignation d'un représentant syndical au comité d'entreprise à la condition pour un syndicat d'y avoir des élus, le législateur n'a méconnu ni le principe d'égalité entre les organisations syndicales, ni la liberté syndicale, ni aucune autre exigence constitutionnelle »¹³⁶. Et pour la question épineuse de l'application immédiate des nouvelles dispositions, le Conseil s'appuie sur la jurisprudence bienvenue du juge judiciaire et constate que « les dispositions contestées telles qu'interprétées par la Cour de cassation organisent une transition progressive entre deux régimes successifs de représentation syndicale au comité d'entreprise ». Le droit « vivant » permet donc, dans cette affaire, de réparer l'imprudence du législateur et d'éviter une censure.

■ 132. Mais le Conseil intervient sur d'autres points de la loi : CC 2008-568 DC, 7 août 2008, *R.* p. 352.

■ 133. CC 2010-42 QPC, 7 octobre 2010, *R.* p. 278.

■ 134. Le Conseil a également validé les nouvelles règles de représentativité des organisations professionnelles d'employeurs (CC 2015-519 QPC, 3 février 2016, JO 7 février 2016, texte n° 33).

■ 135. CC 2011-216 QPC, 3 février 2012, *R.* p. 101.

■ 136. La Cour de cassation l'avait admis avant lui, dans un autre contentieux : « la question soulevée n'est pas sérieuse en ce que subordonner la désignation d'un représentant syndical au comité d'entreprise à la condition pour un syndicat d'y avoir des élus ne porte atteinte à aucun des droits et libertés garantis par la Constitution » (Ass. plén. 18 juin 2010, n° 10-14749).

C. | LE DROIT DE GRÈVE

840 Les Français entretiennent avec le droit de grève une relation ancienne et passionnée. Tous les sondages montrent un attachement sans faille des citoyens à ce principe, même lorsqu'un préavis dans les centrales nucléaires laisse entrevoir les pires scénarios pour la retransmission de l'Euro, ou qu'une cessation du travail dans les raffineries allonge la file des véhicules dans les stations-service et réduit d'autant la patience des conducteurs. Le Conseil, dans cette affaire, est devenu un spectateur un peu passif.

1. | La portée du 7^e alinéa

841 La grève devient licite pour les salariés au milieu du XIX^e siècle¹³⁷, mais il faut attendre le Préambule de 1946 pour que le principe soit inscrit dans un texte constitutionnel. À l'origine, il s'agissait bien d'un droit « universel » : dans le premier projet de Constitution présenté aux citoyens en avril 1946, il était écrit que « le droit de grève est *reconnu à tous* dans le cadre des lois qui le réglementent ». Mais le texte constitutionnel dans son ensemble est rejeté par les Français, et le hasard de l'histoire fait qu'une grève des paysans à l'été 1946 conduit le Parlement à durcir la législation relative aux baux ruraux afin d'éviter une pénurie alimentaire. Et de fait, la grève ne pouvait plus être « reconnue à tous ». La nouvelle rédaction présentée aux électeurs à l'automne 1946 enregistre ce changement et prévoit que « le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent ».

Cette suppression du caractère universel de la grève a eu une conséquence importante : rapidement s'est posée la question de l'applicabilité du droit de grève à certaines catégories de travailleurs, et notamment les fonctionnaires. Le Conseil d'État répond favorablement dans son fameux arrêt *Dehaene* en 1950¹³⁸, mais précise aussitôt qu'« en l'absence de loi, il appartient aux chefs de service de régler le droit de grève des fonctionnaires et d'organiser la nécessaire conciliation entre ce droit et la continuité du service public ». Interprétation pour le moins audacieuse¹³⁹ du 7^e alinéa puisque le droit de grève est « réglementé », dit le texte, par la loi – et la loi seulement ! Le Conseil constitutionnel confirme néanmoins cette jurisprudence et la reprend presque mot à mot dans la *décision du 25 juillet 1979*¹⁴⁰. Avec toutefois une nuance : le juge précise – contrairement au Conseil d'État – que le droit de grève est « un principe de valeur constitutionnelle » et qu'il s'impose *aussi* au Parlement. Dans les rares décisions qui ont suivi¹⁴¹, le Conseil constitutionnel a emprunté le même chemin que son voisin au Palais-Royal en interprétant avec beaucoup de largesse la compétence (normalement) exclusive du Parlement en matière de grève. À chaque fois, il a admis la

■ 137. Loi du 25 mai 1864 qui supprime le délit de coalition.

■ 138. CE, Ass., 7 juill. 1950, *Dehaene*, R. p. 426 ; RDP 1950, p. 691, concl. F. GAZIER, note M. WALINE.

■ 139. « L'arrêt *Dehaene* illustre ce que, par un remarquable euphémisme dont personne n'est dupe (du moins l'espère-t-on), on a coutume d'appeler une interprétation "constructive" des textes », D. LOSCHAK, « La dégradation du droit de grève dans les services publics », *Droit social*, 1976, p. 56, ici p. 57.

■ 140. CC 79-105 DC, 25 juillet 1979, R. p. 33.

■ 141. Depuis 1958, le Conseil n'a rendu qu'une dizaine de décisions évoquant le droit de grève, QPC compris !

compétence du pouvoir réglementaire pour déterminer les « modalités d'application » des dispositions réglementant le droit de grève¹⁴² ; et à chaque fois, il a estimé que le Parlement n'avait pas abandonné sa compétence en la matière. Dans la décision du 16 août 2007¹⁴³, il a même autorisé l'intervention des partenaires sociaux afin « de préciser les modalités d'application des règles fixées pour l'exercice du droit de grève », alors que la Cour de cassation l'avait – à juste titre – toujours refusé¹⁴⁴.

En définitive, par la jurisprudence combinée du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel, la formule du 7^e alinéa du Préambule selon laquelle « le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent » est devenue une vague incantation : en réalité, le droit de grève peut être « réglementé » aussi bien par l'autorité administrative que par les conventions collectives.

2. La mise en œuvre du droit de grève

842 Au-delà des problèmes de compétences, le juge est également intervenu pour préciser les règles constitutionnelles entourant le régime juridique du droit de grève. S'il a censuré une disposition permettant aux présidents de chaîne de télévision de faire assurer un service normal même en cas de grève, car elle aboutissait à priver d'effet l'exercice légal du droit de grève¹⁴⁵, le Conseil a néanmoins permis de multiples limitations du droit de grève et s'est montré finalement très indulgent à l'égard du Parlement. Le juge admet par exemple la mise en place d'un service minimum dans la fonction publique¹⁴⁶ ; il autorise une retenue sur salaire plus que proportionnelle au montant du traitement des agents¹⁴⁷ ; il valide sans réserve l'obligation pour les grévistes de déposer un préavis¹⁴⁸ ; et il accepte l'intervention obligatoire des syndicats dans le déclenchement des mouvements, alors même que le droit de grève appartient en principe aux travailleurs et non aux syndicats¹⁴⁹. D'une manière générale, le Conseil juge en 2012¹⁵⁰ que le législateur reste toujours libre « de tracer la limite séparant les actes et les comportements qui constituent un exercice licite de ce droit des actes et comportements qui en constitueraient un usage abusif ».

Cette « tendance » jurisprudentielle assez défavorable au droit de grève se résume bien par la décision du 16 août 2007¹⁵¹ : le Conseil a jugé que, dans le secteur des transports publics, porter à treize jours le délai entre le dépôt du préavis de grève et le début effectif de la grève, interdire les « préavis glissants », imposer aux autorités organisatrices de transport de définir un plan de dessertes prioritaires en

■ 142. CC 79-105 DC, 25 juillet 1979, R. p. 33 ; CC 80-117 DC, 22 juillet 1980, R. p. 42 ; CC 2007-556 DC, 16 août 2007, JO 22 août 2007, p. 13971.

■ 143. CC 2007-556 DC, 16 août 2007, JO 22 août 2007, p. 13971.

■ 144. Cass. soc. 7 juin 1995, *S^{ie} Transports Sérout*, n° 93-46448.

■ 145. CC 79-105 DC, 25 juillet 1979, R. p. 33.

■ 146. CC 79-105 DC, 25 juillet 1979, R. p. 33.

■ 147. CC 87-230 DC, 28 juillet 1987, R. p. 48.

■ 148. CC 79-105 DC, 25 juillet 1979, R. p. 33.

■ 149. CC 86-217 DC, 18 septembre 1986, R. p. 141.

■ 150. CC 2012-650 DC, 15 mars 2012, R. p. 149.

■ 151. CC 2007-556 DC, 16 août 2007, JO 22 août 2007, p. 13971.

cas de grève, obliger les salariés concernés par ce plan à se déclarer gréviste quarante-huit heures avant de participer à la grève, ne portaient pas atteinte au droit de grève au motif que chacune de ces restrictions est justifiée par la mise en place d'un plan de transport minimum. Et pour la même raison, le Conseil juge un an plus tard¹⁵², à propos du service public de l'enseignement, que l'allongement du délai de préavis de cinq à treize jours n'apporte pas de restriction injustifiée aux conditions d'exercice du droit de grève.

843 Le Conseil se montre également très généreux quant à l'intérêt général permettant une atteinte au 7^e alinéa du Préambule de 1946. Jusque récemment, seuls trois motifs étaient admis : le principe de continuité des services publics¹⁵³, le principe de protection de la santé et de la sécurité des personnes et des biens¹⁵⁴ et le principe du respect de l'ordre public tel qu'il est entendu classiquement¹⁵⁵. Avec la décision 11 décembre 2015¹⁵⁶, un désordre « économique » peut également justifier une interdiction totale de l'exercice du droit de grève¹⁵⁷. Pour le juge constitutionnel, le régime des plans de prévention des ruptures d'approvisionnement, et notamment l'interdiction faite aux gérants de station-service des collectivités d'outre-mer de se mettre en grève, s'explique par la nécessité de préserver « l'ordre public économique »¹⁵⁸. La notion est séduisante, mais contrairement à l'ordre public traditionnel, qui autorise le préfet à « réquisitionner tout bien ou service »¹⁵⁹ en cas de désordre avéré, l'ordre public économique en matière de carburant permet au représentant de l'État de limiter l'exercice d'une liberté publique de façon préventive, avant même qu'un trouble se déclare réellement. Et donc avec bien plus de facilité.

D. | LE PRINCIPE DE PARTICIPATION DES TRAVAILLEURS

844 Le Conseil, enfin, a reconnu valeur constitutionnelle au principe de *participation des travailleurs*, par l'intermédiaire de leurs délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises, en se fondant sur le 8^e alinéa du Préambule de 1946¹⁶⁰. Trois questions au moins se sont posées,

■ 152. CC 2008-569 DC, 7 août 2008, R. p. 359.

■ 153. CC 79-105 DC, 25 juill. 1979, R. p. 33.

■ 154. CC 80-117 DC, 22 juillet 1980, R. p. 42.

■ 155. CC 2012-650 DC, 15 mars 2012, R. p. 149.

■ 156. CC 2015-507 QPC, 11 décembre 2015, JO 13 décembre 2015, p. 23055.

■ 157. En cela, cette décision du Conseil constitutionnel rejoint la jurisprudence du Conseil d'État qui admet une limitation du droit de grève des salariés d'EDF – une entreprise privée – même en l'absence de désordres avérés et pour le seul motif que l'arrêt du travail pourrait compromettre l'approvisionnement en énergie du pays (CE 12 avril 2013, *Fédération Force Ouvrière Énergie et Mines*, n° 329570).

■ 158. Sur cette notion, v. not. J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, « Ordre public et bonnes mœurs », Répertoire de droit civil, n° 70, janvier 2015.

■ 159. Art. L. 2215-1 CGCT.

■ 160. CC 77-79 DC, 5 juillet 1977, R. p. 35.

et se posent encore, à propos du « droit à participation »¹⁶¹ : qui sont les titulaires ? quels sont les objets ? et quelle est la fonction ?

1. Les titulaires du droit à participation

845 Le 8^e alinéa dispose que tout *travailleur* participe à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises. Si le mot « travailleur » est évidemment très répandu dans le langage courant, il est en revanche peu utilisé par la législation contemporaine. Le Conseil a donc logiquement développé une jurisprudence, aujourd'hui conséquente, pour tenter de définir ce qu'est un travailleur au sens du 8^e alinéa. Et cette jurisprudence, d'une manière générale, va dans le sens d'une application plutôt large du droit à participation¹⁶².

Le Conseil admet ainsi, dans la décision du 2 juillet 1977¹⁶³, que les *fonctionnaires* puissent réclamer l'application du 8^e alinéa lors de l'examen d'une loi prévoyant une retenue sur traitement en l'absence de service fait. Les juges constitutionnels considèrent en l'espèce que « si le projet dont est issue cette loi n'a pas été soumis à l'avis du Conseil supérieur de la fonction publique préalablement à sa présentation au parlement, cette circonstance est sans influence sur la conformité de la loi à la Constitution dès lors que les dispositions de ce texte n'exigeaient pas, en raison de son objet même, une telle consultation », et ils précisent « qu'il n'y a donc pas méconnaissance du principe de participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail ». La loi n'est pas censurée, mais le Conseil offre ici aux « travailleurs » de la fonction publique le bénéfice du droit à participation.

Et si la décision du 17 juillet 1980¹⁶⁴ relative à l'enseignement supérieur exclut les *étudiants* – qui ne sont donc pas des travailleurs ! –, le Conseil admet l'application du 8^e alinéa aux salariés *dont le contrat de travail est suspendu* dans la décision du 20 juillet 1983¹⁶⁵, et aux *maîtres des établissements d'enseignement privés sous contrat* (qui sont des agents publics mais pas des fonctionnaires) dans la décision du 14 juin 2013¹⁶⁶.

Le Conseil confirme et résume cette tendance dans la décision du 28 décembre 2006¹⁶⁷ : il juge qu'en « limitant le corps électoral des délégués du personnel et des représentants de salariés aux comités d'entreprise aux seuls salariés qui sont liés à

■ 161. Le 8^e alinéa ne parle pas de « droit », mais dès 1986, le Conseil d'État évoque « les droits reconnus par ce principe » (CE 9 juillet 1986, Syndicats des commissaires de police et des hauts fonctionnaires de la police, RDP 1987, p. 249), et le Conseil constitutionnel utilise expressément l'expression « droit à participation » (mais pas systématiquement) depuis 1996 (CC 96-385 DC, 30 décembre 1996, R. p. 145).

■ 162. Application large d'ailleurs conforme à l'esprit du constituant : « Tout se passe, résume Jacques Chevallier, comme si, aux yeux des constituants, la catégorie de travailleurs touchait à l'universel, le travail étant inhérent à la condition humaine », J. CHEVALLIER, « Essai d'analyse structurale du Préambule », in *Le Préambule de la Constitution de 1946*, PUF, 1996, p. 13, ici p. 24 et 25.

■ 163. CC 77-83 DC, 20 juillet 1977, R. p. 39. V. également pour les fonctionnaires CC 2011-134 QPC, 17 juin 2011, R. p. 278.

■ 164. CC 80-120 DC, 17 juillet 1980, R. p. 39.

■ 165. CC 83-162 DC, 20 juillet 1983, R. p. 49.

■ 166. CC 2013-322 QPC, 14 juin 2013, R. p. 833.

■ 167. CC 2006-545 DC, 28 décembre 2006, R. p. 138.

l'entreprise par un contrat de travail, la loi a méconnu le principe de participation » qui, précise-t-il, « a pour bénéficiaires, sinon la totalité des travailleurs employés à un moment donné dans l'entreprise, du moins ceux qui sont intégrés de façon étroite et permanente à la communauté qu'elle constitue, même s'ils n'en sont pas salariés ». En l'espèce, la loi avait exclu les salariés d'une entreprise qui travaillent en exécution d'un contrat de sous-traitance ou de prestation de services.

En revanche, estime le Conseil dans la décision du 3 février 2016¹⁶⁸, « le huitième alinéa, qui consacre un droit aux travailleurs, par l'intermédiaire de leurs délégués, à la participation et à la détermination collectives de leurs conditions de travail, ne confère aucun droit équivalent au bénéfice des *employeurs* ». Là se dévoile la limite de la notion de travailleur : un employeur, qui certes « travaille » pour et dans son entreprise, ne peut être considéré comme un travailleur au sens du 8^e alinéa. Cette affirmation est néanmoins discutable : d'abord parce que le Conseil reconnaît bien, dans cette même décision, une « liberté syndicale » aux organisations professionnelles d'employeurs ; ensuite parce qu'il existe des employeurs dont l'activité, au quotidien, se rapproche beaucoup de celle des « travailleurs » classiques – les travailleurs indépendants, les auto-entrepreneurs – et pour lesquels une exclusion « sèche » du droit à participation paraît un peu sévère.

846

Une autre question se pose quant au titulaire du droit à participation : la notion de *délégués* mentionnée au 8^e alinéa. Sur ce point, le droit à participation se démarque des différents droits sociaux contenus dans la Constitution, car il a la particularité d'être un droit médiatisé, c'est-à-dire un droit qui sépare les titulaires proprement dits – les travailleurs – et les agents d'exercice – « par l'intermédiaire de ses délégués » dit le Préambule. Toute la question, évidemment, est de savoir ce que recouvre cette notion de délégué. Le Conseil apporte un premier élément de réponse dans sa décision du 25 juillet 1989¹⁶⁹ : il évoque « les organisations représentatives » compétentes pour mettre en œuvre les modalités concrètes des normes sociales. Avec cette expression d'organisations représentatives, il semble ainsi accorder aux organisations *syndicales* – le terme est très proche – le rôle exclusif de « délégué ». Sans doute conscient des inconvénients d'une telle lecture du Préambule, le Conseil précise dans sa décision du 6 novembre 1996¹⁷⁰ que le 8^e et le 6^e alinéa « n'attribuent pas pour autant à celles-ci (les organisations syndicales) un monopole de la représentation des salariés en matière de négociation collective » ; et, à partir de la décision du 13 janvier 2000¹⁷¹, il parle de « représentants », notion plus large qui permet (en théorie) d'accueillir l'ensemble des délégués des travailleurs. Il n'en reste pas moins vrai que si le Conseil autorise la participation des délégués « hors syndicats » à la négociation collective, c'est à la condition, dit-il, « que leur intervention n'a ni pour objet ni pour effet de faire obstacle à celle des organisations syndicales représentatives ». Autrement dit, les syndicats ne détiennent aucun « monopole », mais ils sont les bénéficiaires, en vertu de la

■ 168. CC 2015-519 QPC, 3 février 2016, JO 7 février 2016, texte n° 33.

■ 169. CC 89-257, 25 juillet 1989, R. p. 59.

■ 170. CC 96-383 DC, 6 novembre 1996, R. p. 128, cons. 8.

■ 171. CC 99-423 DC, 13 janvier 2000, R. p. 992, cons. 26. Le terme « représentant » avait déjà été utilisé à propos d'une loi intéressant le comité d'entreprise (CC 93-328 DC, 16 décembre 1993, R. p. 547).

jurisprudence constitutionnelle, d'une sorte de priorité. Cette solution s'explique peut-être par la crainte du juge – pas totalement injustifiée... – d'une trop faible indépendance des salariés élus au regard du chef d'entreprise et de la nécessité de renforcer le rôle des syndicats dans la négociation collective.

2. | Les objets de la participation

847 Le 8^e alinéa distingue deux « objets » de la participation : la détermination collective des conditions de travail et la gestion des entreprises. Les travailleurs bénéficient donc à la fois d'un droit constitutionnel de déterminer collectivement leurs conditions de travail (ce qui fait l'objet très classiquement des conventions collectives), mais aussi, et plus curieusement, d'un droit à gérer collectivement leur entreprise. Avec toute l'ambiguïté du mot « gestion » : « participation aux bénéfices, participation au capital de l'entreprise, participation aux Conseils d'administration ou de surveillance, décentralisation de la décision dans l'entreprise ? On ne sait pas très bien ce qui est choisi »¹⁷². Et pour cause, le constituant ne le savait certainement pas non plus ! Tout au plus avait-il à l'esprit ce que tout un chacun comprend lorsqu'est évoquée la gestion des entreprises, c'est-à-dire sa bonne marche, son pilotage, au point que Joseph Denais, lors des débats parlementaires en 1946, n'hésitait pas à affirmer que le Préambule confèrerait « à la masse des travailleurs un droit dont ils ne sauront pas en quoi il consiste puisque vous-même (les parlementaires de la majorité) vous ne le savez pas ou êtes incapables de leur dire »¹⁷³. Il est d'ailleurs bien évident que le parfum dérangentant et révolutionnaire¹⁷⁴ du 8^e alinéa se situe précisément dans la « gestion des entreprises » qui, constatent Jean Rivero et Georges Vedel, « s'oriente vers une profonde transformation de la structure de l'entreprise, et touche aux fondements de l'économie française »¹⁷⁵.

848 Cela explique sans doute pourquoi, au moins au départ, le Conseil évoque seulement « le principe de participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail »¹⁷⁶. De même, lorsque le juge parle pour la première fois d'un « droit » à participation, dans la décision du 30 décembre 1996¹⁷⁷, il ne le fait qu'à propos de la détermination collective des conditions de travail et « ignore » la gestion des entreprises. Le changement intervient en 1998 : lors de l'examen de la première loi sur les 35 heures¹⁷⁸, les juges constitutionnels relèvent expressément « le droit des travailleurs de participer à la détermination collective des conditions de travail *et* à la gestion des entreprises » ; et depuis cette date il existe bien un authentique droit à la gestion des entreprises. Droit que le Conseil

■ 172. J.-Y. CHEROT, « Le principe de participation des travailleurs en droit constitutionnel », *GP*, 1994, p. 837, ici p. 840.

■ 173. Propos soulignés par J.-Y. CHEROT, *op. cit.*, ici p. 839.

■ 174. « Potentiel révolutionnaire du 8^e alinéa » dit Michel CLAPIÉ, *De la consécration des principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps*, thèse Montpellier 1992, p. 326.

■ 175. J. RIVERO et G. VEDEL, *op. cit.*, ici p. 25.

■ 176. CC 77-83 DC, 20 juillet 1977, *R.* p. 39.

■ 177. CC 96-385 DC, 30 décembre 1996, *R.* p. 145.

■ 178. CC 98-401 DC, 10 juin 1998, *R.* p. 269.

a expressément rattaché à la catégorie des « droits et libertés que la Constitution garantit » et qui est donc recevable dans le contentieux de la QPC¹⁷⁹.

849 Cela étant dit, il apparaît à la lecture de la jurisprudence du Conseil que ce « droit » à la gestion des entreprises est davantage un objectif à atteindre, un principe directeur, plutôt qu'une exigence réellement contraignante pour le législateur. Par exemple, la loi quinquennale relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle du 21 décembre 1993 prévoyait une simplification des obligations d'information de l'employeur au comité d'entreprise par l'instauration d'un mécanisme de rapport unique et rétrospectif (alors que les dispositions antérieures permettaient une information régulière et en temps réel). Les requérants critiquaient cette disposition au motif qu'elle « ne permettrait pas au comité d'entreprise d'assurer par une expression collective des salariés la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la vie de l'entreprise ». Le Conseil leur répond, dans un considérant très court, que si le « 8^e alinéa implique que les représentants des salariés bénéficient des informations nécessaires pour que soit assurée la participation du personnel à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion des entreprises, l'article contesté ne les prive pas de telles informations ». Sans autre explication ! Or il est bien évident que les représentants des salariés ne peuvent remplir leur mission au sein des comités d'entreprise que s'ils disposent d'une information régulière, précise et tournée vers l'avenir ; or, en l'espèce, la nature de l'information prescrite (par la loi) permettait surtout d'établir un bilan des actions passées...

Dans le même ordre d'idée, le Conseil estime, dans la décision du 26 juillet 2013¹⁸⁰, que « le huitième alinéa du Préambule de 1946 n'impose pas la présence de représentants des salariés au sein des organes de direction de l'entreprise »¹⁸¹ et que, en tout état de cause, le législateur peut limiter, sans méconnaître « la participation des travailleurs à la gestion des entreprises », le corps électoral des salariés au conseil d'administration d'une société. Décision surprenante : le conseil d'administration est évidemment le « lieu » privilégié de la mise en œuvre de la participation des travailleurs à la gestion des entreprises, et permettre au législateur de limiter cette participation, sans exiger des garanties légales particulières, revient à faire du droit à la gestion une coquille bien vide !

3. | La fonction du droit à participation

850 Évidemment, la fonction première du droit à participation est de permettre, d'encourager, une négociation entre les partenaires sociaux sur les conditions de travail. À ce titre, le Conseil a tiré plusieurs « obligations » du 8^e alinéa : une obligation générale pour les autorités publiques de « mettre en œuvre » le principe de participation des travailleurs¹⁸² ; une obligation de concertation entre les

■ 179. CC 2010-42 QPC, 7 octobre 2010, JO 8 octobre 2010, p. 18235.

■ 180. CC 2013-333 QPC, 26 juillet 2013, R. p. 904.

■ 181. Il avait pourtant reconnu, en 2002, que le dispositif prévoyant la présence des salariés actionnaires au sein des organes de direction de la société, « loin de méconnaître les dispositions du huitième alinéa du Préambule de 1946, (...) a pour objet de les mettre en œuvre », CC 2001-455 DC, 12 janvier 2002, R. p. 49.

■ 182. CC 2011-205 QPC, 9 décembre 2011, R. p. 584.

employeurs et les salariés qui ne saurait cependant avoir ni pour objet ni pour effet d'imposer que dans tous les cas la détermination des conditions de travail soit subordonnée à la conclusion d'accords collectifs – droit à la *négociation*, mais pas droit à une *convention*¹⁸³ ; une obligation d'information annuelle des salariés sur la situation financière, économique et sociale de l'entreprise¹⁸⁴ ; une obligation pour la loi de ne pas instituer de différence de traitement entre les personnels d'une entreprise selon qu'ils sont ou non de nationalité française¹⁸⁵ ; et une obligation pour le législateur de ne pas remettre en cause le contenu des conventions négociées de réduction du temps de travail sauf « pour un motif d'intérêt général suffisant »¹⁸⁶. Par cette dernière décision sur la loi relative aux 35 heures, le Conseil déplace les relations entre la loi et le contrat en renforçant le poids des conventions conclues par rapport à une loi nouvelle. Il accompagne ainsi la tendance politique à la réduction du rôle de l'État et de son instrument de pouvoir – la loi – en justifiant constitutionnellement la montée en puissance de la société et du contrat non seulement par le principe de liberté contractuelle qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789, mais encore par le principe « socialiste » contenu dans le 8^e alinéa du Préambule de 1946.

851 Au-delà de ces différentes obligations constitutionnelles, le 8^e alinéa permet aussi – et peut-être surtout – la mise en œuvre de la « démocratie sociale ». Le Conseil a en effet bâti, sur la base du droit à participation, une jurisprudence riche et audacieuse qui a considérablement renforcé le poids normatif des conventions collectives en droit français. En s'appuyant sur les mots du Préambule de 1946, qui offrent aux travailleurs un droit à la détermination collective de leurs conditions de travail, le juge en a déduit que les partenaires sociaux étaient, avec le Parlement et le gouvernement, les acteurs aujourd'hui essentiels de la construction et de l'application des règles sociales.

Tout commence avec la décision du 25 juillet 1989¹⁸⁷ par laquelle le Conseil admet la compétence des partenaires sociaux « pour l'application des modalités concrètes de mise en œuvre des lois », c'est-à-dire pour décider des mesures d'application des lois votées dans le domaine social. En clair, le législateur peut décider d'accorder aux conventions collectives le pouvoir de faire « vivre » les lois qu'il a votées, par exemple en déterminant ce qu'est un « salarié âgé »¹⁸⁸. Or normalement, ce travail de mise en œuvre des dispositions législatives appartient aux autorités réglementaires qui – seules – décident des moyens d'application des normes législatives. Mais avec cette décision, le Conseil reconnaît et valide l'intervention d'un autre acteur dans le jeu constitutionnel : les partenaires sociaux.

■ 183. CC 93-328 DC, 16 décembre 1993, *R.* p. 547. De même, dans la décision du 10 juin 1998 (CC 98-401 DC, *R.* p. 258), le Conseil juge que le principe de participation ne saurait être interprété comme « obligeant le gouvernement à faire précéder la présentation au Parlement d'un projet de loi comportant des dispositions touchant aux principes fondamentaux du droit du travail d'une négociation entre partenaires sociaux ».

■ 184. CC 96-383 DC, 6 novembre 1996, *R.* p. 128.

■ 185. CC 2011-128 QPC, 6 mai 2011, *R.* p. 225.

■ 186. CC 99-423 DC, 13 janvier 2000, *R.* p. 33.

■ 187. CC 89-257 DC, 25 juillet 1989, *R.* p. 59

■ 188. Ce qui était le cas dans la décision du 25 juillet 1989.

« On ne saurait trop souligner, constatent Xavier Prétot et Valérie Bernaud, l'importance de cette décision qui habilite ainsi le législateur à faire échec, motif pris des dispositions du huitième alinéa du Préambule de 1946, à la compétence du pouvoir réglementaire »¹⁸⁹.

Le Conseil franchit une étape supplémentaire dans la décision du 6 novembre 1996¹⁹⁰. Dans cette affaire, une disposition de la loi offrait aux accords de branche la faculté de déterminer le seuil d'effectifs en deçà duquel les formules dérogatoires au droit commun de la négociation collective étaient applicables (pour permettre, par exemple, à des salariés « mandatés » de conduire une négociation en lieu et place des syndicats). Les requérants ont contesté cette disposition en invoquant une atteinte au 8^e alinéa, mais le Conseil constitutionnel leur répond que si « la fixation des seuils d'effectifs (...) relève en principe de la compétence que le législateur tient de l'article 34 de la Constitution en matière de principes fondamentaux du droit du travail ; celui-ci pouvait toutefois, sans méconnaître sa compétence, renvoyer aux accords de branche la détermination de ces seuils ». Autrement dit, le juge accepte dans cette décision que les partenaires sociaux se substituent purement et simplement au législateur pour édicter une règle matériellement législative¹⁹¹ ! Avec toutefois une condition : après avoir posé le principe d'une possible délégation des compétences législatives au profit des partenaires sociaux, le Conseil ajoute « dès lors que la latitude ainsi laissée aux acteurs de la négociation collective devrait lui permettre d'adopter par la suite des règles appropriées au terme d'une durée réduite d'expérimentation et d'une évaluation des pratiques qui en sont résultées ». C'est ainsi le caractère expérimental d'une loi qui permet une dérogation à l'article 34 de la Constitution et offre aux partenaires sociaux, le temps d'une loi expérimentale, le costume du souverain.

Cette tendance favorable à la négociation collective est confirmée par la décision du 29 avril 2004¹⁹² par laquelle le Conseil juge que « le législateur peut laisser les partenaires sociaux déterminer, dans le cadre qu'il a défini, l'articulation entre les différentes conventions ou accords collectifs qu'ils concluent au niveau inter-professionnel, des branches professionnelles et des entreprises » ; et il admet même que le législateur puisse autoriser ces accords à déroger aux règles d'ordre public qu'il a posées sous réserve que soient précisés « l'objet et les conditions de cette dérogation ». Par cette logique, validée par le Conseil, est valorisé un niveau de négociation – les entreprises – où les syndicats sont les plus faibles et où, par conséquent, les dérogations autorisées ont le plus de « chance » d'être défavorables aux salariés. Il faudra sans doute que les salariés trouvent rapidement une forme d'organisation qui les mette en situation d'équilibre avec les employeurs pour que

■ 189. X. PRÉTOT et V. BERNAUD, « Droit constitutionnel social », *JCI Adm.*, 2012, fasc. 1443.

■ 190. CC 96-383 DC, 6 novembre 1996, *R.* p. 128

■ 191. « Ainsi le législateur délègue aux partenaires sociaux l'exercice de certaines de ses compétences, les accords collectifs de travail ne sont plus seulement un substitut aux règlements d'application des lois, mais peuvent également se substituer à la loi », B. MATHIEU, « Précisions relatives au droit constitutionnel de la négociation collective – à propos de la décision du Conseil constitutionnel CC 96-383 DC du 6 novembre 1996 », *D.*, 1997, p. 152, ici p. 153.

■ 192. CC 2004-494 DC, 29 avril 2004, *JO* 5 mai 2004, p. 7998.

le contrat devienne réellement l'instrument approprié de l'aménagement des conditions de travail...

§ 2. DROIT À LA SANTÉ, DROITS DE LA FAMILLE, DROIT D'ASILE

852

Le 11^e alinéa. « Les principes posés par le onzième alinéa du Préambule », déclare le Conseil, c'est-à-dire la *protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs* garantis à tous et notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, ont valeur constitutionnelle¹⁹³. Le Conseil a, par exemple, considéré, que favoriser le système de conventionnement leur était conforme, dans la mesure où ce mécanisme « vise à diminuer la part des honoraires médicaux qui restera en définitive à la charge des assurés sociaux et à *permettre, en conséquence, l'application effective du principe posé par les dispositions du onzième alinéa du Préambule* »¹⁹⁴. Dans cette même décision, il a refusé de se prononcer sur la qualité, constitutionnelle ou non, des principes du libre choix du médecin par le malade et de la liberté de prescription du médecin, confirmant ainsi une jurisprudence arrêtée en 1978¹⁹⁵. Et il a jugé que le principe constitutionnel de la « protection de la santé publique » pouvait justifier l'interdiction de la publicité et de la propagande en faveur du tabac et des boissons alcoolisées¹⁹⁶, la lutte contre le bruit¹⁹⁷, la lutte contre l'addiction au jeu¹⁹⁸ ou la réglementation des conditions de préparation, de fabrication et de vente des médicaments¹⁹⁹. Le Conseil a également estimé que le régime d'assurance sociale des accidents du travail et des maladies professionnelles²⁰⁰, la politique de solidarité nationale en faveur des travailleurs retraités²⁰¹ ou la politique de vaccination afin de protéger la santé individuelle et collective²⁰² constituaient une « mise en œuvre des exigences énoncées par le onzième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ».

Il a aussi jugé que le droit à la santé pouvait s'imposer au droit au respect de la vie privée et justifier la création d'un dossier médical personnel et l'obligation pour tous d'indiquer à son organisme d'assurance-maladie le nom de son médecin traitant dès lors, notamment, que le dossier est couvert par le secret médical²⁰³. En revanche, dans sa décision du 26 novembre 2010²⁰⁴, le Conseil considère que le

■ 193. CC 89-269 DC, 22 janvier 1990, R. p. 33, p. 972 ; CC 86-220 DC, 22 décembre 1986, R. p. 174 ; CC 75-54 DC, 15 janvier 1975, R. p. 19 ; CC 80-117 DC, 22 juillet 1980, R. p. 42.

■ 194. CC 89-269 DC, 22 janvier 1990, R. p. 33.

■ 195. CC 77-92 DC, 18 janvier 1978, R. p. 21.

■ 196. CC 90-283 DC, 8 janvier 1991, R. p. 11 ; CC 2015-727 DC, 21 janvier 2016, JO 27 janvier 2016, texte n° 2.

■ 197. CC 2000-436 DC, 7 décembre 2000, R. p. 176.

■ 198. CC 2010-605 DC, 12 mai 2010, R. p. 78.

■ 199. CC 2013-364 QPC, 31 janvier 2014, JO 2 février 2014, p. 1991.

■ 200. CC 2010-8 QPC, 18 juin 2010, R. p. 117.

■ 201. CC 2003-483 DC, 14 août 2003, R. p. 430.

■ 202. CC 2015-458 QPC, 20 mars 2015, cons. 10, JO 22 mars 2015, p. 5346.

■ 203. CC 2004-504 DC, 12 août 2004, JO 17 août 2004, p. 14657.

■ 204. CC 2010-71 QPC, 26 novembre 2010, R. p. 356.

droit à la santé doit être concilié avec la liberté individuelle et, en l'espèce, censure la disposition législative qui permettait de maintenir en hôpital psychiatrique une personne sans son consentement au motif que cette privation de liberté imposait, au-delà d'un délai de quinze jours, l'intervention du juge judiciaire gardien de la liberté individuelle.

853 Le 10^e alinéa. Reprenant la même formule, le Conseil reconnaît valeur constitutionnelle « au dixième alinéa du Préambule de 1946 qui proclame que la nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement »²⁰⁵. Cette exigence constitutionnelle, déclare le Conseil dans sa décision du 18 décembre 1997²⁰⁶, « implique la mise en œuvre d'une politique de solidarité nationale en faveur des familles » réalisée, en l'espèce, par le choix du législateur de subordonner à une condition de ressources le bénéfice des allocations familiales ; et que les ressources à prendre en compte « sont celles des deux membres du couple qui ont en charge l'entretien et l'éducation de l'enfant, *indépendamment du fait que les intéressés soient ou non mariés* », car « les *charges familiales sont indépendantes de l'état civil des membres du couple* ». Le Conseil n'enferme donc pas, dès cette décision, la famille dans le modèle du mariage, ni même celui du couple hétérosexuel. En tous les cas, il ne réserve pas le bénéfice des droits de la famille aux seuls Français mais l'étend également aux étrangers. Ainsi, il admet que la situation familiale d'un étranger soit prise en compte par l'autorité compétente avant de décider de son expulsion éventuelle²⁰⁷. Après le Conseil d'État qui avait fait du droit à mener une vie familiale normale un principe général du droit²⁰⁸, le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 13 août 1993²⁰⁹, requalifie en principe constitutionnel « le droit de mener une vie familiale normale, lequel comporte en particulier la faculté pour les étrangers de faire venir auprès d'eux leurs conjoints et leurs enfants mineurs ». Comme le Conseil d'État, il précise que ce droit ne s'applique qu'aux étrangers « dont la résidence en France est stable et régulière et sous réserve de restrictions tenant à la sauvegarde de l'ordre public et à la protection de la santé publique, lesquelles revêtent le caractère d'objectifs de valeur constitutionnelle ». Mais, à la différence du Conseil d'État qui appréciait la normalité d'une vie familiale par rapport au statut personnel des individus concernés – ce qui l'avait conduit à donner une base juridique au regroupement polygamique²¹⁰ –, le Conseil constitutionnel juge que « les conditions d'une vie familiale normale sont celles qui prévalent en France pays d'accueil ». Enfin, dans la décision du 19 janvier 1995²¹¹, le Conseil déduit, notamment, du dixième alinéa du Préambule

■ 205. CC 86-216 DC, 3 septembre 1986, R. p. 135.

■ 206. CC 97-393 DC, 18 décembre 1997, R. p. 320.

■ 207. Comme tous les droits constitutionnels, les droits de la famille ne sont pas absolus ; ils « peuvent être conciliés avec les impératifs d'intérêt public ». En l'espèce, le Conseil a considéré que « faire prévaloir les nécessités de l'ordre public » pour décider de l'expulsion d'un étranger dont le conjoint est français, n'est pas contraire à la Constitution.

■ 208. CE, Ass., 8 décembre 1978, *GISTI*, R. p. 493.

■ 209. CC 93-325 DC, 13 août 1993, R. p. 224. V. aussi CC 2003-484 DC, 20 novembre 2003, R. p. 438 ; CC 2006-539 DC, 20 juillet 2006, R. p. 79.

■ 210. CE, Ass., 11 juillet 1980, *Ministre de l'Intérieur/M^{me} Montcho*, R. p. 315.

■ 211. CC 94-359 DC, 19 janvier 1995, R. p. 176.

de 1946 « un objectif à valeur constitutionnelle, la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent ».

854 **Combinaison des 10^e et 11^e alinéas.** Il arrive que le Conseil envisage d'un seul tenant les 10^e et 11^e alinéas du Préambule de 1946 pour évoquer la « *solidarité nationale* »²¹². À ce titre, il affirme que les exigences constitutionnelles résultant de ces deux alinéas impliquent la mise en œuvre « d'une politique de solidarité nationale en faveur des personnes défavorisées »²¹³ ou « en faveur des familles »²¹⁴.

Le Conseil a également déduit de la combinaison des 10^e et 11^e alinéas *la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent*, qui est un « objectif de valeur constitutionnelle »²¹⁵. Objectif qui permet d'apporter au droit de propriété, à la liberté contractuelle ou la liberté individuelle des limitations « nécessaires », dit le juge. Par exemple, l'objectif de valeur constitutionnelle que constitue la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent implique qu'aucune personne en situation de précarité ne puisse être privée d'eau et justifie une remise en cause des contrats de location en cours²¹⁶.

Le *droit au repos dominical* se réclame aussi d'une combinaison des 10^e et 11^e alinéas. Dans sa décision du 6 août 2009²¹⁷, le Conseil refuse de reconnaître le repos dominical comme PFRLR considérant sans doute que les conditions de généralité et de continuité n'étaient pas réunies puisque la loi de 1906 qui instituait le repos dominical avait elle-même prévu des dérogations que des lois ultérieures avaient étendues ; mais il reconnaît la valeur constitutionnelle du principe du repos *hebdomadaire* sur le fondement du 11^e alinéa du Préambule de 1946 et, par une formulation ambiguë, semble aussi reconnaître la valeur constitutionnelle du principe du repos *dominical* mais sur le fondement du 10^e alinéa de ce même Préambule : « en prévoyant, déclare en effet le Conseil, que le droit au repos hebdomadaire s'exerce en principe le dimanche, le législateur a entendu opérer une conciliation entre la liberté d'entreprendre et le 10^e alinéa du Préambule de 1946 ». Un lien paraît donc établi entre le choix du dimanche comme jour « de principe » du repos hebdomadaire et cet alinéa 10. Au demeurant, cette reconnaissance constitutionnelle n'a pas empêché le Conseil de valider l'extension des dérogations en considération « de l'évolution du mode vie, de consommation et de loisirs ».

855 **Le droit d'asile.** Droit proclamé par le Préambule de 1946, en faveur de tout homme persécuté en raison de son action pour la liberté, le *droit d'asile* a été qualifié par le Conseil de principe constitutionnel dans sa décision du 9 janvier

■ 212. Solidarité nationale qui est aussi évoquée par le 12^e alinéa du Préambule de 1946 en relation avec le principe d'égalité : « La nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales ». V. sur cet alinéa CC 91-291 DC, 6 mai 1991, R. p. 40.

■ 213. CC 2009-59 DC, 29 décembre 2009, R. p. 218.

■ 214. CC 97-393 DC, 18 décembre 1997, R. p. 320.

■ 215. En combinaison avec le principe de dignité de la personne humaine, CC 94-359 DC, 19 janvier 1995, R. p. 176. V. plus généralement É. SALES, *Le droit au logement dans la jurisprudence française : étude comparée des jurisprudences constitutionnelle, administrative et judiciaire*, thèse Montpellier, 2001.

■ 216. CC 2015-470 QPC, 29 mai 2015, JO 31 mai 2015, p. 9051.

■ 217. CC 2009-588 DC, 6 août 2009, JO 11 août 2009, p. 13319.

1980²¹⁸ et requalifié de « droit fondamental » dans sa décision du 13 août 1993²¹⁹. Cette requalification se justifie par le caractère transversal de ce droit puisque, explique le Conseil, « sa reconnaissance détermine l'exercice par les personnes concernées des libertés et droits reconnus de façon générale aux étrangers résidant sur le territoire par la Constitution » ; il est donc bien la base nécessaire, et non superflue, des autres droits et libertés. Le Conseil considère ensuite que, parce qu'il est un droit fondamental, « la loi ne peut en réglementer les conditions qu'en vue de *le rendre plus effectif* ou de le concilier avec d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle ». Ce droit doit donc être « mis en œuvre par la loi », mais aussi, ajoute le Conseil, par « les conventions internationales introduites en droit interne avec l'autorité prévue à l'article 55 de la Constitution... *dont le respect s'impose, même dans le silence de la loi* »²²⁰. Cette référence aux conventions internationales, et notamment à celle de Genève du 28 juillet 1951, permet au Conseil de considérer que la loi sur les conditions d'entrée des étrangers sur le territoire, qui ne prévoit pas de dispositions particulières pour les réfugiés politiques, n'est cependant pas contraire au droit d'asile puisque les conventions s'appliquent, « même dans le silence de la loi », et que le législateur ne saurait y avoir dérogé. Les conventions humanitaires viennent donc heureusement compléter les principes constitutionnels, comme le montre encore la décision du 25 février 1992²²¹.

Selon l'article 8 de la loi soumise à son examen, les étrangers sans titres réguliers, et par conséquent les demandeurs d'asile, peuvent être maintenus en zone de transit « pendant le temps strictement nécessaire » à leur départ ou à l'examen de leur demande d'asile ; s'appuyant sur la convention de Genève du 28 juillet 1951 qui exclut que puisse être exigée des réfugiés politiques la production de documents, le Conseil rend l'article presque inopérant pour les demandeurs d'asile en décidant qu'ils ne sauraient faire l'objet d'un maintien en zone de transit que s'il apparaît que la demande est manifestement infondée. De même, selon l'article 10, une entreprise de transport qui débarque en France des étrangers démunis de documents de voyage est punie d'une amende d'un montant maximum de « 10 000 francs » sauf si l'étranger entend bénéficier de l'asile politique et si sa demande n'est pas manifestement infondée. Cette disposition comporte un risque évident, celui de voir le droit d'asile mis en cause par le comportement de transporteurs qui, pour éviter les amendes, refuseraient systématiquement d'embarquer tout demandeur démunis de visa d'entrée en France. C'est pourquoi, une nouvelle fois, le Conseil « annule » cet effet possible de la loi, en précisant qu'elle « ne saurait pas s'entendre comme conférant au transporteur un pouvoir de police au lieu et place de la puissance publique », que le transporteur doit se borner « à appréhender la situation de l'intéressé sans avoir à procéder à aucune recherche », et qu'enfin sa « finalité » est d'empêcher un transporteur de refuser « d'acheminer les demandeurs d'asile au motif que les intéressés seraient démunis de visa d'entrée en France ». Et

■ 218. CC 79-109 DC, 9 janvier 1980, R. p. 29 ; CC 80-116 DC, 17 juillet 1980, R. p. 36 ; CC 91-294 DC, 25 juillet 1991, R. p. 91.

■ 219. CC 93-325 DC, 13 août 1993, R. p. 224.

■ 220. CC 86-216 DC, 3 septembre 1986, R. p. 135.

■ 221. CC 92-307 DC, 25 février 1992, R. p. 48.

le Conseil appelle expressément le juge administratif à contrôler, le cas échéant, si le transporteur a appliqué la loi correctement, c'est-à-dire conformément à l'interprétation qu'il en a donnée dans sa décision.

856 La « mise en œuvre » du droit d'asile par la loi nationale et par les conventions internationales a cependant provoqué, en 1993, un conflit violent et direct entre le Conseil constitutionnel et le gouvernement. La loi relative à la maîtrise de l'immigration prévoyait en effet que les quatre cas dans lesquels, en application des accords de Schengen, l'admission au séjour d'un demandeur d'asile pouvait être refusée ne faisaient pas obstacle « au droit souverain de l'État d'accorder l'asile à toute personne qui se trouverait néanmoins dans l'un de ces cas ». Le Conseil reconnaît le bien-fondé de cette disposition en rappelant qu'il a lui-même, dans sa décision du 25 juillet 1991 relative aux accords de Schengen²²², considéré que ces derniers n'étaient conformes à la Constitution que parce qu'ils réservaient le droit de la France d'assurer, même si en vertu des accords l'examen de la demande d'asile relevait d'un autre État, le traitement d'une demande d'asile « en application des dispositions propres à son droit national ». Or, poursuit le Conseil, le propre du droit français, c'est l'alinéa 4 du Préambule de 1946 qui dispose que « tout *homme* persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République » ; et, puisque le droit d'asile est défini comme un droit de l'homme et qu'à tout droit répond nécessairement une obligation, le droit français de l'asile « fait obligation aux autorités administratives et judiciaires françaises de procéder à l'examen des demandeurs d'asile » qui invoquent l'alinéa 4 de 1946, et, qu'à la suite, « les intéressés fassent l'objet d'une admission provisoire au séjour jusqu'à ce qu'il ait été statué sur leur cas ». En conséquence, conclut le Conseil, le droit souverain de l'État auquel la loi fait référence « doit être entendu comme ayant été réservé par le législateur pour assurer le respect intégral de cette obligation »²²³.

Jurisprudence sans surprise : la convention de Schengen réserve bien le droit pour un État d'examiner une seconde fois une demande d'asile déjà traitée par un autre État partie à la convention et le Conseil a bien fait de cette réserve un critère de sa constitutionnalité le 25 juillet 1991 ; le droit d'asile ne serait pas un droit mais un vœu s'il n'impliquait pas l'obligation pour l'État non de l'accorder automatiquement – ce que ne prescrit pas le Conseil – mais d'examiner la demande ; et enfin, comme l'écrit le commissaire du gouvernement Ronny Abraham qui sera suivi dans son raisonnement par le Conseil d'État dans son arrêt du 13 décembre 1991²²⁴, ce serait porter atteinte à la substance même du droit d'asile que dénier aux demandeurs le droit au séjour provisoire jusqu'à ce qu'il ait été statué sur leurs dossiers.

Et pourtant, cette décision du 13 août 1993 provoque une violente réaction politique du gouvernement. Pour la première fois, il refuse de s'incliner devant l'autorité de la chose jugée et décide, avec la complicité du Président de la République,

■ 222. CC 91-294 DC, 25 juillet 1991, R. p. 91.

■ 223. CC 93-325 DC, 13 août 1993, R. p. 224.

■ 224. CE, Ass., 13 décembre 1991, *Préfet de l'Hérault/M. Dakoury*, concl. R. ABRAHAM, RFDA 1992, p. 90.

de convoquer le pouvoir constituant institué pour lui faire décider, le 19 novembre, que l'asile n'est plus seulement un droit de l'homme mais un droit de l'État²²⁵. Avec cette transformation radicale du statut constitutionnel de l'asile, le législateur peut reprendre sa disposition censurée par le Conseil : si, en effet la *faculté* pour l'État de traiter les demandes d'asile était contraire au droit d'asile – droit de l'homme, elle est désormais conforme avec la nouvelle base constitutionnelle qui en fait une prérogative de l'État.

Reste, désormais, une réalité : le Conseil a défini le droit d'asile comme un droit fondamental de l'homme ; le pouvoir politique l'a défini, par la révision constitutionnelle du 19 novembre 1993, comme un droit de l'État. La première définition n'ayant pas disparu dans la mesure où le 4^e alinéa du Préambule de 1946, qui la porte, n'a pas été modifié, comment va-t-elle être conciliée avec la seconde ? Il semblerait que le Conseil veuille l'« ignorer » puisque, dans sa décision du 22 avril 1997²²⁶, il continue de se référer au seul Préambule de 1946 pour fonder la valeur constitutionnelle du droit d'asile et renforcer encore sa portée en jugeant que « la confidentialité des éléments d'information détenus par l'OFPRA relatifs à la personne sollicitant en France la qualité de réfugié est une garantie essentielle du droit d'asile » ; et, en l'espèce, il censure la disposition donnant aux services du ministère de l'Intérieur et à la gendarmerie nationale la possibilité d'accéder aux données du fichier informatisé des empreintes digitales des demandeurs de statuts de réfugié.

Évidemment, estime néanmoins le Conseil, « aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national »²²⁷. Mais dans cette même décision, il précise que « l'indépendance de la Commission des recours des réfugiés vis-à-vis de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides constitue une garantie essentielle du droit d'asile ».

SECTION III LES DROITS ENVIRONNEMENTAUX

857

Avec la Charte de l'environnement de 2004, intégrée au Préambule de la Constitution de 1958 par la révision constitutionnelle du 1^{er} mars 2005, le contentieux constitutionnel verdit ! Nouvelles normes de références, nouvelles problématiques : après une dizaine d'années de mise en œuvre, le Charte de l'environnement atteste de son potentiel normatif tout en conservant une large part

■ 225. Selon la « nouvelle » rédaction de l'article 53 de la Constitution, « les autorités de la République ont toujours le *droit* de donner asile à tout étranger persécuté en raison de son action en faveur de la liberté ou qui sollicite la protection de la France pour un autre motif ».

■ 226. CC 97-389 DC, 22 avril 1997, R. p. 45.

■ 227. CC 2003-484 DC, 20 novembre 2003, R. p. 438.

d'incertitude au regard de la méfiance latente à l'égard de l'esprit de ce texte²²⁸. Si l'ensemble de la Charte est doté d'une valeur constitutionnelle²²⁹ et que son préambule²³⁰ ainsi que la plupart de ses dispositions sont utilisés dans le contrôle *a priori*, seuls les articles 1 à 4 et 7 sont invocables en QPC²³¹, le sort de l'article 5 étant en suspens et celui des articles 8 à 10 étant indéterminé faute de jurisprudence en la matière. Le contrôle opéré par le Conseil constitutionnel sur le fondement de la Charte de l'environnement est particulièrement attentif au respect des droits procéduraux d'information et de participation (§1), mais témoigne d'une réelle prudence dans la mise en œuvre de droits substantiels, voire de certaines craintes en ce qui concerne le principe de précaution (§2).

§ 1. LE CONTRÔLE VIGILANT DES DROITS PROCÉDURAUX

A. LA PORTÉE DES DROITS D'INFORMATION ET DE PARTICIPATION

858 Artisan de la démocratie procédurale, environnementale – et continue ! –, le Conseil constitutionnel a transformé l'article 7 de la Charte de l'environnement en norme éminente de référence du contrôle de constitutionnalité. En proclamant que « toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement », l'article 7 ne semblait pourtant pas receler un potentiel normatif débordant.

La première occasion de mise en œuvre du droit d'information consista pour le Conseil constitutionnel à s'assurer, aux termes d'un contrôle restreint dans la décision du 19 juin 2008²³², que ce droit n'avait pas été dénaturé lors de la création par la loi d'un registre relatif aux études et tests préalablement réalisés sur OGM. Pourtant, cette même décision du 19 juin 2008 sur la loi OGM est d'un apport considérable pour la matière environnementale en ce qu'elle précise les nouvelles modalités de répartition des compétences entre la loi et le règlement : au législateur appartient le soin « de préciser “les conditions et les limites” dans lesquelles doit s'exercer le droit d'information » ; au pouvoir réglementaire de déterminer « les mesures d'application des conditions et limites fixées par le législateur ».

■ 228. M. PRIEUR, « Promesses et réalisations de la Charte de l'environnement », NCCC, 2014, n° 43, p. 7 ; C. CERDA-GUZMAN, F. SAVONITTO (dir.), *Les 10 ans de la Charte de l'environnement 2005-2015*, Lextenso, Institut universitaire Varenne, 2016.

■ 229. CC 2008-564 DC, 19 juin 2008, *R.*, p. 313. Sur la question de la Charte en tant que norme de référence du contrôle, cf. *supra*, n° 263 et s.

■ 230. CC 2011-192 QPC, 10 novembre 2011. Sur l'impossible invocation des alinéas du Préambule en QPC, cf. CC 2014-394 QPC, 7 mai 2014, JO 10 mai 2014, p. 7873. Cf. V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Charte de l'environnement : La QPC bute sur l'incipit », *La Revue des droits de l'homme*, 19 mai 2014.

■ 231. V. A. ROBLOT-TROIZIER, « Les clairs-obscur de l'invocabilité de la Charte de l'environnement », *AJDA*, 2015, p. 493.

■ 232. CC 2008-564 DC, 19 juin 2008, *R.* p. 313.

Élargissant son raisonnement à l'ensemble des prescriptions de l'article 7, le Conseil affirme depuis la décision du 14 octobre 2011²³³ « qu'il incombe au législateur et, dans le cadre défini par la loi, aux autorités administratives de déterminer, dans le respect des principes ainsi énoncés, les modalités de la mise en œuvre de ces dispositions ».

859 **Bénéficiaires.** Si « toute personne », physique ou morale, de droit privé ou de droit public, bénéficie selon l'article 7 d'un droit d'information et de participation, l'intérêt défendu par cette personne n'est évidemment pas arrêté par avance. Si philosophiquement la Charte de l'environnement semblait destinée à promouvoir l'environnement, la violation des droits procéduraux renvoie à un autre débat relatif aux conditions d'élaboration de la norme environnementale. Le contentieux QPC porté devant le Conseil constitutionnel à propos de l'article 7 offre ainsi des illustrations de recours formés par un propriétaire souhaitant abroger un décret de classement de site²³⁴ ou un syndicat de producteur d'énergie hydraulique opposé aux dispositions de classement des cours d'eau²³⁵. D'ailleurs, l'abrogation d'une disposition relative à la délimitation des zones de protection d'aires d'alimentation des captages d'eau potable est obtenue, dans la décision du 27 juillet 2012²³⁶, à la suite d'un recours formé par un syndicat agricole. « Toute personne » bénéficie du droit de participation et d'information, y compris par conséquent les opposants à une loi favorable à la protection de l'environnement²³⁷.

860 **Mesures concernées**²³⁸. Le principe de participation concerne un champ précis de mesures : les « décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement »²³⁹. Outre le caractère décisoire et public, l'essentiel du travail interprétatif du Conseil constitutionnel porte sur la notion d'« incidence sur l'environnement ». Inévitablement, le caractère casuistique ressort de la jurisprudence. Dans un premier temps, le Conseil constitutionnel a paru permissif en intégrant au sein de cette notion, dans la décision du 27 juillet 2012²⁴⁰, les dérogations aux interdictions de porter atteinte aux espèces animales non domestiques ou végétales non cultivées. De plus, si le champ d'application de l'article 7 de la Charte inclut les décisions pouvant provoquer une atteinte à l'environnement, il comprend également celles ayant une incidence favorable sur l'environnement comme dans la

■ 233. CC 2011-183/184 QPC, 14 octobre 2011, *R.* p. 508.

■ 234. CC 2012-283 QPC, 23 novembre 2012, *R.* p. 605.

■ 235. CC 2014-396 QPC, 23 mai 2014, JO 25 mai 2014, p. 8583.

■ 236. CC 2012-270 QPC, 27 juillet 2012, *R.* p. 449.

■ 237. V. A. FARINETTI, « L'utilisation du principe de participation dans le cadre de la QPC : la Charte contre elle-même ? », *Environnement*, 2014, n° 12, étude 7.

■ 238. Sur l'ensemble de cette question cf. T.-S. RENOUX, M. DE VILLIERS, X. MAGNON (dir.), *Code constitutionnel*, Lexisnexis, 2015, p. 584 et s. ; K. FOUCHER, « Un an de Charte de l'environnement au Conseil constitutionnel (novembre 2012 à octobre 2013) : les incertitudes d'une jurisprudence en voie de construction », *Constitutions*, 2013, p. 606.

■ 239. Sur la notion d'« information relative à l'environnement », le Conseil constitutionnel ne fournit pas d'indications précises. Sur l'approche européenne de cette notion, cf. L. FONBAUSTIER, « Le droit à l'information environnementale », in L. ROBERT (dir.), *L'environnement et la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2013, p. 53.

■ 240. CC 2012-269 QPC, 27 juillet 2012, *R.* p. 445.

décision du 27 juillet 2012²⁴¹ à propos de la délimitation des zones de protection des aires d'alimentation des captages d'eau potable. L'incidence seulement indirecte sur l'environnement des projets de nomenclature et de prescriptions générales relatives aux installations classées, dans la décision 14 octobre 2011²⁴², n'a pas empêché la mise en œuvre du principe de participation. Dans un second temps²⁴³, le Conseil constitutionnel semble opérer un certain repli en retenant moins fréquemment la présence de « décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement », par exemple à propos des dispositions relatives à l'installation de bâches publicitaires et de dispositifs de publicité lumineuse²⁴⁴, aux autorisations préalables aux travaux de recherches minières pour le nickel, le chrome et le cobalt en Nouvelle-Calédonie²⁴⁵, les conditions dans lesquelles certaines constructions nouvelles doivent comporter une quantité minimale de matériaux en bois²⁴⁶ ou à la délimitation du domaine public maritime naturel²⁴⁷.

B. L'EFFECTIVITÉ REMARQUABLE DES DROITS D'INFORMATION ET DE PARTICIPATION

861 Indiscutablement, le Conseil constitutionnel a choisi d'optimiser l'effectivité des exigences de l'article 7 de la Charte de l'environnement, et tout particulièrement le droit de participation à l'élaboration des décisions ayant une incidence sur l'environnement²⁴⁸.

Sur le plan de la technique contentieuse, l'ouverture du Conseil constitutionnel se matérialise par le régime particulier du contrôle des imprécisions et lacunes de la loi. Tandis que la recevabilité de l'incompétence négative est subordonnée, en QPC, au lien avec un droit ou liberté constitutionnel, l'insuffisance de la loi sera censurée sur le fondement direct et autonome de l'article 7 de la Charte. Apparaît ainsi un « droit matériel à l'intervention de la loi »²⁴⁹ qui stimule les demandes en ce sens des justiciables et facilite l'abrogation de dispositions législatives par le Conseil constitutionnel.

De plus, en termes quantitatifs, la réussite contentieuse de l'article 7 devant le Conseil constitutionnel est remarquable avec un nombre important de déclarations de non-conformité, soit huit entre octobre 2011 et octobre 2014. Certes, depuis lors, moins de décisions sont rendues en la matière, mais le taux de réussite de ce grief est quasiment sans équivalent depuis l'instauration de la QPC. Ainsi, le Conseil sanctionne le régime de l'élaboration des règles applicables aux

■ 241. CC 2012-270 QPC, 27 juillet 2012, *R.* p. 449.

■ 242. CC 2011-183/184 QPC, 14 octobre 2011, *R.* p. 508.

■ 243. V. cependant CC 2015-518 QPC, 2 février 2016, JO 5 février 2016, à propos de terrains concernés par le tracé de détail d'une ligne électrique et les servitudes d'implantation de pylônes supportant une ligne électrique aérienne qui en résultent.

■ 244. CC 2012-282 QPC, 23 novembre 2012, *R.* p. 596.

■ 245. CC 2013-308 QPC, 26 avril 2013, *R.* p. 682.

■ 246. CC 2013-317 QPC, 24 mai 2013, *R.* p. 756.

■ 247. CC 2013-316 QPC, 24 mai 2013, *R.* p. 753.

■ 248. A. VAN LANG, « Le principe de participation : un succès inattendu », *NCCC*, n° 43, 2014, p. 25.

■ 249. A. VIDAL-NAQUET, « L'état de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'incompétence négative », *NCCC*, n° 46, 2015, p. 18.

installations classées dans la décision du 13 juillet 2012²⁵⁰, car les dispositions en cause « n'assurent pas la mise en œuvre du principe de participation du public à l'élaboration des décisions publiques ». Dans la décision du 23 novembre 2012²⁵¹, le juge constitutionnel examine la loi relative au classement et au déclassement des sites. Selon les requérants, le régime juridique en cause ne permettait pas une information et une participation suffisante des citoyens dans le processus de classement. Sur la forme, le Conseil prend soin de rappeler, étape par étape, le processus de déclassement pour finalement conclure que « ni les dispositions contestées, ni aucune autre disposition législative n'assurent la mise en œuvre effective du principe de participation du public à l'élaboration des décisions publiques en cause ». Sont également déclarées contraire à l'article 7, par exemple, les dispositions relatives à la publication des projets de décret de nomenclature pour les installations autorisées ou déclarées²⁵², les règles relatives aux consultations préalables à l'élaboration des schémas régionaux éoliens, du climat de l'air et de l'énergie²⁵³, les règles applicables avant 2013 en matière de classement des cours d'eau²⁵⁴.

L'essor de l'article 7 devant le Conseil constitutionnel repose jusqu'à présent sur la question de la répartition des compétences entre le législateur et le pouvoir réglementaire. Comme le regrette une partie de la doctrine en droit de l'environnement²⁵⁵, le Conseil constitutionnel se doit à présent d'enrichir son contrôle en appréciant le degré suffisant de participation, en déterminant un standard constitutionnel permettant à la participation de gagner en densité, notamment en transposant le contrôle de l'absence de « dénaturation » du droit à l'information dans la décision OGM du 19 juin 2008.

§ 2. L'UTILISATION PRUDENTE DES DROITS SUBSTANTIELS

862

Discrète sur le droit à un environnement sain et le devoir de protection de l'environnement (A), indécise à propos du principe de précaution (B), la jurisprudence sur les droits dits substantiels, bien que les aspects procéduraux ne soient pas si éloignés, révèle la prudence du Conseil constitutionnel en dépit de certains apports.

■ 250. CC 2012-262 QPC, 13 juillet 2012, JO 14 juillet 2012, p. 11635.

■ 251. CC 2012-283 QPC, 23 novembre 2012, JO 24 novembre 2012, p. 18547.

■ 252. CC 2011-183/184 QPC, 14 octobre 2011, *R.* p. 508.

■ 253. CC 2014-395 QPC, 7 mai 2014, JO 10 mai 2014, p. 7874.

■ 254. CC 2014-396 QPC, 23 mai 2014, JO 25 mai 2014, p. 8583.

■ 255. L. FONBAUSTIER, « Les droits procéduraux », in C. CERDA-GUZMAN, F. SAVONITTO (dir.), *Les 10 ans de la Charte de l'environnement 2005-2015*, Lextenso, Institut universitaire Varenne, 2016, p. 57 ; K. FOUCHER, *op. cit.* V. cependant les indices laissés par la décision (et son commentaire) 2014-396 QPC, 23 mai 2014, cons. 6, JO 25 mai 2014 p. 8583.

A. L'ENVIRONNEMENT SAIN ET LE DEVOIR DE PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT

863 **Domaine d'application actuel et potentiel.** Face à un texte récent et finalement assez peu invoqué par les justiciables, le regard doit non seulement se porter sur ce que le juge en a dit mais aussi sur ce qu'il pourrait en dire demain²⁵⁶. À lire la Charte de l'environnement, le catalogue des droits environnementaux s'est considérablement enrichi : droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé (art. 1^{er}), devoir de toute personne de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement (art. 2), obligation de prévention des atteintes à l'environnement (art. 3), obligation de réparation des dommages causés à l'environnement (art. 4) et promotion du développement durable par les politiques publiques (art. 6).

L'applicabilité des articles 1 à 4 de la Charte est conditionnée à la présence d'un lien, d'une incidence ou d'une conséquence sur l'environnement. Ainsi, dans la décision du 7 mai 2014²⁵⁷ relative à l'arrachage de végétaux implantés à proximité de la limite de fonds voisins en violation des règles de distance et de hauteur, le Conseil estime « qu'eu égard à l'objet et à la portée des dispositions contestées, l'arrachage de végétaux qu'elles prévoient est insusceptible d'avoir des conséquences sur l'environnement ». Ainsi, les griefs tirés de la violation de la Charte sont inopérants. Pour autant, la décision n'exclut pas de manière générale la question de l'arrachage des végétaux du champ des articles 1 à 4 de la Charte, c'est seulement « eu égard à l'objet et à la portée » de la loi contestée que le Conseil estime, en l'espèce, que les conséquences sur l'environnement ne sont pas substantielles. Le potentiel normatif des premiers articles de la Charte n'est donc pas atteint, d'autant que la motivation de la décision du 17 octobre 2014²⁵⁸ laisse entrevoir de nouvelles perspectives. Dans le cadre du conflit avec les voitures de tourisme avec chauffeur, un syndicat de taxis invoquait parmi ses griefs que « l'absence de restriction suffisante de l'activité de voiture de tourisme avec chauffeur méconnaîtrait les objectifs de sauvegarde de l'ordre public et de protection de l'environnement ». Sans entrer dans un débat sur le bilan carbone de la concurrence ainsi créée, le grief semblait inopérant au regard des exigences classiques du Conseil constitutionnel en la matière. Or, si le grief est rapidement évacué, il est semble-t-il examiné au fond : après avoir rappelé les dispositions de l'article 1^{er} de la Charte, le Conseil estime « que le droit reconnu, par les dispositions contestées, aux voitures de tourisme avec chauffeur d'exercer l'activité de transport public de personnes sur réservation préalable ne méconnaît pas les exigences qui résultent de ces dispositions ». Sous réserve d'une confirmation, la décision semble avoir implicitement admis une extension des domaines d'application des articles 1 à 4 de la Charte.

864 **Contenu enrichi.** Faute de décision de principe spectaculaire par laquelle le Conseil constitutionnel aurait métamorphosé la portée de la Charte de l'environnement, la jurisprudence constitutionnelle avance prudemment. Pas à pas, la portée

■ 256. Cf. not. M. PRIEUR, « Promesses et réalisations de la Charte de l'environnement », *NCCC*, 2014, n° 43, p. 23, à propos du principe de non-régression.

■ 257. CC 2014-394 QPC, 7 mai 2014, JO 10 mai 2014 p. 7873.

■ 258. CC 2014-422 QPC, 17 octobre 2014, JO 19 octobre 2014, p. 17454.

des droits substantiels s'enrichit de nouvelles exigences que les rédacteurs de la Charte n'avaient pas toujours exprimées, anticipées ou même imaginées.

Sur la portée de l'article 1^{er} de la Charte, la décision du 18 avril 2011²⁵⁹ confirme le lien avec la santé environnementale que la lettre et l'esprit du texte exprimaient. Cependant, le Conseil constitutionnel ajoute une dimension subjective et confère un effet horizontal au droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé, à propos d'une loi interdisant à la victime d'un trouble anormal de voisinage d'engager dans certaines hypothèses la responsabilité de l'auteur des nuisances dues à une activité agricole, industrielle, artisanale, commerciale ou aéronautique.

Sur le fondement des articles 1 et 2, le Conseil constitutionnel dégage dans la décision du 8 avril 2011²⁶⁰ une exigence constitutionnelle nouvelle selon laquelle « chacun est tenu à une obligation de vigilance à l'égard des atteintes à l'environnement qui pourraient résulter de son activité ». L'obligation de vigilance environnementale s'impose à l'ensemble des personnes, et pas seulement aux pouvoirs publics, et le législateur peut instaurer « une action en responsabilité », « engagée sur le fondement de la violation de cette obligation ».

865 Incertitudes. Les décisions rendues sur certains des droits substantiels étant peu nombreuses et le Conseil constitutionnel agissant avec prudence, plusieurs incertitudes demeurent. Ainsi, le Conseil reste en retrait sur le contrôle du respect de la combinaison des articles 1 et 3. La décision du 23 novembre 2012²⁶¹ rappelle la formule classique selon laquelle il « ne lui appartient pas de substituer son appréciation à celle du législateur », spécialement à propos des « moyens choisis pour mettre en œuvre » les droits issus des articles 1 et 3, sans donner plus de précisions. En matière de fiscalité écologique, le Conseil constitutionnel pourrait théoriquement intégrer dans la conciliation des principes constitutionnels en présence les exigences de la Charte. Par exemple, les articles 2, 3 et 4 sont cités sans plus de précision dans la décision censurant la taxe carbone sur le fondement du principe d'égalité devant les charges publiques²⁶², sans que cet usage soit repris par la suite²⁶³.

À propos des articles 3 et 4, la décision du 8 avril 2011²⁶⁴ innove en posant les bases d'une complémentarité entre plusieurs régimes de responsabilité : le principe traditionnel de responsabilité (art. 4 de la Déclaration de 1789), l'obligation de vigilance environnementale (art. 1 et 2 de la Charte) et le principe de responsabilité environnementale (art. 3 et 4 de la Charte). Cependant, la nature de ces deux

■ 259. CC 2011-116 QPC, 8 avril 2011, *R.* p. 183.

■ 260. CC 2011-116 QPC, 8 avril 2011, *R.* p. 183. V. T-S. RENOUX, M. DE VILLIERS, X. MAGNON (dir.), *Code constitutionnel*, Lexisnexis, 2015, p. 549 s.

■ 261. CC 2012-282 QPC, 23 novembre 2012, *R.* p. 596.

■ 262. CC 2009-599 DC, 29 décembre 2009, *R.* p. 218.

■ 263. V. par ex. CC 2013-666 DC, 11 avril 2013, *R.* p. 535 à propos du bonus-malus énergétique.

■ 264. CC 2011-116 QPC, 8 avril 2011, *R.* p. 183.

dernières responsabilités reste incertaine – pour faute, sans faute ?²⁶⁵ – et le Conseil constitutionnel n'a pas eu la volonté ou l'occasion de trancher la question.

L'article 6 recèle également sa part de mystère. Non-invocable en QPC mais régulièrement présent dans les décisions DC, ce « principe de conciliation », comme le qualifie le Conseil constitutionnel²⁶⁶, impose seulement au législateur de concilier les politiques publiques avec la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social. En l'état, le Conseil use de cette disposition avec sagesse, à l'image des décisions du 23 novembre 2012²⁶⁷ et du 11 octobre 2013²⁶⁸.

B. L'INDÉCISION SUR LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION

866 Crispation politique. L'adoption des textes de 1789 et de 1946 correspond à des moments politiques intenses, des contextes spécifiques, des tensions partisans. Cependant, anoblis par la patine du temps, la Déclaration de 1789 et le Préambule de 1946 ont accédé au rang d'institutions inébranlables et fondatrices du droit français. Adoptée seulement en 2005, attachée à la volonté politique du Président Chirac, la Charte de l'environnement reste un texte jeune, fragile à certains égards. Le principe de précaution proclamé par l'article 5 de la Charte cristallise les critiques. Bouc-émissaire juridique d'une angoisse politico-économique, le principe de précaution serait responsable de tous les maux dont souffre le pays²⁶⁹. Récemment, plusieurs propositions de révision constitutionnelle ont été déposées afin de réécrire le principe de précaution²⁷⁰. L'une de ces propositions²⁷¹, initiée par le sénateur Jean Bizet et votée en première lecture par le Sénat le 27 mai 2014, vise à renforcer le rôle de la loi, à intégrer les coûts économiques dans la mise en œuvre du principe de précaution et à s'assurer du développement des connaissances scientifiques et de l'innovation. Point commun de l'ensemble des débats autour du principe de précaution, qu'il s'agisse de le remettre en cause ou de le réécrire, la référence n'est pas celle du droit positif : « la nature du problème n'est donc pas juridique. C'est la communication faite autour de ce principe qui engendre aversion du risque et lecture erronée »²⁷², lance un parlementaire lors du débat sur la proposition Bizet. La

■ 265. N. HUTEN, « Le principe de responsabilité environnementale », in C. CERDA-GUZMAN, F. SAVONITTO (dir.), *Les 10 ans de la Charte de l'environnement 2005-2015*, Lextenso, Institut universitaire Varenne, 2016, p. 130.

■ 266. CC 2005-514 DC, 28 avril 2005, R. p. 78.

■ 267. CC 2012-283 QPC, 23 novembre 2012, R. p. 605.

■ 268. CC 2013-346 QPC, 11 octobre 2013, R. p. 988.

■ 269. M. PRIEUR, « Promesses et réalisations de la Charte de l'environnement », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2014, n° 43, p. 7.

■ 270. F. SAVONITTO, « Les propositions de révision de la Charte de l'environnement à la lumière de la doctrine du Comité Veil », *RDLF*, 2014, chron. n° 19.

■ 271. Proposition de loi constitutionnelle visant à modifier la Charte de l'environnement pour exprimer plus clairement que le principe de précaution est aussi un principe d'innovation, n° 183, Sénat. V. également Proposition de loi constitutionnelle de MM. Éric WOERTH et Damien ABAD et plusieurs de leurs collègues visant à instaurer un principe d'innovation responsable, n° 2293, déposée le 14 octobre 2014, rejetée en 1^{re} lecture à l'Assemblée nationale le 4 décembre 2014.

■ 272. J. MÉZARD, Sénat, séance du 27 mai 2014.

stigmatisation du principe de précaution, et plus largement de la Charte, renvoie donc à la perception sociale et économique d'un mot constitutionnel et non à la portée normative du texte²⁷³. Cet hommage – involontaire – à la dimension symbolique du droit génère cependant un contexte pesant autour du principe de précaution qui a certainement dû agir sur le Conseil constitutionnel, ou plus précisément sur une majorité de ses membres. Du moins, jusqu'à présent.

867 Indécision juridique. La première décision rendue sur le principe de précaution était porteuse d'espoir pour son effectivité dans le contentieux constitutionnel. Lors de la décision du 19 juin 2008²⁷⁴ sur la loi OGM, le Conseil affirme en effet que les dispositions de l'article 5 « s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leur domaine de compétence respectif » et qu'il lui revient « de s'assurer que le législateur n'a pas méconnu le principe de précaution et a pris des mesures propres à garantir son respect par les autres autorités publiques ». Dans la même décision, le principe de précaution n'est pas violé par le fait que les conditions techniques applicables aux cultures d'OGM autorisés « n'excluent pas la présence accidentelle de tels organismes dans d'autres productions ». Reprenant les différents mécanismes administratifs instaurés par la loi, le Conseil conclut que « le législateur a pris des mesures propres à garantir le respect, par les autorités publiques, du principe de précaution à l'égard des organismes génétiquement modifiés ».

Depuis lors, par crainte – démesurée – d'ouvrir une boîte de Pandore, le Conseil constitutionnel ne veut pas répondre à la question de savoir si le principe de précaution est un droit ou liberté invocable en QPC. Sans dire non plus que ce n'est pas le cas, il contourne la difficulté en maniant intensément le grief inopérant. Il est vrai que le statut du « principe » de précaution n'est pas aisé à appréhender, bien que des arguments puissent plaider dans le sens de sa justiciabilité en QPC en tant que droit et liberté que la Constitution garantit au sens de l'article 61-1 de la Constitution²⁷⁵.

Ainsi, dans la décision du 11 octobre 2013²⁷⁶ sur la question du gaz de schiste, le Conseil estime « qu'est en tout état de cause inopérant » le grief tiré de la violation de l'article 5 de la Charte. À propos de l'interdiction du Bisphenol A, le Conseil constitutionnel est spécifiquement interrogé par le Conseil d'État qui, dans le renvoi de la QPC, relève la nouveauté du moyen selon lequel les dispositions législatives « portent à la liberté d'entreprendre une atteinte non justifiée par le principe de précaution énoncé par l'article 5 de la Charte de l'environnement », ce qui soulève ainsi « une question relative à la portée de cette disposition constitutionnelle, s'agissant de mesures de suspension comme celle qui est en cause »²⁷⁷. Peine perdue, le Conseil constitutionnel, une fois de plus, évite le débat puisque la

■ 273. En ce sens, le rapport de Patrice GÉLARD conclut clairement dans le sens d'une « application raisonnée » du principe de précaution par les juges, Rapport n° 547 (2013-2014) de M. Patrice GÉLARD, fait au nom de la commission des lois, déposé le 21 mai 2014.

■ 274. CC 2008-564 DC, 19 juin 2008, R. p. 313.

■ 275. J. BÉTAILLE, « Le principe de précaution, un « droit » garanti par la Constitution ? », *RFDC*, 2016, n° 105.

■ 276. CC 2013-346 QPC, 11 octobre 2013, R. p. 988.

■ 277. CE 17 juin 2015, *Association Plastics Europe*, n° 387805.

décision du 17 septembre 2015²⁷⁸ abroge partiellement la disposition contestée, pour violation de la liberté d'entreprendre, sans même évoquer d'un mot le principe de précaution. Même embarras lors du contrôle *a priori* de la loi relative à l'interdiction de la mise en culture des variétés de maïs OGM : la décision du 28 mai 2014²⁷⁹ estime que, dès lors que le texte a pour objet d'interdire, sans limitation de durée, la mise en culture des variétés de maïs génétiquement modifiés, le grief tiré de la violation du principe de précaution est « inopérant ». L'argument du caractère pérenne des mesures, présent dans la décision OGM de 2014 et gaz de chiste de 2013 n'est absolument pas partagé par la doctrine environnementaliste qui voit là une méconnaissance du sens du principe de précaution, une confusion entre les conséquences et les causes²⁸⁰.

L'art de l'esquive est parfois utile et nécessaire pour un juge, mais pas en tant que politique jurisprudentielle constante. Le Conseil constitutionnel doit désormais préciser le contenu du principe de précaution et l'étendue de sa justiciabilité. En toute hypothèse, ce sera un choix interprétatif, un choix inévitablement discuté, mais un choix préférable à l'indétermination de l'état actuel de la jurisprudence.

BIBLIOGRAPHIE

1. Les droits économiques

Sur la liberté contractuelle :

■ L. AYNÈS, « Le contrat, loi des parties », *NCCC*, mars 2005 ■ T. FLEURY, « La liberté contractuelle des personnes publiques », *RFDA*, 2012, p. 231 ■ P.-Y. GAHDOUN, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2008 ■ « La liberté contractuelle », *JurisClasseur Civil*, Fasc. 20, 2009 ■ « Le Conseil constitutionnel et le contrat », *NCCC*, 2011, p. 51 ■ E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme*, Dijon, A. Rousseau, 1912 ■ C. JAMIN, « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », in *Repenser le contrat* (dir. M. XIFARAS et G. LEWKOWICZ), Dalloz, 2009, p. 175 ■ L. LEVENEUR, « La liberté contractuelle en droit privé, les notions de base : autonomie de la volonté, liberté contractuelle, capacité ... », *AJDA*, 1998, p. 676 ■ M. MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, PUAM, 2002 ■ C. PÉRÈS, « La liberté contractuelle et le Conseil constitutionnel. Note sous Conseil constitutionnel, 13 juin 2013, décision numéro 2013-672 DC », *Revue des contrats*, 2013, n° 4, p. 1285 ■ E. PICARD, « La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ? », *AJDA*, 1998, p. 651 ■ B. MATHIEU, « La liberté contractuelle et sécurité

■ 278. CC 2015-480 QPC, 17 septembre 2015, JO 19 septembre 2015, p. 16584.

■ 279. CC 2014-694 DC, 28 mai 2014, JO 3 juin 2014, p. 9208. V. H. HOEPFFNER, « Conformité à la Constitution de la loi relative à l'interdiction de la mise en culture des variétés de maïs génétiquement modifié : vous avez politiquement raison mais juridiquement tort ? », *NCCC*, n° 45, 2014.

■ 280. P. BILLET, « L'interdiction de la mise en culture du maïs génétiquement modifiés », *Environnement*, 2014, n° 12, comm. 78. V. également K. FOUCHER, « Le Conseil constitutionnel, embarrassé du principe de précaution », *Constitutions*, 2015, n° 1, p. 117.

juridique : les oracles ambigus des sages de la rue Montpensier », *LPA*, 1997, n° 29, p. 5 ■ F. MODERNE, « *La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle ?* », *RFDA*, 2006, p. 2 ■ N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, 1997 ■ L. RICHER, « Constitution, contrats et commande publique », *NCCC*, n° 37, 2012 ■ P. TERNEYRE, « Le législateur peut-il abroger les articles 6 et 1123 du Code civil ? Sur la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gustave PEISER, Presses Universitaires de Grenoble*, 1995, p. 473 ■ « La liberté contractuelle est-elle un droit fondamental ? Le point de vue constitutionnel », *AJDA*, 1998, p. 667 ■ M. UBAUD-BERGERON, *Droit des contrats administratifs*, LexisNexis, 2015 ■ A.-L. VALEMOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, LGDJ, 2005.

2. Sur le droit de propriété :

■ Dossier : « Le Conseil constitutionnel et le droit des biens et des obligations », *NCCC*, n° 31, Mars 2011 ■ M. BASEX, « Le Conseil constitutionnel et la concurrence », *DA*, 2012, n° 12, p. 29 ■ F. BOUYSSOU, « Les garanties supralégislatives du droit de propriété », *D.*, 1984, chron., p. 231 ■ J.-P. CHAZAL, « Propriété et entreprise : le Conseil constitutionnel, le droit et la démocratie », *D.*, 2014, p. 1101 ■ F. COLLY, « Le Conseil constitutionnel et le droit de propriété », *RDP*, 1988, p. 135 ■ J.-P. COLSON, P. IDOUX, *Droit public économique*, LGDJ, 2014 ■ B. CUBERTAFOND, « La décision du 16 janvier 1982, analyse critique », *Actes* n° 38, oct. 1982 ■ P. ESPLUGAS, *Conseil constitutionnel et Service public*, LGDJ, 1994 ■ L. FAVOREU, « Le droit de propriété dans la déclaration de 1789 », *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Colloque des 25-26 mai 1989, Paris, PUF, 1989 ■ M. FROMONT, « Le droit de propriété et la Constitution en Allemagne et en France », in *Mélanges Pequignot*, t. 1, 1984, p. 267 ■ R. GARNIER, « La pénétration des exigences économiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RDP*, 2004, p. 457 ■ J.-F. LACHAUME et H. PAULIAT, « Le droit de propriété est-il un droit fondamental ? », in *Mélanges Ardant*, LGDJ, 1999, p. 373 ■ J.-L. MESTRE, « Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et la propriété », *D.*, 1984, chr. p. 1 ■ J.-F. DE MONTGOLFIER, « Le Conseil constitutionnel et la propriété privée des personnes privées », *NCCC*, 2011, n° 35, disponible sur www.conseil-constitutionnel.fr ■ H. PAULIAT, *Le droit de propriété dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État*, PUF, 1994 ■ J.-E. SCHOETTL, « Le droit de propriété est-il constitutionnellement soluble dans l'univers numérique ? », *LPA*, 2006, n° 162, p. 3.

3. Les droits sociaux

■ Dossier : *Norme sociale et contrôle de constitutionnalité*, Semaine Sociale Lamy, 2012, supplément au n° 1561 ■ Dossier : *Le Conseil constitutionnel et le droit social*, *NCCC*, n° 45, 2014 ■ Dossier : Droit constitutionnel du travail, *DS*, 2014, p. 300 ■ R. BRIHI, « La QPC et le droit syndical », *JCP S*, 2011, n° 22-23, p. 25 ■ A. BUGADA, « La QPC et le droit constitutionnel du contrat de travail », *JCP S*, 2011, n° 22-23, p. 11 ■ J.-Y. CHÉROT, « Le principe de participation des travailleurs en droit constitutionnel », *GP*, 1994, p. 837 ■ J. CHEVALLIER, « Essai d'analyse structurale du Préambule », in *Le Préambule de la Constitution de 1946*, *CURAPP*, PUF, 1996, p. 13 ■ M. CLAPIÉ, *De la consécration des principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps*, Thèse Montpellier, 1992 ■ O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, « Existe-t-il un droit constitutionnel du travail ? », *JCP S*,

2012, n° 6, p. 15 ■ L. GAY, « Droit de grève et liberté syndicale dans la jurisprudence constitutionnelle : des libertés « particulières » ? », *NCCC*, n° 45, 2014 ■ L. HAMON, « Le droit du travail dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *DS*, 1980, p. 431 ■ C.-M. HERRERA, « Sur le statut des droits sociaux. La constitutionnalisation du droit », *RUDH*, 2004 n° 16, p. 32 ■ D. LOSCHAK, « La dégradation du droit de grève dans les services publics », *DS*, 1976, p. 56 ■ G. LYON-CAEN, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel intéressant le droit du travail », *D.*, 1989, chr. XLV ■ B. MATHIEU, « Précisions relatives au droit constitutionnel de la négociation collective – à propos de la décision du Conseil constitutionnel CC 96-383 DC du 6 novembre 1996 », *D.*, 1997, p. 152 ■ M.-L. MORIN, « Principe majoritaire et négociation collective, un regard de droit comparé », *DS*, 2000, p. 1080 ■ I. ODOUL ASOREY, *Négociation collective et droit constitutionnel. Contribution à l'étude de la constitutionnalisation des branches de droit*, LGDJ, 2013 ■ V. OGIER-BERNAUD, *Les droits constitutionnels des travailleurs*, Economica-PUAM, 2003 ■ D. LE PRADO, « Procédure et pratique de la QPC en droit du travail », *Semaines sociale Lamy*, n° 1724, 2016, p. 18 ■ X. PRÉTOT, « Les bases constitutionnelles du droit social », *DS*, 1991, p. 187 ■ X. PRÉTOT et V. BERNAUD, « Droit constitutionnel social », *JCl Adm.*, 2012, fasc. 1443 ■ T. REVET, « Le droit du travail dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in G. DRAGO, B. FRANÇOIS, N. MOLFESSIS (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1999, p. 212 ■ J. RIVERO et G. VEDEL, « Les principes économiques et sociaux de la Constitution : le préambule », *DS*, 1947, fascicule n° 31, p. 13 ■ É. SALES, *Le droit au logement dans la jurisprudence française : étude comparée des jurisprudences constitutionnelle, administrative et judiciaire*, Thèse Montpellier, 2001 ■ B. SERIZAY, « La QPC et la protection sociale », *JCP S*, 2011, n° 22-23, p. 27.

4. Les droits environnementaux

■ P. BILLET, « L'interdiction de la mise en culture du maïs génétiquement modifiés », *Environnement*, 2014, n° 12, comm. 78 ■ J. BÉTAILLE, « Le principe de précaution, un « droit » garanti par la Constitution ? », *RFDC*, 2016, n° 105, e29 ■ C. CERDA-GUZMAN, F. SAVONITTO (dir.), *Les 10 ans de la Charte de l'environnement 2005-2015*, Lextenso, Institut universitaire Varenne, 2016 ■ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Charte de l'environnement : La QPC bute sur l'incipit », *La Revue des droits de l'homme*, 19 mai 2014, <http://revdh.revues.org/747> ■ C. COUNIL, C. COLARD-FABREGOULE (dir.), *Changements environnementaux globaux et droits de l'homme*, Bruylant, 2012 ■ B. CROTTET, « Le Conseil constitutionnel et l'obligation de vigilance environnementale », *RFDC*, n° 90, 2012, p. 239 ■ K. FOUCHER, « L'apport de la question prioritaire de constitutionnalité au droit de l'environnement : conditions et limites », *RFDC*, n° 83, 2010/3, p. 523 ■ « Un an de Charte de l'environnement au Conseil constitutionnel (novembre 2012 à octobre 2013) : les incertitudes d'une jurisprudence en voie de construction », *Constitutions*, 2013, p. 606 ■ « Le Conseil constitutionnel, embarrassé du principe de précaution », *Constitutions*, 2015, n° 1, p. 117 ■ L. FONBAUSTIER, « Le droit à l'information environnementale », in L. ROBERT (dir.), *L'environnement et la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2013, p. 53 ■ « Les droits procéduraires », in C. CERDA-GUZMAN, F. SAVONITTO (dir.), *Les 10 ans de la Charte de l'environnement 2005-2015*, Lextenso, Institut universitaire Varenne, 2016 ■ M. GROS, « Quel degré de normativité pour les principes environnementaux ? », *RDP*, 2009, p. 425 ■ H. HOEFFNER, « Conformité à la constitution de la loi relative à l'interdiction de la mise en culture des variétés de maïs génétiquement modifié : vous avez politiquement raison mais juridiquement tort ? », *NCCC*, n° 45, 2014 ■ M. PRIEUR, « Promesses et réalisations de la Charte de l'environnement », *NCCC*, 2014, n° 43, p. 7 ■ A. ROBLOT-TROIZIER, « Les clairs-

obscur de l'invocabilité de la Charte de l'environnement », *AJDA*, 2015, p. 493 ■ A. VAN LANG, « Le principe de participation : un succès inattendu », *NCCC*, n° 43, 2014, p. 25 ■ A. VASAK K., « Pour une troisième génération des droits de l'homme », in *Mélanges J. Pictet*, Genève, La Haye, Comité international de la Croix-Rouge, Martinus Nijhoff, 1984, p. 837 ■ VIDAL-NAQUET, « L'état de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'incompétence négative », *NCCC*, n° 46, 2015, p. 18.

CHAPITRE IV

LE PRINCIPE D'ÉGALITÉ

868 Le principe d'égalité est traditionnellement qualifié de « principe-gigogne »¹, en ce qu'il se décompose en une multitude, jamais finie, de cas d'application (section 1). Aussi est-il invoqué de manière régulière par les requérants, chaque loi pouvant se lire à travers un aspect particulier du principe d'égalité. Cette circonstance, liée aux modalités par lesquelles le Conseil contrôle les discriminations établies par le législateur, conduit, à nouveau, à s'interroger sur la portée de la jurisprudence constitutionnelle (section 2).

SECTION I

LA VALEUR CONSTITUTIONNELLE DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ

869 Cette valeur constitutionnelle est reconnue au principe général d'égalité (§1) comme à ses multiples cas d'application (§2).

§ 1. LA FORCE DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ

A. LE FONDEMENT CONSTITUTIONNEL DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ

870 La valeur constitutionnelle du principe d'égalité est reconnue pour la première fois, par le Conseil, dans la décision du 27 décembre 1973². Après la décision du 16 juillet 1971, cette reconnaissance ne peut surprendre tant l'égalité est contenue dans de nombreux textes constitutionnels : les 1, 2, 3 et 4 de la Constitution de

■ 1. F. MICLO, « Le principe d'égalité et la constitutionnalité des lois », *AJDA*, 1982, p. 115.

■ 2. CC 73-51 DC, 27 décembre 1973, *R.* p. 25.

1958 d'abord, mais aussi différents alinéas du Préambule de 1946 et les articles 1, 6 et 13 de la Déclaration de 1789. Plus surprenant, en tout cas plus riche d'enseignements sur la politique jurisprudentielle, est le choix du fondement constitutionnel retenu par le Conseil.

Dans ses premières décisions en effet, il se réfère à la Déclaration de 1789, *en général*, jugeant de la conformité de la loi au regard « du principe d'égalité devant la loi contenu dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789 et solennellement réaffirmé par le Préambule de la Constitution de 1958 »³. À l'époque, le Conseil ne s'appuie donc pas, sauf très rares exceptions⁴, sur l'article 2 de la Constitution⁵ (qui est aujourd'hui l'article 1^{er})⁶. Peut-être a-t-il considéré qu'une telle référence limitait son pouvoir d'appréciation. En interdisant expressément, mais uniquement, les discriminations fondées sur « une distinction d'origine, de race ou de religion », cet article peut être interprété comme autorisant les atteintes à l'égalité fondées sur d'autres motifs ; repousser ce fondement manifeste en conséquence la volonté du Conseil de n'être pas lié par un texte précis, et de se réserver la liberté de censurer des inégalités fondées sur d'autres motifs que l'origine, la race ou la religion⁷.

871 Cette analyse est renforcée par la manière dont le Conseil utilise la Déclaration de 1789. D'une part, il ne vise parfois aucun article particulier, mais l'ensemble du texte ; d'autre part, lorsqu'il spécifie la disposition de la Déclaration sur laquelle il fonde précisément le principe d'égalité, il ne cite jamais le pourtant fameux article 1, mais l'article 6⁸. Là encore, le choix du Conseil se porte sur le texte le moins précis, le moins contraignant à l'égard de son propre pouvoir d'appréciation : si l'article 1 énonce que « les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits », il ajoute que l'utilité commune peut fonder des distinctions sociales, alors que l'article 6 se contente d'affirmer que « la loi est l'expression de la volonté générale. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège soit qu'elle punisse ».

Enfin, comme pour bien poser sa volonté de ne pas être lié par les textes, quel que soit leur degré de contraintes, et de disposer d'une capacité pleine et entière de « gestion » du principe d'égalité en fonction du contexte de chaque affaire, le Conseil, souvent, invoque purement et simplement « le principe constitutionnel d'égalité »⁹, en abandonnant toute référence à un texte constitutionnel.

Le juriste pourrait souhaiter plus de fermeté et de continuité dans la détermination du fondement constitutionnel du principe d'égalité. Mais, toujours pragmatique, le Conseil ne privilégie aucune source particulière, afin de pouvoir choisir, selon les contraintes qui pèsent à un moment donné sur lui, celle qui lui permet le

■ 3. CC 75-56 DC, 23 juillet 1975, *R.* p. 22.

■ 4. CC 77-79 DC, 5 juillet 1977, *R.* p. 35.

■ 5. « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances ».

■ 6. Depuis la révision constitutionnelle du 4 août 1995, le texte de l'article 2 est « remonté » à l'article 1^{er}.

■ 7. V. en ce sens, F. MICLO, « Le principe d'égalité et la constitutionnalité des lois », *op. cit.*, p. 119.

■ 8. CC 79-112 DC, 9 janvier 1980, *R.* p. 32 ; CC 85-204 DC, 16 janvier 1986, *R.* p. 18.

■ 9. Depuis CC 81-129 DC, 30-31 octobre 1981, *R.* p. 35.

mieux, dans telle affaire, d'« ajuster » l'exercice et l'intensité de son contrôle. Il faut reconnaître que le Conseil a certainement besoin de toute cette panoplie de références pour faire face aux très nombreux recours qui se fondent sur le principe d'égalité.

B. | LE SUCCÈS DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ

872 Celui qui voudrait tirer une loi politique de la lecture des saisines et des requêtes arriverait vite à la conclusion suivante : les forces politiques au pouvoir n'ont qu'un objectif, porter atteinte à l'égalité entre les individus, les forces dans l'opposition qu'un seul projet, faire triompher et défendre la « vraie » égalité ! Constat évidemment indifférent à la couleur politique des partis au pouvoir ou dans l'opposition. Le grief d'inconstitutionnalité le plus régulièrement invoqué par les parlementaires à l'encontre des lois est, en effet, l'atteinte au principe d'égalité. De ce fait, l'égalité est au centre de quasiment toutes les décisions du Conseil, et recouvre ainsi un champ extrêmement large et même en extension continue.

Il s'applique d'abord entre les individus et est, bien entendu, indépendant du sexe des personnes. Le Conseil l'a rappelé, avec une très grande rigueur, en soulevant d'office l'inconstitutionnalité d'une disposition qui prévoyait de réserver aux femmes 25 % des places sur les listes pour les élections municipales : « une règle qui comporte une distinction entre candidats en raison de leur sexe » méconnaît le principe d'égalité¹⁰. Il peut être aussi invoqué au bénéfice des personnes morales. Le Conseil a ainsi accepté d'examiner si le fait d'exclure certains établissements publics – Électricité de France en particulier – d'un régime d'exonérations fiscales, ne provoquait pas, entre les établissements, une inégalité contraire à la Constitution¹¹. Il a également fait jouer ce principe à l'égard des syndicats¹², des associations¹³, des sociétés commerciales et industrielles en l'énonçant, dans l'affaire des nationalisations, de manière très claire : « les personnes morales étant des groupements de personnes physiques, la méconnaissance du principe d'égalité entre celles-là équivaudrait nécessairement à une méconnaissance de l'égalité entre celles-ci »¹⁴. Le principe d'égalité est encore applicable au régime juridique, et notamment électoral, des collectivités locales¹⁵. Quant à dresser maintenant la liste des matières auxquelles le principe d'égalité est opposable, il faudrait être Prévert ! Avec la complicité des requérants, toutes les lois, quel que soit leur objet, peuvent lui être confrontées.

■ 10. CC 82-146 DC, 18 novembre 1982, *R.* p. 66 ; CC 80-125 DC, 19 décembre 1980, *R.* p. 51.

■ 11. CC 79-112 DC, 9 janvier 1980, *R.* p. 32.

■ 12. CC 80-117 DC, 22 juillet 1980, *R.* p. 42.

■ 13. CC 81-129 DC, 30 et 31 octobre 1981, *R.* p. 35.

■ 14. CC 81-132 DC, 16 janvier 1982, *R.* p. 18.

■ 15. CC 83-138 DC, 24 et 25 février 1982, *R.* p. 41.

§ 2. LES COMPOSANTES DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ

A. LE PRINCIPE D'ÉGALITÉ DEVANT LA LOI ET SES APPLICATIONS

873 Principal cas d'application, *le principe d'égalité devant la justice*, qui, déclare le Conseil, « est inclus dans le principe d'égalité devant la loi »¹⁶. À son tour d'ailleurs, ce principe « inclut » de multiples « sous-principes ».

L'égalité des conditions de jugement : le Conseil a censuré, dans la décision du 23 juillet 1975, la disposition législative donnant au Président du tribunal de grande instance le pouvoir de décider si le tribunal correctionnel serait composé de trois magistrats ou d'un seul, au motif que « le principe d'égalité fait obstacle à ce que des citoyens se trouvant dans des conditions semblables et poursuivis pour les mêmes infractions soient jugés par des juridictions composées selon des règles différentes ».

L'égalité des garanties assurées aux prévenus : le Conseil a censuré, dans sa décision des 19-20 janvier 1981¹⁷, la faculté pour la victime s'étant constituée partie civile en première instance de présenter, en cas de motifs sérieux, des demandes nouvelles en cours d'appel, et celle, pour la personne lésée, de se constituer partie civile pour la première fois en appel, au motif que ces dispositions sont génératrices « d'inégalités devant la justice, puisque, selon l'attitude de la personne qui demande réparation, les prévenus bénéficieraient ou ne bénéficieraient pas d'un double degré de juridiction en ce qui concerne les intérêts civils ».

L'égalité des parties devant les moyens de preuve : le Conseil a censuré, dans sa décision du 27 décembre 1973¹⁸, une disposition qui accordait à certains contribuables la possibilité d'apporter la preuve du mal-fondé d'une taxation d'office, et la refusait à d'autres en raison du montant de leurs bases d'imposition, au motif qu'elle « tend à instituer une discrimination entre les citoyens au regard de la possibilité d'apporter une preuve contraire à une décision les concernant ».

L'égalité d'accès à la justice et aux voies de recours : le Conseil a censuré, dans sa décision du 18 janvier 1985¹⁹, une disposition prévoyant, en matière de faillite, que le jugement de première instance acquiert autorité de chose jugée lorsque la Cour d'appel n'a pas statué au fond dans le délai de deux mois, au motif qu'elle met « les justiciables dans des situations différentes au regard des garanties qu'elle offre l'exercice d'une même voie de recours selon que la Cour d'appel statue ou non dans le délai qui lui est imparti ».

L'égalité devant la loi pénale : le Conseil ne censure pas, dans sa décision du 27 juillet 1978²⁰, une disposition prévoyant que tous les condamnés à une même peine peuvent accéder aux mêmes régimes carcéraux dès lors qu'ils remplissent les conditions requises.

■ 16. CC 75-76 DC, 23 juillet 1975, R. p. 22.

■ 17. CC 80-127 DC, 19-20 janvier 1981, R. p. 15.

■ 18. CC 73-51 DC, 27 décembre 1973, R. p. 25.

■ 19. CC 84-183 DC, 18 janvier 1985, R. p. 32.

■ 20. CC 78-97 DC, 27 juillet 1978, R. p. 31.

874 Autre cas d'application particulière du principe d'égalité, *le principe d'égalité devant les emplois publics*, qui emporte lui-même deux conséquences. L'égalité d'accès aux emplois publics d'abord, que le Conseil n'interprète pas comme imposant une règle de recrutement unique, le concours, pour toutes les catégories de fonctionnaires, mais comme obligeant seulement le législateur à ne tenir « compte que de la capacité, des vertus et des talents » des futurs agents publics²¹. En d'autres termes, il n'existe pas d'obligation constitutionnelle pour l'État à recruter par concours ses agents, ni pour ces derniers de droit au concours ; les règles de recrutement peuvent être différenciées, mais non arbitraires²². Par exemple, le Conseil juge, dans sa décision du 16 juillet 2009²³, que le recrutement des directeurs d'hôpitaux en dehors de la procédure habituelle du concours n'est pas contraire à la Constitution. Les requérants voyaient pourtant dans l'instauration de cette voie « dérogatoire » la preuve d'une rupture d'égalité entre les candidats. Faisant application de sa jurisprudence classique en la matière, le Conseil estime qu'aucune règle constitutionnelle n'impose un recrutement des fonctionnaires par le biais du concours. Autrement dit, le procédé importe peu : la loi peut librement choisir une méthode de recrutement différente, à la condition toutefois de garantir une parfaite égalité des chances entre les candidats.

Plus étrangement, le Conseil juge, dans la décision du 21 novembre 2014²⁴, que les notaires ne sont pas concernés par le principe d'égalité devant les emplois publics. Était contesté l'article 91 de la loi du 28 avril 1816 qui reconnaît aux notaires titulaires d'un office le droit de présenter à l'agrément du ministre de la Justice leurs successeurs pourvu qu'ils réunissent les qualités exigées par la loi au motif qu'il était contraire au principe d'égal accès aux emplois publics. Mais le juge estime que ce principe ne s'applique pas aux notaires car « ils n'occupent pas des « dignités, places et emplois publics » au sens de l'article 6 de la Déclaration de 1789 ». La profession de notaire n'est pas, pourtant, seulement une profession libérale ; elle a une double nature, libérale et/mais réglementée, libérale et/mais participant à l'exercice de l'autorité publique en qualité d'officier public ainsi que le reconnaît le Conseil. Et la loi du 28 avril 1816 qualifie expressément les notaires de « fonctionnaires » : « cette faculté de présenter des successeurs ne déroge pas au droit de Sa Majesté de réduire le nombre desdits fonctionnaires, notamment celui des notaires ». Au demeurant, le Conseil a jugé que si des personnes n'ayant pas la qualité de fonctionnaire pouvaient accéder aux fonctions de magistrat²⁵, les procédures de recrutement devaient respecter le principe d'égal accès à toutes les dignités, places et emplois publics énoncé à l'article 6 de la Déclaration de 1789. Et si, pour comprendre les mots un peu datés de cet article 6, référence est faite au moment de leur énonciation, celui de « dignités » peut renvoyer aux offices royaux de notaires dont la loi du 6 octobre 1971 supprimait l'hérédité et la vénalité. Dès

■ 21. CC 82-153 DC, 14 janvier 1983, R. p. 35.

■ 22. CC 84-178 DC, 30 août 1984, R. p. 69 ; CC 84-179 DC, 12 septembre 1984, R. p. 73 ; CC 85-204 DC 16 janvier 1986, R. p. 18.

■ 23. CC 2009-584 DC, 16 juillet 2009, JO 22 juillet 2009, p. 12244.

■ 24. CC 2014-429 QPC, 21 novembre 2014, JO, 23 novembre 2014, p. 19677.

■ 25. CC 2011-635 DC, 4 août 2011, R. p. 407.

lors, l'article 6 auquel se réfère le Conseil avait bien pour objet d'ouvrir la dignité de notaire à l'égal accès de tous et non la réserver à une transmission héréditaire.

L'égal accès ne fait pas non plus « obstacle à ce que l'inscription à un concours administratif soit subordonnée au paiement d'un droit de timbre » à condition que son montant ne soit pas excessif – 150 francs en l'espèce – et que des exonérations soient prévues au profit des personnes sans emploi²⁶.

L'égalité dans le déroulement de la carrière ensuite qui, selon le Conseil, ne joue pas de manière uniforme entre les fonctionnaires, mais seulement « entre les agents appartenant à un même corps »²⁷. Ainsi, dans sa décision du 14 janvier 1983, le Conseil a censuré une disposition prévoyant que les candidats recrutés au titre de la troisième voie d'accès à l'ENA – élus, responsables syndicaux... – seraient intégrés, à l'issue de leur scolarité, non au grade de départ de leur corps d'affectation mais à un grade supérieur tenant compte des fonctions exercées antérieurement, au motif que cette disposition confère à certains élèves de l'ENA « un privilège méconnaissant les principes proclamés par l'article 6 de la Déclaration de 1789 ».

– Autres applications encore du principe d'égalité, *l'égalité dans l'expression du suffrage*²⁸, *dans les relations de travail, la représentation des salariés*²⁹, *dans l'attribution des prestations sociales*³⁰... Impossible de continuer : véritable caméléon, le principe d'égalité prend, pour mieux s'imposer, la dénomination même de la matière particulière sur laquelle le Parlement a légiféré.

B. LE PRINCIPE D'ÉGALITÉ DEVANT LES CHARGES PUBLIQUES ET SES APPLICATIONS

875 La valeur constitutionnelle du principe de l'égalité devant les charges publiques est définie par le Conseil, soit par référence à l'article 13 de la Déclaration de 1789³¹, soit « comme corollaire du principe d'égalité devant la loi »³². Deux exigences d'égalité sont déduites de ce principe.

– D'abord *l'égalité devant l'impôt*, ou, plus précisément, « le principe de la répartition de l'impôt selon la faculté contributive des citoyens »³³. La logique de ce principe n'interdit donc pas que le législateur puisse établir des règles fiscales différentes en raison de la nature particulière de l'activité ou de la situation des diverses catégories de contribuables. Le Conseil a, par exemple, admis que les exploitants agricoles constituaient une catégorie différente des autres travailleurs

■ 26. CC 86-209 DC, 3 juillet 1986, R. p. 86.

■ 27. CC 76-77 DC, 15 juillet 1976, R. p. 35 ; CC 84-179 DC, 12 septembre 1984, R. p. 73 ; CC 87-229 DC, 22 juillet 1987, R. p. 44.

■ 28. V. *supra* n° 471 et s.

■ 29. CC 77-79 DC, 5 juillet 1977, R. p. 35 ; CC 80-128 DC, 21 janvier 1981, R. p. 29 ; CC 83-162 DC, 19 et 20 juillet 1983, R. p. 49.

■ 30. CC 89-269 DC, 22 janvier 1990, R. p. 33 ; CC 98-404 DC, 18 décembre 1998, R. p. 315 ; CC 99-416 DC, 23 juillet 1999, R. p. 100.

■ 31. Article 13 : « Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés ». V. par ex. CC 85-200 DC, 16 janvier 1986, R. p. 9.

■ 32. CC 79-107 DC, 12 juillet 1979, R. p. 31.

■ 33. CC 81-133 DC, 30 décembre 1981, R. p. 41.

indépendants, justifiant un régime fiscal des plus-values professionnelles particulier³⁴ ; il a aussi jugé que les redevances des ponts à péage pouvaient être d'un tarif différent selon la situation particulière des usagers, et notamment de ceux qui ont leur domicile ou leur lieu de travail dans les départements concernés³⁵. Mais ce principe impose qu'à l'intérieur d'une catégorie de contribuables, les intéressés doivent être traités de manière égale. Dès lors, le problème du respect du principe d'égalité se trouve déplacé et suspendu à la possibilité pour le législateur de créer des catégories particulières ; car, à la limite, le principe peut perdre toute signification s'il est enseveli sous la multiplication législative des catégories de contribuables. Aussi, le Conseil ne laisse-t-il pas le Parlement entièrement libre de procéder à cette catégorisation ; il contrôle en effet si l'appréciation qui a conduit le législateur à reconnaître et créer une catégorie particulière ne repose pas sur une erreur manifeste. Ainsi dans la décision du 29 décembre 1983, le Conseil considère que l'exonération de l'assiette de l'impôt sur les grandes fortunes, en tant que biens professionnels, des parts ou actions si elles représentent au moins 25 % du capital social et si leur propriétaire exerce des fonctions de direction dans la société, « ne procède pas d'une appréciation manifestement erronée ». Et, dans la décision du 9 novembre 1999³⁶, il juge que l'extension du régime d'imposition commune aux « pacsés » ne constitue pas un avantage injustifié dans la mesure où « contrairement aux personnes vivant en concubinage ils sont assujettis à certaines obligations, en particulier l'aide mutuelle et matérielle, cette différence de situation justifiant, au regard de l'objet de la loi, la différence de traitement fiscal entre personnes vivant en concubinage et personnes liées par un PACS ». Dans la décision du 16 août 2007³⁷, le Conseil a redéfini le principe d'égalité en matière fiscale en précisant que l'octroi d'avantages fiscaux n'y était pas contraire « à la condition que l'avantage fiscal consenti ne soit pas hors de proportion avec l'effet incitatif attendu ». Précision importante puisqu'elle fait des conséquences de l'avantage fiscal accordé un critère de sa constitutionnalité : ou sa conséquence incitative est « bonne » et l'inégalité du traitement fiscal sera validée, ou elle est « mauvaise » et l'inégalité sera sanctionnée.

Plus récemment, la question du caractère confiscatoire de l'impôt s'est posée au Conseil : 75 %, 80 %, davantage ? Le Conseil n'a jamais donné d'informations précises sur le seuil à partir duquel un taux d'imposition deviendrait confiscatoire alors même qu'il a posé le principe que le principe d'égalité contributive énoncé à l'article 13 de la Déclaration de 1789 ne serait pas respecté si l'impôt revêtait un caractère confiscatoire. Il a seulement donné sa méthode de raisonnement. Dans sa décision du 9 août 2012³⁸, il considère que le caractère confiscatoire de la contribution exceptionnelle sur la fortune ne pouvait être apprécié en analysant « *chaque*

■ 34. CC 84-164 DC, 29 décembre 1983, R. p. 72.

■ 35. CC 79-107 DC, 12 juillet 1979, R. p. 31. En l'espèce, des tarifs différents avaient été institués pour le péage du pont de l'île Oléron selon que les usagers habitaient l'île, le département de Charente-Maritime, et les autres départements. V. également CC 82-140 DC, 28 juin 1982, R. p. 45 ; CC 79-112 DC, 9 janvier 1980, R. p. 32.

■ 36. CC 99-419 DC, 9 novembre 1999, R. p. 116.

■ 37. CC 2007-555 DC, 16 août 2007, JO 22 août 2007, p. 13959.

■ 38. CC 2012-654 DC, 9 août 2012, JO 17 août 2012, p. 13496.

imposition prise isolément » ; l'appréciation doit englober les autres impôts auxquels le contribuable est soumis. Et, en l'espèce, il juge que, même combiné aux autres impositions, la contribution exceptionnelle sur la fortune n'a pas de caractère confiscatoire. Dans sa décision du 29 décembre 2012³⁹, le Conseil ne se prononce pas directement sur le caractère confiscatoire ou non du taux de 75 % de la contribution exceptionnelle de solidarité ; il juge seulement qu'elle prend pour unité d'imposition la personne physique alors que, complément de l'impôt sur le revenu, elle aurait dû avoir pour référence le foyer fiscal. Une seule indication : en 2000, le Conseil a jugé que n'était pas confiscatoire le taux de 70 % de la taxe sur les entreprises pharmaceutiques⁴⁰.

876 Le second volet est constitué par l'*égalité devant les charges publiques proprement dite*, c'est-à-dire devant les sacrifices, sujétions spéciales, voire dommages particuliers, qui peuvent être demandés ou imposés aux citoyens ou à un groupe de citoyens placés dans la même situation. L'exemple classique est celui de la décision du 13 décembre 1985⁴¹, où le Conseil censure une disposition limitant l'indemnisation au seul préjudice résultant pour les propriétaires des travaux d'installation, de pose ou d'entretien des moyens de diffusion par voie hertzienne sur les toits des propriétés privées, au motif que « le principe d'égalité devant les charges publiques ne saurait permettre d'exclure du droit à réparation un élément quelconque du préjudice indemnisable résultant des travaux ou de l'ouvrage public », et notamment « les préjudices pouvant se révéler tardivement ». Dans le domaine social, le Conseil a également considéré que, s'il est possible au législateur de faire peser sur certaines catégories socio-professionnelles une contribution de solidarité à l'égard d'autres catégories en difficulté, le taux de 50 % retenu pour les rémunérations dépassant deux fois et demi le SMIC constituait « une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques entre tous les citoyens »⁴². Le Conseil a aussi jugé en 2013⁴³ que le dispositif de « bonus-malus » (prévu par l'article L. 230-1 du Code de l'énergie) réservé aux seules consommations domestiques était contraire à « l'égalité devant les charges publiques ». De façon très nette, il a également précisé dans sa décision du 19 décembre 2013⁴⁴ que « le législateur pouvait, dans une mesure très limitée, assujettir les entreprises à des taux de forfait social différents ». De même, dans sa décision du 29 décembre 2015⁴⁵, il constate que la CSG dite « progressive », qui vise seulement les « salariés » et non tous les travailleurs, crée une rupture d'égalité.

Au total, le principe d'égalité ne se réalise concrètement que dans ses multiples et infinies applications ; il est comme une onde qui se propage dans toutes les matières législatives et, par voie de conséquence, dans toutes les décisions du Conseil. Une onde dont l'amplitude varie : le principe d'égalité, pour être constitutionnel, n'a pas une valeur absolue.

■ 39. CC 2012-662 DC, 29 décembre 2012, JO 30 décembre 2012, p. 20966

■ 40. CC 2000-437 DC, 19 décembre 2000, R. p. 190.

■ 41. CC 85-198 DC, 13 décembre 1985, R. p. 78.

■ 42. CC 85-200 DC, 16 janvier 1986, R. p. 9.

■ 43. CC 2013-666 DC, 11 avril 2013, R. p. 535.

■ 44. CC 2013-682 DC, 19 décembre 2013, JO 24 décembre 2013, p. 21069.

■ 45. CC 2015-725 DC, 29 décembre 2015, JO 30 décembre 2015, p. 24763.

SECTION II

**LE TRAITEMENT JURISPRUDENTIEL
DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ**

877

La politique jurisprudentielle du Conseil est toute entière résumée dans le considérant de principe suivant : « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit »⁴⁶. Ce contrôle des justifications possibles des atteintes au principe d'égalité, sur le modèle de la jurisprudence administrative (§1), a provoqué des réserves, sinon des critiques d'une partie de la doctrine qui y voit un contrôle de l'opportunité des lois (§2).

§ 1. LE CONTRÔLE DES JUSTIFICATIONS DES ATTEINTES
AU PRINCIPE D'ÉGALITÉ**A.** LE CONTRÔLE DES DIFFÉRENCES DE SITUATION

878

Le premier motif qui, pour le Conseil, peut justifier une atteinte au principe d'égalité, est la *différence de situation* : « le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce qu'une loi établisse des règles non identiques à l'égard de catégories de personnes se trouvant dans des situations différentes »⁴⁷. L'exigence d'égalité ne vaut donc qu'entre situations semblables ; si des personnes sont, par rapport à d'autres, dans des situations différentes, le législateur peut prévoir, pour elles, des règles particulières, des règles différentes. Cette différence de situation, parfois, « suffit, à elle seule, pour justifier la différence de régime »⁴⁸, mais, dans la plupart des cas, ne peut justifier une règle discriminatoire que si la non-identité des règles « n'est pas incompatible avec la finalité de la loi »⁴⁹. De même, si la différence de situation *permet* au législateur de prévoir des règles différentes, elle ne lui impose pas, évidemment, de prévoir un régime juridique particulier pour chaque situation. De façon classique, le Conseil rappelle à ce titre que « si, en règle générale, le principe d'égalité impose de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation, il n'en résulte pas pour autant qu'il oblige à traiter différemment des personnes qui se trouvent dans des situations différentes »⁵⁰.

Cette méthode de jugement du respect du principe d'égalité par le législateur est mise en œuvre pour tous les domaines particuliers d'application du principe.

879

Ainsi, *l'égalité devant la loi pénale* n'interdit pas au législateur, pour déterminer les peines applicables, d'opérer une différenciation entre agissements de nature

■ 46. CC 87-232 DC, 7 janvier 1988, R. p. 17.

■ 47. CC 79-107 DC, 12 juillet 1979, R. p. 31.

■ 48. CC 79-112 DC, 9 janvier 1980, R. p. 32.

■ 49. CC 79-103 DC, 17 janvier 1979, R. p. 19.

■ 50. CC 2011-136 QPC, 17 juin 2011, JO 18 juin 2011, p. 10458. Et avant lui : CE, Ass., 28 mars 1997, *Sté Baxter*, n° 179049, 179050, 179054.

différente ; en particulier, le Conseil a jugé que la loi relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs pouvait distinguer, pour la protection des mineurs, les actes accomplis entre personnes du même sexe et ceux qui sont accomplis entre personnes de sexe différent⁵¹. De même, le Conseil a considéré que l'établissement d'un régime de détention strict pour certains condamnés et d'un régime plus libéral pour d'autres, se justifiait dans la mesure où tous les condamnés à une même peine peuvent accéder aux mêmes régimes dès lors qu'ils remplissent les conditions requises⁵². Tout en réaffirmant le droit de la personne à s'entretenir avec un avocat au cours de la garde à vue, le Conseil admet, dans sa décision du 20 janvier 1994⁵³, que différer à la soixante-douzième heure l'intervention de l'avocat pour les auteurs d'infractions en matière de stupéfiants et de terrorisme est « une différence de traitement qui ne procède pas d'une discrimination injustifiée », car elle correspond à des différences de situation liées à la nature de ces infractions. De façon tout à fait critiquable, le Conseil a accepté, dans sa décision du 16 juillet 1996⁵⁴, la disposition prévoyant que, pour les personnes ayant acquis la nationalité française par naturalisation, l'administration pouvait les déchoir de leur nationalité en cas de condamnation pour un crime ou délit constituant un acte de terrorisme « sans que la différence de traitement qui en résulte (avec les personnes ayant la nationalité française par naissance) vide le principe d'égalité ». Décision d'autant plus surprenante que le Conseil reconnaît « qu'au regard du droit de la nationalité les personnes ayant acquis la nationalité française et celles auxquelles la nationalité française a été attribuée à leur naissance sont dans la même situation » ! En entérinant pourtant leur différence de traitement pénal, il accrédite la thèse d'une différence ineffaçable entre les Français d'adoption et les Français d'origine, pour ne pas dire « de souche ». Solution grave que ne saurait aucunement justifier « l'objectif – défendu par le législateur et repris par le Conseil – tendant à renforcer la lutte contre le terrorisme », car c'est laisser croire ou soupçonner que les Français naturalisés sont plus enclins à devenir terroristes que les Français de naissance. En matière de délits de presse, le Conseil admet, dans sa décision du 10 juin 2004⁵⁵, que le régime de prescription peut être différent selon que le message a été diffusé sur support papier ou sur internet, mais il juge que la différence de régime instituée par la loi – prescription trois mois après la publication pour le support papier, prescription trois mois après le retrait du message pour le support informatique – « dépasse manifestement ce qui serait nécessaire pour prendre en compte la situation particulière des messages exclusivement disponibles » sur internet.

880 *L'égalité en matière économique* n'interdit pas un régime différencié de blocage des prix selon que les sociétés ont distribué ou non des bénéfices⁵⁶ ; la différence de situation entre établissements soumis aux règles de la comptabilité

■ 51. CC 80-125 DC, 19 décembre 1980, *R.* p. 51.

■ 52. CC 78-97 DC, 27 juillet 1978, *R.* p. 31.

■ 53. CC 93-334 DC, 20 janvier 1994, *R.* p. 27.

■ 54. CC 96-377 DC, 16 juillet 1996, *R.* p. 87. Solution confirmée en 2015 : CC 2014-439 QPC, 23 janvier 2015, JO 25 janvier 2015, p. 1150.

■ 55. CC 2004-496 DC, 10 juin 2004, *R.* p. 101.

■ 56. CC 83-167 DC, 19 janvier 1984, *R.* p. 23.

publique et ceux qui n'y sont pas justifiés des modalités différenciées de vérification des comptes⁵⁷ ; en revanche, le Conseil a considéré que les banques contrôlées par des sociétés mutualistes ou coopératives n'étaient, « ni par les caractères spécifiques de leur statut, ni par la nature de leur activité », dans une situation différente des autres établissements bancaires, et qu'elles ne pouvaient donc être exclues du champ de la nationalisation si elles détenaient, condition posée par la loi, un milliard de francs ou plus sous forme de dépôts ou de placements au nom des résidents⁵⁸. Ou encore, dans la décision du 30 décembre 1991, il juge que la différence instituée entre les donations passées devant notaire et les autres, pour bénéficier de l'allègement du régime fiscal applicable aux mutations à titre gratuit en cas de donations antérieures, est contraire au principe d'égalité au motif que la discrimination pratiquée est sans rapport avec l'objet de la loi : favoriser la transmission des patrimoines du vivant de leur détenteur⁵⁹. Dans la décision du 29 décembre 1993⁶⁰, il juge que les entreprises dont le montant de la taxe professionnelle est supérieur à un milliard sont dans une situation différente des autres contribuables qui justifie la non-application du dégrèvement prévu par le Code des impôts, et dans celle du 10 juin 1998⁶¹ que les entreprises de main-d'œuvre sont, par nature, dans une situation différente des autres, justifiant en conséquence des modalités différentes d'application de la loi sur les 35 heures. Dans sa décision du 5 août 2004⁶², le Conseil a jugé que le législateur était fondé à décider que la conclusion de contrats de mission de service public avec l'État était obligatoire pour EDF et GDF, et seulement facultative pour les autres opérateurs privés, car ils « ne sont pas placés dans la même situation », les premiers assurant l'essentiel des missions de service public dans le domaine de la production, de la gestion et de la fourniture d'électricité et de gaz. Dans la décision du 7 juillet 2005⁶³, il juge qu'existe une différence de situation objective entre les producteurs d'énergie éolienne et les autres producteurs d'énergie, justifiant des « obligations plus strictes » pour les premiers. Dans la décision du 22 juillet 2005⁶⁴, il juge que le législateur n'a pas porté atteinte au principe d'égalité en décidant que les créanciers qui consentaient un apport de trésorerie à des entreprises en difficulté bénéficieraient d'une priorité de paiement de leur créance. Et dans la décision du 5 août 2015⁶⁵, le Conseil estime que la présence de deux modes de nomination différents à la fonction de notaire, d'huissier de justice ou de commissaire-priseur judiciaire permet de traiter différemment des situations différentes, et qu'il n'en résulte pas d'atteinte au principe d'égalité devant la loi.

■ 57. CC 81-132 DC, 16 janvier 1982, R. p. 23.

■ 58. CC 82-143 DC, 30 juillet 1982, R. p. 57.

■ 59. CC 91-302 DC, 30 décembre 1991, R. p. 137.

■ 60. CC 93-330 DC, 29 décembre 1993, R. p. 572.

■ 61. CC 98-401 DC, 10 juin 1998, R. p. 258.

■ 62. CC 2004-501 DC, 5 août 2004, R. p. 134. Cette différence de situation pouvait tout aussi bien justifier la contractualisation obligatoire pour les opérateurs privés et facultative pour les grands opérateurs publics car, pour les premiers, le risque de moindre respect des exigences de service public est plus grand.

■ 63. CC 2005-516 DC, 7 juillet 2005, R. p. 102.

■ 64. CC 2005-522 DC, 22 juillet 2005, R. p. 125.

■ 65. CC 2015-715 DC, 5 août 2015, JO 7 août 2015, p. 13616.

881 *L'égalité en matière sociale* ne fait pas davantage obstacle à l'édition de règles différentes pour tenir compte des différences de situation, par exemple, entre les entreprises. Dans la décision des 19-20 juillet 1983⁶⁶, le Conseil admet que la différence de structure juridique ou de poids économique des entreprises justifie des modalités différentes de représentation des salariés ; que la différence entre les filiales des entreprises dont le siège social est en France et celles dont le siège est à l'étranger, justifie que les salariés de celles-ci n'aient pas le droit d'élire leurs représentants aux organes dirigeants de ces entreprises ; que la différence entre les membres du Conseil d'administration représentant les salariés et ceux représentant l'État ou les actionnaires privés, justifie des mécanismes différents de révocation et de responsabilité ; que les adultes handicapés affectés d'un taux d'incapacité inférieur à 50 % sont dans une situation différente de celle des personnes affectées d'un taux d'incapacité supérieur à 50 %, qui justifie l'exclusion de l'allocation aux adultes handicapés dans le premier cas⁶⁷ ; que salariés et non-salariés étaient désormais, du fait d'une meilleure transparence des revenus, « dans des situations analogues », justifiant que le régime d'abattement fiscal de 20 % jusque-là réservé aux premiers soit étendu aux seconds⁶⁸. Le Conseil a encore jugé, dans sa décision du 13 janvier 2000⁶⁹, que traiter différemment les entreprises selon qu'elles ont ou non conclu un accord collectif de réduction du temps de travail – les premières bénéficiant seules d'un allègement de cotisations sociales – n'est pas injustifié dans la mesure où cette discrimination a pour but de « favoriser la négociation collective dans le domaine de la détermination de la durée du travail ». Mais il censure la disposition instituant un régime de rémunération des heures complémentaires différent selon que l'entreprise avait ou non négocié un accord de réduction du temps de travail au motif que « les salariés des deux catégories d'entreprises se trouvent dans une situation identique au regard de la réglementation des heures supplémentaires ». Le Conseil a également jugé, dans sa décision du 11 juillet 2001⁷⁰, que destiner au seul régime général des retraites le bénéfice du Fonds de réserve pour les retraites n'est pas contraire au principe d'égalité dans la mesure où ce régime « et les autres régimes, en particulier celui des professions libérales, se distinguent tant par leurs modes d'organisation et de fonctionnement que par les conditions auxquelles sont soumises leurs prestations ». Dans sa décision du 6 août 2009⁷¹, le Conseil juge que la différence de traitement entre les salariés travaillant le dimanche en zone touristique – soumis à un régime conventionnel – et ceux travaillant le dimanche en zone de « consommation exceptionnelle » – soumis au régime légal – est justifiée par la différence de situation entre les salariés concernés⁷². Il juge aussi, dans sa décision du 13 juin 2014⁷³, que les employés « à caractère saisonnier » sont dans

■ 66. CC 83-162 DC, 19 au 20 juillet 1983, R. p. 49 ; CC 91-296 DC, 29 juillet 1991, R. p. 102.

■ 67. CC 93-330 DC, 29 décembre 1993, R. p. 572.

■ 68. CC 96-385 DC, 30 décembre 1996, R. p. 145.

■ 69. CC 99-423 DC, 13 janvier 2000, R. p. 33.

■ 70. CC 2001-450 DC, 11 juillet 2001, R. p. 82. V. également, CC 2005-509 DC, 13 janvier 2005, R. p. 33 ; CC 2005-514 DC, 28 avril 2005, R. p. 78.

■ 71. CC 2009-588 DC, 6 août 2009, JO 11 août 2009, p. 13319.

■ 72. V. aussi, CC 2009-575 DC, 12 février 2009, JO 18 février, p. 2847 ; CC 2009-578 DC, 18 mars 2009, JO 27 mars 2009, p. 5445 ; CC 2009-584 DC, 16 juillet 2009, JO 22 juillet 2009, p. 12244.

■ 73. CC 2014-402 QPC, 13 juin 2014, JO 15 juin 2014, p. 9971.

une situation différente des autres employés. Et dans sa décision du 27 novembre 2015⁷⁴, il précise que les organisations syndicales de salariés et les organisations professionnelles d'employeurs sont placées dans une situation différente, ce qui justifie un traitement différent.

882 *L'égalité en matière fiscale et plus largement devant les charges publiques* n'interdit pas au législateur de prendre en considération les situations particulières pour créer des régimes fiscaux différents dès lors qu'ils n'aboutissent pas à « une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques ». Ainsi, dans la décision du 3 mars 2009⁷⁵, le Conseil juge que le législateur a pu instaurer un nouvel impôt à la charge des seuls « opérateurs de communications électroniques », c'est-à-dire des fournisseurs d'accès à internet proposant dans leur forfait une offre de TV « ADSL » car ils sont dans une situation différente des chaînes de TV « classique ».

883 *En matière procédurale*, le Conseil refuse, d'une manière générale, de faire une distinction entre les parties dans une instance. Dans sa décision du 1^{er} avril 2011⁷⁶, il rappelle à ce titre la nécessité de prévoir des « garanties égales » pour l'ensemble des parties, notamment en matière de droits de la défense. Le Conseil a également reconnu, dans sa décision du 9 septembre 2011⁷⁷, le droit de ne pas avoir d'avocat, et il a censuré une disposition législative qui accordait aux parties représentées par un avocat des droits supplémentaires par rapport aux parties non représentées, notamment pour la transmission des pièces du procès.

884 *En matière civile*, le Conseil a, par exemple, censuré une disposition législative réduisant, pour les seuls divorcés et célibataires ayant élevé un ou plusieurs enfants, le système de quotient familial jusque-là accordé uniformément aux veufs, célibataires et divorcés car « au regard de la demi-part supplémentaire qui leur est accordée, ces trois catégories de contribuables sont placées dans une situation identique »⁷⁸. Il a également jugé qu'accorder la carte de séjour temporaire aux étrangers parents d'enfants de moins de seize ans et la refuser pour les étrangers parents d'enfants de plus de seize ans n'était pas contraire au principe d'égalité car cette différence de traitement était fondée sur une différence de situation : les moins de seize ans ont besoin que leurs parents restent sur le territoire national pour pourvoir à leur éducation et leur entretien alors que, explique le Conseil, « les enfants de plus de seize ans sont dotés d'une plus grande autonomie en se trouvant notamment dégagés de l'obligation scolaire et qu'ils peuvent, de leur seule initiative, sous certaines conditions, obtenir par simple déclaration le bénéfice de la nationalité française, quelle que soit l'attitude adoptée par leurs parents et la situation de ces derniers »⁷⁹. La décision du 5 octobre 2012⁸⁰ est la première décision du Conseil qui statue sur la constitutionnalité des dispositions relatives aux « gens du

■ 74. CC 2015-502 QPC, 27 novembre 2015, JO 29 novembre 2015, p. 22162.

■ 75. CC 2009-577 DC, 3 mars 2009, JO 7 mars 2009, p. 4336.

■ 76. CC 2011-112 QPC, 1^{er} avril 2011, JO 2 avril 2011, p. 5892.

■ 77. CC 2011-160 QPC, 9 septembre 2011, JO 10 septembre 2011, p. 15273.

■ 78. CC 96-385 DC, 30 décembre 1996, R. p. 145.

■ 79. CC 97-389 DC, 22 avril 1997, R. p. 45.

■ 80. CC 2012-279 QPC 5 octobre 2012, JO 6 octobre 2012, p. 15655.

voyage ». Était en cause le régime d'autorisation préalable de la liberté d'aller et venir des « nomades » prévu par la loi de 1969 et qui faisait une distinction entre les « forains » soumis à un visa de circulation de cinq ans, les gens de voyage qui ont des ressources, et ceux qui n'en ayant pas sont soumis à un visa renouvelable tous les trois mois. Le Conseil censure cette disposition créatrice selon lui d'une rupture d'égalité entre les gens du voyage qui ont des ressources et ceux qui n'en ont pas. Mais la censure reste cantonnée aux gens du voyage sans ressources ; pour les autres, et d'une manière générale, le Conseil accepte le principe d'une limitation très nette de la liberté d'aller et venir, au nom de considérations juridiques qui masquent toujours une méfiance populaire plus diffuse et moins honorable.

Toujours en matière civile, la question du *mariage* a fait l'objet d'une jurisprudence très « commentée » à la fois dans les revues juridiques et dans la presse d'information générale. Au départ de ce contentieux, les articles 75 et 144 du Code civil définissant le mariage comme l'union entre « un homme et une femme ». Cette formulation, datant de 1804, impose à l'officier d'état civil de vérifier le sexe des prétendants à l'union et de refuser, le cas échéant, les demandes formulées par deux hommes ou deux femmes. Jugées discriminatoires par de nombreuses associations de défense des droits des homosexuels, ces dispositions ont fait l'objet d'un contentieux nourri et passionné qui est d'abord arrivé aux portes de la Cour de Strasbourg. Dans un arrêt remarqué du 24 juin 2010⁸¹, le juge européen estime que la question du mariage homosexuel est une question politique, au sens noble du terme, c'est-à-dire une question de société pour laquelle les parlements nationaux conservent une totale marge d'appréciation. Selon la Cour, il n'existe donc aucune obligation « européenne » d'instaurer ou de permettre le mariage pour les personnes du même sexe.

Saisi de cette question épineuse, le Conseil intervient à son tour dans la décision du 28 janvier 2011⁸². Et comme la Cour de Strasbourg, il juge que la législation nationale réservant le mariage « aux hommes et aux femmes » n'est pas contraire au principe d'égalité car, dit-il, « en maintenant le principe selon lequel le mariage est l'union d'un homme et d'une femme, le législateur a, dans l'exercice de la compétence que lui attribue l'article 34 de la Constitution, estimé que la différence de situation entre les couples de même sexe et les couples composés d'un homme et d'une femme peut justifier une différence de traitement quant aux règles du droit de la famille ». Mais en précisant que la différence entre un couple homosexuel et un couple hétérosexuel « peut », et non « doit », justifier une différence de traitement, le juge permet au législateur, en filigrane, de créer un seul et même régime – le mariage – pour des situations différentes. Ce qu'il fera effectivement en 2013 avec la réforme du « mariage pour tous ».

B. | LE CONTRÔLE DES RAISONS D'INTÉRÊT GÉNÉRAL

885 Le second motif qui, pour le Conseil, peut justifier une atteinte au principe d'égalité, est *l'intérêt général* : « le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le

■ 81. CEDH 24 juin 2010, *Schalk and Kopf c/Autriche*, n° 30141/04.

■ 82. CC 2010-92 QPC, 28 janvier 2011, JO 29 janvier 2011, p. 1894.

législateur déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général»⁸³. Cependant, n'importe quel motif d'intérêt général ne peut justifier une différence de traitement⁸⁴. Il faut un lien nécessaire, un rapport logique entre la règle discriminatoire et l'intérêt général précisément poursuivi par l'objet de la loi ; il faut, précise le Conseil depuis sa décision du 9 avril 1996⁸⁵, que les raisons d'intérêt général soient « en rapport direct » avec l'objet de la loi. Par exemple, la taxe nutritionnelle instaurée en 2012 est contraire au principe d'égalité parce qu'en « taxant des boissons ne contenant pas d'alcool à des fins de lutte contre la consommation alcoolique des jeunes, le législateur a établi une imposition qui n'est pas fondée sur des critères objectifs et rationnels en rapport avec l'objectif poursuivi »⁸⁶. Le Conseil spécifie donc toujours la nature de l'intérêt en cause : « l'intérêt qui s'attache à la continuité du service public »⁸⁷, « l'intérêt de la bonne marche de la justice »⁸⁸, « la préservation de la vocation spécifique du Crédit agricole au service du monde agricole et rural »⁸⁹, « la lutte contre la fraude fiscale »⁹⁰... Et, une fois l'intérêt circonscrit, le Conseil vérifie si la règle discriminatoire a ou non un lien avec lui.

L'exemple le plus intéressant reste encore celui, ancien, de la décision du 16 janvier 1982⁹¹. Dans cette affaire, les requérants considéraient contraire au principe d'égalité l'exclusion du champ de la nationalisation des banques françaises dont les dépôts sont inférieurs à un milliard de francs d'une part, et les banques « étrangères », même si elles ont le même statut, la même activité que les banques françaises et des dépôts supérieurs à un milliard de francs d'autre part. Pour repousser cette argumentation, le Conseil se fonde sur l'objet de la loi. Dans le premier cas, il constate que « le législateur a entendu fonder les nationalisations sur le fait qu'elles seraient nécessaires pour donner aux pouvoirs publics les moyens de faire face à la crise économique, de promouvoir la croissance et de combattre le chômage » ; dès lors, « le critère retenu pour déterminer le seuil au-dessous duquel les banques échappent à la nationalisation n'est pas sans rapport avec la finalité de la loi ». Autrement dit, la différence de traitement entre les banques, qui en soi pourrait être critiquable, ne devient acceptable que parce qu'elle est directement liée aux objectifs poursuivis par le législateur : pour relancer la politique industrielle, le contrôle public des banques les plus importantes peut être jugé utile, non celui des petites banques. Dans le second, le problème était plus délicat, car le législateur avait traité de manière différente des banques qui, comme le reconnaît le Conseil, ne présentaient, par rapport à celles que la loi nationalise, aucune différence autre que le fait d'appartenir à des étrangers. Leur exclusion du champ de la loi a cependant été admise par le Conseil au motif « des risques et des difficultés

■ 83. CC 87-232 DC, 7 janvier 1988, *R.* p. 17.

■ 84. CC 83-162 DC, 19 au 20 juillet 1983, *R.* p. 63.

■ 85. CC 96-375 DC, 9 avril 1996, *R.* p. 60.

■ 86. CC 2012-659 DC, 13 décembre 2012, cons. 23, 24 et 26, *R.* p. 680 ; V. également CC 2014-417 QPC, 19 septembre 2014, cons. 9 à 12, JO 21 septembre 2014, p. 15472.

■ 87. CC 87-229 DC, 22 juillet 1987, *R.* p. 44.

■ 88. CC 80-127 DC, 19-20 janvier 1981, *R.* p. 15.

■ 89. CC 87-232 DC, 7 janvier 1988, *R.* p. 17.

■ 90. CC 2011-638 DC, 28 juillet 2011, JO 30 juillet 2011, p. 13001.

■ 91. CC 81-132 DC, 16 janvier 1982, *R.* p. 18. V. également, CC 90-280 DC, 6 décembre 1990, *R.* p. 84 ; CC 90-283 DC, 8 janvier 1991, *R.* p. 11.

que la nationalisation de ces banques aurait pu entraîner sur le plan international et dont la réalisation aurait compromis *l'intérêt général qui s'attache aux objectifs poursuivis par la loi de nationalisation* ».

886 Et chaque année jurisprudentielle apporte ainsi un lot d'atteintes au principe d'égalité justifiées par un intérêt général « particulier ». Ainsi, dans la décision du 14 janvier 1983, pour apprécier la constitutionnalité d'une disposition instituant une cotisation sur les boissons d'une teneur en alcool supérieure à 25 pour 100 volumes, le Conseil constate d'abord que l'objet de la loi est de lutter contre l'usage immodéré des boissons alcooliques, considère ensuite que « le critère tiré de la teneur en alcool a un rapport avec le but que s'est assigné le législateur », et conclut en conséquence que la différence de traitement entre boissons alcooliques sur la base de ce critère ne méconnaît pas le principe d'égalité⁹². Dans sa décision du 29 décembre 1983, le Conseil considère que les dispositions instituant en matière de paiement une différence entre les particuliers selon qu'ils ont ou non leur domicile fiscal en France, se justifient par l'objet de la loi, « lutter contre la fraude fiscale », puisque ces deux catégories de personnes « sont soumises à des régimes fiscaux ne comportant pas de modes de déclaration et de contrôle semblables »⁹³. Dans la décision du 21 janvier 1994⁹⁴, le Conseil considère que, si le renouvellement tacite, hors candidatures, des autorisations d'émettre favorise les opérateurs privés en place, cette différence de traitement, qui leur permet d'assurer une continuité d'exploitation favorisant la programmation de leurs investissements et de leur développement, est justifiée par l'intérêt général poursuivi par la loi : favoriser l'investissement privé dans l'audiovisuel afin que se constituent des groupes aptes à affronter la concurrence internationale, à s'adapter aux évolutions technologiques et à promouvoir les intérêts culturels français. Dans la décision du 23 juillet 1996⁹⁵, le Conseil considère que les différences de régime de départ à la retraite des agents de France-Télécom « créées par la loi sont en rapport *direct* avec l'objectif que s'est assigné le législateur, tendant à favoriser les départs en retraite des agents en fonction à France-Télécom compte tenu de la structure démographique des effectifs, par des mesures incitatives de caractère social ».

En 2002, le Conseil considère que la possibilité de confier à un même titulaire la conception, la construction, l'aménagement, la maintenance et l'entretien des commissariats et gendarmeries n'est pas contraire au « principe d'égalité d'accès à la commande publique », car elle a « pour objet de faciliter et d'accélérer » la construction de commissariats et répond donc à un objectif d'intérêt général⁹⁶. En 2003, il reconnaît qu'accorder aux actionnaires d'entreprise familiale qui s'engagent collectivement à conserver leurs actions durant au moins six ans une exonération de l'impôt de solidarité constitue une différence de traitement entre actionnaires mais il juge que cet avantage répond à un objectif d'intérêt général – garantir la stabilité

■ 92. CC 82-152 DC, 14 janvier 1983, R. p. 31.

■ 93. CC 83-164 DC, 29 décembre 1983, R. p. 67. La loi imposait aux particuliers ayant leur domicile fiscal en France, le paiement par chèque ou par carte de crédit au-delà de 10 000 francs, et dispensait de cette obligation ceux n'ayant pas leur domicile fiscal en France.

■ 94. CC 93-333 DC, 21 janvier 1994, R. p. 32.

■ 95. CC 96-380 DC, 23 juillet 1996, R. p. 99.

■ 96. CC 2002-460 DC, 22 août 2002, R. p. 198.

et la pérennité des entreprises familiales – et ne peut donc « être regardé comme entraînant une rupture caractérisée du principe d'égalité »⁹⁷. En 2004, le Conseil juge que favoriser la création d'emplois dans le secteur de l'hôtellerie et de la restauration constitue un objectif d'intérêt général qui justifie l'octroi d'aides financières particulières permettant d'améliorer le niveau des salaires afin de rendre plus attractif un secteur à forte densité de main-d'œuvre⁹⁸ ; « qu'améliorer la compétitivité du sport professionnel est un but d'intérêt général » qui permet au législateur de décider que la part de la rémunération des sportifs correspondant à la commercialisation de l'image collective de l'équipe ne soit pas considérée comme un salaire et qu'elle soit en conséquence imposée au titre des bénéfices non commerciaux et seulement assujettie à la CSG⁹⁹ ; que « favoriser le rapatriement d'emplois et d'investissements précédemment transférés hors de France afin d'en faire profiter l'économie nationale et de lutter contre le chômage est un objectif d'intérêt général » qui justifie d'accorder à ces entreprises le bénéfice d'un crédit d'impôt¹⁰⁰.

887 La décision du Conseil la plus retentissante est certainement celle du 29 décembre 2009 censurant la taxe carbone¹⁰¹. Les juges constitutionnels admettent, dans un premier temps, que le principe d'égalité ne fait pas obstacle à la création d'une taxe additionnelle sur la consommation d'énergies fossiles reposant sur les entreprises, les ménages et les administrations dans la mesure où inciter par ce moyen fiscal à réduire l'émission de CO₂ répond à un objectif d'intérêt général. Ils jugent également, dans un deuxième temps, que les secteurs économiques exposés à la concurrence internationale peuvent bénéficier d'une réduction du taux, voire d'une exonération dans la mesure où la sauvegarde de leur compétitivité est un objectif d'intérêt général. Mais, dans un troisième temps, ils constatent que, par le jeu de ces exonérations et réductions diverses, « 93 % des émissions de dioxyde de carbone d'origine industrielle seront totalement exonérées du paiement de la taxe carbone » et jugent en conséquence que « par leur importance, les régimes d'exemption sont contraires à l'objectif de lutte contre le réchauffement climatique et créent une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques ».

888 La décision du 6 avril 2012¹⁰², rendue à propos de l'enregistrement des interrogatoires en matière criminelle, illustre assez bien le contrôle toujours plus minutieux du motif d'intérêt général. D'un contrôle formel, en surface, le juge constitutionnel a progressivement évolué vers un contrôle plus fin, un contrôle « entier », qui se caractérise par un examen rigoureux de l'intérêt général justifiant une atteinte au principe d'égalité. En l'espèce, il était question des dispositions législatives obligeant l'enregistrement des interrogatoires en matière criminelle adoptées en 2007. Les requérants ne contestaient pas le principe de ces enregistrements, au contraire, ils contestaient les exceptions, il est vrai peu nombreuses, mais particulièrement importantes puisqu'elles concernent un ensemble de crimes commis en

■ 97. CC 2003-477 DC, 31 juillet 2003, R. p. 418.

■ 98. CC 2004-502 DC, 5 août 2004, R. p. 141.

■ 99. CC 2004-507 DC, 9 décembre 2004, R. p. 219.

■ 100. CC 2004-511 DC, 29 décembre 2004, R. p. 236.

■ 101. CC 2009-599 DC, 29 décembre 2009, JO 31 décembre 2009, p. 22995.

■ 102. CC 2012-228/229 QPC, 6 avril 2012, JO 7 avril 2012, p. 6414.

bande organisée, notamment les actes de terrorisme. Dans ces cas listés par la loi, le principe est inversé : l'enregistrement des interrogatoires n'est pas obligatoire, sauf décision expresse d'un magistrat. De cette différence de situation entre les personnes enregistrées et les autres, les requérants en déduisaient une discrimination injustifiée. Dans une décision assez longue, le Conseil fait droit à cette demande en usant d'une argumentation très détaillée et – surtout – en prenant soin de décomposer de façon très précise, presque chirurgicale, les motifs ayant guidé le législateur lorsqu'il a établi le régime juridique de l'obligation d'enregistrement. Or, pour le Conseil, « la différence de traitement instituée entre les personnes suspectées d'avoir commis l'un des crimes visés par les dispositions contestées et celles qui sont entendues ou interrogées alors qu'elles sont suspectées d'avoir commis d'autres crimes entraîne une discrimination injustifiée ».

Au cœur de cette décision réside donc l'intérêt général. Pendant longtemps, le Conseil a refusé d'apprécier la teneur de l'intérêt général¹⁰³. Autrement dit, il ne cherchait jamais à savoir ce qui, finalement, était important, fondamental, essentiel pour la nation française au moment d'écrire la loi. Cette tâche devait rester, en tout état de cause, une compétence exclusive de la représentation nationale. D'où la formule, classique, selon laquelle le Conseil n'a jamais un pouvoir d'appréciation identique à celui du Parlement. Aujourd'hui, la réalité du contentieux constitutionnel a quelque peu ébranlé la thèse d'une neutralité du Conseil en matière d'intérêt général. Le juge n'hésite plus à explorer minutieusement les motifs qui ont guidé le législateur. Non pas pour juger ces motifs – sont-ils bons ou mauvais ? –, mais pour savoir s'ils sont assez « sérieux » pour autoriser une atteinte à un principe constitutionnel, en l'espèce le principe d'égalité.

889 En matière fiscale également, l'intérêt général qui anime l'intervention du législateur est souvent au cœur des débats. La décision du 21 janvier 2011¹⁰⁴ en est un bon exemple. Traditionnellement, le droit fiscal français est un droit déclaratif : il mise sur la bonne foi des citoyens et considère leurs affirmations avec bienveillance... jusqu'à preuve du contraire ! Ce système puise ses racines dans le principe du consentement à l'impôt puisque la déclaration fiscale est le témoignage de la participation de tous les contribuables, libres et consentants, à l'établissement de leur impôt. Pour vertueux qu'il soit, ce mécanisme se heurte souvent à la réalité des déclarations erronées et aux tentatives (courantes) de fraude et d'évasion fiscale. Pour corriger ces dérives, le législateur a imaginé de nombreux instruments : parfois il décide de prélever l'impôt « à la source », c'est-à-dire sans déclaration – par exemple la TVA ou les droits de mutation ; parfois encore, il offre à l'administration fiscale des instruments pour corriger elle-même les déclarations mensongères, ce qui est le cas de l'article 168 du Code général des impôts.

Cette disposition se rapproche de l'ancienne procédure des « signes extérieurs de richesse » par laquelle l'administration pouvait, en comptant par exemple les ouvertures dans les façades des immeubles, imaginer les facultés contributives des occupants et leur demander de s'acquitter de l'imposition correspondante. Aujourd'hui, la procédure est heureusement plus moderne, mais elle conserve l'esprit

■ 103. G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2004.

■ 104. CC 2010-88 QPC, 21 janvier 2011, JO 22 janvier 2011, p. 1385.

général de l'ancien dispositif : si, pour une raison ou une autre, le contrôleur fiscal constate que les revenus déclarés sont en « disproportion marquée » avec le train de vie du contribuable, il pourra déterminer lui-même le montant des revenus imposables. Pour cela, il s'appuie sur les éléments visibles que détient le contribuable, et notamment, dit la loi, « les employés de maison », « les yachts et bateaux de plaisance à voile », « les avions de tourisme », « les chevaux de course », et même les « abonnements dans les clubs de golf » ! En se fondant sur tous ces éléments, l'administration peut ainsi déterminer un montant des revenus estimé. Pire : si ce montant est supérieur d'un tiers par rapport au montant déclaré – par exemple trois cent mille euros au lieu de deux cent mille euros déclarés – ou s'il correspond à plus de six éléments – un bateau, un cheval, etc. –, le contribuable se voit alors appliquer une majoration automatique de 50 % du montant déclaré.

Pour le Conseil, ce mécanisme d'imposition sur la base du train de vie des individus est bien constitutif d'une rupture d'égalité entre les contribuables soumis au régime déclaratif et les autres soumis au régime dérogatoire. En revanche, précise le juge constitutionnel, cette inégalité de droit est justifiée par la nécessité de lutter contre la fraude fiscale, et ce motif d'intérêt général autorise une différence de régime entre les contribuables qui ont un train de vie manifestement excessif et ceux dont les dépenses correspondent bien aux revenus déclarés. C'est donc, dans cette affaire, l'intérêt général qui justifie et pardonne la rupture d'égalité.

§ 2. LES CAS PARTICULIERS

A. LE TRAITEMENT DIFFÉRENCIÉ DES SEXES

890 Pendant longtemps, le Conseil n'a pas tenu compte des différences de situations entre les femmes et les hommes pour décider si elles pouvaient justifier une discrimination ou des « quotas » en faveur des femmes¹⁰⁵ ; et même après la révision constitutionnelle du 8 juillet 1999 précisant que « la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives », il a maintenu sa jurisprudence en limitant la portée de la révision au seul domaine politique¹⁰⁶. Au point que le constituant a été obligé de ré-intervenir en juillet 2008 pour dire que favoriser l'égal accès des hommes et des femmes s'appliquait aussi « aux responsabilités professionnelles et sociales »¹⁰⁷.

891 Dans sa décision du 9 janvier 2014¹⁰⁸, le Conseil semble « détendre » cette jurisprudence. En l'espèce, était contestée la disposition législative établissant que la perte de la nationalité française liée à l'acquisition volontaire d'une nationalité

■ 105. V. par exemple, la décision du 18 novembre 1982 censurant la loi qui permettait d'assurer une représentation minimale des femmes sur les listes de candidats aux élections municipales au motif que la Constitution interdit « toute distinction des candidats en raison de leur sexe », CC 82-146 DC, 18 novembre 1982, R. p. 66.

■ 106. V. par exemple, CC 2001-445 DC, 19 juin 2001, R. p. 63 ; CC 2001-455 DC 12 janvier 2002, R. p. 49 ; CC 2006-533 DC, 16 mars 2006, R. p. 39.

■ 107. Sur la parité en général et son traitement dans le contentieux de la QPC, v. *supra* n° 480 et s.

■ 108. CC 2013-360 QPC, 9 janvier 2014, JO 11 janvier 2014, p. 571.

étrangère s'opérait de plein droit pour les femmes mais à leur demande pour les hommes. Jusqu'à cette décision du 9 janvier 2014, la référence du Conseil en matière d'égalité des sexes était exclusivement l'article 1^{er} de la Constitution qui interdit absolument toute discrimination fondée sur le sexe, et non le considérant général en matière d'égalité (« le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente... »). Mais, en l'espèce, le Conseil se réfère expressément à l'article 6 de la Déclaration de 1789 et surtout au 3^e alinéa du Préambule de 1946 disposant que « la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme »¹⁰⁹. Par ce glissement des bases constitutionnelles de son contrôle de l'égalité homme/femme, le Conseil ne condamne plus tout traitement différent des sexes mais accepte de considérer que des différences de situations entre hommes et femmes puissent justifier une différence de traitement. Concrètement, dans cette décision, le Conseil entre dans la discussion de la différence de traitement entre les femmes qui perdent de plein droit la nationalité française quand elles acquièrent volontairement une nationalité étrangère et les hommes qui ne la perdent que s'ils le demandent. Et il juge que cette « différence de traitement est sans rapport avec l'objectif poursuivi par la loi¹¹⁰ et ne peut être regardée comme justifiée ».

Avec cette décision, le traitement différencié des sexes n'est plus interdit par principe ; le contentieux de l'égalité homme/femme s'ouvre, comme pour les autres domaines, sur un contrôle des discriminations justifiées et injustifiées au regard des différences de situation et des objectifs de la loi. Cette « novation » jurisprudentielle était au demeurant en germe dans la décision du 14 août 2003¹¹¹ par laquelle le Conseil, sans se référer au Préambule de 1946, avait jugé que le législateur pouvait « prendre en compte les inégalités de fait dont les femmes ont été jusqu'à présent l'objet » dans le domaine professionnel pour instituer un régime de droits à retraite différent entre les hommes et les femmes destiné « à compenser des inégalités normalement appelées à disparaître ».

892 Lorsqu'il prend la forme de l'égal accès des hommes et des femmes aux mandats électoraux et aux fonctions électives, le maniement du principe d'égalité par le Conseil perd une partie de sa lisibilité. Il admet, en effet, qu'une différence de traitement financier puisse être faite entre les partis politiques selon la place accordée aux femmes sur les listes électorales, il admet également l'institution d'un binôme de candidats pour les élections départementales¹¹² ; en revanche, dans sa décision du 23 février 2013¹¹³, le Conseil censure la modification du règlement de l'Assemblée nationale qui avait ouvert aux groupes parlementaires la faculté de se doter

■ 109. V. également, mais sans censure, CC 2006-533 DC, 16 mars 2006, cons. 12, R. p. 39.

■ 110. L'objectif poursuivi par la loi était d'éviter qu'un Français acquiert une nationalité étrangère seulement pour échapper à ses obligations militaires ; d'où l'obligation faite à ces Français de demander la perte de la nationalité française et le pouvoir donné au gouvernement de s'opposer à cette demande. Mais si cet objectif pouvait justifier une différence de traitement entre les femmes et les hommes soumis aux obligations militaires, il ne peut plus la justifier lorsqu'elle s'applique entre les femmes et les hommes dégagés de leurs obligations militaires.

■ 111. CC 2003-483 DC, 14 août 2003, R. p. 430.

■ 112. CC 2013-667 DC, 16 mai 2013, JO, 18 mai 2013 p. 8258.

■ 113. CC 2013-664 DC, 13 février 2013, JO, 2 mars 2013, p. 3896.

d'une coprésidence paritaire. Il considère que cette faculté créerait une différence de traitement entre les groupes parlementaires puisque ceux coprésidés bénéficieraient deux fois du droit de demander une suspension de séance pour réunir son groupe ou un vote par scrutin public ; et il juge cette différence « injustifiée au regard de la participation des groupes à l'exercice par l'Assemblée nationale de ses missions constitutionnelles ». La différence de traitement ne peut être niée puisque les groupes coprésidés disposaient, en effet, d'outils plus nombreux pour accomplir leurs missions constitutionnelles. Mais, les outils financiers dont sont privés les partis politiques qui ne font pas des listes paritaires créent une différence de traitement avec les partis « paritaires » certainement aussi préjudiciable à l'accomplissement de leurs missions constitutionnelles. Dans ce dernier cas, le Conseil valide en jugeant que cette différence est justifiée par l'objectif de promouvoir la parité ; dans le premier, il censure alors que les conséquences de cette différence sont assurément moindres et surtout qu'elle pouvait être une incitation pour tous les groupes à adopter la coprésidence paritaire pour bénéficier des mêmes pouvoirs d'intervention parlementaire.

B. | LE TRAITEMENT DIFFÉRENCIÉ DES ÉTRANGERS

893 Les étrangers, contrairement aux femmes, ne bénéficient pas de dispositions constitutionnelles particulières dans le domaine de l'égalité. Mais le contentieux en la matière est abondant, riche, parfois obscur, et mérite incontestablement des développements spécifiques. D'autant plus que le lourd passé colonial de la France fait émerger régulièrement, dans les affaires QPC, des dispositions et des régimes qui ont créé, de façon plus ou moins assumée, des discriminations entre les nationaux et les ressortissants des anciennes colonies.

D'une manière générale, la question du rapport entre la nationalité et les droits fondamentaux a toujours suscité d'âpres débats. D'un côté, les législations des États qui réservent à leurs nationaux, parfois à juste titre, de nombreux privilèges. De l'autre, la philosophie humaniste des Lumières qui accorde aux individus des droits sans distinction de race, de sexe, de religion, mais aussi d'appartenance étatique. Il existe donc une tension, toujours vive, entre la réalité des droits étatiques et la notion même de droits de l'homme. À cela s'ajoute, depuis quelques années, un retour en force du critère « national » dans le débat politique français, notamment pour les emplois, pour l'industrie, pour la culture, pour l'automobile, pour l'aéronautique... Dans ce cadre, évidemment, la tâche du Conseil n'est pas simple : il ne peut logiquement interdire au législateur de réserver aux nationaux des droits et des avantages, mais il doit veiller, en revanche, à empêcher les discriminations qui seraient injustifiées au regard de l'objet de la loi.

894 La grande décision du 22 janvier 1990¹¹⁴ est une illustration de cette tension entre les exigences « nationales » et la nécessité de respecter les droits fondamentaux des étrangers. À l'origine de cette décision, une disposition législative prévoyant qu'une allocation supplémentaire de solidarité « n'est due aux étrangers

■ 114. CC 89-269 DC, 22 janvier 1990, R. p. 33.

qu'en application des règlements communautaires ou de conventions internationales de réciprocité ». Soulevant d'office la question de la constitutionnalité de cette disposition, que les requérants n'avaient pas contestée, le Conseil juge que « l'exclusion des étrangers résidant régulièrement en France du bénéfice de l'allocation supplémentaire méconnaît le principe constitutionnel d'égalité ». Avancée jurisprudentielle spectaculaire¹¹⁵ qui, dans le contexte politique de l'époque, honore un Conseil désormais assez fort pour imposer au législateur le respect de l'égalité des droits entre Français et étrangers. L'extension du principe d'égalité est même maximum, puisque le Conseil rejette aussi la différence de traitement des étrangers établie par la loi, selon qu'ils peuvent ou non se prévaloir de règlements communautaires ou de conventions internationales de réciprocité : le principe s'applique à *tous* les étrangers régulièrement en France.

895 Par la suite, le Conseil a défini, dans sa décision du 13 août 1993¹¹⁶, un véritable statut constitutionnel des étrangers qu'il est possible de résumer ainsi : si, à la différence des Français, les étrangers ne disposent pas d'un droit d'entrée et de séjour sur le territoire de la République, ils bénéficient, une fois régulièrement installés, des mêmes droits fondamentaux que les nationaux et le législateur ne peut leur imposer « des dispositions spécifiques » que si elles sont destinées à assurer la sauvegarde de l'ordre public, objectif de valeur constitutionnelle. Parmi ces droits fondamentaux, figurent, par exemple, la liberté d'aller et venir, « laquelle n'est pas limitée au territoire national mais comporte également le droit de le quitter »¹¹⁷, l'inviolabilité du domicile, la liberté individuelle, les garanties juridictionnelles de droit commun, le droit de mener une vie familiale normale et le droit au respect de la vie privée et familiale. Cette dernière formulation, empruntée au vocabulaire de la Cour de Strasbourg, a permis la censure, dans la décision du 22 avril 1997, de la disposition refusant le renouvellement de plein droit de la carte de résident lorsque la présence de l'étranger constitue une menace pour l'ordre public. Considérant, en effet, que le renouvellement de cette carte concerne les étrangers résidant en France depuis au moins dix ans, le Conseil a jugé qu'« en raison d'une telle stabilité, de nature à avoir fait naître entre l'étranger et le pays d'accueil des liens multiples, une simple menace pour l'ordre public ne saurait suffire à fonder un refus sans atteintes excessives au droit de l'intéressé au respect de sa vie familiale et privée ».

■ 115. Deux décisions au moins « annonçaient » celle du 22 janvier 1990 : la décision du 9 janvier 1990, où le Conseil examine si les dispositions relatives aux expulsions d'étrangers ne sont pas contraires au principe de la liberté individuelle (CC 79-109 DC, 9 janvier 1980, *R.* p. 29) et celle du 3 octobre 1981, où il affirme que la loi peut accorder « des droits à des étrangers alors même que l'État dont ils sont ressortissants ne donne pas les mêmes droits aux Français » (CC 81-130 DC, 30 octobre 1981, *R.* p. 31). L'arrêt du Conseil d'État du 30 juin 1989 qui annule une décision du Conseil de Paris réservant l'allocation pour la naissance du troisième enfant aux seuls nationaux, n'apportait pas la même qualité de protection : d'abord parce qu'il se fondait essentiellement sur une question de compétence – la discrimination n'était pas la conséquence d'une loi –, ensuite parce que sa position ne lui permet pas d'assurer le respect des droits à l'encontre du législateur.

■ 116. CC 93-325 DC, 13 août 1993, *R.* p. 224.

■ 117. CC 97-389 DC, 22 avril 1997, *R.* p. 45.

896 Plus spectaculaire encore, le Conseil a utilisé, dans la décision du 15 novembre 2007¹¹⁸, tous les droits fondamentaux dont disposent les étrangers pour énoncer des réserves qui rendent inapplicable le recours aux tests génétiques comme moyen de preuve de filiation : ces tests ne peuvent prévaloir sur les règles de preuve du lien de filiation des étrangers définies par les conventions internationales, ils ne sont pas applicables à la preuve de la filiation adoptive ni au père pour satisfaire « le respect de la vie privée de l'enfant et du père »... Réserves après réserves, le Conseil a désactivé la preuve génétique. Mais, son raisonnement juridique aurait tout aussi bien pu fonder une censure, car il n'est pas indifférent que le principe même de l'identification par la génétique ait été validé. L'article 1^{er} de la Constitution de 1958 invitait, en effet, le Conseil à censurer les tests ADN sur le fondement du principe de non-discrimination en raison des gènes.

897 L'entrée en vigueur de la QPC n'a pas freiné cette jurisprudence dynamique, bien au contraire. Hasard ou non, la première décision rendue dans le contentieux *a posteriori* concerne justement le domaine de l'égalité entre les nationaux et les Français : dans la décision QPC n° 1 du 28 mai 2010¹¹⁹, le Conseil invalide plusieurs dispositions créant, selon ses mots, des « différences injustifiées » en matière de pensions civiles et militaires. De même, dans la décision du 23 juillet 2010¹²⁰, il prononce l'abrogation des dispositions réservant la carte d'ancien combattant de l'armée française aux seules personnes qui, au moment de leur demande, soit possédaient la nationalité française, soit résidaient en France. Selon les requérants, cette législation ne permettait pas la délivrance de la carte d'ancien combattant à certaines personnes – des harkis essentiellement – qui avait combattu dans les rangs de l'armée française pendant la guerre d'Algérie. Assez logiquement, le Conseil censure en précisant que les dispositions en cause « ne pouvaient établir, au regard de l'objet de la loi et pour cette attribution, une différence de traitement selon la nationalité ou le domicile entre les membres des forces supplétives ».

Dans un domaine proche, le Conseil a également censuré une disposition législative accordant aux anciens combattants des allocations et des aides au logement en fonction de leur nationalité : « le législateur ne pouvait, sans méconnaître ce même principe (le principe d'égalité), établir au regard de l'objet de la loi de différence selon la nationalité »¹²¹. Pareillement, dans sa décision du 6 mai 2011¹²², il invalide une disposition autorisant les seuls journalistes « de nationalité française » à désigner les représentants du personnel au conseil d'administration de l'Agence France Presse, et il juge en l'espèce que « le législateur ne pouvait instituer une différence de traitement entre les personnels de l'agence selon qu'ils sont ou non de nationalité française ».

En revanche, il admet dans la décision du 5 août 2011¹²³ qu'une disposition offre aux Français un avantage spécifique en matière de succession, non pas pour

■ 118. CC 2007-557 DC, 15 novembre 2007, JO 21 novembre 2007, p. 19001.

■ 119. CC 2010-1 QPC du 28 mai 2010, JO 29 mai 2010, p. 9728.

■ 120. CC 2010-18 QPC, 23 juillet 2010, JO 24 juillet 2010, p. 13729

■ 121. CC 2010-93 QPC, 4 février 2011, JO 5 février 2011, p. 2351.

■ 122. CC 2011-128 QPC, 6 mai 2011, JO 7 mai 2011, p. 7852.

■ 123. CC 2011-159 QPC, 5 août 2011, JO 6 août 2011, p. 13478.

favoriser les nationaux mais seulement pour éviter que les héritiers étrangers bénéficient d'une situation plus favorable que les héritiers français.

Dans la décision du 23 mars 2016, le Conseil censure à nouveau¹²⁴ une disposition législative rattachée aux « événements » d'Algérie, mais avec un raisonnement assez subtil. À l'origine de l'affaire, une loi adoptée le 31 juillet 1963 qui permet aux victimes de la guerre d'Algérie d'obtenir un droit à pension pour les dommages qu'elles ont subis entre 1954 et 1962. La loi précise que la réparation est ouverte aux « personnes de nationalité française à la date de promulgation de la présente loi ». Or il se peut, dans le tourbillon des événements de l'époque, qu'une personne soit effectivement de nationalité française le jour de l'attentat dont elle a été victime, par exemple en 1960 ou 1961, mais qu'elle ne le soit plus « à la date de promulgation de la présente loi », c'est-à-dire le 31 juillet 1963 (ce qui était précisément le cas de M. Chérif Y. à l'origine de la QPC). Saisi de l'affaire, le Conseil relève la rupture d'égalité entre les victimes et censure logiquement la disposition en pointant « une différence de traitement » injustifiée¹²⁵.

D'une manière générale, un tel traitement jurisprudentiel du principe d'égalité conduit inévitablement la doctrine, et le Conseil, à s'interroger sur sa portée réelle : contrôler si les différences de traitement opérées par le Parlement sont bien justifiées par des différences de situation ou des raisons d'intérêt général en rapport avec l'objet de la loi, n'est-ce pas exercer un contrôle de l'opportunité ?

§ 3. LA PORTÉE DU CONTRÔLE DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ

A. UN CONTRÔLE DE L'OPPORTUNITÉ DES DIFFÉRENCES DE TRAITEMENT

898 Que le principe d'égalité ne soit pas absolu, tout le monde l'admet. Qu'une différence de situation puisse justifier une rupture d'égalité, ou que des raisons d'intérêt général légitiment une différence de traitement compatible avec l'objet de la loi, personne ne le nie. Mais que sont des situations différentes ? À partir de quel seuil, de quels critères, de quelles caractéristiques, des personnes physiques ou morales peuvent être considérées ne plus relever de situations semblables ? Et que sont les raisons d'intérêt général ? À partir de quel degré peuvent-elles justifier des mesures non identiques ? Bref, qu'est-ce qu'une inégalité ou une discrimination arbitraire ou injustifiée ?

À ces interrogations, il ne peut être apporté de réponses objectives ou s'imposant d'elles-mêmes ; tout est question de choix, d'appréciation, d'évaluation, de jugement sur l'opportunité ou non d'une différence de traitement, tout repose en définitive sur la subjectivité de celui qui décide de la nécessité, de la pertinence d'une distinction, même s'il s'efforce, par un travail de mise en forme, de rendre

■ 124. V. CC 2010-1 QPC, 28 mai 2010, JO 29 mai 2010, p. 9728 ; CC 2010-18 QPC, 23 juillet 2010, JO 24 juillet 2010, p. 13729 ; CC 2010-93 QPC, 4 février 2011, JO 5 février 2011, p. 2351.

■ 125. Le raisonnement est similaire dans la décision du 14 novembre 2014 : le Conseil valide le dispositif qui interdit l'extradition des nationaux, la nationalité étant appréciée au jour de l'infraction (CC 2014-427 QPC, 14 novembre 2014, JO 16 novembre 2014 p. 19331).

son choix, objectif, neutre ou rationnel. Dès lors, le problème se déplace du contenu des questions vers les auteurs des réponses : quelles sont les personnes, les institutions chargées de définir les inégalités justifiées, de décider des différences de situation ou des raisons d'intérêt général ?

Répondre « le Parlement sous le contrôle du Conseil constitutionnel » n'est pas aussi simple ou anodin que la formule peut le laisser penser. En effet, si le législateur définit librement, dans un premier temps, les différences de situation ou les raisons d'intérêt général justifiant, selon lui, l'édition de règles différentes, le Conseil, lorsqu'il est saisi, contrôle les motifs invoqués pour fonder la discrimination ; et, ce faisant, il contrôle l'opportunité des distinctions opérées par le législateur qui perd, en conséquence, son pouvoir de libre décision. Car, en substituant son appréciation des différences de situation ou des raisons d'intérêt général à celle du Parlement, le Conseil ne substitue pas une appréciation objective, qui serait la sienne, à une appréciation subjective, qui serait celle du législateur. Il lui oppose seulement sa propre conception des discriminations légitimes : « l'arbitraire du Parlement est remplacé par celui du Conseil constitutionnel », écrit un de ses anciens membres, François Luchaire¹²⁶. Qu'il confirme ou infirme l'appréciation du Parlement ne change rien au processus du contrôle qui met toujours le Conseil en position d'apprécier la pertinence des distinctions introduites par le législateur. De sorte que, en dépit des précautions argumentaires du Conseil lui-même ou de la doctrine, *le Conseil est un organe qui participe avec le Parlement à la définition des différences de traitement légitimes* ; avec même, sur lui, un avantage, puisque sa position institutionnelle, telle qu'elle résulte notamment de l'article 62 de la Constitution, lui permet, en dernière analyse, de faire prévaloir sa conception.

Un autre traitement du principe d'égalité est-il possible ? Une autre politique jurisprudentielle est-elle envisageable ?

B. | VERS UNE CONCEPTION ÉQUITABLE DE L'ÉGALITÉ

899 Certains auteurs ont adressé à cette jurisprudence constitutionnelle deux séries de critiques¹²⁷, toujours d'actualité. Ce type de contrôle, qui est celui pratiqué par la juridiction administrative depuis longtemps, ne peut pas être transposé tel quel par le Conseil, car les deux organes ne sont pas... dans des situations semblables : le Conseil d'État devant faire respecter la volonté du Parlement par l'Exécutif, il est logique qu'il contrôle si une décision administrative n'établit pas des inégalités contraires à la loi ; en revanche, le Conseil constitutionnel se trouve face à une institution qui possède une légitimité et un droit plus grand que les siens pour décider, à savoir le législateur élu au suffrage universel et exprimant la souveraineté nationale. Seconde critique, la politique jurisprudentielle du Conseil conduirait à une impasse, puisque, soit il entérine les discriminations décidées par le Parlement et il se discrédite auprès de l'opinion comme institution indépendante et gardienne des droits et libertés contre les prétentions partisans des élus, soit il s'oppose aux

■ 126. F. LUCHAIRE, *op. cit.*, p. 250.

■ 127. V. par ex., C. LEBEN, « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *RDP*, 1982, p. 295.

différences instituées par le législateur et il provoque un conflit direct avec l'expression du suffrage universel.

900 Pour sortir de cette situation, il est donc proposé au Conseil d'abandonner sa jurisprudence actuelle, qui est en fait celle du Conseil d'État, et d'en forger une nouvelle, correspondant mieux à sa situation. L'idée la plus couramment émise est la suivante : les textes constitutionnels – Déclaration, Préambule et Constitution – interdisent des discriminations précises fondées sur le sexe, la race, les opinions, l'utilité privée... ; chaque fois qu'une loi établit une discrimination expressément interdite, le Conseil est en droit de censurer le législateur ; chaque fois que la loi établit une discrimination qui n'est pas fondée sur le sexe, la race, les opinions, etc., le Conseil doit renoncer à son contrôle et respecter l'appréciation du législateur.

Très séduisante, cette thèse se heurte cependant à trois objections. Dans le droit public moderne, la primauté du Parlement n'existe plus, la loi n'exprimant la volonté générale que dans le respect de la Constitution ; il n'est donc pas, ou plus, illégitime de voir une institution, le Conseil, soumettre le législateur à sa décision. Ensuite, inviter le Conseil à ne censurer que les discriminations interdites par les textes ne garantit pas un contrôle d'où serait absente toute appréciation d'opportunité ; il suffit par exemple de rappeler que l'article 1^{er} de la Déclaration de 1789 permet des discriminations fondées « sur l'utilité commune » pour imaginer ce que le flou de cette notion ouvre de perspectives subjectives, aussi bien au législateur qu'au Conseil. Enfin, cette proposition doctrinale bute sur le « cas du chauve », pour reprendre la formule du doyen Vedel¹²⁸ : faudrait-il que le Conseil ne censure pas une différence de traitement opérée entre gens chevelus et gens chauves, sous prétexte que cette discrimination n'est pas expressément interdite par la Constitution ? Cette seule conclusion suffit pour repousser la thèse du contrôle des seules discriminations constitutionnellement prohibées.

901 La pratique actuelle qui conduit le Conseil, soit pour la confirmer, soit pour l'infirmer, à substituer son appréciation des différences de traitement justifiées à celle du législateur paraît donc inévitable, en ce qu'elle est la conséquence logique du contrôle de la constitutionnalité des lois. *Ce qui ne signifie pas que le Conseil dispose du pouvoir d'apprécier, de façon souveraine, la pertinence des discriminations décidées par le Parlement.* En effet, le travail d'appréciation du Conseil s'inscrit dans un système complexe de relations à d'autres institutions, à la communauté des juristes, à l'opinion, à la classe politique, qui limite sa marge de manœuvre et l'oblige, dans son appréciation des atteintes justifiées à l'égalité, à tenir compte de l'environnement politique et social du moment. Il ne pourrait ainsi jamais, ou jamais longtemps, admettre la constitutionnalité d'une discrimination qui serait socialement, culturellement rejetée ; ou repousser une discrimination qui serait, de la même manière, considérée favorable à une meilleure égalité des conditions. Dès lors, si la doctrine veut avoir un rôle, il n'est certainement pas dans la construction de systèmes rationalisant la pratique jurisprudentielle ; celle-ci est trop existentielle, c'est-à-dire pragmatique, évolutive, pour se laisser figer ou enfermer dans des théories définitives. Il est sans doute, plus modestement, et

■ 128. G. VEDEL, « Doctrine et Jurisprudence constitutionnelle », *RDJ*, 1989, p. 11.

comme celui de l'ensemble des partenaires du Conseil, de rechercher, dans l'évolution de la société, les inégalités qui ne se justifient plus, celles qui se justifient encore et celles, nouvelles, qui apparaissent justifiées pour assurer une meilleure égalité.

Sous ce rapport, il se dégage de la jurisprudence constitutionnelle que le Conseil ne défend pas une conception égalitaire de l'égalité mais cherche à promouvoir une conception *équitable* de l'égalité. Le concept central qui paraît en effet guider son raisonnement est le principe de justice : est juste et donc acceptable, selon les juges constitutionnels, une inégalité qui contribue à rendre la situation des plus défavorisés la meilleure possible. Le principe de justice n'est pas en contradiction avec le principe d'égalité ; il en est au contraire le prolongement nécessaire, la forme la plus élaborée. La justice, dans la décision du 26 janvier 1995¹²⁹ par exemple, se décline dans l'idée de solidarité territoriale. Il est juste que le législateur institue des procédures juridiques et des aides particulières pour les collectivités des zones défavorisées, même si les autres parties du territoire, plus favorisées, n'en profitent pas ; car ces inégalités contribuent à améliorer la situation économique et sociale de ces zones et favorisent en conséquence non seulement la cohésion territoriale mais aussi l'égalité réelle entre les citoyens, quel que soit leur lieu d'habitation. Par justice, par solidarité, les collectivités les plus riches doivent accepter ces inégalités de traitement. Par fraternité aussi, peut-être, qui est un des principes de la République énoncé par la Constitution. De même, dans la décision du 23 juillet 1999¹³⁰, le Conseil juge que « le principe d'égalité n'interdit pas de mettre à la charge de certaines catégories de personnes des charges particulières en vue d'améliorer les conditions de vie d'autres catégories de personnes ». En l'espèce, garantir l'accès à une protection complémentaire en matière de santé aux personnes dont les ressources sont les plus faibles – principe de justice – a légitimé les différences de traitement dès lors qu'elles ne mettaient pas en cause le droit égal de chacun au système le plus étendu de droits – principe d'égalité. De même encore, l'idée de justice irrigue la décision du 22 avril 2016¹³¹ dans laquelle le Conseil valide une disposition qui exonère les départements d'outre-mer du paiement d'une taxe frappant... les lessives. Le coût d'importation de ces produits de grande consommation « gonfle » en effet le prix final payé par le consommateur, et il peut paraître juste d'accorder aux départements d'outre-mer, et indirectement aux habitants de ces départements, un avantage par rapport à la métropole.

■ 129. CC 94-358 DC, 26 janvier 1995, R. p. 183.

■ 130. CC 99-416 DC, 23 juillet 1999, R. p. 100.

■ 131. CC 2016-537 QPC, 22 avril 2016, JO 24 avril 2016, texte n° 29 : « compte tenu, d'une part, de la distance entre le territoire d'importation ou de fabrication des produits et le territoire d'utilisation et, d'autre part, de la spécificité géographique des départements d'outre-mer, la différence de traitement repose sur une différence de situation ».

BIBLIOGRAPHIE

- J. BUISSON, « La dérive de l'égalité devant l'impôt », *RDJ*, 2000, p. 9 ■ M. BRILLAT, *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, Institut Universitaire Varenne, 2015 ■ J.-Y. CHÉROT, « Quelques observations sur le principe d'égalité dans la Constitution et dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Mélanges Cadoux*, PUAM, 1999 ■ CONSEIL D'ÉTAT, *Sur le principe d'égalité*, Extrait du rapport public de 1996, *EDCE*, La Documentation française, 1996 ■ P. DELVOLVÉ, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, LGDJ, 1969 ■ L. FAVOREU, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence constitutionnelle en France*, Y. Blais, Montréal, 1986 ■ O. FOUQUET, « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant l'impôt », *NCCC*, n° 33, 2011, p. 278 ■ O. JOUANJAN, « Égalité », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF-Lamy, 2003 ■ C. LEBEN, « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *RDJ*, 1982, p. 295 ■ A.-M. LE POURHIET, « Pour une analyse critique de la discrimination positive », *Le Débat*, 2001, n° 114, p. 192 ■ A. LEVADE, « Discrimination positive et principe d'égalité en droit constitutionnel français », *Pouvoirs*, n° 111, 2004, p. 224 ■ D. LOCHAK, « Les hommes politiques, les sages (?)... et les femmes », *DS*, 1983, p. 131 ■ F. LUCHAIRE, « Un Janus constitutionnel : l'égalité », *RDJ*, 1986, p. 1229 ■ F. MÉLIN-SOUCRAMANEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, PUAM, 1997 ■ « Le principe d'égalité devant la loi. Regard du constitutionnaliste », *Revue générale de droit international public*, 2014, n° 3, p. 561 ■ G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2004 ■ F. MICLO, « Le principe d'égalité et la constitutionnalité des lois », *AJDA*, 1982, p. 115 ■ G. PÉLISSIER, *Le principe d'égalité en droit public*, LGDJ, Paris, 1996 ■ L. PHILIP, « La portée du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel », *RDJ*, 1974, p. 531 et 1099 ■ « La valeur juridique de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Mélanges Kayser*, t. II, PUAM, 1979, p. 317 ■ « Le principe constitutionnel d'égalité en matière fiscale », *DF*, n° 12, Février 1990 ■ J. ROBERT, « Le principe d'égalité dans le droit constitutionnel francophone », *CCC*, n° 3, 1997 ■ J.-H. ROBERT, « Les variations du principe d'égalité devant la loi », *Droit pénal*, n° 10, 2013, comm. 145 ■ M. ROSENFELD, « L'égalité et la tension dialectique entre l'identité et la différence », *Constitutions*, n° 2, 2010, p. 177 ■ J.-M. SAUVÉ, « Le principe d'égalité et le droit de la non-discrimination », Intervention lors du Colloque « Dix ans de droit de la non-discrimination », 5 octobre 2015, disponible sur www.conseil-etat.fr ■ R. TORLET et M. VALETEAU, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au principe d'égalité depuis l'institution de la QPC », *DF*, n° 13, 2015, p. 231 ■ G. VEDEL, « L'égalité », *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ses origines, sa pérennité*, La Documentation française, 1990.

TROISIÈME PARTIE

LE DROIT CONSTITUTIONNEL, UN DROIT CONNECTÉ

902 À la fin des années 1950, la Constitution était une « notion en survivance »¹ ; aujourd'hui, elle est non seulement ressuscitée mais en pleine vitalité. Il est vrai cependant qu'il ne s'agit pas de la résurrection de la notion ancienne de Constitution. Le Conseil, qui a puissamment contribué à ce Lazare constitutionnel, en a en effet profondément transformé le sens : la Constitution est devenue la forme dans laquelle une société se représente (chapitre 1) et la forme dans laquelle la démocratie se refonde (chapitre 2).

■ 1. G. BURDEAU, *Une survivance, la notion de Constitution*, Sirey, 1956, p. 53.

CHAPITRE I

LA TRANSFORMATION DE L'OBJET DE LA CONSTITUTION : LA SOCIÉTÉ

903 Une constitution a toujours eu pour prétention de mettre en ordre le politique, de l'obliger à s'inscrire dans le cadre de valeurs qu'elle exprimait ; elle a désormais, au service de cette prétention, une arme, le contrôle de constitutionnalité, qui permet d'assurer son respect par les acteurs politiques (section 1). Mais, plus important sans doute, la constitution n'a plus seulement le politique pour objet ; elle met aussi en forme la société (section 2).

SECTION I

LA CONSTITUTION, FORME CLASSIQUE DE LA REPRÉSENTATION LÉGITIME DU POLITIQUE

904 Vieille querelle : la vie politique a-t-elle ses propres lois, ou est-elle régie par le droit ? Les transformations induites par le travail, depuis 1958, d'une nouvelle institution, le Conseil constitutionnel, ont incontestablement contribué à la juridicisation de la politique (§ 1). Pourtant, ce phénomène ne supprime pas ce que le doyen Vedel¹ nomme « l'insoutenable autonomie du politique » (§ 2).

§ 1. LA MESURE DE LA JURIDICISATION DE LA POLITIQUE

905 La juridicisation de la vie politique se mesure à la fois à l'importance prise par les arguments constitutionnels dans les débats politiques (A) et à

■ 1. G. VEDEL, « Le hasard et la nécessité », *Pouvoirs*, 1989, n° 50, p. 15.

la revendication par les acteurs politiques de la Constitution comme fondement de leurs comportements (B).

A. LA JURIDICISATION DES DÉBATS POLITIQUES

1. Le traitement juridique des conflits politiques

906 La juridicisation du débat politique est d'abord la conséquence logique de l'institution et du développement, sous la V^e République, du champ constitutionnel juridictionnel. En effet, la création du Conseil provoque l'apparition d'un nouvel espace, organisé selon des règles propres et différentes des autres espaces institutionnels, dans lequel et par lequel s'opère la transformation d'un conflit politique en conflit juridique. La caractéristique fondamentale de cette transformation consiste en ce qu'une question politique n'est plus gérée directement par la classe politique, mais est transmise à un « tiers médiateur », le Conseil constitutionnel. Et ce recours au Conseil implique automatiquement une redéfinition complète des termes de la question. D'abord, par la saisine, opposition et majorité acceptent, au moins tacitement, de renoncer au mode de discussion et de règlement politiques du problème, comme le compromis parlementaire. Ensuite et peut-être surtout, la remise du règlement du conflit au Conseil oblige ce dernier à traduire en termes juridiques tous les aspects de la question, pour la constituer en problème juridique pouvant être traité selon les règles, principes et techniques propres aux débats juridiques.

Les exemples de cette transformation ne manquent pas. Quand le conflit sur les nationalisations est transmis au Conseil, l'argumentation politique tant dans son contenu – socialisme/libéralisme – que dans sa forme – violence des débats – s'efface pour laisser la place aux seuls arguments acceptables et acceptés dans le champ du droit : exégèse des textes constitutionnels de référence (1789 et 1946), conciliation de principes juridiques contradictoires, définition et contrôle des caractères préalables et justes de l'indemnisation... Quand le Président de la République transmet au Conseil la question du protocole de la Convention européenne des droits de l'homme relatif à l'abolition de la peine de mort, le débat n'est plus formulé en termes politiques – pour ou contre la peine de mort – mais retraduit en termes juridiques : le protocole porte-t-il atteinte à l'article 3 de la Constitution, aux conditions essentielles de l'exercice de la souveraineté nationale ? Les controverses sur l'interruption volontaire de grossesse, les privatisations, la liberté de communication, l'élection de l'Assemblée européenne au suffrage universel, l'amnistie... sont ainsi converties en problèmes juridiques pour pouvoir être traitées selon les règles et les procédures propres au champ juridique.

907 L'entrée d'un problème dans le champ constitutionnel juridictionnel n'a pas seulement pour effet de le faire passer du langage et de la vision des politiques au langage et à la vision des juristes ; elle a aussi pour conséquence de le soumettre au raisonnement spécifique du traitement juridictionnel des affaires. Ainsi, les requérants doivent respecter la procédure propre au Conseil et faire entrer leur contestation de la loi dans les catégories reconnues : inconstitutionnalité externe – incompétence, vice de forme ou de procédure – inconstitutionnalité interne – violation

des droits constitutionnels. Le texte de saisine se juridicise en conséquence, en excluant les arguments politiques ou moraux, pour ne retenir que ceux qui peuvent être entendus par le Conseil. De même, le propre du fonctionnement juridictionnel est de rechercher dans les décisions antérieures le fondement de la solution d'es-pèce, ce qui renforce le sentiment de détermination uniquement juridique, objective et en tout cas non politique, de la décision de justice. Tirant le bilan de neuf années de mandat de conseiller, le doyen Vedel écrit de manière significative que le Conseil a posé « des règles permanentes et objectives, susceptibles d'opérer indépendamment de la nature du pouvoir en place, qu'il soit de droite ou de gauche ; tout ce que le Conseil a formulé par exemple dans sa décision en matière de liberté de presse à propos de la loi Fillioud en 1984, a pu être réaffirmé littéralement à propos de la loi Léotard après l'alternance de 1986 »².

908 Enfin, le propre du Conseil est d'arriver à une décision qui tranche le conflit dans un sens ou dans l'autre, qui invalide ou confirme, partiellement ou totalement, la loi. Et le verdict qui, pour les raisons précédentes, apparaît comme le produit d'un débat juridique mené rationnellement selon les seules règles du droit, se présente comme l'expression de la vérité et met fin, après les inévitables réactions qui suivent son prononcé, à la controverse. Le soir même de la fameuse décision du 16 janvier 1982, le conseiller spécial du Président de la République, Jacques Attali, déclarait que « le Conseil ayant reconnu la conformité à la Constitution des nationalisations, tout le débat qui avait été faussement posé, au cours de la campagne présidentielle, du caractère constitutionnel des nationalisations est terminé »³. Et il en est ainsi après chaque décision.

Ces facteurs structurels de juridicisation du débat politique mettent également en mouvement toute une série de comportements qui vont renforcer ce processus.

2. L'« effet-entraînement » de la logique juridictionnelle

909 Le passage d'un problème du champ politique au champ constitutionnel juridictionnel qu'implique le recours au Conseil entraîne automatiquement la montée en puissance de ceux qui détiennent la compétence juridique. Si les constitutionnalistes apparaissent aujourd'hui en position de domination ou de maîtrise des questions politiques, c'est moins par un effet de volonté que parce que la constitution du champ constitutionnel juridictionnel est inséparable de l'instauration du « pouvoir » des professionnels du droit constitutionnel⁴.

Ce pouvoir est lié à leur maîtrise des instruments nécessaires pour transformer des questions politiques en problèmes juridiques. Et plus les recours au Conseil se multiplient, c'est-à-dire plus les questions politiques sont remises au droit, plus le besoin de faire appel à ceux qui possèdent la compétence juridique se développe et plus leur pouvoir se renforce. Ainsi les hommes politiques ont « besoin » d'arguments juridiques pour rédiger le texte de leur saisine, pour défendre la légitimité de

■ 2. G. VEDEL, *Débat* 1989, n° 55, p. 48.

■ 3. *Le Monde* du 19 janvier 1982.

■ 4. Sur cette approche, voir les travaux de P. BOURDIEU, et par exemple, « La force du droit », *Actes de la Recherche en sciences sociales* 1986, n° 64, p. 3.

leur contestation en inconstitutionnalité et, par conséquent, ils ont « besoin » de ceux qui, par leur compétence, savent faire ce type de travail, savent mettre en forme juridique les termes d'une question politique. Les consultations, demandées ou spontanées, de constitutionnalistes deviennent désormais, pour chaque affaire, une pratique régulière⁵ et le devienne encore davantage depuis l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité.

910 La forte présence des juristes dans les débats politiques est donc d'abord un effet du développement du champ constitutionnel juridictionnel. Il est vrai qu'ensuite, profitant de cette conjoncture favorable, ils interviennent en dehors même de toute contestation juridictionnelle de constitutionnalité, pour juridiciser toutes les questions politiques. Mettant en avant, sur la base de l'acquis jurisprudentiel, les avantages procurés par le traitement juridique des problèmes, ils finissent par convaincre la classe politique, au sens large, de l'intérêt à présenter toute question sous l'angle juridique et, par suite, de l'intérêt de recourir à leurs conseils, à leur méthode d'analyse et finalement à leur manière de constituer, de définir et de faire percevoir la réalité.

Les exemples de cette prise en main de la chose politique par les juristes ne manquent pas : les fameux conflits politiques entre François Mitterrand et Jacques Chirac sur le refus présidentiel de signature des ordonnances relatives aux privatisations, au découpage des circonscriptions électorales et à l'aménagement du temps de travail sont immédiatement saisis par les juristes pour être formulés dans les termes classiques du débat juridique entre « compétence liée » et « pouvoir discrétionnaire »⁶ ; la détermination de l'électorat en Nouvelle-Calédonie, question éminemment politique, est immédiatement transformée en un débat juridique sur la notion de citoyen et le principe d'égalité ; les moyens d'éviter la dérive plébiscitaire d'un référendum sont recherchés dans l'obligation de soumettre la loi au contrôle préalable du Conseil et dans l'exigence constitutionnelle de clarté de la question posée ; etc.

911 Au demeurant, les hommes politiques participent eux-mêmes à ce processus de juridicisation. François Mitterrand déclare ainsi refuser de signer les ordonnances non pour des motifs politiques, mais parce que, dans le cas des privatisations, elles sont de nature à porter atteinte à l'indépendance nationale dont il est, en vertu de la Constitution, le garant⁷, et, dans les deux autres cas, parce que le découpage électoral et l'aménagement du temps de travail relèvent de la compétence du Parlement⁸. Mieux même, il justifie en 1986 son maintien en fonction malgré la victoire d'une majorité parlementaire contraire à ses idées, par le fait que l'« article 5 de la Constitution oblige le Président de la République à assurer la continuité

■ 5. Dans l'affaire des nationalisations, les professeurs DRAGO, DELVOLVÉ et LOUSSOUARN ont rédigé une consultation pour l'opposition, et les professeurs LUCHAIRE et ROBERT pour le Gouvernement.

■ 6. V. par exemple, J. ROBERT, « M. Mitterrand peut refuser de signer », *Le Monde* du 18 avril 1986 ; Y. GAUDEMET, « Le Président de la République est tenu de signer les ordonnances », *Le Monde* du 18 avril 1986 ; M. TROPER, « La signature des ordonnances, fonctions d'une controverse », *Pouvoirs*, 41, p. 75 ; D. GAXIE, « Jeux croisés », in *Les usages sociaux du droit*, CURAPP, 1989, p. 209.

■ 7. *Le Monde* du 16 juillet 1986.

■ 8. *Le Monde* du 4 octobre 1986.

de l'État et qu'on n'assure pas la continuité de l'État si, lorsqu'il y a un événement électoral, on s'en va»⁹ !

Au total, le traitement juridique des pratiques politiques finit par s'imposer au point de faire percevoir la réalité ainsi construite comme juridique et « naturellement » soumise à l'intervention de ceux qui en maîtrisent les règles.

B. LA JURIDICISATION DE L'ACTION POLITIQUE

1. La généralisation du recours au Conseil constitutionnel

912 La tendance à la soumission des acteurs politiques à la Constitution est le résultat de leurs recours de plus en plus fréquents au Conseil constitutionnel. La saisine dans le contrôle *a priori* devient en effet, pour l'opposition, un élément obligé de sa stratégie de contestation de la politique législative du Gouvernement. Elle y trouve de multiples avantages : gêner ou retarder l'exercice du pouvoir législatif comme le reconnaît implicitement le Conseil¹⁰, montrer à son électorat la détermination de son opposition, mettre en difficulté la majorité en essayant d'obtenir une invalidation totale ou même partielle de la loi qui l'oblige à une nouvelle rédaction et donc à de nouveaux compromis politiques... Cette « obligation » de saisine est telle que, par un retour pervers des choses, la majorité accuse l'opposition d'avoir mené une critique politicienne, tactique et non sérieuse de la loi, lorsqu'elle ne conteste pas la loi devant le Conseil ! En d'autres termes, Messieurs de l'opposition, saisissez le Conseil ! Et ce jeu atteint son paroxysme lorsque, ne le faisant pas, c'est le Premier ministre lui-même qui remet au contrôle du Conseil la loi dont il est, avec sa majorité, l'auteur... et se fait sanctionner¹¹ !

913 Accompagnant ce phénomène, le recours à la Constitution comme ressource d'action et de justification de l'action politique devient également une pratique régulière, surtout depuis une trentaine d'années. S'adressant au Parlement, le 8 avril 1986, le Président de la République déclare : « Devant un tel état de chose – la non-coïncidence des majorités présidentielle et parlementaire – beaucoup de nos concitoyens se posent la question de savoir comment fonctionneront les pouvoirs publics ; à cette question je ne connais *qu'une seule réponse, la seule possible, la seule raisonnable, la seule conforme aux intérêts de la Nation : la Constitution, rien que la Constitution toute la Constitution* ». Et, pendant les deux ans de la cohabitation, chacun des acteurs, Président et Premier ministre, présentera ses actions comme la simple mise en œuvre des compétences définies et autorisées par la Constitution, l'article 5 notamment pour le premier, les articles 20 et 21 pour le second. Bien d'autres exemples peuvent être donnés : en 1984, le Président de la République déclare ne pas pouvoir organiser un référendum sur l'école privée parce que, en l'état actuel de la rédaction de l'article 11, la Constitution ne le

■ 9. F. MITTERRAND, « 7 sur 7 », TF1, 29 mars 1987, *Le Monde* du 31 mars 1987.

■ 10. CC 85-197 DC, 23 août 1985, R. p. 70.

■ 11. CC 89-271 DC, 11 janvier 1990, R. p. 21. Il s'agissait en l'espèce, de la loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification des activités politiques.

permet pas ; en 1989, le Premier ministre regrette de ne pas pouvoir présenter un projet de loi accordant le droit de vote aux étrangers, au motif que, s'il y est politiquement favorable, la règle constitutionnelle le lui interdit.

Les hommes politiques donnent ainsi à voir une vie politique régie par le droit, soumise à ce que permet et interdit la Constitution. Quelles que soient les raisons de cette référence au texte, cette invocation continue du droit finit par produire des effets et, en particulier, favorise la part du droit dans la détermination de l'action politique.

2. | L'intériorisation de la Constitution

914 L'action politique se trouve affectée par le droit de trois manières différentes mais complémentaires. D'abord, par sa sanction, le Conseil conduit directement à une modification de la politique de la majorité gouvernementale. En 1984, la gauche souhaitait instaurer, pour la désignation des responsables universitaires, un collège électoral unique comprenant les professeurs et les autres enseignants ; elle dut y renoncer et revenir à des collèges séparés après la censure du Conseil¹². En 1982, la gauche souhaitait faire des DOM une seule collectivité, à la fois département et région, gérée en conséquence par une assemblée unique ; en censurant ce dispositif, le Conseil l'a obligée à maintenir un cadre politique qu'elle voulait transformer¹³. En 1986, la droite souhaitait, dans une perspective libérale, ne pas entraver les concentrations des entreprises de presse pour favoriser la constitution de grands groupes compétitifs au plan européen ; elle dut y renoncer, et fut contrainte, après la décision du Conseil¹⁴ « de voter un texte anti-concentration qu'elle ne souhaitait pas, qu'elle n'aurait pas rédigé elle-même si on ne l'y avait pas forcée »¹⁵.

Ensuite, par crainte d'une contestation de la constitutionnalité de ses lois par l'opposition, la majorité cherche à tenir compte, dans l'élaboration de ses textes, de la jurisprudence constitutionnelle. Ce phénomène est particulièrement visible dans les débats parlementaires où les arguments juridiques et constitutionnels prennent désormais, parfois au détriment de la discussion politique, une place considérable. Cette influence préventive du Conseil sur la décision politique conduit alors à une autolimitation du législateur, soit dans le contenu de la réforme envisagée, soit dans le principe même de la réforme. Ainsi, les socialistes ont d'eux-mêmes renoncé à leur projet initial de décentralisation qui prévoyait l'attribution d'un pouvoir normatif aux collectivités locales, de crainte d'une censure du Conseil. Et le texte finalement proposé multiplie les formules destinées à montrer que le principe de l'unité de l'État est respecté¹⁶. La droite, de 1986 à 1988, et pour les mêmes

■ 12. CC 83-165 DC, 20 janvier 1984, *R.* p. 30.

■ 13. CC 82-147 DC, 2 décembre 1982, *R.* p. 70.

■ 14. CC 86-217 DC, 19 septembre 1986, *R.* p. 141.

■ 15. Tels sont les propos de F. LÉOTARD, ministre de la Culture et de la Communication, pour présenter « son projet de loi destiné à remplacer celui que le Conseil a censuré dans sa décision du 19 septembre 1986 », v. *Le Monde* du 11 octobre 1986.

■ 16. L'article 5 de la loi du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions est ainsi rédigé : « L'État a la responsabilité de la conduite de la politique économique et sociale, ainsi que de la défense de l'emploi. Néanmoins, sous réserve du respect de la liberté du commerce et de l'industrie, du principe d'égalité des citoyens devant la loi, ainsi que des règles de

raisons, a renoncé à plusieurs de ses projets, par exemple, la privatisation des prisons.

Cette crainte de la sanction juridictionnelle¹⁷, qui pousse à l'intégration préventive des considérations constitutionnelles dans l'action politique, est d'autant plus vive aujourd'hui que, avec la multiplication des recours au Conseil constitutionnel, la jurisprudence constitutionnelle se développe en largeur et en profondeur et tend à recouvrir l'ensemble du terrain politique. La perversité du système est d'ailleurs telle que la majorité se trouve souvent gênée par un droit qu'elle a contribué à faire naître lorsque, dans l'opposition, elle avait saisi le Conseil. Ainsi, en 1987, la gauche dans l'opposition provoque, par son recours au Conseil, la règle jurisprudentielle selon laquelle un amendement ne doit pas être sans lien avec le texte ni dépassé par son objet, sa portée, son ampleur et son importance, les limites inhérentes à l'exercice du droit d'amendement ; et elle obtient la censure de l'amendement Seguin¹⁸. Mais en 1989, la gauche, alors au pouvoir, voit la droite se servir de cette règle pour contester la constitutionnalité d'amendements déposés par les députés socialistes et obtenir, à son tour, leur invalidation¹⁹.

Enfin, l'aboutissement ultime de ce lent mouvement de soumission à la Constitution de l'action politique est la fameuse circulaire Rocard par laquelle le nouveau Premier ministre donne à ses collègues les instructions suivantes : « il convient de tout faire pour déceler et éliminer les risques d'inconstitutionnalité susceptibles d'entacher les projets de loi, les amendements, et les propositions de loi inscrits à l'ordre du jour. Cette préoccupation doit être la nôtre même dans les hypothèses où une saisine du Conseil constitutionnel est peu vraisemblable. Je vous demande à cette fin de faire étudier attentivement par vos services les questions de constitutionnalité que pourrait soulever un texte en cours d'élaboration et de saisir le secrétariat général du Gouvernement suffisamment à l'avance pour lui permettre de se livrer également à cette étude »²⁰.

915 La boucle est ainsi bouclée : après que les hommes politiques ont, pour des raisons souvent stratégiques, saisi le droit de leurs conflits, le droit saisit maintenant l'action des hommes politiques. La prise en considération des éléments constitutionnels devient, ou doit devenir, « naturelle » ; elle devient un principe, intériorisé par les acteurs politiques, de leur perception, de leur analyse, de leur jugement et de leur action politiques ; bref, le droit devient partie intégrante de l'habitus des hommes politiques, c'est-à-dire de leur système de dispositions à agir²¹.

Cette intériorisation a ses limites. En 2005, le ministre de la Justice admet en séance publique de l'Assemblée nationale que la rétroactivité du port du bracelet électronique pour les délinquants sexuels comporte des « risques d'inconstitutionnalité » et il invite les parlementaires de l'opposition à courir ce risque en ne

l'aménagement du territoire définies par la loi approuvant le Plan, la commune peut intervenir en matière économique et sociale dans les conditions prévues au présent article ».

■ 17. La crainte est en réalité celle des effets que peut produire dans l'opinion l'annonce d'une sanction de la loi par le Conseil.

■ 18. CC 86-225 DC, 23 janvier 1987, R. p. 13.

■ 19. CC 88-251 DC, 12 janvier 1989, R. p. 10.

■ 20. Circulaire ROCARD, JO 25 mai 1988, p. 7381.

■ 21. Sur la notion d'habitus, v. par exemple P. BOURDIEU, *Questions de sociologie*, Minuit.

saisissant pas le Conseil constitutionnel ; en 2010, le président de la République et le Premier ministre se disent à nouveau prêts à prendre un risque d'inconstitutionnalité en soumettant au Parlement un projet de loi interdisant le port du voile intégral dans tout l'espace public. En 2005, dans un rappel à l'ordre immédiat, exceptionnel et cassant par sa brièveté, le président du Conseil constitutionnel Pierre Mazeaud avait répliqué que « le respect de la constitution n'est pas un risque mais un devoir ». Un devoir au demeurant inscrit, pour le Président de la République, à l'article 5 de la Constitution.

Si, malgré ces péripéties, le phénomène de juridicisation de la politique n'est pas contesté, sa force et sa portée sont en revanche très discutées en doctrine.

§ 2. LA PORTÉE DE LA JURIDICISATION DE LA POLITIQUE

916

La soumission de la vie politique à la Constitution est une réalité ; la soumission de la vie politique à la Constitution est une illusion ; telles sont les deux thèses qui opposent juristes et politistes (A). L'affaire est sans doute plus complexe et, sans rechercher le juste milieu, il est permis de proposer une autre analyse (B).

A. LA CONTROVERSE DOCTRINALE

1. La force absolue du droit : le juridisme

917

Pierre Avril a résumé par une formule le sentiment d'une large majorité de la doctrine : « la V^e République consacre la revanche du droit »²². Revanche car les années 1950 sont plutôt celles de la « crise » du droit constitutionnel et du triomphe de la science politique.

En 1956, Georges Burdeau « constate que, ni dans les faits ni dans les esprits, les constitutions n'occupent plus cette place prépondérante qui était naguère la leur et qui correspondait à leur signification juridique »²³. La vie politique, le fonctionnement des institutions se déroulent en marge des règles constitutionnelles. Pour rendre compte du régime d'un pays, inutile de lire la Constitution ou les manuels de droit constitutionnel ; il vaut mieux étudier l'évolution des rapports de forces politiques, les modes de scrutin ou le système des partis politiques : la séparation de la majorité et de l'opposition est plus importante que la séparation des pouvoirs législatif et exécutif qui n'a plus grand sens ; le bipartisme ou la bipolarisation sont plus déterminants que l'organisation juridique de la responsabilité ministérielle pour assurer la stabilité gouvernementale ; le choix du scrutin majoritaire ou du scrutin proportionnel a plus d'importance pour l'avenir du régime que n'importe quelle disposition constitutionnelle... La Constitution n'est plus qu'une survivance, qu'« un temple allégorique habité par des ombres », écrit Georges Burdeau. Et le

■ 22. P. AVRIL, « Une revanche du droit constitutionnel ? », *Pouvoirs*, 1989, n° 49, p. 5.

■ 23. G. BURDEAU, « Une survivance : la notion de Constitution », in *L'évolution du droit public, Études offertes à Achille Mestre*, Sirey, 1956, p. 53.

Doyen Vedel décrit cette période comme celle de la « révolution Duverger »²⁴, ce dernier invitant à passer du droit à la sociologie, seule capable « de faire passer l'étude de l'État et des Constitutions de l'âge métaphysique à l'âge positif »²⁵.

918 Trente ans plus tard, la doctrine constate l'échec ou la crise du « duvergérisme ». Le rapport des forces s'est inversé, car « le droit peut désormais, selon Louis Favoreu, avoir plus d'importance dans l'étude du droit constitutionnel que la science politique »²⁶. À nouveau, la Constitution enserme dans ses dispositions et ses procédures la totalité de la vie politique : la stabilité gouvernementale et la discipline majoritaire n'ont-elles pas pour cause l'article 49 ? Le système des partis politiques n'a-t-il pas été produit par les institutions qui l'ont obligé à se transformer²⁷ ? La primauté présidentielle et la restauration de l'État n'ont-elles pas pour cause les prérogatives constitutionnelles attribuées au chef de l'État – la dissolution par exemple – et la définition de la fonction présidentielle par l'article 5²⁸ ? La pacification de la vie politique et le contenu des politiques législatives n'ont-ils pas pour cause le contrôle de constitutionnalité ?

Dès lors, les juristes se croient fondés à soutenir que la Constitution n'est plus un texte politique, résultat d'un compromis entre forces sociales, n'est plus un « chiffon de papier », mais un document juridique, c'est-à-dire un document dont les dispositions sont obligatoires et dont le non-respect entraîne une sanction juridictionnelle. Il suffit donc de faire l'exégèse de la Constitution, de commenter la jurisprudence constitutionnelle pour y découvrir le fondement des pratiques politiques, des comportements de l'ensemble des acteurs, parlementaires, président, juges ordinaires, citoyens...

Ainsi, la Constitution n'a plus une valeur nominale, théorique, mais une valeur normative en ce qu'elle produit des effets réels et contraignants sur les activités politiques. Le juridisme est précisément cette croyance en la Constitution comme norme juridique supérieure, d'où se déduit tout le système juridique et politique d'un pays, où la réalité trouve son fondement et son principe d'évolution ; le juridisme est cette croyance en la Constitution, et plus généralement dans le droit, comme moteur de la vie politique, sinon de l'histoire.

2. | La négation de la force du droit : le politisme

919 Que la réalité puisse être contenue dans le code juridique, ou qu'elle puisse être analysée comme un effet obligé des règles du droit, sont des affirmations condamnées en bloc par la science politique. Sans doute, les politistes admettent-ils que, de fait, les questions politiques s'expriment de plus en plus dans les termes du droit,

■ 24. G. VEDEL, *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, Economica, 1990, rapport de synthèse, p. 171.

■ 25. M. DUVERGER, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 4^e édition, volume 1, PUF, 1959, p. VII-VIII.

■ 26. L. FAVOREU, « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », *Pouvoirs*, 1980, n° 13, p. 17.

■ 27. Sur la thèse de la production constitutionnelle des partis politiques, v. P. AVRIL, *Essais sur les partis*, LGDJ, 1986.

■ 28. J.-L. QUERMONNE, *Le Gouvernement de la France sous la V^e République*, Dalloz, 1983, p. 175 et p. 569 et s.

que les hommes politiques usent davantage des arguments de constitutionnalité pour justifier leurs comportements. Mais ils considèrent que ce recours au droit n'est pas déterminé par des considérations juridiques. Le droit serait, pour les hommes politiques, un des instruments, aujourd'hui rentables, pour construire un rapport de force politique ; ils se référeraient en conséquence au droit non parce qu'il prescrirait une obligation, un comportement déterminé, mais pour des motifs politiques. Ainsi, l'usage d'arguments juridiques dans le débat sur le refus de signature des ordonnances répond à un calcul politique : éviter la controverse idéologique, toujours difficile, sur les mérites respectifs des privatisations et des nationalisations, fixer un cadre de référence qui évite au conflit de dégénérer en crise, se placer dans la position avantageuse de gardien objectif du droit, tout en montrant à son électorat l'absence de collusion politique entre la droite et le Président puisqu'il refuse de signer, etc.

Tactique encore, le recours au Conseil : il s'agit moins d'obtenir le respect d'une disposition constitutionnelle que de mettre en difficulté le Gouvernement en laissant planer un doute sur le bien-fondé de sa politique et, s'il y a sanction, en utilisant la décision d'invalidation comme argument politique pour discréditer son action. Tactique toujours, la prise en compte préventive des aspects constitutionnels dans la détermination d'une politique : il s'agit de limiter les possibilités de critique des opposants²⁹.

920 En définitive, ce n'est pas le droit qui saisit la politique, mais la politique qui saisit le droit ; c'est la logique du jeu politique, qui conduit les acteurs à faire usage du droit et qui fonde *l'apparence* d'une soumission de la politique au droit. Aux juristes qui croient ou/et font croire que les hommes politiques se réfèrent à la Constitution parce qu'elle est pour eux un impératif, les politistes répondent qu'ils l'utilisent seulement, dans certaines conjonctures particulières – la cohabitation par exemple –, comme une ressource tactique supplémentaire du et dans le jeu politique.

Cette dénonciation du juridisme s'accompagne d'une critique de la doctrine constitutionnelle dans son ensemble, accusée de réduire ou de faire disparaître les aspects politiques de la juridicisation, afin de mieux imposer ses catégories de pensée, ses méthodes et finalement sa présence dans le débat politique³⁰. Tout se réduirait ainsi à la volonté des constitutionnalistes d'asseoir leur hégémonie sur les champs juridique et politique en affirmant la Constitution, base de toutes les branches du droit, public et privé, et fondement des pratiques politiques. La période actuelle serait donc un nouvel épisode de la concurrence que se livrent juristes et politistes pour imposer comme seul légitime leur point de vue respectif sur les phénomènes institutionnels³¹.

■ 29. V. par exemple, D. GAXIE, « Jeux croisés », in *Les usages sociaux du droit*, CURAPP 1989, p. 209 ; Y. POIRMEUR et D. ROSENBERG, « La doctrine constitutionnelle et le constitutionnalisme français », *id.* p. 230.

■ 30. Il est probable que ce manuel soit considéré comme partie prenante d'une stratégie visant à imposer une vision juridictionnelle du droit constitutionnel, pour le plus grand bénéfice de ses auteurs...

■ 31. V. par exemple, P. FAVRE, « Histoire de la science politique », in *Traité de science politique*, vol. 1, PUF, 1985.

B. LA RECONNAISSANCE D'UNE « FORCE PROPRE » DE LA CONSTITUTION

1. La Constitution, catégorie de la perception légitime du politique

921 La juridicisation de la politique n'est ni une illusion, ni le produit d'une volonté de puissance des constitutionnalistes ; elle est bien une réalité, en ce sens que le recours systématique au droit contribue à poser les problèmes dans les catégories spécifiques de la raison juridique. Sans doute, au départ, les hommes politiques peuvent-ils utiliser les arguments juridiques par simple intérêt tactique. Mais, *avec le temps*, les considérations politiques ayant conduit à remplacer les arguments politiques par les arguments juridiques s'oublie, et seul reste le discours juridique qui devient alors le mode normal par lequel s'exprime, s'accomplit et est perçu le jeu politique.

Ainsi, il va de soi, aujourd'hui, que contester, par exemple, la constitutionnalité d'un amendement a pour raison l'existence d'une jurisprudence constitutionnelle condamnant les amendements sans lien avec le texte de loi ; cette décision juridictionnelle a pour effet à la fois de faire oublier le « coup » politique à l'origine de la première saisine et de représenter l'action des hommes politiques guidée par la seule volonté de faire respecter la norme constitutionnelle. Le droit est ainsi au principe d'une représentation de l'État, du fonctionnement des institutions, du comportement des acteurs politiques, qui s'impose comme la représentation officielle, réelle, naturelle du monde politique ; il est créateur de réalité en ce qu'il offre les catégories – le juge constitutionnel, le chef de l'État, le domaine législatif... – qui servent à percevoir, décrire et apprécier le jeu politique ; en un mot, le droit devient le langage naturel des hommes politiques. Ceux qui ne se soumettent pas à ce mode d'expression de l'action politique se mettent automatiquement hors jeu et sont accusés de vouloir subvertir les règles naturelles du débat politique. Comment soutenir que le Conseil constitutionnel est une assemblée politique rendant des décisions politiques, alors que le droit le nomme et par conséquent le fait percevoir à tous comme une juridiction prononçant des décisions évidemment fondées en et sur le droit ? Comment soutenir que le Président de la République agit comme chef d'un parti, alors que la Constitution le nomme chef de l'État, arbitre chargé d'assurer la continuité de l'État et le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ? Ceux qui le font se disqualifient immédiatement, c'est-à-dire se voient refuser la qualité de parler légitimement de l'ordre légitime dans lequel s'exprime l'action politique.

922 Il devient ainsi difficile d'échapper à la raison juridique, d'autant plus que le Conseil constitutionnel joue le rôle de « clé » maintenant la politique enfermée dans le droit. Le Conseil est en effet l'institution qui transforme sans cesse dans le vocabulaire du droit les questions politiques, qui produit sans cesse de nouvelles règles constitutionnelles et qui contraint en conséquence les hommes politiques à s'exprimer dans les catégories du droit. Puisque le Conseil statue en droit et se détermine par des motifs juridiques, et dans la mesure où tous les acteurs politiques sont en relation avec le Conseil, l'ensemble des discours se transforment pour pouvoir être « accrochés » à celui du Conseil qui est devenu le discours de l'énonciation légitime du politique. Cette dynamique d'interactions est par exemple à

l'origine de l'élimination progressive des arguments politiques dans les saisines parlementaires, fondées désormais sur une argumentation constitutionnelle serrée où il est souvent fait référence à la jurisprudence.

Le droit saisit donc la politique, non par la volonté délibérée de la doctrine, mais, plus simplement, par l'effet des modifications des positions institutionnelles induites par la montée en puissance rapide de l'une d'entre elles : le Conseil constitutionnel. Pour autant, l'analyse politiste n'est pas disqualifiée.

2. La Constitution, élément d'un ordre complexe de contraintes

923 L'analyse politiste n'est pas disqualifiée pour, au moins, trois raisons principales. D'abord, la vie politique d'un pays n'est pas le produit des seules règles de droit, mais de multiples facteurs : la dynamique de la structure sociale, les oppositions ou divisions régionales, religieuses, ethniques, les croyances collectives, le nombre et les stratégies des partis politiques, l'organisation de la presse écrite et audiovisuelle... Le droit, et en particulier la Constitution, est seulement un des éléments qui, conjugué aux autres, contribue à déterminer le déroulement du jeu politique et le comportement des acteurs. Dans cet ensemble, il est vrai, tous les éléments n'ont pas le même poids, ce dernier variant selon le contexte et la conjoncture politique. Aujourd'hui, l'élément constitutionnel est, à coup sûr, plus déterminant qu'il ne l'était sous la IV^e République.

924 Ensuite, la vie politique d'un pays se déroule, plus ou moins souvent, selon une logique autonome par rapport au droit. Ce que le Doyen Vedel appelle « l'insoutenable autonomie du politique »³² se manifeste par exemple sous la IV^e République par la chute des gouvernements pour cause de désaccord politique entre les partis de la coalition gouvernementale, ou parce que le Président du Conseil, mis en minorité à la majorité simple, se croyait tenu politiquement de démissionner alors que la Constitution exigeait la majorité absolue ; de même, les députés apprennent rapidement à « calibrer » leurs votes pour ne pas renverser, deux fois de suite et à la majorité absolue, un gouvernement, afin d'éviter la dissolution³³. Et, sous la V^e République, est-il nécessaire d'observer que la primauté présidentielle s'est construite de manière relativement autonome par rapport à la Constitution et, en tout cas, à son article 20 qui confie au Premier ministre et non au Président le soin de déterminer et de conduire la politique de la nation ; quant à la cohabitation, elle fut moins déterminée par les textes que par les intérêts politiques, momentanément convergents, de François Mitterrand et Jacques Chirac.

Au demeurant, même lorsque le jeu politique conduit à mettre en œuvre une disposition constitutionnelle, il lui impose souvent une logique qui la fait servir « à tout autre chose que ce à quoi on la destinait ». Le meilleur exemple est encore le contrôle de la constitutionnalité des lois qui d'instrument de protection de

■ 32. G. VEDEL, « Le hasard et la nécessité », *Pouvoirs*, 1989, n° 50, p. 28.

■ 33. C'est une erreur de calibrage qui permit au Président Edgar FAURE de dissoudre la Chambre des députés le... 2 décembre 1955.

l'exécutif est devenu tout à la fois instrument d'extension du domaine législatif, de défense des droits et libertés et de contrôle de la politique législative de l'Exécutif.

925 Enfin, l'empreinte du droit sur la vie politique ne s'explique pas seulement par les qualités propres des règles constitutionnelles. La juridicisation repose aussi sur la reconnaissance sociale, c'est-à-dire par les acteurs du jeu politique, du droit comme mode légitime de représentation et d'expression de la politique, cette légitimité étant conférée par l'usage routinisé des arguments constitutionnels dans le débat politique. Autrement dit, le ressort du succès de la juridicisation, de l'efficacité du droit, se trouve ni dans les qualités du texte constitutionnel de 1958 ou de la jurisprudence du Conseil, ni hors du droit, dans la société, dans les rapports de forces politiques ou dans les intérêts et stratégies des acteurs politiques. Le mouvement de juridicisation ne peut se comprendre que *dans la relation* qui s'établit entre ce que la règle de droit offre en termes de formalisation, de neutralisation et d'objectivation des questions politiques, et ce que les acteurs politiques demandent ou recherchent, à un moment donné, pour atteindre leurs propres objectifs. Le droit saisit donc bien le politique, mais par un système complexe de relations dont l'analyse juridique traditionnelle ne peut rendre compte, et qui justifie en conséquence, au-delà des inévitables polémiques, que constitutionnalistes et politistes travaillent ensemble.

SECTION II

LA CONSTITUTION, FORME NOUVELLE DE LA REPRÉSENTATION DE LA SOCIÉTÉ.

926 À la constitution, l'État ; au Code civil, la société. Cette formule, par laquelle s'exposait un partage des territoires, des compétences et des juges, a vécu : la constitution, aujourd'hui, est la forme pertinente dans laquelle la société se représente. Ce glissement, dont le Conseil constitutionnel est l'instrument, permet de (re)découvrir à la fois l'article 16 de la Déclaration de 1789 dans la totalité de son écriture (§1) et la fonction d'un juge constitutionnel (§2).

§ 1. LA (RE)DÉCOUVERTE DE L'ARTICLE 16 DE LA DÉCLARATION DE 1789 : « TOUTE SOCIÉTÉ... »

A. LA PROMOTION DE LA CONSTITUTION-GARANTIE DES DROITS

927 Pendant longtemps, la Constitution a été pensée à partir seulement de la seconde partie de l'article 16 de la Déclaration du 26 août 1789³⁴ : la Constitution,

■ 34. Article 16 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de Constitution ».

c'est la détermination de la séparation des pouvoirs. Sans doute, la garantie des droits et libertés des citoyens n'est pas oubliée ; mais les hommes de 1789 et, par la suite, les constituants considéraient cette protection comme la conséquence nécessaire d'une limitation du pouvoir obtenue par sa division. Tout serait perdu pour la liberté politique, écrivait en ce sens Montesquieu, « si le même homme ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçait ces trois pouvoirs, celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers »³⁵.

Ainsi le droit constitutionnel fut-il dominé, jusqu'à une époque récente, par la réflexion sur la modalité de séparation des pouvoirs la plus favorable à la liberté politique des individus. Et si les constitutionnalistes se divisaient sur les vertus et les vices respectifs du régime parlementaire et du régime présidentiel, tous s'accordaient sur le postulat que la liberté dépendait de l'organisation constitutionnelle des rapports entre les pouvoirs publics. Cette conception n'a pas complètement disparu. La doctrine continue encore à rechercher dans la technologie de la séparation des pouvoirs, les remèdes à un déséquilibre institutionnel jugé défavorable à la liberté. Dans le but d'arrêter la dérive monarchique des institutions et « de faire un pas décisif vers une plus grande démocratisation », certains proposent de supprimer la responsabilité ministérielle et le droit présidentiel de dissolution, d'autres d'enlever au président certaines compétences ou de définir précisément les conditions de leur exercice, d'autres encore de mieux assurer dans le texte l'autonomie du Premier ministre³⁶... Toutes ces propositions renvoient au discours constitutionnel traditionnel, fondé sur l'opposition entre régime de séparation rigide des pouvoirs, régime de séparation souple des pouvoirs et régime de confusion des pouvoirs.

Mais, dans le même temps, l'idée que la qualité démocratique d'un régime dépende d'une meilleure écriture constitutionnelle et d'un remodelage de l'organisation et des rapports entre les pouvoirs est de plus en plus contestée. Une partie de la doctrine reconnaît, en effet, avec Michel Troper, non seulement que Montesquieu est considéré à tort comme le père de la théorie de la séparation des pouvoirs, mais encore que, « pris dans toute sa rigueur, ce principe n'a inspiré aucune de nos constitutions »³⁷. En d'autres termes, sur le plan doctrinal, les classifications constitutionnelles fondées sur les modalités différentes de séparation des pouvoirs sont sans valeur logique, scientifique, ni même pédagogique³⁸.

Cette critique doctrinale renforce celle que l'observation de la pratique politique conduit à formuler. Quelle que soit la qualité propre du texte constitutionnel, quelle que soit l'organisation constitutionnelle des pouvoirs publics choisie, l'unité du pouvoir, l'État se reconstitue sur l'Exécutif par la grâce de la logique majoritaire attribuant au camp victorieux et à son chef la maîtrise du pouvoir normatif. Et ce phénomène n'est pas spécifiquement français ; il se retrouve aussi bien au Portugal qu'en Suède, en Espagne qu'en Allemagne de l'Ouest, en Grande-Bretagne qu'en Autriche, alors même que ces États ont des constitutions différentes. Sans doute le

■ 35. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Livre XI, chap. 6, PUF, 1984.

■ 36. V. par ex. les différentes contributions à l'enquête organisée par la revue *Débat* sur le thème « la monarchie présidentielle », *Débat* 1989, n° 55, p. 22.

■ 37. M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, LGDJ, 1980, p. 205.

■ 38. M. TROPER, « Les classifications en droit constitutionnel », *RDJ*, 1989, p. 945.

titulaire du pouvoir est-il, dans ces pays-là, le Premier ministre ; mais où est la différence quand celui-ci, par la logique du jeu électoral, est élu de fait par le peuple, quand il décide de tout, impose à ses ministres et ses parlementaires la même discipline sinon la même allégeance, et transforme l'Assemblée en chambre d'enregistrement de ses volontés politiques ?

928 Au bout du compte, la conception traditionnelle de la Constitution-séparation des pouvoirs comme moyen d'assurer la démocratie et la liberté politique des citoyens s'efface au profit d'une autre conception de la Constitution.

Ce renversement de perspective, ce passage de la Constitution-séparation des pouvoirs à la Constitution-garantie des droits est directement lié à l'existence et à la politique jurisprudentielle du Conseil constitutionnel. Sans doute la notion traditionnelle de constitution comprend aussi l'énoncé de droits. Mais la rédaction préalable des droits dans une déclaration solennelle n'est pas ce qui institue une constitution, charte des droits et libertés ; ce qui la fait telle, c'est l'écriture des droits par une institution appropriée à cet effet : en France, le Conseil constitutionnel. Quand le constituant énonce les droits, d'une part la liste est close par son énumération, d'autre part, leur respect est essentiellement dépendant du jeu politique, du rapport des forces entre les différentes institutions, de l'attention des juristes, ou encore, pour reprendre la disposition finale de la Constitution du 3 septembre 1791, de « la vigilance des pères de famille, des épouses et mères, des jeunes citoyens et de tous les Français ». En revanche, quand les droits sont énoncés par une institution comme le Conseil constitutionnel, d'une part la liste des libertés s'allonge avec chaque décision consacrant un nouveau principe constitutionnel, d'autre part leur respect est assuré par la sanction juridictionnelle. Ainsi, la maxime selon laquelle « ce qu'une loi a fait une autre loi peut le défaire » n'est plus absolue puisque le Conseil pose une condition à ce pouvoir du législateur de modifier, abroger ou remplacer une loi : « que l'exercice de ce pouvoir n'aboutisse pas à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel »³⁹. Si tel est le cas, le Conseil censure la disposition législative⁴⁰.

929 En d'autres termes, le Conseil est, à la fois et dans le même temps, l'instrument de la promotion constitutionnelle des libertés et de leur protection. À ce titre, sur le plan théorique, l'écriture juridictionnelle des droits, parce qu'elle comprend la sanction des atteintes qui leur sont portées, représente, pour la démocratie et la liberté des citoyens, une garantie politique supérieure à celle offerte par l'écrit institué. En ce sens, les propositions récentes de rédaction d'une nouvelle « table de la loi », pour séduisantes qu'elles apparaissent, témoignent surtout de la puissance de l'ancienne conception, tant il est vrai que la Constitution-Charte des libertés est inséparable de son mode de consécration juridictionnelle. La Constitution n'est donc plus, comme autrefois, la définition des rapports entre les institutions ; elle est désormais davantage la définition des rapports entre les citoyens et l'État, la Charte des droits dont la garantie est assurée par la mise en place d'un mécanisme

■ 39. CC 84-185 DC, 18 janvier 1985, *R.* p. 36 ; CC 89-259 DC, 26 juillet 1989, *R.* p. 66 ; CC 91-296 DC, 29 juillet 1991, *R.* p. 102.

■ 40. CC 90-281 DC, 27 décembre 1990, *R.* p. 91.

de sanction des organes de l'État. Et cette nouvelle conception transforme à son tour, profondément, les relations gouvernants-gouvernés.

B. LA PROMOTION DE LA SOCIÉTÉ DES INDIVIDUS DÉMOCRATIQUES

930 La constitution-garantie des droits est en effet au principe d'une rupture radicale dans la représentation de la « chose commune » : là où la constitution-séparation des pouvoirs a pour objet l'État, la constitution-garantie des droits a pour projet la société des individus. Ce glissement est également la conséquence logique du contrôle de constitutionnalité. Parce que le juge constitutionnel est saisi de lois relatives à la famille (le Pacs), au travailleur (les 35 heures), au consommateur (l'Autorité de la concurrence), au malade (Sécurité sociale), aux étudiants (université), au téléspectateur (concentration des entreprises de presse), à l'administré, il est, en effet, nécessairement conduit à poser ce que le doyen Vedel appelait « les bases constitutionnelles » des activités sociales et privées des individus et non plus seulement les bases constitutionnelles de l'activité des hommes politiques. La constitution n'est donc plus constitution de l'État, mais constitution de la société, puisque toutes les activités des individus saisies par le droit peuvent être rapportées à la constitution ; ce qui, dans le langage juridique, se traduit par les expressions « constitutionnalisation » du droit civil, du droit du travail, du droit social, du droit commercial, du droit administratif, du droit pénal, etc., c'est-à-dire, par l'idée que toutes les branches du droit, et pas seulement le droit politique, trouvent leurs principes dans la constitution.

Au demeurant, que la constitution soit l'acte qui informe – au sens philosophique du terme – la société n'est une rupture qu'au regard de l'habitude prise de penser la Constitution comme acte organisant les pouvoirs publics, le Code civil, dont Jean Carbonnier disait qu'il était la véritable constitution de la France, se réservant la société. Car, au regard de la Déclaration de 1789, cette conception « sociétale » de la constitution est moins une rupture qu'une continuité. En effet, selon l'article 16 de cette Déclaration, l'objet de la constitution n'est pas l'État mais la société : « toute société, énonce l'article 16, dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de constitution ». « Toute société », donc, et non pas « tout État » ! Quand Montesquieu imagine la constitution idéale, il part d'une analyse de la société, d'une analyse des « puissances sociales » – noblesse, bourgeoisie, etc. – et recherche une structure de pouvoir exprimant la structure sociale ; quand Rousseau rédige son projet de constitution pour la Corse, il prend explicitement pour base et objectif de son travail la structuration du corps social corse. Cette conception de la constitution-expression de la société s'est effacée lorsque s'est imposée, tout au long du XIX^e siècle, l'idée qu'elle était seulement le statut particulier des gouvernants ; elle réapparaît logiquement aujourd'hui avec l'émergence et le développement de la justice constitutionnelle qui contribue à déployer la constitution sur l'ensemble des activités sociales.

931 Indirectement mais nécessairement, cette conception « sociétale » de la Constitution emporte aussi des effets sur le domaine d'application de la séparation des pouvoirs. Tant que l'objet de la Constitution est réduit à l'État, l'exigence de séparation posée par l'article 16 de la Déclaration de 1789 ne porte que sur les pouvoirs d'État : les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire. Mais si la Constitution a pour champ la société, l'exigence de séparation s'applique à tous les pouvoirs à l'œuvre dans la société : les pouvoirs économique, médiatique, religieux... Et la Constitution doit donc se saisir de ces pouvoirs, de ces tiers-pouvoirs qui, pour faire écho à la célèbre brochure de Sieyès à la veille de la Révolution, sont tout dans le fonctionnement d'une société, rien jusqu'à présent dans l'ordre constitutionnel et doivent y devenir quelque chose. Que, par exemple, la Constitution prenne en charge le « quatrième pouvoir » et pose les principes de nature à garantir pour les citoyens son indépendance par rapport aux pouvoirs politique et économique ; qu'elle donne, par exemple, à un Conseil économique et social transformé les moyens de faire participer la société civile organisée à la formation de la volonté générale.

932 En s'adressant à la société, la Constitution s'adresse aussi aux individus qui la composent et participe ainsi, dans un moment particulier de l'histoire politique, à la construction de leur identité. La question politique aujourd'hui n'est pas, en effet, la question de l'individu ni même celle d'une société qui serait faite d'individus fluides⁴¹. Le capitalisme, avec sa mystique de l'intérêt individuel, ses mécanismes d'individualisation des contrats de travail et son droit de propriété, a sans doute façonné ce processus individualiste, mais le socialisme ne l'a pas contrarié puisque, selon Marx lui-même, la société concrète à venir serait celle « où le libre épanouissement de chacun est la condition du libre épanouissement de tous ». Si donc le processus social et historique est celui d'une société d'individus, la question politique est celle de l'organisation de cette fluidité sociale, de la mise en cohérence de cette fluidité pour qu'elle ne produise pas une société chaotique, de l'instrument permettant de construire du commun, de la généralité dans cette société fluide. Or, cette question est, aujourd'hui, sans réponse. Ou, plus exactement, les réponses d'autrefois ne « fonctionnent » plus : Dieu, la nation, l'État, les classes sociales qui ont donné aux individus un sentiment d'appartenance commune – à la communauté chrétienne, à la communauté nationale, à la communauté socio-professionnelle – ne sont plus les opérateurs efficaces du sens commun des individus. Dans cette configuration historique, la Constitution, telle qu'elle s'est renouvelée sous l'effet du contrôle de constitutionnalité, peut être cet instrument commun aux individus dans lequel ils puissent se reconnaître dans leur particularité, leur rythme propre mais aussi dans les valeurs partagées, ces valeurs constitutionnelles communes qu'Habermas appelle « patriotisme constitutionnel ». Véritable miroir magique, la Constitution s'offre comme texte laïc, comme ensemble de principes partagés, comme lieu où l'individu moderne « désenchanté » peut reconstruire une identité commune. Travailleur, consommateur, électeur, parent, propriétaire, croyant, libre penseur, etc., toutes ces qualités, tous ces rythmes de vie se trouvent précipités – au sens chimique du terme – dans l'être de droit, dans le sujet de droit que l'individu

■ 41. V. par exemple, Z. BAUMAN, *La vie liquide*, Le Rouergue/Chambon, 2006.

rencontre dans la Constitution. Si les individus sont devenus fluides, la Constitution est ce texte qui les empêche de flotter en leur donnant un point fixe où toutes leurs activités peuvent être articulées. Où elles peuvent aussi être réfléchies, discutées, critiquées, jugées. Car l'image que la Constitution renvoie à chacun est davantage investie de désirs et de promesses que d'objectivité : l'égalité entre les hommes et les femmes, la liberté individuelle, la fraternité sont, parmi d'autres, les traits souhaités, espérés, rêvés de la figure du sujet de droit que l'exclusion, les inégalités, les injustices et la domination démentent quotidiennement. Et c'est précisément de cet écart entre les promesses constitutionnelles d'égalité, de liberté et de solidarité et la misère du monde que naît la possibilité d'une critique de cette réalité et d'une action politique pour la changer. Et c'est pourquoi, l'identité constitutionnelle reste devant chacun, comme « à-venir », comme horizon de l'exigence démocratique.

- 933 Telle est bien, aujourd'hui, la réalité constitutionnelle de la France, mais aussi de très nombreux autres États. La Constitution au sens moderne du terme c'est, pour une part, stable mais qui proportionnellement se réduit, l'organisation de l'État, et pour une part, considérable et qui s'accroît sans cesse par le travail du Conseil, l'énoncé des principes constitutionnels relatifs aux droits et libertés des citoyens. Le déséquilibre *quantitatif* croissant entre la part « organisation » et la part « garantie de droits » conduit ainsi à un changement *qualitatif* de la notion de Constitution que la doctrine exprime en utilisant désormais le terme « bloc de constitutionnalité », auquel il sera préféré celui de « charte jurisprudentielle des droits et libertés ». Car le juge constitutionnel devient, dans ce nouvel équilibre, la figure centrale.

§ 2. LA (RE)DÉCOUVERTE DE LA FIGURE MÉDIATRICE DU JUGE CONSTITUTIONNEL

- 934 La peinture, la littérature, la caricature expriment souvent la vérité politique dominante d'une époque sous la forme d'une figure particulière. Hier, par exemple, celle du Représentant, puis, un peu plus tard, celle de l'Énarque. Si ces figures sont toujours présentes, aujourd'hui elles paraissent en déclin (A) sous l'effet de la recomposition du paysage politique qui met en avant la figure du juge (B).

A. LE DÉCLIN DES FIGURES TRADITIONNELLES DE LA DÉMOCRATIE

1. La crise de l'État légal et le déclin de la figure du représentant

- 935 La première figure de la démocratie moderne est celle du représentant, du parlementaire. Elle correspond à ce moment particulier de l'histoire politique des sociétés où le critère de l'action légitime n'est plus la volonté du prince « appuyée » sur le droit divin, mais la volonté générale « appuyée » sur la raison. Le credo de

cette période est contenu dans l'article 6 de la Déclaration de 1789 : « la loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement ou *par leurs représentants* à sa formation ». Et le rejet de la démocratie directe ramena, de fait, la responsabilité de l'expression de la volonté générale aux seuls représentants. Dès lors, tout naturellement, la valeur démocratique désormais attachée à la loi rejaillit sur ceux qui la font ; dans le même temps que la loi devenait la notion centrale de la démocratie, le représentant en devenait la figure mythique : chargé par la nation de vouloir pour la nation, ce qu'il décidait était nécessairement la volonté générale. En effet, la légitimité de la volonté générale comme critère de l'action démocratique, tient à ce qu'elle est, nécessairement et toujours, droite dans la mesure où elle est un acte de la raison. Ce qui fait la volonté, générale, ce n'est pas la somme des volontés ou intérêts particuliers, ni le nombre ou la quantité de personnes qui contribue à la former, mais le fait qu'elle est une activité de la connaissance rationnelle. La valorisation de la volonté générale correspond ainsi au moment de la croyance en la valeur absolue de la raison. Elle est également partagée entre les individus, elle est la seule source dans laquelle le représentant puise le contenu des lois de la cité, elle est au principe d'une organisation rationnelle de l'État – la séparation des pouvoirs, par exemple – et de la délibération législative. La souveraineté de la loi tient ainsi à ce qu'elle répond aux impératifs de la raison, à ce qu'elle est édictée par un être de raison, et selon une procédure empruntant ses caractères à la démarche de la raison : le débat contradictoire, le dialogue organisé et la publicité des assemblées représentatives. Le droit constitutionnel de la première période démocratique voue un culte à la raison, et par ricochet, au représentant qui l'exprime en disant la loi ; il est, selon le mot de Georges Burdeau, « un édifice rationnel élevé pour des êtres de raison »⁴².

936 Cette figure-là de la démocratie, ce que Roger Priouret a appelé la République des députés, est dépassée ou, en tout cas, en déclin. Avec le temps et l'évolution sociale, le représentant et l'institution qui l'abrite ont perdu leur crédit et leur prestige. Chacun sait aujourd'hui⁴³ qu'il exprime davantage la volonté de son parti que celle de la nation, que la loi répond davantage aux impératifs électoraux qu'à ceux de la raison, que les syndicats, les associations, les groupes de pression sont des représentants souvent plus efficaces et influents que les parlementaires, que la discipline majoritaire stérilise la délibération législative, et que le journalisme remplit aussi bien certaines des fonctions que Walter Bagehot réservait jadis au représentant : exprimer l'état d'esprit du peuple, informer et former par le débat public les citoyens, contrôler l'activité des gouvernants⁴⁴. Nouveau président de l'Assemblée nationale, Laurent Fabius déplorait ainsi, en août 1988 « l'affaiblissement des médias de représentation, dont le Parlement, et la montée des médias de communication »⁴⁵.

■ 42. G. BURDEAU, *Une survivance : la notion de Constitution*, Sirey, 1956, p. 53.

■ 43. Même un sociologue scrupuleux comme Pierre BOURDIEU reconnaissait que « le monde politique est de plus en plus directement accessible au regard du commun des citoyens », « La vertu civile », *Le Monde* du 16 septembre 1988.

■ 44. W. BEGEHOT, *La Constitution britannique*, Paris, Germer-Baillière, 1869.

■ 45. *Le Monde* du 24 août 1988.

Ce déclin de l'institution parlementaire correspond à la dévalorisation du concept de volonté générale sur lequel elle s'était construite. Pour de multiples raisons – la crise économique, les mutations sociales, l'instabilité et l'immobilisme politiques –, il ne suffit plus, à partir des années 1920, pour fonder la légitimité d'une décision et l'autorité de celui qui la prend. Le critère de l'action légitime s'est déplacé vers une autre notion, la justice sociale, mettant en scène un autre personnage, le fonctionnaire.

2. La crise de l'État-providence et le déclin de la figure de l'énarque

937 La deuxième figure de la démocratie moderne est celle du fonctionnaire, du technocrate. Elle apparaît dans les années 1930, au moment où la rationalité démocratique se redéfinit à partir des exigences nouvelles d'efficacité et de justice sociale. Et la valorisation de ces critères conduit, « naturellement », à la montée en puissance de l'administration, institution jugée la plus capable de satisfaire ces nouvelles aspirations démocratiques. Organiser l'économie, assurer une croissance régulière et continue, aménager le territoire, prévoir et planifier le développement du pays, redistribuer les revenus, atténuer les inégalités sociales, couvrir les risques-maladies, toutes ces missions qui définissent la nouvelle exigence démocratique ne sont pas attendues de la loi et de l'institution parlementaire ; leur accomplissement repose sur ceux qui possèdent la compétence technique, le savoir, sur les énarques.

938 À l'État parlementaire qui vouait un culte à la raison philosophique, succède, selon la formule consacrée, l'État-providence vouant un culte à la raison scientifique. Le développement du bien-être économique, social, culturel pour tous ne soulève pas de problèmes politiques ou idéologiques, mais des questions techniques auxquelles seuls les spécialistes sont en mesure de répondre. Par les progrès et l'utilisation de la science, l'État-providence, incarné par la figure du technocrate, est ainsi censé gérer la société de manière toujours plus efficace, car il dégage des sciences exactes – économie, gestion... – les lois de son développement. L'exigence politique de la démocratie s'en trouve, en conséquence, sans cesse mieux satisfaite, puisque le règne de la raison scientifique débarrasse les décisions de tout élément subjectif, de toute influence idéologique, et assure aux citoyens la neutralité et l'efficacité attendues⁴⁶.

939 Mais à son tour, au milieu des années 1970, cette figure-là de la démocratie moderne entrait en crise. La croyance en l'inafaillibilité de l'État guidé par la raison scientifique s'effondre progressivement avec la prise de conscience de son incapacité à faire face à la crise économique, à maintenir la croissance et à garantir à tous une protection sociale. Les valeurs qui avaient fondé sa légitimité au regard de l'exigence démocratique se retournent ; il n'est plus efficace, il devient un facteur de sclérose et de blocage de la société ; il n'est plus protecteur, il paralyse l'initiative et la responsabilité des individus et des groupes ; il n'est plus l'instrument de la

■ 46. V. par ex., G. BURDEAU, *L'État*, Le Seuil, 1970, p. 147 et s.

démocratie économique et sociale, il devient le pire danger pour les libertés des individus en se posant comme le maître absolu de la société⁴⁷.

Cette crise de l'État-providence⁴⁸, qui provoque le discrédit de l'Expert comme son succès avait contribué à son prestige, est aussi celle de la raison. La fin du xx^e siècle est ce moment de l'histoire politique des sociétés où la raison, dont, depuis le xviii^e siècle, les modernes pensaient faire le socle stable de la reconstruction politique, « l'assurant de la vérité de son savoir et garantissant le sens qu'elle produisait », se trouve dépouillée de toutes ses prétentions. Les outrances politiques auxquelles la raison s'est trouvée associée – les États totalitaires par exemple – ont contribué à remettre en cause, de manière radicale et définitive, l'idée que la démocratie est tout entière définie par l'avènement et l'exercice de la raison. À nouveau, le critère de l'exigence démocratique se déplace vers une autre notion, l'éthique, mettant en scène un autre personnage, le juge, le sage.

B. L'ACTUALITÉ DE LA RAISON ÉTHIQUE ET L'ÉMERGENCE DE LA FIGURE DU JUGE

1. L'exigence contemporaine de valeurs

940 Après la mort de Dieu, la mort de la raison comme fondement et mode d'organisation et de gestion des sociétés modernes ouvre une *crise de légitimité*⁴⁹. Chacun à leur manière, ces deux référents avaient pour fonction de dire comment et pourquoi les institutions établies ou à établir garantissaient l'identité de la société, provoquant ainsi une reconnaissance de l'ordre public tenu pour juste, légitime. Dès lors, l'effondrement de ces légitimations prive les sociétés de toute explication, de toute justification pouvant fonder la légitimité de l'ordre politique qui se trouve ainsi déstabilisé.

Dans ce vide philosophique s'engouffrent en effet toutes les « théories du retour » : retour à la terre, retour à la III^e République, retour du sacré, de l'irrationnel, retour du religieux... L'effondrement de la croyance en la raison, comme indicateur de sens et instrument du progrès continu des sociétés, fait ainsi resurgir le passé comme donneur de sens, de vérité pour reconstruire les identités collectives. Et ce, dans une perspective souvent anti-moderne qui déstabilise l'ordre politique démocratique : critique de la place conquis par la femme, défense violente et fanatique de « son » groupe de référence, intolérance, etc.

Une autre issue à la crise de légitimité que celle proposée par les « retours » est cependant possible. Quelle est, en ce début du xxi^e siècle, la question politique ? Celle de savoir comment la raison des Lumières, l'*Aufklärung*, idéal porteur de progrès et d'émancipation, et régulateur de la modernité, a pu produire la barbarie, l'aliénation et la domination ; ou, de manière plus brutale, si ce destin tragique de la raison condamne définitivement la raison comme fondement de la modernité.

■ 47. V. par ex. J. CHEVALLIER, « La fin de l'État-Providence », *Projet*, mars 1980.

■ 48. P. ROSANVALLON, *La Crise de l'État-Providence*, Le Seuil, 1981.

■ 49. V. par ex. J. HABERMAS, *Raison et Légitimité*, Payot, 1978.

941 De l'ensemble du travail théorique appelé par cette interrogation, une réponse, qui remet en mouvement l'exigence démocratique, paraît s'imposer. Ce qui est en cause dans la déconstruction contemporaine des sociétés démocratiques, ce n'est pas la raison, mais la raison positiviste, la raison instrumentale⁵⁰, c'est-à-dire celle qui ne pose pas le problème des fins, des valeurs, du sens, mais seulement celui des moyens. C'est cette raison-là, *amputée de sa dimension critique*, qui conduit à l'asservissement et à l'oubli de l'homme, en confondant rationnel et réel, savoir et vérité. En ne se posant pas la question de la valeur pour l'homme et la société de ses découvertes, la raison instrumentale devient, à elle-même, sa propre valeur de référence, d'action, de légitimité : ce qu'elle découvre est nécessairement un progrès, est nécessairement applicable, est nécessairement juste et vrai ; le contester serait faire preuve d'obscurantisme. Dans l'ordre politique, le règne de la raison positiviste a pour effet de disqualifier toute critique, dans la mesure où elle se pose comme la seule garantie de légitimité et de vérité des lois. Parce que l'État est l'incarnation de cette raison, ses actes, ses décisions lui sont nécessairement conformes, et il ne peut exister un ailleurs légitime pour les juger ; il n'y a pas de raison en dehors de la raison instrumentale, et, partant, il n'y a pas de droit en dehors des lois positives.

Si un tel diagnostic est correct, rien n'oblige à jeter le bébé – la raison – avec l'eau du bain – la raison instrumentale. La raison peut continuer à saisir la modernité démocratique, à condition qu'elle (re)devienne interrogation sur le sens et la valeur de l'action, à condition qu'elle se pose en critique de la raison instrumentale. L'exigence démocratique peut ainsi se reconstruire sur la base de la raison pratique, la raison axiologique, c'est-à-dire celle qui soumet la légitimité des actions à leur conformité aux valeurs et à l'éthique dans lesquelles la société se reconnaît et s'identifie.

Une telle reconstruction de la raison implique, dans l'ordre politique, une reconstruction de l'équilibre entre les institutions qui favorise et valorise celle correspondant le mieux au nouvel impératif rationnel-éthique : l'institution juridictionnelle.

2. | La (re)découverte de la figure réflexive du juge

942 Le juge est celui par lequel passe la critique de la raison instrumentale. Si, en effet, l'exigence démocratique moderne consiste à confronter sans cesse les actes du pouvoir aux valeurs auxquelles la société s'identifie, il s'ensuit naturellement dans l'ordre constitutionnel, la montée en puissance de l'institution qui assure cette évaluation, ce contrôle des actes : l'institution juridictionnelle. Le juge devient ainsi celui à qui est demandé d'exercer la fonction critique, celui qui oblige les acteurs sociaux et politiques à s'interroger sur la validité de leurs décisions, à argumenter et à convaincre sans cesse les auditoires de la légitimité de leurs actes.

Dans la période récente, les marques à la fois de cette dimension nouvelle attendue du rôle du juge et de cet investissement généralisé dans la fonction

■ 50. V. par ex. les travaux de l'École de Francfort, en particulier, M. HORKHEIMER et T. ADORNO, *La dialectique de la Raison*, Gallimard, 1974, et M. HORKHEIMER, *Éclipse de la Raison*, Payot, 1974.

juridictionnelle, sont nombreuses : recours au Conseil d'État sur le port du voile à l'école, remise à la juridiction administrative du contrôle des actes des collectivités locales, extension aux justiciables de la saisine du Conseil constitutionnel pour la défense de leurs droits fondamentaux, multiplication des recours aux juges, français et même européens... Participe également de ce mouvement, la prolifération des « commissions des sages » chargées moins de trouver des solutions techniques aux problèmes de l'université, de la Sécurité sociale, de la nationalité, que d'évaluer ces solutions au regard des valeurs constitutives de l'identité sociale.

« La sélection est techniquement possible, elle est donc nécessaire et légitime », dit la raison instrumentale : « la sélection est techniquement possible, mais son application est-elle conforme aux valeurs dans lesquelles la société se reconnaît », interroge la raison éthique pour y apporter une réponse. Tel est le décalage qui s'opère et qui spécifie l'exigence démocratique contemporaine par rapport à celle de l'État-providence. Et les sociétés multiplient aujourd'hui les lieux où se réfléchissent, se discutent, s'apprécient le sens et la valeur des actions politiques. Dans cette dynamique émerge la figure du juge comme miroir ou comme scène de cette réflexion, comme tiers par qui et devant qui s'énoncent les principes sur la base desquels une action sera jugée légitime ou non. Il est promu à la fois révélateur et opérateur de la qualité démocratique des décisions.

943 Cette valorisation du rôle du juge dans les démocraties modernes pose, évidemment, de multiples questions et en particulier celle de sa position par rapport aux institutions démocratiques traditionnelles qui ont pour elles la légitimité du suffrage universel direct. Une des conséquences de la Constitution-charte des droits est, en effet, de produire une nouvelle « géographie » constitutionnelle. Car elle ne se contente pas d'établir la différenciation entre gouvernés et gouvernants, elle implique surtout que soient données à chacune des « parties », les institutions propres à faire vivre cette différence : aux gouvernants, les organes exécutifs et parlementaires ; aux citoyens, le Conseil constitutionnel. Géographiquement, le Conseil ne se situe donc ni sur la même ligne, ni à côté des institutions parlementaire et exécutive, mais dans un autre espace. Contrairement à la représentation traditionnelle qui fait de la juridiction constitutionnelle un des pouvoirs de l'État à côté du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif et chargé de vérifier que la loi votée par les institutions de l'État est conforme à la constitution, il faut penser la juridiction constitutionnelle à l'articulation des espaces qui constituent une configuration politique. Il est, en effet, permis de concevoir la société comme étant divisée en trois espaces, l'espace civil qui est celui où chacun a ses activités professionnelles, personnelles et sociales, l'espace public qui regroupe les syndicats, les partis politiques, les réseaux sociaux, là où se mutualisent les problèmes rencontrés dans l'espace civil, l'espace politique là où les lois sont préparées, conçues, votées. Dans cette représentation de la société, la juridiction constitutionnelle n'est pas à l'intérieur d'un de ces trois espaces ; elle est à l'articulation de l'espace civil et de l'espace public et de l'espace politique et de l'espace politique. Son rôle est de juger si « quelque chose » qui est ressenti par l'espace civil comme étant un besoin, une demande, un souhait peut, à un moment donné, passer à la qualité de droit. Le rôle de la justice est de faire passer « quelque chose » de l'état prénormatif à l'état normatif, si « quelque chose » qui était du pré-constitutionnel peut passer dans la

sphère constitutionnelle. À la jonction, à l'articulation des trois espaces civil, public et politique, le Conseil constitutionnel est ainsi l'institution d'une nouvelle relation constitutionnelle entre les trois « sociétés », en imposant le respect des droits des gouvernés – les espaces civil et public – aux organes de l'État – l'espace politique.

Ainsi, dans sa fameuse décision du 16 janvier 1982 relative aux nationalisations, le Conseil, pour attribuer pleine valeur constitutionnelle au droit de propriété, se fait explicitement, contre la volonté des représentants, l'interprète du peuple : c'est lui, affirme-t-il, qui, « par le référendum du 5 mai 1946, a rejeté... une nouvelle Déclaration des droits de l'homme comportant notamment l'énoncé de principes différents de ceux proclamés en 1789 par les articles 2 et 17 » ; c'est encore « le peuple français qui, par les référendums du 13 octobre 1946 et du 28 septembre 1958, a approuvé des textes conférant valeur constitutionnelle aux principes et aux droits proclamés en 1789 ». Le Conseil se présente ainsi comme l'institution par laquelle l'expression de la souveraineté populaire s'impose aux organes de l'État, en leur interdisant de remettre en cause les droits et libertés à l'égard desquels le peuple français a proclamé, solennellement et par référendum, son attachement.

944 Sans doute cette représentation du Conseil garant du respect de la souveraineté populaire par les représentants ne doit-elle pas conduire à une idéalisation démocratique du Conseil. Certains pourraient même soutenir que le nouveau schéma constitutionnel aboutit à substituer à l'identification gouvernés-Parlement, l'identification gouvernés-Conseil et, au bout du compte, à substituer, comme dans l'ancienne configuration, la volonté du second à celle des premiers. Si tel était le cas, il serait difficile de prétendre que la juridiction constitutionnelle et sa jurisprudence correspondent à une « nécessité démocratique ». La chose jurisprudentielle se présente, cependant, différemment. Chaque décision, en effet, met en représentation la même scène, celle où les gouvernants ayant parlé et décidé au nom du peuple sont, d'un coup, ramenés à leur situation de simples délégués et confrontés, pour y être finalement soumis, à la source de leur délégation. Et cette scène produit, à l'instant, la figuration du peuple comme souverain, puisque c'est au regard de ses droits que, dans chaque décision, sont jugées les actions normatives de ses représentants. La figure du souverain est ainsi mise en position de contrôle par la médiation d'une institution inattendue : la juridiction constitutionnelle. Une institution inattendue et paradoxale, car il est souvent enseigné que le peuple n'a nul besoin de médiation pour se saisir comme peuple, qu'il est transparent à lui-même et se saisit directement, sans intermédiaire, comme souverain. Peut-être mais n'est-ce pas pécher par idéalisme ? De même que, « pour avoir une idée de la totalité de notre aspect physique nous devons recourir à notre image réfléchie dans un miroir »⁵¹, il est indispensable, pour que le peuple « se voie » comme souverain, qu'un miroir lui réfléchisse son image de peuple souverain. Le miroir, c'est la charte jurisprudentielle des droits et libertés que le juge présente au peuple.

Quoiqu'il en soit, cette recomposition institutionnelle autour de la figure du juge invite à repenser la question démocratique. Une société qui met au centre de son réseau de pouvoirs le juge constitutionnel est-elle toujours une société démocratique ?

■ 51. J.-L. BAUDRY, *Clémence et l'hypothèse de la beauté*, Le Seuil, 1996, p. 266.

CHAPITRE II

LA TRANSFORMATION DE LA NOTION DE DÉMOCRATIE : LA DÉMOCRATIE CONTINUE

945 Tout aménagement institutionnel exprime une philosophie et une forme politique particulières. Ainsi, hier, la raison des Lumières a trouvé sa traduction dans une organisation du pouvoir fondée sur « la confiance dans les citoyens » – égalité, liberté, droit de suffrage – et « sur la vertu du dialogue » – partis politiques, assemblées délibérantes...¹. Aujourd’hui, de la même façon, la recomposition de la société politique à partir de la place prééminente conquise par le Conseil constitutionnel met en action une nouvelle représentation de la démocratie et provoque un renouveau de la pensée politique cherchant à dire la vérité et la légitimité de ce nouveau partage du pouvoir. L’ancienne représentation de la démocratie pouvait se résumer par les formules « la démocratie par la loi » ou « démocratie représentative » ; la nouvelle peut s’exprimer par les formules « la démocratie par la Constitution » ou « démocratie continue ». Ce glissement de la loi à la constitution invite à repenser la part de la constitution dans la construction du peuple – référence obligée de la démocratie – (section 1) et la qualité de l’institution – le Conseil constitutionnel – qui porte cette nouvelle forme démocratique (section 2).

SECTION I

LA CONSTITUTION, ESPACE D’IDENTITÉ DU PEUPLE

946 Avant 1958 et le développement jurisprudentiel de la Charte des droits et libertés, le « fonctionnement » démocratique reposait sur l’identification des gouvernés aux gouvernants, sur la confusion entre le peuple et ses représentants. Le Conseil a cassé cette fusion en construisant un écart entre gouvernés et gouvernants qui assure aux premiers une autonomie fondatrice d’une nouvelle

■ 1. J. GICQUEL et J-É. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Domat Montchrestien, 2012, p. 38.

relation démocratique (§1). Par cette opération, le Conseil a également révélé la part originale de la constitution dans la Construction de l'identité du peuple à la fois être abstrait et ensemble des citoyens concrets (§2).

§ 1. LA RUPTURE DE L'IDENTIFICATION GOUVERNANTS-GOUVERNÉS

A. LA CONSTRUCTION JURIDICTIONNELLE DE L'ÉCART GOUVERNANTS-GOUVERNÉS

- 947 La constitution-garantie des droits est au principe d'une rupture radicale de la représentation des relations gouvernants/gouvernés : là où la constitution-séparation des pouvoirs produit une fusion du corps des représentants et du corps des représentés, la constitution-garantie des droits institue un écart, une distance entre les deux corps. Cette différenciation est la conséquence logique du contrôle de constitutionnalité. Dans chaque décision du Conseil constitutionnel se joue, en effet, la même scène : les actes votés par le corps des représentants – les lois – sont jugés au regard des droits du corps des représentés – la Constitution. Ce qui implique de concevoir deux espaces distincts, celui des représentants et celui des représentés, porteurs de deux volontés normatives potentiellement contradictoires.
- 948 Concrètement, la Constitution définit progressivement un espace assurant symboliquement et pratiquement – par la censure de la loi – l'autonomie des représentés par rapport aux représentants. Et cet espace s'agrandit et se renforce au fur et à mesure que le Conseil « découvre » des droits constitutionnels nouveaux – le principe du respect de la dignité de la personne humaine, le droit à un logement décent, la liberté du mariage, le droit à une vie familiale normale, etc. Cette logique de l'écart est clairement à l'œuvre dans la décision du 16 janvier 1982 où le Conseil oppose à la volonté des élus du peuple de nier la valeur constitutionnelle du droit de propriété, la volonté inverse du peuple qui « par le référendum du 5 mai 1946 a rejeté une Déclaration des droits comportant notamment l'énoncé de principes différents de ceux proclamés en 1789 par les articles 2 et 17 » et a, en revanche, « par les référendums du 13 octobre 1946 et du 28 septembre 1958, approuvé des textes conférant valeur constitutionnelle aux principes et droits proclamés en 1789 ».
- 949 Le contrôle de constitutionnalité produit ainsi une figure nouvelle de mise en distance des gouvernés et des gouvernants, en constituant les droits des premiers en corps séparé des droits des seconds : la charte jurisprudentielle des droits et libertés constitutionnels symbolise l'espace des gouvernés, la loi l'espace des gouvernants. Et la construction de cet écart est continue, il n'est jamais clos sur lui-même, fondé une fois pour toutes et définitivement ; il reste toujours ouvert en ce que la « liste » des droits qui le constitue s'allonge et se modifie sans cesse. Contrairement à une idée reçue, la constitution n'est pas un texte mort, arrêté au moment où il a été rédigé ; elle est un acte vivant, un espace ouvert à la création continue de droits²

² 2. Qu'il soit permis de renvoyer à D. ROUSSEAU, « Une résurrection, la notion de constitution », *RDP*, 1990, p. 5.

sous l'effet, précisément, de l'agir juridictionnel. L'office du Conseil constitutionnel est de « dire le droit », formule qui ne doit pas être comprise comme réduisant le juge à un second rôle, même brillant, de porte-parole d'un texte déjà signifiant et s'imposant à lui. Au contraire, « dire le droit », c'est donner un sens à telle ou telle disposition de la Constitution ou des déclarations par un travail d'interprétation des mots dont la logique est de mettre le juge d'une part en face de plusieurs significations possibles, d'autre part dans l'obligation professionnelle d'en choisir une. Et c'est précisément ce travail juridictionnel qui fait de la Constitution un acte vivant et l'enrichit sans cesse de droits nouveaux. Les voies de cette création continue sont multiples. La plus classique est celle qui conduit le Conseil à faire « découler » – selon sa propre expression – des droits nouveaux de ceux consacrés par les textes. Ainsi, de la libre communication des pensées et des opinions – article 11 de la Déclaration de 1789 – il fait « découler », tout à la fois, le pluralisme, le droit pour les lecteurs de « connaître les dirigeants réels des entreprises de presse et les conditions de financement des journaux »³, le libre accès à internet⁴ ; de la liberté individuelle – article 66 de la Constitution – il a fait « découler » la liberté d'aller et venir⁵, le droit de disposer librement de son corps et de sa personne⁶, l'inviolabilité du domicile⁷ ; de la liberté énoncée à l'article 2 de la Déclaration de 1789, il a fait « découler » la liberté de mariage⁸, le droit à la sureté⁹ ou le droit au respect de la vie privée¹⁰ ; du pouvoir de faire tout ce qui ne nuit pas à autrui – article 4 de la Déclaration de 1789 – la liberté d'entreprendre¹¹, le principe de responsabilité¹² ou la liberté contractuelle¹³ ; du droit de chacun d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence – alinéa 11 du Préambule de 1946 – il a déduit le droit à un logement décent¹⁴ et, le 27 juillet 1994¹⁵, le Conseil considère qu'il « ressort de la phrase “au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine” que la sauvegarde de la dignité de la personne humaine est un principe à valeur constitutionnelle ». À côté de cette voie classique, le Conseil utilise encore la catégorie des « principes particulièrement nécessaires à notre temps » et celle des « principes fondamentaux reconnus par la République » pour reconnaître la valeur constitutionnelle de nouveaux droits : par exemple, l'indépendance des

■ 3. CC 84-181 DC, 10 et 11 octobre 1984, *R.* p. 78

■ 4. CC 2009-580 DC, 10 juin 2009, *R.* p. 107.

■ 5. CC 79-107 DC, 12 juillet 1979, *R.* p. 31. Liberté aujourd'hui rattachée aux articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789 (CC 2003-467 DC, 13 mars 2003, cons. 8, *R.* p. 211).

■ 6. CC 74-54 DC, 15 janvier 1975, *R.* p. 19.

■ 7. CC 83-164 DC, 29 décembre 1983, *R.* p. 67. L'inviolabilité du domicile est aujourd'hui une composante du droit au respect de la vie privée (CC 2013-357 QPC, 29 novembre 2013, cons. 6 à 8, *R.* p. 1053).

■ 8. CC 97-389 DC, 22 avril 1997, *R.* p. 45.

■ 9. CC 89-254 DC, 4 juillet 1989, cons. 12, *R.* p. 41.

■ 10. CC 99-422 DC, 9 novembre 1999, *R.* p. 116.

■ 11. CC 81-132 DC, 16 janvier 1982, *R.* p. 18.

■ 12. CC 99-419 DC, 9 novembre 1999, cons. 70, *R.* p. 116.

■ 13. CC 2000-437 DC, 19 décembre 2000, *R.* p. 190.

■ 14. CC 94-359 DC, 19 janvier 1995, *R.* p. 176.

■ 15. CC 94-343-344 DC, 27 juillet 1994, *R.* p. 100.

professeurs d'université¹⁶ ou le droit des mineurs à une justice propre¹⁷. Il peut aussi « dégager » des principes constitutionnels de l'esprit général de plusieurs dispositions : par exemple, la continuité du service public¹⁸ ou la clarté, l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi¹⁹.

Par cette création continue de droits et libertés, le Conseil constitutionnel renforce l'écart entre gouvernants et gouvernés et l'autonomie institutionnelle de ces derniers. Et cet écart est producteur d'une nouvelle relation démocratique.

B. LA QUALITÉ DÉMOCRATIQUE DE L'ÉCART GOUVERNANTS-GOUVERNÉS

950 Cette figure de l'écart est profondément différente de la figure de la fusion qui prévaut encore dans les mentalités. Dans sa formulation la plus banale, en effet, l'idéal démocratique exige l'implication toujours plus grande du peuple dans le pouvoir – par l'extension du suffrage universel, par exemple – et se réalise pleinement par la fusion du peuple dans le corps politique de la représentation nationale. Si les « démocraties populaires » ont, avec le parti unique, conduit à l'extrême cette logique de la fusion, les « démocraties bourgeoises » y ont également, avec plus de modération, adhéré. Raymond Carré de Malberg, notamment, a parfaitement décrit le fonctionnement de ces régimes parlementaires qui reposent sur l'identification des gouvernés aux gouvernants, sur la confusion entre le peuple et ses représentants, entre la volonté générale et la volonté parlementaire, faisant du Parlement l'égal du souverain, ou plutôt, comme l'écrit le maître de Strasbourg, l'érigeant effectivement en souverain.

951 Pour démocratique qu'il se donne, ce type de fonctionnement politique n'est, en réalité, que la reproduction transposée du principe monarchique selon lequel le corps de la nation et le corps du roi ne font qu'un : « les droits et les intérêts de la nation, dont on ose faire un corps séparé du monarque, déclare Louis XV dans un discours au Parlement de Paris du 3 mars 1766, sont nécessairement unis avec les miens et ne reposent qu'en mes mains ; je ne souffrirai pas, poursuit-il, qu'il s'introduise un corps imaginaire qui ne pourrait qu'en troubler l'harmonie ». En 1789, les révolutionnaires ont certainement voulu et cru séparer ces deux corps ; ils pensaient même que l'acte révolutionnaire était, précisément, dans cette affirmation audacieuse de l'autonomie du corps de la nation par rapport au corps du roi. En réalité pourtant, les hommes de 1789 ont reconstitué l'unité des corps en donnant seulement à la Nation un nouveau corps dans lequel fusionner, le corps des représentants. Cette continuité constitutionnelle est sans doute moins dictée par une continuité doctrinale que par les contraintes du combat politique des légitimités en 1789 : à l'unité du corps du roi, les révolutionnaires ne pouvaient pas, politiquement, opposer la diversité sociale du peuple ; ils devaient affirmer l'unité du corps peuple-nation sous peine de fragiliser la légitimité déjà incertaine de leur

■ 16. CC 83-165 DC, 20 janvier 1984, *R.* p. 30.

■ 17. CC 2002-461 DC, 29 août 2002, *R.* p. 204.

■ 18. CC 79-105 DC, 25 juillet 1979, *R.* p. 31.

■ 19. CC 99-421 DC, 16 décembre 1999, *R.* p. 136.

revendication de pouvoir. Mais, ce faisant, ils engageaient la Révolution dans la voie non de la rupture avec l'Ancien Régime, mais dans celle d'une simple « modernisation » du système politique de représentation de la nation. D'abord, parce que le peuple physique disparaissait, absorbé dans et par le concept de nation ; ensuite et par nécessité logique, parce que la nation étant un être abstrait ne pouvait s'exprimer que par l'intermédiaire de personnes physiques habilitées à la représenter. Au bout du chemin, la (con)fusion du peuple et de la nation, la (con) fusion des représentants de la nation et du peuple-nation : puisque le peuple est la nation et que la nation ne peut s'exprimer que par ses représentants, il ne peut y avoir d'autre expression de la volonté du peuple que celle exprimée par les représentants de la nation. Ce que revendiquait clairement Sieyès lorsqu'il affirmait sans détour que « le peuple ne peut parler, ne peut agir que par ses représentants ».

952 La constitution-garantie des droits, par le contrôle de constitutionnalité qu'elle appelle, casse cette fusion. Avant l'existence et le développement de la jurisprudence constitutionnelle, l'activité législative des représentants est directement imputée à la volonté du peuple sans que celui-ci puisse protester puisque, par définition constitutionnelle, il n'existe pas de manière séparée et indépendante, il ne peut avoir de volonté hors celle exprimée par les représentants. Avec le contrôle de constitutionnalité, les représentants sont toujours habilités à exprimer la volonté du peuple mais la fusion des deux volontés n'est plus possible : par la charte des droits fondamentaux qu'il construit et qui dessine l'espace de la représentation autonome de la souveraineté du peuple, le juge constitutionnel est toujours en position de montrer – « au vu de la constitution » est-il écrit dans les visas des décisions – et, le cas échéant, de sanctionner l'écart entre les exigences constitutionnelles et leur traductions législatives par les représentants. En « montrant » ainsi que les deux espaces peuvent ne pas coïncider et que, dans l'hypothèse d'un conflit, le premier l'emporte sur le second, le juge constitutionnel interdit aux représentants de prétendre qu'ils sont le souverain et dévoile leur situation de simples délégués pouvant toujours être rappelés au respect des droits du souverain. D'une certaine manière, le juge constitutionnel dévoile ce que la représentation voulait cacher : l'oubli du peuple. Tout en affirmant son existence, la représentation fait, en effet, disparaître le peuple en posant comme principe constitutionnel qu'il ne peut être présent, comme le disait Sieyès, que dans les personnes des représentants. Le juge constitutionnel fait ré-exister le peuple comme figure autonome et souveraine en mettant en représentation la représentation : il montre que la représentation est une scène où deux acteurs jouent des rôles différents, les élus celui de délégués du souverain et le peuple celui de souverain.

Cette logique démocratique de l'écart pourrait être rapportée dans le champ philosophique au débat qui, en mars 1929 à Davos, a opposé Heidegger et Cassirer sur la notion de limite chez Kant. Au premier qui soutenait que la connaissance ne pouvait que tomber poétiquement de l'être sur l'homme car l'homme était limité dans son accès au savoir, Cassirer répondait que la finitude de l'homme signifiait un écart entre lui et l'être, écart qui impliquait que la connaissance de l'être se construise par la médiation du langage, de la culture et d'une politique symbolique. De même ici, ou la volonté générale est dans l'être, l'être du roi ou de la nation peu importe, et, les hommes étant limités – « de lui-même le peuple veut le bien mais,

de lui-même, il ne le voit pas toujours », écrit Jean-Jacques Rousseau – il revient aux représentants de la nation de « révéler » aux hommes la volonté générale ; ou bien, l'écart entre la volonté générale et les hommes est tel qu'il condamne les hommes à ne pouvoir que s'en approcher par le langage. Dans le premier cas, la démocratie est d'acclamation, dans le second elle est de délibération.

§ 2. LA CONSTRUCTION CONSTITUTIONNELLE DU PEUPLE

A. LA DOUBLE IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE DU PEUPLE

953 Que la philosophie, la sociologie, l'histoire et même l'économie participent à la compréhension du concept de peuple paraît légitime mais point le droit. Et pourtant, la Constitution, en particulier, apporte une contribution essentielle à la compréhension de la dynamique relationnelle des « deux peuples » qui fait le peuple continu de la démocratie continue. La force propre du droit, écrivait Pierre Bourdieu, est d'instituer, c'est-à-dire de faire exister, de donner vie à ce qu'il nomme. Ainsi en est-il de la Constitution qui nomme et en les nommant constitue – au sens premier du terme – les deux peuples, les fait exister. Là encore, le propos peut surprendre car il rompt avec le discours convenu. « Une Constitution est le génie d'un peuple », « une Constitution est l'acte par lequel un peuple exprime sa souveraineté », ces formules et quelques autres semblables offrent une représentation chronologique des rapports entre peuple et Constitution : d'abord le peuple, ensuite la Constitution. Ou encore, l'existence du peuple comme condition préalable de la Constitution, comme cause de la Constitution. Sieyès a consacré des pages célèbres de son « Qu'est-ce que le Tiers état ? » à étudier « ce que l'on doit entendre par Constitution politique d'une société et à remarquer ses justes rapports avec la nation elle-même ». Et, par de fortes sentences – « s'il lui (la nation) avait fallu attendre, pour devenir nation, une manière d'être positive, elle n'aurait jamais été. La nation existe avant tout, elle est l'origine de tout » – il trace un enchaînement logique des choses où, « dans une première époque », la nation est, formée par le seul droit naturel, où, « dans une deuxième époque », la Constitution naît de la volonté de la nation d'organiser « sa manière d'être », et où, « dans une troisième époque », les représentants exercent, par le vote des lois et dans le cadre de la constitution, la volonté de la nation. « Si l'on sort de cette suite d'idées simples, écrit Sieyès, on ne peut tomber que d'absurdités en absurdités ».

954 Reconnaisant en Sieyès le père de la théorie du peuple sujet du pouvoir constituant, Carl Schmitt, dans son ouvrage *La théorie de la Constitution*, réactualise et renforce les idées de l'abbé en considérant que si le peuple est le sujet du pouvoir constituant et si la Constitution est l'acte du peuple capable d'agir politiquement, « il faut que le peuple soit existant et présupposé comme unité politique ». La notion de « peuple » n'est sans doute pas la même chez Sieyès et chez Schmitt ; elle est renvoyée à une origine et une homogénéité ethnique chez le second, au droit naturel chez le premier. Mais, les deux discours expriment cette même idée

du peuple, quelle que soit son identité, au-dessus et avant la Constitution. Il faut convenir que cette représentation savante des rapports entre peuple et Constitution a l'immense mérite de « faire vrai » en faisant spontanément écho au langage ordinaire qui présente généralement le peuple comme l'auteur de la constitution. L'efficacité des deux discours, savant et ordinaire, produit ainsi une vérité d'évidence, de bon sens, une « illusion bien fondée », selon la formule de Durkheim, qui renforce le système et qu'il paraît évidemment absurde de discuter, a déjà prévenu Sieyès.

955 Et pourtant, le projet de démocratie continue invite à déconstruire cette représentation et à soutenir que le « génie de la Constitution c'est le peuple » ou, plus exactement encore, que « le génie du processus constituant c'est le peuple ». Le peuple, en effet, n'est ni une donnée immédiate de la conscience, ni une donnée naturelle ; il n'est pas une réalité objective, présent à lui-même, capable de se comprendre comme tel. Le peuple est une création artificielle, très précisément il est créé par le droit et plus précisément encore par la Constitution. Il faut relire Cicéron qui, dans *La République*, distingue et oppose la foule (*multitudo*), réunion sans forme d'individus, et le peuple (*populus*) qui, écrit-il, « ne se constitue que si sa cohésion est maintenue par un accord sur le droit »²⁰. Le peuple n'est pas seulement une association d'individus, il est une association *politique* et c'est le génie d'une constitution de transformer une association primaire d'individus en association politique de citoyens. L'histoire de la formation des peuples est, en effet, celle d'un processus continu et souvent conflictuel d'intégration d'individus, de groupes, de communautés au départ étrangers les uns aux autres et qui, par l'action du droit et des institutions que la constitution établit, vont se trouver liés par des questions communes à débattre et à résoudre, par des règles communes, par des services communs qui, à leur tour, vont développer un sentiment de solidarité qui constitue le peuple politique. Quand, par exemple, Mirabeau veut décrire l'état de la France à la veille de la Révolution, il parle d'une « myriade de peuples » ; et, après 1789, cette « myriade » devient, toujours sous la plume de Mirabeau, « le peuple français ». Ce qui a transformé une multitude en peuple, pour reprendre l'interrogation de Rousseau, c'est la Déclaration de 1789 qui, en constituant les députés « représentants du peuple français », crée, d'un même mouvement, la représentation et le peuple, liant ainsi l'un à l'autre : les députés ne peuvent se proclamer « représentants du peuple » s'ils ne construisent pas le corps politique qu'ils veulent représenter ; et donc, réciproquement, le peuple ne peut exister que si les représentants le construisent pour exister eux-mêmes. Pouvoir magique de la Constitution qui, d'un même mouvement, crée le corps politique du peuple et donne à cette création juridique la sensation étrange d'être le reflet d'une chose – le peuple – qu'elle a produite « en réalité » ! Ce n'est pas le peuple mais l'article 3 de la Constitution de 1958 qui affirme que la souveraineté appartient au peuple et qui, en le disant, fait le peuple souverain. Et cette énonciation constitutionnelle, pour magique qu'elle soit peut-être, n'en est pas moins efficace en ce qu'elle produit des comportements, des règles, des institutions qui lui sont conformes. Ainsi, le Conseil constitutionnel, dans sa

■ 20. Cicéron, *La République*, Gallimard, p. 45.

décision du 9 mai 1991²¹, qualifie le peuple français de « concept juridique » qui, figurant « depuis deux siècles dans de nombreux textes constitutionnels, a valeur constitutionnelle » et interdit en conséquence que le législateur puisse faire du peuple corse une composante du peuple français.

956 Mais la Constitution ne produit pas seulement le peuple comme « concept juridique » ; elle produit aussi le peuple comme personnes physiques concrètes. Ce qui ressort clairement de cette même décision du 9 mai 1991 où le Conseil précise que « le peuple français est *composé* de tous les citoyens français sans distinction d'origine, de race ou de religion ». « Composé » implique, en effet, de comprendre que le peuple n'est pas seulement une entité abstraite mais un ensemble d'individus « réels » disposant de droits qui les font citoyens. Au demeurant, le Conseil s'inscrit parfaitement dans la logique politique de la Déclaration de 1789 qui ne s'adresse pas à une abstraction ou au corps social mais « aux membres du corps social ». Les droits déclarés le sont pour « chaque homme », « tous les citoyens », « les membres de la société » : « l'exercice des droits naturels de *chaque homme*, pose l'article 4, n'a de bornes que celles qui assurent aux *autres membres de la Société* la jouissance de ces mêmes droits » ; « *tous les citoyens* ont le droit de concourir *personnellement* ou par leurs représentants » à la formation de la loi, affirme l'article 6 qui poursuit en affirmant que « tous les citoyens » sont égaux aux yeux de la loi ; « *nul homme* ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi » – article 7 – et « *nul* ne doit être inquiété pour ses opinions » – article 10 ; « *tout citoyen*, dit encore l'article 11, peut donc parler, écrire et imprimer librement ». En termes clairs, le peuple que la Déclaration met sur la scène politique est l'être physique ; c'est à « chacun » que la Déclaration donne des droits – concourir à la formation de la loi, parler et écrire librement... – et c'est par ces droits que « chacun » devient citoyen. Pour paraphraser Simone de Beauvoir, « on ne naît pas citoyen, on le devient par l'agir constitutionnel ».

957 Et les déclarations de droits ultérieures renforcent cette logique politique « individuelle » en connectant « chacun » avec sa réalité vécue, avec son environnement social, avec sa singularité. Le Préambule de 1946 donne à la *femme* des droits égaux à ceux de l'homme – alinéa 3 –, au *travailleur* le droit de participer à la gestion de son entreprise – alinéa 8 –, à l'*enfant*, la *mère* et les *vieux travailleurs* le droit à la protection de la santé – alinéa 11 –, à l'*enfant* et à l'*adulte* le droit à l'instruction et à la culture – alinéa 13. Ici, ce n'est pas l'individu abstrait que construit la Constitution mais l'individu concret, pris dans sa situation sexuelle, professionnelle, générationnelle... Continuant cette logique, la Charte de l'environnement de 2004 prend l'individu dans son milieu naturel : « *chacun* a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé » – article 1^{er} –, « *toute personne* a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement » – article 2 –, « *toute personne* a le droit d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement » – article 7.

■ 21. CC 91-290 DC, 9 mai 1991, R. p. 50.

Ainsi, la Constitution ne fabrique pas seulement le peuple-corps politique ; elle fabrique aussi le peuple des individus démocratiques en donnant à « chacun » les droits qui le transforme et fonde sa légitimité à intervenir et agir dans toutes les sphères de la cité : l'entreprise, la famille, l'école, l'environnement, la consommation, la santé, la loi...

Le peuple de la démocratie continue se construit et se définit donc par les droits que la Constitution énonce au profit des êtres physiques concrets.

B. LA LOGIQUE DÉMOCRATIQUE DE LA DOUBLE IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE DU PEUPLE

958 L'idée que la Constitution, par le travail du Conseil constitutionnel, fasse apparaître à côté du peuple-être abstrait le peuple-ensemble d'êtres concrets est parfois comprise comme un risque pour la démocratie, car elle ferait exploser les collectifs sociaux au profit des individus et ruinerait sous les réclamations individuelles toute possibilité de dégager l'intérêt général. À rebours de cette pensée, tout conduit à considérer que les droits de l'homme sont en réalité au principe d'un individualisme relationnel²², d'un espace public, « public » c'est-à-dire, « commun », reliant les individus les uns aux autres. Sans doute est-il soutenu qu'en qualifiant la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression de « droits naturels et imprescriptibles de l'homme », les auteurs de la Déclaration de 1789 auraient accrédité l'idée que ces droits, prenant racine dans la nature humaine, appartiennent à l'individu constitué en sujet de droit. Cette lecture n'est pas seulement défendue par les penseurs libéraux ; elle rejoint, mais évidemment dans une perspective critique, l'analyse de Marx pour qui les droits de l'homme consacrent le triomphe de l'individualisme, « la séparation de l'homme avec l'homme », « l'égoïsme bourgeois » faisant de chaque individu un être isolé, une « monade »²³.

959 Pourtant, une autre lecture est possible qui conçoit les droits de l'homme non comme des libertés individuelles mais comme des « libertés de rapport », selon l'expression de Claude Lefort²⁴. Lorsque l'article 6 de la Déclaration de 1789 reconnaît aux citoyens le droit de concourir à la formation de la loi, il invite les citoyens à entrer en relation les uns avec les autres pour définir la volonté générale ; lorsque l'article 4 définit la liberté comme le pouvoir de faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, il invite les individus à prendre en considération l'existence et les droits de l'autre ; lorsque l'article 11 proclame la liberté de communication des pensées et des opinions, il invite moins l'individu à se replier sur lui-même qu'à s'ouvrir aux autres, à se mettre en rapport avec les autres hommes. En d'autres termes, la Déclaration de 1789 fait éclater le système fermé des ordres de l'Ancien Régime et lui substitue un système ouvert. Ce qu'inaugurent les droits de l'homme n'est pas la Constitution d'un espace privé dans lequel serait enfermé et s'enfermerait chaque

■ 22. Dans le même esprit mais d'un point de vue sociologique, voir les travaux de F. DE SINGLY, *Libres ensemble*, Nathan, 2000 ; *Les Uns avec les autres*, A. Colin, 2003 ; *Quand l'individualisme crée du lien*, A. Colin, 2007. V. également, J. ION, *S'engager dans une société d'individus*, A. Colin, 2012.

■ 23. K. MARX, *La question juive*, Paris, UGE, 1968.

■ 24. C. LEFORT, *Droits de l'homme et Politique*, in *Libre 7*, Payot, 1980.

individu mais la création d'un espace public dans lequel le corps et les idées de chaque homme pouvant circuler librement se confrontent nécessairement aux corps et aux idées des autres.

960 Cette qualité relationnelle des droits et libertés offre l'avantage de les concevoir comme un tout cohérent et universalisable. Certains défendent, en effet, l'idée d'une rupture philosophique et politique entre les droits de la « première génération » – ceux énoncés en 1789 – et les droits de la « deuxième » et de la « troisième » génération – ceux énoncés en 1946 et 2004. Seul les premiers seraient de « vrais » droits de l'homme, précisément parce qu'ils auraient l'individu pour titulaire à qui ils donneraient des pouvoirs de faire ; les autres seraient des « faux » droits qui intéresseraient plus les groupes – la famille, les travailleurs, les jeunes... – que l'individu. Opposition classique entre droits-libertés d'un côté et droits-créances de l'autre impliquant une hiérarchie accordant la primauté aux droits-libertés. Opposition classique mais juridiquement et philosophiquement inconséquente. Le Conseil constitutionnel ne l'a jamais reconnu, cherchant toujours à opérer au cas par cas une conciliation, un arbitrage qui varie selon les droits constitutionnels en cause plutôt qu'à construire une hiérarchie formelle ou matérielle²⁵. Et si les droits de 1789 sont déjà des droits relationnels et non des droits individualistes, ceux de 1946 et de 2004 s'inscrivent dans leur prolongement logique en élargissant l'espace des relations humaines à d'autres acteurs – les travailleurs, les jeunes, les parents... – et à d'autres formes de vie. Le droit à l'environnement, par exemple, implique non seulement la prise en considération des rapports que les hommes nouent entre eux dans leur relation à la nature dans la mesure où l'équilibre écologique global de la société dépend de la variété et de la multiplicité de ces rapports, mais il implique aussi la contribution, la coopération et la participation de tous à la gestion de l'environnement.

Droits-libertés, droits sociaux, droits écologiques, droits de solidarité, tous ces droits relèvent de la même catégorie des droits et libertés relationnels et saisissent l'individu de la démocratie continue dans toutes ses dimensions sociales. Il n'est pas réduit à la seule dimension d'individu-électeur ; il est pris dans ses qualités de travailleur, de parent, de consommateur, d'élève, de croyant, de libre-penseur... ; il est l'individu qui rencontre dans la Constitution la pluralité des figures et des rythmes de vie qu'il occupe « sur le terrain quotidien ». La diversité des droits de l'homme exprime la diversité des situations sociales dans lesquelles les hommes vivent : étudiant un moment de leur vie, travailleur dans la journée, consommateur le samedi, parent le soir, malade de temps en temps, électeur un dimanche tous les cinq ans... Alors que le système représentatif ne veut connaître que l'individu dans sa dimension « électeur », la démocratie continue a pour référence l'individu pluriel, l'individu multidimensionnel, celui qui occupe plusieurs sphères d'activité, se meut dans plusieurs temporalités et doit donc disposer en continue des droits d'agir et de réclamer dans chacune de ces sphères et temporalités. N'est pas « démocratique » l'individu dont les droits s'arrêtent au bord des sphères où ses vies se déroulent au quotidien ; la seule dimension « droit de vote » ne saurait suffire à lui donner cette qualité.

■ 25. V. *supra* n° 290 et s.

Si la société est faite d'individus, elle n'est pas pour autant devenue une société d'individualistes s'ignorant superbement ou dramatiquement car ces individus sont reliés entre eux par la Constitution. Elle est ce texte qui empêche les individus de flotter en leur donnant un point fixe où toutes leurs activités peuvent être articulées. Cette représentation constitutionnelle du peuple est parfois comprise comme une crainte, voire, pour reprendre le titre de l'ouvrage de Jacques Rancière, une haine de la démocratie en ce qu'elle dénierait toute place au « peuple de tout le monde et de n'importe qui »²⁶. Dans l'histoire et dans les philosophies politiques, cette compréhension a-juridique sinon anti-juridique du peuple n'a pourtant jamais ouvert les chemins de la démocratie. Car si le peuple ne se construit pas par « un accord sur le droit » comme le dit Cicéron, il se reconnaît par d'autres liens, par d'autres « accords », accord sur le sang, accord sur la race ou accord sur la personne du chef-incarnation-du-peuple. La critique de la représentation chez Schmitt²⁷ débouche sur une « démocratie » où le peuple, pour exister, doit être absorbé dans la personne du chef. L'identité du peuple se fabrique par la fusion-disparition du peuple dans le corps du prince qui *est* le peuple. Au contraire, la fabrication constitutionnelle du peuple implique un écart entre le peuple-corps-politique et le peuple-ensemble des citoyens concrets, écart où se joue précisément la possibilité d'une relation démocratique par la nécessité d'un mode d'élaboration délibératif de la volonté générale : dès lors qu'elle n'est pas dans le corps du prince-peuple, elle doit se construire par un échange entre les « deux peuples »²⁸, c'est-à-dire par du politique.

961 La distinction démocratique est précisément dans cette interrogation continue sur les droits de l'homme. Les régimes totalitaires comme les régimes démocratiques « fonctionnent » sans doute au droit ; mais, alors que les premiers refusent, par principe, toute discussion sur le droit dont ils s'affirment seuls détenteurs légitimes, les seconds acceptent, par principe, la légitimité du débat sur les droits. La spécificité de la démocratie est de laisser la question des droits toujours ouverte puisque sa logique est de ne reconnaître aucun pouvoir, aucune autorité dont la légitimité ne puisse être discutée ; et, au centre de cette discussion, constamment, l'interrogation sur les revendications qui peuvent être qualifiées ou non de droits de l'homme. La démocratie continue ne prend sens qu'à travers la reconnaissance dans la Constitution « du droit à avoir des droits libérant ainsi une aventure dont le cours est imprévisible »²⁹.

Si le peuple a une double identité, à la fois corps politique et membres singuliers d'un corps social, à la fois être abstrait et hommes et femmes de la rue, à la fois dans le ciel des idées et sur la terre ferme, la démocratie continue doit prendre en charge cette double identité. Le système représentatif se réfère seulement au peuple-corps-politique et oublie le peuple-homme-de-la-rue ; la démocratie directe seulement au peuple-de-n'importe-qui. La démocratie continue articule l'un à

■ 26. J. RANCIÈRE, *La haine de la démocratie*, La Fabrique, 2005.

■ 27. V. par ex. C. SCHMITT, *Parlementarisme et démocratie*, Seuil, 1988 ; *Théorie de la constitution*, PUF, 1993.

■ 28. Qu'il soit permis de renvoyer à D. ROUSSEAU, « Constitution et démocratie » dans le cadre du cours de Pierre ROSANVALLON, Collège de France, avril 2008.

■ 29. C. LEFORT, *op. cit.*, p. 51.

l'autre grâce à la Constitution qui parle de l'un et de l'autre, qui donne au corps politique le droit de statuer et aux membres singuliers le droit de réclamer, qui fait le lien entre les deux parties du peuple de la démocratie continue. Cette dualité constitutionnelle inclut, évidemment, la possibilité de tensions entre les deux parties du peuple, entre le peuple-corps-politique et le peuple-tout-un-chacun. Mais cette possibilité de tensions est, précisément, ce qui fait le caractère continue de la démocratie par l'interrogation permanente qu'elle maintient sur les droits de l'homme. L'égalité entre les hommes et les femmes, la liberté d'expression, la fraternité sont, entre autres, des valeurs constitutionnelles que l'exclusion, les injustices, les inégalités ou l'arbitraire démentent quotidiennement. De cet écart entre les valeurs constitutionnelles portées par les hommes et leur accomplissement par le corps politique naît la faculté d'une critique de la positivité sociale, critique à l'autorité renforcée par le fait de pouvoir s'enraciner non dans un ailleurs métaphysique mais dans les valeurs énoncées dans la Constitution. Et par conséquent la faculté pour les individus démocratiques de se fonder sur la constitution pour éviter que soient ignorés, oubliés ou méprisés les droits de l'homme et qu'ainsi la démocratie continue.

SECTION II

**LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL,
INSTITUTION DE LA MESURE
DÉMOCRATIQUE**

962

La question, ici, est celle du cadre conceptuel à l'intérieur duquel et par lequel les juristes, et en particulier les constitutionnalistes, pensent la chose constitutionnelle. Il a plusieurs fois changé : au xviii^e siècle, quand les principes de séparation des pouvoirs, de souveraineté nationale, de représentation, de citoyenneté... ont renouvelé le mode de pensée du pouvoir politique ; au xx^e siècle, quand l'introduction du suffrage universel, la création des partis politiques, l'irruption des masses et de l'opinion publique ont obligé à redéfinir les schémas de compréhension du jeu constitutionnel. Aujourd'hui, à nouveau, l'émergence d'un espace post-national, le développement des autorités publiques indépendantes, la montée en puissance de la figure des juges, la transformation des moyens de communication par l'internet imposent de reconstruire les cadres conceptuels de la pensée constitutionnelle. Peut-on penser un champ constitutionnel avec une juridiction constitutionnelle avec les mêmes instruments, les mêmes catégories que ceux qui servaient à penser un champ constitutionnel sans juridiction constitutionnelle ? Les philosophies positivistes et jusnaturalistes fournissent sans doute un cadre de compréhension possible du réaménagement institutionnel provoqué par l'introduction d'une juridiction constitutionnelle dans le jeu politique (§1). Mais la philosophie herméneutique semble mieux comprendre cette nouveauté institutionnelle (§2).

§ 1. LES COMPRÉHENSIONS POSITIVISTES ET JUS-NATURALISTES DE LA JURIDICTION CONSTITUTIONNELLE

A. LES CONCEPTIONS POSITIVISTE ET JUSNATURALISTE

1. La conception positiviste

963 Premier argument des positivistes, « l'inconstitutionnalité d'une loi se ramène toujours en dernière analyse à une *irrégularité de procédure* »³⁰. Il en est ainsi, naturellement, lorsque le contrôle de constitutionnalité porte sur l'« extérieur » de la loi, sur la manière dont elle a été adoptée, mais aussi sur l'« intérieur » de la loi, sur le contenu et le fond de la loi. En effet, selon ces auteurs, toute constitution répartit la matière normative, principalement, en deux catégories hiérarchisées de loi : la légalité constitutionnelle, qui relève de la compétence du pouvoir constituant, et la légalité ordinaire, qui relève de la compétence du Parlement. Dès lors, quand le législateur ordinaire statue sur un des objets relevant de la matière constitutionnelle, ou donne aux lois un contenu contraire aux principes de fond posés par le pouvoir constituant, il viole les règles constitutionnelles de répartition des compétences. La sanction du juge constitutionnel n'est donc jamais une condamnation de fond, mais une condamnation de procédure : l'inconstitutionnalité de la loi résulte de ce que le législateur ordinaire est intervenu sur une matière, ou a édicté une disposition qui n'était pas de sa compétence.

Ainsi compris comme sanction des règles de procédure, le contrôle de la constitutionnalité des lois n'est pas contraire aux principes démocratiques, ne fait pas prévaloir la volonté ou la subjectivité du juge sur la volonté générale exprimée par les représentants élus de la nation. En effet, d'une part, le juge constitutionnel ne porte pas de jugement sur la valeur intrinsèque de la loi, n'apprécie pas la moralité de la loi ; il se borne à dire que, eu égard au contenu des dispositions critiquées, le législateur ordinaire n'est pas compétent pour les prendre. D'autre part, et Charles Eisenmann le souligne fortement, l'inconstitutionnalité prononcée par le juge pour incompétence matérielle n'est jamais absolue : puisque la norme est invalidée pour vice de procédure, et non condamnée sur le fond, elle peut toujours être reprise et insérée dans le système juridique selon la bonne procédure. Concrètement, eu égard à son contenu ou à ses implications constitutionnelles, la norme en question ne pouvait être prise par le pouvoir législatif et selon la procédure législative, mais peut valablement être édictée par l'organe compétent, c'est-à-dire le pouvoir constituant, et selon la procédure adéquate, c'est-à-dire la procédure constitutionnelle. Le juge constitutionnel n'interdit donc pas l'édition de la norme ; il sanctionne seulement son édicton législative, laissant libre son adoption par la voie d'une loi constitutionnelle.

Relue à la lumière de ce raisonnement, la jurisprudence constitutionnelle prend ainsi une signification particulière. Le Conseil ne condamne pas les atteintes

■ 30. C. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute cour constitutionnelle d'Autriche*, Economica, 1986, p. 17. Cette réédition de la thèse de Charles EISENMANN, soutenue en 1928, comporte un avant-propos magistral du doyen Georges VEDEL.

portées à la liberté d'association – 1971 –, à la liberté individuelle – 1977 –, au droit de propriété – 1982 –, au pluralisme de la presse – 1984... ; il sanctionne seulement l'incompétence du législateur ordinaire à décider de ces atteintes qui peuvent en revanche être valablement posées selon la procédure régulière, celle de la loi constitutionnelle. Le Conseil, dans l'argumentation positiviste, ne prononce jamais l'invalidité radicale, définitive et essentielle d'une norme ; il n'est jamais le censeur de la volonté générale et des représentants de la nation ; il est seulement un « aiguilleur » qui indique la forme, législative ou constitutionnelle, que doit prendre l'édiction d'une norme, sans se prononcer sur son bien-fondé, sur sa valeur intrinsèque, qui relève de l'appréciation politique du souverain. Ainsi entendu, le contrôle de la constitutionnalité des lois respecte parfaitement les principes démocratiques.

964 Second argument des positivistes, l'inconstitutionnalité d'une loi se ramène toujours, en dernière analyse, à une procédure obligeant les pouvoirs constitués à respecter la volonté du pouvoir constituant. La distinction, classique en droit constitutionnel, entre « pouvoirs constitués », c'est-à-dire créés par la Constitution pour mettre en œuvre, selon une procédure définie par elle, les compétences qui leur ont été attribuées, et « pouvoir constituant », c'est-à-dire créateur des pouvoirs constitués, prend une importance fondamentale. Cette distinction implique, en effet, une relation hiérarchique entre les deux pouvoirs, les pouvoirs constitués étant conditionnés, subordonnés au pouvoir constituant originaire qui les crée et leur attribue leurs compétences. Il en résulte nécessairement que l'exercice du pouvoir constituant est la manifestation première et suprême de la souveraineté populaire. En conséquence, quand le juge constitutionnel censure le Parlement parce qu'il ne respecte pas les règles de forme, de procédure ou de fond posées par la Constitution, il ne s'oppose pas à la souveraineté populaire ; il interdit « seulement » aux pouvoirs constitués d'exercer leurs compétences en dehors et au-delà des conditions et limites définies par le pouvoir constituant. En ce sens, le contrôle de la constitutionnalité des lois, loin de porter atteinte à la démocratie, en est le garant, puisqu'il permet d'imposer au Parlement et à tous les organes de l'État, le respect de la Constitution, expression suprême de la volonté générale et de la souveraineté populaire.

Par ailleurs, le Conseil constitutionnel est lui-même un pouvoir constitué. La Constitution s'impose donc à lui comme aux autres pouvoirs constitués, et ses décisions ne peuvent jamais prévaloir sur l'expression de la souveraineté nationale. En effet, le contrôle de la constitutionnalité des lois ne peut faire obstacle à ce que les décisions de censure du juge constitutionnel soient remises en cause par les représentants de la nation ou par le peuple. En Autriche et au Portugal, par exemple, le Parlement peut reprendre les dispositions annulées par le juge constitutionnel à condition de voter la loi à la majorité qualifiée. Ainsi, en France, la légitimité démocratique de la justice constitutionnelle n'a été acquise que lorsque le constituant, tenant « lit de justice », pour reprendre la formule du doyen Georges Vedel, a voté, en novembre 1993, une loi constitutionnelle pour passer outre une décision de censure du Conseil, manifestant par ce geste que les juges ne gouvernent pas puisque le dernier mot revient toujours au peuple souverain.

Ce mécanisme est, pour la doctrine positiviste, une preuve supplémentaire de la compatibilité entre justice constitutionnelle et démocratie, dans la mesure où il démontre une nouvelle fois que le juge constitutionnel ne peut jamais s'opposer ou porter atteinte à l'expression de la souveraineté nationale. Celle-ci *peut* toujours avoir le dernier mot, y compris, selon certaines modalités, contre les décisions du juge constitutionnel.

À ce discours positiviste s'oppose l'argumentation inspirée du jus-naturalisme.

2. | La conception jus-naturaliste

965 Premier argument jus-naturaliste, le contrôle de la constitutionnalité des lois est la conséquence naturelle des caractères universel, intangible et transcendant des libertés et des droits de l'homme. En effet, comme l'indique l'intitulé des textes de 1789 et de 1946, qui servent en France de référence principale pour l'exercice du contrôle, ces droits font l'objet d'une *déclaration* ou d'une *proclamation* : ce qui signifie qu'ils existent indépendamment et antérieurement à ces écrits qui ne font que les reconnaître, les consacrer solennellement. Parce que les droits de l'homme ont précisément leur source dans la nature de l'homme, ils n'appartiennent ni à la société ni au pouvoir politique ; ils leur sont extérieurs et transcendants. Et quand les hommes passent de l'état naturel à l'état civil, ils fondent la Constitution de l'État sur les bases de cet ordre juridique préexistant. « Le but de toute association politique, dispose ainsi l'article 2 de la Déclaration de 1789, est la *conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme*. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression ». Dès lors, les organes de l'État ne sont pas libres de créer n'importe quel droit ; ils ne peuvent qu'écrire des lois qui soient conformes aux droits de l'homme, car ces derniers, antérieurs et supérieurs à l'État, constituent le principe générateur du droit, s'imposant en conséquence à tout pouvoir comme impératif absolu. Cette position particulière des droits de l'homme, extérieure et au-dessus du pouvoir politique, est précisément ce qui fonde la légitimité du contrôle de la constitutionnalité des lois. En se référant à la Déclaration de 1789 et au Préambule de 1946 pour examiner les lois, le juge constitutionnel est en effet celui qui assure « la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme », en vérifiant que les lois votées par la majorité parlementaire « du moment » n'y portent pas atteinte.

Ainsi compris comme gardien des droits de l'homme, le contrôle de constitutionnalité, loin d'être contraire aux principes démocratiques, en est l'expression suprême. D'abord, parce qu'il réalise la soumission effective et complète de l'État au droit.

L'absolutisme et l'arbitraire étatique sont empêchés par l'existence préalable d'un droit qui vient limiter l'action normative de l'État et l'existence d'institutions juridictionnelles qui obligent les divers organes de l'État à respecter les principes juridiques supérieurs. Dans un premier temps, le Conseil d'État a limité l'arbitraire administratif en soumettant les actes de l'Exécutif au respect de la loi ; aujourd'hui, le Conseil constitutionnel limite l'absolutisme législatif en soumettant les actes du Parlement au respect de la Constitution et des droits de l'homme. L'État est ainsi limité par le droit, non parce qu'il se soumettrait volontairement au droit qu'il

aurait créé – théorie de l'autolimitation – mais parce qu'il trouve au-dessus et distinct de lui une réalité juridique qui le contraint – théorie de l'hétérolimitation.

Mais surtout, le contrôle de la constitutionnalité des lois n'est pas un simple mécanisme permettant de soumettre, techniquement, les organes de l'État au principe de la hiérarchie des normes. Il est, avant tout, le moyen de soumettre l'État au respect des libertés et des droits de l'homme. L'État de droit n'est pas, en effet, l'État de n'importe quel droit ; il est celui d'un droit exprimant les valeurs de liberté, d'égalité, de tolérance, faisant des individus des sujets titulaires de droits opposables à l'État, et leur reconnaissant les moyens institutionnels, juridictionnels notamment, de les faire prévaloir. Ainsi, le juge constitutionnel, gardien des droits et libertés, est par là même garant que l'État restera l'État des droits de l'homme, et par conséquent, démocratique.

966 Second argument, le contrôle de la constitutionnalité des lois est la conséquence logique de l'exigence démocratique moderne. Il existe sans doute plusieurs définitions de la démocratie, en particulier celle qui la fait reposer toute entière sur l'idée de majorité. Mais cette conception, qui réduit la démocratie au simple pouvoir de la majorité, est de plus en plus jugée dépassée, et, en tout cas, insuffisante. La représentation de la démocratie qui prévaut aujourd'hui est celle qui inclut le respect des droits de l'homme, implique l'existence de droits et libertés au profit des individus, des groupes et des minorités, et suppose un système efficace de leur protection contre les décisions du pouvoir majoritaire. Cette définition n'est d'ailleurs plus seulement philosophique ou doctrinale ; elle a acquis un statut constitutionnel depuis que le Conseil, dans sa décision du 11 janvier 1990, a fait de l'exigence du pluralisme des courants d'idées et d'opinions, le fondement de la démocratie³¹. *La démocratie ainsi définie devient donc un concept constitutionnel opératoire, c'est-à-dire une règle de jugement des actes de l'État.*

Dès lors, dans cette conception-là de la démocratie, la légitimité du juge constitutionnel s'impose comme une évidence. Il est précisément l'instrument dont disposent les minorités parlementaires depuis la réforme de 1974, et peut-être bientôt les justiciables, pour imposer au pouvoir majoritaire le respect des droits et libertés, pour contraindre la majorité à ne pas utiliser son avantage arithmétique pour restreindre ou porter atteinte aux droits et garanties dont les individus, les groupes et les minorités sont titulaires. Ainsi, le fait d'être majoritaire ne permet pas de remettre en cause le pluralisme de la presse et le droit du public de disposer d'un nombre suffisant de publications de tendances et de caractères différents³². De même, le fait que le pouvoir soit exercé, alternativement, par les grandes formations politiques parlementaires, ne permet pas que soit entravée, par l'exclusion du bénéfice de l'aide financière publique, « l'expression des *nouveaux courants d'idées et d'opinions* »³³. Le contrôle de la constitutionnalité des lois est donc un élément indispensable et même nécessaire au fonctionnement et au maintien d'un système démocratique. Si la démocratie, c'est la loi de la majorité *plus* le respect des libertés et droits de l'homme, deux institutions sont également légitimes : celle qui trouve

■ 31. CC 89-271 DC, 11 janvier 1990, R. p. 21.

■ 32. CC 84-181 DC, 10 et 11 octobre 1984, R. p. 73.

■ 33. CC 89-271 DC, 11 janvier 1990, R. p. 21.

son fondement dans l'élection, et celle qui le trouve dans la défense et la protection des libertés ; autrement dit, *ensemble*, et la figure du représentant et la figure du juge constitutionnel.

Si elles sont contradictoires, les doctrines positiviste et jus-naturaliste reposent, avec des degrés différents, sur deux présupposés qu'il convient de discuter.

B. CRITIQUE DES PRÉSUPPOSÉS POSITIVISTE ET JUS-NATURALISTE

1. Critique du présupposé normativiste

967 Le postulat sur lequel se fondent, chacune à leur manière, les doctrines positivistes et jus-naturalistes, est que la Constitution est un donné, une réalité existant en dehors du Conseil constitutionnel et qui s'impose à lui. Qu'elles soient créées par l'État ou qu'elles existent indépendamment de lui, les règles constitutionnelles, de forme et de fond, sont considérées comme des normes possédant en elles-mêmes leur signification. En d'autres termes, aucun des pouvoirs constitués n'est maître de la signification des normes : elle leur est extérieure, et, dès lors, le travail du juge constitutionnel peut s'analyser comme le simple rappel au législateur qui l'aurait méconnue, de la signification de la norme constitutionnelle. Quand le Conseil sanctionne le Parlement pour avoir soumis la création d'association à une autorisation préalable, il ne fait que lui rappeler que le principe de la liberté d'association *signifie* l'interdiction de l'intervention préalable de toute autorité, administrative ou judiciaire. Quand le Conseil examine l'étendue des nationalisations d'entreprises et de banques, il ne fait que rappeler au législateur que les articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789 *signifient* l'interdiction de restreindre le champ de la propriété privée et de la liberté d'entreprendre. Dans chaque cas, et les exemples pourraient être multipliés, le Conseil n'ajoute rien, ne crée rien ; il ne fait qu'appliquer au Parlement une norme dont la signification lui est imposée, que soumettre le législateur à une norme à laquelle il est lui-même soumis et dont il n'est que le porte-parole.

Dans cette conception, la raison juridique est assimilée à la raison mathématique. Juger se ramène à une opération simple d'application de la norme constitutionnelle à la loi, opération qui emprunte la voie du syllogisme : la norme a un contenu préexistant « a » ; la loi a un contenu « b » ; donc la loi est contraire à la norme constitutionnelle. Le juge ne dispose donc d'aucune liberté d'appréciation, d'aucun pouvoir d'interprétation, puisque le sens de la norme est inscrit dans la norme. C'est pourquoi, selon ces doctrines, le Conseil constitutionnel n'exerce pas un pouvoir politique, voire même n'a aucun pouvoir, dans la mesure où, pour reprendre la formule de Montesquieu, les juges n'étant que la bouche qui prononce les paroles de la Constitution, la puissance de juger est en quelque façon nulle³⁴.

Cette présentation a le « mérite » d'exorciser le spectre du pouvoir politique du juge, et d'évacuer la question même de la légitimité démocratique du contrôle de la constitutionnalité des lois : l'activité jurisprudentielle du Conseil serait politique s'il

■ 34. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Livre XI, chap. 6.

créait la norme constitutionnelle ; or, comme il ne fait qu'appliquer une norme préexistante, son activité est neutre.

968 Mais cette présentation a surtout l'inconvénient de ne pas rendre compte de la réalité du travail juridictionnel. Pour appliquer une disposition constitutionnelle, le Conseil doit, au préalable, déterminer sa signification. Toute la jurisprudence précédemment étudiée montre que les différents composants du bloc de constitutionnalité sont toujours porteurs de plusieurs significations, y compris les règles qui apparaissent les plus claires, comme celle disposant que « le droit de vote des membres du Parlement est personnel »³⁵. Il revient donc au Conseil de déterminer le sens du texte, c'est-à-dire de choisir, par un travail d'interprétation des mots, une signification parmi l'ensemble des possibles. Or ce travail d'interprétation est une véritable opération de création du droit, car les dispositions constitutionnelles ne prennent un sens juridique, ne deviennent des normes applicables qu'après que le Conseil en ait déterminé la signification ; avant, ce ne sont que de simples mots ou, pour utiliser le langage de Kelsen, « des propositions subjectives de normes » ; la norme constitutionnelle n'apparaît, en tant qu'instance d'appréciation de la loi, qu'à partir du moment où le Conseil lui a donné un sens.

En conséquence, contrairement aux affirmations positivistes et jus-naturalistes, le Conseil, *en tant même que juridiction*, exerce une activité politique, puisque loin d'être soumis à la norme constitutionnelle, il détermine lui-même le contenu et le sens de la règle applicable, et transforme ainsi un énoncé en norme.

2. Critique du présupposé essentialiste

969 La seconde critique adressée à ces deux théories, et particulièrement à la doctrine positiviste, est d'être fondée sur une définition *a priori*, normativiste ou essentialiste, de la démocratie. Ces auteurs³⁶ considèrent ainsi que la démocratie repose sur deux principes : celui selon lequel l'exercice du pouvoir politique, et notamment de la fonction législative, appartient, en vertu de l'article 3 de la Constitution, aux seuls représentants élus du peuple, et celui selon lequel toute institution disposant d'un pouvoir politique peut voir sa responsabilité politique mise en cause, le gouvernement par l'Assemblée nationale, cette dernière par la dissolution, et le Président de la République par le référendum, la censure de son gouvernement ou l'élection d'une majorité parlementaire hostile.

À partir de cette définition, il devient simple de constater que les membres du Conseil, n'étant ni élus ni responsables politiquement devant le peuple ou une autre institution, ne peuvent exercer une fonction politique. La démonstration prend ainsi la forme suivante : s'il fallait considérer que le Conseil participe à la création du droit, à l'élaboration des lois, il faudrait conclure que le système constitutionnel n'est pas démocratique ; or, il est démocratique ; donc il faut admettre que le Conseil n'exerce pas une activité politique.

Ce raisonnement, comme le précédent, a le « mérite » d'évacuer la question de la compatibilité de la justice constitutionnelle et de la démocratie ; elle ne se pose

■ 35. CC 86-225 DC, 23 janvier 1987, R. p. 13.

■ 36. V. par ex. F. LUCHAIRE, « Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction ? », RDP, 1979, p. 32.

pas puisque tout caractère politique est nié à l'activité du Conseil. Mais il a aussi le même inconvénient, ne pas rendre compte de la réalité du travail juridictionnel. Il suffit de rappeler ici que le Conseil participe à la formation de la loi selon deux modalités principales. Directement d'abord, par l'erreur manifeste et par les différentes techniques d'interprétation – neutralisante, directive, et constructive – il supprime certaines dispositions législatives, en déclare d'autres dépourvues d'effet juridique³⁷, définit les conditions d'application de la loi et dicte ainsi leur conduite aux pouvoirs publics³⁸, ajoute des dispositions et complète le travail du législateur³⁹ ou encore l'invite à donner à sa loi un certain contenu⁴⁰. Un exemple à retenir parmi l'ensemble jurisprudentiel étudié, celui précisément de la décision du 29 décembre 1983, par laquelle le Conseil sanctionne les dispositions relatives aux modalités des perquisitions fiscales, et indique en même temps au Parlement comment il doit corriger son texte : préciser le terme d'infraction pour limiter le domaine ouvert aux perquisitions ; donner clairement au juge le pouvoir de vérifier le bien-fondé de ces investigations ; prévoir la présence du juge dans le déroulement des opérations autorisées ; et enfin préciser les locaux pouvant faire l'objet de perquisitions. Un an plus tard, le Conseil, à nouveau saisi de cette question, constatera que, le législateur ayant ré-écrit la loi en respectant « les exigences explicitées par la décision du 29 décembre 1983 », la nouvelle rédaction était conforme à la Constitution⁴¹.

Indirectement ensuite, les décisions du Conseil pèsent à la fois, sur la préparation des lois par le gouvernement et sur la discussion de leur contenu par les parlementaires. « Il convient de tout faire, écrit Michel Rocard à ses ministres, pour éliminer les risques d'inconstitutionnalité susceptibles d'entacher *les projets de loi, les amendements et les propositions de loi*, même dans les hypothèses où une saisine du Conseil constitutionnel est peu vraisemblable⁴².

Au total, tout se passe comme si ces doctrines, redoutant la contestation ou la condamnation, au nom de la démocratie, de la justice constitutionnelle, s'efforçaient de construire une justification qui la banalise et la légitime au prix d'une négation de la réalité du travail du Conseil constitutionnel. Question de méthode donc. N'est-il pas en effet préférable d'inverser la démarche : *partir de ces faits incontournables* – le Conseil crée le droit, par son nécessaire travail d'interprétation des textes, et participe à la formation de la loi, par ses techniques de contrôle – et *découvrir les savoirs qui les accompagnent et qu'ils produisent et, au bout du compte, qui font apparaître ces faits nécessaires, légitimes ?*

■ 37. CC 84-142 DC, 27 juillet 1984, R. p. 52.

■ 38. CC 84-181 DC, 10-11 octobre 1984, R. p. 73.

■ 39. CC 89-257 DC, 25 juillet 1989, R. p. 59.

■ 40. CC 83-164 DC, 29 décembre 1983, R. p. 67.

■ 41. CC 84-186 DC, 29 décembre 1984, R. p. 107.

■ 42. Circulaire ROCARD, JO 25 mai 1988, p. 7381.

§ 2. LA COMPRÉHENSION HERMÉNEUTIQUE DE LA JURIDICTION CONSTITUTIONNELLE

A. LE CONSEIL, ACTEUR D'UN RÉGIME D'ÉNONCIATION CONCURRENTIEL DE LA VOLONTÉ GÉNÉRALE

970 À l'inverse des doctrines qui fondent sur une définition *a priori* de la démocratie, le plus souvent formulée avant la naissance de la justice constitutionnelle, la légitimité de cette dernière, l'hypothèse ici proposée est la suivante : *le contrôle de la constitutionnalité des lois est légitime parce qu'il produit une définition de la démocratie qui le légitime*. Il ne s'agit donc pas de mettre en rapport la vérité démocratique avec le mécanisme de contrôle de la constitutionnalité des lois, mais de faire apparaître quelle vérité démocratique ce mécanisme rend possible, et qui le légitime en retour.

En effet, l'histoire des institutions et des idées tend à montrer que toute technologie de pouvoir, toute organisation nouvelle du pouvoir, toute création d'une institution nouvelle donne naissance à un nouveau discours « en phase » avec la nouvelle relation de pouvoir, c'est-à-dire qui énonce sa vérité et, par conséquent, la rend naturelle et légitime. Ainsi, à la fin du XVIII^e siècle, la revendication puis la mise en place, après 1789, de nouveaux mécanismes de pouvoir s'accompagnent de nouveaux mots – contrat social et non plus impérium, citoyen et non plus sujet, souveraineté de la nation et non plus de droit divin, égalité et non plus privilèges des ordres... – de nouveaux discours dont le plus significatif est celui de la Déclaration du 26 août 1789. Loin d'être un texte superflu, elle est indispensable au processus politique en cours, dans la mesure où elle produit les principes nécessaires pour établir comme naturelles la recomposition de la société et l'attribution du pouvoir législatif à l'Assemblée nationale, et pour disqualifier l'ancienne organisation du pouvoir et la légitimité royale. En d'autres termes, le nouveau pouvoir – l'Assemblée nationale – est légitime parce qu'il produit le discours – la Déclaration de 1789 – qui le légitime⁴³.

Plus tard, l'introduction de nouveaux mécanismes, le suffrage universel direct, les partis politiques, l'administration, produiront de la même façon les modifications de discours propres à les rendre légitimes : Préambule de 1946, démocratie sociale, État-providence, etc.

Il en est ainsi, aujourd'hui, pour la justice constitutionnelle. Sa naissance et son développement se font dans un pays et à un moment où, malgré l'instabilité gouvernementale des républiques précédentes, la légitimité du Parlement et de la loi reste largement dominante. Au regard de cette représentation de la démocratie, le mécanisme du contrôle de la constitutionnalité des lois est assurément illégitime, et ce d'autant plus qu'il s'est développé au-delà de la lettre de la Constitution de 1958 : il devait protéger le gouvernement contre les empiétements du Parlement, et il s'est transformé en technique de protection des droits de l'homme et des

■ 43. Le 26 août, écrit Marcel GAUCHET, non seulement légalise *a posteriori* l'auto-proclamation du 17 juin, non seulement donne une base intangible à l'abolition des privilèges du 4 août, mais il procure à la démarche constitutionnelle à venir un ancrage symbolique décisif. *La Révolution des droits de l'homme*, Gallimard, 1989.

minorités contre les abus de la majorité gouvernementale. Mais précisément, ce mécanisme va produire une nouvelle représentation de la démocratie qui va dévaloriser l'« ancienne » en établissant la légitimité de la recomposition du paysage institutionnel sur le principe de la prééminence de la Constitution, et par conséquent du Conseil constitutionnel.

971 Par touches successives, il va donner son contenu à cette nouvelle représentation de la démocratie : « dans l'exercice de sa compétence, le législateur ne saurait être dispensé du respect des principes et des règles de valeur constitutionnelle qui s'imposent à tous les organes de l'État »⁴⁴ ; « la loi votée n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »⁴⁵ ; « l'exigence du pluralisme des courants d'idées et d'opinion constitue le fondement de la démocratie »⁴⁶. Par ces mots, par ces glissements de sens, le Conseil construit une définition de la démocratie différente de la période précédente, mais conforme au nouveau partage du pouvoir⁴⁷. « La loi est l'expression de la volonté générale » était le discours produit et légitimant à la fois le pouvoir législatif des seuls représentants de la nation, du Parlement seul ; « la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution » est aujourd'hui le discours produit et légitimant à la fois le pouvoir du Conseil de participer à la formation de la loi en vérifiant qu'elle respecte les règles constitutionnelles. Dès lors, en effet, que la démocratie ne se définit plus seulement par le simple pouvoir majoritaire de faire la loi, mais aussi par une pratique délibérative où se discute et se construit la validité des décisions, le rôle du Conseil devient parfaitement légitime au regard de cette définition-là de la démocratie. Au demeurant, cette dernière n'est pas, en elle-même, « plus vraie » que la précédente ; elle énonce seulement la vérité du nouveau régime institutionnel et politique de production de la volonté générale.

972 Le Conseil est une juridiction qui entre dans un jeu de rapports de force avec d'autres institutions, de nature différente, et dont l'ensemble définit ce qu'il est proposé d'appeler *un régime d'énonciation concurrentiel des normes*⁴⁸. La formation de la loi est en effet aujourd'hui le produit du travail de trois institutions concurrentes⁴⁹ : le gouvernement, qui est à l'origine de la quasi-totalité des textes législatifs ; le Parlement, qui discute, amende et vote la loi ; le Conseil enfin, qui peut compléter la loi, préciser ses modalités d'application, supprimer certaines de ses dispositions, en déclarer d'autres dépourvues d'effet

■ 44. CC 81-132 DC, 16 janvier 1982, R. p. 18.

■ 45. CC 85-197 DC, 23 août 1985, R. p. 70.

■ 46. CC 89-271 DC, 11 janvier 1990, R. p. 21.

■ 47. La doctrine participe également à la reformulation de l'exigence démocratique moderne, renforçant ainsi le travail propre du Conseil. V. par ex. L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'État*, PUF, 1985, et *Les métamorphoses de la démocratie*, Jacob, 1989 ; J.-M. VARAUT, *Le droit au droit*, PUF, 1986 ; et sur le plan philosophique, L. FERRY et A. RENAUT, *Philosophie politique*, PUF, 1985 ; B. BARRET-KRIEGL, *Les droits de l'Homme et le droit naturel*, PUF, 1989 ; C. LEFORT, *Essais sur la politique*, Seuil, 1986.

■ 48. D. ROUSSEAU, « Le Conseil constitutionnel, une assemblée de légistes ? », *RSMAO*, 1987, n° 16-17, p. 4 et « Remarques sur l'activité récente du Conseil constitutionnel », *RDP*, 1989, p. 54.

■ 49. Quatre même, s'il faut tenir compte du rôle du Président de la République, comme autorité de promulgation de la loi, sinon initiateur des lois dans les conjonctures de coïncidence des majorités présidentielle et parlementaire...

juridique... Concurrentes, ces institutions le sont dans la mesure où chacune apprécie le texte sur le fondement de procédures, de préoccupations et d'une légitimité différentes : le gouvernement, sur la base de la confiance de sa majorité, transforme avec l'aide de l'administration, son programme politique en projets de loi ; le Parlement, sur la base de la confiance des électeurs, discute, de manière publique et contradictoire, l'opportunité et le contenu des textes ; le Conseil, sur la base de l'attachement solennellement proclamé par le peuple français aux droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789 confirmée et complétée par le Préambule de 1946⁵⁰, apprécie et contrôle de manière secrète et selon un raisonnement juridique, le contenu de la loi. Chacune apporte ainsi sa propre contribution à la formation de la volonté générale.

973 De par sa position institutionnelle, et notamment de l'article 62 de la Constitution disposant que les décisions du Conseil « s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles », le Conseil ne bénéficie-t-il pas, dans ce régime concurrentiel d'énonciation des normes, d'une situation privilégiée lui permettant de toujours imposer son interprétation ? Théoriquement oui, mais, en pratique, l'interprétation du Conseil n'est jamais le résultat d'un choix totalement libre, ou arbitraire. Elle est le produit d'une série de contraintes, d'un jeu mettant en concurrence plusieurs acteurs : les parlementaires qui, lors de la discussion législative et dans l'argumentation de leur saisine, livrent leur propre interprétation du texte constitutionnel ; les justiciables qui, dans le contentieux de la QPC, invitent le Conseil à consacrer un nouveau principe, à opérer un revirement ou à modifier sa jurisprudence ; les professeurs de droit qui, dans leur travail de commentaire, s'efforcent de dégager la signification pertinente ; les associations intéressées par la loi contestée – syndicats de la presse (loi Léotard), d'avocats (loi sécurité et liberté), du monde ouvrier (loi sur le licenciement), des notaires (loi Macron) – qui fournissent leur propre lecture ; les journalistes spécialisés ou non, qui tentent d'apprécier les réactions de l'opinion publique si telle ou telle interprétation était choisie ; etc. À ces contraintes, il faut encore ajouter celle de la jurisprudence même du Conseil, dans la mesure où ses décisions antérieures, lorsqu'elles existent, constituent une limite à son pouvoir d'interprétation. Pour s'imposer aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles comme objectives, les interprétations du Conseil ne peuvent pas en effet varier d'une décision à l'autre ; elles doivent respecter un rapport de cohérence et de continuité, et d'ailleurs, la doctrine comme les auteurs de saisine ne se privent pas de rappeler au Conseil sa jurisprudence afin de l'inviter à ne point trop s'en éloigner⁵¹.

■ 50. CC 81-132 DC, 16 janvier 1982, R. p. 18.

■ 51. Ainsi, dans sa décision du 8 juillet 1989 relative au droit à réintégration des responsables syndicaux licenciés pour faute lourde, le Conseil rappelle une interprétation donnée dans sa décision du 20 juillet 1988 portant sur le même sujet, CC 89-258 DC, 8 juillet 1989, R. p. 48.

Un seul exemple. Dans la décision du 27 juillet 1994⁵², le Conseil crée, sans doute possible, le principe de dignité, mais il ne le crée pas librement, discrétionnairement. Sa position de juge et de pouvoir institué l'oblige en effet à justifier sa décision par une argumentation qui, elle-même, et parce qu'elle sera soumise à la critique publique, le contraint à produire les raisons de la validité du principe posé qui entraîneront ainsi, si elles sont convaincantes, l'adhésion des auditeurs – parlementaires, juges, doctrine, opinion... D'où, en l'espèce, l'obligation de « serrer » la formation du principe de dignité aux mots du Préambule afin d'offrir au public la garantie de la validité de sa construction ; chacun peut ainsi, à son tour, contrôler le caractère raisonnable ou non de la déduction opérée par le Conseil, et, il faudrait, en l'espèce, beaucoup de parti pris pour l'accuser d'avoir fait sortir des mots du Préambule un sens aberrant. D'autant que la dignité humaine était déjà considérée par les partenaires du Conseil comme un principe distinguant les ordres démocratiques modernes : le comité Vedel avait proposé, le 15 février 1993, d'inscrire ce nouveau droit à l'article 66 de la Constitution ; le législateur dans la loi sur le respect du corps humain avait interdit toute atteinte à la dignité de la personne ; et le Président de l'Assemblée nationale avait saisi le Conseil pour l'inviter à consacrer la valeur de référence des principes essentiels concernant la personne humaine. Si le Conseil crée bien un principe nouveau, il ne le fait pas unilatéralement, discrétionnairement, mais par une décision argumentée prenant en charge l'accord de la communauté politique et juridique.

974 Le Conseil n'est donc pas libre de son interprétation. Il doit intégrer ou, à tout le moins, tenir compte des exégèses concurrentes. Sa légitimité d'interprète en dépend, car, au-delà de son fondement constitutionnel, elle repose aussi sur la reconnaissance de sa jurisprudence par la communauté juridique et politique. Or, cette reconnaissance, pour se construire, suppose qu'entre le Conseil et ses partenaires s'établisse un rapport où les seconds, malgré la position institutionnelle du premier, puissent se retrouver, en tout ou en partie, dans la motivation des décisions ; faute de quoi, le Conseil prendrait le risque de provoquer l'hostilité des institutions dont il a besoin pour assurer sa légitimité⁵³.

Les évolutions contemporaines montrent que « l'ordre » juridique est construit par des logiques, des légitimités, des temporalités multiples et contradictoires qui ne peuvent ni relever du principe de hiérarchie ni être saisies par un raisonnement logique de type binaire, producteur de vérités absolues s'excluant l'une l'autre. En particulier, la fonction de juger s'analyse moins comme le travail d'une raison hiérarchique appréciant, éclairant, organisant les textes les uns sous les autres, et davantage comme la mise en œuvre d'une raison procédurale garantissant la circulation des arguments, évaluant leur rationalité et dégageant la signification d'un texte de la communauté des convictions subjectives des « parties » – élus, juges,

■ 52. CC 94-343-344 DC, 27 juillet 1994, R. p. 100. V. aussi pour le droit de la personne à s'entretenir avec un avocat pendant la garde à vue, D. ROUSSEAU, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 1992-1993 », *RDP*, 1994, p. 198.

■ 53. À chaque interprétation s'éloignant trop de l'*opinio juris*, la légitimité, et non pas seulement la décision du Conseil, est toujours vivement contestée ; voir par ex. les réactions des Présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat, après la décision « amendement Seguin », CC 86-225 DC, 23 janvier 1987, R. p. 13, et le conflit de l'été 1993 à propos du droit d'asile.

doctrine... – forgée par la discussion sur la prétention à la validité des significations concurrentes.

975 Plus fondamentalement, le Conseil est un tiers qui soumet tous les « entrepreneurs » législatifs aux règles du discours. Il oblige les auteurs d'une loi à prendre au sérieux les critiques et propositions des adversaires et à défendre les prétentions à la validité de leur texte par des arguments qui fassent ressortir sur la place publique les raisons que l'on peut avoir de le soutenir. Comme il oblige les opposants à produire les arguments susceptibles de convaincre de la non-validité de la proposition. Le Conseil lui-même participe à ce dialogue, l'encourage, le démultiplie d'une part en produisant des arguments – les motifs de ces décisions – d'autre part en prenant position face aux raisons avancées par les autres parties prenantes. Et cette intervention du Conseil ne rompt pas la logique communicationnelle par un retour de l'unilatéral ; elle le situe au contraire dans une position intersubjective, comme participant qui, par un questionnement sur « ce que demande le droit » et par la médiation d'une discussion pratique entre toutes les parties prenantes, cherche à dégager la validité revendiquée par telle ou telle proposition normative.

976 Parce que le nouveau régime d'énonciation des normes repose précisément sur une concurrence permanente entre interprétations différentes des règles constitutionnelles qui implique que le choix d'un sens n'est jamais définitif, qu'une interprétation peut évoluer, que de nouveaux droits peuvent être reconnus, il représente assurément un approfondissement de la démocratie. Et le Conseil constitutionnel, comme organe régulateur de cette concurrence en est un des instruments principaux. D'abord, parce qu'il produit un espace constamment ouvert à la création continue de droits et libertés et qu'il fait de la Constitution non un texte fini au moment de son écriture, mais un texte vivant, (re)défini sans cesse au moment de ses lectures, « un projet toujours inachevé » selon le mot d'Habermas⁵⁴. Ensuite, parce que le juge constitutionnel permet au peuple de se « voir » comme souverain grâce à un miroir, la constitution-charte jurisprudentielle des droits fondamentaux – qui réfléchit au peuple sa souveraineté et aux délégués élus leur subordination au souverain. La justice constitutionnelle rend ainsi visible ce que le modèle représentatif fait oublier en mettant en représentation la représentation⁵⁵.

La parole du souverain ne s'affirme, en effet, comme parole normative que par l'« agir juridictionnel », que par la médiation herméneutique obligeant à sortir enfin de l'alternative où, soit le souverain est considéré capable de produire, directement et sans médiation, une volonté normative, soit le juge constitutionnel est censé créer, discrétionnairement et sans contraintes, les normes. Deux positions idéalistes, même si la seconde aime se qualifier de réaliste. La parole du souverain ne prend consistance et n'acquiert une efficacité que dans une relation complexe entre cette parole telle qu'est transcrite en mots dans la Constitution et tous ceux qui ont à en faire usage ; c'est dans cette relation, et non dans le geste unilatéral, volontaire et solitaire d'une des parties à cette relation, que se construit le sens des énoncés constitutionnels, que la parole du souverain devient grisante.

■ 54. J. HABERMAS, *Droit et démocratie*, Gallimard, 1997, p. 412.

■ 55. V. par ex. M. GAUCHET, *La Révolution des pouvoirs*, Gallimard, 1995, p. 49.

Ce qui distingue la démocratie, écrit Claude Lefort, c'est que le lieu de pouvoir est vide, le débat sur le légitime et l'illégitime étant nécessairement sans garant et sans terme⁵⁶. D'une manière peut-être inattendue, la justice constitutionnelle rend visible ce vide en ne rapportant pas la construction de la norme à un auteur, le peuple, les élus ou les juges, mais à un espace de délibération qui n'est la propriété de personne.

B. LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL, ACTEUR D'UNE FORME CONTINUE DE DÉMOCRATIE ?

1. La démocratie continue, une proposition discutée

977 Ce nouveau régime d'énonciation concurrentiel des normes représente-t-il un progrès démocratique ? Les droits de l'homme, parce qu'ils représentent des bornes à l'action des autorités élues, ne seraient-ils antidémocratiques ? Récurrent outre-Atlantique, ce débat ouvre lui-même celui de la définition de la démocratie : soit un régime où la seule décision légitime est l'expression de la volonté d'une majorité politique désignée par les électeurs et, dans ce cas, les juges constitutionnels sont une anomalie car ils ont pour mission d'imposer des limites – celles des droits fondamentaux constitutionnels – à l'action législative ; soit un régime où la décision légitime est le résultat d'une circulation et d'un échange d'arguments sur son objet, et, dans ce cas, le respect des droits fondamentaux est partie intégrante du principe démocratique car ils sont indispensables à l'exercice de la délibération publique, et le Conseil constitutionnel, qui les protège, est un élément essentiel du système démocratique. Dès lors que la justice constitutionnelle met au cœur de sa logique une interrogation permanente sur le droit, la réponse n'est pas douteuse. Les régimes totalitaires comme les régimes démocratiques « fonctionnent » au droit ; mais, alors que les premiers refusent, par principe, toute discussion sur le droit dont ils s'affirment seuls détenteurs légitimes, les seconds acceptent, par principe, la légitimité du débat sur les droits. La spécificité de la démocratie est en effet de laisser la question des droits toujours ouverte puisque sa logique est précisément de ne reconnaître aucun pouvoir, aucune autorité dont la légitimité ne puisse être discutée ; et, au centre de cette discussion, constamment, l'interrogation sur les revendications qu'il convient de qualifier de droits constitutionnels, la concurrence et l'échange des convictions qui font que tout pouvoir doit, sans cesse, dans cet espace de confrontation, conquérir la légitimité.

978 Il reste que cette part de la Constitution dans la construction et le fonctionnement des systèmes politiques contemporains suscite de redoutables questions. Et une, en particulier : cette nouvelle configuration politique mérite-t-elle d'être appelée « démocratie » ? Depuis vingt ans, la dénomination « démocratie continue » attribuée à un système politique reconnaissant la part propre de la constitution fait problème. Ou plus exactement, fait problème la pertinence, voire la légitimité, de continuer à appeler « démocratie » un système accordant à la Constitution et au

■ 56. C. LEFORT, *Essais sur la politique*, Seuil, 1986, p. 53 et s.

juge constitutionnel dans la fabrication de la volonté générale : « continue », peut-être, « par la Constitution », peut-être aussi, mais « démocratie » ?

Ainsi, Jean-Marie Denquin doute qu'il soit possible d'appeler « démocratie » un système dans lequel un juge non élu et irresponsable décide arbitrairement à la place des élus⁵⁷ ; Stéphane Rials dénonce un retour du théologico-politique avec le droit comme religion et les juges comme grands prêtres⁵⁸ ; Pierre Brunet stigmatise une conception libérale et aristocratique du pouvoir mettant le peuple hors du jeu politique⁵⁹ ; et Bastien François décèle dans cette République des juges une volonté de pouvoir des professeurs de droit au service d'un mécanisme sophistiqué de dépossession du pouvoir des citoyens au profit des juges⁶⁰.

La critique porte donc moins sur la description de la nouvelle configuration politique produite par l'introduction d'un juge constitutionnel que sur la qualité démocratique allouée à cette nouvelle configuration. Quels que soient les mots des uns et des autres, l'esprit général de leur argumentation tient en ces trois propositions : si le principe démocratique se définit par la souveraineté du peuple et si, pour des raisons de temps, d'instruction, de philosophie ou de géographie, le peuple ne peut échapper à sa représentation, la seule véritable nécessité démocratique est qu'il désigne, par son vote, ceux qui agiront en son nom ; l'idéal démocratique est donc atteint en son cœur quand les lois votées par des élus du peuple peuvent être défaites par une institution dépourvue de ce qui donne à un pouvoir sa légitimité, le suffrage universel ; en admettant même qu'une délégation de pouvoir soit à l'œuvre dans l'institution juridictionnelle comme elle l'est dans les institutions parlementaire et exécutive, en admettant que le juge constitutionnel soit un représentant – thèse de Michel Troper –, la différence reste que cette représentation-là ne peut jamais mériter le qualificatif « démocratique » car il lui manque ce qui la constituerait telle : l'élection. En elle-même, c'est-à-dire sans prendre en considération sa jurisprudence, l'existence d'un juge constitutionnel est la manifestation d'une méfiance, voire d'une hostilité à l'égard du suffrage universel et des élus du peuple. En effet, dans ce registre d'intelligibilité de la démocratie où le principe de légitimité est le suffrage universel, les droits et libertés sont des obstacles possibles à la libre expression du souverain et celui qui garde ces droits et peut les lui opposer est une anomalie.

979 Évidemment, l'idée de « démocratie continue » n'a pas subi que des critiques ! Elle a aussi rencontré un écho favorable et convergé avec les travaux d'historiens comme Pierre Rosanvallon. Le doyen Vedel lui-même, qui avait ouvertement manifesté son « scepticisme » à l'égard de cette notion au moment de sa naissance en 1992⁶¹, donnait quelques années plus tard une définition de la « démocratie contemporaine » fort proche de celle proposée de la « démocratie continue ». Trois « lois », écrivait-il en 1997, l'identifient : l'exercice du pouvoir par ceux qui

■ 57. J.-M. DENQUIN, « L'essence, la démocratie et le droit », *Juspoliticum*, 2009, n° 2.

■ 58. S. RIALS, « Entre artificialisme et idolâtrie », *Le Débat*, 1991, n° 64, p. 163.

■ 59. P. BRUNET, « Le juge constitutionnel est-il un juge comme un autre ? » in *La notion de juge constitutionnel*, Dalloz, 2005, p. 115.

■ 60. B. FRANÇOIS, « Critique du discours constitutionnaliste contemporain », in J. Chevallier, *Droit et Politique*, PUF, 1993.

■ 61. V. sa préface à l'ouvrage précité, *La démocratie continue*, Bruylant/LGDJ, 1995.

sont désignés par le suffrage universel ; la responsabilité politique des gouvernants non devant le Parlement amis devant le peuple à l'expiration de leur mandat ; la garantie des libertés entre ces deux moments par le statut de l'opposition et le contrôle juridictionnel. Et, concluait le doyen, « c'est à cette troisième loi qu'on reconnaît le caractère démocratique du système politique »⁶². Précisément l'élément qui fait aussi la démocratie continue !

Invoquer l'autorité du doyen Vedel ne saurait cependant dispenser de se saisir et de répondre à la lancinante question sur la légitimité de dénommer « démocratie » la démocratie continue par la constitution.

2. La démocratie continue, un projet possible de la constitution-garantie des droits

980 Puisque la controverse porte sur la qualification de « démocratie » attribuée à la configuration politique reconnaissant un rôle au juge constitutionnel dans la production de la volonté générale, elle invite à une réflexion sur le processus de dénomination, sur l'acte de nommer une chose. Dit – un peu – brutalement : pourquoi serait-il interdit, inapproprié, malhonnête de nommer cette configuration « démocratie » ?

Les réponses proposées par les critiques se ramènent à l'idée que le mot « démocratie » aurait un sens et que la configuration politique querellée ne s'accorderait pas avec lui. Tous les critiques ne donnent cependant pas le même statut au mot « sens ». Pour les uns, il renvoie à une substance, à une essence : la démocratie aurait une définition immuable connaissable par les savants et au regard de laquelle il leur serait possible d'identifier, de classer, d'évaluer les différents systèmes politiques. Pour d'autres, comme Jean-Marie Denquin, le sens renvoie à un usage : la signification du mot « démocratie » ne tiendrait pas à une essence mais à un usage pour le sens commun, usage de référence nécessaire sans lequel aucune communication ne serait possible. Si ces différences ne sont pas négligeables, elles n'empêchent pas que pour les uns comme pour les autres, pour les essentialistes comme pour les pragmatiques, le mot « démocratie » ne peut pas désigner n'importe quelle « chose politique » ; seule peut être dénommée « démocratie » la configuration politique dans laquelle la volonté générale est faite par le suffrage universel et par les représentants élus du peuple. Dénommer « démocratie » la configuration politique dans laquelle un juge constitutionnel intervient dans la fabrication de la volonté générale serait donc un *contre-sens*.

981 Prenant au sérieux l'affirmation selon laquelle dénommer cette configuration politique-là serait un « contre-sens », elle est peut-être un « contre-sens créateur » au sens que Pierre Hadot donne à cette formule⁶³. Observant l'histoire de la philosophie, il relève qu'elle est jalonnée « d'incompréhensions, de glissements de sens, de perte de sens et de contre-sens » qui ont joué un rôle déterminant dans cette histoire en faisant apparaître des notions nouvelles, des concepts nouveaux. Et Pierre Hadot donne comme exemple l'aphorisme célèbre d'Héraclite – « la nature

62. G. VEDEL, « Le régime présidentiel ? La moutarde après dîner », *Le Monde* du 31 octobre 1997.

63. V. par exemple, P. HADOT, *Eloge de la philosophie antique*, Ed. Allia, 2009, p. 50 et s.

aime à se cacher » – repris par tous les philosophes mais, chaque fois, avec des compréhensions différentes du mot « nature » qui se révèlent être des contre-sens au regard du sens originel. Le sens premier de « nature » dans l’aphorisme d’Héraclite est « ce qui est né tend à mourir ». « La nature » devient, pour Philon d’Alexandrie, le Dieu créateur qui aime à se cacher parce qu’il est une transcendance ; pour les néo-platoniciens au contraire, l’aphorisme signifie que la nature aime s’envelopper des voiles du mythe pour cacher son infériorité ; pour Heidegger, la nature c’est l’être qui se cache, qui refuse de se révéler, seul les étant se donnant à voir. Et encore, le célèbre oracle delphique – « connais-toi toi-même » – qui traverse l’histoire de la philosophie en changeant de sens : il renvoie à « l’homme intérieur » chez Saint-Augustin mais à « l’ego transcendantal » chez Husserl qui en fait le sujet de connaissance retrouvant le monde dans une conscience de soi universelle ». « Augustin, écrit Pierre Hadot, n’aurait jamais pu concevoir dans ces termes son “homme intérieur” ». Chaque sens nouveau donné à un énoncé est un contre-sens par rapport au sens précédent mais un contre-sens créateur d’une compréhension nouvelle.

Ainsi en est-il du mot « démocratie ». Sans refaire toute son histoire politique et constitutionnelle, chacun conviendra aisément que désigner les systèmes politiques contemporains sous le nom de « démocratie » est un contre-sens par rapport au sens de ce mot dans la Grèce antique. Mais aussi un contre-sens par rapport au sens que donnaient à ce mot les pères fondateurs de la modernité constitutionnelle. Pour Sieyès, en effet, la chose politique que les révolutionnaires inaugurent ne saurait s’appeler « démocratie » mais, dit-il, « régime représentatif ». Dès lors, l’expression actuelle « démocratie représentative » est également le produit d’un contre-sens créateur d’une notion nouvelle qui fait sens aujourd’hui.

Tout contre-sens n’est pas nécessairement créateur ; encore faut-il, écrit Pierre Hadot, que cette actualisation de la pensée qu’il exprime soit liée à une exigence du sens nouveau produit par le contre-sens. Or, en l’espèce, cette condition est remplie : dénommer la configuration politique dans laquelle le juge constitutionnel participe à la fabrication de la volonté générale « démocratie continue » est peut-être un contre-sens par rapport au sens jusqu’alors convenu de « démocratie », mais un contre-sens créateur d’une notion nouvelle liée à l’exigence d’un sens actualisé pour le mot « démocratie ». La question, ici, est d’abord d’ordre épistémologique, elle est celle du cadre conceptuel à l’intérieur duquel et par lequel les juristes, et en particulier les constitutionnalistes, pensent la chose constitutionnelle. Il a plusieurs fois changé : au XVIII^e siècle, quand les principes de séparation des pouvoirs, de souveraineté nationale, de représentation, de citoyenneté, ... ont renouvelé le mode de pensée du pouvoir politique ; au XX^e siècle, quand l’introduction du suffrage universel, la création des partis politiques, l’irruption des masses et de l’opinion publique ont obligé à redéfinir les schémas de compréhension du jeu constitutionnel. Aujourd’hui, à nouveau, l’émergence d’un espace post-national, le développement des autorités publiques indépendantes, la montée en puissance de la figure des juges, la transformation des moyens de communication par l’internet imposent de reconstruire les cadres conceptuels de la pensée constitutionnelle. Or, la doctrine contemporaine continue encore de penser à partir de ses schémas anciens et, naturellement, elle n’y trouve pas les instruments, les catégories, les

outils pour se représenter le Conseil constitutionnel puisque ces schémas ont été construits avant son introduction dans le champ constitutionnel. Refusant ce conservatisme doctrinal, la « thèse » de la « démocratie continue » donne au mot « démocratie » un sens actualisé en ce qu'il a pour ambition avouée de fournir les éléments d'un nouveau cadre conceptuel capable de penser un champ constitutionnel qui ne se limite plus à l'espace de l'État-nation et aux rapports Exécutif/Législatif.

Mais la question est également « sociale ». L'idée que « démocratie » signifie élection, représentation, pouvoir de la majorité, partis politiques, Parlement, est chamboulée par des usages, des pratiques, des expériences qui appellent une actualisation du sens du mot « démocratie ». L'électeur n'est plus la seule figure du citoyen ; lanceur d'alerte, justiciable, internaute, associatif, éco-consommateur..., autant de pratiques nouvelles vécues par les « gens » eux-mêmes comme plus significatives aujourd'hui de la figure de citoyen et que le mot « démocratie représentative » ne peut saisir. Cette exigence sociale d'actualisation du sens du mot « démocratie » s'opère dans le contre-sens « démocratie continue ».

982 Le droit constitutionnel était le droit de l'État, il est devenu aussi le droit de la société ; le droit constitutionnel était replié sur lui, il s'est ouvert non seulement aux autres branches du droit mais à la philosophie, à l'histoire, à la linguistique ; le droit constitutionnel était silencieux ou indifférent à la question démocratique, il se place aujourd'hui au cœur de la réflexion sur la démocratie. L'introduction du contrôle de constitutionnalité a donc bien contribué à l'émergence d'un « nouveau » droit constitutionnel. Ou, plus exactement, il a contribué à faire devenir le droit constitutionnel ce qu'il est, c'est-à-dire un droit qui est et reste « fait » de trois composantes : l'institutionnel, la garantie des droits et l'utopie. Le premier terme rassemble les formes historiques d'organisation du politique, le deuxième les modes d'affirmation, d'expression et de protection des droits fondamentaux, le troisième les imaginaires des sociétés humaines. Le droit constitutionnel se perd quand il est emporté tout entier dans le premier, le deuxième ou le troisième terme ; il se trouve, rayonne et devient une force vivante quand ses trois composantes s'équilibrent. Et l'équilibre est la manifestation du droit, sa mesure.

BIBLIOGRAPHIE

- B. ACKERMAN, « La démocratie dualiste », in M. TROPER, L. JAUME (dir.), *1789 et l'invention de la Constitution*, Bruylant-LGDJ, 1994, p. 191 ■ Y. AGUILA, *Le Conseil constitutionnel et la philosophie du droit*, LGDJ, 1994 ■ P. AVRIL, *Essais sur les partis*, LGDJ, 1986 ■ « Une revanche du droit constitutionnel ? », *Pouvoirs*, 1989, n° 49, p. 5 ■ B. BARRET-KRIEGEL, *Les droits de l'Homme et le droit naturel*, PUF, 1989 ■ P. BASTID, *L'idée de Constitution*, Economica, 1985 ■ Ph. BLACHER, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, PUF, 2001 ■ P. BOURDIEU, *Questions de sociologie*, Minuit, 1984 ■ « La force du droit », *Actes de la Recherche en sciences sociales* 1986, n° 64, p. 3 ■ S. BRONDEL, N. FOULQUIER, L. HENSCHLING (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Publications de la Sorbonne, 2001 ■ P. BRUNET,

« Le juge constitutionnel est-il un juge comme un autre ? », in O. JOUANJAN, C. GREWE, E. MAULIN et P. WACHSMANN (dir.), *La notion de juge constitutionnel*, Dalloz, 2005, p. 115 ■ G. BURDEAU, « Une survivance, la notion de constitution », in *L'évolution du droit public, Études offertes à Achille Mestre*, Sirey, 1956, p. 53 ■ *L'État*, Le Seuil, 1970 ■ M. CAPPELLETI, *Le pouvoir des juges*, Economica, 1990 ■ D. CHAGNOLLAUD, M. TROPER (dir.), *Traité international de droit constitutionnel* (3 tomes), Dalloz, 2012 ■ J. CHEVALIER, « La fin de l'État-Providence », *Projet*, mars 1980 ■ « L'État de Droit », *RDP*, 1988, p. 313 ■ *L'État de Droit*, Clefs Montchrestien, 2010 ■ L. COHEN-TANUGI, *Le Droit sans l'État*, PUF, 1985 ■ *Les métamorphoses de la démocratie*, Jacob, 1989 ■ Ph. COPPENS, *Normes et fonction de juger*, Bruylant-LGDJ, 1998 ■ G. COURTOIS, B. MATHIEU, D. ROUSSEAU, « Nos institutions sont-elles en crise ? », *Constitutions*, 2014, p. 437 ■ J.-M. DENQUIN, « L'essence, la démocratie et le droit », *Juspoliticum*, 2009, n° 2 ■ M. DE DIEGUEZ, *Le combat de la Raison*, Albin Michel, 1989 ■ F. DE SINGLY, *Libres ensemble*, Nathan, 2000 ■ *Les Uns avec les autres*, A. Colin, 2003 ■ *Quand l'individualisme crée du lien*, A. Colin, 2007 ■ G. DRAGO, B. FRANÇOIS, N. MOLFESSIS (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1999 ■ C. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute cour constitutionnelle d'Autriche*, Economica, 1986 ■ L. FAVOREU, « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », *Pouvoirs*, 1980, n° 13, p. 17 ■ P. FAVRE, « Histoire de la science politique », in *Traité de science politique*, vol. 1, PUF, 1985 ■ L. FERRY et A. RENAULT, *Philosophie politique*, PUF, 1985 ■ L. FONTAINE (dir.), *Droit et légitimité*, Bruylant, 2011 ■ B. FRANÇOIS, « Critique du discours constitutionnaliste contemporain », in J. CHEVALLIER (dir.), *Droit et Politique*, PUF, 1993 ■ C.-J. FRIEDRICH, *La démocratie constitutionnelle*, PUF, 1958 ■ D. GABIE, « Jeux croisés », in *Les usages sociaux du droit*, CURAPP, 1989, p. 209 ■ D. GAXIE, *La démocratie représentative*, Clefs Montchrestien, 2003 ■ J. HABERMAS, *Raison et Légitimité*, Payot, 1978 ■ *Droit et Démocratie*, Gallimard, 1997 ■ M. HORKHEIMER, *Éclipse de la Raison*, Payot, 1974 ■ M. HORKHEIMER et Th. ADORNO, *La dialectique de la Raison*, Gallimard, 1974 ■ M. GAUCHET, *La Révolution des droits de l'homme*, Gallimard, 1989 ■ *La Révolution des pouvoirs*, Gallimard, 1995 ■ J. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Montchrestien, 1989 ■ P. HADOT, *Éloge de la philosophie antique*, Ed. Allia, 2009, p. 50 et s. ■ L. HAMON, *Les juges de la loi*, Fayard, 1987 ■ C. M. HERRERA, S. PINON (dir.), *La démocratie, entre multiplication des droits et contre-pouvoirs sociaux*, éd. Kimé, 2012 ■ J. ION, *S'engager dans une société d'individus*, A. Colin, 2012 ■ L. KRAMER, « Au nom du peuple. Qui a le dernier mot en matière constitutionnelle ? », *RDP*, 2005, p. 1027 ■ J. LANTEIGNE, *La question du jugement*, L'Harmattan, 1993 ■ C. LEFORT, *Droits de l'homme et Politique*, in *Libre 7*, Payot, 1980 ■ *Essais sur la politique*, Seuil, 1986 ■ F. LUCHAIRE, « Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction ? », *RDP*, 1979, p. 32 ■ F. MÉLIN-SOUCRAMANEN (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Dalloz, 2005 ■ J. MEUNIER, *Le pouvoir du Conseil constitutionnel : essai d'analyse stratégique*, Bruylant-LGDJ, 1995 ■ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Livre XI, chap. 6 ■ S. MOUTON (dir.), *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, LGDJ, 2016 ■ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002 ■ S. PINON, « La notion de démocratie dans la doctrine constitutionnelle française », *Politeia*, 2006, n° 10, p. 407 ■ E. PISIER et P. BOURRETZ, « Le retour des sages », in *La France en politique*, Fayard, 1988, p. 155 ■ Y. POIRMEUR et D. ROSENBERG, « La doctrine constitutionnelle et le constitutionnalisme français », in *Les usages sociaux du droit*, p. 230 ■ J.-L. QUERMONNE, *Le Gouvernement de la France sous la V^e République*, Dalloz, p. 175 ■ J. RANCIÈRE, *La haine de la démocratie*, La Fabrique, 2005 ■ M.-J. REDOR, *De l'Etat légal à l'Etat de droit*, Economica, 1991 ■ S. RIALS, « Les incertitudes de la notion

de Constitution sous la V^e République », *RDP*, 1984, p. 587 ■ « Entre artificialisme et idolâtrie », *Le Débat*, 1991, n° 64, p. 163 ■ P. ROSANVALLON, *La contre-démocratie : la politique à l'âge de la défiance*, Le Seuil, 2006 ■ *La Crise de l'État-Providence*, Le Seuil, 1981 ■ M. ROSENFELD, H. RUIZ FABRI (dir.), *Repenser le constitutionnalisme à l'âge de la mondialisation et de la privatisation*, Société Législation Comparée, 2011 ■ D. ROUSSEAU, « La démocratie continue », Bruylant-LGDJ, 1995 ■ « Une résurrection, la notion de constitution », *RDP*, 1990, p. 5 ■ « La démocratie continue, espace public et juge constitutionnel », *Le Débat* oct.-nov. 1997 ■ « Remarques sur l'activité récente du Conseil constitutionnel », *RDP*, 1989, p. 54 ■ « Le droit constitutionnel continue : institutions, garantie des droits et utopie », *RDP*, 2014, n° 6, p. 1517 ■ *Radicaliser la démocratie : propositions pour une refondation*, Seuil, 2015 ■ C. SCHMITT, *Parlementarisme et démocratie*, Seuil, 1988 ■ *Théorie de la constitution*, PUF, 1993 ■ P. THIBAUD, « État de Droit ou démocratie sous tutelle ? », *Esprit*, 1986 ■ G. TIMSIT, *Gouverner ou juger ? Blasons de la légalité*, PUF, 1995 ■ M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, LGDJ, 1980 ■ « Les classifications en droit constitutionnel », *RDP*, 1989, p. 945 ■ « Justice constitutionnelle et démocratie », *RFDC*, 1990, n° 1, p. 29 ■ « La logique de justification du contrôle de constitutionnalité des lois », in *Mélanges Pactet*, Dalloz, 2003, p. 913 ■ M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, Ch. GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant-LGDJ, 2005 ■ J.-M. VARAUT, *Le droit au droit*, PUF, 1986 ■ G. VEDEL, « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme », *Pouvoirs*, 1988, n° 45, p. 149 ■ « Le hasard et la nécessité », *Pouvoirs*, 1989, n° 50, p. 28 ■ *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, Economica, 1990, rapport de synthèse, p. 171 ■ A. WERNER, « Le Conseil constitutionnel et l'appropriation du pouvoir constituant », *Pouvoirs*, 1993, n° 67, p. 117.



BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE

I. – Ouvrages et articles généraux

- Y. AGUILA, *Le Conseil constitutionnel et la philosophie du droit*, LGDJ, 1994.
- P. AVRIL, J. GICQUEL, *Le Conseil constitutionnel*, Montchrestien, Clefs, 6^e éd., 2011.
- P. BLACHÈRE, J.-E. GICQUEL et P. JAN, *Droits et libertés constitutionnels*, Hachette supérieur, 2012.
- J.-M. BLANQUER, *Les méthodes du juge constitutionnel*, LGDJ, 2000.
- J. BONNET, P.-Y. GAHDOUN, *La question prioritaire de constitutionnalité*, « Que sais-je ? », PUF, 2014.
- J.-P. CAMBY, *Le Conseil constitutionnel, juge électoral*, Dalloz, 6^e éd., 2013.
- G. CARCASSONNE, O. DUHAMEL, *QPC. La question prioritaire de constitutionnalité*, Dalloz-Sirey, 2^e éd., 2015.
- E. CARTIER (dir.), *La QPC, le procès et ses juges : l'impact sur le procès et l'architecture judiciaire*, Dalloz, 2013.
- E. CARTIER, L. GAY, A. VIALA (dir.), *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Institut Universitaire Varenne, Colloque et Essais, 2015.
- « Cinquantième du Conseil constitutionnel », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, Hors-série, 2009.
- M. DISANT, *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité. Cadre juridique, pratiques jurisprudentielles*, Lamy, 2011.
- L. DOMINGO, *Leçons de contentieux constitutionnel*, Ellipses, 2014.
- G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, PUF, Thémis, 3^e éd., 2011.
- G. DRAGO, B. FRANÇOIS, N. MOLFESSIS (dir.), *La légitimité de la jurisprudence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1999.
- G. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Economica, 1986.
- L. FAVOREU, « Le principe de constitutionnalité », in *Mélanges Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 33.
- L. FAVOREU, *La politique saisie par le droit*, Economica, 1988.

- L. FAVOREU, L. PHILIP, *Le Conseil constitutionnel*, PUF, Que sais-je ?, 2005.
- L. FAVOREU et W. MASTOR, *Les cours constitutionnelles*, Dalloz, Connaissances du droit, 2011.
- M. FROMONT, *Justice constitutionnelle comparée*, Dalloz, 2013.
- L. GAY (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité : approche de droit comparé*, Bruylant, 2014.
- B. GENEVOIS, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*, Éditions STH, 1988.
- S. GIUMMARRA, M. GUERRINI, *Le contentieux de la question prioritaire de constitutionnalité*, Éd. Presses Universitaires d'Aix-Marseille – PUA.M., 2012.
- V. GOESEL-LE BIHAN, *Contentieux constitutionnel*, Ellipses, 2010.
- C. GREWE, O. JOUANJAN, E. MAULIN, P. WACHSMAN (dir.), *La notion de « justice constitutionnelle »*, Dalloz, 2005.
- F. HAMON, C. WIENER, *La loi sous surveillance*, O. Jacob, 1999.
- F. HAMON, C. WIENER, *La justice constitutionnelle en France et à l'étranger*, LGDJ, Systèmes, 2011.
- L. HAMON, *Les juges de la loi*, Fayard, 1987.
- P. JAN, *Le procès constitutionnel*, LGDJ, Systèmes, 2^e éd., 2010.
- H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *RDP*, 1928, p. 198.
- Le Conseil constitutionnel a 40 ans*, LGDJ, 1999.
- F. LUCHAIRE, *Le Conseil constitutionnel*, *Economica*, tome 1 (1998), tome 2 (1999), tome 3 (2002), tome 4 (mise à jour des trois volumes, 2006).
- F. LUCHAIRE, « De la méthode en droit constitutionnel », *RDP*, 1981, p. 275.
- X. MAGNON (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité, Pratique et contentieux*, Litec, 2013.
- X. MAGNON, X. BIOY, W. MASTOR, S. MOUTON (dir.), *Le réflexe constitutionnel. Question sur la question prioritaire de constitutionnalité*, Bruylant, 2013.
- X. MAGNON, P. ESPLUGAS, W. MASTOR, S. MOUTON (dir.), *QSQ 3. De nouveaux équilibres institutionnels ?*, LGDJ, 2014.
- J.-P. MASSIAS, *Justice constitutionnelle et transition démocratique en Europe de l'Est*, LGDJ, 1998.
- B. MATHIEU, J.-P. MACHELON, F. MELIN-SOUCRAMANIAN, D. ROUSSEAU, X. PHILIPPE (dir.), *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2^e éd., 2014.
- B. MATHIEU, M. VERPEAUX (dir.), *La constitutionnalisation des branches du droit*, *Economica*, 1998.
- B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002.
- CH. MAUGÜÉ, J.-H. STAHL, *La question prioritaire de constitutionnalité*, Dalloz, Connaissance du droit, 2^e éd., 2013.
- N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, 1997.
- L. NOËL, *De Gaulle et les débuts de la V^e République*, Plon, 1976.

- J. PINI, *Recherches sur le contentieux de constitutionnalité*, thèse, Aix-en-Provence, 1997.
- Pouvoirs*, « Le Conseil constitutionnel », n° 13, 1980, et n° 105, 2003.
- J.-B. PERRIER (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, PUAM, 2011.
- J. ROBERT, *La garde de la République. Le Conseil constitutionnel raconté par l'un de ses membres*, Plon, 2000.
- D. ROUSSEAU (dir.), *Sur le Conseil constitutionnel, la doctrine Badinter et la démocratie*, Éd. Descartes et Cie, 1997
- D. ROUSSEAU (dir.), *Le Conseil constitutionnel en questions*, L'Harmattan, 2005.
- D. ROUSSEAU (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, Lextenso-Gazette du Palais, Guide pratique, 2^e éd., 2012.
- D. ROUSSEAU, J. BONNET, *L'essentiel de la QPC. Mode d'emploi de la question prioritaire de constitutionnalité*, Gualino, 2^e éd., 2012.
- H. ROUSSILLON, P. ESPLUGAS, *Le Conseil constitutionnel*, Dalloz, 8^e éd., 2015.
- D. SCHNAPPER, *Une sociologie au Conseil constitutionnel*, Gallimard, 2010.
- D. TURPIN, *Contentieux constitutionnel*, PUF, 1994.
- G. VEDEL, « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1996-1, p. 57, et 1996-2, p. 77.
- M. VERPEAUX, (dir.), *Le Conseil constitutionnel*, La Documentation française, 2^e éd., 2014.

II. – Ouvrages de jurisprudence

- Les décisions du Conseil constitutionnel sont publiées dans un Recueil édité par Dalloz, sous le haut patronage du Conseil constitutionnel. Voir également, la table analytique des décisions rendues en matière de contrôle de constitutionnalité et de délimitation des compétences.
- P. BON, D. MAUS (dir.), *Les grandes décisions des Cours constitutionnelles européennes*, Dalloz, 2008.
- P. GAIA, R. GHEVONTIAN, F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, E. OLIVA, A. ROUX, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 17^e éd, 2013.
- C. FRANCK, *Les grandes décisions de jurisprudence – Conseil constitutionnel*, PUF, 2001.
- B. GENEVOIS, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel*, STH, 1988.
- M. LASCOMBE, *Code constitutionnel et des droits fondamentaux*, Dalloz, 2015.
- F. LUCHAIRE, *La protection constitutionnelle des droits et libertés*, Economica, 1987.
- B. MATHIEU, *Question prioritaire de constitutionnalité. La jurisprudence (mars 2010 – novembre 2012)*, Lexis-Nexis, 2013.
- B. MATHIEU, D. ROUSSEAU, A.-L. CASSARD VALEMBOSIS, P.-Y. GAHDOUN, *Les grandes décisions de la Question Prioritaire de Constitutionnalité*, LGDJ, 2013.
- B. POUILLAIN, *La pratique française de la justice constitutionnelle*, Economica, 1990.
- T.-S. RENOUX, M. DE VILLIERS, X. MAGNON, *Code constitutionnel*, Lexisnexis, 2015.
- D. ROUSSEAU, J. BONNET, *L'essentiel des Grandes décisions QPC*, Gualino, 2^e éd., 2012.

M. VERPEAUX, P. DE MONTALIVET, A. ROBLOT-TROIZIER, A. VIDAL-NAQUET, *Droit constitutionnel – Les grandes décisions de la jurisprudence*, PUF, Themis, 2011.

Voir également, les chroniques régulières de jurisprudence à la *RDP* (D. ROUSSEAU, P.-Y. GAHDOUN ET J. BONNET), à la *RFDA* (A. ROBLOT-TROIZIER ET G. TUSSEAU), aux *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, à la *RFDC*, au *Recueil Dalloz*, aux *Petites affiches*, au *JCP* (B. MATHIEU ET M. VERPEAUX), à la revue *Pouvoirs* (P. AVRIL ET J. GICQUEL), à la *Gazette du Palais* (D. ROUSSEAU, dir.).

Voir encore, *l'Annuaire international de Justice constitutionnelle*, *Economica*, la rubrique « contentieux constitutionnel » du *Jurisclasseur administratif*, *Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, *Constitutions-Revue de droit constitutionnel appliqué* (depuis 2010) et le *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle* publié par la Commission européenne pour la démocratie par le droit (Conseil de l'Europe).

Enfin, consulter le site Internet du Conseil constitutionnel : <http://www.conseil.constitutionnel.fr>

INDEX ALPHABÉTIQUE

Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes (à l'exclusion des noms cités en note)

A

Abrogation, 382 s.

Accès à un logement décent: 268, 270, 85A
Amendements, 574 s.

Amicus curiae, 369

Assemblée nationale, 6, 122

Application de la loi dans le temps,
V. *Rétroactivité*

Autonomie financière, 634

Autorités administratives indépendantes,
187, 562 s., 622 s.

Autorité:

— autorité de la chose jugée, 224 s., 399 s., 421 s.

— autorité de la chose interprétée, 402 s.

— autorité des censures néo-calédoniennes, 405 s.

— par analogie d'objet, 408 s.

— à l'égard du pouvoir politique, 412 s.

— à l'égard des autres juridictions, 410, 425 s.

Autorité judiciaire:

— compétence, 673 s.

— indépendance, 611

— siège, 609

— parquet, 622

— unité du corps, 689

Avocat, 756

B

Bloc de constitutionnalité, 290 s.

— Charte de l'environnement, 263, 300

— Déclaration de 1789, 257 s., 294s.

— hiérarchie introuvable, 291 s., 304 s.

— textes exclus, 271 s.

— textes inclus, 256 s.

— Préambule de 1958, 260 s.

— Préambule de 1946, 257 s., 294 s.

— Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, 264 s.

— Principes particulièrement nécessaires à notre temps, 267

Bonne administration de la justice, 615 s.

C

Cavalier législatif, 579

Cavalier social, 601s.

Cas d'ouverture, 309 s.

Changement de circonstances, 225 s.

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 467

Charte jurisprudentielle des droits et libertés, 715 s., 933, 949 s.

Collectivités d'outre-mer, 647 s.

Conséquentialisme, 327, 335, 384

Comité consultatif constitutionnel, 12, 66, 260

Conseil constitutionnel:

— administration du –, 87 s.

— attribution, 15 s.

— création du –, 11 s., 21 s.

— cour suprême, 90, 101 s.

— composition, 74 s.

— délibérations du –, 351

— indépendance, 617 s.

— juridiction, 43 s., 64 s.

— juridictionnalisation, 83 s.

— légitimité, 35 s.

— Président du –, 73, 80 s.

— pouvoir, 54, 383

— Secrétaire général du –, 87 s.

— statut des membres, 76 s.

Conseil d'État, V. Question prioritaire de constitutionnalité

Conseil supérieur de l'audiovisuel, 443 s., 538, 562 s.

Conseil supérieur de la magistrature, 611
Considérant-balai, 348

Constitution :

— charte jurisprudentielle des droits et libertés, 715 s., 933, 949 s.

— élément d'un système complexe de contraintes, 923 s.

— garantie des droits des gouvernés, 927 s., 980 s.

— intériorisation, 914 s.

— ordre de la représentation légitime du politique, 904 s., 921 s.

Contentieux électoral, 504 s.

— élections parlementaires, 498 s.

— élection présidentielle, 517 s.

— référendum, 530 s.

— Contentieux fiscal, 806

— Contraintes, 327

— Contrat, V. *Liberté contractuelle*

Contrôle de constitutionnalité :

— *a posteriori*, 45 s., 120 s., 215, 360, 433

— *a priori*, 45 s., 106 s., 215, 340 s., 432

— contre l'absolutisme majoritaire, 10 s.

— de la loi promulguée (jurisprudence « État d'urgence en Nouvelle-Calédonie »), 130 s., 136 s.

— des droits de l'homme, 21 s.

— des pouvoirs constitués, 12 s.

— de procédure, 12 s.

— décentralisé, 4 s.

— externe, 310 s.

— facultatif, 152 s.

— interne, 26 s., 317, 337, 498 s.

— concrétisation du contrôle, 336 s., 433

— de l'opportunité, 332 s., 898

— de la législation déléguée, 124 s.

— de la procédure législative, 564 s., 573 s.

— de la procédure budgétaire et financière, 586 s.

— non-contrôle de la loi référendaire, 163 s., 170 s.

— non-contrôle de la loi constitutionnelle, 174 s.

Contrôle de conventionnalité, 101 s., 274 s., 277 s., 430 s.

Contrôle des engagements internationaux, 154 s.

Contrôle d'opportunité, 335

Convention européenne des droits de l'homme, 156, 274, 463 s.

Cour de cassation, 62 s., 84, 90 s.

Cour de Justice des Communautés européennes, 158

Cour de Justice de l'Union européenne, 85 s., 92 s., 187, 210, 280 s., 461 s.

Cour suprême des États-Unis, 365

D

Décisions du Conseil constitutionnel :

— autorité des –, V. *Autorité*

— conformité partielle, 380

— décisions sous réserves, 401

— effectivité, 752

— exécution des –, V. *Exécution*

— modulation des effets de la –, V. *Modulation*

— motivation, 376

— recours contre la –, 250

— typologie, 376s.,

Déclaration des droits de l'homme de 1789, 257 s.

Délais :

— de saisine, 341 s.

— pour statuer, 89, 128, 365

Délégalisation, 555, 559

Délibérations du Conseil constitutionnel, V. *Conseil constitutionnel*

Démocratie, 447 s.,

Démocratie continue, 945 s., 977 s.

Démocratie constitutionnelle, 942 s.

Département d'outre-mer, 647 s.

Détournement de pouvoir, 318 s.

Détournement de procédure, 173, 320, 415

Dignité de la personne humaine, 306 s., 670 s.

Dispositions constitutionnelles, 208

Domaine législatif, 543 s.

Droit à :

- participation des travailleurs, 844 s.
- un procès équitable, 231, 244 s., 251 s., 325, 370 s.
- un recours juridictionnel, 750 s.

Droit au juge, 738 s.**Droit civil**, 764**Droit commercial**, 764**Droit communautaire**, 138 s., 145 s.**Droit d'asile**, 855**Droit d'obtenir un emploi**, 834 s.**Droit de grève**, 302, 840 s.**Droit de propriété**, 301, 809 s.**Droit de vote**, 278, 298, 316, 454, 465, 473, 477, 582**Droit du travail**, 764, 837, 850**Droit international**, 154 s., 274 s., 285, 468 s.**Droit pénal et punitif**, 697 s.**Droit transitoire**, V. *Effets dans le temps***Droit vivant**, 215 s., 467**Droit au respect de la vie familiale**, 686 s.**Droit au respect de la vie privée**, 680 s., 730, 852**Droits de la défense**, 755 s.**Droits de la famille**, 853**Droits de la santé**, 852**Droits des travailleurs**, 834 s.**Droits sociaux**, 834 s.**Droits des étrangers**, 699, 709**Droits et libertés que la Constitution garantit (article 61-1)**, 282 s.**Droits environnementaux :**

- droits d'information et de participation, 858 s.
- principe de précaution, 866 s.

E**Effets dans le temps :**

- de la loi abrogée, 387 s., 770 s.
- de la décision, 385 s., 393 s.

Effet-cliquet, 59**Effet suspensif des voies de recours**, 393 s.**Égalité :**

- conception équitable de l'égalité, 899 s.
- de suffrage, 472 s., 484 s.

— des armes, 374s.

— devant les charges publiques, 875 s.

— différences de situation, 878 s., 898

— principe, 870 s.

— raisons d'intérêt général, 885 s.

— statut constitutionnel des femmes, 890 s.

— statut constitutionnel des étrangers, 893 s.

Éligibilité, 477 s., 480 s.**Enquête administrative**, 758**Erreur manifeste d'appréciation**, 328 s.**Établissement public**, 447, 544, 640**État décentralisé**, 626 s.**État de droit**, 53 s., 965 s.**Étude d'impact**, 570**Exécution des décisions du Conseil constitutionnel**, 753

— par les autorités juridictionnelles, 417 s., 435 s.

— par les pouvoirs publics, 413 s., 418 s.

F**Fonctions inséparables de l'exercice de la souveraineté nationale**, 451 s.**G****Garde à vue**, 760**Génétique**, 672, 687, 896**Gouvernement des juges**, 12, 76**H****Herméneutique**, 324 s.**Hiérarchie des normes**, 5, 965 s.**I****Identité constitutionnelle de la France**, 141, 210, 280**Incompétence négative**, 287 s., 312 s., 815**Indépendance des juridictions**, 602 s., 612 s.**Inéligibilité**, 76, 480 s.

Individualisation des peines, 716

Indivisibilité, 181, 456 s.

Initiative des lois, 565 s., 587 s.

Inséparabilité, 378 s.

Instruments de contrôle, 253 s.

Intercommunalité, 491, 640

Intérêt général, 794, 855 s.

Interprétation :

- acte de connaissance, 322 s.
- acte de concrétisation continue, 324 s.
- acte de relation, 326 s.
- acte de volonté, 322 s.
- conforme, 234 s.
- constante, 97 s.
- réserves d'interprétation, 143
- **Interventions**, 368 s.
- **Inviolabilité du domicile**, 688 s.

J

Juridicisation du politique, 435 s., 905 s.

- controverse, 917 s.
- interdisciplinarité, 921 s.

Jus-naturalisme, 174 s., 965 s.

Justice constitutionnelle, 4 s., 12, 36, 324

- modèle américain, 4 s.
- modèle kelsénien, 5 s.

L

Laïcité, 142, 180 s., 323, 722 s.

Langue française, 458, 729

Légitimité de la justice constitutionnelle,

- crises de 1986 et 1993, 35 s.
- démocratie constitutionnelle, 942 s.
- le Conseil « bouche de la Constitution », 12 s.
- raison éthique, 940 s.

Liberté :

- contractuelle, 389 s., 629, 785, 820 s.
- d'aller et venir, 301
- d'association, 732 s.
- d'entreprendre, 816 s.
- d'expression, 724 s.
- d'expression collective des idées et des opinions, 734 s.
- d'opinion, 720 s.

— de communication, 302, 724 s.

— de conscience, 720 s.

— de l'enseignement, 736 s.

— de manifestation, 734, 820

— de réunion, 734

— individuelle, 301, 675 s., 689

— personnelle, 682 s.

— syndicale, 836 s.

Libre administration des collectivités locales :

- contenu, 626 s., 637 s.
- diversité institutionnelle, 642 s.
- droit de sécession, 644 s.

Lit de justice, 419

Loi :

- constitutionnelle : 179 s.
- d'amnistie : 621
- d'habilitation : 124 s., 211
- de finances : 591 s.
- de financement de la Sécurité sociale : 597 s.
- de programmation : 205
- de règlement : 595 s.
- de transposition des directives : 138 s., 145 s., 210
- de validation : 620, 779 s.
- de ratification des ordonnances : 204
- de ratification d'un traité : 210
- loi-écran : 140, 162
- ordinaire : 122 s., 203
- organique : 149 s., 272
- promulguée : 585
- référendaire : 163 s.

Lois du pays : 160 s., 213, 656 s.

Loyauté de la preuve : 761

M

Mayotte, 531, 643, 645 s.

Membre du Conseil constitutionnel :

- de droit, 72
- nommés, 70 s.
- statut, 76 s.
- **Mineurs**, 718
- **Ministère public**, 195

Mise en balance concrète des principes constitutionnels, 300 s.
Modulation, 382 s.
Moyens de contrôle, 321 s.
Moyens et conclusions soulevés d'office, 348, 370

N

Nationalisation, 296 s.
Nature du Conseil constitutionnel : 63 s.
 — enjeux de la controverse, 65 s.
 — thèse juridictionnelle, 65, 84 s.
 — thèse politique, 66
Nomination au Conseil constitutionnel, 69 s.
Notions autonomes, 326, 699 s.
Nouvelle-Calédonie :
 — statut constitutionnel, 655
 — régime de l'applicabilité des normes, 659
 — autonomie, 660

O

Objectifs de valeur constitutionnelle, 268 s.
Observations du gouvernement, 354 s.
Opinions dissidentes, 359
Ordonnance : 204
 — de l'article 38 de la Constitution, 127
 — de l'article 92 de la Constitution, 151, 214
 — **Ordre de juridiction**, 616
Ordre du jour, 569
Outre-mer, 646 s.

P

Pacta sunt servanda, 275, 468
Parité, 480 s.
Peine :
 — nécessité, 713 s.
 — proportionnalité, 715 s.
Peuple, 946 s., 953 s.
Peuple français, 456 s.
Pluralisme, 306 s., 439 s.,

Police administrative, 693 s.
Police judiciaire, 693 s.
Polynésie française, 646 s.
Porte étroite, 113 s.
Position du Conseil constitutionnel :
 — organe essentiel de la régulation politique, 16 s., 53 s.
 — organe essentiel du processus législatif, 54 s.
Positivismes, 963 s.
Pouvoir constituant, 11 s., 19 s.
Pouvoir réglementaire, 533 s.
Précédent, 216 s., 223 s.
Président de l'Assemblée nationale, 29, 70, 117
Président de la République :
 — anciens, 72 s.
 — élection, 517 s.
 — pouvoir de nomination, 70
Président du Conseil constitutionnel, 73, 80
Président du Sénat, 3, 6, 17, 70 s., 112 s., 345, 368, 589, 664
Premier ministre, 565
Preuve, 761
Primauté du droit international, 468 s.
Principe de légalité, 706 s.
Principe du *non bis in idem*, 223 s., 715
Principes budgétaires, 594
Principe de compensation financière, 641
Principe du contradictoire, 755 s.
Principe démocratique, 438 s.
Principe d'impartialité, 371 s.
Principes de valeur constitutionnelle, 178, 440, 600, 620, 855
Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, 264 s.
Principes généraux du droit, 259, 546, 662
Principes particulièrement nécessaires à notre temps, 267
Privatisation, 314, 446, 558, 813, 830
Procédure budgétaire et financière, 586 s.
Procédure contentieuse, 500 s.
Procédure contradictoire, 244, 354 s., 362 s., 502 s.
Procédure législative, 66, 128, 273, 320, 415 s., 546 s.
Procédure juridictionnelle, 759

Procédure pénale, 759 s.
Proportionnalité, 330 s., 336 s.
 — triple test, 331 s.
Publicité des audiences, 364, 762 s.

Q

Question prioritaire de constitutionnalité :

- caractère prioritaire, 91 s.
- critères de renvoi :
 - applicabilité, 217 s.
 - caractère nouveau, 238 s.
 - caractère sérieux, 229 s.
 - changement de circonstances, 225 s.
 - compétence, 49, 90 s.
 - précédent, 223 s.
- délai, 243
- effets, 382 s.
- interventions, 368 s.
- introduction, 49 s.
- filtrage, 250 s.
- notion de juridiction, 186 s.
- partie, 191 s.
- procédure devant les juridictions ordinaires, 250 s.
- procédure devant le Conseil constitutionnel, 339 s.
- recevabilité :
 - condition de –, 183 s., 196 s.
 - jugement de –, 245 s.
 - notion de disposition législative, 200 s., 215

R

Rapporteur devant le Conseil constitutionnel, 350
Recours au juge, 739 s., 750 s.
Référendum, 530 s.
 — d'initiative partagée, 166 s., 537 s.
 — autodétermination, 169
Réforme de 1974, 28 s.
Région d'outre-mer, 647 s.
Régime d'énonciation concurrentiel de la volonté générale, 970 s.

Règle de l'entonnoir, 577
Règlement des assemblées parlementaires, 152 s., 273
Représentation politique, bases démographiques :
 — bases territoriales, 492 s.
 — candidats, 480 s., 518 s.
 — droit de suffrage, 471 s.
 — électorat, 477 s.
 — **Réserve d'interprétation** :
 — classique, 143, 248, 401, 568, 825
 — transitoire, 385
Résolution, 567
Respect de la vie privée, 683 s.
Rétention de sûreté, 704, 711
Rétroactivité :
 — rétroactivité *in mitius*, 717, 778
 — non-rétroactivité, 711 s., 766 s., 773 s., 800 s.
Révision de la Constitution, 28 s., 44 s.

S

Saisines :

- autorités de –, 107 s.
- après promulgation, 118 s.
- avant promulgation, 341 s.
- désistement, 346 s.
- motivation des –, 344 s.
- portée, 346 s.
- pratique des –, 116 s.
- publication, 353
- saisissants, 29 s., 44 s.
- **Sanction punitive**, 699 s., 703 s.

Secrétaire général du Conseil constitutionnel, 87 s.
Secret :
 — des délibérations du Conseil constitutionnel, 358 s.
 — du délibéré, 359 s.
 — des sources, 730
 — professionnel, 325
Sécurité juridique, 770
Sénat :
 — collège électoral du –, 495 s.

Séparation des pouvoirs :

- principe, 539 s.
- entre les institutions politiques, 541 s.
- entre les institutions politiques et juridictionnelles, 601 s., 619 s.

Société civile, 931**Souveraineté nationale**, 451 s.**Statut des juges constitutionnels**,
V. *Conseil constitutionnel***Subsidiarité**, 635 s.**Suffrage**, 471 s.**Supraconstitutionnalité**, 177 s.**Sursis à statuer**, 365**Survie de la loi ancienne**, V. *Rétroactivité***T****Traités et les accords internationaux**, 274 s.**Transferts de compétences**, 461 s., 633**Techniques de contrôle :**

- cas d'ouverture :
- détournement de pouvoir, 318 s.

- incompétence positive, 311
- incompétence négative, 312 s.
- vice de procédure, 314 s.
- violation de la Constitution, 317

— moyens de contrôle :

- Interprétation normative,
V. *Interprétation*

Test de proportionnalité, 330 s.**Textes de référence**,V. *Bloc de constitutionnalité***U****Unité de l'Etat**, 630**V****Validation législative**, 779 s.**Vice de procédure**, 314 s.**Violation de la Constitution**, 317**Volonté générale**, 60 s., 177, 257, 581, 950 s., 971 s.

TABLES DES MATIÈRES

(Les chiffres renvoient aux numéros des pages)

Avant-propos	11
Préface de la deuxième édition	13
Introduction	17
Première partie LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL : L'INSTITUTION	27
TITRE 1 La naissance du Conseil constitutionnel	29
CHAPITRE I L'HISTOIRE COMPLIQUÉE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL	31
SECTION I La lente montée en puissance du Conseil constitutionnel	31
§ 1. L'indécision du constituant originaire	31
A. Le Conseil constitutionnel, « surveillant du Parlement »	32
1. La volonté négative du constituant : éviter un véritable contrôle de la constitutionnalité des lois	32
2. La volonté positive des constituants : contenir le Parlement	34
B. La diversité des missions régulatrices du Conseil constitutionnel	36
§ 2. L'intervention décisive du constituant dérivé	38
A. Le Conseil constitutionnel auto-promu « gardien des droits et libertés »	38
1. Le tournant jurisprudentiel de 1971	38
2. La nouvelle dynamique jurisprudentielle	43
B. La révision constitutionnelle de 1974 : l'ouverture du Conseil à la minorité parlementaire	45
1. L'extension du droit de saisine à soixante députés ou sénateurs ...	45
2. La logique politique de la révision constitutionnelle	46
SECTION II L'implantation réussie du Conseil constitutionnel	48
§ 1. Une implantation discutée	48
A. La légitimité discutée du Conseil : les crises de 1986, 1993 et 2000 .	48
B. La légitimité recherchée du Conseil constitutionnel	52
§ 2. Une implantation consacrée	54

A.	La révision constitutionnelle de 2008 : l'ouverture du Conseil aux justiciables.....	54
1.	Le débat constitutionnel sur le contrôle <i>a posteriori</i>	54
2.	L'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité	57
B.	Le Conseil, instrument d'une « révolution juridique » ?	58
1.	Le Conseil, acteur essentiel de la régulation politique	58
2.	Le Conseil, acteur d'une nouvelle culture de la Constitution	62
<hr/>		
CHAPITRE II	LA MUTATION JURIDICTIONNELLE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL	67
<hr/>		
SECTION I	Le Conseil, une juridiction constitutionnelle incomplète	67
§ 1.	La controverse doctrinale	67
A.	Les thèses en présence	67
B.	Une controverse stérile ?	71
§ 2.	Une controverse récurrente : le mode de désignation des membres du Conseil	73
A.	Le mode de nomination imparfait des membres du Conseil	73
1.	Un contrôle parlementaire timide sur la nomination des juges constitutionnels.....	73
2.	L'évolution de la composition du Conseil constitutionnel.....	76
B.	Le statut des membres du Conseil constitutionnel	84
1.	Les règles communes.....	84
2.	Le cas particulier du Président du Conseil constitutionnel	87
SECTION II	Le Conseil, une Cour suprême du système juridictionnel ?	89
§ 1.	La juridictionnalisation de l'institution.....	89
A.	La juridictionnalisation progressive du contentieux.....	90
1.	La construction d'une identité juridictionnelle	90
2.	L'arrimage du Conseil constitutionnel au système juridictionnel européen	91
B.	Le renforcement nécessaire de l'administration du Conseil constitutionnel.....	92
§ 2.	Le Conseil constitutionnel, Cour suprême en devenir	95
A.	Les éléments de la QPC favorisant la transformation du Conseil en « Cour suprême »	95
1.	La priorité d'examen des QPC	95
2.	La transformation du lien organique avec le juge ordinaire	99
3.	Le contrôle et l'arbitrage des interprétations constantes de la loi..	100
B.	Les éléments de la QPC freinant la transformation du Conseil en Cour suprême	103

TITRE 2	L'accès au Conseil constitutionnel	109
CHAPITRE I	UN ACCÈS ÉLARGI DANS LE CONTENTIEUX A PRIORI	111
SECTION I	L'élargissement des autorités de saisine	111
§ 1.	La qualité des saisissants	111
A.	L'ouverture progressive de la saisine	111
B.	L'accès indirect par la voie des « portes étroites »	115
§ 2.	L'avenir de la saisine	117
A.	De nouveaux usages sous l'effet de la QPC	117
B.	Le contournement des « non-saisines » grâce à la QPC	119
SECTION II	L'élargissement des actes contrôlés	120
§ 1.	Le régime général des lois ordinaires	120
A.	La diversification du contrôle des lois ordinaires	121
1.	Le contrôle des dispositions normatives	121
2.	Le contrôle de la législation déléguée	122
3.	Le contrôle spécifique de la loi dans le contentieux FNR	125
B.	Le renouveau du contrôle a priori des lois promulguées	126
1.	La décision du 27 juillet 1978 : le refus de contrôler la loi promulguée	126
2.	Le revirement jurisprudentiel du 25 janvier 1985	127
3.	L'épanouissement du contrôle de la loi promulguée	129
C.	La contrôle délicat des lois de mise en œuvre du droit communautaire	131
1.	L'immunité constitutionnelle de principe des lois de transposition des directives	131
2.	Le contrôle restreint des lois appliquant une directive ou un règlement	136
§ 2.	Les régimes particuliers	138
A.	Le contrôle obligatoire des lois organiques et des règlements des assemblées	139
1.	Le régime du contrôle des lois organiques	139
2.	Le cas des ordonnances portant lois organiques	140
3.	Le régime du contrôle des règlements des Assemblées	141
B.	Le contrôle des engagements internationaux	143
1.	La notion d'« engagement international »	143
2.	Les particularités du contrôle des « engagements internationaux »	145
C.	Le contrôle des lois du pays	148
§ 3.	Les actes non contrôlés	150
A.	Le non-contrôle des lois référendaires	150
1.	Le régime de la loi référendaire proposée	150
2.	Le régime de la loi référendaire adoptée	156
B.	Le non-contrôle des lois constitutionnelles	159
1.	Le débat doctrinal	159

	2. La levée des ambiguïtés jurisprudentielles : la décision du 26 mars 2013	162
<hr/>		
CHAPITRE II	UN ACCÈS RESTREINT DANS LE CONTENTIEUX DE LA QPC	169
<hr/>		
SECTION I	Les conditions de recevabilité de la QPC	169
§ 1.	Les conditions externes de recevabilité	170
A.	Les juges concernés	170
	1. La notion de « juridiction »	170
	2. Une juridiction relevant de la Cour de cassation ou du Conseil d'État	173
B.	Les justiciables concernés	175
	1. La notion de « parties »	175
	2. Les intervenants	176
	3. L'exclusion des juges	177
	4. Le cas particulier du ministère public	178
§ 2.	Les conditions internes de recevabilité	178
A.	La nécessité d'un écrit distinct et motivé	179
B.	Les dispositions législatives concernées	181
	1. La notion de disposition législative	181
	2. Les cas particuliers	185
C.	Les critères de renvoi	192
	1. Le critère de l'applicabilité	192
	2. Le critère du précédent	199
	3. Le caractère sérieux ou nouveau	206
SECTION II	La décision de recevabilité de la QPC	216
§ 1.	Les délais de la décision	216
§ 2.	La procédure contradictoire	217
§ 3.	Le contenu de la décision	218
A.	La nécessité de motiver la décision	218
B.	L'impossibilité de modifier la question posée	219
C.	Le sursis à statuer	219
§ 4.	La décision des Cours suprêmes	221
§ 5.	Les recours contre la décision	222
<hr/>		
TITRE 3	Les instruments du contrôle	229
<hr/>		
CHAPITRE I	LES TEXTES DE RÉFÉRENCE	231
<hr/>		
SECTION I	L'étendue du bloc de constitutionnalité	231
§ 1.	Les textes inclus dans le bloc de constitutionnalité	231
A.	La Déclaration de 1789, le Préambule de 1946 et la Charte de l'environnement de 2004	232
	1. La valeur des déclarations de droits avant 1971	232

2. La consécration constitutionnelle du Préambule de 1958	233
3. La Charte de l'environnement de 2004	235
B. Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, les principes particulièrement nécessaires à notre temps, les exigences et les objectifs de valeur constitutionnelle.....	236
1. Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République : une catégorie en déclin ?.....	236
2. Les principes particulièrement nécessaires à notre temps	243
3. Les principes, objectifs et exigences de valeur constitutionnelle...	243
§ 2. Les textes exclus du bloc de constitutionnalité	246
A. Les lois organiques et les règlements des assemblées	246
1. Les lois organiques	246
2. Les règlements des Assemblées	248
§ 3. La notion de « droits et libertés que la Constitution garantit »	257
A. L'origine de la catégorie	257
B. L'absence de critères préétablis	258
C. Le cas particulier des incompétences négatives	263
SECTION II La question de la hiérarchie des textes de référence	266
§ 1. L'absence de hiérarchie juridique pré-établie	266
A. L'hétérogénéité des textes constitutionnels	266
1. L'hétérogénéité relative au contenu des textes	266
2. L'hétérogénéité relative à la précision des textes	267
B. L'égalité des textes constitutionnels	269
1. L'absence de primauté de 1789, de 1946 ou de 2004	269
2. Les ambiguïtés de la décision du 16 janvier 1982.....	270
3. Le débat sur la force juridique de la Charte de 2004	272
§ 2. Une « mise en balance » concrète des principes constitutionnels.....	273
A. Un arbitrage permanent des principes constitutionnels.....	273
1. Une relativisation générale des droits et libertés	273
2. Une modulation continue des droits et libertés	275
B. Une hiérarchie introuvable	277
1. La théorie de la hiérarchie matérielle	277
2. La position des principes du pluralisme et de la dignité de la personne humaine	279
CHAPITRE II LES TECHNIQUES DE CONTRÔLE	285
SECTION I Les cas d'ouverture	285
§ 1. Le contrôle de la constitutionnalité « externe »	285
A. L'incompétence	285
1. L'incompétence positive	286
2. L'incompétence négative	287
B. Le vice de procédure	290

§ 2. Le contrôle de la constitutionnalité « interne »	293
A. La violation de la Constitution	293
B. Le détournement de pouvoir	293
SECTION II Les moyens de contrôle	297
§ 1. L'interprétation normative	297
A. L'interprétation, acte de connaissance ou acte de volonté ?	297
B. L'interprétation, un acte de concrétisation continue	299
1. Les apports de la pensée herméneutique	299
2. Les dynamiques de l'interprétation constitutionnelle	300
§ 2. Le contrôle de proportionnalité	305
A. De l'erreur manifeste au test de proportionnalité	305
B. Vers un contrôle de l'opportunité ?	310
C. Vers une concrétisation du contrôle de proportionnalité ?	313
TITRE 4 La décision du Conseil constitutionnel	319
CHAPITRE I LA PROCÉDURE DEVANT LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL	321
SECTION I La procédure dans le contentieux <i>a priori</i>	321
§ 1. La procédure de saisine	321
A. Le moment de la saisine	321
B. La motivation de la saisine	323
C. La portée de la saisine	325
1. L'impossible désistement	325
2. Le relevé d'office	327
§ 2. La procédure de jugement	328
A. Un cadre formel souple	328
B. Les caractéristiques de la procédure	331
1. Une procédure principalement contradictoire, écrite et secrète	331
2. La levée progressive du secret	333
SECTION II La procédure dans le contentieux <i>a posteriori</i>	335
§ 1. L'application des règles du procès juste et équitable	335
A. Des garanties classiques adaptées au délai de jugement	336
1. Le contradictoire modernisé	336
2. Une publicité renforcée	338
3. Le sursis à statuer	338
B. Des garanties classiques adaptées au contrôle objectif	340
1. Le détachement du procès QPC	340
2. Les interventions largement admises	341
3. Les griefs relevés d'office	342
§ 2. L'application des règles du tribunal neutre et impartial	344
A. Des règles de composition inadaptées	344
B. L'impartialité et l'égalité des armes respectées ?	345

CHAPITRE II	LES DIFFÉRENTES DÉCISIONS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL	349
SECTION I	La forme des décisions	349
§ 1.	Les décisions « ordinaires »	349
§ 2.	Les décisions « pratiques »	353
SECTION II	La modulation des décisions	354
§ 1.	La question de la date de l'abrogation	356
A.	La publication et l'entrée en vigueur de la décision	356
B.	Les régimes transitoires	359
§ 2.	La question des effets de la loi abrogée	362
A.	La postactivité des effets	362
1.	Les contrats	362
2.	Les instances en cours	363
3.	Les autres cas	364
B.	La rétroactivité des effets	365
CHAPITRE III	L'AUTORITÉ DES DÉCISIONS	369
SECTION I	La portée des décisions	369
§ 1.	La portée enrichie de l'article 62 de la Constitution	369
A.	L'autorité incontestable de la chose jugée	369
B.	L'autorité ambivalente de la chose interprétée	372
§ 2.	La portée renouvelée de l'article 62 de la Constitution	374
A.	L'autorité reconnue des censures « néo-calédoniennes »	375
B.	L'autorité nouvelle des inconstitutionnalités par analogie d'objet	377
SECTION II	L'effectivité des décisions	380
§ 1.	L'autorité à l'égard du pouvoir politique	380
A.	Le respect général des décisions par les pouvoirs publics	380
B.	Le contournement des décisions par le pouvoir constituant	385
§ 2.	L'autorité à l'égard des juridictions	387
A.	L'autorité des décisions sur le Conseil constitutionnel	387
B.	L'autorité des décisions sur le juge ordinaire	391
1.	L'exécution et la concrétisation de la chose jugée	391
2.	Les applications extensives des décisions du Conseil constitutionnel	394
3.	Les applications conflictuelles des décisions du Conseil constitutionnel	395
C.	Les rapports complexes avec le contrôle de conventionnalité	397

Deuxième partie	LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL : LA JURISPRUDENCE .	407
TITRE 1	La jurisprudence relative à la représentation politique	409
CHAPITRE I	LE CONTRÔLE DE LA REPRÉSENTATION POLITIQUE	411
SECTION I	La définition des principes de la représentation politique	411
§ 1.	Le principe démocratique	412
A.	Le pluralisme, un principe constitutionnel « valorisé »	412
1.	Le pluralisme, condition de la liberté de communication	412
2.	Le pluralisme, fondement de la démocratie	418
B.	La souveraineté nationale, un principe préservé	421
1.	La souveraineté nationale, principe de la représentation politique	422
2.	La souveraineté nationale, un principe limité par les règles internationales	428
§ 2.	Le principe de suffrage	440
A.	Le contrôle de l'expression égale du suffrage	440
1.	Le contrôle de l'expression égale des électeurs	440
2.	Le contrôle de l'expression égale des candidats	446
B.	Le contrôle de la représentation égale du suffrage	451
1.	Le contrôle des bases démographiques de la représentation	452
2.	Le contrôle des bases territoriales de la représentation	458
SECTION II	Le contrôle des élections politiques nationales	463
§ 1.	Le contrôle des élections parlementaires	463
A.	La spécificité du régime contentieux des élections parlementaires	463
1.	Les caractéristiques de la procédure contentieuse	464
2.	Les pouvoirs de contrôle du Conseil	468
B.	La politique de contrôle du conseil	471
1.	Les faits constitutifs d'irrégularités	471
2.	Les irrégularités donnant lieu à l'annulation de l'élection	474
§ 2.	Le contrôle de l'élection présidentielle et du référendum	478
A.	Le contrôle de l'élection présidentielle	478
1.	Le contrôle des actes préparatoires à l'élection présidentielle	478
2.	La proclamation des résultats et le contrôle des résultats	484
B.	Le contrôle du référendum	489
1.	Le contrôle des actes préparatoires au référendum	489
2.	Le contrôle du déroulement du scrutin, des réclamations et la proclamation des résultats	491
3.	Le cas particulier du référendum d'initiative partagée	493
CHAPITRE II	LE CONTRÔLE DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS	499
SECTION I	Le contrôle de la séparation horizontale des pouvoirs	499
§ 1.	La séparation des pouvoirs entre les institutions politiques	500

A.	Le rétablissement de la compétence législative du Parlement	501
1.	L'extension continue du domaine législatif	501
2.	La réduction de l'autonomie du pouvoir réglementaire	510
B.	La défense des prérogatives gouvernementales dans la procédure législative	518
1.	Le contrôle des règles de la procédure législative ordinaire	519
2.	Le contrôle des règles de procédure budgétaire et financière	532
§ 2.	La séparation des pouvoirs entre les institutions politiques et juridictionnelles	545
A.	La protection de l'indépendance des juges	545
1.	Les solides garanties d'indépendance de l'autorité judiciaire	546
2.	Le développement des garanties d'indépendance du juge administratif	552
3.	L'indépendance du Conseil constitutionnel	557
B.	L'encadrement des dérogations à la séparation des pouvoirs	559
SECTION II	Le contrôle de la séparation verticale des pouvoirs	563
§ 1.	Les principes d'organisation de l'Hexagone	563
A.	La construction d'un État décentralisé	564
1.	La contribution originelle du Conseil	564
2.	La nouvelle logique décentralisatrice	568
B.	La reconnaissance de la diversité institutionnelle locale	575
1.	Le refus de l'uniformité institutionnelle	575
2.	La reconnaissance constitutionnelle d'un droit de sécession	578
§ 2.	Les principes d'organisation de l'outre-mer	580
A.	Les principes d'organisation des DOM/ROM et des COM	580
1.	Vers le déclin du principe d'assimilation pour les DOM/ROM ? ..	580
2.	Les COM, une esquisse d'États fédérés ?	583
B.	Les régimes particuliers de la Nouvelle-Calédonie et de la Polynésie française	589
1.	Vers un droit constitutionnel propre à la Nouvelle-Calédonie ? ...	589
2.	Le statut d'autonomie « avancée » de la Polynésie française	592
TITRE 2	La jurisprudence relative à la garantie des droits	603
CHAPITRE I	LES DROITS ET LIBERTÉS CLASSIQUES	605
SECTION I	Les libertés de la personne	605
§ 1.	La dignité de la personne humaine	605
§ 2.	La liberté personnelle et individuelle	609
A.	La fluctuation des régimes juridiques	609
1.	Le recentrage de la liberté individuelle	609
2.	L'expansion de la liberté personnelle	613
B.	L'enjeu de la compétence juridictionnelle	619
1.	L'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle	619

2. La répartition délicate et sensible des compétences entre les juges	622
§ 3. L'encadrement de la matière pénale et punitive	626
A. La portée transversale des principes classiques du droit pénal	626
1. La notion autonome de peine et de sanction ayant le caractère de punition	626
2. La notion incertaine de peine et sanction ayant le caractère de punition	628
B. La portée modulée des principes substantiels	630
1. La légalité des délits et des peines	630
2. La nécessité et la proportionnalité des peines	635
SECTION II Les libertés de la pensée	640
§ 1. La liberté de conscience, d'opinion et le principe de laïcité	641
A. La présence discrète de la liberté de conscience et d'opinion	641
B. L'émergence tardive du principe de laïcité	642
§ 2. La liberté d'expression et de communication	643
A. Une protection renforcée	644
B. Une portée enrichie	646
§ 3. Les libertés de l'action collective	648
A. La liberté d'association	648
B. Droit d'expression collective des idées et des opinions	650
§ 4. Liberté de l'enseignement et liberté universitaire	651
A. La liberté d'enseignement	651
B. L'indépendance des enseignants-chercheurs	652
SECTION III Le droit au juge	653
§ 1. Les garanties du recours juridictionnel	653
A. La protection de l'accès au juge	653
1. Le contrôle strict de l'absence de recours	653
2. Le contrôle relatif des restrictions au droit à un recours	655
B. La fonction éminente du recours au juge	657
1. Le droit à un recours, caution constitutionnelle	657
2. L'effectivité de la décision du juge	659
§ 2. Les garanties d'une procédure juste et équitable	660
A. Droits de la défense et principe du contradictoire	661
B. L'équilibre des droits des parties	663
C. La publicité des audiences	665

CHAPITRE II LES EXIGENCES CONSTITUTIONNELLES LIÉES À LA TEMPORALITÉ 669

SECTION I La jurisprudence de la rétroactivité des lois	670
§ 1. Les sources constitutionnelles de la non-rétroactivité des lois	670
A. Les données historiques	670
B. La sécurité juridique et le principe d'égalité	671

§ 2. La mise en œuvre de la non-rétroactivité	673
A. L'application générale de la non-rétroactivité	673
B. Les cas particuliers	676
1. La matière pénale	676
2. Les validations législatives	677
SECTION II La jurisprudence de la survie de la loi ancienne	681
§ 1. Les contrats	681
A. La lente consécration de la « pérennité contractuelle »	682
1. Le refus	682
2. Le revirement	685
3. Les incertitudes	686
B. Les censures	687
C. L'appréciation de l'intérêt général	688
D. La notion de « cadre légal »	689
§ 2. Les situations légalement acquises	692
A. Le champ d'application des situations légalement acquises	692
B. Le contentieux fiscal	695
<hr/>	
CHAPITRE III LES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX, ET	
ENVIRONNEMENTAUX	699
<hr/>	
SECTION I Les droits économiques	699
§ 1. Le droit de propriété	699
A. La conception constitutionnelle du droit de propriété	699
B. Les garanties constitutionnelles du droit de propriété	702
1. Privation et limitation du droit de propriété	702
2. Les exigences particulières de l'article 17 de la Déclaration de 1789	704
3. Propriété et incompétence négative	707
§ 2. La liberté d'entreprendre	707
A. Le cadre général	708
1. La normalisation	708
2. La définition de la liberté d'entreprendre	709
B. L'essor de la liberté d'entreprendre dans le contentieux de la QPC ...	709
§ 3. La liberté contractuelle	711
A. La consécration	711
B. La mise en œuvre	713
1. La définition constitutionnelle du contrat	713
2. La liberté d'accéder aux contrats	714
3. La liberté de sortir du contrat et le droit à l'information	716
4. Les conventions collectives	719
5. Les personnes publiques	719
SECTION II Les droits sociaux	721

§ 1. Les droits des travailleurs.....	721
A. Le droit d'obtenir un emploi.....	721
B. La liberté syndicale.....	724
C. Le droit de grève.....	727
1. La portée du 7 ^e alinéa.....	727
2. La mise en œuvre du droit de grève.....	728
D. Le principe de participation des travailleurs.....	729
1. Les titulaires du droit à participation.....	730
2. Les objets de la participation.....	732
3. La fonction du droit à participation.....	733
§ 2. Droit à la santé, droits de la famille, droit d'asile.....	736
SECTION III Les droits environnementaux.....	741
§ 1. Le contrôle vigilant des droits procéduraux.....	742
A. La portée des droits d'information et de participation.....	742
B. L'effectivité remarquable des droits d'information et de participation.....	744
§ 2. L'utilisation prudente des droits substantiels.....	745
A. L'environnement sain et le devoir de protection de l'environnement.....	746
B. L'indécision sur le principe de précaution.....	748
<hr/>	
CHAPITRE IV LE PRINCIPE D'ÉGALITÉ.....	755
<hr/>	
SECTION I La valeur constitutionnelle du principe d'égalité.....	755
§ 1. La force du principe d'égalité.....	755
A. Le fondement constitutionnel du principe d'égalité.....	755
B. Le succès du principe d'égalité.....	757
§ 2. Les composantes du principe d'égalité.....	758
A. Le principe d'égalité devant la loi et ses applications.....	758
B. Le principe d'égalité devant les charges publiques et ses applications.....	760
SECTION II Le traitement jurisprudentiel du principe d'égalité.....	763
§ 1. Le contrôle des justifications des atteintes au principe d'égalité.....	763
A. Le contrôle des différences de situation.....	763
B. Le contrôle des raisons d'intérêt général.....	768
§ 2. Les cas particuliers.....	773
A. Le traitement différencié des sexes.....	773
B. Le traitement différencié des étrangers.....	775
§ 3. La portée du contrôle du principe d'égalité.....	778
A. Un contrôle de l'opportunité des différences de traitement.....	778
B. Vers une conception équitable de l'égalité.....	779

Troisième partie	LE DROIT CONSTITUTIONNEL, UN DROIT CONNECTÉ....	783
CHAPITRE I	LA TRANSFORMATION DE L'OBJET DE LA CONSTITUTION : LA SOCIÉTÉ	785
SECTION I	La Constitution, forme classique de la représentation légitime du politique	785
§ 1.	La mesure de la juridicisation de la politique	785
A.	La juridicisation des débats politiques	786
1.	Le traitement juridique des conflits politiques	786
2.	L'« effet-entraînement » de la logique juridictionnelle	787
B.	La juridicisation de l'action politique	789
1.	La généralisation du recours au Conseil constitutionnel	789
2.	L'intériorisation de la Constitution	790
§ 2.	La portée de la juridicisation de la politique	792
A.	La controverse doctrinale	792
1.	La force absolue du droit : le juridisme	792
2.	La négation de la force du droit : le politisme	793
B.	La reconnaissance d'une « force propre » de la Constitution	795
1.	La Constitution, catégorie de la perception légitime du politique .	795
2.	La Constitution, élément d'un ordre complexe de contraintes	796
SECTION II	La constitution, forme nouvelle de la représentation de la société.	797
§ 1.	La (re)découverte de l'article 16 de la Déclaration de 1789 : « toute société... »	797
A.	La promotion de la constitution-garantie des droits	797
B.	La promotion de la société des individus démocratiques	800
§ 2.	La (re)découverte de la figure médiatrice du juge constitutionnel	802
A.	Le déclin des figures traditionnelles de la démocratie	802
1.	La crise de l'État légal et le déclin de la figure du représentant ...	802
2.	La crise de l'État-providence et le déclin de la figure de l'énarque	804
B.	L'actualité de la raison éthique et l'émergence de la figure du juge ..	805
1.	L'exigence contemporaine de valeurs	805
2.	La (re)découverte de la figure réflexive du juge	806
CHAPITRE II	LA TRANSFORMATION DE LA NOTION DE DÉMOCRATIE : LA DÉMOCRATIE CONTINUE.....	809
SECTION I	La Constitution, espace d'identité du peuple	809
§ 1.	La rupture de l'identification gouvernants-gouvernés	810
A.	La construction juridictionnelle de l'écart gouvernants-gouvernés	810
B.	La qualité démocratique de l'écart gouvernants-gouvernés	812
§ 2.	La construction constitutionnelle du peuple	814
A.	La double identité constitutionnelle du peuple	814

B. La logique démocratique de la double identité constitutionnelle du peuple	817
SECTION II Le Conseil constitutionnel, institution de la mesure démocratique	820
§ 1. Les compréhensions positivistes et jus-naturalistes de la juridiction constitutionnelle	821
A. Les conceptions positiviste et jusnaturaliste	821
1. La conception positiviste	821
2. La conception jus-naturaliste	823
B. Critique des présupposés positiviste et jus-naturaliste	825
1. Critique du présupposé normativiste	825
2. Critique du présupposé essentialiste	826
§ 2. La compréhension herméneutique de la juridiction constitutionnelle .	828
A. Le Conseil, acteur d'un régime d'énonciation concurrentiel de la volonté générale	828
B. Le Conseil constitutionnel, acteur d'une forme continue de démocratie ?	833
1. La démocratie continue, une proposition discutée	833
2. La démocratie continue, un projet possible de la constitution-garantie des droits	835
Bibliographie générale	841
Index alphabétique	845

COLLECTION DOMAT

Conseil éditorial

*Jean Combacau
Rémy Libchaber
Pierre Mayer
Jacques Petit
Philippe Raynaud
François Saint-Bonnet
Serge Sur*

DROIT PRIVÉ

Jean-Bernard AUBY, Hugues PÉRINET-MARQUET et Rozen NOGUELLOU	DROIT DE L'URBANISME ET DE LA CONSTRUCTION ■ (10 ^e éd.).
Mathias AUDIT Sylvain BOLLÉE et Pierre CALLÉ	DROIT DU COMMERCE INTERNATIONAL ET DES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS ■ (2 ^e éd.).
Jean BART	HISTOIRE DU DROIT PRIVÉ De la chute de l'Empire romain au xx ^e siècle. ■ (2 ^e éd.).
Bernard BEIGNIER	DROIT DES ASSURANCES ■ (2 ^e éd.).
Florence BELLVIER	DROIT DES PERSONNES
Alain BÉNABENT	DROIT DES OBLIGATIONS ■ (15 ^e éd.).
Alain BÉNABENT	DROIT DES CONTRATS SPÉCIAUX CIVILS ET COMMERCIAUX ■ (11 ^e éd.).
Alain BÉNABENT	DROIT DE LA FAMILLE ■ (3 ^e éd.).
Thierry BONNEAU	DROIT BANCAIRE ■ (11 ^e éd.).
Rémy CABRILLAC	DROIT DES RÉGIMES MATRIMONIAUX ■ (9 ^e éd.).
Nicolas CAYROL	DROIT DE L'EXÉCUTION ■ (2 ^e éd.).
Gérard CORNU	DROIT CIVIL Introduction au droit ■ (13 ^e éd.).
Gérard CORNU	DROIT CIVIL Les biens ■ (13 ^e éd.).
Gérard CORNU	DROIT CIVIL Les personnes ■ (13 ^e éd.).
Gérard CORNU	DROIT CIVIL La famille ■ (9 ^e éd.).

Gérard CORNU	LINGUISTIQUE JURIDIQUE ■ (3 ^e éd.).
Françoise DEKEUWER-DÉFOSSÉZ et Édith BLARY-CLÉMENT	DRIT COMMERCIAL Activités commerciales ■ Commerçants ■ Fonds de commerce ■ Concurrence ■ Consommation ■ (11 ^e éd.).
Jean DEVÈZE et Philippe PÉTEL	DRIT COMMERCIAL Instruments de paiement et de crédit.
William DROSS	DRIT DES BIENS ■ (2 ^e éd.).
Michel FROMONT	DRIT ALLEMAND DES AFFAIRES Droit des obligations et des biens ■ Droit commercial et du travail.
Jean GAUDEMÉT et Emmanuelle CHEVREAU	DRIT PRIVÉ ROMAIN ■ (3 ^e éd.).
Daniel GUTMANN	DRIT FISCAL DES AFFAIRES ■ (7 ^e éd.).
Jacques HÉRON et Thierry LE BARS	DRIT JUDICIAIRE PRIVÉ ■ (6 ^e éd.).
Emmanuel JEULAND	DRIT PROCESSUEL GÉNÉRAL ■ (3 ^e éd.).
Christian JUBAULT	DRIT CIVIL Les successions ■ Les libéralités ■ (2 ^e éd.).
Jérôme JULIEN	DRIT DE LA CONSOMMATION
Paul LE CANNU et Bruno DONDERO	DRIT DES SOCIÉTÉS ■ (6 ^e éd.).
Pierre MAYER et Vincent HEUZÉ	DRIT INTERNATIONAL PRIVÉ ■ (11 ^e éd.).
Antoine MAZEAUD	DRIT DU TRAVAIL ■ (9 ^e éd.).
Michel MENUJOCO	DRIT INTERNATIONAL ET EUROPÉEN DES SOCIÉTÉS ■ (4 ^e éd.).
Roger PERROT	INSTITUTIONS JUDICIAIRES ■ (15 ^e éd.).
Nicolas PETIT	DRIT EUROPÉEN DE LA CONCURRENCE
Frédéric POLLAUD-DULIAN	DRIT DE LA PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE ■ (2 ^e éd.).
Corinne SAINT-ALARY-HOUIN	DRIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ ■ (10 ^e éd.).
Romuald SZRAMKIEWICZ et Olivier DESCAMPS	HISTOIRE DU DRIT DES AFFAIRES ■ (2 ^e éd.).

DRIT PUBLIC

Pierre AVRIL, Jean GICQUEL et Jean-Éric GICQUEL	DRIT PARLEMENTAIRE ■ (5 ^e éd.).
--	---

Michel BORGETTO et Robert LAFORE	DROIT DE L'AIDE ET DE L'ACTION SOCIALES ■ (9 ^e éd.).
Jean BOULOUIS	DROIT INSTITUTIONNEL DE L'UNION EUROPÉENNE ■ (6 ^e éd.).
François BURDEAU	HISTOIRE DE L'ADMINISTRATION FRANÇAISE xviii ^e -xx ^e siècles ■ (2 ^e éd.).
René CHAPUS	DROIT ADMINISTRATIF GÉNÉRAL T. 1 (15 ^e éd.) Service public ■ Police ■ Responsabilité ■ Actes ■ Organisation et justice administratives ■ Séparation des autorités administratives et judiciaires ■ Conflits d'attribution. T. 2 (15 ^e éd.) Fonction publique ■ Domaine public ■ Travaux publics ■ Expropriation.
René CHAPUS	DROIT DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF ■ (13 ^e éd.).
Martin COLLET	FINANCES PUBLIQUES
Jean COMBACAU et Serge SUR	DROIT INTERNATIONAL PUBLIC ■ (12 ^e éd.).
Louis DUBOUIS et Claude BLUMANN	DROIT MATÉRIEL DE L'UNION EUROPÉENNE ■ (7 ^e éd.).
Pierre-Laurent FRIER et Jacques PETIT	DROIT ADMINISTRATIF ■ (10 ^e éd.).
Jean GAUDEMET et Emmanuelle CHEVREAU	LES INSTITUTIONS DE L'ANTIQUITÉ ■ (8 ^e éd.).
Jean GAUDEMET	LES NAISSANCES DU DROIT Le temps, le pouvoir et la science au service du droit ■ (4 ^e éd.).
Jean GAUDEMET	SOCIOLOGIE HISTORIQUE Les Maîtres du Pouvoir.
Paul-Marie GAUDEMET et Joël MOLINIER	FINANCES PUBLIQUES T. 1 (7 ^e éd.) Politique financière ■ Budget et Trésor. T. 2 (6 ^e éd.) Fiscalité.
Jean GICQUEL et Jean-Éric GICQUEL	DROIT CONSTITUTIONNEL ET INSTITUTIONS POLITIQUES ■ (30 ^e éd.).
Gilles J. GUGLIELMI, Geneviève KOUBI et Martine LONG et la collab. de Gilles DUMONT	DROIT DU SERVICE PUBLIC ■ (4 ^e éd.).
Thierry LAMBERT	PROCÉDURES FISCALES ■ (2 ^e éd.).
Marcel MORABITO	HISTOIRE CONSTITUTIONNELLE DE LA FRANCE DE 1789 À NOS JOURS ■ (14 ^e éd.).

Sophie NICINSKI	DROIT PUBLIC DES AFFAIRES ■ (5 ^e éd.).
Jacques ROBERT et Jean DUFFAR	DROITS DE L'HOMME ET LIBERTÉS FONDAMENTALES ■ (8 ^e éd.).
Raphaël ROMI	DROIT DE L'ENVIRONNEMENT ■ (9 ^e éd.).
Raphaël ROMI, Thomas DUBREUIL, Sandrine ROUSSEAUX, Mary SANCY	DROIT INTERNATIONAL ET EUROPÉEN DE L'ENVIRONNEMENT ■ (2 ^e éd.).
Dominique ROUSSEAU Julien BONNET, Pierre-Yves GAHDOUN	DROIT DU CONTENTIEUX CONSTITUTIONNEL ■ (11 ^e éd.).
François SAINT-BONNET et Yves SASSIER	HISTOIRE DES INSTITUTIONS AVANT 1789 ■ (5 ^e éd.).
Carlos SANTULLI	DROIT DU CONTENTIEUX INTERNATIONAL ■ (2 ^e éd.).
Christophe SERAGLINI et Jérôme ORTSCHIEDT	DROIT DE L'ARBITRAGE INTERNE ET INTERNATIONAL
Jacques ZILLER	ADMINISTRATIONS COMPARÉES ■ (2 ^e éd.). Les systèmes politico-administratifs de l'Europe des Douze.

POLITIQUE

Francis BALLE	MÉDIAS ET SOCIÉTÉS ■ (17 ^e éd.).
Philippe BRAUD et François BURDEAU	HISTOIRE DES IDÉES POLITIQUES DEPUIS LA RÉVOLUTION ■ (2 ^e éd.).
Yves MÉNY et Yves SUREL	POLITIQUE COMPARÉE Les démocraties (Allemagne, États-Unis, France, Grande-Bretagne, Italie) ■ (8 ^e éd.).
Roger-Gérard SCHWARTZENBERG	SOCIOLOGIE POLITIQUE ■ (5 ^e éd.).
Serge SUR	RELATIONS INTERNATIONALES ■ (6 ^e éd.).

GESTION

Jérôme CABY, Alain COURET et Gérard HIRIGOYEN	INITIATION À LA GESTION Connaissance de l'entreprise à partir de ses principaux documents obligatoires ■ (3 ^e éd.).
--	---



Imprimé en France - JOUVE, 1, rue du Docteur Sauvé, 53100 MAYENNE
N° 2449317T - Dépôt légal : octobre 2016

DROIT DU CONTENTIEUX CONSTITUTIONNEL

Le Conseil constitutionnel est devenu, en soixante ans, l'institution clé du système constitutionnel français qu'il a, au demeurant, puissamment contribué à transformer. À l'État légal fondé sur la souveraineté de la loi a succédé l'État de droit fondé sur la souveraineté de la Constitution ; à la Constitution simple organisation des pouvoirs publics a succédé la Constitution charte des droits et libertés ; à la démocratie électorale a succédé la démocratie constitutionnelle.

Avec la question prioritaire de constitutionnalité, la QPC, une nouvelle ère s'ouvre.

La Constitution devient la « chose commune » : tout justiciable peut se servir de la Constitution ; tous les juges sont associés à sa protection ; tous les droits, privé et public, y trouvent leurs principes fondateurs. Cet ouvrage a pour objet de proposer une connaissance du Conseil constitutionnel, de ses origines, de ses méthodes de jugement, de sa jurisprudence, de sa place dans le système juridictionnel et, finalement, de son rôle dans la définition d'une nouvelle idée de la démocratie.

Dominique ROUSSEAU est professeur à l'Université Paris I, président du conseil scientifique de l'Association française de droit constitutionnel et membre du comité de rédaction de la *Revue du droit public*. Il a été membre du Conseil supérieur de la magistrature de 2002 à 2006.

Pierre-Yves GAHDOUN est professeur à l'Université de Montpellier.

Julien BONNET est professeur à l'Université de Montpellier.



Prix : 41 €

ISBN 978-2-275-04517-7

www.lextenso-editions.fr

Atelier Didier Thimonier